ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 26 – junho/julho/agosto de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-888

REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

J. J. Calmon de Passos

Professor Emérito da Faculdade de Direito da UFBA, Procurador de Justiça aposentado, Conselheiro Nato da OAB-BA. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, do IAB, do IBEPE, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, Professor e Fundador do Curso de Especialização em Processo do Centro de Cultura Jurídica da Bahia.

RESUMO: Em sua primeira parte, tenta-se demonstrar o irrealismo e a quase nula operacionalidade a par da grave disfuncionalidade da Constituição Federal de 1988. A ela se segue uma segunda parte em que são analisados os problemas do Poder Judiciário no Brasil, demonstrando-se que sem uma reforma do próprio Estado brasileiro nada será obtido em termos satisfatórios. No específico do Poder Judiciário, indica-se o mínimo a ser constitucionalizado e o quanto é reclamado com urgência e seria deferido ao legislador ordinário. A terceira parte é uma breve justificação do pensamento jurídico do autor que não aceita seja o Direito desvinculado do poder econômico e do poder político, aceitando-o apenas como fundamental para delimitar e tornar segura e acessível ao homem comum a fronteira que delimita a dominação legítima da resistência legítima. Enfim, entender o Direito sempre como um produto do processo político em cada país e em cada momento histórico.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma do Poder Judiciário – Constituição – Direito – Poder político – Economia.

ABSTRACT: In the first part of the book, the author tries to demonstrate that the Federal Constitution of 1988 is unrealistic, non-operational and non-functional. In the second part of the book, the author analyzes the Brazilian Judicial Branch's inherent problems. He concludes that satisfactory judicial reform will only be achieved after the Brazilian State itself undergoes a reform; it discusses which judicial reforms should be addressed constitutionally and which should be addressed through the legislative branch. The third part of the book is a brief justification of the author's judicial philosophy, whereby the Law cannot be isolated from economic and political power, the Law defines and ensures men's

access to the legal means of both domination and resistance. The Law is a byproduct of the political processes in each country and in each historical moment.

KEYWORDS: Judicial power reform – Constitution – Law – Political power – Economy.
Área do direito: Penal

I

Acredito já tenha tido oportunidade de tratar do problema da reforma do Poder Judiciário, após a EC 45/2004, por mais de dez vezes e para auditórios bem diferenciados. Nada de novo será aqui acrescentado por motivo de meu convencimento se manter inalterado. Acredito, inclusive, não sei se pretensiosamente, vê-lo confirmado a cada dia que passa.

Minha primeira e sólida convicção é a de que inexiste uma crise específica do Poder Judiciário. A crise é do Estado brasileiro como institucionalizado constitucionalmente em 1988. Outro convencimento é o de que será de todo inoperante qualquer tentativa de solução parcial abrangendo apenas o Judiciário, dado que sua crise ocorre, como já afirmei reiteradamente, em conseqüência de uma *infecção externa.* Acrescentaria um terceiro: ignorar (ou ocultar) a maioria dos juristas a força determinante do econômico e do político sobre o Direito, o que necessariamente significará ingenuidade, omissão grave ou perversidade ideológica de quem assim procede. Infelizmente num desses pecados incidiram os membros da Assembléia Constituinte em 1988.

São antigas e renitentes minhas restrições à Constituição de 1988. Ainda em 1990, no Rio de Janeiro, em congresso cujo objeto era uma reflexão sobre ela, fui impiedoso e corri o risco de ser considerado uma voz inconveniente e irresponsável no conclave. Que razões me levaram a criticar a nova Carta e permanecer-lhe hostil até hoje? Sem querer liberar-me da responsabilidade do que penso, sempre invoco dois nomes respeitáveis: Giovanni Sartori[1] e Przeworski.[2] E invoco-os porque enfatizam dois modos de entender o problema: um, contundente, mas realista; outro, pretendendo afirmar o mesmo, mas de modo suave e diplomático. Ato de irresponsabilidade ou momento de catarse, pouco importa, a Constituição de 1988 já nasceu incapaz de realizar quanto promete por absoluta falta de condições materiais para isto, a par do modo atípico e anárquico como regulou a cidadania e a independência e harmonia dos poderes, tidos como essenciais em uma democracia.

Institucionalizamos uma democracia social, a mais ambiciosa do Mundo, quando jamais fôramos sequer uma incipiente democracia social. Constitucionalizamos valores e objetivos já agredidos de modo selvagem pela globalização plenamente triunfante em fins da década de oitenta e lhes emprestamos o caráter de cláusulas pétreas. Aprisionamos tudo na camisa de

[1] Giovanni Sartori. *Engenharia constitucional. Como mudam as Constituições.* Brasília: UNB, 1996, p. 211.
[2] Adam Przeworski. *Democracia e mercado no Leste Europeu e na América Latina.* Rio de Janeiro: Relumé-Dumará, 1991, p. 54.

força da constitucionalização, transformando nosso Pacto Máximo em um caleidoscópio de pretensões ingênuas.

Fizemos de nossa Constituição um código do trabalho, um estatuto do servidor público, uma lei orgânica da previdência social, um código tributário, uma lei orgânica da magistratura e do ministério público e outros apêndices, um mini direito de família, nem esquecemos os silvícolas, os idosos, os deficientes físicos, as mulheres, os infantes. Só deixamos de fora os mortos, por não termos tido a suficiente fé de que nosso poder constituinte seria capaz de ressuscitá-los.

Como salientado por muitos dos analistas de nossa história, somos, milagrosamente, o único país do mundo em que o sistema capitalista se consolidou sem ter havido o prévio da revolução burguesa. Por força disso, permanecemos, até hoje, não uma sociedade de classes, sim uma sociedade estamentária. E é típico de sociedades desse modelo determinados setores poderem assegurar-se privilégios, criando obstáculos dificilmente transponíveis para que a competição se dê à base da competência.[3] Resultado: a quase total impossibilidade da responsabilização de agentes políticos, todos eles protegidos por privilégios que lhes asseguram seu próprio autocontrole, o que equivale a nenhum controle social. E isso inclui os integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público particularmente blindados pela Constituição de 88.

Inviável cuidar com profundidade, neste artigo, de quanto acima afirmado. É possível, entretanto, indicar o mais significativo. Em primeiro lugar, é fato hoje unanimemente aceito que a década de 70 sinaliza a grande virada ocorrida no sistema capitalista com repercussões decisivas no espaço político e na vida social de todos os povos. O Estado do Bem Estar social, mesmo nos países que o instituíram com solidez, entrou em crise e teve iniciada sua desconstrução.[4] Pois bem, no fim da década de 80, nós, brasileiros, que nunca tivemos um Estado dessa natureza, constitucionalizamos o mais avançado, ousado e abrangente Estado do Bem Estar Social que o mundo já conheceu. Limitamo-nos a instituí-lo apenas formalmente, sem criar os instrumentos e propiciar os recursos para tão ambicioso projeto. A velha e incrustada elite da Casa Grande, dos Sobrados e agora dos Condomínios Fechados permaneceu com os mesmos privilégios e solidamente preservada. Talvez por acreditar que a solução "viria do Alto", dado ser notoriamente sabido que Deus é brasileiro. Ou, o que é mais aceitável, para mantermos a estratégia que vem sendo usada pelo setor hegemônico em nosso Brasil, desde sua descoberta: adiar para o futuro as reformas necessárias desde ontem.[5]

---

[3] Ver artigo de Gabriel Cohn; Florestan Fernandes. A revolução burguesa no Brasil. *Introdução ao Brasil. Um banquete no trópico.* Org. Lourenço Dantas Mota. São Paulo: Senac, 1999, p. 395 e ss. Também Raymundo Faoro. *Os donos do poder.* v. 1. Globo. Coleção Grandes nomes do pensamento brasileiro.

[4] Entre dezenas, indicamos especificamente José Antonio Estévez Araújo. *El revés del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006 e Boaventura de Sousa Santos. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo* especificamente o tópico Fascismo social. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI.* Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 33 e ss.

[5] Ver análise feita por Alberto da Costa e Silva da obra de José Honório Rodrigues. *Conciliação e reforma no Brasil*, em publicação citada na nota 3 supra.

Foi esta matreirice ou imaturidade política que nos levou a promulgar, em 1988, uma Constituição em total descompasso com a nossa realidade e a do panorama mundial já perfeitamente delineado nessa época. Formalizamos a imagem de uma Nação edênica em termos de justiça social, quando o país era o que Hobsbawman qualificou, com irrecusável acerto, de *um monumento de injustiça social.*[6] À semelhança de Josué, que obteve a graça de paralisar o Sol para assim vencer os filisteus, também pretendemos alcançar o milagre de fazer parar o tempo para consagrarmos no papel o que jamais logramos institucionalizar socialmente em cinco séculos de nossa história. O resultado foi o mesmo: Josué não passa de um mito e a Constituição de 88 não vai além de um conto de fadas. Para dizer dela algo menos indelicado.

Esses mesmos motivos permitiram que em nosso Brasil a ordem jurídica jamais tivesse a nossa cara. Ela sempre foi conformada via importação, para cobrir o nosso verdadeiro rosto com a máscara da civilização vinda de fora, macaqueada pela elite e ignorada pelo povo e sempre aplicada em termos de manutenção dos privilégios dos segmentos estamentários. Para invocar Marcelo Neves: excluindo muitos brasileiros dos benefícios prometidos (subordenação) e assegurando aos poucos da elite libertarem-se da submissão ao Direito (sobreordenação).[7]

Daí nossa ousadia legislativa. Podemos tudo formalizar em termos de lei, pois sempre haverá uma distância quilométrica entre o que ela diz na sua forma e a aplicação que dela se fará nas relações sociais efetivamente travadas na sociedade. Somente por isto é que temos uma Constituição como a de 1988, que ousa o que nenhuma outra Constituição do mundo ousou, e assim faz por saber que está prometendo o que jamais será compelida a conceder, pois os escravos e os índios de ontem e os Jecas Tatus infestados de vermes sobrevivem, hoje, nos analfabetos funcionais, formalmente capazes de ler e de pensar, na realidade incapazes de uma e outra coisa, expulsos para as periferias das cidades, e integrantes da multidão dos que deixaram de ser desempregados e passaram a ser excluídos e vegetam sem encontrar nenhum sentido para suas vidas, nem esperança para se manterem vivos.[8]

Continuamos a constitucionalizar em favor de estamentos da sociedade brasileira, não em favor do povo brasileiro. Engessamos a nação e tornamos nosso país ingovernável, salvo com alto custo político, econômico e social. Vivendo-se a indecisão entre presidencialismo e parlamentarismo até ao último momento, optamos por um presidencialismo centralizador, ainda quando definidos como um país federativo, porém instituímos, em compensação, um processo político que faz do tal poderoso presidente um prisioneiro do Parlamento, mediante a estratégia da irracionalidade e anti-cidadania de nosso processo político, sem esquecer o poder da mídia colocada acima do bem e do mal e voltada exclusivamente para a obtenção de lucros, o que pede audiência e enseja rendas publicitárias. Prometemos aos despossuídos tudo e o céu também, tendo, porém, o cuidado de constitucionalizarmos um Judiciário e de

---

[6] Eric Hobsbawm. *A era dos extremos. O breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

[7] Marcelo Neves. *Entre Themis e Leviatã:* uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006, particularmente p. 244 e ss.

[8] Zygmunt Bauman. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 61e ss.

quebra um Ministério Público que tudo podem, ainda quando prescindam de legitimação democrática e tenham sido colocados imunes a todo e qualquer controle social, substitutos, hoje, do antigo "pai dos pobres" do paternalismo getuliano.

Com esta aparente fragilização do poder econômico e do poder político, o que fizemos foi canalizar para aquelas instituições as esperanças e demandas dos desprivilegiados, desmobilizando-os para a luta política, única via capaz de determinar transformações relevantes na sociedade. Constitucionalizamos um sistema tributário que privilegia os impostos indiretos e fragiliza os diretos, o que importa em tributar mais perversamente os que menos têm, favorecendo os privilegiados. Mediante cláusulas pétreas asseguramos a todos os homens, particularmente aos trabalhadores, tudo, inclusive trivialidades sujeitas às mudanças impiedosas que o tempo impõe a quanto existe. E fizemos isto quando o chamado capitalismo financeiro, ou de cassino ou da pós-grande indústria já fragilizava os sindicatos, mesmo nos países centrais, e transformava cidadãos em consumidores, ao tempo em que colocava de joelhos os Estados nacionais.

Assim como Getúlio, genialmente, concedeu em termos formais todos os direitos reclamados pelos trabalhadores, desmobilizando-os e inviabilizando-lhes uma organização sólida, também os constituintes de 88 concederam formalmente tudo quanto se pode almejar para uma democracia perfeita, desmobilizando mais uma vez o povo brasileiro para a luta política. Ontem, Getúlio se fez o pai dos pobres, este papel os constituintes de 88 reservaram para o Ministério Público e para o Judiciário. O paternalismo de ontem desembocou na derrocada de 1964. O de hoje desembocará no que me escuso de profetizar por incapacidade, mas agradeço à morte que me privará de estar presente quando isso ocorrer.

Os constitucionalistas menos românticos e os cientistas políticos costumam dizer que três coisas são fundamentais para que se possa afirmar viver-se em uma democracia: que o povo tenha efetivamente condições de eleger seus dirigentes, que os dirigentes eleitos tenham poder para governar e que a responsabilização dos que foram eleitos e puderam governar seja assegurada com o máximo de amplitude e de efetividade.[9] Pois bem, a Constituição Federal de 1988 inviabiliza todas estas três exigências.

O certo é que somente aquilo que se consegue com luta e se institucionaliza com solidez produz frutos políticos e econômicos juridicamente efetiváveis. Quando os benefícios vêem na bandeja, o benfeitor pode esvaziá-la sempre que lhe for conveniente.

II

Creio haver dito o suficiente e posso voltar ao tema específico da reforma do Poder Judiciário. Apenas vou reproduzir o que em muitos artigos e várias

[9] Ver Guy Carcassone. Um derecho para la democracia moderna. *Transformaciones del derecho publico.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994.

conferências já afirmei. Se meu entendimento permanece o mesmo, por que não redizer o que já pensei e proclamei? Correria o risco de incidir no ridículo daquele personagem de um conto de Monteiro Lobato, tão necessitado de ser diferente que, devolvendo um livro ao emprestador, escreveu agradecendo: "Li. Muito gostei."

Os reformadores, antes de perceberem o "novo", e novo é a grande virada ocorrida a partir da segunda metade da década de 70, continuam a ignorá-lo, apelidando de "novo" o que é a persistência de uma visão de Mundo que só foi compatível com a breve Era de Ouro, um momento histórico cujos condicionamentos emergiram do após Segunda Guerra Mundial e começaram a ser erodidos em fins da década de 70 e desmoronaram na década de 80.[10] Este estrabismo político foi confessado pelo Ministro Nelson Jobim, há pouco tempo, ao declarar que, infelizmente, os constituintes de 1988 olharam pelo retrovisor. No discurso político, sim, na decisão política, não, porquanto em verdade, com as falácias de hoje, só pretendiam assegurar os privilégios de ontem.

Nossa leviandade ou matreirice política tornou inoperante todas as Emendas constitucionais promulgadas depois de 1988. Quando a doença está na raiz da árvore, nem a salvam podas, nem enxertos, nem adubagem. É indispensável ir às raízes para salvar a árvore, ou simplesmente abatê-la e lançar novas sementes no solo do qual a extirpamos. É o nosso caso. Já foram oferecidas mais de 50 emendas à Constituição de 1988 e elas em nada abrandaram a crise grave de governabilidade que temos vivido nesses últimos anos. Ou se quisermos negar a ingovernabilidade, teremos que admitir, no mínimo, estarmos administrando uma governabilidade precária com elevado custo financeiro, econômico, político e social.

Nada diferente poderia acontecer com a Emenda da reforma do Poder Judiciário. Um faz de conta que favorece alguns setores do Judiciário e seus vizinhos e nada soma em favor do cidadão e da democracia brasileira. A reforma inadiável era a de se enxugar o Capítulo III do Título IV de nossa Constituição pertinente ao Poder Judiciário. Será isto possível sem que este seja feito no tocante à organização dos demais Poderes? E fica ainda a indagação: de que valeria essa racionalização constitucional da organização dos poderes se tarefa de igual natureza não fosse empreendida no tocante ao inteiro teor da Constituição Federal de 88? E será politicamente possível esta empreitada? Conclui-se com facilidade que, nessa perspectiva, minha posição em face da EC 45 somente pode ser a de um cético impenitente. Não melhoramos nada e talvez tenhamos agravado a situação, colocando problemas novos no cipoal dos que já nos afligiam.

Como já afirmado precedentemente, é de todo inviável uma reforma do Poder Judiciário dissociada de outras reformas básicas. Impossível melhorá-lo mantendo-se nosso "catálogo telefônico constitucional". Há mais, entretanto. Reformou-se para quê? Para obter-se uma prestação jurisdicional mais célere e mais efetiva, é o que dizem. Para isto será de todo inócua qualquer reforma

[10] A bibliografia é extremamente rica. Suficientes os autores mencionados na nota 4 supra.

constitucional, salvo aquela que enxugasse o capítulo da Constituição pertinente ao Poder Judiciário, quase com tantos artigos quantos os de toda a Constituição da Alemanha. Tínhamos 44, hoje são 47. As alíneas cresceram assustadoramente; nem ficaram atrás os parágrafos. Conservamos disposições ridículas: morar o juiz na Comarca, delegação de atos a serventuários, distribuição imediata de feitos, particularização de procedimentos e princípios só aceitáveis em leis de organização judiciária. Para compensar, entretanto, conservamos e ampliamos os privilégios, que nada somam para os cidadãos e tudo asseguram aos que, com maior ou menor poder, se vinculam à função jurisdicional. A chamada crise do Poder Judiciário, segundo já afirmei, é crise por infecção *externa.* Suas causas são estranhas à função jurisdicional no que lhe é mais específico e a mais relevante é a nossa constitucionalização desabrida.

Como evitar a sobrecarga do STF quando tudo foi por nós constitucionalizado e insistimos num casamento com incompatibilidade de gênios: associar o controle concentrado ao controle difuso de constitucionalidade? Resposta óbvia: criando óbices para os jurisdicionados e eles foram instituídos.

A sobrecarga do STJ é outro problema insolúvel. Num país de violenta centralização política, o que acarreta a centralização legislativa, tudo é "questão federal". Teríamos que corrigir os desvios do nosso federalismo para resolvermos o problema do recurso especial. Some-se a isto o nosso atavismo de senhor de engenho investido de autoridade. Enquanto em países de menor população os tribunais que exercem a mesma função do nosso STJ têm mais de cem integrantes, o nosso permanece com seus trinta e poucos, *porque aumentar o número deles significaria para os Ministros perda de prestígio.* Solução viável; criar óbices para admissibilidade do recurso especial. Eles foram instituídos.

A sobrecarga na justiça local e nas federais especializadas resulta da elevada litigiosidade que se institucionalizou em nossa sociedade e é incentivada a cada dia. Nenhum empenho existe no tocante a criarmos instituições sociais capazes de gerar consenso e fazer a triagem dos conflitos sociais. Até mesmo a Administração Pública é algo menor, porquanto se pode prescindir dela e ir-se diretamente ao Judiciário. E o mais curioso é que se invoca para esta grave deformação uma de nossas famosas cláusulas pétreas: a de que nenhuma lesão de direito ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Deduziu-se (o Judiciário) desta cartola de mágico um entendimento que dá primazia a todos os juízes frente ao Executivo, em detrimento do que seja efetivamente uma democracia e da inocultável realidade da impotência do Poder Judiciário para operar a nível macro, tanto em termos políticos quanto em termos econômicos, somando-se a isto sua vocação natural de alheamento a tudo que ultrapassa os estreitos limites dos micros conflitos de interesses com os quais lida diariamente. Sufocado sob a montanha de milhões de processos, como resolver o impasse? Fragilizando as garantias processuais das partes e proliferando antecipações de tutela como epidemia, fertilizando o solo para os corruptos, apressados ou pouco escrupulosos.

Fomos adiante. Com flagrante inconstitucionalidade, até hoje não reconhecida por artimanhas políticas, criamos os juizados especiais, uma arena gratuita para brigas de galos jurídicas, custeada a diversão com os recursos arrecadados do pagamento de impostos pelos contribuintes. Agora, com a Emenda recente, ousamos ir adiante. Vamos ter a justiça itinerante. Como a montanha não veio até Maomé, Maomé irá até a montanha.

Ao invés de juizados especiais com alçada escandalosa (40 salários mínimos num país em que 75% de sua população não desfrutam dessa renda anual) cumpria introduzirmos a exigência da tentativa prévia de conciliação, criando juizados compostos por técnicos sem poder de julgar, mas juridicamente aptos para deferir ao contencioso, já definidos, os pontos controvertidos da causa.

Impunha-se instituir controles políticos e sociais contra os erros inescusáveis de julgamento e comportamento social e funcional incompatíveis com a função jurisdicional, o que nenhuma semelhança tem com o arremedo dos atuais Conselhos Nacional de Justiça e Superior do Ministério Público.[11] Conclusão: o que deveria ter sido feito não foi feito, isto é, libertar a função jurisdicional da camisa de força de sua prolixa constitucionalização e institucionalizarem-se controles democráticos da sociedade sobre aqueles aos quais se deferiu o julgamento dos cidadãos.

Sem este prévio nada mais terá sentido. Dever-se-ia constitucionalizar apenas o pertinente ao Supremo Tribunal Federal, eliminando-se o controle difuso de inconstitucionalidade; libertá-lo de competências e participações que apenas o desfiguram, revendo-se a sua constituição. Eliminar o Quinto constitucional que em nada beneficiou a prestação dos serviços da Justiça e serviu apenas para minar a independência da Ordem dos Advogados e do Ministério Público.

A par disto, extinguir-se a dependência aos Tribunais dos juízes do primeiro grau, institucionalizando-se uma primeira instância independente e responsabilizável social e politicamente, o que ensejaria a eliminação de recurso das interlocutórias, a retirada do efeito suspensivo da apelação, limitando-se sua admissibilidade às hipóteses de nulidade da sentença ou de sua invalidade em virtude de errada aplicação do Direito aos fatos (erro inescusável no tocante a sua verificação e valoração).

---

[11] Os que criticam a necessidade do controle, invocando o brocardo latino – *quis custodiet ipsos custodes?* deslegitimam a própria função jurisdicional e mais que tudo o controle de constitucionalidade das leis: a institucionalização do juiz das leis. Por que, se vale o brocardo, deve valer também para o controle deferido ao Poder Judiciário. Mais grave que o controle social dos magistrados é deferir-se a alguns homens, escolhidos mediante critérios políticos, sem nada de especial que os privilegie do ponto de vista técnico ou ético, a se tornarem o *super ego* da sociedade e também diria seu *super-soberano.* Aquilo que se nega ao Parlamento (com membros eleitos e não vitalícios) e aos cidadãos (únicos titulares permanentes do poder constituinte) é deferido a este pequeno grupo de homens sem justificativa plausível quer política quer de natureza técnica.
Há os que afirmam dever-se efetivar o controle do Judiciário, numa democracia, deve ser feito mediante a atividade crítica das partes, fora dos processos judiciais, pela doutrina, pela imprensa, que não pode ser sufocada pela imposição de condenações, inclusive as pecuniárias altíssimas, toda vez que censurar a Justiça. Foram abusos de órgãos judiciais que levaram à idéia do controle externo, que reaparecerá se o Judiciário não controlar a si próprio (Sérgio Bermudes).

Mais ainda: eliminar os juízes enciclopédia que transitam do cível para o direito penal e do direito privado para o direito público, bem como a famigerada "carreira" prevendo-se melhorias pessoais em termos de tempo de serviço e de qualificação, a par do veto ao exercício de atividades outras, de qualquer espécie, salvo eventuais. Mais ainda: possibilitar a diversidade de juízes para, com menos gastos e menos pompa, atender-se às reais necessidades do povo brasileiro. Prever-se a máxima destecnificação da solução de conflitos sociais, retirando-se da esfera do Poder Judiciário o que a maioria das nações desenvolvidas já excluiu. Recuperar organismos intermediários na sociedade transferindo para eles o poder de composição dos conflitos. Instituir controles políticos e sociais contra os erros inescusáveis de julgamento e comportamento social e funcional incompatíveis com a função jurisdicional.

Não somamos, dividimos. Não pacificamos, instigamos a litigiosidade. Não nos empenhamos com a igualdade material, mas erguemos templos suntuosos à igualdade formal.

Diante disso, nosso dever será o de negarmo-nos a ser cúmplices no crime que se vem praticando contra nossa cidadania e em detrimento de nosso futuro. Não será o bom desempenho de nossa economia que nos salvará. A riqueza produzida é cada vez mais concentrada e mais injustamente distribuída.[12] O investimento terá que ser político e com prioridade no homem e em sua qualificação. O fator de produção deste século é o conhecimento. E se não investirmos nele seremos cobiçados, seremos a caça e os sinais de que isto é possível e está sendo cogitado estão bem visíveis.

Os juristas e suas matrizes, as Faculdades de Direito e os estudantes que nela militam, têm o dever de reassumir o papel que sempre desempenharam: o de serem a consciência política da Nação. Esta tarefa é urgente e já basta de sermos sufocados por uma avalanche de livros estritamente dogmáticos, submissos, repetitivos, louvaminheiros, improvisados, produtos de uma geração que parece ter aceito o papel de pigmeu a serviço de gigantes, ao invés de se tornar outro Davi capaz de derrubar Golias com certeiros e mortíferos golpes de funda. Fora disso, apenas estaremos fazendo um discurso que peca pelo encobrimento maldoso ou pelo idealismo ingênuo ou pela deformada compreensão da realidade.

E por que essa hipertrofia do Judiciário tem sido possível e aceita pelo setor hegemônico da sociedade? Os que recusam adesão ao pós-modernismo celebratório comprovam com sólidos argumentos que, no seu atual estágio, o capitalismo se sobrepõe aos Estados nacionais, prescindindo, destarte, do consenso popular. Consequentemente, Executivo, Legislativo e Judiciário apenas podem se divertir ou se angustiar a nível micro, mal podendo administrar problemas presentes e urgentes, deixando-se a cada cidadão a pesada tarefa de administrar sua própria sobrevivência.

O Judiciário benevolente e protetor e seu apêndice, o Ministério Público vigilante incansável dos interesses acompanhados de todos os qualificativos

[12] Ver Zygmunt Bauman, ob. cit., p. 12.

imagináveis, associados à mídia e garantidos por um Estado acentuadamente criminalizante e policialesco são os guardiões do novo Estado do Mal Estar Social que é o filho gerado pelos acontecimentos que escapam a cada dia e em termos crescentes tanto de nossa previsão quanto de nosso controle.

III

Ainda algumas palavras para deixar mais claros os fundamentos do meu pensar.

Dizer-se que a aplicação da lei (mero texto) não é atividade dotada de acentuado poder criativo sendo desnecessária a institucionalização de instrumentos asseguradores, ao máximo, da correção do processo hermenêutico, suscetível de ser distorcido por incompetência e por improbidade, é pretender-se, contraditoriamente, negar o que se invoca para legitimar o controle pelo Poder Judiciário dos atos da autonomia privada e dos agentes investidos nas demais funções do Estado.

Muitos e sólidos argumentos já autorizam podermos afirmar que saber é poder e o chamado "discurso competente" uma forma perversa e dissimulada de seu exercício, além de constituir um valioso suporte da ideologia tecnocrática, a maior inimiga de toda aspiração genuinamente democrática. Ela desqualifica o político na sua versão mais nobre, que é a do direito dos indivíduos discutirem sobre a valia ou desvalia do saber competente para suas vidas como as programaram e desejam vivê-las.[13]

O chamado discurso competente representa a mais poderosa ameaça a qualquer projeto humano de emancipação e chegou ao Direito, hoje um cipoal indecifrável de algo cujo destinatário privilegiado deveria ser o homem comum. Fez-se ininteligível o discurso jurídico para dissimular a dominação a que ele serve.

Há um empenho acentuado, máxime em nossos dias, com particular ênfase em nosso Brasil, de se tentar desvincular, a qualquer custo, o Direito do político e do econômico. Aceitar este casamento, dizem os juristas adeptos do ocultamento, será subtrair do Direito toda sua dignidade e transformá-lo em mero servo dos personagens mais sombrios dentre os que povoam a existência humana. Por mais que me esforce, contudo, já ultrapassando meio século de atividade como estudioso e operador do Direito, não consigo realizar essa separação, nem amigável nem litigiosamente. E explico minha dificuldade. Ninguém ousará dizer que o homem, à semelhança dos outros animais, pode descartar a tarefa de decidir sobre o que deve ou não deve fazer, liberar-se da necessidade de formular um juízo sobre os fins que persegue, associado a um outro de natureza instrumental, sobre os melhores meios para lograr o fim escolhido, o que implica em juízos éticos e juízos técnicos.

Mesmo quando se pretenda entender como sendo uma grande ilusão acreditarmos em nossa liberdade e poder de decidir, o certo é que, diante do

[13] Ver Zygmunt Bauman, ob. loc. cit.

nosso desamparo em termos de informação pelos instintos sobre como devemos agir, diversamente do que ocorre com os outros seres vivos, no mínimo temos que aceitar que somos determinados para decidir sobre o que devemos fazer ou não fazer. Acreditar em nossa liberdade é a nossa irremediável condenação. E só por isso ousamos responsabilizar e julgar nossos semelhantes.

Inevitavelmente obrigados a decidir, quando o fazemos no tocante ao nosso comportamento e no limite da repercussão que ele determina apenas sobre nós mesmos, menor relevância tem o problema. Quando, entretanto, queremos decidir sobre o que deve ser feito ou não deve ser feito em situações que configuram relações intersubjetivas, vale dizer, quando o que deve ser feito ou não deve ser feito interfere na esfera do outro, situações diversas se configuram. E três situações são possíveis. O destinatário da prescrição aceita o que lhe é exigido e podemos falar em "consenso". Ou ele nega seu assentimento e o emissor tenta, dialogando, persuadi-lo, obtendo, como resultado final, sua "aquiescência", que equivale ao consenso, ainda quando alcançado com maior dispêndio de tempo e mediante um procedimento mais complexo. É possível, contudo, e isto ocorre com freqüência, que o destinatário resista ao que dele se pretende como devendo fazer ou não fazer. Esta resistência só pode ser vencida pela "coerção". E diante dessa ameaça, o destinatário da ordem obedece para evitar o maior incômodo que seria efetivar-se a coerção materialmente, caso não se submetesse. Ele não dá seu consentimento, mas "obedece", porque sabe que se resistir será "submetido pela força". Sua resistência, portanto, se torna inviável em face de todo o aparato institucional em que está inserido, visto como existe, no grupo social, um agente político institucionalizado em termos de poder usar legitimamente da força para tornar efetiva sua decisão sobre o que deve ser feito ou não deve ser feito. Aqui se fala em violência simbólica ou violência legítima, em contraposição ao que se configuraria como violência socialmente deslegitimada. E isto é necessário a toda convivência humana, para que se possa falar de ordem social.

Só imperdoável leviandade intelectual levará alguém a dizer que essa decisão coercitiva sobre o que deve ser feito ou não deve ser feito pode existir ou ser pensada antes que algum homem *diga***,** com legitimidade e poder, aquilo que deve ou não deve ser feito pelo outro submetido a sua decisão. Sem dispor de poder político ninguém está apto para dizer o que deve ser feito ou não deve ser feito, salvo como conselho, tentativa de persuasão, esforço no sentido de obter o consenso ou aquiescência do interlocutor. E persuasão e conselho são mecanismos de pouca serventia social, porque lentos e precários, para garantir a convivência humana em termos de eficácia.

Por outro lado, jamais se viu na história humana o poder político ser viável sem que se case ao poder econômico. Foi assim na Antiguidade oriental e clássica, na Idade Média, na Idade Moderna e é assim na já tão falada Pós-Modernidade;

Pouco importa a fundamentação que o poderoso utilize para legitimar seu poder de coerção. O "fundamento" não operará sem a intermediação do "dizer"

de homens com poder de decidir. Se afirmarmos haver um fundamento absoluto, prévio, de matriz divina, que submete os homens, mesmo aqueles investidos socialmente do poder de decidir, esse Absoluto não se "revela" a todos os homens, do mesmo modo e com a mesma intensidade, sempre se exigindo homens dotados da especial faculdade de serem os "intermediários" do Absoluto divino. E se tais intermediários não dispuserem de poder político, não tiverem a sua disposição instituições aptas para "impor" aos não privilegiados o Direito Natural Divino, eles apenas estarão "pregando no deserto". Se não dispuserem do poder de deslegitimar a resistência a quanto decidirem terão decidido inocuamente.

Caso desloquemos o fundamento absoluto para a Razão humana (pouco importa que nele inculcada por um Deus ou fruto de sua própria constituição biológica) o mesmo fenômeno se reproduzirá. Também esta "razão transcendental" carecerá do poder de se revelar igual para todos os homens e se impor a todos os homens, pelo que, também aqui, serão necessários homens dotados da especial faculdade de serem os "porta-vozes" do absoluto transcendental. E se tais intermediários não dispuserem de poder político, não tiverem a sua disposição instituições aptas para "impor" aos não privilegiados o Direito Natural Racional, eles apenas estarão, como aqueles primeiros, "pregando no deserto". Se não dispuserem do poder de deslegitimar a resistência a suas decisões terão decidido em vão.

O mesmo poderá ser dito a respeito de toda e qualquer matriz transcendente ou transcendental que busquemos para o Direito. Nenhuma delas prescindirá dos intérpretes privilegiados, os que dispõem do poder de impor quanto decidirem a quem seja destinatário de sua decisão.

Sendo assim, nada muda quando eu digo que a matriz legitimadora do Direito é a Constituição. Ela não é mais do que o "dizer" de alguns homens, num determinado momento histórico, que se pretende permanentemente institucionalizado e dotado de eficácia fundamentadora. Permanece ainda a exigência de homens dotados da especial faculdade de serem os "porta-vozes" do Absoluto Constitucional. E se tais intermediários não dispuserem de poder político, não se inserirem em instituições aptas para "impor" aos não privilegiados o querer da Constituição, eles apenas estarão, como os dois primeiros, "pregando no deserto". Se não dispuserem do poder de deslegitimar a resistência a suas decisões, terão decidido em vão.

Esta verdade tão simples e tão irrecusável torna evidente que só o Poder cria o Direito. Por mais que nos repugne este casamento, que talvez seja o casamento que desejaríamos não se consumasse, infelizmente é o único que se revela possível para a condição humana. Todo discurso que tente escamoteá-lo apenas objetiva "ocultar" as relações de poder que estão na matriz de toda e qualquer regulação social.

Não há, portanto, um Direito dissociado do ato de sua criação, dissociado do processo que o materializa como um prescrever dotado de coercitividade inelutável, vale dizer, um prescrever para cuja efetividade se está legitimado a utilizar a força, excluindo-se qualquer possibilidade de resistência daquele que

seja obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa.

Daí sustentar, com tranqüilidade, que toda tentativa de apontar um fundamento para o Direito dissociado do poder político nada mais é que inaceitável manipulação ideológica perversa, ou um equívoco epistemológico, ambos pretendendo, em verdade, colocar no lobo uma pele de cordeiro.

Concluo, assim, que se algum dever moral é imputável aos juristas, nenhum será mais exigente que o de desvelar para si mesmo e para todos os homens a percepção de que, sem a conquista prévia, em termos políticos, de alguma vantagem social, nenhum dizer jurídico tem condições de assegurar seja lá o que for, a quem quer que seja, com eficácia a nível macro. Isto é, todo dizer jurídico sem respaldo em ganhos políticos prévios efetivos é de todo impotente para alterar a correlação de forças institucionalizadoras de um sistema de hegemonia que, inclusive, e somente ele, é capaz, também, de institucionalizar o "dizer o Direito" com a garantia do uso legítimo da força.

Daí ter afirmado sempre que o sistema jurídico não é e não pode ser senão o demarcador dos limites entre o território dos dominadores e o dos dominados. Sendo apenas essa linha instável e dependente da confrontação permanente entre dominadores e dominados, ele oscila em função dos ganhos e das perdas políticas que ocorram na sociedade que pretende regular. Essa oscilação tanto se dá a nível macro, com repercussão profunda e ampla, ou a nível micro, em termos quase irrelevantes. Ali e aqui, entretanto, sempre o elemento político e a sombra do poder estarão presentes. A dignidade e relevância de nosso ofício consistem apenas no dever de sermos fiéis soldados que asseguram a eficácia da fronteira traçada entre a dominação legítima e a resistência legítima. E já é muito e tanto nos basta.

Bibliografia

ARAÚJO, José Antonio. Estévez. *El revés del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos.* Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

CARCASSONE, Guy. Un derecho para la democracia moderna. *Transformaciones del derecho publico.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994.

COHN, Gabriel; FERNANDES, Florestan. A revolução burguesa no Brasil. *Introdução ao Brasil. Um banquete no trópico.* (Org. Lourenço Dantas Mota). São Paulo: Senac, 1999.

FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder.* v. 1. Coleção Grandes nomes do pensamento brasileiro. São Paulo: Globo.

HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos.* O breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NEVES, Marcelo. *Entre Themis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo:

Martins Fontes, 2006.

PRZEWORSKI, Adam Przeworski. *Democracia e mercado no Leste Europeu e na América Latina.* Rio de Janeiro: Relumé-Dumará, 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI.* Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional.* Como mudam as Constituições. Brasília: UNB, 1996.

SILVA, Alberto da Costa e. *Introdução ao Brasil. Um banquete no trópico.* (Org. Lourenço Dantas Mota). São Paulo: Senac, 1999.

RERE Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado
Direito do Estado.com.br O Direito Público da Cidadania

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SOUZA Jr, Paulo Roberto de. Estatuto de Cidade e o Plano Diretor: instrumentos para o cumprimento da função social da propriedade. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, junho, julho, agosto, 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-26-JUNHO-2011-CALMON-DE-PASSOS.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Nenhuma informação disponível.