

DEMOCRACIA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Maria de Fátima S. Wolkmer

DISSERTAÇÃO APRESENTADA NO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO A OBTENÇÃO DO TÍTULO
DE MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS - ESPECIALIDADE DIREITO

Orientadora: Dra. Olga Maria Boschi de Aguiar

FLORIANÓPOLIS

1993

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação DEMOCRACIA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

elaborada por MARIA DE FÁTIMA S. WOLKMER

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada
adequada para obtenção do título de MESTRE EM DIREITO

Florianópolis (SC), 07 de outubro de 1993

BANCA EXAMINADORA

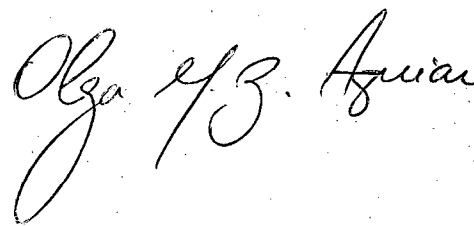
Prof. Dra. Olga Maria Boschi de Aguiar = Presidente

Prof. Dr. Clóvis de Souto Goulart

Prof. Msc. José Márcio M. Vieira

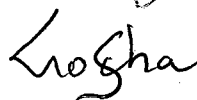
Professora Orientadora:

Prof. Dra. Olga Maria Boschi de Aguiar



Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha



AGRADECIMENTOS

A Profa. Dra. Olga Maria de Aguiar, que, como orientadora, foi imprescindível estimuladora com sua amizade, apoio e atenção;

Aos Professores em geral do Curso de Pós-Graduação em Direito, da UFSC, pelos conhecimentos transmitidos;

As funcionárias do CPGD/UFSC, principalmente à Dilsa e à Maria Helena, pela forma atenciosa, solidária e o sempre pronto acolhimento;

A querida amiga Maria de Lourdes de Souza, pela sugestão do tema da dissertação e o material bibliográfico enviado da Espanha;

A Profa. Luiza H. Moll (UFRGS), pelos artigos de jornais e revistas remetidos de Porto Alegre;

A estimada amiga Jussara (vizinha da rua Itapuã), pelo estímulo no momento certo;

Aos meus pais, Wolney e Alba Schumacher pelo apoio e carinho;

E, finalmente, ao Antonio, companheiro de todas as horas, pelas leituras, correções e sugestões, bem como pelo apoio permanente e decisivo sem o qual não teria sido possível concluir a dissertação...

SUMÁRIO

RESUMO.....	06
ABSTRACT.....	08
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1	
DOCTRINA DEMOCRÁTICA, ESTADO E LIBERALISMO JURÍDICO.....	20
1.1 Teoria da Democracia: natureza e princípios fundantes.	20
1.2 Distorções do Modelo Formal de Democracia Moderna.....	29
1.3 A Questão Estado na Democracia Liberal.....	48
1.4 As Funções do Direito na Democracia Liberal.....	56
CAPÍTULO 2	
CRISE DA JUSTIÇA, NOVOS PARADIGMAS E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.....	69
2.1 Estrutura da Tripartição dos Poderes: origens e evolução.....	69
2.2 Mudança Social e Ineficácia das Instâncias Jurisdicionais.....	81
2.3 Crise de Legitimação e Paradigmas Participativos.....	92

CAPÍTULO 3

JUSTIÇA PARTICIPATIVA E PODER JUDICIAL DEMOCRÁTICO.....	113
I. PARTE: Democratização das Práticas de Justiça.....	113
3.1.1 Informalização e Procedimentos Democráticos da Jurisdição.....	113
3.1.2 Uso Alternativo da Legislação na Função Judicial....	125
II. PARTE: Democratização do Poder Judicial.....	135
3.2.1 Juízes e Democracia: critérios para uma Função Judicial Democrática.....	135
3.2.2 Participação Popular na Administração da Justiça....	148
3.2.3 Descentralização e Controle Democrático do Judiciário.....	162
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	182
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	195

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar criticamente os princípios da Democracia representativa que inspiraram as práticas institucionais da administração da Justiça, bem como as possibilidades ou não de uma Justiça democrática que implique num maior controle e participação da sociedade civil.

Assim, após os delineamentos históricos da Democracia, a natureza da expressão e conteúdo, bem como seus princípios básicos, busca-se demarcar, de um lado, os liames entre o Liberalismo clássico e a Democracia moderna e, de outro, a insuficiência de seus pressupostos na inter-relação com o Estado e o Direito moderno.

Avançando, aborda-se os aspectos histórico-críticos da Divisão dos Poderes, enquanto um dos fundamentos nucleares da Democracia representativa. Tal questionamento privilegia a função judicial que, mesmo sendo considerada um poder separado e independente, na verdade, não tem sido independente, já que o aparato jurisdicional, enquanto instância de poder, constitui sempre uma articulação do que é dominante na sociedade.

Por fim, tratar-se-á das insuficiências do Poder Judiciário que é reflexo de uma crise maior de natureza política, pois está em crise o paradigma de Democracia representativa, que sempre ofereceu uma aparência de racionalidade à expropriação política da sociedade e ao domínio de fato da classe economicamente dominante. A pesquisa ressalta a vinculação necessária entre administração da Justiça e valores democráticos, bem como os critérios para uma atividade judicial democrática. Em síntese, a implementação de práticas e disposições relativas à Democracia participativa na esfera da administração da Justiça determina, por um lado, uma nova postura dos operadores jurídicos nos tribunais e, por outro, com a descentralização, apresenta-se como a possibilidade de se estabelecer uma nova relação entre sociedade civil e sociedade política.

ABSTRACT

The purpose of this work is to criticize the principles of the Representative Democracy which have inspired the institutional practices of Justice that entails a better control and participation of the civil society.

Thus, after the historical delineation of Democracy, the nature of its expression and content and its rudiments, this work tries to delimit the bonds between the classical Liberalism and the modern Democracy on the one hand, and show the insufficiency of its presuppositions in the interrelation with the State and Modern Law on the other hand.

Further on, the historical and critical aspects of the Separation of Powers as one of the nuclear fundamentals of the representative Democracy are discussed. Such debate favors the judicial function which, although considered a separate and independent power, has not been independent at all, since the jurisdictional apparatus is a power instance and represents an articulation of what is dominant in the society.

Finally, it is presented the insufficiencies of the Judiciary, which is the reflection of a major political crisis,

including the paradigm of the representative Democracy that has always offered an appearance of rationality to the political expropriation of society and to the domination of the economically-dominant class. This work emphasizes the link necessary between the administration of the Justice and the democratic values, as well as the criteria for a democratic judicial activity. In short, the accomplishment of practices and dispositions related to the participative Democracy in the administration of Justice determines, on the one hand, a new attitude on the part of the judicial operators in court and, on the other, with the decentralization process, it appears as a possibility of establishing a new relationship between the civil and the political society.

INTRODUÇÃO

I. Identificação e Justificativa do Tema

A superação do modelo liberal de organização jurídica é parte integrante de um movimento mais amplo de transformação social, de transformação histórica, de construção de uma nova democracia.

Há uma crise de valores, de fundamentos que, no âmbito do Direito, vem se refletindo no espaço da legalidade bem como na busca de novos padrões normativos.

A crise do Judiciário, neste sentido, constitui um desafio que vem impondo questionamentos e exigindo respostas.

Desta forma, estar apto a absorver as alterações sociais, o novo direito que brota nos espaços periféricos, implica numa mudança de mentalidade e um comprometimento dos juizes com as lutas das grandes massas populares, no sentido de mudança do sistema e construção de uma sociedade mais justa.

Dai, a localização do tema: examinar a democratização da Justiça como uma questão essencial para democratizar o Estado e a

Sociedade.

As significativas mudanças no panorama político, a nível internacional, alteraram não só a geografia política mas, também, as preocupações frente aos problemas prementes. Neste sentido, dilema democracia direta ou indireta, por exemplo, substitui-se pelo dilema de salvar a democracia.

Com a política neo-liberal, acentuou-se a crise do Estado, desmascarando seu falso distanciamento frente aos interesses sociais, evidenciando seu atrelamento ao desenvolvimento do grande capital.

Assim urge repensar a função do Estado, o funcionamento de suas instituições e o acesso mais efetivo na administração da Justiça, a partir de uma descentralização e de um amplo movimento de participação democrática. Na verdade, percebe-se um distanciamento cada vez maior entre as demandas sociais e as possibilidades de sua absorção pelas estruturas institucionais como aí estão.

Fica manifesta uma crise institucional que requer uma revisão profunda dos seus níveis de operação. A democratização torna-se a grande questão. É hora de fazermos uma crítica da democracia liberal representativa e buscarmos alternativas embasadas na apropriação dos espaços múltiplos pela participação de uma nova cidadania.

Isso torna-se ainda mais urgente em países como o Brasil, que nunca viveram um período de consolidação democrática, mas

que, ao contrário, compondo o grupo das chamadas "novas democracias", vem atravessando um longo período intitulado de transição democrática, com agravante e problemática crise econômica e social.

A busca da superação da crise passa necessariamente pela democratização do Estado sem que isso implique na mudança de todos os seus fundamentos. Assim, a democratização requer uma revisão profunda dos níveis de operação institucional em vários aspectos: o reconhecimento de novos sujeitos sociais, pois há uma nítida tendência de um movimento que organiza a sociedade civil até o Estado. O Estado necessita tornar-se permeável a essas mudanças dentro de uma flexibilidade que permita a absorção das demandas sociais e a re-legitimação dos poderes constituídos.

Essa re-legitimação dos poderes constituídos deverá ocorrer a partir de uma reorganização institucional pautada no critério das maiorias como base para determinar, em um contexto ideológico pluralista, e que, a nível jurídico-político, oriente-se para a edificação de uma sociedade mais justa.

O tema escolhido para a presente dissertação "Democracia e Administração da Justiça" insere-se justamente dentro desta problemática.

As nossas instituições político-jurídicas precariamente democráticas tendo herdado, do passado recente, uma forte carga de traços autoritários, obrigam-nos a pensar as condições para a democratização não só do político mas também do legal.

Se tomarmos o princípio da Separação dos Poderes, elaborado por Montesquieu, como um obstáculo frente à possibilidade de cada um desses poderes adquirirem direitos ilimitados sobre o conjunto do Estado, veremos que o mesmo só se poderá tornar possível se a composição de suas funções permanecerem vinculadas ao desenvolvimento da sociedade civil. Caso contrário, cria-se uma distância e abrem-se espaços para que uma máquina administrativa se apodere do controle da sociedade.

Parece desnecessário ressaltar que, com o passar dos anos, tanto o executivo, quanto o legislativo aumentaram suas faculdades - fenômeno que aplicou-se com o surgimento do Estado Social, cujas políticas vêm exigindo um incremento do aparelho burocrático.

Esta temática deverá ser analisada em sua justa perspectiva, pois não se trata de dar mais faculdade a um poder que a outro, senão de buscar uma harmonia entre as funções do Estado.

Uma análise das razões ou motivos que levaram à desvalorização social e política do Poder Judicial e alguns aspectos pelos quais pode começar sua reconstituição democrática são fundamentais para construir-se uma nova relação entre o Estado e a Sociedade Civil.

No atinente à legitimação democrática do Poder Judiciário, não interessa aqui tanto o modo de eleição de seus membros, como a forma de exercício de sua função "fazendo dos tribunais um significativo espaço de luta e não apenas um foro para discussão de questões do ponto de vista das técnicas legislativas e

processuais, defendendo a materialização da legislação ordinária, a ideologização de suas regras, a natureza política de sua interpretação e aplicação".

É importante pensar a função do Judiciário como representante e defensor dos interesses excluídos, daquela parte da sociedade que de algum modo, sofre processo de marginalização, em relação à qual os juízes podem e devem realizar um trabalho embasado nos princípios constitucionais.

Convém enfatizar que o falso apoliticismo atribuído como característica principal da administração da Justiça é para manutenção do que aí está. Cabe responsabilizá-la politicamente, frente ao povo, como poder estatal que é. De tal forma, esse controle vai dar numa legitimação democrática, fazendo-o mais firme frente aos demais poderes.

Esta é uma tentativa parcial de pensar a democracia que tanto queremos. Não esquecemos que a democracia requer certas condições sociais mínimas. Entretanto, a transformação da situação material da sociedade, se não vier acompanhada de uma efetiva democratização dos espaços ocupados pelo aparelho estatal, não modificará as condições políticas que tornaram esta situação possível.

Cabe, ao Poder Judiciário, com seus juízes, deixarem de ser tão somente operadores do Direito para serem também pensadores do Direito, autêntico canal aberto e receptivo à Sociedade Civil. Só assim poderão atuar e colaborar na defesa dos interesses da sociedade.

II. Aspectos Metodológicos

No que se refere ao método de abordagem, adota-se o hipotético-dedutivo. A hipótese central da pesquisa gira em torno da necessária democratização da Justiça, que apresenta-se hoje burocratizada, com um procedimento estereotipado, vivendo uma a-historicidade, que não soluciona os conflitos decorrentes da complexidade social. Como inferência dedutiva examinaremos a crise da Democracia Representativa cujos princípios têm fundamentado a prática jurídica tradicional para chegarmos a possibilidades que vêm sendo delineadas e discutidas para a democratização da Justiça através da intervenção da cidadania ativa.

Utiliza-se o método histórico-crítico para descrever a Democracia Representativa e seus pressupostos, bem como fazer uma reavaliação de seus princípios frente às necessidades atuais; assim como, redimensionar os espaços democráticos a nível do normativo e da administração da Justiça através da projeção e realização de uma cultura e prática jurídicas alternativas.

A pesquisa constituiu-se, fundamentalmente, em consulta bibliográfica (seleção de textos, livros, artigos de revistas especializadas nacionais e estrangeiras, dissertações e teses do CPGD\UFSC).

Por outro lado, o questionamento que atravessa o Judiciário

levando-se em conta a técnica das citações por extenso, ao invés, da forma tradicional que se constitui em letra grifada e espaço menor. Optamos por esta forma por considerarmos, em primeiro lugar, que, com a outra, a leitura fica mais truncada e, em segundo lugar, para não destacar além do necessário. Quanto às notas bibliográficas foram colocadas no final de cada capítulo e, não na folha que corresponde à citação.

Por tratar-se de uma dissertação que envolverá determinados conceitos operacionais: "Democracia Representativa", "Estado Liberal", "Direito", "Princípio da Divisão dos Poderes", "Poder Judiciário", "Administração da Justiça", "Poder Judicial", "Crise", "Paradigma", "Democracia Participativa", "novos sujeitos sociais", "descentralização", torna-se imperioso observar que a apreensão real de seus significados emerge do contexto interpretativo da pesquisa elaborada.

Quanto ao plano adotado para o desenvolvimento da dissertação, compreende a sistematização de um roteiro composto por três capítulos.

No primeiro capítulo com o título "Doutrina Democrática, Estado e Liberalismo Jurídico" procura-se explicitar a necessidade de uma revisão estratégica da Democracia Representativa. O quadro institucional que deu legitimidade ao Estado capitalista entrou em crise, na medida em que não consegue absorver a pluralidade das demandas sociais.

Após os delineamentos históricos da democracia, a natureza da expressão e conteúdo, bem como seus princípios básicos,

procurar-se-á demarcar, de um lado, os liames entre o liberalismo clássico e a democracia moderna e, de outro, a insuficiência de seus pressupostos na inter-relação com o Estado e o Direito moderno.

Assim, em face do atual desenvolvimento capitalista, agora em sua fase monopolista, o Estado liberal se reordena como estrutura política, procurando outras formas de legitimação. Agravando-se a crise estrutural do sistema jurídico com a conseqüente necessidade de se buscar uma saída.

No segundo capítulo, com o título "Crise da Justiça, Novos Paradigmas e Democracia Representativa", aborda-se os aspectos histórico-críticos da divisão dos poderes, enquanto um dos fundamentos nucleares da Democracia Participativa. A confrontação entre a teoria e a prática vem mostrando a necessidade de uma revisão da real importância desta distinção funcional dos poderes. Neste sentido, poderíamos dizer que, ao priorizar-se a divisão dos poderes, esqueceu-se que o fundamental é estabelecer como fonte contínua de legitimação a soberania popular.

Por outro lado, o questionamento que atravessa o Judiciário passa necessariamente pela análise crítica, principalmente, desde dois aspectos: em primeiro lugar como um poder tido como separado e independente mas que, na verdade, não tem sido "independente", já que o aparato judicial, enquanto aparato de poder, constitui sempre uma articulação do que é dominante na sociedade. Em segundo lugar, pela própria crise do sistema jurídico como um todo, marcada por uma cultura jurídica de tradição estatal, de

forte influxo Kelseniano, ordenada num sistema lógico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja produção legal transforma o Direito e a Justiça em manifestações estatais exclusivas. Esta mesma legalidade, quer enquanto fundamento e valor normativo hegemônico, quer enquanto aparato técnico oficial de controle e regulamentação, vive uma profunda crise paradigmática. Neste sentido, os novos paradigmas tendem a comungar a crença de que o fenômeno jurídico é a expressão mais viva e real de um processo histórico-social que comporta conflitos, contradições e transformações em que a participação popular vem salientando-se como fundamental na construção de um novo poder judicial democratizado, assim como na estruturação de uma democracia de base.

No terceiro e último capítulo, intitulado "Justiça Participativa e Poder Judicial Democrático", tratar-se-á da crise das insuficiências do Poder Judiciário que é reflexo de uma crise maior de natureza política, pois está em crise o modelo de Democracia representativa que sempre ofereceu uma aparência de racionalidade à expropriação política da sociedade e ao domínio de fato da classe economicamente dominante.

Assim, impõe-se explicitar num primeiro momento que a crise e a pouca eficácia na administração da Justiça levou ao surgimento de modalidades institucionais que tendem a viabilizar um maior acesso da população às práticas jurisdicionais mais simplificadas e ágeis na resolução das lides, principalmente, no que diz respeito a conflitos envolvendo pequenas causas. A resposta-solução aqui defendida para implementar uma Justiça

menos ritualizada, desburocratizada e descentralizada, será a utilização de alguns instrumentos jurisdicionais, como: a conciliação, a arbitragem e o juizado de pequenas causas.

Abordaremos, num segundo momento, aquilo que constitui o aspecto central, do nosso trabalho, ou seja, a vinculação necessária entre administração da Justiça e valores democráticos, bem como os critérios para uma atividade judicial democrática.

Uma atividade judicial democrática seria aquela que possibilita o exercício da autonomia da vontade com novas formas de participação no exercício do poder. Hoje é impossível construir-se uma democracia com igualdade/liberdade sem uma democratização do poder com participação e controle popular. A atividade judicial democrática, então, seria aquela que possibilita o exercício da autonomia numa expressão plena da soberania popular.

A implementação de práticas e disposições relativas à Democracia Participativa na esfera da administração da Justiça determina uma nova postura dos múltiplos agentes que compõem o todo social.

Desta forma, o exercício da cidadania ativa é decisivo na abertura de espaços para que toda sociedade possa identificar criticamente o que deve ser mudado, num processo de busca da justiça social. No que tange à administração da Justiça abre-se a discussão, principalmente, em relação ao controle externo do Poder Judiciário.

CAPÍTULO 1

DOCTRINA DEMOCRÁTICA, ESTADO E LIBERALISMO JURÍDICO

1.1 Teoria da Democracia: Natureza e Princípios Fundamentais.

A democracia é um problema atual, cuja dimensão nos leva a questões que giram em torno de sua natureza, complexidade e incompletude. Essas questões passam necessariamente por sua dinâmica, evolução e transformação histórica.

Assim, no desenvolvimento deste item, faremos uma análise histórico-crítica. Consideramos relevante a reconstrução histórica, desde que fuja da perspectiva linear ascendente - qual seja, aquela que apresenta o último pensamento elaborado como o coroamento e resultado dos demais.

Neste sentido, aceitamos avanços e recuos em tempos cronológicos diferentes em qualquer explanação teórica que se venha a fazer.

A preocupação com o tema tem por objeto a gênese e o desenvolvimento, com os diferentes usos do vocábulo, bem como com as suas doutrinas e com a sua institucionalização concreta (esta será ampliada no próximo item). Como diz Mario Justo, estes aspectos - é necessário tê-los muito presentes - encontram-se inseparavelmente vinculados. Com efeito, o vocábulo é usado para designar doutrinas e instituições variáveis; são as doutrinas que proporcionam ao vocábulo as variações de seu significado, às vezes a margem do vocábulo mesmo. A institucionalização, com a conseqüente normatividade jurídica e sua realização empírica, nem sempre coincidentes - põe à prova as doutrinas e incide sobre o significado do vocábulo.¹

Fica evidente, portanto, a complexidade de determinar, ainda que genericamente, que o conteúdo formal da Democracia, principalmente nos dias de hoje, apresenta inúmeras dificuldades, que estão associadas, por um lado, aos significados distintos com que tem sido usada na linguagem política e, por outro, pela carga emocional que gravita em torno da democracia. Segundo Ligia Cavalcanti, "apesar da palavra ser descritivamente ambígua, pode guardar a mesma força emocional nos diferentes contextos em que é empregada (...). Qualificar uma idéia, uma instituição de democrática é engrandecê-la implicitamente."²

Assim, tendo em vista essas observações iniciais, fica evidente que criar um modelo de análise que permita enquadrar o tema não é tarefa fácil. Nossa opção foi, como dissemos acima, percorrer a história, bem como detectar, ainda que de forma breve, os limites e as armadilhas que as idéias continham na

medida em que, uma análise retrospectiva permite ver através da prática política de cada época.

Etimologicamente, a Democracia é composta por duas palavras: "demos", que significa povo, e "kratos", que significa autoridade, ou "kratein", que significa governar.

A democracia, como governo do povo, pode ser direta, indireta ou representativa e semi-direta.

A democracia direta, no seu aspecto formal - quer dizer, como mecanismo para adotar decisões políticas - costuma ser situada como concretização histórica da democracia ateniense. Não só significava o predomínio da vontade de muitos (literalmente governo do povo), senão que essa vontade se expressava diretamente, sem intermediários, no seio da assembléia popular de Atenas, da qual podiam tomar parte todos os cidadãos.³

Num discurso da época Tucídides assim se expressa: "Nós chamamos nosso governo democracia, porque a cidade é administrada pela maioria e não por poucos. E, embora, de acordo com a lei, todos sejam iguais nas suas relações privadas, nas eleições para os cargos públicos os mais capazes são preferidos, não pelo nascimento, mas por seus méritos. Além disso, a liberdade é o princípio de nossa vida pública."⁴

Com efeito, apesar da retórica amplamente democrática o que se percebe quando se passa do discurso para a vida são grandes diferenças nas características estruturais e funcionais da democracia ateniense com o que hoje se considera democracia.

A lei não obrigava, por exemplo, Péricles a convocar a assembléia e, assim, podia deixar de fazê-lo por longo tempo.

Os cidadãos não constituíam senão uma parcela da população, junto à qual estavam também, mas sem direitos políticos, os metecos, os libertos, os escravos e as mulheres em número superior aos que participavam nos espaços públicos. Era, na verdade, uma democracia escravocrata e os direitos políticos existiam em função da riqueza.

Entre os grandes filósofos gregos - Platão e Aristóteles - o regime político ao qual deram o nome de democracia foi caracterizado de forma negativa.

De acordo com Norberto Bobbio, o juízo negativo de Platão acerca da democracia encontra-se expresso em "A República", e mais atenuadamente em "O Político". Das cinco formas de governo descritas por Platão na "República", aristocracia, tecnocracia, oligarquia, democracia e tirania, só uma delas, a aristocracia, é boa. O mesmo Platão, além disso, reproduz, no "Político", a Democracia como o "governo do número", "o governo de muitos" e o "governo da multidão". Já nas "Leis" fica clara a idéia de que a democracia, forma de governo existente em Atenas, pautava pelo excesso de liberdade. Quanto a tipologia aristotélica, reconhecia-se a existência de um certo "governo da maioria" ou da "multidão", diferente da administração de um só ou de algumas pessoas. Na verdade, "o nome de democracia é atribuído à forma corrupta, sendo a mesma definida como o 'governo de vantagem para

o pobre', contraposta ao 'governo de vantagem para o monarca' (tirania) e ao 'governo de vantagem para os ricos' (oligarquia)."⁵

Em Roma, Heródoto diz que na democracia o que a distingue é a igualdade de todos perante a lei e a responsabilidade dos magistrados pelos atos realizados no exercício de seus cargos.

Políbio, na "História", referiu-se a democracia e considerou que estava exposta a degeneração da mesma maneira que as formas simples de governo e, assim como Platão e Aristóteles, assinalou que estava consubstanciada na liberdade e igualdade. Contudo, não se pode dizer que se preocupou com estilo de vida democrático. Cícero, por sua vez, não admitiu, com relação à democracia, a separação entre forma e substância e, em "As Leis", escreveu: "Se todos os atenienses estiverem de acordo com leis tirânicas serão por isso justas essas leis?"⁶

Durante a Idade Média não existiu democracia como institucionalização em nenhum regime político. As instituições desse período não tiveram caráter democrático: em primeiro lugar, porque não possibilitavam a participação direta da comunidade nos assuntos públicos e as que proporcionavam, de forma indireta, estiveram limitadas a setores muito reduzidos. Certamente, existiram autores como Santo Tomas de Aquino, Guilherme de Ockam e Marsílio de Pádua, que escreveram que o povo deveria ser a fonte do poder, porém isso nada teve a ver com a realidade das instituições.⁷

Por outro lado, na sociedade burguesa, os fundamentos do "pensamento político moderno - que tem suas raízes remotas na antiguidade grega - encontram-se, principalmente, na formulação de autores como Montesquieu e Rousseau. De Montesquieu decorre os institutos básicos da democracia formal: a separação dos poderes como instrumento e salvaguarda da liberdade, e o regime representativo. Rousseau contribuiria principalmente com os conceitos de soberania e vontade geral; e deles decorrente, com a concepção da inalienabilidade e indivisibilidade de soberania popular."⁸

Rousseau define a democracia como a forma de governo em que se confia todo seu exercício ao povo ou a maior parte do povo. Está presente em sua obra o ideal republicano, a doutrina contratualista do Estado fundado sobre o consenso e sobre a participação de todos na produção do ideal igualitário que acompanhou, na história, a idéia republicana, levantando-se contra a desigualdade dos regimes monárquicos e despóticos.

De acordo com Mario Justo, Rousseau considera os requisitos de uma democracia difíceis de reunir: um Estado muito pequeno, grande simplicidade de costumes, igualdade nos ganhos e nas fortunas. Por outra parte não há forma de governo tão exposta a guerras internas, nem que exija por isso mesmo mais vigilância e mais valor para manter a sua organização. Por isso, o cidadão deve armar-se de força e de constância e preferir o perigo da liberdade à servidão tranqüila. O que se percebe é que, tão pouco, para Rousseau, a democracia é uma mera forma de governo.⁹

Independente da origem de sua especificidade, tanto no que se refere ao tempo, quanto à circunstância, as distintas democracias que instauraram-se à partir do século XVIII tiveram algumas semelhanças fundamentais no que se refere à concepção do homem e da sociedade política, bem como os princípios de sua institucionalização.

As democracias modernas nasceram sob a influência predominante do liberalismo. Neste período inicial há uma predominância dos conceitos liberais sobre os democráticos.

Qualquer caracterização da democracia moderna tem que deixar claro que o Estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do Estado democrático. De acordo com que ensina Norberto Bobbio, Estado Liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: "na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras, é pouco provável que um Estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte, é pouco provável que um Estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica dessa interdependência está no fato de que o Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos."¹⁰

Partindo desta observação, desta interdependência é que vamos estabelecer a natureza da democracia. A maioria dos autores afirmam que a essência da democracia assenta sobre três princípios fundamentais: o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade.

A democracia é a forma de organização política em que o poder reside na totalidade dos indivíduos, isto é, na democracia não há monopólio ou controle do poder por um indivíduo ou classe privilegiada.

Assim, o poder reside na universalidade dos cidadãos, o homem é tratado como um fim e não como um meio, ou seja, a democracia é representada pelo poder organizado da consciência grupal.¹¹

De outro lado, não se compreende a democracia sem a noção de igualdade. Entretanto, para o conceito democrático da igualdade, não basta qualquer igualdade geral e que seja indiferente à realidade social, sem atenção ao seu valor ou substância. É que a democracia deve basear-se em um conceito específico de igualdade, embasado na "ausência de posições privilegiadas" decorrentes do nascimento. Dentro de um Estado democrático todos são iguais perante a ordem legal constituída.

Em consequência dessa igualdade supõe-se todas as outras: igualdade perante a lei, voto igual, sufrágio universal, serviço militar obrigatório, igualdade para acesso aos cargos públicos, etc.¹²

O princípio da igualdade presume-se estabelecido, em cada país, sempre que se abra a todos o ingresso ao exercício dos direitos civis e políticos.

Por último, o princípio da liberdade, que constitui-se, num complexo de prerrogativas inerentes ao indivíduo, enquanto relacionado no corpo social, para criar um campo de ação autônomo, no qual o Estado, não pode intervir. É preciso que o povo, em sua totalidade, tenha alcançado um certo estágio social em que, eliminada a dominação que uma classe possa exercer para explorar política e economicamente as demais classes da sociedade, ele possa, em seu conjunto, participar e controlar o mecanismo governamental. Para isso se impõe que todos sejam livres.¹³

As técnicas que a democracia usa para concretizar esses princípios tem variado, e certamente continuarão a variar, com a evolução do processo histórico, predominando as técnicas eleitorais com suas instituições e o sistema de partidos políticos como instrumento de expressão e coordenação da vontade popular.

O avanço nos procedimentos técnicos determina acima de tudo uma melhor explicitação crítica do conteúdo doutrinário do liberalismo, porquanto é sob o influxo de seus princípios que se solidifica a moderna democracia liberal-representativa.

1.2 Distorções do Modelo Formal de Democracia Moderna

As críticas à democracia liberal não são recentes, mas nas últimas duas décadas denotam, pela abrangência, que o modelo está em crise e em fase de redefinição.

Antes de entrarmos nessa questão propriamente dita, importa ressaltar como se deram a sistematização e repercussões históricas da doutrina liberal e de quão estreitamente estará vinculada à democracia representativa burguesa. Naturalmente, não é nosso objetivo esgotar ou inovar neste assunto, tendo em vista o alto nível dos trabalhos existentes sobre este tema.

Numa primeira aproximação é possível situar o liberalismo como manifestação ideológica entre os séculos XVII e XVIII no continente europeu.

Para a ideologia liberal, a liberdade é um direito natural. O homem, na afirmação da sua autonomia, deve estar livre de qualquer poder que não tenha sido estabelecido por seu consentimento; dotado de razão para obter o pleno desenvolvimento de suas potencialidades e atingir, portanto, seu bem estar e felicidade, não deve ser barrado por nenhuma forma de autoridade arbitrária. Assim, o liberalismo "torna-se expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso, etc."¹⁴

O papel do Estado é encarado de um ângulo negativo, isto é, como um policial ("L'Etat Gendarme") que não deve embaraçar e sim garantir a livre competição. O liberalismo preconiza a outorga ao indivíduo o máximo de liberdade para orientar-se nas suas relações econômicas. O Estado deve garantir o desempenho regular da concorrência para que cada um possa dedicar-se com segurança na persecução de seus próprios interesses, cuja soma, no jogo do mercado, promoverá o bem comum.

Há, portanto, uma rígida limitação e a conseqüente separação entre sociedade civil e aparato estatal, a primeira como sede do mercado e através deste da acumulação capitalista, o segundo como instrumento externo da garantia da ordem.

Como diz Bobbio, liberalismo significa individualismo; por individualismo entende-se, não apenas a defesa radical do indivíduo, único real protagonista da vida ética e econômica contra o Estado e a sociedade, mas também, pode expressar aversão à existência de todo e qualquer grupo intermediário entre o indivíduo e o Estado.

Os liberais uniram, por outro lado, a liberdade à igualdade ao proclamarem que todos os homens nascem livres e iguais em direitos. Não era uma igualdade de fato, pois o indivíduo na sociedade política era um sujeito abstrato, isto é, possuía uma igualdade jurídica meramente formal. Todos eram iguais perante a lei, que era expressão da vontade geral, e só ela limitava o agir em sociedade. O homem era, portanto, livre e igual perante a lei e não igual nas condições sócio-econômicas. A igualdade liberal

não eliminava as diferenças econômicas e sociais entre indivíduos.

O princípio da tolerância que significou acima de tudo a defesa da liberdade religiosa foi outra categoria central do liberalismo. A religião passou a ser considerada como assunto de foro íntimo. Todos os clássicos do liberalismo mantêm-se fiéis a esta reivindicação da liberdade ética do homem. Locke, indo mais longe, reivindica, no campo político, a autonomia da lei moral ou filosófica em relação à lei civil.

Acreditava-se na descoberta da verdade pelo exercício da razão individual, procurando neutralizar a Igreja enquanto aparelho ideológico do Estado, passando da legitimação religiosa à legitimação científica.

Por fim, tinha na propriedade a essência de seu arcabouço teórico pois, em torno dessa é que giravam as outras categorias. Foi considerada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como inviolável e sagrada. O indivíduo era livre para fazer de sua propriedade o que bem entendesse, sem interferência do Estado, que existia para garanti-la.

Os liberais defendiam a acumulação e a ampliação da propriedade, o que possibilitava a plena efetivação dos interesses da burguesia em ascensão. Sem a interferência do Estado, a burguesia poderia ampliar sua propriedade e sua liberdade econômica, produzindo uma situação de desigualdade social camuflada por uma igualdade legal que privilegiava uma

minoria, enquanto a maior parte da população vivia em condições de miséria absoluta.

A doutrina jurídica que expressou todo esse movimento foi denominada de constitucionalismo, tendo como um dos pontos fundamentais a limitação da atividade dos órgãos estatais aos limites precisos de uma lei fundamental, ou seja, um texto escrito chamado Constituição.

Como se sabe, o Estado "político representativo de direito" é uma formação burguesa que se caracteriza pela divisão dos poderes e uma ênfase reconhecida sobre todos os demais poderes da instância representativa, quer dizer, constituída por representantes recrutados por via eleitoral e portadores orgânicos da vontade representada.

Contra todas as possíveis formas de Estado absoluto, o liberalismo, ao nível da organização social e constitucional sempre estimulou, como instrumentos de inovação e transformação social as instituições representativas e a autonomia da sociedade civil como espaço econômico e cultural.¹⁵

Decorrente dessa dicotomia, na estrutura do Estado liberal, o princípio da separação dos poderes constitui aspecto simétrico dos liames entre Estado e sociedade. Este princípio postula mais que uma simples divisão técnica do trabalho na condução dos assuntos públicos - o que afinal de contas, existe em toda organização política. Tal princípio estabelece que as diversas funções do Estado devem ser obrigatoriamente asseguradas por

órgãos independentes uns dos outros ou, pelo menos, autônomos em sua designação e em seu funcionamento.¹⁶

Partindo da observação de que quem detém o poder é induzido a dele abusar, a única solução é que o poder limite o poder. Por conseguinte, é preciso dividir o poder político em funções atribuídas a órgãos diferentes, de sorte que o mesmo corpo ou uma mesma autoridade não exerça jamais a totalidade destas funções. A liberdade política nascerá desta situação.¹⁷

Assim, não surpreende que a burguesia ansiosa por superar o absolutismo tenha acolhido a teoria da separação dos poderes. Entretanto, o Estado liberal é sempre o Estado da burguesia e, neste sentido, a separação dos poderes é totalmente ilusória. A burguesia não só controla, direta ou indiretamente, as cúpulas do Estado, senão praticamente todo aparato estatal.¹⁸

Por sua vez, o mecanismo representativo, que deveria expressar a vontade geral, na verdade, funciona realmente para burguesia. Encontra-se ligado à sua base social por vínculos ideológicos que fazem dos representantes seus fiéis porta-vozes. O voto censitário assegura, neste período, efetivamente a homogeneidade da base social do Estado, identificando-a com a burguesia proprietária, e, ao mesmo tempo, a possibilidade de uma relação direta entre representante/representado. O parlamento, em suma, é um conselho de administração da burguesia.

O que se percebe é que, ao projetar-se operativamente, o Estado liberal vai demonstrando a defasagem entre a teoria e a prática. A falta de concretização dos direitos e liberdades

individuais revelam a falsa retórica de sua enunciação solene. Em que pese os ditames formais, numa apreciação mais crítica, o que se pode assinalar é que a maior parte das pessoas estavam excluídas dos direitos políticos, ou seja, em nenhum lugar o liberalismo adotou o sufrágio universal. Impingiu o voto censitário, e justificou, dizendo que os proprietários, com seus interesses a preservar, eram os mais capacitados a promover o desenvolvimento da Nação e, assim, falar em seu nome. Conseqüentemente, adotou-se o princípio da Soberania da Nação e não o da Soberania Popular preconizada por Rousseau.

O cidadão coincide com o burguês e os direitos individuais tornam-se letra morta na medida em que as práticas políticas restringem-se a uma minoria.

Pode-se concluir, tendo em vista, as condições econômicas da maior parte da população que o liberalismo significa liberdade de manter e defender a propriedade privada contra um poder arbitrário, mas também em detrimento, da grande massa de despossuídos. Essa exploração possibilitou uma construção jurídico-política que passou a usar conceitos gerais e abstratos, estabelecendo uma igualdade perante a lei diante de uma desigualdade de fato na tentativa de pacificar as tensões e resolver os conflitos.

Foram esses antagonismos que levaram, fundamentalmente, o movimento operário a pressionar no sentido de uma maior democratização.

Hoje não se questiona mais a necessidade tão somente de uma revisão estratégica da democracia representativa. O quadro institucional que deu legitimidade ao Estado capitalista entrou em crise, na medida em que não pode absorver a pluralidade das demandas sociais. Os canais de comunicação ficaram estreitos demais e o sistema ameaça implodir pela ineficácia diária.

Na verdade, a crise da democracia representativa não é recente e vem sendo alvo de pressões desde o século passado. Como veremos, a democracia liberal não cumpriu muitas de suas promessas e as mudanças que ocorreram foram mais no sentido de preservar o sistema capitalista do que ampliar a democracia ao social.

Neste processo e nesta metamorfose, a democracia representativa é agora, nos Estados do Capitalismo maduro, pouco mais que um fantasma ideológico e, no terceiro mundo, uma promessa sempre em vias de se cumprir. Paralelo a isso, como veremos ainda neste capítulo, há a progressiva obsolescência da forma jurídica do Estado burguês expressa na fórmula "Estado de Direito".

Como se sabe, no que tange à democracia, sua principal modalidade de decisão é "a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas - e; portanto, vinculatórias para todo o grupo - as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão."¹⁹

Essa característica da democracia envolve, na verdade, alguns pressupostos, ou seja, um conjunto de condições mínimas - chamadas liberdades políticas. Um regime político só é efetivamente democrático quando o Estado assegura de fato as liberdades políticas (expressão, reunião, organização partidária) codificadas pelos textos legais.

Segundo Bobbio, mesmo para uma conceituação elementar de democracia, não é suficiente "nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria. É indispensável que ocorra uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condições de escolher uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que os chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de reunião, de associação, etc - os direitos à base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do Estado que exerce o poder (...) dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos "invioláveis" do indivíduo".²⁰

É claro que a mera afirmação em textos legais não traduz a realização desses direitos. A história nos tem mostrado não só uma realização mínima desses direitos, como também um modo desigual de usufruí-los pelas diferentes classes sociais. E isso é grave na medida em que eles são os pressupostos necessários

para o desenvolvimento da democracia.

Sobre essa desigualdade - analisada por Lenin, em "Como iludir o povo" (1919) -, lembra-se de que, no Capitalismo, a distribuição dos meios materiais (dinheiro, prédios, equipamentos, etc), necessários ao exercício das liberdades políticas particulares (propaganda, organização da máquina partidária, etc) é invariavelmente desigual. Assim, a burguesia serve-se mais intensamente das liberdades políticas do que as demais classes, que têm sua ação limitada, no espaço público democrático, devido à sua exclusão social relativa além, é claro, dos outros obstáculos decorrentes do compromisso da burocracia estatal com o Capitalismo, como veremos posteriormente.

Cumprir observar, por outro lado, no início deste processo a insuficiência do voto.

Neste sentido, segundo Francisco Weffort, embora sendo o sufrágio universal uma conquista da democracia sobre os regimes autocráticos "na forma pela qual é aplicado, não permite aos cidadãos escolher seu destino, não obriga os partidos a empenhar-se em projetos precisos, permite aos candidatos evitar assuntos difíceis, instigando-os até a se refugiarem nas generalidades, não faz deles autênticos mandatários de uma soberania popular claramente expressa, nem sequer os expõe a uma rigorosa sanção democrática a posteriori, pois a próxima campanha eleitoral obedecerá ao mesmo ritual abstrato".²¹

Alguns autores chegam a dizer que a consulta eleitoral não é um ato positivo através do qual os cidadãos revelam seu desejo e

outorgam aos eleitos um mandato para realizá-lo. Ela seria essencialmente um ato negativo, através do qual os cidadãos, em vez de aderir a um programa construtivo, escolhem o mal menor: trata-se de barrar a passagem às forças conservadoras, ou às forças do progresso, etc.

O voto universal, por outro lado, não impede que o parlamento seja um órgão representativo dos interesses minoritários, que partilha com a burocracia estatal a incumbência prática de implantar a política de Estado. Todavia isso não é perceptível através da análise da composição dos parlamentos, mas sim naquilo que expressa os seus limites, seus instrumentos, seus resultados. Afinal, como escreve Decio Saes, o operariado "participa do processo de indicação da representação parlamentar, e é, na história da humanidade, a primeira classe explorada fundamental a fazê-la. Só estudando o funcionamento quotidiano concreto do parlamento pode-se chegar a conclusão de que a representação parlamentar indicada pelos membros de todas as classes sociais, não logra agir no seu conjunto, como representante dos interesses gerais."²²

Isso decorre do fato de que a representação política tem perdido sistematicamente espaço à representação de interesses expressos num novo corporativismo.

Como diz Bobbio, a democracia moderna surgiu como democracia representativa, na qual os representantes eram chamados em nome da Nação a deliberar sobre os interesses gerais com a proibição, em consequência, do mandato vinculado. Mas numa sociedade

composta de grupos relativamente autônomos que lutam pela supremacia, para fazer valer os próprios interesses contra outros grupos, o mandato livre, pode encontrar realização? E onde vamos encontrar um representante que não represente interesses particulares?²³

Evidencia-se a insuficiência da teoria do mandato político-representativo que, na ausência de responsabilidade dos representantes para com os representados, acaba desestimulando uma cidadania ativa. Na verdade, a estrutura dos regimes representativos tem-se caracterizado mais por excluírem a maioria da população do processo de decisão política do que por articularem e canalizarem a vontade política de toda a sociedade. Além disso muitos cidadãos são privados das informações que seriam necessárias sobre atores, estruturas e processos políticos ou expectativas.

Por outro lado, a noção de representação, enquanto identificação entre desejos dos representados e as atitudes dos representantes, não é capaz de responder à grande variedade de relações representativas processadas nos sistemas políticos modernos. Trata-se aqui da ingovernabilidade entendida como consequência da desproporção entre demandas que provêm cada vez em maior número da sociedade civil e a capacidade que tem o sistema de respondê-las.

A democracia nasceu de uma concepção individualista da sociedade, isto é, a sociedade - qualquer forma de sociedade - e, especialmente a sociedade política, é um produto artificial da

vontade dos indivíduos, sem corpos intermediários.

Na descrição, uma vez mais de Norberto Bobbio, o paradigma da "sociedade democrática era aquele de uma sociedade centrípeta. A realidade que temos diante dos olhos é uma sociedade centrífuga, que não tem apenas um centro de poder (a vontade geral de Rousseau) mas muitos, merecendo por isto o nome sobre o qual concordam os estudiosos da política, de sociedade policêntrica ou poliárquica (...). O modelo do Estado democrático fundado na soberania popular, idealizado à imagem e semelhança da soberania do príncipe, era o modelo de uma grande sociedade monista. A sociedade real, sotoposta aos governos democráticos, é pluralista."²⁴

A partir desse pluralismo o que se percebe é a ingovernabilidade entendida como consequência da desproporção entre as demandas que provêm cada vez em maior número da sociedade civil e a capacidade que tem o sistema político para respondê-las.

Existem mudanças sociais, políticas e econômicas que, processadas em ritmo acelerado, tornam cada vez mais obsoletos os "standards" estruturais da democracia liberal. Neste sentido, "tanto a direita como a esquerda lançaram-se ao ataque do modelo liberal-democrático. Na visão da nova direita, a democracia liberal suscitou um enorme crescimento das burocracias públicas que congestionou o espaço da iniciativa privada e do exercício da responsabilidade individual. Esse argumento aparece em versões diferentes na literatura sobre 'governo sobrecarregado' e sobre a

necessidade de 'desestatizar' no Ocidente e, é claro, no Leste."²⁵

Nós somos obrigados a constatar cada dia mais que a máquina estatal está demasiado débil e lenta para satisfazer todas as demandas formuladas por grupos e cidadãos.

Ainda dentro do argumento da nova direita, o que se percebe é a "crença de que as relações entre os responsáveis pelas decisões e os que as recebem foram distorcidas pelo crescimento de grupos de pressão, lobbies específicos e instituições burocráticas de grande porte. Em seu conjunto, essas forças reduziram o potencial de congruência entre os que decidem e a cidadania, potencial esse que se realiza quando os governantes restringem-se aos requisitos do 'Estado mínimo'."²⁶

Em outras palavras, a congruência pode ser aumentada quando se dá uma maior latitude ao mercado, quando se possibilita aos cidadãos eleitos maior espaço para que eles regulem suas próprias atividades, e quando o Estado mínimo assegura um quadro estável de leis e regulamentos de molde a permitir aos indivíduos que tratem dos seus interesses sem excessiva interferência política.²⁷

Segundo Norberto Bobbio, a impossibilidade de absorção das demandas por parte do Estado, pode ser considerada um efeito perverso, na medida em que o regime democrático é precisamente aquele que facilita e tem como pressuposto a representação de demandas por parte dos cidadãos e grupos. Isto se manifesta através das instituições típicas do Estado democrático, quais

sejam: o sufrágio universal, sindicatos e partidos, bem como as diversas práticas de liberdade, entre as quais são fundamentais, a liberdade de publicação, reunião e associação.²⁸

A solução para o problema da ingovernabilidade, como problema da diferença entre demanda e resposta, ainda segundo Norberto Bobbio, apresenta duas soluções extremas: a diminuição forçada das demandas, que é a solução autoritária e a melhora do Estado de serviços, que é a solução social-democrática.²⁹

O Estado social-democrático pode ser caracterizado como aquele que tenta absorver as demandas resolvendo o problema das expectativas através de um rearranjo e uma eficiente reorganização do aparato de serviços. Que este Estado, chamado depreciativamente assistencial, está em crise, não quer dizer que para resolver o problema da governabilidade não haja outra alternativa que a destruição da democracia e o retorno ao Estado mínimo da tradição liberal, tal como pregam os neo-liberais.³⁰

Em relação à ingovernabilidade, a maior parte das críticas da esquerda à democracia liberal também diz respeito à preocupação com o aumento da congruência entre representantes e representados. Difere em suas conclusões na medida em que localiza a solução no aumento, na possibilidade de um maior controle dos representantes pelos representados. Na verdade, como diz David Held, "a proposição segundo a qual o Estado é uma autoridade independente ou um poder imparcial circunscrito, responsável perante a cidadania - proposição que está no centro da auto-imagem ou ideologia do Estado moderno - seria, na visão

de esquerda, fundamentalmente errada".³¹

O Estado está comprometido com interesses de grupos cujo poder decorre exatamente da manutenção de grandes parcelas da população excluída de uma vida mais digna. Neste sentido, o Estado não é imparcial, mas uma peça chave nessa estruturação. Tornam-se urgentes, no entender de David Held, as questões da forma que deve assumir a democracia e de qual deve ser o alcance das decisões democráticas. Escreve ainda o mesmo autor que, em várias formas de democracia participativa, em concepções republicanas de cidadania e na busca de maior democratização do Estado e da sociedade civil, o ênfase recai na necessidade de tornar o processo político mais "responsável" com relação a indivíduos e grupos, mais transparente e inteligível, mais aberto e mais sensível aos desejos e necessidades heterogêneas do povo.³² Para que um poder seja mais responsável ele tem de ser visível. E, nesta perspectiva, percebe-se outro fator determinante da crise da democracia.

Como se sabe, a democracia nasceu com a perspectiva de dar visibilidade ao poder, daí a necessidade de enfatizar a questão da transparência para um maior controle da cidadania ativa. Aliás, um dos aspectos mais prementes dessa crise é justamente o do poder invisível que se esconde e controla o poder visível. Tal situação se justifica numa época como a nossa em que "são praticamente ilimitados os instrumentos técnicos de que dispõe os detentores do poder para conhecer capilarmente tudo o que fazem os cidadãos".³³

A necessidade de transparência é urgente não apenas para possibilitar ao cidadão conhecer as ações de quem detém o poder e assim controlá-los, mas também porque a visibilidade é por si mesma uma forma de controle, um recurso que permite distinguir o que é lícito do que não é.³⁴

A complexidade técnica das escolhas políticas é citada para justificar a ausência de debate na medida em que o esclarecimento não deixa o poder ocultar seus interesses. Neste sentido, comenta Norberto Bobbio, a democracia mantém-se "sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detém conhecimentos específicos."³⁵

A democracia liberal assentava numa economia e numa sociedade política de pequenas unidades, concorrentes e autônomas. Atualmente, alicerça-se em vastas e complexas organizações e grandes conjuntos organizados. Isto tudo provocou uma disfunção das instituições políticas tradicionais.

Na verdade, toda essa nova estruturação exige a presença de uma instância capaz de integrar a diversidade dos interesses e das forças em movimento e de compensar os aspectos que ficam a margem da forma conjuntural desse jogo. Para exercer essa atividade, esta instância recorre ao emprego da técnica, não só para obter informação, senão também como suporte das decisões políticas. O risco reside em que a apreciação técnica se sobreponha à função que corresponde à política, como componente específico nas decisões que envolvem os interesses postos em

discussão.

Além disso, esta instância que corresponde à administração burocrática através de sua vinculação com o executivo, reforça a posição deste frente às demais funções do Estado.

Outro agravante da crise da democracia foi, então, o contínuo crescimento do aparato burocrático, de um aparato de poder ordenado hierarquicamente do vértice à base, e, portanto, diametralmente oposto ao sistema de poder democrático.³⁶

A burocracia assume um papel cada vez mais decisivo e autônomo -- é sempre um sistema de dominação ou de poder autoritário, hierárquico, que reivindica para si o monopólio da racionalidade e do conhecimento administrativo.³⁷

O mecanismo do aparato burocrático vem exercendo um poder de cooptação imobilizador sobre a ação comportamental dos indivíduos e sobre todo sistema de relações gerado pela sociedade.³⁸

Apesar disso e por mais paradoxal que pareça, Estado democrático e Estado burocrático estão historicamente mais ligados um ao outro do que a sua contraposição pode fazer pensar. Todos os estados que se tornaram mais democráticos tornaram-se ao mesmo tempo mais burocráticos, pois o processo de burocratização foi em boa parte resultado do processo de democratização.³⁹

Neste sentido, o argumento neo-liberal, de Estado mínimo, ou seja, desmantelamento do Estado de serviços, tem como objetivo reduzir os espaços democráticos e a própria democracia.

A cidadania é restringida e há um grande desinteresse pela participação política.

Adeptos do elitismo neo-liberal, inspirados em Schumpeter, sustentam que uma certa apatia política observável nas democracias "modernas", não é uma anomalia; ao contrário, para esses autores, a apatia política da grande massa de cidadãos é desejável, por se constituir em condição de bom funcionamento e de estabilidade do regime político democrático. Segundo o elitismo neo-liberal, a apatia política só se converte em "problema" para as democracias modernas quando ela ultrapassa certos limites; vale dizer, quando se transforma em indiferença diante do próprio regime político democrático, incutindo nos cidadãos os germes de uma futura revolta contra o regime.⁴⁰

Como despertar o interesse dos cidadãos que vêem o parlamento tão afastado de seus interesses? A apatia pelo sistema democrático é reforçada na medida em que não há possibilidade correta de controle, prevalecendo, além de tudo, a irresponsabilidade dos parlamentares diante dos votantes e ampla gama de privilégios gozados pelos mesmos.

Alguns autores, ao analisarem essa apatia, concluem de forma diversa e consideram essa indiferença relacionada apenas a certas formas de política, que não se adaptam à evolução social. Enquanto o velho aparelho institucional funciona em descompasso com as necessidades da maioria, há uma apropriação do político em outros espaços à margem dos mecanismos tradicionais de deliberação e de representação.

O que se verifica é o deslocamento da política para outros locais, onde são elaboradas novas reflexões políticas e instauradas novas práticas.

A democracia em seus espaços tradicionais - pelo que não cumpriu ou, pelo que cumpriu parcialmente - está em crise. Seus limites apontam a necessidade de uma profunda revisão crítica de seus princípios. Remover sem destruir conquistas históricas é um desafio. Pensar essa mudança requer sensibilidade para detectar o "novo" que surge naquilo que se insurge contra as insuficiências da democracia representativa.

A consciência e o alargamento desta temática permitem instaurar, no espaço da democracia representativa, a problematização e a função do Estado no contexto liberal-burguês. A natureza de tal delineamento é o que se verá no próximo item.

1.3 A Questão Estado na Democracia Liberal

A democracia representativa desenvolveu-se dentro de um contexto histórico que reservava um espaço próprio para o Estado separado da sociedade civil. Como descreve Mario Justo a separação entre o Estado e a Sociedade Civil deixa "el poder político el caracter patrimonial que poseia en los sistemas tradicionales: enquanto estaba englobando en el sistema de parentesco o de solidaridades específicas, e poder aparecia como parte del patrimonio de ciertos individuos. De ahora en adelante, deve ser la cosa de todos y, por tanto no pertencer a nadie, salvo por el tiempo de un mandato y conforme a regras muy precisas".⁴¹

Em relação ao sistema feudal, o Capitalismo emancipa o político, reservando-lhe um espaço próprio no âmbito Estatal.

Como se sabe, o Estado liberal é uma formação burguesa que tem como características: 1. a rígida limitação das funções do Estado a esfera política e a conseqüente separação entre sociedade civil e aparato estatal; o primeiro, como sede do mercado e, através deste, da acumulação capitalista, o segundo, como instrumento externo da garantia da ordem. 2. a divisão dos poderes com a supremacia do parlamento, este constituído por representantes recrutados através de eleições e portadores (teoricamente) da vontade da Nação. 3. A supremacia da Constituição se expressa através do Princípio da Legalidade que é um dos pilares do Estado de Direito.

Aprofundando, um pouco mais esta questão, diríamos que, na verdade, o Estado Liberal funciona sobre a base de uma dupla separação: separação entre sociedade civil e Estado que poderia chamar-se "separação externa" e separação dos poderes, ou "separação interna". Esta dupla separação determina a autonomia na qual, supostamente, repousa o Estado: autonomia em relação à economia, às classes, os interesses, e autonomia dos poderes instituídos, uns em relação aos outros.⁴²

O liberalismo expressa uma forma específica de organização do Estado caracterizada, principalmente, pela não intervenção na economia, pelas restritas possibilidades de participação política das grandes massas populares, por uma delimitação relativamente nítida entre as esferas de atuação do Estado e do indivíduo, e pela separação entre o público e o privado.

No âmbito da economia, o Estado não podia tocar no motor do sistema: a iniciativa individual implica em que cada um calcula a linha de conduta mais rentável e mobiliza neste sentido aptidões e recursos.

A liberdade é então, compreendida como autonomia do indivíduo em relação ao Estado. Destaca-se os princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade, sendo assegurado também a inviolabilidade da propriedade. Neste sentido, a função do Estado era garantir a segurança e a vida da propriedade. Como já vimos, o indivíduo era livre para fazer de sua propriedade o que bem entendesse, o que possibilitava a plena efetivação dos interesses da burguesia em ascensão.

Na visão da doutrina do "laissez faire", a atividade econômica era reservada aos particulares. Apesar das contradições inerentes ao princípio do "laissez-faire" - que sempre conviveu com uma série de instituições estatais que facilitavam a iniciativa privada - prevalece a concepção de um Estado eqüidistante dos problemas econômicos.⁴³

Na passagem do século, entretanto, essa função do Estado de cuidar para que as relações sociais se desenvolvessem de forma tranqüila começa a alterar-se. O próprio desenvolvimento do Capitalismo desmascara a imagem de um Estado neutro em relação aos interesses das classes e frações sociais antagônicas. Se é verdadeiro que o Estado Capitalista sempre interveio na vida social, com maior ou menor intensidade, para ampliar e garantir as perspectivas de expansão econômica, é inquestionável que, a partir do século XX, esta intervenção ampliou-se consideravelmente.⁴⁴

Perde importância a função do mercado e da concorrência empresarial como elementos reguladores da economia capitalista: o velho Capitalismo atomizado e concorrencial é substituído, ainda que paulatinamente, pelo Capitalismo monopolista, assistido e protegido pelo Estado. Esta mutação significa o fim do Estado exclusivamente político, quer dizer, como aparato separado da sociedade e encarregado simplesmente das funções de promover a ordem pública. Converte-se, em suma, em elemento de regulação, integrando a estrutura do processo de acumulação capitalista.

Para justificar essa mudança, os liberais não farão nada além do que retomar os seus argumentos de proteção do mercado contra si próprio, da fixação de limites ao livre jogo das contradições de interesses privados e da redução da amplitude das flutuações econômicas.

A partir do momento em que os desequilíbrios do mercado passam a interferir na ordem econômica do sistema capitalista, o Estado liberal intervém com medidas, também fora do mercado. São medidas sociais que contribuem para a gestão da mão-de-obra, para a criação e melhoramento dos recursos humanos, para a produtividade das empresas e para o estímulo das demandas. Nestas condições, a intervenção "não imediatamente mercantil" favorece contraditoriamente a economia de mercado em seu conjunto.⁴⁵

Não só o Estado se altera, conforme Campilongo, mas também a sociedade civil nas relações privadas, com o surgimento de organizações de grande porte, como os sindicatos, as grandes corporações multinacionais, as instituições financeiras, os conglomerados envolvidos com a comunicação de massas, enfim, um conjunto de entidades que assume papéis de natureza indubitavelmente pública. Assim, num contexto em que, como já vimos, também o Estado atua em campos reservados à esfera privada, vão perdendo sentido as dicotomias, público e privado, Estado e sociedade, cidadão e indivíduo.⁴⁶

Ademais a passagem do Estado Liberal para o Estado Intervencionista foi marcada por problemas de ordem econômica pois, o processo de reprodução, correlação e concentração do

capital, passou a exigir, sob a forma de uma proteção legal, maior clareza, estabilidade e calculabilidade nas relações de troca.⁴⁷

Em face dos inúmeros conflitos sociais, de toda espécie alguns deles derivados da organização e mobilização da classe operária, a burguesia foi obrigada a rearticular-se a nível institucional. O Estado apresenta-se não mais de forma imparcial, mas como protetor dos fracos. Por intermédio do Estado vão ser beneficiados os mais desfavorecidos no mercado, em razão das insuficiências pessoais ou individuais, de rendimento, de organização. Estas políticas visam na verdade, como já vimos, o melhor desenvolvimento das relações de produção sem alterar, no entanto, o que tem de essencial: a exploração.

O que se percebe é que a presença do Estado na ordem econômica é vital para o sistema Capitalista. Um sistema cuja marca impera a dualidade de iniciativas - estatal e privada, onde o Estado e a sociedade assumem crescentemente papéis intercambiáveis; e onde a regulamentação da distribuição e aplicação dos recursos públicos desempenha função do equilíbrio econômico e social. Assim sendo, separar as teorias do Estado das teorias econômicas é coisa impensável.

Outro aspecto significativo na transformação do Estado, comparando os Estados do século XIX e XX, está na chamada divisão interna, ou seja, na separação dos poderes.

Na estrutura do Estado Liberal, o princípio da separação dos poderes constitui o aspecto simétrico da separação entre Estado e

sociedade.

Segundo José E. Faria, "a teoria clássica da divisão dos poderes foi formulada com uma nítida preocupação antihierárquica. Sua finalidade básica era explodir a concepção monolítica de poder político, a qual concentrava a soberania na figura convergente, una e suprema de um único soberano".⁴⁷

Este princípio postula mais que uma simples divisão técnica do trabalho na condução dos assuntos públicos - o que, afinal de contas, existe em toda organização política. A adoção de um sistema de freios e contrapesos constitui a garantia da gradativa separação entre a política e o direito e, como decorrência lógica, o estabelecimento das condições para a salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão.

Tal princípio estabelece que as diversas funções do Estado devem ser obrigatoriamente asseguradas por órgãos independentes uns dos outros ou, pelo menos, autônomos em sua designação e em seu funcionamento. Procurava-se um equilíbrio cuja intenção, na verdade, era regular a influência da política na administração, vista como legítima no âmbito do legislativo, parcialmente legítima no âmbito do Executivo e formalmente neutralizada ao nível do Judiciário.⁴⁸

Também este princípio entra em crise na medida em que o Estado perde seu caráter exclusivamente político e essa transformação corresponde a uma nova organização institucional caracterizada pelo crescimento dos aparatos e das funções que não garantem mais, a partir de fora, o pacífico desenvolvimento da

vida civil, mas que - como vimos acima - fazem parte do jogo na preservação do sistema capitalista.

A crescente expansão das funções estatais tanto do ponto de vista quantitativo (intervenção na economia) como qualitativo (complexidade tecnológica das mesmas) e, por outro lado a solidificação do sufrágio universal são fatores que interferem não só na estrutura institucional do Estado mas, mais especificamente, nas relações entre os parlamentos democráticos e os governos.⁴⁹

Uma realidade a se constatar é que, de um lado, o parlamento fica cada vez mais como uma instituição política carente de canais que absorvam os interesses diversificados dos eleitores: para isto contribui enormemente a representação política através de partidos de massas e a progressiva transformação destes em órgãos do Estado, portadores de interesses gerais interclassistas. Por outro lado, assiste-se ao esvaziamento dos poderes de decisão e das funções de controle da instituição parlamentar: enquanto este vai se transformando de órgão de decisão em órgão de ratificação, o "locus" real do poder público se transfere do parlamento à direção dos partidos, dos partidos ao governo e destes aos aparatos burocráticos cada vez mais subtraídos ao controle político, atuando fora das formas legais.⁵⁰

Ao enfraquecimento operacional do parlamento corresponde a perda não só de sua capacidade de orientação e controle sobre o governo, senão também, e sobretudo, de sua função legislativa.

Neste sentido, a legalidade é cada dia mais um instrumento demasiado estreito para as complexas intervenções do Estado - e tende a ser desprezada, sistematicamente, na medida em que o parlamento perde sua capacidade de controle, e avançam os mecanismos autônomos das novas estruturas tecnocráticas.⁵¹

Assim, produziu-se uma dissociação entre instituições democrático-parlamentares e aparatos burocrático-administrativos: as primeiras, dotadas de funções cada vez mais simbólicas; os segundos, investidos de funções reais de tipo técnico-econômico, orientando-se e comprometendo-se cada vez mais com os processos de acumulação capitalista e de gestão da reprodução social.

Em suma, as transformações por que passa a democracia liberal-burguesa acabam reproduzindo e determinando substanciais mudanças não só no aparelho de Estado, como, também, no seu sistema de regulamentação. Trata-se da globalidade cíclica de um fenômeno que tem profundas implicações entre a estrutura política do Estado e a estrutura jurídica de ordenação e controle social.

1.4 As Funções do Direito na Democracia Liberal

As diversas transformações econômicas e sociais, como vimos, geraram uma complexidade tal, que a conservação de inúmeras instituições liberais tornou-se difícil. Não só as funções do Estado mudaram, mas o sistema jurídico, entre outros, passou por mudanças que hoje denotam mais do que nunca a insuficiência da matriz de seu modelo original para resolver os conflitos de uma sociedade de massas.

O início da estruturação teórica e operativa do Direito moderno dá-se com a formação do Estado-Nação. Neste sentido, como explica A. C. Wolkmer, materializa-se plenamente com a Revolução Francesa a idéia de Estado-Nação enquanto categoria histórico-política do Capitalismo liberal. Objetivando legitimar o funcionamento dos novos mercados, a realidade emergente conclama que é a Nação soberana e não mais o Príncipe o verdadeiro sujeito de Direito. Ao contrário do Estado absolutista que torna a pessoa do monarca a única fonte legitimadora, no Estado-Nação Liberal privilegia-se um órgão político legislativo com independência para implementar a vontade geral de toda Nação.⁵²

Sem dúvida, na perspectiva liberal, a lei é expressão da vontade geral, exigência duma razão comum a todos os cidadãos. Vontade geral que não se identifica com o número mas que traduz a ficção da homogeneidade de interesses numa sociedade de grandes diferenças econômicas.

O Estado Moderno, atribuiu a órgãos distintos e legalmente constituídos - na busca da legitimidade e consenso - a decisão de legislar (Poder Legislativo) e de julgar (Poder Judiciário) através de leis gerais e abstratas, sistematizadas formalmente num corpo denominado Direito Positivo.

Entretanto, a legitimidade, inicialmente de teor liberal, atribuída na formação do órgão legiferante, posteriormente, democrática com a generalização do sufrágio, não conseguiu estabelecer uma conexão com a vontade do cidadão. Na verdade a soberania do legislador bastou para fundamentar a soberania da lei.

Criaram o mito de um legislador que presume-se ser a emanção da vontade nacional. Tudo isso porque a sociedade burguesa necessitava da centralização para destruir forças locais e exclusivistas, para expulsar a Igreja dos assuntos temporais, para uma administração e um judiciário também coniventes com a manutenção do poder assim estabelecido.

Deste modo, o liberalismo degrada-se num formalismo a despeito daquilo que pensavam seus inspiradores. O Direito tendeu então a ser visto como exterioridade, como forma e como norma referente a relações determinadas.

Neste contexto, o Direito esteve ligado a dois instrumentos básicos: 1. A identificação do Direito com a lei, pois, enquanto o Direito anteriormente era pensado em confronto ou conexão com a ordem transcendente, nesta fase procurou-se distinguir a norma jurídica de outras normas que norteiam interiormente a vida

social; 2. o monopólio da produção normativa pelos órgãos estatais, ou seja, o Direito é impedido de constituir a partir de relações sociais coletivas. Sob esse aspecto, assevera A. C. Wolkmer, "a validade das normas não se dá pela eficácia e aceitação espontânea da comunidade de indivíduos, mas por terem sido produzidas em conformidade com os mecanismos processuais oficiais, revestidos de coação punitiva provenientes do poder público."⁵³

Há um recalçamento das criações históricas da normatividade. A lei perde seu caráter de contingência para assumir uma autoridade indiscutível - os impulsos vitais da história passam a ser vistos com ameaça à ordem estabelecida.

As normas assim produzidas atribui-se às seguintes características: serem gerais, abstratas e impessoais, produto de uma reflexão feita pelo legislador.

No dizer de Jesus A. De la Torre Rangel "la norma tiene, pues, como primeira característica la de ser general, lo que significa que se elabora para un numero indefinido de personas y de actos e hechos, a los cuales si aplica durante un tiempo indeterminado.

De esa generalidad de la ley se deriva otra característica muy importante: su abstracción. Esta característica implica que el legislador al crear la norma, no tenga presentes los casos concretos o que vaya aplicar-se la misma, sino que precisamente la elabora en abstracto."⁵⁴

Ainda, conforme De la Torre Rangel, como consequência das características anteriores, decorre a impessoalidade - isto é, compreende um número indefinido de pessoas e atos ou fatos aos quais se aplica.⁵⁵

O fundamento dessas características pode ser encontrado nas concepções de liberdade e igualdade.

Como se sabe, de acordo com os princípios liberal-individualistas será a livre ação dos indivíduos a que melhor promoverá o progresso de toda humanidade. É o princípio da autonomia que em sua expressão maior, o contrato ressalta, além das intenções teóricas - uma prática onde só alguns podem exercer essa autonomia. Por outro lado, ao estabelecer uma igualdade formal, a nível abstrato, o Direito positivo acabou legitimando as desigualdades de fato.

A propósito escreve Eduardo Novoa Monreal: "foi S. Maine, quem alçou essas idéias a um nível de princípio histórico geral, ao afirmar que a história do Direito consiste num progresso desde o status (estabelecido em Roma e consolidado na Idade Média) até o contrato. Quis, com isso, consagrar a liberdade de contratar e a autonomia de vontade como elementos decisivos para o progresso humano".⁵⁵

A intenção burguesa de generalidade e impessoalidade condicionou, é claro, o conceito de lei. Rousseau diria "ser a lei expressão da vontade geral e Kant estabeleceria, algum tempo depois, a idéia tão importante de que só é livre quem obedece às leis. Obedecer à lei, significava, na doutrina liberal, obedecer

a ninguém - ou a si próprio".⁵⁷ Ora, certamente neste processo de racionalização que envolve a generalização, abstração e impessoalidade, a ordenação técnico-sistemática adquire força com a formalização positiva, ou seja, com a legalidade escrita. Sob este aspecto, tem razão José E. Faria, quando discorre que a lei projeta-se como os limites de um espaço privilegiado, onde se materializa o controle, a defesa dos interesses e os acordos entre os segmentos sociais hegemônicos. Ocorre que ao criar leis, o Estado obriga-se diante da comunidade, a aplicar e a resguardar tais preceituações. Ao respeitar certos direitos dos indivíduos e limitar-se à sua própria legislação, o Estado moderno oficializa uma de suas retóricas mais aclamadas, qual seja, o "Estado de Direito".

Neste sentido, o Estado de Direito caracteriza-se pelo seu compromisso com a generalidade e autonomia. O ideal de liberdade fixado desde as primeiras formas de oposição ao absolutismo, fez considerar o Direito como condição da coexistência da liberdade.

Certamente, o Estado de Direito se expressa na possibilidade de moderar o poder de maneira eficaz mediante o uso de regras.

Estabelece-se o império da lei que tem como decorrência lógica, além da declaração formal dos direitos, também a possibilidade que as leis que integram o Direito objetivo sejam previsíveis ou suscetíveis de conhecimento prévio pelos indivíduos que compõem a Nação.

Em síntese, segundo Elías Díaz, o Estado de Direito destaca-se pelo:

- "a) Império da lei: lei como expressão da vontade geral;
- b) Divisão de poderes: legislativo, executivo e judiciário;
- c) Legalidade da Administração: atuação segundo a lei e suficiente controle judicial;
- d) Direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal."⁵⁸

Conforme José Eduardo Faria, ao possibilitar a aparente harmonia entre os interesses individuais e coletivos, as regras impessoais e genéricas do Direito positivo cumprem, no período do Capitalismo industrial e concorrencial, funções precisas: por um lado, cabe-lhes limitar juridicamente a intervenção estatal no domínio privado - intervenção essa que, para garantir as formas de convivência visa manter as contradições sociais em níveis tensionais funcionalmente controláveis e administráveis. Por outro lado, ao garantir retoricamente a cada cidadão o "pleno" exercício de seus direitos de propriedade e opinião, ela deixa aparentemente a sociedade livre para, a partir do jogo do mercado econômico e político, determinar seu próprio desenvolvimento.⁵⁹

A passagem do Estado Liberal para o Estado Intervencionista foi determinada por problemas concretos de desenvolvimento da economia capitalista. Seu surgimento colocou em novos termos a discussão relativa à intervenção estatal e às representações jurídicas dessa intervenção. Dá-se de forma plena o reducionismo do Direito à lei estatal, estabelecendo-se o domínio de uma visão jurídica dogmática positivista. A ideologia positivista procurou

banir todas as considerações de teor metafísico-racionalista do Direito, reduzindo tudo à análise de categorias empíricas na funcionalidade das estruturas legais em vigor.

O positivismo jurídico, não nega que existam relações íntimas entre, por exemplo, o Direito e a Política. Entretanto, numa perspectiva puramente dogmática, restringe-se a descrever e explicar as regras jurídicas que operam o intercâmbio entre o Direito e a Política. O Direito limita-se, nesta visão, a decompor as normas e analisar seu funcionamento. A ciência será positiva no sentido de ser neutra no plano político e moral. Por outras palavras, a atitude positivista em direito postula que a descrição e a explicação de regras jurídicas, tal qual são limitadas a si mesmas, representam um proceder objetivo, o único digno de estatuto científico.⁶⁰

O positivismo jurídico concebe o Direito como uma ordem completa e livre de contradições, que encontra na Constituição o diploma legal destinado a ocupar o ápice da "pirâmide das leis". Assim, todo sistema normativo é deduzido e hierarquizado a partir de uma lei maior fundamental materializada na Constituição.

Conforme A. C. Wolkmer, a "medida em que se sistematiza a dogmática do monismo jurídico, é perceptível a gradativa postulação e redução do Direito estatal ao Direito positivo (...). A partir dos anos 30 a representação do monismo jurídico, embasado no extremismo lógico-formalista da dogmática normativista, tende a eliminar o dualismo jurídico estatal na perspectiva de que o Estado é identificado com a ordem jurídica,

ou seja, o Estado encarna o próprio Direito em determinado nível de ordenação, constituindo um todo único."61

A ciência jurídica havia pretendido há muito, uma neutralidade axiológica para obter segurança e certeza, que são a base de sua preocupação científica.

Não resta dúvida de que nessa fase, as concepções de Direito são visualizadas, a partir da ótica Kelseniana, como uma técnica de coação estreitamente ligada a uma ordem social que ela tem por finalidade manter. Esta técnica específica consiste em imputar a sanção ao ato ilícito visto como uma conduta humana considerada como socialmente nociva. O Estado legitima seu poder pela eficácia e pela validade oferecida pelo Direito, que, por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado por aquele poder.⁶²

Entretanto, no contexto atual, acelera-se o exaurimento de uma democracia formal embasada na legitimidade legal-racional. Em face do desenvolvimento capitalista agora em sua fase monopolista, o Estado se reordena como estrutura política, procurando outras formas de legitimação. Agrava-se, assim, a disfuncionalidade do sistema jurídico e, com isso, a conseqüente necessidade de se buscar uma saída, aspectos que serão tratados no próximo capítulo.

Antes de mais nada importa sublinhar que a exposição até aqui foi relevante, porquanto procurou-se demonstrar o sentido que é atribuído as categorias centrais da dissertação, ou seja, à democracia liberal-representativa e o papel configurado pelo Estado e pelo Direito. Após os delineamentos históricos, a

natureza da expressão e do conteúdo, bem como seus princípios básicos, buscou-se demarcar, de um lado, os liames entre o liberalismo clássico e a democracia moderna, de outro, a insuficiência de seus pressupostos que, por não terem sido cumpridos, acabaram gerando uma crise política de existência e operacionalidade. Decorrente de sua dinâmica, assim procurou-se descrever no espaço da democracia liberal-representativa, a especificidade e as transformações de seu modelo de Estado (terceiro item) e de seu paradigma de Direito (quarto item). Passaremos, em seguida, ao aprofundamento e os reflexos da crise da democracia liberal-burguesa no âmbito teórico-conceitual do Direito e no contexto institucional da Administração da Justiça.

NOTAS

- (1) Cf. LÓPEZ, Mario Justo. Introducción a los estudios políticos. Bueno Aires: Depalma, 1983. p.147.
- (2) CAVALCANTI, Ligia Maria da S. A concepção de democracia em Claude Lefort. Dissertação de Mestrado. CPGD/UFSC, 1986. p.14-43.
- (3) Cf. LÓPEZ, Mario Justo. op. cit., p.148.
- (4) TUCÍDIDES, apud PAUPÉRIO, Arthur Machado. Teoria democrática do Estado. Rio de Janeiro: Pallas, 1976. p.25-26.
- (5) BOBBIO, Norberto et alii. Dicionário de política. Brasília: UnB, 1986. p.320.
- (6) LÓPEZ, Mario Justo. op. cit., p.150.
- (7) Cf. LÓPEZ, Mario Justo. op. cit., p.152.
- (8) SILVA, Jose Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 5 ed. São Paulo: R.T., 1989. p.115.
- (9) Cf. LÓPEZ, Mario Justo. op. cit., p.151.
- (10) BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p.20-21.
- (11) PINTO FERREIRA, Luis. Teoria Geral do Estado. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p.540

- (12) MENEZES, Aderson de. Teoria geral do Estado. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.271.
- (13) PINTO FERREIRA, Luis. op. cit., p.540-541.
- (14) WOLKMER, Antonio Carlos. O pluralismo jurídico = O espaço de práticas sociais participativas. Tese de Doutorado em Direito. Florianópolis: CPGD/UFSC, 1993. I Capítulo.
- (15) Cf. BOBBIO, Norberto et alii. op. cit., p.700-791.
- (16) Cf. MIAILLE, Michel. El Estado del Derecho. Puebla: Universidad Autonoma de Puebla, 1988. p.95.
- (17) Idem, Ibidem
- (18) Idem, Ibidem
- (19) BOBBIO, Norberto. op. cit., 19.
- (20) Cf. BOBBIO, Norberto. op. cit., 20.
- (21) Cf. WEFFORT, Francisco. Qual democracia? São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p.117.
- (22) SAES, Decio. Democracia. São Paulo, Ática, 1987. p.53.
- (23) BOBBIO, Norberto, op. cit., p.24-25.
- (24) BOBBIO, Norberto. op. cit., p.23.
- (25) Cf. HELD, David. "A democracia, o Estado-Nação e o Sistema Global". In: Lua Nova. São Paulo: Cedec, nº 23, março 91.
- (26) Idem, Ibidem
- (27) Idem, Ibidem
- (28) Cf. BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 45.

- (29) Idem, Ibidem
- (30) Cf. BOBBIO, Norberto. op. cit., p.16.
- (31) HELD, David. op. cit., p.149.
- (32) Idem, Ibidem
- (33) BOBBIO, Noberto. op. cit., p. 30.
- (34) Cf. BOBBIO, Norberto. op. cit., p.30.
- (35) BOBBIO, Norberto. op. cit., p.34.
- (36) Cf. BOBBIO, Norberto. op. cit., p.34.
- (37) WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. São Paulo: RT, 1989. p. 52-55.
- (38) Idem, Ibidem
- (39) Cf. BOBBIO, Norberto. op. cit., p.34-35.
- (40) Cf. SAES, Decio. op. cit., p.70.
- (41) LÓPEZ, Mario Justo. op. cit., p.88.
- (42) MIAILLE, Michel. op. cit., p.88.
- (43) CAMPILONGO, Celso F. Representação política e ordem jurídica: Os dilemas da democracia liberal. Tese de Mestrado. São Paulo: USP, 1987. p.20.
- (44) Idem, Ibidem. p.18.
- (45) Cf. FALEIROS, Vicente de Paula. A política social do Estado Capitalista. 4 ed. São Paulo: Cortez Editora, 1985. p.42.

- (46) Idem, Ibidem. p.45.
- (47) Cf. FARIA, Jose Eduardo. Justiça e conflito. São Paulo: RT. 1991. p.45.
- (48) cf. FARIA, José Eduardo. op. cit., p.26-29.
- (49) Idem, Ibidem. p.28.
- (50) Idem, Ibidem. p.28-29.
- (51) Idem, Ibidem. p.29.
- (52) Cf. WOLKMER, Antonio Carlos, 1993. p.62-63.
- (53) Idem, Ibidem
- (54) RANGEL, Jesus Antonio De La Torre. El Derecho que nace del pueblo. Aguascalientes: CIRA, 1986. p.31.
- (55) Idem, Ibidem
- (56) NOVOA MONREAL, Eduardo. O direito como obstáculo à transformação social. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1980. p.100.
- (57) SALDANHA, Nelson. Formação da teoria constitucional. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.116.
- (58) Cf. DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid: Dialogo, 1979. p.13-14.
- (59) Cf. FARIA, Jose Eduardo. op. cit., 26-29.
- (60) Cf. CAMPILONGO, Celso F. op. cit., p.89-101.
- (61) Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. 1992. op. cit. p.68-70.
- (62) Idem, Ibidem.

CAPÍTULO 2

CRISE DA JUSTIÇA, NOVOS PARADIGMAS E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

2.1 Estrutura da Tripartição dos Poderes: origens e evolução

Uma vez apontado o cenário da Democracia representativa clássica, bem como a expressão de seu aparato estatal e a especificidade de sua ordem Jurídica, impõe-se, neste capítulo, aclarar com maior consistência o nível de extensão da crise da democracia no contexto de uma de suas instituições típicas, ou seja, a instância da Justiça. Naturalmente que o exaurimento da Democracia liberal-burguesa atravessa a estrutura de seu principal instrumento de representação, materializado na Tripartição dos Poderes, incidindo basicamente para efeito deste trabalho, no órgão da Justiça, que se caracteriza por mediar e resolver conflitos. A crise da Justiça, na verdade, não reproduz uma crise setorial inerente ao mundo da normatividade social, mas

reflete o sistema de profundas incongruências da sociedade democrática como um todo. Faz-se necessário, contudo, como preliminar à discussão sobre a crise da legalidade tradicional, a mudança dos paradigmas e a democratização da Justiça, explicitar um maior detalhamento sobre a chamada teoria da Separação dos Poderes. De fato, cabe primeiro entender o significado histórico-crítico da Tripartição dos Poderes para depois examinar, questionar e redefinir o Judiciário como uma de suas instâncias nucleares.

A compreensão teórica do princípio da Divisão dos Poderes como limite ao poder do Estado, deve partir do fato de que há um grande desinteresse pelo tema - dado o descrédito por que passa tal princípio - pelo menos em sua versão mais estereotipada. Com a evolução dos regimes políticos e as transformações que ocorreram nos Estados democráticos contemporâneos, o esquema tradicional, como modelo de análise, mostra-se insuficiente para delimitar as funções dos poderes legislativo, executivo e judiciário. A confrontação entre a teoria e a prática mostraram a necessidade de uma reavaliação da real importância dessa distinção funcional dos poderes e, a partir disso, também uma reavaliação dos fundamentos que lhe dão legitimidade.

Como se sabe, a teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu foi elaborada a partir da análise e interpretação da Constituição inglesa. A ele interessava saber o que continham as leis - tendo como objetivo teórico - formular de maneira sistemática os pressupostos da organização de um Estado que tem por objeto a liberdade. Montesquieu estuda a realidade inglesa, evidenciando

as possibilidades e tendências nela contidas, tendo em vista, portanto, a realização da liberdade política. O aspecto empírico que revela o grau de realização da mesma não é seu tema.¹

Alguns autores, como Michel Miaille, procuram ressaltar que a doutrina de Montesquieu "no esbozaba tanta la descripción del sistema inglés- cuyo funcionamiento real difiere considerablemente de este esquema - como una crítica a la monarquía absoluta francesa. No sorprende que esta proposición haya sido recogida con gran entusiasmo por la burguesía de 1789, quien buscaba precisamente una superación del Estado absolutista".²

Para garantir a liberdade e evitar o arbítrio, o Poder deve ser contido, tornando-se necessária a distinção mais ou menos clara das várias funções do Estado em órgãos dotados de autonomia - ainda que não de forma absoluta - com o objetivo recíproco de controlar e evitar a concentração abusiva do poder em mãos de um único titular.

A pluralidade dos poderes assume, assim, a função política de impedir a tendência "natural" do abuso do poder, através de uma fiscalização mútua.

Conforme Michel Miaille, Montesquieu conclui, partindo da observação de que quem detém o poder é induzido a dele abusar que a única solução é que o poder limite o poder. Por conseguinte, é preciso dividir o poder político em funções atribuídas a órgãos diferentes, de sorte que um mesmo corpo ou uma mesma autoridade não exerça jamais a totalidade destas funções. A liberdade política nascerá desta situação.³

Para evitar a concentração, estabelece-se no âmbito institucional, uma distinção apriorista da competência atribuída a cada um dos três poderes:

- a) ao Poder Legislativo: competiria elaborar as leis (decisões de caráter substantivo);
- b) ao Poder Executivo: competiria executar as leis (decisões de caráter instrumental e regulamentar);
- c) ao Poder Judiciário: competiria fiscalizar tanto as atividades legislativas (a fim de apurar se as leis elaboradas pelo Parlamento estariam ou não em contradição com a Lei Suprema: a Constituição) quanto ao processo de execução das leis (a fim de verificar se estas estariam sendo aplicadas corretamente).⁴

Como se vê, o princípio político de uma limitação dos poderes foi visualizado com a forma de estruturação e organização das funções superiores de um Estado. A diferenciação funcional dos poderes deve estar ligada a uma distinção organizatória. Tem de ser criados órgãos distintos para desempenharem as diferentes funções da legislação, da administração e da justiça.

Entretanto, de acordo com M. Miaille, "conviene observar que una lectura detenida del texto de Montesquieu no arroja en lo absoluto un principio de separación de poderes, sino, muy por el contrario, un principio de estrecha colaboración entre ellos. Numerosos ejemplos muestran como un acto político es, en realidad, fruto de la actividad de vários órganos en el Estado."⁵

Essa separação foi idealizada como modo de organização interna do Estado para evitar as formas políticas marcadas pelo arbítrio e para afirmar-se como técnica de expressão da liberdade.

A liberdade estará sempre presente toda vez que haja um governo em face do qual os cidadãos não abriguem nenhum temor recíproco. A liberdade é política, entendida assim, por um lado, como aquela tranqüilidade de espírito, decorrente do juízo de segurança que cada qual faça acerca do seu Estado no plano da convivência social e, por outro, como possibilidade dessa liberdade no Direito de se fazer tão somente o que permitem as leis.

Feitas estas considerações, poderíamos dizer que pouco a pouco, a evolução dos regimes políticos, na confrontação entre a teoria e o fato, levaram, senão ao desinteresse, ao menos à reavaliação da real importância da distinção entre os poderes dentro do Estado moderno. Certamente que hoje já se generalizou a aceitação de uma interdependência no exercício das funções superiores do Estado. Isso porque há uma vinculação efetiva e um intercruzamento nas distintas funções. Neste sentido, a prática funcionalista está correta, pois, no dizer de Antônio C. Nuñez, "Inúmeros juristas e politólogos têm confundido 'funções governamentais' com 'estruturas governamentais'. Uma estrutura política (o executivo, a burocracia, o parlamento, etc) pode desempenhar diferentes funções. Por outro lado, as funções governamentais (a decisão das normas, e a adjudicação das normas)

- nos sistemas políticos modernos ao menos - raramente - são esgotadas a partir de uma única estrutura governamental."6

Se analisarmos as atribuições do executivo, perceberemos de imediato que são muito mais amplas do que a definição correspondente a este poder. Assim, dizer que é o poder encarregado de administrar os negócios do Estado fica muito longe de abranger todos os espaços ocupados pela sua atividade. Com o veto dispõe o Executivo de uma possibilidade de impedir resoluções legislativas e, com a mensagem, recomenda, propõe e eventualmente inicia a lei, "mormente naqueles sistemas constitucionais que conferem a esse poder - o executivo - toda iniciativa em questões orçamentarias e de ordem financeira em geral."7

Assim, conforme Antonio C. Nuñez o Executivo (em qualquer sistema político) faz muito mais do que administrar no sentido estrito do termo. Ele participa diretamente da atividade legislativa pela sanção e o veto, pelo poder regulamentar que se constitui numa prerrogativa própria e pela possibilidade de enviar projetos de lei. Atualmente poderíamos mesmo perguntar se o executivo não disporia, no mais das vezes, de instrumentos e prerrogativas tais que seria virtualmente impossível legislar sem a sua colaboração8.

Também, na esfera do Judiciário, o Executivo atua com o indulto através do qual modifica os efeitos de ato proveniente de outro poder.

O Poder Legislativo, por seu turno, não se limita apenas à elaboração das leis. Ele tem funções de caráter administrativo, como por exemplo, a aprovação do orçamento, dos tratados internacionais, o julgamento do chefe de governo nos crimes de responsabilidade, etc.

Segundo Paulo Bonavides, o Legislativo dispõe de poderes que limitam e interferem no âmbito também do Judiciário (em distintos sistemas constitucionais), estando entre "outros poderes eventuais ou variáveis, os de determinar o número de membros do Judiciário, limitar-lhe a jurisdição, fixar a despesa dos tribunais, majorar vencimentos, organizar o Poder Judiciário e proceder a julgamento político (de ordinário pela chamada câmara alta), tomando assim o lugar dos tribunais no desempenho de funções de caráter estritamente judiciário"⁹.

Quanto ao Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, pode interferir em decisões tanto do Executivo quanto do Legislativo. Lembra ainda Paulo Bonavides que esta "sua faculdade de impedir só se manifesta concretamente quando esse poder - o Judiciário - frente às câmaras, decide sobre inconstitucionalidade de atos do Legislativo e frente ao ramo do poder Executivo, profere a ilegalidade de certas medidas administrativas"¹⁰.

Fica claro, pelas razões acima expostas, que não se pode, a partir de uma visão estereotipada e rígida da teoria, chegar à definição e delimitação das funções do Estado.

Na verdade, nenhum sistema liberal praticou uma total separação dos poderes mas pelo contrário, como já reconhecia o próprio Montesquieu, "los poderes deven forzosamente funcionar de concierto. De ahí que todas leis constituciones políticas apuntan a organizar de la mejor manera posible la naturaleza y las modalidades de las relaciones entre las diferentes funciones ejercidas en el Estado"¹¹.

O que se observa atualmente, no entanto, é que não só não há um limite rígido ou uma atuação harmônica dos poderes, instituídos da forma que queria Montesquieu, como também numa primeira aproximação mais crítica da Teoria dos Três Poderes, poderíamos dizer que ao priorizar a divisão dos poderes, se esquece do fundamental que é estabelecer como fonte de legitimação a soberania popular. É uma das características dos regimes democráticos a colocação da vontade popular como fundamento e fonte do poder. Entretanto, ao analisarmos o Estado, evidencia-se a distinção entre burocracia (grupo automeado) e representação política (parlamentares diretamente indicados pelos membros de todas as classes sociais).

Quando um sistema político se supõe baseado na soberania do povo, acaba expressando esta crença em todas as acepções da soberania. O povo elabora as leis diretamente ou através de representantes legítimos. O povo, através de eleições - controla e elege o executivo - que deve pelo menos representar a maioria parlamentar. Porém, quando se chega à função de julgar, esta filosofia perde sua razão de ser, sem que haja uma justificativa teórica suficientemente clara que a explique. O povo não

participa direta ou indiretamente na nomeação dos juizes e carece de qualquer meio de controle.

Neste sentido, de acordo com Décio Saes, no "Estado democrático-burguês, os agentes participantes do processo decisório estatal se cindem, antes de mais nada, em dois grandes blocos: o dos que agem legitimados pela competência (aferida internamente) e a dos que agem legitimados por um mandato político. Ora, os integrantes do Poder Judiciário são burocratas, e não delegados indicados pelos membros de todas as classes sociais (isso é válido até mesmo para os EUA atuais, onde a população pode eventualmente eleger juizes de primeira instância, mas não os das instâncias superiores, estes são escolhidos internamente, segundo os critérios do burocratismo)"¹².

Com efeito, nas democracias representativas contemporâneas, a fragilidade do Legislativo tem sido evidenciada na medida em que o Estado começa a intervir, aumentando seus instrumentos de atuação política através da regulamentação, bem como organizando e fiscalizando. Tem razão Celso Campilongo quando observa que "esse intervencionismo foi acompanhado por um processo de aumento da produção legislativa com origem no Executivo. O Poder Executivo toma do Legislativo a 'soberania' na produção do Direito (...), descaracterizando o princípio da representação política e da soberania do parlamento"¹³.

Decorrente disso, o poder Judiciário está submetido a uma administração que, vinculada ao executivo, reforça ainda mais a posição deste em relação aos outros poderes. Este desenvolvimento

mesmo sendo uma necessidade que decorre da intervenção e do planejamento, muitas vezes fruto de pressões sociais, tem gerado uma série de problemas que ameaçam seriamente a democracia.

De fato, o princípio da Divisão dos Poderes evidencia em seu aspecto formal - ao definir as competências dos poderes (legislar, executar, fiscalizar) - as diferenças no processo concreto de definição e implementação da política do Estado.

Isto quer dizer, como aponta Décio Saes, que o "respeito à competência de cada um dos poderes não garante que a capacidade governativa real se reparta de modo equilibrado e igualitário entre burocratas e representantes políticos. É possível uma repartição desequilibrada e desigual dessa capacidade entre ambos, inclusive no caso de a competência formal de cada poder ser respeitada pelos demais. (...) se a burocracia estatal pode sem violar a Constituição, tratar concretamente de mais matérias que a representação parlamentar, como é possível sustentar que o respeito à competência formal de cada 'poder' é sinônimo de equilíbrio de poderes?"¹⁴.

Por último, é importante ressaltar que a idéia de estabelecer um limite ao poder do Estado traz à tona a posição liberal que opõe sociedade e Estado a partir de uma concepção negativa deste. O Estado apareceu como um poder que se tem que aceitar, senão como um mal menor, ao menos como algo inevitável. Atrás desse posicionamento oculta-se frequentemente uma identificação ingênua do Estado com a Administração, a qual aparece de modo imediatamente evidente como imprescindível nas

sociedades complexas atuais, e inclusive é apresentada nos enfoques sociológicos como um subsistema dentro de uma unidade na qual se integram sociedade e Estado.¹⁵

Porém, a natureza negativa, isto é, meramente guardiã do Estado não só está ultrapassada historicamente, como a tal organização não pode ter outro objetivo senão o desenvolvimento integral da sociedade em todas as suas aspirações. O que se percebe, no entanto, através da compreensão do princípio da Divisão dos Poderes como limite ao poder estatal é que esta separação reforça a desconexão e oposição entre sociedade e Estado. Segundo a máxima de Montesquieu de que o poder há de limitar-se com o poder, a Divisão dos Poderes se entende como um mecanismo dirigido a evitar a arbitrariedade do poder do Estado, para tanto divide-se o poder e os órgãos resultantes se equilibram e contrapõem entre si.

A base, a partir da qual há de se compreender a divisão dos poderes, não é a da dicotomia Estado-sociedade. O argumento teórico da redução da arbitrariedade do Estado parte do pressuposto de uma sociedade civil homogênea externa a aquela.

Se a finalidade é recuperar um significado atual para essa teoria, o objeto ao qual deverá dar resposta o princípio da Divisão dos Poderes é o conflito social existente na sociedade e seu objetivo é a redução do poder existente nas relações sociais entre os homens. E, em consequência, a idéia de equilíbrio ou contrapeso não pode referir-se exclusivamente à ação dos órgãos do Estado, senão à articulação constitucional da relação entre as

forças sociais em conflito para chegar a uma solução geral deste conflito por vias pacíficas.

É fundamental, portanto, estabelecer instituições que expressem, em toda sua estruturação e funcionamento, a soberania popular e se adequem para serem 'sempre', de forma articulada, a expressão dessa vontade, sendo, acima de tudo, o espaço público institucionalizado, mas não separado, de resolução dos conflitos e interesses que se contrapõem na diversidade do social.

Uma vez examinados os aspectos histórico-críticos da Divisão dos Poderes, enquanto um dos fundamentos nucleares da Democracia representativa, passamos agora a privilegiar mais especificamente uma de suas instâncias, ou seja, o Poder Judiciário, encarregado de canalizar e resolver conflitos, bem como de fazer e aplicar a Justiça. Todo este questionamento, como veremos, passa por uma análise desmistificadora das instâncias jurisdicionais, sua inserção e comprometimento com o poder, seu caráter ideológico, sua eficácia ou não funcional e seus limites como aparato da administração da Justiça.

2.2 Mudança Social e Ineficácia das Instâncias Jurisdicionais

A crise do Poder Judiciário deve ser analisada criticamente desde dois aspectos: em primeiro lugar como um poder tido como separado e independente mas que, na verdade, não tem sido 'independente', já que o aparato Judicial, enquanto aparato de poder, constitui sempre uma articulação do que é dominante na sociedade. Descobre-se que, na prática, as decisões dos tribunais, embasadas em leis feitas pelo Legislativo, e as atividades do Executivo coincidem, na medida em que se inspiram nos mesmos interesses. Assim, a primeira meta a ser atacada é a da independência, com a conseqüente "imparcialidade" e "neutralidade" do Poder Judiciário.

Em segundo lugar, pela própria crise do sistema jurídico como um todo, marcado por uma cultura jurídica de tradição estatal "de forte influxo Kelseniano, ordenada num sistema lógico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja produção legal transforma o Direito e a Justiça em manifestações estatais exclusivas. Esta mesma legalidade, quer enquanto fundamento e valor normativo hegemônico, quer enquanto aparato técnico oficial de controle e regulamentação, vive uma profunda crise paradigmática, pois vê-se diante de novos e contraditórios problemas, não conseguindo absorver determinados conflitos específicos deste final do século XX"¹⁷.

Isso fica patente, também, quando observamos a exacerbação deste poder, considerado mais ágil para solucionar os graves

problemas de uma sociedade dinâmica.

Nesse contexto atuam incessantemente oposições de interesses coletivos que não se circunscrevem a esta ou àquela classe; salientando-se, nesta mudança, a estratégia de luta dos novos movimentos sociais, bem como os direitos transindividuais. Estes últimos decorrentes dos "processos de mercado onde se salientam os métodos publicitários de formação de gostos e opiniões que permitam a coletivização e padronização do atendimento do consumo da massa, ao mesmo tempo, em que despessoalizam o consumidor, tornando-lhe difícil a defesa individual (...)"¹⁸.

A partir disso, o Poder Judiciário, da forma que está estruturado para o exercício da sua função, encontra-se diante do seguinte dilema: "(...) como conciliar o individualismo característico do paradigma dogmático - trivializador, generalizador e atomizador dos conflitos sociais, com a natureza coletiva dos conflitos grupais e classistas? É que o sistema Jurídico estatal organizado para administrar conflitos de natureza individual e civil torna-se incapaz de apreciar devidamente os conflitos coletivos da dimensão social, ou seja, conflitos configurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas sociais"¹⁹.

Conforme Aurélio W. Bastos, "na medida em que o Judiciário não possui mecanismos eficientes para a absorção e decisão destes conflitos de vínculos socialmente mais complexos, os poderes de maior flexibilidade ou de reduzida insistência ritual assumem a responsabilidade histórica de suas decisões, o que contribui enormemente para esvaziar e subtrair do Poder Judiciário não só

as suas funções tradicionalmente 'processuais' como, também, as suas possibilidades de intervenção no processo de mudança social"²⁰.

O que se percebe é que as estruturas jurídicas decorrentes dos padrões da democracia liberal são insuficientes diante da realidade atual.

De fato, as demandas coletivas que dizem respeito às carências da população esbarram na lei que é um produto exclusivo do Estado. O monopólio da produção entra em crise, na medida em que as normas não conseguem absorver a pluralidade de manifestações.

Esta dificuldade não é acidental, é decorrente da cultura jurídica excludente que tem procurado, historicamente, em nosso país, desqualificar toda reivindicação não redutível à unidade formal da norma jurídica.

Em face disso, no âmbito mais específico das instituições judiciárias, apresenta-se o desafio de superar os limites da dogmática jurídica com seus "esquemas interpretativos rigorosamente objetivos, imparciais e universais".²¹

Como se sabe, no paradigma dogmático impera a visão de que o juiz deve aplicar a lei vigente, de um modo mecânico, ao fato que as partes submetem à sua apreciação. Enfatizando a subsunção dos fatos à norma, este modelo "reduz o direito a um simples conjunto de normas, o qual se limita a dar sentido jurídico aos fatos sociais mediante o estabelecimento de uma relação de imputação

entre atos ilícitos e sanções (...)"²². É na razão disso que se depreende aquela particularidade da cultura jurídica brasileira apontada por José E. Faria, qual seja, a nossa tradição de englobar "... legitimidade com legalidade, substituindo a questão da Justiça pela da validade formal das leis e concebendo o Jurista (...) como o guardião de um sistema jurídico tido como completo e sem contradições"²³.

A função do Judiciário na resolução dos conflitos, entretanto, não pode ser vista como um agir formalista e tecnicizante que se esgotaria totalmente na aplicação mecânica das leis. A racionalidade material característica das sociedades pós-liberais tem apontado frente às novas exigências, a necessidade de uma maior flexibilidade e abrangência na aplicação da lei. Com isso, busca-se uma racionalidade material que superaria a redução do direito à unidade formal do legalismo estatal com fórmulas interpretativas de natureza problematizante e construtiva.

Conclui-se, assim, que o peso da lei associado ao silêncio do Direito estatal face à conflituosidade complexa do social levaram a um desgaste das instituições. A falta de confiabilidade e operacionalidade da Justiça é tanto maior quanto seu aferramento à cultura liberal tradicional que impossibilita, como dissemos acima, ao Judiciário romper com o casuismo totalizador, fragmentador, que falsamente tecniciza o que na realidade é político. A inefetividade do Judiciário revela-se, também, na rigidez de sua lógica formal assentada na distinção legal/ilegal, que não consegue responder às relações sociais em mutação. Em

consequência, o que deveria ser uma função social transmuda-se em sutis estratégias de discriminação e de exclusão.²⁴

Todas essas questões são bastante polêmicas, entretanto, já "não se trata de uma discussão acadêmica, mas de tópicos presentes no senso comum, tais quais: divórcio entre direito e lei, não acesso à Justiça pela maior parte da população, explosão de litigiosidade, congestionamento do Poder Judiciário com burocratização e corrupção do mesmo; percepção da quebra dos mitos, da neutralidade e imparcialidade, seja do poder como dos magistrados que o corporificam"²⁵.

O que se percebe é que não faltam críticas (intra e extra sistêmicas) dirigidas ao sistema Judiciário em geral, aos Juízes e à administração da Justiça em si mesma. Num levantamento, ainda que sumário dessas críticas e, tendo em vista, os tópicos enumerados por Edmundo L. de Arruda Júnior, poderíamos dizer que, externamente ao sistema Jurídico, dois desafios têm merecido atenção: o relacionamento existente entre os meios de acesso à Justiça e o exercício da cidadania (soberania popular).

A superação do primeiro desafio implica, sobretudo, a diminuição da defasagem atualmente existente entre o Judiciário e a cidadania. Ou, em outras palavras, implica, sobretudo, o aumento da capacidade de absorção e de decisão dos conflitos sociais pelo aparelho judicial tradicional.²⁶

Neste plano, o ideal democrático traduz-se por uma maior possibilidade de atendimento, pelo Estado, das necessidades jurídicas da população.

Contudo, o que se postula aqui, não é um mero empenho no sentido de "colocar a justiça ao alcance da população carente, a par de manter intocada a estrutura elitista do Judiciário, o que poderia significar nesse caso uma simples adaptação e seu funcionamento, indo quando muito até a cibernetização dos registros e controles"²⁷.

A idéia do acesso à Justiça não mais se limita, de acordo com Ada Pellegrini, ao mero acesso aos tribunais. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.²⁸

Quanto à superação do segundo desafio implica, no dizer, de Oliveira e Pereira, na "obtenção de níveis mais expressivos de transparência e de participação nos processos decisórios da Justiça administrativa, traduzindo-se o ideal democrático, nesse plano, pela ampliação da capacidade de informação e fiscalização da sociedade civil sobre o agir do Estado"²⁹.

Cabe frisar, entretanto, que não "é a transparência da máquina Judiciária que está sendo questionada, e sim a transparência de sua ideologia"³⁰.

A participação na administração, ou seja, no próprio exercício da jurisdição representa instrumento de garantia, de controle e de transformação, e responde a exigência de legitimação democrática do exercício da jurisdição e a necessidade premente de educação cívica.³¹

É evidente que sem um estudo aprofundado não podemos imaginar fórmulas milagrosas. Mais que dar soluções concretas, é necessário reconhecer que a Justiça pertence à soberania popular e que os Juízes são seus administradores. Portanto, devem responder por sua gestão.

A estrutura Judicial deve ser encaminhada no sentido de desvincular os Juízes do Poder e estabelecer laços permanentes entre eles e a sociedade, a fim de que possam perceber a evolução de sua concepção de Justiça e representá-la em suas decisões.³² É necessário questionar, como dissemos, profundamente estes dois aspectos mencionados, na medida em que eles dizem respeito ao novo relacionamento a ser estabelecido entre o aparato Judicial e a sociedade civil. Pela sua importância, a questão do controle do Judiciário mediante uma nova cidadania será objeto do último capítulo.

Naturalmente, o problema do Judiciário, e as inúmeras críticas feitas ao seu mal funcionamento, favorece a percepção de que o núcleo das preocupações giram em torno de: "como tornar o Judiciário permeável aos anseios de uma sociedade que deseja expor seus conflitos, mas também deseja submetê-los a um certo ordenamento legal, com a ajuda de instituições capazes de permitir a convivência ordenada - e não só a repressão desordenada?"³³.

A partir desta indagação levanta-se uma série de questões que envolvem a administração da Justiça, os Juízes, a reforma do direito processual, da ampliação e politização dos serviços de

assistência legal, da flexibilização dos procedimentos judiciais, da "informatização" dos tribunais e das propostas de uma "hermenêutica alternativa", entre outras.³⁴

Tem-se criticado o Judiciário, inicialmente, pela lentidão no seu funcionamento e ritualismo incompreensível aos "não-iniciados", bem como por sua linguagem esotérica - que, além do escasso valor científico, contribui para aumentar o sentimento de inferioridade e estranhamento nos destinatários. Por outro lado, a organização do aparato Judiciário se estrutura mediante uma instância rigidamente hierárquica composta por cooptação e com exclusão de qualquer outro procedimento, particularmente, o eletivo. Tal procedimento entrega aos estratos superiores o controle da carreira e as regras relativas às sanções, às remoções e à interpretação geral da lei (jurisprudência), o que tem contribuído para o descrédito desse poder tido como anti-democrático e elitista. A administração da Justiça é, então, profundamente burocrática e, em conseqüência, ineficaz. Ineficaz porque não garante o respeito pelos direitos humanos, porque não se interessa pela vítima, porque não soluciona os conflitos prementes. É burocratizada e repressiva, apegada aos formalismos que a afastam da realidade e da população. Atrás de um procedimento estereotipado e inacessível, vive uma ahistoricidade.

Tudo isso demonstra, sem dúvida, questões polêmicas que evidenciam a necessidade de democratizar o Judiciário, bem como discutir de forma ampla, também, os pressupostos ideológicos que dão fundamento à sua forma de atuar.

Neste sentido, conforme José E. Faria e José Reinaldo L. Lopes, um dos princípios ideológicos mais importantes da cultura jurídica nacional, o da neutralidade e imparcialidade do Judiciário, começa ser posto em questão.

De fato, como querem estes juristas, a neutralidade tem sido compreendida "de diversas formas. A cultura jurídica brasileira costuma enfatizar, por exemplo, a neutralidade da lei. A lei, todavia, não é neutra - ela é geral, coisa bem diferente."³⁵

Valendo-nos da crítica neo-marxista, apresentada por A. C. Wolkmer, diríamos que o Poder Judiciário assegura o status quo, agindo não só como aparelho ideológico do Estado, mas também como instrumento de repressão e de controle institucionalizado. A tradição histórico-liberal, vem demonstrando que o poder Judicial não tem sido uma instância neutra e independente na esfera da máquina estatal, a serviço das liberdades e acima dos antagonismos de classe. A este respeito, tem razão Ferrajoli quando alerta para a necessidade de desmascarar certos postulados ideológicos da cultura jurídica burguesa, como a apoliticidade, a imparcialidade e a independência dos Juizes. A contradição está no fato de que o Poder Judiciário, não obstante a sua aparência de neutralidade, nada mais é do que uma instituição de natureza política, reflexo da própria dinâmica do poder do Estado capitalista.³⁶

Os magistrados precisam entender que o exercício da sua função na busca da solução dos conflitos e realização da Justiça,

não é neutro, nem se esgota tão só na aplicação mecânica das leis seja qual for seu conteúdo, porque assim procedendo, por um lado, estão transmitindo e executando os interesses, mais ou menos justos, da vontade que se logrou fazer-se Direito. De outro, suas práticas podem incidir desinstitucionalização ao aplicarem "friamente as leis em vigor, muitas vezes confusas e lacunosas, eles correm o risco de ver suas sentenças abertamente descumpridas pelas partes (...)"³⁷.

Pretendendo o jurista sobreviver, enquanto homem que contribui para uma Ciência Jurídica, deverá trilhar caminho mais árduo. Iniciando por reconhecer a sua identidade ideológica com o Poder, revelando o seu lado político. Não há como negar, que o Judiciário "corporifica concomitantemente um subsistema dependente e independente que funciona conforme as necessidades do sistema político vigente. Diante disso, a crise do Judiciário é, antes de mais nada, crise política dos canais de representação dos interesses coletivos presentes nas Democracias burguesas representativas - o que vem determinando a rearticulação das funções do Judiciário, tornando-o já em alguns países, um novo centro de produção de direitos."³⁸

Neste contexto, tem razão Celso F. Campilongo quando assinala que a lei passa a ser questionada, politizada e transformada em relevante instrumento de expansão da cidadania.³⁹

Ora, o uso do Judiciário como canal garantidor e reconhecedor de novos direitos poderá dar início a uma dupla ruptura com relação ao modelo tradicional de democracia

representativa. De um lado, transferindo várias decisões vinculantes do Parlamento para o Judiciário, de outro, revalorizando o papel do Poder Judiciário que, como vimos, na teoria tradicional, não passa pelo crivo da legitimação democrática.⁴⁰

O Poder Judiciário deve ser democratizado. Sem meios para realização dos direitos, os tribunais falham inevitavelmente na realização da Justiça. Urge, portanto, aperfeiçoar a instituição para que melhor atenda à sua função social e política de dirimir conflitos que não possam ser solucionados pelo mero entrelaço das forças sociais sem a interferência do Estado.

Mas fica a pergunta: "(...) de que maneira o Judiciário poderá atuar democraticamente tanto na reorganização do corpo social em bases mais igualitárias quanto na consolidação de um sistema Jurídico eficaz e ao mesmo tempo reconhecido e aceito por todos?"⁴¹.

Avançaremos na resposta desta indagação no último e principal capítulo desta dissertação. Antes, porém, faz-se necessário discorrer sobre a crise de legitimação que atravessa o paradigma jurídico tradicional e as transformações sócio-políticas que determinam a criação de novos modelos de resolução dos conflitos e de aplicação da Justiça. Para isso, importa redefinir novos marcos de ordenação legal, tendo presente novas formas de comportamento e de organização. A dinâmica deste processo passa hoje, como veremos, por uma ampla democratização do Estado e da Sociedade.

2.3 Crise de Legitimação e Paradigmas Participativos

Numa visão mais abrangente da crise, na qual se encontra inserido a administração da Justiça e suas instâncias jurisdicionais, percebe-se que na evolução histórico-política do Ocidente tem prevalecido uma cultura jurídica estatal "que reproduziu idealizações normativas, montagens e representações míticas, reveladoras de certo tipo de racionalização formal e de legalidade estatal, próprias de um modo particular de produção econômica"⁴².

Desta produção legal, decorrem sociedades divididas assimétrica e antagonicamente, em que o Direito tem uma função prático-social de dominação e ocultação.

Para melhor situarmos esta questão, bem como compreendermos o dilema atual do Direito, torna-se necessária uma digressão histórica. Sabe-se que nas sociedades de classes tradicionais, em que os padrões de conduta eram ditados de cima, legitimados por visões de mundo de caráter mítico, religioso ou metafísico, o dever jurídico de obediência busca-se num binômio, cuja autoridade política constitui o justo.

É neste contexto que o discurso jurídico erege-se como veia libertária, onde o contrato social, na metáfora da 'alienação da liberdade', vem apontar o rumo das liberdades individuais.⁴³

Referimo-nos aqui à concepção jusnaturalista, produto do liberal-contratualismo e do racionalismo do século XVIII que refletiu as condições sociais e econômicas da burguesia

ascendente. Estas estruturas econômicas têm necessidade de uma libertação de seus agentes. Ora, é preciso libertar estes agentes dos vínculos herdados do passado. É preciso constituir sujeitos de direitos autônomos, livres e iguais que tornem possível o funcionamento das estruturas políticas, a troca, a concorrência, etc. Uma grande parte da obra do direito natural racional será constituída pela 'atomização' da sociedade, a sua fragmentação em indivíduos iguais e soberanos - e, por intermédio de Rousseau, a reconstrução da sociedade num Estado por meio do contrato social, quer dizer, de uma associação fictícia de indivíduos autônomos.⁴⁴

Para os jusnaturalistas, o Estado origina-se de um contrato a partir de uma sociedade natural, onde vigoram as relações políticas originárias. Aqui, dá-se a separação entre o público - em cujo âmbito realiza-se o poder político - e o privado - em cuja esfera, como dissemos, realizam-se as relações econômicas.

Só no Estado as leis naturais - que são fruto da razão - tornam-se verdadeiras, enquanto regras de conduta válidas e de fato eficazes. É através e somente pela lei que se dá o ato de expressão da racionalidade do Estado. Apenas a este pertence o poder de criar e editar as leis.⁴⁵

No entanto, como assinala Michel Miaille, compreende-se agora que esse reino da razão "não era mais do que o reino idealizado da burguesia que a Justiça eterna encontrou sua realização na Justiça burguesa; que a igualdade se reduziu à igualdade burguesa face à lei; e que se proclamou como um dos direitos essenciais do homem (...) a propriedade burguesa; e que

o Estado racional, o contrato social de Rousseau, não veio ao mundo e não podia vir ao mundo a não ser sob a forma de uma república democrática burguesa"⁴⁶.

Assim, conforme A. C. Wolkmer, a função ideológica do jusnaturalismo enquanto proposição defensora de um ideal eterno e universal, nada mais fez do que esconder seu real objetivo, ou seja, possibilitar a transposição para um outro tipo de relação política, social e econômica sem revelar seus verdadeiros atores beneficiados.⁴⁷

Mas este processo não para aí - na medida em que vai ocorrendo o fortalecimento da burguesia assentada num mercado excludente, não só economicamente mas também na efetiva materialização dos direitos, percebe-se uma mudança na teorização do Direito.

A análise jurídica começa centrar-se na lei e restringir a liberdade do espaço delimitado pelo Direito.

A doutrina do positivismo surge então como expressão máxima do racionalismo formal moderno.

O fundamento do positivismo relacionado ao ser do Direito está na neutralidade axiológica, afastando-se da moral cujos conceitos e juízos não podem ser provados cientificamente.

A concepção positivista do Direito sacraliza a lei instituída e o Estado passa a se identificar com o Direito.

Na verdade, o estatuto da dogmática jurídica, caracterizada por disposições abstratas, impessoais e coercitivas, é elaborado pelo monopólio "de um poder público centralizado (Estado), interpretadas e aplicadas por órgãos (Judiciário) e por funcionários estatais (Juizes). Por ser, na sua essência, um Direito escrito identificado com a lei e produzido unicamente pelos órgãos estatais, minimiza-se, na tradição de suas fontes formais, as múltiplas manifestações de exteriorizações normativas (...) representadas por corpos sociais autônomos (...)."48

A dogmática considera o Direito positivo como um sistema fechado, que se basta a si mesmo, do qual podem deduzir-se soluções para todos os casos determinados em que se deva aplicar (plenitude hermética), sem que seja permitido utilizar-se de materiais alheios ao ordenamento jurídico positivo.⁴⁹

O jurista não valoriza o conteúdo das disposições que compõem o sistema jurídico positivo, senão estima-as como imperativos indiscutíveis.

A expressão máxima do formalismo jurídico encontra-se na "Teoria Pura do Direito", de Hans Kelsen, a qual, foi sem dúvida, a tentativa mais consistente de elaborar uma teoria autônoma, sistemática e unitária. Hans Kelsen leva às últimas consequências racionais a tese de que não existe outro Direito exceto o que emana da autoridade estatal.

Assim, ao restringir o Direito à normatividade estatal, o positivismo revela sua função ideológica. Uma vez que toda ordem social repousa numa ideologia, toda formulação dos critérios que

nos permitem determinar quais são as leis apropriadas nessa ordem será também uma ideologia.

Percebe-se que esta construção acaba servindo às necessidades da expansão do capital. Nesta concepção normativista do Direito, a autonomia da sociedade jamais é tomada como fonte determinante do texto legal, mas apenas como um referencial do território jurídico. Por isso a limitação do positivismo jurídico implica muito mais do que uma limitação jurídica, implica numa mutilação da autonomia social (e individual), na medida em que nunca a questão da Justiça pode ser resolvida unicamente pela lei, porque a Justiça pressupõe a possibilidade efetiva e permanente de interrogação sobre a lei.⁵⁰

A par do reconhecimento de inúmeros avanços e conquistas históricas incorporados na cultura político-jurídica ocidental oriundos, principalmente, das pressões do movimento operário, e de grupos organizados, há que se considerar, para os intentos desta dissertação, que a crescente complexidade dos conflitos, as grandes disparidades econômicas, a concentração e descentralização do capital levam a um questionamento do projeto de legalidade liberal-burguesa, instaurando-se uma grave crise de legitimidade.

O que se percebe é que esse Direito, no momento atual, apesar de refletir predominantemente os interesses de quem detém o poder, de ser o modelo a partir do qual se ensina na universidade e de delimitar também a função do Poder Judiciário - não mais atende o universo complexo e dinâmico dos sistemas

organizacionais. Na verdade, percebe-se o desencontro de um aparato de legalidade, engendrado "em função de valores e de interesses, que sofre incisivas modificações paradigmáticas e que não mais retrata os interesses objetivos da presente modernidade. As atuais sociedades de massa passam por novas formas de produção do capital, por radicais contradições sociais, tanto a nível de legitimidade, quanto a nível de produção e aplicação da Justiça"⁵¹.

Essas dificuldades não provêm, no entanto, dos Juristas (com exceções), que na sua maior parte estão voltados para uma percepção acrítica do conhecimento jurídico em seu conteúdo, e, em sua função, ignoram o caráter específico das mudanças sociais. Na verdade, estas dificuldades são fruto das contradições sociais que surgem na luta reivindicatória pelo reconhecimento dos novos direitos e a impossibilidade de resolvê-las através de articulações que trabalham "os significados das regras jurídicas, a conciliação das normas, a integração das lacunas", entre outros. Assim, a funcionalidade do sistema está diante de um impasse na medida em que começa a ser abalada a "crença num pluralismo social redutível a uma unidade formal capaz de equilibrar antagonismos e harmonizar interesses, mediante um processo de construção de categorias conceituais, princípios gerais e ficções retóricas que depuraria as instituições de Direito de quaisquer antinomias ou lacunas"⁵².

Por outro lado, cabe ressaltar, como assinala ainda A. C. Wolkmer, que o exaurimento do modelo jurídico tradicional "não é a causa, mas o efeito de um processo mais abrangente que

atravessa o recente estágio de desenvolvimento dos diferentes setores explicativos que levam à gradativa dissociação entre o racionalismo formal enquanto processo lógico-justificador do mundo e a prática social marcada por novas formas de conflitos e demandas"⁵³.

A crise generalizada que atravessa o Direito evidencia-se não como uma crise isolada, mas relacionada com a dos fundamentos e dos paradigmas que norteiam a modernidade.

Na medida em que a história do Direito é um história das contradições sociais, contempla-se, presentemente, um amplo "processo de revisão dos próprios pressupostos da teoria jurídica - processo esse resultante da própria evolução do sistema social em que ela está inserida"⁵⁴.

Admitindo a sociedade como um sistema formado por múltiplas instituições racionais, a noção de crise transparece quando as racionalidades não mais se articulam umas com as outras, produzindo acentuados impasses estruturais para a consecução do equilíbrio social. A crise expressa a sociedade invadida por profundas contradições.

Quer-se, com isso, que o significado de crise seja entendido aqui como as contradições inerentes a um sistema de conhecimento ou de organização social, retratando "a falta de eficácia ou o esgotamento do modelo ou situação histórica, aceitos e tradicionalmente vigentes"⁵⁵.

A noção de crise alcança maior amplitude quando atinge os fundamentos de verdade, bem como quando o paradigma vigente não é mais capaz de gerar consenso dentro da comunidade em que ele impera. Explicitando a questão da crise dos paradigmas, assim escreve Celso Campilongo: "A noção de paradigma foi desenvolvida, inicialmente, por Thomas Khun, implicando uma teoria fundamental reconhecida pela comunidade científica como delimitadores de campos de investigação pertinentes a determinada disciplina. O status científico de uma ciência depende, nessa linha, não tanto das teses defendidas pelos manuais científicos, mas sim do consenso da comunidade científica em torno dessas teses"⁵⁶.

O modelo paradigmático, portanto, é o lugar de um comprometimento profissional abrangente. Ao adotar um paradigma, os cientistas se comprometem com um conjunto de regras e padrões para a prática científica. Desta forma, aderem a uma maneira específica de ver a natureza que lhes indica quais as entidades que compõem o universo; como essas entidades se comportam e interagem. Ademais, o modelo explicita as questões que podem ser empregadas na busca de respostas válidas a essas questões. Ou seja, o paradigma formula, por assim dizer, as regras de um jogo e delimita os objetivos a serem atingidos.⁵⁷

A resistência a inovação e o repúdio sistemático de explicações que ultrapassem os limites do paradigma não são excepcionais, mas sim componentes normais da atividade científica e responsáveis, em parte, pelo seu desenvolvimento. Neste caso o avanço é cumulativo e conduz a um aperfeiçoamento gradual do paradigma vigente.⁵⁸

Naturalmente, para que se efetive a rejeição de um paradigma, não basta que algumas de suas predições não estejam de acordo com as metas, mas ainda que surja um modelo alternativo comprovadamente mais eficaz.

Assim, como assinala José Eduardo Faria, ocorre instantes em que os modelos teóricos acabam produzindo crises. Ou seja: "não conseguem mais fornecer orientações, diretrizes e normas capazes de nortear o trabalho científico. Os problemas deixam de ser resolvidos conforme as regras vigentes; para cada problema solucionado vão surgindo outros de maior complexidade. A certa altura, o efeito cumulativo deste processo entra num período de crise: não tendo mais condições de fornecer soluções, os paradigmas vigentes começam a revelar-se como fonte última dos problemas e das incongruências, e o universo científico que lhes corresponde gradativamente converte-se num amplo sistema de erros onde nada pode ser pensado corretamente"⁵⁹.

O novo paradigma não apresenta leis que são apenas formalmente diferentes, mas toda uma nova estrutura conceitual, e esta necessidade de alterar o conteúdo de conceitos estabelecidos e familiares é que torna seu impacto revolucionário. É exatamente porque apresentam estruturas conceituais distintas que se pode dizer que dois paradigmas sucessivos são incompatíveis e, não raramente, incomensuráveis entre si. Ademais, se um deles é correto, o outro será necessariamente errado e a decisão sobre seus méritos relativos de cada um pode ser feita a partir dos argumentos que cada uma das escolas pode arguir em sua defesa.

A partir disso, fica claro, que a dogmática jurídica é um nítido exemplo de paradigma. A dogmática define e controla a ciência jurídica indicando, com o poder que o consenso da comunidade científica lhe confere, não só as soluções para os seus problemas tradicionais, mas, principalmente, os tipos de problemas que devem fazer parte de sua investigação.⁶⁰

Originariamente, conforme Campilongo, o paradigma dogmático está ligado a dois elementos básicos: a identificação do Direito com a lei e o monopólio da produção normativa pelos órgãos estatais. O positivismo normativista assume um postura metodológica lastreada na submissão do Juiz aos resultados de uma generalização empírica sobre a lei. Os desenvolvimentos apresentados pela ciência jurídica nada mais são, neste prisma, do que desdobramentos das virtualidades formais do sistema legislado.⁶¹

Toda esta construção teórica está assentada, para termos presente as lições do jurista Enrique Z. Puceiro, nos seguintes pressupostos: a) o conceito de Direito como um sistema de normas promulgadas pelo Estado; b) definição da norma jurídica como mandato, conceitualizada através da regra de Direito na relação fato ilícito-sanção; c) teoria monista das fontes de Direito e determinação de um esquema rígido e hierárquico de instâncias normativas, baseado na supremacia da Constituição; d) visualização do ordenamento jurídico como um sistema hermético, completo e auto suficiente; e) considerando a atividade do Juiz como uma função teórico-descritiva, basicamente similar a da ciência; g) redução do papel da hermenêutica ao momento de uma

exegese e conseqüente separação entre fase interpretativa e aplicação na realização do Direito.⁶²

Entretanto, uma questão que se impõe é a exigência hoje de tentar compatibilizar a existência de códigos e leis com a crescente produção de novos tipos de tensões e antagonismos sociais.

Verifica-se que os pressupostos essenciais do formalismo jurídico estatal estão abalados na medida em que aparecem fenômenos que passam a influir de maneira decisiva sobre o Direito, tais como: a interpenetração das esferas públicas e privadas de decisão, levando-se à ruptura com as fronteiras que tradicionalmente distinguem o Direito Público do Direito Privado.

A irredutibilidade do pluralismo social à unidade formal da norma jurídica é incapaz de harmonizar, sistemática e coerentemente, as contradições e complexidades da sociedade de classes.⁶⁴ O que implica não apenas a ruptura com o dogma do modelo estatal quanto à produção da legalidade, mas o próprio abandono do caráter supostamente lógico deste monopólio enquanto categoria nuclear de forma a se poder visualizar o aparecimento de diferentes modos de juridicidade.

Ora, o efeito cumulativo de todo esse processo de crise vem refletindo a necessidade de ruptura nos limites estritamente formais de racionalidade da ordem jurídica, no sentido da satisfação das demandas, bem como, somado a isso, o reconhecimento e a institucionalização de mecanismos e

estratégias de resolução dos conflitos atuais, superando a seletividade do atual sistema.

Enquanto o modelo em crise da legalidade positivista "ainda possui um enfoque estrutural, formalista e estático do Estado e do Direito, os paradigmas alternativos assumem uma perspectiva que transcende os limites normativos da dogmática, procurando captar os antagonismos sociais e conferindo dinamismo e flexibilidade aos mecanismos jurídicos legais e extralegais, estatais e extra-estatais"⁶⁵.

Tem razão A.C. Wolkmer, quando assevera que, mesmo não tendo um projeto plenamente acabado de paradigma alternativo, é possível vislumbrar uma preocupação epistemológica na busca de um modelo alternativo. Um conjunto de vestígios confirma a implementação crescente de novos mecanismos dos interesses emergentes. O alargamento de fórmulas jurídicas mais flexíveis e eficazes, permite, segundo Celso Campilongo, deixar de lado uma concepção meramente legalista de justiça que identifica o Direito com a lei, possibilitando que as soluções dos conflitos se efetivem através de fórmulas inteiramente novas de negociação, mediação e arbitramento, recuperando uma práxis orientada pela racionalidade material dos interesses e valores em jogo.⁶⁶

Na verdade, os novos paradigmas tendem a comungar da crença de que o fenômeno jurídico é a expressão mais viva e real de um processo histórico-social que comporta conflitos, contradições e transformações.

São muitas as tendências dos novos paradigmas, entre elas, salienta-se a incorporação de frentes variáveis de Direito, considerando o ordenamento jurídico como uma construção histórica sempre inacabada, isto é, como um produto do universo cultural, um permanente vir-a-ser, assim, o jurista não se concentraria mais no exame de um sistema de regras postas e transmitidas, mas sim na busca de um Direito que vai permanentemente se perfazendo.⁶⁷ Isto implica a aceitação, portanto, da superação do monopólio estatal da produção normativa, ou seja, do paradigma dogmático, com a conseqüente incorporação pelo sistema estatal de fontes variáveis de Direito extra-estatais.

Há que se considerar ainda, dentro desta ótica da busca de alternativas, os modelos que procuram incorporar a realidade das relações coletivas num novo espaço de exercício da cidadania que busca a redefinição das relações entre sociedade civil e Estado - aqui salientando-se a descentralização do Estado e o novo papel dos governos municipais na sua relação com os cidadãos.

Fica claro, a partir destes exemplos, que há uma preocupação central em todas estas manifestações que, como veremos no próximo capítulo, corresponde também a um dos pressupostos de democratização do Judiciário, qual seja, uma cidadania ativa que constituir-se-á numa participação com maior autonomia para a sociedade na formulação e realização de seus direitos.

Certamente tem razão A. C. Wolkmer quando observa que a edificação de uma sociedade democrática "não só depende da participação integral de uma cidadania consciente e atuante, como

ainda tem sua condição prévia nos marcos de descentralização político-administrativa e na redistribuição racional de recursos, competências e funções (...). A implementação e o alargamento da sociedade democrática descentralizadora só se completa com a efetiva participação e controle por parte dos novos sujeitos coletivos"⁶⁸ representados hoje pelos chamados movimentos sociais.

A vida cotidiana apresenta continuamente problemas que acabaram tornando obsoletas as formas tradicionais de articulação de demandas. O que se reivindica aqui não é uma participação esporádica através de eleições. A insuficiência do modelo de democracia representativa evidencia-se na medida em que votar esporadicamente não tem resolvido, na prática, a problemática da vida cotidiana. As instituições e o Estado democrático têm se estruturado basicamente em torno do voto, a ponto de quase haver uma identificação entre democracia e eleições.

Entretanto, o Direito ao voto não significa necessariamente democracia - porque, por um lado, atrás das formas de sufrágio universal existe uma desigualdade econômica e social que pesa de forma determinante na realidade das relações políticas e - por outro, ainda no seu aspecto mais formal, por se tratar de um voto territorial com distintos âmbitos e formas concretas de ser emitido, tem gerado inúmeras discussões.

Também, os modelos de democracia participativa apresentam dificuldades. Já que há uma grande dispersão de critérios em torno do que seria e como constituir-se-ia essa participação. Há

que assinalar, portanto, a ambigüidade com que normalmente se aborda esta questão. Mas, para os limites deste trabalho, importa fixar somente algumas idéias básicas.

A participação seria, então, a característica fundamental desta nova forma de convivência política que parte do convencimento de que o "Estado não é neutro, nem é sempre um mediador confiável. Ele tem uma fisionomia e expressa, não raramente, interesses em conflito com os da sociedade civil. Não só ele se faz aliado de forças hegemônicas, internas e internacionais, em detrimento dos governados, como, em relação a si mesmo, é gerador de privilégios e de castas que se refugiam, favorecidos e inatingíveis em seu interior - militares, burocratas, magistrados, oligarquias, etc"⁶⁹.

Neste sentido, a participação deve ser operacionalizada com novos instrumentos de controle que possibilitem uma nova forma de fazer política em novas bases de legitimação.

Com efeito, correto está Calmon dos Passos quando adverte que a democracia participativa reclama: "participação nas decisões, sempre que possível; controle da execução, em todas as circunstâncias; acesso às informações, assegurando, no mínimo, o respeito de assuntos mais graves, a setores representativos da sociedade civil"⁷⁰. Assim, essa participação nuclear numa democracia de base não se fixaria tanto no número de votos quanto na capacidade de certos setores para expressar suas necessidades e controle mediante uma intervenção direta e contínua na administração.

Advogar pela Democracia participativa como um novo referencial teórico do "político", com implicações na esfera da administração da Justiça, não significa exclusão do modelo representativo-parlamentar, mas sua superação; de igual modo, "não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes; não a desagregação da administração, mas a sua descentralização"⁷¹.

Na democracia de base, a participação não é, por consequência um elemento complementar, mas essencialmente necessário para que a democracia adquira sentido. Não é um apêndice da democracia, mas o elemento fundamental, para que a democracia não seja apenas um voto delegado, mas, sim um exercício diário na solução dos conflitos de acordo com as forças sociais em jogo a cada momento.

NOTAS

- (1) Cf. SERRANO, Rafael de Agapito. Libertad y division de poderes. Madrid: Tecnos, 1989. p.15.
- (2) MIAILLE, Michel. El estado del derecho. Puebla: Universidad Antónoma de Puebla, 1985. p.96.
- (3) Cf. MIAILLE, Michel. op. cit., p.95-96.
- (4) Cf. SAES, Decio. Democracia. São Paulo: Ática, 1987. p.55.
- (5) MIAILLE, Michel. op. cit., p.96.
- (6) NUÑEZ, Antonio Claudio. "A Ordem Político-Jurídica no Estado de Direito". In: Direito & Justiça. Porto Alegre: PUC, nº 3, 1º Semestre 1980. p.68.
- (7) BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.51-52.
- (8) NUÑEZ, Antonio Claudio. op. cit., p.68.
- (9) BONAVIDES, Paulo. op. cit., p.51-52.
- (10) Idem, Ibidem.
- (11) MIAILLE, Michel. op. cit., p.96.
- (12) SAES, Decio. op. cit., p.56.

- (13) CAMPILONGO, Celso Fernandes. Representação Política e Ordem Jurídica: os dilemas da democracia liberal. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 1987. p.21-22.
- (14) SAES, Decio. op. cit., p.56-57.
- (15) Cf. SERRANO, Rafael de Agapito. op. cit., p.14.
- (16) Cf. SERRANO, Rafael de Agapito. op. cit., p.16.
- (17) WOLKMER, Antonio C. Pluralismo Jurídico: o espaço de práticas sociais participativas. Tese de Doutorado. Florianópolis: CPGD/UFSC, 1992. p.85.
- (18) SANTOS, Roberto A. O. "Intervenção do Estado no Conflito Coletivo do Trabalho. Formas Alternativas de Solução". In: 14ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Vitória, 20 a 24 de Setembro de 1992. p.65.
- (19) Cf. WOLKMER, Antonio C. op. cit., p.89; CAMPILONGO, Celso F. op. cit., p.14.
- (20) BASTOS, Aurélio W. Chaves. Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário. Eldorado Tijuca, 1975. p.162.
- (21) FARIA, José Eduardo. Justiça e Conflito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.152.
- (22) FARIA, José Eduardo e LOPES, José Reinaldo de Lima. Pela Democratização do Judiciário. Coleção "Seminários" nº 7. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1987. p.12.
- (23) Idem, Ibidem.
- (24) Cf. PRESSBURGER, T. Miguel. Discutindo a Assessoria Popular - II. Coleção "Seminários" nº 17. Rio de Janeiro, AJUP/FASE, 1987. p.48.
- (25) ARRUDA Jr., Edmundo L. de. Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa. São Paulo, Acadêmica, 1993. p.47.

- (26) Cf. OLIVEIRA, Luciano e PEREIRA, Affonso Cezar. Conflitos Coletivos e Acesso à Justiça. Recife, Fundação Joaquim Nabuco/Massangama, 1988. p.31.
- (27) PRESSBURGER, T. Miguel. Coleção "Seminários" nº 7. op. cit., p.3.
- (28) Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Acesso à Justiça e Cidadania. O Acesso à Justiça no Ano 2000". In: 14ª Conferência Nacional da OAB. op. cit., p.17.
- (29) OLIVEIRA, Luciano e PEREIRA, Affonso Cezar. op. cit., p.31.
- (30) PRESSBURGER, T. Miguel. Coleção "Seminários" nº 7. op. cit., p.3.
- (31) Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p.17.
- (32) Cf. RIVAS, Alicia Herrera. Coleção "Seminários" nº 7. op. cit., p.27.
- (33) FARIA, José Eduardo e LOPES, José Reinaldo de Lima. Coleção "Seminários" nº 7. op. cit., p.15.
- (34) Cf. PRESSBURGER, T. Miguel. Coleção "Seminários" nº 7. op. cit., p.48.
- (35) FARIA, José Eduardo e LOPES, José Reinaldo de Lima. Coleção "Seminários" nº 7. op. cit., p.16.
- (36) Cf. WOLKMER, Antonio C. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. São Paulo: Acadêmica, 1991. p.67.
- (37) FARIA, José Eduardo. 1991. op. cit., p.151-153.
- (38) Cf. WOLKMER, Antonio C. 1991. op. cit., p.88.
- (39) Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. op. cit., p.117.
- (40) Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. op. cit., p.118.

- (41) FARIA, José Eduardo. 1991. op. cit., p.42.
- (42) WOLKMER, Antonio C. 1992. op. cit., p.47.
- (43) Cf. CALATAYUD, Eduardo Dante. Autonomia Social e Normatividade Jurídica. Trabalho de Conclusão. São Leopoldo: Unisinos, 1987. p.42.
- (44) Cf. MIAILLE, Michel. op. cit., p.264.
- (45) Cf. CALATAYUD, Eduardo D. op. cit., p.,45.
- (46) MIAILLE, Michel. op. cit., p.265.
- (47) Cf. WOLKMER, Antonio C. 1992. op. cit., p.47.
- (48) WOLKMER, Antonio C. 1992. op. cit., p.50.
- (49) Cf. MONREAL, Eduardo Novoa. O Direito como Obstáculo à Transformação Social. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. p.197.
- (50) Cf. CALATAYUD, Eduardo D. op. cit., p.6.
- (51) WOLKMER, Antonio C. 1992. op. cit., p.51.
- (52) FARIA, José Eduardo (Org.). A crise do Direito numa Sociedade em Mudança. Brasília: UnB, 1988. p.14; CAMPILONGO, Celso F. op. cit., p.12.
- (53) WOLKMER, Antonio C. 1992. op. cit., p.51.
- (54) FARIA, José Eduardo. 1988. op. cit., p.14.
- (55) WOLKMER, Antonio C. 1992. op. cit., p.53.
- (56) CAMPILONGO, Celso F. op. cit., p.11.
- (57) Cf. SANTOS, Irineu Ribeiro dos. Os Fundamentos Sociais da Ciência. São Paulo: Polis, 1979. p.45-54.

- (58) Cf. SANTOS, Irineu R. dos. op. cit., p.55.
- (59) FARIA, José Eduardo. Eficácia Jurídica e Violência Simbólica. São Paulo: EDUSP, 1985. p.13.
- (60) Cf. CAMPILONGO, Celso F. op. cit., p.11.
- (61) Cf. CAMPILONGO, Celso F. op. cit., p.12.
- (62) Cf. PUCEIRO, Enrique Zuleta. Paradigma Dogmático y Ciência del Derecho. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981. p.297.
- (63) Cf. CAMPILONGO, Celso F. op. cit., p.13; FARIA, José Eduardo. op. cit. 1988. p.23.
- (64) Cf. CAMPILONGO, Celso F. op. cit., p.12.
- (65) CAMPILONGO, Celso F. op. cit., p.13.
- (66) Cf. WOLKMER, Antonio C. 1992. op. cit., p.57.
- (67) FARIA, José Eduardo. 1988. op. cit., p.24.
- (68) WOLKMER, Antonio C. 1992. op. cit., p.6.
- (69) PASSOS, Joaquim José Calmon de. "Democracia, Participação e Processo". In: GRINOVER, Ada Pellegrini et alii (Coord.). Participação e Processo. São Paulo: RT, 1988. p.93.
- (70) PASSOS, Joaquim José Calmon de. op. cit., p.93.
- (71) PASSOS, Joaquim José Calmon de. op. cit., p.94

CAPÍTULO 3

JUSTIÇA PARTICIPATIVA E PODER JUDICIAL DEMOCRÁTICO

I. PARTE: Democratização das Práticas de Justiça

3.1.1 Informalização e Procedimentos Democráticos de Jurisdição

Uma vez configurados teoricamente, no primeiro capítulo, a natureza, os fundamentos e as distorções da Democracia liberal representativa na sua inter-relação com o Estado e o Direito Moderno, procura-se, num segundo momento, tendo em conta os horizontes atravessados pela Democracia representativa, avançar no exame histórico-crítico da Separação dos Poderes para depois discutir e repensar o Judiciário como um de seus pilares essenciais. Com isso, tornou-se obrigatório descrever a própria crise vivenciada pela legalidade tradicional, a conseqüente crise dos paradigmas e a democratização da Justiça, mediante a

reordenação do espaço público embasada na estratégia de uma prática social participativa.

Impõe-se, agora, neste terceiro e principal momento da dissertação, explicitar que a real legitimidade de uma justiça democrática se efetiva pela atuação autônoma da ação participativa. Naturalmente, a dinâmica desta especificidade político-jurídica objetiva alcançar duas frentes: a "democratização das práticas de Justiça" e a "democratização do Poder Judicial". Isso, entretanto, nos força a delimitar, sob o ponto de vista do espaço e do tempo, o "locus" singular onde incide a discussão temática. Se nos dois primeiros capítulos o direcionamento da investigação assumiu um caráter mais teórico e genérico, tratar-se-á, presentemente, de deslocar o questionamento central da dissertação - qual seja, a democratização da Justiça - para a experiência histórico-concreta de administração da Justiça na periferia do Estado capitalista brasileiro.

A crise e a pouca eficácia na administração da Justiça, como se verá neste item, levou ao surgimento de modalidades institucionais que tendem a viabilizar um maior acesso da população às práticas jurisdicionais mais simplificadas e ágeis na resolução das lides, principalmente, no que diz respeito a conflitos envolvendo pequenas causas ou questões de menor monta.

Já faz algum tempo que o Judiciário é alvo de inúmeras críticas, sobretudo, face a "sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seus custos, a burocratização da

Justiça, certa complicação procedimental"¹ e fundamentalmente, pelo comportamento do juiz.

Diante da complexidade e da multiplicidade de espécie de conflitos decorrentes da sociedade de massas, a estrutura do Poder Judiciário tem sido inadequada para uma eficaz resposta às crescentes e amplas demandas sociais.

Há ainda, apesar dos progressos que ocorreram, que avançar muito para que haja um efetivo acesso à Justiça (em sentido amplo) com a necessária informação do cidadão acerca dos próprios direitos pois, a idéia de Justiça está cada vez mais dissociada, da lei e do Direito. Na verdade, a Justiça para a maioria da população significa apenas menos miséria.

Esta questão particularizada para a historicidade brasileira é plenamente captada por uma pesquisa da Data Folha/Cedec, a respeito do prestígio e da percepção das instituições entre os cidadãos. Esta enquete revela que o "sentimento de injustiça surge de uma experiência de desigualdade e exclusão social, que imediatamente é percebida como uma ofensa e uma agressão às normas de convivência coletiva ou à dignidade humana. A reação contra as causas desta desigualdade de riqueza reveste-se, portanto, de um caráter ético, de um forte conteúdo de indignação moral"². E o que é pior, as pessoas não vêm no Direito e na lei a solução, na verdade este sentimento vem "acompanhado de um descrédito intenso na possibilidade de que algo seja feito através de uma reforma das leis ou de quaisquer mecanismos jurídicos"³.

Tudo isso, num sentido somatório, acarreta um descompasso entre a sociedade e a estrutura judiciária cujos "esquemas tradicionais, ainda que satisfatórios para acudir um sistema capitalista e burguês, seriam de qualquer modo inadequados para solução dos conflitos emergentes em uma sociedade de massa, em que despontam interesses metaindividuais (os denominados 'interesses difusos') e interesses economicamente menores, mas que se multiplicam numa estrutura de intensa interação social (as denominadas 'pequenas causas')"⁴.

Dentro desta idéia de evidente inadequação do Poder Judiciário para solucionar os novos litígios e até mesmo para solução dos litígios tradicionais percebe-se a necessidade de simplificação, por um lado, das próprias formas processuais e, por outro, das "próprias controvérsias, ou seja, chegou-se à conclusão, na sociedade moderna, que nem sempre o processo é o meio mais adequado para a solução de certas questões"⁵.

Assim, a resposta-solução aqui defendida para implementar democraticamente uma justiça menos ritualizada, desburocrática e descentralizada, será a utilização de alguns instrumentos jurisdicionais, como: a conciliação, a arbitragem e o juizado de pequenas causas.

Essas práticas constituem canais menos formais, são mais flexíveis, sendo hoje, uma das áreas de maior inovação na política judiciária. Tais mecanismos que utilizam-se de procedimentos mais rápidos e que contam com a participação da população caracterizam-se por serem "instituições leves,

relativas ou totalmente desprofissionalizadas, por vezes, sem a presença do advogado, de utilização barata, senão mesmo gratuita, localizados de modo a maximizar o acesso aos seus serviços, operando por via expedita e pouco regulada, com vista à obtenção de soluções mediadas entre as partes"⁶.

Neste sentido, apontar-se-á, primeiramente, a importância essencial da Conciliação como uma prática judicial (instaurada a partir do processo) ou extrajudicial (alternativa para evitar o processo) mais ou menos formal, mediante a qual se pode chegar a autocomposição das partes envolvidas em litígio.

A Conciliação prévia (extrajudicial) no quadro da política judiciária tem como principal finalidade a racionalização na distribuição da justiça com a subsequente desobstrução dos tribunais bem como, com a recuperação das controvérsias que não são absorvidas pelo sistema tradicional.

Segundo A. C. Wolkmer, "o crescimento dos conflitos de natureza coletiva e a impossibilidade da engenharia processual individualista de analisá-los determinam, cada vez mais, na sociedade de massas, a operacionalidade alternativa do instituto da 'Conciliação'."⁷

Assim, a Conciliação não tem como objetivo apenas uma maior racionalização da justiça, mas primordialmente a absorção e a busca da solução às controvérsias que até agora nem chegavam a ser apreciadas pela justiça.

Sua função abrange, portanto, vários aspectos: o conjunto dos modernos estudos sobre a Conciliação prévia evidenciam, além da recuperação das controvérsias - em matéria referente à defesa do consumidor, a acidentes de trânsito, a questões de vizinhança e de família, a problemas ligados ao crédito etc -- e da racionalização na distribuição da justiça, visam, também, incrementar formas de participação do corpo social na administração da justiça. Por outro lado, a orientação jurídica que é fornecida pela assistência jurídica, propiciando uma maior informação ao cidadão sobre os seus direitos, revela-se da maior importância na conscientização das pessoas carentes.⁸

A Conciliação não é considerada uma função jurisdicional, pois não está fundada apenas em critérios legais na resolução da controvérsia, mas sim nuclearmente assentada em parâmetros de equidade na medida em que, como vimos, o objetivo imediato é a autocomposição das partes. As juntas de conciliação são compostas por conciliadores honorários, recrutados entre advogados, membros do Ministério Público, advogados do Estado e Juizes aposentados, todos voluntários, mas também "estimulados pelo fato de seu serviço ser considerado de relevância social, o que no Brasil pode acarretar vantagens funcionais"⁹.

Utilizam-se, para o seu funcionamento, as instalações dos tribunais podendo, nas grandes cidades, descentralizar para que ocorram nos bairros. As sessões de Conciliação se efetivam preferencialmente à noite, sendo o procedimento fiscalizado por um Juiz de carreira que dirige os trabalhos para, na hipótese de sucesso da Conciliação, aprovar imediatamente o acerto entre as

partes. A transação, depois de homologada pelo juiz é irretratável e constitui título executivo para o processo de execução forçada se necessário.

Cabe salientar, ainda, que a justiça conciliativa é gratuita e a presença do advogado é facultativa.

Na legislação positiva brasileira, em primeiro lugar, a Conciliação está prevista na legislação civil, no Código de Processo Civil, em seus arts. 447 e 448, para as causas que versem sobre direitos patrimoniais de caráter privado (arrendamentos rurais) e litígios relativos à família (separação, divórcio, alimentos). Já na Justiça do Trabalho, a Conciliação é obrigatória como instrumental privilegiado para resolução dos conflitos, conforme instituem os arts. 764, 831 e 850 da CLT. Por fim, a Lei 7.244, de 07/11/84, ao regulamentar os Juizados Especiais de Pequenas Causas, em seu art. 23 § único, dispõe sobre a presença e funcionamento da Conciliação.¹⁰

A Conciliação contribui, assim, como possibilidade de evitar-se o processo, dando uma solução mais rápida e contribuindo para que o processo de ampliação do acesso à justiça se torne uma realidade.

Em suma, a Conciliação torna-se também relevante como possibilidade de "participação do corpo social na administração da justiça, pela via da mediação institucionalizada, capaz de levar à autocomposição, além de propiciar a informação, a tomada de consciência e a politização que decorrem da orientação jurídica".¹¹

O Juízo Arbitral vem a se constituir num segundo instrumento de relevância já previsto na legislação positiva e contribui para a implementação de uma Justiça descentralizada, participativa e democrática. Certamente, frustradas "as tentativas de Conciliação, as partes podem submeter-se ao compromisso arbitral, por acordo verbal. A designação do árbitro é, portanto, casual e não permanente, pois este é designado para julgar um determinado caso específico."¹²

Não se trata propriamente de um acordo livremente efetivado, mas tão-somente a consensualidade das partes envolvidas na escolha do árbitro que tem legitimado para proferir um laudo final mas que, pelo sistema do Código de Processo Civil, deverá ser homologado pelo juiz para que produza os efeitos de uma sentença. No que tange à sua fundamentação, a arbitragem é contemplada pelo direito comercial e trabalhista. A este propósito, oportunamente, esclarece A. C. Wolkmer que o "arbitramento aparece, principalmente, nos conflitos comerciais (Estatuto Comercial nº 556 de 1850, arts. 95, 194, 201, 215, 217, 772, 776 e 777), sendo ainda disciplinado pelo Código Civil de 1916, nos arts. 136, VII, 1037 a 1048 e 1123, bem como pelo Código de Processo Civil, nos arts. 101, 606 e 1072 a 1102. Já na arbitragem (eleição de árbitros) que ocorre na Justiça do Trabalho e que está prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 114, § 1º) e na Consolidação da Leis do Trabalho (art. 764, § 2º), surge como opção para as partes decidir um determinado conflito diante do fracasso da negociação coletiva."¹³

Há uma tendência também, como já se constatou, de utilizar e estimular a arbitragem no Juizado de Pequenas Causas, logo após a tentativa de Conciliação. Prontamente e em seguida a tentativa de Conciliação, a prática do Juízo arbitral poderá ser acionada informalmente e de modo mais constante por um corpo de árbitros que atuarão nos próprios tribunais. Ainda que sua utilização na justiça brasileira nunca tenha gozado de uma maior eficácia, cresce, recentemente, o reconhecimento de suas possibilidades como procedimento que permite uma maior descentralização e informalização do mundo jurídico.

Por último, um instituto ainda não de todo explorado mas de grandes possibilidades é o Juizado de Pequenas Causas, que poderá se impôr, sem dúvida, como uma estratégia eficaz para a solução de pequenos problemas, de forma rápida e gratuita. Entretanto, como se sabe, sua operacionalidade se efetiva nos limites de litígios que não excedem ao valor máximo de vinte salários mínimos.

O funcionamento é relativamente simples, pois esses Juizados têm funcionado basicamente para solucionar causas de pequeno valor, como uma "litigiosidade contida", ou seja, problemas que ficam sem solução ou que são decididos fora do âmbito do Judiciário. A controvérsia trazida ao Foro passa por um processo de triagem, para saber se pode ser resolvida pela entidade ou não. Em caso afirmativo, o autor faz sua reclamação e é marcada uma audiência. Em seguida, os reclamados são convidados, por via postal, a comparecer. As partes comparecendo, um árbitro (sempre

um advogado que serve gratuitamente) tenta conciliá-los..

A conciliação sendo alcançada, lavra-se o respectivo termo, no verso da mesma ficha, assinado pelos acordantes e homologado pelo Juiz, valendo destarte como título executivo judicial. Caso não logrado acordo, as partes são convidadas a aceitar a solução da lide mediante arbitramento. Não obtido acordo, nem aceitando os litigantes o juízo arbitral, procede-se de logo a instrução, já agora perante o magistrado.¹⁴

Nos Juizados de Pequenas Causas, além do limite estabelecido em vinte salários como teto máximo para aceitação dos litígios, não podem ser aceitas ações de natureza alimentar, falimentar, fiscal, relativas a acidentes de trabalho e ao estado e capacidade das pessoas. Já no Juízo Informal de Conciliação, os limites são menores. Eles têm uma competência mais ampla. Podem, por exemplo, resolver problemas relativos ao aluguel ou pensão alimentícia.

A lei federal, que estabelece o funcionamento dos Juizados, deixa ampla margem ao legislador estadual, que pode criar os Juizados onde e quando os considerar oportunos, detalhando as regras atinentes a seu funcionamento.

O Julgamento tem como base o critério legal, não se tratando de um Juízo de equidade. Como adverte Ada P. Grinover, o entendimento vem corroborado pelo art. 26 da própria lei nº 7.244/84, que autoriza expressamente o árbitro (e não o juiz) a julgar por equidade. Trata-se de recorrer ao apelo do julgador para a maior sensibilidade com a dimensão social da lei e com a

necessidade de nesta buscar o sentido que melhor se afeiçoe aos valores sociais e aos próprios objetivos dos Juizados Especiais de Pequenas Causas.¹⁵

Algumas críticas têm sido levantadas em relação à adoção de um rito sumário para o tratamento das causas de pequeno valor. Neste sentido, Athos Gusmão Carneiro pondera sobre a relatividade dos limites arbitrários entre o que seja "pequeno valor", "valor mediano" e "grande valor". Isso quer dizer que na demanda pela lei, considerada como de "pequeno valor", pode representar, para o litigante pobre, a totalidade de seu patrimônio.¹⁶

Igualmente, argumenta ainda Athos Gusmão Carneiro, "que inexistem direitos subjetivos 'de primeira classe', dignos de um procedimento solene, e direitos subjetivos 'de segunda classe', que possam ser tratados sem as garantias inerentes ao procedimento-padrão (...)"¹⁷

Outra crítica que tem sido aventada diz respeito à jurisdicização do cotidiano, com o Estado resolvendo pequenos desentendimentos que deveriam ser absorvidos normalmente ou não. Seria, assim, mais uma atitude paternalista e uma invasão no espaço reservado aos indivíduos.

Independente destas críticas, o fato é que o Juizado de Pequenas Causas revela-se um instrumento importantíssimo de solução descentralizada, simples e rápida, acerca de novos e crescentes conflitos consoante com estruturas sociais marcadas por profundas desigualdades sociais e privações de direitos básicos de grande parcela das massas populares.

Enfim, além de se destacar alguns procedimentos habilitados a resolver conflitos e favorecer a aplicação da Justiça como a Conciliação, o Juízo Arbitral e o Juizado de Pequenas Causas, há de se considerar também na etapa seguinte, a contribuição da interpretação e do uso alternativo da legislação como possibilidade de uma maior "democratização das práticas de justiça".

3.1.2 Uso Alternativo da Legislação na Função Judicial

O "uso alternativo do direito" foi um movimento que ocorreu na Itália no início dos anos setenta, do qual fizeram parte professores universitários, advogados e principalmente magistrados progressistas. O objetivo fundamental consistia em propôr, frente ao uso tradicional do Direito - eminentemente conservador - um uso progressista que favorecesse a classe dos trabalhadores. Neste sentido, o uso alternativo consistia na utilização do ordenamento jurídico estatal no sentido de uma prática judicial alternativa, direcionada para a emancipação das classes menos favorecidas.

Os integrantes do movimento partem da idéia de que o Direito não se reduz à superestrutura, segundo a teoria marxista mais ortodoxa, qualificada por esses autores de mecanicista. Na verdade, segundo eles, o direito possuiria uma autonomia relativa em relação à base, podendo, em virtude desta autonomia, incidir na realidade social e contribuir na sua mudança.

A crítica que esses autores dirigem à ciência jurídica (o alvo principal é sempre Kelsen) é, em relação ao seu caráter formalista, que deixa fora da análise do Direito qualquer fundamento filosófico-metafísico, qualquer base ético-moral do Direito, considerando-o exclusivamente sob o ponto de vista técnico-formal. De fato, como assinala J. A. Muñoz Gómez, a concepção do juspositivismo tradicional parte do pressuposto de que interpretar é reconstruir o "sentido da la ley. Las premisas de la interpretación deben estar en la ley misma (...). En esta

labor el interprete deve despojarse de sus convicciones personales, de cualquier valoración, ponerse al margen del conflicto como un arbitro imparcial."¹⁸

Na verdade, o positivismo concebe o ordenamento jurídico como algo completo, ou capaz de completar-se a si mesmo, fechado, coerente, harmônico, sem contradições. O contrário pensam os alternativos para os quais o ordenamento jurídico aparece como algo aberto, incompleto, com grandes lacunas, onde se refletem e reproduzem as contradições sociais.

Assim, a aplicação e interpretação do Direito deixa sempre várias alternativas abertas, optar por uma ou por outra, significa recorrer a critérios políticos. Essas alternativas são, portanto, as que tornam possível pensar no uso alternativo do Direito como método que, a partir das normas mais progressistas do aparato judicial, consiga uma interpretação do Direito em benefício dos setores mais necessitados.¹⁹

Ao implementar o uso alternativo do Direito dá-se mais ênfase ao papel político do que normalmente se dá ao aplicar o Direito. No entanto, a sentença não perde sua validade formal, pois não se trata de uma substituição da política pelo Direito. O Direito fica tal qual é, só há uma alteração do sentido que lhe é atribuído, orgânica e ideologicamente, dentro da formação social onde foi produzido. Busca-se, dentro do ordenamento jurídico em vigor, as possibilidades contraditórias.

Isso não é difícil, basta olhar o Direito objetivo e procurar ver seu processo de formação tanto formal quanto

material. No primeiro caso será o relativo à sua constitucionalidade ou não; no segundo, é necessário saber que interesses protege, que valores abriga etc.

Na opinião dos defensores do uso alternativo, num sistema econômico no qual o mecanismo de produção está montado sobre a exploração do homem pelo homem, quer dizer, na desigualdade e na redução da força de trabalho em mercadoria, o juiz não pode ficar indiferente.²⁰ Qualquer atitude que implique em facilitar o desenvolvimento correto das regras da democracia burguesa, constituiria um apoio ao sistema denunciado, fundamentalmente, anti-democrático e violador dos direitos humanos.

Dai só resta ao jurista alternativo uma postura politizada, cuja aplicação e interpretação da lei traduza uma superação dos interesses burgueses que fundaram o Direito.

Para este grupo, o conceito de legalidade é uma das tantas mistificações da ideologia burguesa e respeitá-la não tem outro significado que o da manutenção dos privilégios da burguesia. Seria possível, então, tomar as normas mais progressistas do sistema jurídico e, com base nelas, sustentar uma interpretação e uma aplicação do Direito em benefício dos setores sociais mais necessitados. Esta nova forma de interpretar e aplicar o Direito teria a mesma legitimidade que a tradicional, posto que partiria também de uma base normativa.²¹

Assim, resolvem utilizar as possibilidades interpretativas que, somadas aos instrumentos analíticos marxistas, permite a compreensão do momento histórico e contribui para, a partir dessa

nova perspectiva, redefinir sua tarefa reintegrando a instituição jurídica no interior das contradições sociais.

Pela importância da discussão, cabe fazer uma distinção entre a postura europeia e a latino-americana, no que se refere à especificidade de uma estratégia alternativa, capaz de modificar a prática judicial e que, concomitantemente, vem contribuir para democratizar o acesso e a aplicação da justiça.

Na América Latina, nos últimos anos, surgiram movimentos que se assemelham ao europeu. Entretanto, na medida em que partem de circunstâncias históricas diferentes, decorrentes do tipo de desenvolvimento capitalista aqui implantado, a forma de atuar e suas finalidades são mais abrangentes. As duas correntes de pensamento, portanto, têm uma origem distinta. Escreve J. A. Muñoz Gómez que a concepção latino-americana se desenvolve num contexto de crise do Capitalismo "periférico" ou de dependência, o que implica conflitos e necessidades diferentes. Não é por acaso, então, que o ponto de vista latino-americano se fixe na satisfação das necessidades humanas consideradas indispensáveis, tais como: habitação, alimentação, saúde etc - que são nossos maiores problemas.²²

Talvez por isso, na América Latina, muito mais do que um movimento voltado para um uso alternativo do Direito, surgiu uma concepção inclinada também para a substituição do Direito, ou seja, por um Direito Alternativo. Nesta mudança contribuiriam não só os juristas, mas os advogados atuando diretamente na comunidade com os serviços legais alternativos e professores

universitários que submeteram à crítica, os conteúdos e a forma de expressão do Direito.

Na Itália, a perspectiva era um pouco diferente, pois o Capitalismo desenvolvido permitiu o avanço e a realização das necessidades elementares. Por outro lado, foi uma prática que não visava a substituição de um Direito por outro, mesmo que mais justo, pois a expectativa era a revolução comunista e, por consequência, a extinção do Estado e do Direito.

Na América Latina não se fez essa opção mais radical. Há uma preocupação mais imediata, talvez pela já mencionada circunstância histórica de tornar efetivo os direitos já consagrados pelas democracias nos países desenvolvidos, mas que aqui ainda fazem parte da luta de amplos setores marginalizados.

A versão européia acentuou o papel do juiz na realização da justiça, enquanto que na América Latina se pretende que seja a comunidade mesma, os usuários diretos do Direito quem adotaria mecanismos para defesa de seus interesses, estejam ou não reconhecidos e protegidos pelo Direito. Assim, adquirem relevância os serviços legais alternativos, com a atuação dos advogados comprometidos com as causas populares, bem como com a educação jurídica-popular.

Considera-se que no exercício da profissão, a determinação das tarefas para um advogado de Serviço Legal Alternativo implicará necessariamente compatibilizar de um modo harmônico a prática legal-formal com os interesses da própria comunidade para que assuma coletivamente a defesa de seus direitos. Isso permite

adequar uma estratégia que coloque o Direito e o exercício da profissão como um componente dinâmico na opção pela mudança.²³

Mas, para além da atuação e a inserção dos advogados no âmbito dos serviços legais alternativos com a prática legal-popular, orientada para uma democratização da sociedade, temos a defesa de uma função alternativa mais ampla e descentralizada por parte do Poder Judiciário.

Tal direcionamento pressupõe, por sua vez, um sistema normativo não-auto suficiente, aberto e receptivo às mudanças e necessidades sociais. Certamente subsiste um consenso entre os alternativos de que o aparato judicial não é uma área institucional onde tudo está pronto, mas sim um terreno de luta como qualquer outro. Luta que não deve ser exercida somente dentro dos limites profissionais, enfrentando politicamente os problemas que se apresentam, fazendo uma crítica clara da legislação, submetendo à revisão os velhos valores — mas também é absolutamente necessário sair às ruas com estes temas, incorporá-los à cultura política do homem médio, tradicionalmente indefeso frente ao hermetismo que tem caracterizado o mundo judicial.

Outro aspecto fundamental diz respeito à uma mudança na forma de pensar o Direito; o que, aliás, interfere também no uso alternativo do Direito. Como se sabe, geralmente o jurista e o advogado pensam o Direito sob esquemas lógico-dedutivos, ou seja, num silogismo lógico dedutivo baseado na premissa maior, na premissa menor e na conclusão. Ao se propôr uma nova

fundamentação do Direito, o que vem a ser realmente novo, neste contexto, é a mudança do modo de entender o Direito pelos litigantes e assessores que fazem uma prática alternativa do Direito. Tendo presente a experiência de injustiças, o povo organizado elabora seus próprios "direitos" a partir de suas privações e de suas necessidades fundamentais.

Assim, escreve corretamente Wilson Ramos Filho, a "formulação do Direito Alternativo parte da constatação básica de que nem todo o Direito dimana do Estado, que, fundamentalmente na América Latina, por conta de suas instabilidades institucionais e de seu impermeável sistema jurídico, os grupos e setores populares produzem Direito, com mais legitimidade inclusive, do que é praticado em seu meio, à margem do Direito estatal, mas que nem por isso deixa de ser considerado como Direito, que é aplicado pela comunidade sem se importar se tais direitos são reconhecidos pelo Estado como Direitos."²⁴

Para uma melhor explicitação, no Brasil, do modelo de juridicidade alternativa enquanto estratégia que se propõe a transformar a legalidade do Estado Capitalista para uma outra ordem jurídica, far-se-á uso, aqui, das interpretações do Prof. Antonio C. Wolkmer. Seguindo a tipologia apresentada em sua tese de doutoramento sobre o "Pluralismo Jurídico", pode-se assinalar, na atual cultura jurídica nacional, duas estratégias de atuação: a) "práticas sociais alternativas do Direito"; b) "uso alternativo do Direito". Para A. C. Wolkmer, a estratégia das "práticas alternativas do Direito" é implementada por organizações populares ou comunitárias no exercício efetivo de

serviços legais ou assistência judicial informal.²⁵ Esta dinâmica envolve toda uma luta pelos direitos institucionalizados e negados, transformando-se no que se pode chamar de "positivismo de combate", ou seja, trata-se, como explica Horácio W. Rodrigues, de dar "eficácia concreta aos direitos individuais e sociais já inscritos nos textos legais que não vêm sendo aplicados em favor das classes populares."²⁶

Contudo, os serviços legais alternativos não se restringem, tão-somente a um "positivismo de combate", uma vez que têm como núcleo essencial à educação popular, esta destinada a instaurar uma sociedade democrática orientada para a satisfação das necessidades básicas. É por demais significativa, hoje, a mobilização destas organizações populares responsáveis pelo crescente avanço de um esforço participativo de práticas legais alternativas (caso por exemplo, da AJUP/Rio de Janeiro, GAJOP/Olinda, NAJUP/Porto Alegre etc).

Já a estratégia do "uso alternativo do Direito" é articulada por magistrados no exercício da função judicial, levando em conta que as causas populares não são os interesses dominantes protegidos pelo Direito objetivo. Entretanto, paradoxalmente, os instrumentos jurídicos podem ser utilizados para a defesa dessas causas populares, contra os interesses das classes dominantes.

Por outro lado, os operadores jurídicos, questionam a concepção que faz do juiz um mero aplicador da lei. Entendem os magistrados que a lei injusta não deve ser aplicada, e que o papel do juiz é o de buscar o justo no caso concreto. De encontro

ao social, aberto às mudanças e receptivo ao Direito que brota do mundo da vida cotidiana, o juiz não corre o risco de sobrepôr o critério pessoal aos critérios objetivos da lei, incorrendo num subjetivismo pois, como assinala Amilton Bueno de Carvalho, "o campo do Direito alternativo busca novas técnicas de fazer justiça. A lei é o referencial básico, mas não é absoluta. Quando a lei é injusta, o juiz deve buscar o elemento da justiça na sociedade e não em um critério pessoal seu. O juiz vai buscar o limite de justiça nos princípios gerais de direito".²⁷

O uso alternativo do Direito tem sido praticado, de forma marcante e sob grande impacto, por magistrados do Rio Grande do Sul. Trata-se de um pequeno grupo constituído por um pouco mais de 20 juizes, organizados com propostas crítico-alternativas e que vêm questionando, em suas sentenças, os fundamentos do Direito, o Poder Judiciário e o próprio conceito de justiça.²⁸

Certamente que a Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS) pode ser tipificada como o segmento mais ilustrativo - quanto a uma postura crítico-alternativa - do atual poder judicial brasileiro. Operando com incursões metodológicas de cunho hermenêutico e fundamentando-se em certos princípios consagrados pela própria legislação positiva (art. 5º, da LIC), os juizes alternativos do Rio Grande do Sul utilizam-se de uma estratégia que permite a concretização da justiça e a solução dos problemas graves que enfrenta a maior parte da população.

Concomitantemente, importa salientar que outros grupos que congregam operadores jurídicos (Associação Paulista dos Juizes

para a Democracia, Ministério Público Democrático - SP, etc) compartilham, crescentemente, com a proposta de uma justiça democrática exercida mediante práticas legais e decisões jurisdicionais. Tais movimentos comungam de uma preocupação abrangente acerca dos princípios da democracia e de uma cultura jurídica democrática.

Na verdade, a prática alternativa na esfera da jurisdição ganha um duplo sentido quando inserida num contexto mais amplo: se por um lado ela constitui uma técnica interpretativa libertária que procura minar e transformar o ordenamento jurídico positivo dentro dos horizontes da própria legalidade oficial estatal, por outro, é uma etapa imprescindível na democratização do Poder Judiciário e na construção de uma sociedade mais justa.²⁹

Em suma, para a plena implementação do processo de "democratização das práticas de justiça", diretamente vinculada aos procedimentos de resolução dos conflitos (Conciliação, Arbitragem e Juizado de Pequenas Causas) e de aplicação da Justiça (Uso Alternativo do Direito), faz-se necessária também a efetiva "democratização do poder judicial".

IIª PARTE: Democratização do Poder Judicial

3.2.1 Juízes e Democracia: critérios para uma Função Judicial Democrática

Dando continuidade aos aspectos teóricos delineados no primeiro e segundo capítulos, abordaremos neste item, aquilo que constitui o aspecto central de nosso trabalho, ou seja, a vinculação necessária entre administração da Justiça e valores democráticos, bem como os critérios para uma atividade judicial democrática.

Inicialmente, partimos de uma constatação mais genérica, qual seja, a de que os procedimentos democráticos são de difícil consolidação, em nosso país, na medida em que ficaram condicionados ao tipo de transição que aqui se concretizou a partir da superação do regime militar. Assim, a falta crescente de eficácia das instituições tanto na intermediação das reclamações que buscam satisfazer as necessidades humanas fundamentais (partidos políticos primordialmente), quanto nas dificuldades de absorção do Judiciário das demandas de caráter coletivo (só para citar um dos problemas), e a instabilidade do Poder Executivo na sua percepção de legitimidade, principalmente, quando edita medidas econômicas, levaram a uma descrença generalizada nas virtudes do sistema democrático.

A crise do Judiciário reflete, portanto, uma crise maior, de natureza política, pois está em crise o modelo de democracia

representativa que sempre ofereceu uma aparência de racionalidade à expropriação política da sociedade e ao domínio de fato da classe economicamente hegemônica e, servindo, por outro lado, de fundamento de toda cultura jurídica burguesa. Neste sentido, a equiparação jurídica de indivíduos desiguais, própria do Direito formal, constitui a mais precisa e autêntica conotação de classe do ordenamento jurídico. A crise do Estado de Direito Liberal é determinada pela insuficiência dramática (em nosso contexto) da igualdade formal, da forma de direito igual que se concebe intermediando o valor da igualdade e o fato da desigualdade através do círculo vicioso de sujeito igual = direito igual.

Neste contexto, a função judicial esteve comprometida sempre que respeitou a legalidade, aplicando normas que eram instrumentos arbitrários de poder ou mecanismos de controle comportamental, meros símbolos destinados a manter um determinado tipo de dominação.

A crise do Judiciário, então, com a perda de credibilidade na Justiça será maior se os juizes se mantiverem presos à cultura liberal arcaica revelada na rigidez de sua "lógica formal assentada na distinção legal/ilegal, que não consegue responder as relações sociais em mutação, penetrar na essência dos conflitos. Em consequência, o que deveria ser uma função social transmuda-se em sutis estratégias de discriminação e exclusão."³⁰

Para superar os limites da democracia liberal, mesmo sendo uma tarefa que envolve todos os setores, ao Poder Judiciário, no entanto, cabe, por ocupar uma posição estratégica, colaborar na

formação de novos fundamentos de legitimação pois, o juiz tem a possibilidade de pôr fim a grandes abusos e de contribuir para a igualdade e segurança dos cidadãos, adotando simplesmente uma postura mais ousada. O caminho passa, inicialmente, pela superação de seu distanciamento em relação à sociedade civil, bem como estabelecendo um espaço institucional para confronto com o Poder Político sempre que este não respeitar o Direito das maiorias.

Necessitamos de uma prática judicial, que longe de servir de cobertura e apoio às estruturas do poder dominante, explicita as contradições e abra, a nível legal, novos espaços a lutas populares. Assim, a lei deve "ser questionada, politizada e transformada em agitado instrumento de expansão da cidadania."³¹

O problema da legitimação deve transpôr-se da técnica para a sociedade, superando o formalismo que tem significado especificamente isso: não tem relevância o conteúdo das relações, isto é, os interesses perseguidos pelos sujeitos desta, assim como, a ordem econômica e social da qual esse conflito deriva.

É preciso superar esse formalismo, no entanto, o que se tem observado é que, na prática, as soluções apresentadas para crise denotam uma preocupação predominantemente formal. Como reiteradamente se têm expressado os juizes, o problema central deriva de não haver um número de juizes necessários para satisfazer as demandas feitas pela sociedade, na qual dada a complexidade atual, as reivindicações cresceram enormemente, como também por não existirem leis que permitam uma atuação rápida e eficiente.

Cabe advertir que não é uma questão fácil a de estabelecer neste momento leis processuais ajustadas às exigências jurídicas, morais, sociais, políticas, econômicas e técnicas da atualidade. No Brasil, como vimos nos dois itens anteriores deste capítulo, deu-se os primeiros passos de um processo que visa resolver este problema.

Assim, mesmo concordando que são questões práticas de grande importância, a superação da crise estrutural, na nossa perspectiva, não se confunde com este tipo de insatisfação a nível do "bom ou mau" funcionamento pois, como adverte Pressburguer, "falar em democratização do Judiciário é coisa bem diferente que pleitear a sua modernização, simplificação ritualística, facilitação de acesso para todos que dele necessitam (...)."32

É necessário, portanto, distinguir aquilo que seria uma disfunção, um mau funcionamento, daquilo que envolve problemas estruturais pois, pensar e empenhar esforços de colocar a Justiça ao alcance de todos, pode implicar em adaptar o seu funcionamento, indo quando muito até a cibernetização dos registros e controles. Não se trata disso, o que deve ser discutida é a estrutura elitista do Judiciário, assim como, a sua ideologia.

Neste sentido é que entendemos relevante começar pela questão da democracia. Como se sabe, na prática diária, o princípio da Legalidade é considerado fundamental na administração da Justiça.

Como salienta José Eduardo Faria, é "por isso que a cultura jurídica nacional tende a fundir legitimidade com legalidade, substituindo a questão da justiça pela da validade formal das leis e concebendo o jurista, especialmente, como aquele encarregado de aplicar normas gerais a casos concretos, como guardião de um sistema jurídico tido como completo e sem contradições."³³

Toda a administração da Justiça encontra-se, assim, envolta por uma impenetrável cortina de fumaça das grandiosas formulações esotéricas que constituem a técnica jurídica. Desta maneira, como já vimos, rigor, coerência e completude do ordenamento, fidelidade do juiz à lei, caráter técnico da atividade judicial, constituem as bases teóricas em que descansa todo edifício da justiça burguesa.

Nesta operacionalização, lembra Muñoz Gómez, o magistrado deve "despojar-se de suas convicções pessoais, de qualquer valoração, por-se à margem do conflito como um árbitro imparcial. Pede-se a ele a difícil tarefa de deixar de ser pessoa, de despojar-se de sua experiência vital, de alienar-se do meio onde desenvolve a sua vida e dos conflitos que há de resolver, para que possa ser o guardião e executor da lei."³⁴

E este é o papel por excelência do juiz que não pode ultrapassá-lo, uma vez que as Constituições e as Declarações de Direito prescrevem que só o Parlamento é o terreno da Política e por isso mesmo o lugar de se expressar a vontade geral.

Na verdade, o operador jurídico não se prende a implementar "uma operação meramente lógica à maneira de um silogismo. (...) Em todas etapas intervêm valores do intérprete: princípios metajurídicos, filosóficos, políticos e sociais. Frente a isso, o juiz não poderia ser neutro senão não resolveria o caso."³⁵

Apesar disso, a dogmática tradicional desconhece isto e afirma que, assumindo uma atitude valorativa (política) em relação à lei, o juiz estaria se convertendo em legislador.

Aqui, vem à tona o argumento da separação dos poderes como um princípio básico. Entretanto, numa releitura necessária de Montesquieu, percebemos que através da separação dos poderes procura-se um equilíbrio não só na esfera estatal, mas também no âmbito da realidade social. A idéia principal ou essencial de Montesquieu não é a separação dos poderes no sentido jurídico formal do termo, mas sim aquilo que poderíamos chamar o equilíbrio dos poderes representativo da sociedade, condição da liberdade política.

No modelo de Montesquieu, portanto, a divisão dos poderes tinha uma conotação política na medida em que se fundava sobre a intenção de impedir degenerações de caráter absolutista, que visavam realizar um equilíbrio entre os poderes que, de algum modo, traduzisse na esfera estatal a pluralidade das forças sociais.

Na verdade isto está longe de ser a tradução do que acontece a nível de sociedade política. Assim, da concepção de Direito e

da Justiça como expressões apolíticas, neutras e racionais de interesses gerais seguem como consequência: a configuração da Justiça como "serviço técnico", sustentado por uma "ciência do Direito" apolítica e neutra, e do juiz como um técnico, especialista e sacerdote de uma Justiça que deve manter-se longe, afastada das tensões políticas e dos conflitos de interesse que transpassam a sociedade. A ideologia da apoliticidade resolve-se na passiva sujeição do juiz à política do poder e na surda hostilidade à dinâmica da soberania popular.

A política, portanto, está distante dos juizes, isto é, do reino da dogmática legalista. O problema reside em que, a aceitação absoluta do princípio de Legalidade, como suporte das atividades jurídicas, estas não podendo ser consideradas abertamente políticas, dentro da dinâmica do Capitalismo, serão tecnocratas ou profissionais.

Isto é grave, na medida em que, observando o Estado numa visão mais ampla, percebe-se que a idéia de Democracia posta em prática pelos demais poderes (legislativo e executivo) é uma Democracia vigiada ou limitada pelos controles que as autoridades realizam, principalmente, nos mecanismos de participação. Como se não bastasse, ao longo das duas últimas décadas houve um incremento das políticas tecnoburocráticas, em parte utilitarista, em parte neo-liberais - o que alterou substancialmente a política legislativa voltada para o social (a Constituição em que pese as conquistas ainda não foi regulamentada) e incrementou-se as medidas voltadas para satisfação dos interesses econômicos.

Tais normas são orientadas pelo princípio utilitarista de alcançar a maior felicidade para o maior número de pessoas.

Pensar e aplicar este princípio numa atuação judiciária demonstra o alcance e a eficácia de um maior número de casos resolvidos pelos juízes. Entretanto, a Democracia não se mede por números, muito menos, a democratização da Justiça pode ser medida pelo maior número de casos resolvidos.

A democracia exige verdade e valores, sem valor e sem princípios, a democracia é um mero procedimento, indispensável mas não suficiente, uma democracia sem qualidade.

A apelação ao conteúdo valorativo da democracia é vital para atuação judicial democrática desenvolvida no marco dos princípios jurídicos, com espírito crítico, alternativo.

Uma atividade jurídica democrática seria aquela que possibilita o exercício da autonomia da vontade com novas formas de participação no exercício do poder, bem como a determinação de novos conteúdos e de novos objetivos para as ações públicas com uma nova visão do interesse geral.

Frente à nossa realidade, os critérios para uma atividade judicial democrática, em primeiro lugar, são os da liberdade e igualdade expressos nos Direitos Humanos que refletem as necessidades humanas fundamentais. Seria, então, uma atuação comprometida com os injustiçados excluídos da sociedade.

Neste sentido, os magistrados gaúchos ao exigirem justiça social advogam por um engajamento do poder judicial no processo de transformação pois, sem isso, "o Judiciário mais se assemelha a um instrumento a serviço dos poderosos do que a última instância dos direitos e garantias individuais."³⁶

O funcionamento de uma democracia implica necessariamente a existência de certas condições sociais mínimas, sem as quais a liberdade fica seriamente comprometida, pois se liberdade e igualdade são de difícil concretização histórica no que diz respeito a um equilíbrio perfeito é, por outro lado, inconcebível aceitar uma democracia formal que apresente uma liberdade contraposta a uma pobreza extrema.³⁷

Conciliar liberdade e igualdade, certamente será um caminho cheio de dificuldades porém, a atitude de um democrata - como disse Norberto Bobbio - "tiene de ser la de no hacerse ilusiones respecto a lo mejor, pero, a la vez, la de no resignar-se a lo peor".³⁸

Por outro lado, hoje é impossível construir-se uma democracia da igualdade/liberdade sem uma democratização do poder com participação e controle popular. A atividade judicial democrática seria aquela que possibilita o exercício da autonomia numa expressão plena da soberania popular.

O problema da distribuição da riqueza e da conseqüente alienação das desigualdades materiais, não é um assunto que dependa unicamente dos níveis que pode alcançar o crescimento econômico em nosso país, senão também da vontade política dos

governos democráticos em favor da obtenção de sociedades mais igualitárias, assim como do consenso que estes mesmos governos possam conseguir em relação a esta finalidade.

Na América Latina, nos anos 80, o processo de democratização política que libertou tantos países das trevas do autoritarismo ocorreu no mesmo momento em que eles entraram em profunda e prolongada crise econômica. A longa e severa crise abriu condições de exclusão social e pobreza massiva, diminuindo o sentido básico de independência dos indivíduos. A premissa básica de uma igualdade social mínima dos indivíduos foi desacreditada, com sérios efeitos para o funcionamento da democracia política. Não há exagero em dizer que alguns daqueles países estão construindo uma democracia política sobre o campo minado de um apartheid social. O Brasil, o Perú e a Guatemala são casos típicos desse fenômeno.³⁹

Os magistrados e o Poder Judiciário ocupam uma posição chave, pois têm a possibilidade de iniciar um confronto com o poder político toda vez que este desrespeitar os interesses da maioria.

Nesta linha de ação, o exemplo da magistratura gaúcha é ilustrativo, quando a AJURIS se posiciona frente os desequilíbrios sociais, em manifesto onde "denunciam os juizes a necessidade urgente de Reforma Agrária, como meio de superar os conflitos fundiários; denunciam a necessidade de uma Política Salarial que, em obediência ao preceito constitucional preserve a dignidade humana e permita ao cidadão o atendimento de suas

necessidades; denunciam a ausência de uma Política Educacional, que vise a erradicação do analfabetismo; denunciam a situação de quase calamidade que é a Saúde Pública; denunciam os cinturões da miséria que rodeiam nossas cidades; denunciam a Violência Urbana, decorrência de todo resto; denunciam a iniquidade que se comete em detrimento dos aposentados, entregues à própria sorte, sem disporem de qualquer poder político ou de expressão; denunciam um Sistema Habitacional viciado e corrompido que financia a casa própria às classes média e alta, inclusive para mansões de veraneio, enquanto a maior parte da população subabita em favelas ou paga aluguéis escorchantes (...)."40

Esta constitui, sem dúvida, atuação comprometida com os interesses da maioria que, como se sabe (ver item anterior), não se circunscreve a uma crítica estéril, mas concretiza-se num agir (uso alternativo do Direito) e numa proposta de democracia (democracia pluralista).

Percebe-se que postulamos até aqui princípios que integram o ideário da democracia liberal. Neste aspecto, a democratização do Judiciário "não se fará abandonando-se tais princípios liberais, mas compreendendo-os dentro de uma nova realidade institucional."41

Esta nova realidade institucional tem alguns pressupostos: em primeiro lugar, se o Direito é um modo de organização social, isto é, se o Direito é da sociedade e para a sociedade, resulta evidente que ele tenha de ser racionalizado por seus destinatários, isto é, pela mesma sociedade, por razões sociais

majoritárias e democraticamente delimitadas, discutidas e expressadas. Em segundo lugar, a democracia real determina uma união dialética da sociedade civil e da sociedade política para tornar possível a transformação do Estado.

Dai resulta ter como ponto de partida que a idéia de Democracia, que parece mais conveniente, é aquela que propicia a realização de uma atividade judicial com participação e controle popular através de procedimentos que viabilizam a expressão das pluralidades culturais presentes em nossa sociedade.

Dada as características construtivas a partir de valores da atividade judicial, a nova forma seria uma interpretação do Direito sempre aberta às mudanças do contexto social.

Cabe dizer, também, que um juiz atua democraticamente quando legitima sua atividade - ou faz coerentemente - de tal forma que a mesma seja receptiva ou sensível para com os critérios - jurídicos e morais, admitidos em geral pela maioria dos cidadãos em cujo meio atua. Isto exige não só conhecimento de estudos sociológicos, senão sensibilidade para com as culturas que aparecem ao longo do processo. Deve respeitar, até onde for permitido, inclusive aquelas pautas culturais que não são próprias da sociedade industrial (índios, por exemplo), sempre que não forem contra aos considerados princípios jurídicos fundamentais bem como os princípios éticos.

O princípio básico a ser introduzido, neste novo espaço institucional, seria o da participação e controle popular na administração da Justiça. Certamente, a democracia deve ser não

só a expressão e garantia da liberdade e igualdade, senão, também, um instrumento de consenso onde o Poder Judiciário obtenha sua legitimidade como expressão efetiva da soberania popular.

Enfim, as relações entre a justiça e a democracia devem ser colocadas em termo de coexistência: uma é indispensável para a outra. Uma democracia sem justiça é francamente uma contradição, pois não se pode imaginar um governo do povo para o povo mas que priva os seus interesses de uma tutela própria.

3.2.2 Participação Popular na Administração da Justiça

A implementação de práticas e disposições relativas à Democracia participativa na esfera da administração da Justiça determina uma nova postura dos múltiplos agentes que compõem o todo social. Há que se começar pela própria discussão sobre a "participação" e sobre "os novos sujeitos" que entram em cena.

Por participação, entende-se o "fazer parte" ou o 'tomar parte em', ou seja, atuar como integrante de um todo. Porém, aqui, o todo é o âmbito das estruturas institucionalizadas (dentro ou fora do Estado) e, então, "fazer parte" ou "tomar parte nelas" significa elaborar diretamente as decisões.

Participar supõe, então, o desenvolvimento de um processo que implica tomar parte nas decisões fundamentadas no pluralismo de interesses individuais ou dos novos sujeitos coletivos.

Numa perspectiva mais didática, poderíamos dizer que a participação tem sido classificada em: ativa e passiva. Na realidade, quando o sujeito tem possibilidades apenas de acesso aos bens, serviços e recursos de uma dada sociedade, ele está participando passivamente; por outro lado, quando o indivíduo, além de usufruir dos bens e serviços dessa sociedade, tem acesso às instituições, canais que formalizam e possibilitam a participação social nos diversos níveis hierárquicos, afirma-se que este tipo de participação é ativo e caracteriza-se pelo acesso dos indivíduos às decisões que são tomadas a nível dessas instituições.⁴²

Assim, a participação consiste em tomar parte ativa nas decisões em estruturas institucionalizadas e não apenas - de alguma maneira - no processo que leva à respectiva resolução. Consiste em decidir e não apenas deliberar ou ser consultado. Não é um certo grau de intervenção, mas a própria intervenção, real, decisiva. É uma questão de substância, não de escala. Participar não é meramente colaborar, aderir, assentir - é consentir, é eleger, ou seja, realizar uma alternativa autêntica. Não é optar simplesmente.

Na política, participar não é ser testemunha, mas ator na condução dos assuntos que envolvem interesses majoritários; é ser protagonista e não simplesmente expectador. Participa realmente do governo quem, de algum modo, resolve; não quem é consultado ou aquele que deverá cumprir a resolução adotada, porque não lhe resta nada mais a fazer.

Convém, aqui, distinguir entre participação democrática a partir de uma perspectiva transformadora e participação não-democrática, ou falsamente democrática, que objetiva integrar e desmobilizar os novos sujeitos sociais.

O canal privilegiado do tipo de participação não-democrático tem sido o processo de planejamento, como "ato racionalizador" em que a "sociedade é concebida em setores, dividida em segmentos, a participação e o planejamento são parcializados por funções, por programas, por problemas. A participação é encaminhada para inclusão dos sujeitos sociais em setores específicos de saúde, educação, lazer, industrialização, religião, dividindo-se e

segmentando-se verticalmente as classes subalternas. Ou então, essa participação é segmentada horizontalmente por bairro, por cidade, por 'comunidade', isolando-se os grupos locais uns dos outros."⁴³

Assim, a partir do ponto de vista técnico, a inclusão/exclusão da população nos programas tem sido dimensionada para que seja consultiva e limitada a um problema.

As decisões, no entanto, nem sempre se tomam de acordo com os interesses e necessidades manifesto na etapa de consulta, o que tem levado a um esvaziamento das reivindicações.

A participação, neste caso, é tida como integração e controle de cima para baixo, combinando-se "elitismo e autoritarismo. O elitismo visa a conservação do poder das classes dominantes e dos espaços, das exclusões/inclusões das classes subalternas no processo decisório."⁴⁴

Passando da ótica da integração para a da transformação, o processo passa a ser encarado numa perspectiva estrutural, tendo como ponto de referência as relações de dominação. Neste sentido, a participação é definida como luta, mobilização, pressão, poder, ou seja, como forma de atuação que se fundamenta na autonomia e no controle de base nos processos de gestão social.

A partir desta delimitação, a participação política transformadora numa transposição para o âmbito da administração da Justiça implica em conquistar um espaço onde os novos sujeitos sociais, bem como a "emergência" de uma juridicidade produzida

segmentando-se verticalmente as classes subalternas. Ou então, essa participação é segmentada horizontalmente por bairro, por cidade, por 'comunidade', isolando-se os grupos locais uns dos outros."⁴³

Assim, a partir do ponto de vista técnico, a inclusão/exclusão da população nos programas tem sido dimensionada para que seja consultiva e limitada a um problema.

As decisões, no entanto, nem sempre se tomam de acordo com os interesses e necessidades manifesto na etapa de consulta, o que tem levado a um esvaziamento das reivindicações.

A participação, neste caso, é tida como integração e controle de cima para baixo, combinando-se "elitismo e autoritarismo. O elitismo visa a conservação do poder das classes dominantes e dos espaços, das exclusões/inclusões das classes subalternas no processo decisório."⁴⁴

Passando da ótica da integração para a da transformação, o processo passa a ser encarado numa perspectiva estrutural, tendo como ponto de referência as relações de dominação. Neste sentido, a participação é definida como luta, mobilização, pressão, poder, ou seja, como forma de atuação que se fundamenta na autonomia e no controle de base nos processos de gestão social.

A partir desta delimitação, a participação política transformadora numa transposição para o âmbito da administração da Justiça implica em conquistar um espaço onde os novos sujeitos sociais, bem como a "emergência" de uma juridicidade produzida

pela dinâmica participativa e pluralidade de interesses encontre sua expressão.

Neste sentido, constata-se, hoje, a presença fundamental dos novos sujeitos em formação e articulação. São chamados de "novos sujeitos históricos", os quais, em razão de sua forte consciência coletiva, apresentam-se de forma mais ou menos organizada em movimentos, associações, conselhos e comunidades.

Nos anos 70, o Brasil assiste, de maneira mais explícita, ao desenvolvimento desses movimentos sociais populares que se caracterizam pelo espírito de resistência, de reivindicação e de exigência dos direitos sociais, econômicos e políticos.

Constituindo-se na própria experiência de suas lutas, através das quais faz o seu aparecimento no espaço público da sociedade, "o povo consciente descobre-se sujeito da história à medida que desvenda a sua própria identidade, isto é, a sua capacidade de auto-organização e de auto-determinação, condição que permite aos indivíduos, no interior dos movimentos sociais, decidir e agir em conjunto, defender seus interesses, expressar suas vontades e assim, conquistar lugares novos, desenvolver uma linguagem comum, definir valores, em suma, criar direitos."⁴⁵

O novo sujeito social não se identifica, simplesmente, com o proletariado urbano, mas abarca uma gama de categorias de pessoas, que se reúnem, em torno de interesses e carências comuns. Reúnem-se em associações de bairro e em movimentos de luta pela terra, pelo solo urbano, pela moradia, pelo direito ao trabalho, pela mudança nas relações de trabalho.

Esta nova concepção procura superar uma análise simplista que via no operariado organizado a única força de transformação da sociedade.

Ao lado desse novo sujeito social popular, está surgindo também um outro sujeito social, moderno, mas não necessariamente popular. Trata-se de um sujeito que se manifesta em movimentos que ultrapassam as classes populares, mas que se ligam às etnias - movimento negro, - à defesa da natureza contra sua exploração predatória, - movimento ecológico, - à libertação da mulher - movimento feminista etc.

A emergência desses movimentos, quer populares, quer mais amplos, estende-se dentro do contexto de crise e crítica à modernidade. Além dos valores e benesses trazidos pela modernidade, percebem-se hoje seus limites e sobretudo sua face desumanizante.

É no interior dessa realidade que surgem tanto o novo sujeito popular, como esse novo sujeito para além das classes, mas articulado com problemas que afetam praticamente a qualidade e até mesmo uma possibilidade de vida. Eles se organizam e desenvolvem suas práticas para reivindicar junto ao Estado, desde as instâncias municipais até as federais.

Ainda que cada movimento tenha um objetivo próprio, todos eles juntos vão delineando um único sujeito que quer profundas transformações sociais. A ação desses sujeitos contribui para inverter a posição tradicional, que dá ao Estado toda primazia da

iniciativa social. A partir daí a "sociedade deverá ganhar a condição de sujeito coletivo de transformação social, conquistando instrumentos de uma democracia que lhe permitam organizar e controlar a ação do Estado, colocando-o a seu serviço".⁴⁶

A questão da participação coloca-se, assim, para além do plano de conscientização de uma cultura emancipatória dos movimentos sociais, a partir da qual se afirma a dignidade de seus membros, sua identidade e autonomia, constituindo-os sujeitos de sua própria história. Ela pressupõe a definição de um projeto político, elaborado sobre a base de uma prática consciente e autodeterminada que permita às classes populares assumir o papel de controladores do poder e do Estado.

É claro que alguns desses sujeitos têm seus limites. Alguns têm projetos setoriais e freqüentemente de caráter imediato e até carecem de um projeto global de transformação para a sociedade. Mas, mesmo assim, é importante notar, que, ainda quando limitados em sua ação e perspectiva, esses movimentos têm desenvolvido verdadeiro processo de educação da cidadania das classes populares.

O exercício da cidadania ativa é decisivo na abertura de espaços para que toda sociedade possa identificar criticamente o que deve ser mudado, num processo de busca de justiça social, liberdade, igualdade de direitos e de oportunidades.

Isto explica, talvez, a tensão inevitável entre participação direta e as tentativas de institucionalização pelo Estado na

perspectiva da integração à medida em que a cidadania ativa procura abrir espaços democráticos na ordem estática estabelecida à conveniência de interesses e privilégios dominantes.

A sociedade civil tem procurado, então, gerar interlocutores coletivos para tornar possível a participação. Assim sendo, se os sujeitos coletivos emergentes criam novos direitos, "se esta formulação põe a política em questão, se esta política tem recusado a dimensão pública da articulação da diversidade, conforme aponta Marcia Célia Paoli, é só dialogando com os movimentos sociais que se transgridirá as fronteiras em que o Estado pretende definir a relação da sociedade com a política: nessa transgressão, a lei poderia ser constituída como uma referência para o exercício da liberdade."⁴⁷

A dinâmica que assumem estas lutas coloca em pauta o seu caráter inovador, também no que diz respeito ao Direito. A própria cidadania vem se constituindo através da afirmação de "direitos" numa perspectiva comunitária, identificados com a justiça social.

Neste sentido, salienta João Batista Moreira Pinto, os "direitos não são percebidos a partir do legal, mas sim da constituição de uma consciência política do social", pois os novos movimentos sociais, "a partir de uma 'nova cultura de base', percebem a lei como um instrumento que favorece aqueles que detêm o poder político e econômico numa sociedade de classe."⁴⁸

Deste modo, o caráter inovador explicitado no seu potencial em criar e experimentar formas diferentes de relações sociais cotidianas, reflete-se, também, na prática político-jurídica desses movimentos em confronto com a ordem constituída.

Segundo esta linha de argumentação, José Geraldo de Souza Jr. diz que a "análise da experiência da ação coletiva dos novos sujeitos sociais, que se exprime no exercício da cidadania ativa, designa uma prática social que autoriza estabelecer, em perspectiva jurídica (...) a determinação de espaços sociais a partir dos quais se enunciam direitos novos, a constituição de novos processos sociais e de novos direitos e a afirmação teórica do sujeito coletivo de direito."⁴⁹

Esses sujeitos coletivos de direito superam a categoria individualizante e abstrata de sujeito de direito que tem sustentado o modelo liberal. O novo sujeito é social e no plano constitutivo da criação de direitos define-se a partir de suas carências e necessidades. Neste sentido, lutam pela igualdade, entretanto, "a igualdade que se propõe e pela qual se luta é concreta: justiça, remuneração digna, reforma agrária, liberdade efetiva. Só nessa igualdade concreta, comunitária e comunal pode-se pensar justiça como liberdade, uma liberdade conquistada na luta por libertação, e libertação das injustiças. Só numa realidade liberta das injustiças sociais pode-se efetivar a liberdade com igualdade."⁵⁰

Assim, estes movimentos, ao vincularem uma nova cultura política com uma dinâmica organizacional própria (democracia de

base), além de ampliarem a vivência individual, provocam uma reformulação na esfera do privado em resposta ao Estado com a constituição do coletivo no espaço público. Neste plano, a noção de direitos em oposição ao direito positivo emerge basicamente de uma avaliação da legitimidade dos poderes públicos, que é medida por sua capacidade de respeitar e promover os direitos que a população está se atribuindo.

Decorre daí uma "visão de Direito que não se restringe ao 'direito positivo' e que vincula-se ao próprio homem enquanto ser político que vive o processo social. Um Direito fundado nas mesmas bases constitutivas da noção de Justiça, e por isso, como a Justiça, poderia ser indicado como constituído historicamente numa concretude social, sendo essencialmente político."⁵¹

A partir de um modelo comunitário, o elemento de conscientização vai gestando novos padrões e valores que apontam, a partir da reposição do coletivo, para uma nova qualidade de participação através de novos canais de articulação de demandas frente ao Estado, que não resume todo esforço de organização, mas configura parte de um processo para influenciar a dinâmica do funcionamento dos poderes públicos (órgãos).

Mais especificamente, no que se refere ao processo de participação social na administração da Justiça, a dinâmica institucional tem revelado um poder judicial norteado por uma lógica diversa daquela que impera na sociedade, que é embasada na solidariedade, na igualdade e nos valores coletivos.

Esta lógica ainda não assimilada pelo poder Judicial,

constitui os valores que sustentam o agir dos sujeitos coletivos que, como vimos, procuram abrir um espaço de participação na organização política, econômica e social.

Neste sentido, a nível do já consagrado, poderíamos dizer que a participação comporta duas modalidades: a provocação da jurisdição e o acesso aos órgãos que a exercem.

Em regra, a função jurisdicional é exercida por provocação e orientada para a defesa dos interesses protegidos pela ordem jurídica (individuais, coletivos, difusos e públicos). Naturalmente, cabe ao titular do interesse individual lesado ou ameaçado provocar o poder judiciário.

É o que se denomina legitimação ordinária, que acompanha cada direito individual.⁵²

Já uma segunda modalidade de participação na administração da Justiça é a que se concretiza diretamente, "em caráter eventual ou não, no exercício da função jurisdicional, por representantes da própria sociedade ou de segmentos específicos dela.

Sob este critério destaca-se, por sua repercussão sobre a legalidade e a legitimidade, diversos institutos como: o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública, a ação de inconstitucionalidade, a ação de impugnação de mandato eletivo, a legitimação extraordinária de comunidades e organizações indígenas, o júri popular e o acesso da advocacia às magistraturas togadas."⁵³

A participação, ainda no âmbito da legalidade, pode se dar:

1. quando escolhe pelo voto direto, universal e secreto, os juízes de paz para um mandato de quatro anos (art. 98, II da CF). Certamente, os juízes de paz dispõem de competência "para celebrar casamentos e, na forma da lei verificar, de ofício, ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação."⁵⁴

2. Outra forma de legitimação da atuação jurisdicional ocorre com a participação direta dos cidadãos no exercício da função judicial. Ela, com efeito, pode ocorrer nos Juizados Especiais que, nos termos da Constituição, podem ser compostos por juízes togados e leigos (art. 98, I da CF); mas, necessariamente ocorre nos Juizados de Paz (compostos por cidadãos leigos eleitos: art. 98, II da CF); nos tribunais do Júri (competentes para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e nas juntas eleitorais compostas por cidadãos: art. 118, IV da CF).⁵⁵

3. Igualmente outra forma de participação poderá ser encontrada na Justiça do Trabalho, cuja composição em nosso país é necessariamente paritária (arts. 111 a 117 da CF). Por isso que seus órgãos, inclusive os da primeira instância (as juntas de conciliação e julgamento), são compostas por juízes togados (na Junta: o juiz Presidente) e por juízes classistas, temporários, representantes dos empregados e dos empregadores. A participação aqui, no entanto, é corporativista.⁵⁶

A partir do que expusemos até aqui, num levantamento das formas de participação consagradas pela nossa Constituição (algumas não regulamentadas e sujeitas à revisão), podemos concluir que a participação na administração merece uma ampla discussão para melhorar os institutos que já existem, bem como para ampliá-los.

Neste sentido, tendo-se em conta que a administração da Justiça é um momento importante da gestão social, esta não pode ficar fora do processo de democratização da sociedade.

Com efeito, a construção de uma democracia participativa possibilita o alargamento e a difusão de procedimentos de intervenção popular ainda não incorporados pela nossa legislação.

Entre as práticas, pelas quais, pode-se ampliar a participação e eliminar, portanto, algumas contradições entre o aparelho judicial e a soberania popular, está a eletividade dos juízes. No Brasil, os juízes não são eleitos, antes entrando na função, ou por concurso ou por outras vias que pouco têm a ver com a soberania popular. Obviamente não estão obrigados a ter encontros periódicos com os seus eleitores para lhes darem conta do bom desempenho do cargo, podendo, no entanto, eventualmente, ser destituídos. A sua profissão é considerada uma carreira, que culmina nos postos mais elevados da magistratura. Tornou-se, assim, possível a burocratização, o carreirismo e aceitação acrítica dos valores dominantes.

Neste sentido, a eletividade dos juizes, embora nem sempre possa ser considerada um real instrumento de reapropriação do poder judicial pela soberania popular, acertadamente, a natureza eletiva do juiz não suprime a expropriação ao povo de uma função de poder, como é a judicial, antes a reproduz e consagra, legitimando-a politicamente, atendendo a que o eleito é, por sua vez, um juiz técnico e profissional. Não obstante, é também certo, e assim o admite Ferrajoli, que a eletividade do juiz, no atual contexto sócio-político, é um instrumento de ruptura do hermetismo estatal da magistratura.⁵⁷

Outra prática que se necessita analisar, é a existência dos Conselhos Superiores da Magistratura, através da qual procura eliminar o isolamento e a falsa independência do aparelho judicial, no tocante às tensões que se observam na vida social, co-envolvendo um certo controle popular na gestão dos cargos judiciais. Para conseguir a democratização dos Conselhos Superiores do Poder Judicial, impor-se-ia uma participação majoritária de segmentos representativos como: comissões de moradores, sindicatos, órgãos de "poder local", grupos ecologistas etc. Só desta forma os órgãos de direção dos juizes verão-se-ão sintonizados com as correntes e as tensões inerentes à vida social.

Finalmente, uma terceira prática, que integra o povo nas funções de julgar; os juizes populares, que alheios à burocratização e à profissionalização do Tribunal, vêm a decidir e resolver os conflitos sociais. A restrição do juiz popular aos

processos exclusivamente penais, não se justifica frente aos conflitos. É, pois, necessário ampliar a competência dos jurados ou dos juízes populares a outras manifestações da conflitividade social, como podem ser os laborais, a qualidade de vida, o meio ambiente, as culturas, etc.

Assim, o amplo reconhecimento dos movimentos associativos e sindicais, sem qualquer espécie de restrições, dentro do Corpo Judicial, e da Magistratura em geral, é absolutamente necessário para impulsionar a sua democratização, de forma que se tornem sensíveis a todas as contradições internas, as que, pela via das associações e sindicatos, servirão para conformar um mosaico que, em menor escala, reproduza as contradições e tensões da sociedade em que tais corpos estão mergulhados.

3.2.3 Descentralização e Controle Democrático do Judiciário

Ao chegarmos à última etapa desta dissertação, importa sublinhar, além dos critérios para uma função judicial mais democrática e uma efetiva participação popular nas instâncias legais, o necessário desencadeamento de procedimentos estratégicos vinculados à descentralização e ao controle do Judiciário.

Condição para construção de uma sociedade democrática, a participação da população ou da comunidade apresenta-se como alternativa concreta à necessária superação do modelo de democracia que tem preponderado e que identifica a sociedade como um todo harmonioso, em que as diferenças devem estar subordinadas à busca do "bem-comum", e encara o Estado e seus níveis governamentais como instâncias que garantem, por se situarem acima dos interesses particulares, o equilíbrio e a eqüanimidade do processo.

O descompasso entre a teoria e a prática foi trazendo à tona as inúmeras insuficiências deste modelo que acabaram por motivar segmentos da sociedade na busca de novas formas de convívio social e de participação na vida pública.

A questão se inscreve dentro do quadro de relações entre o Estado e a sociedade, da participação política, da viabilidade e limites do Estado democrático que possibilitam e estimulam esta participação incorporando e acomodando assim o conjunto de interesses da sociedade.

Quanto mais a sociedade se diversifica, mais complexos se tornam os mecanismos de organização da ação coletiva e mais evidentes os limites e imperfeições e, ao mesmo tempo, a inevitabilidade de novas formas de participação.

Não obstante, o Estado centralizador contribui, ao invés de absorver esta diversidade, para agravar enormemente situação, na medida em que a desproporção entre as novas necessidades a serem atendidas e os meios de controle social provocou cada vez mais numerosas intervenções do poder central, levando a um esgotamento de sua capacidade de resposta, oriunda de um centro de poder distante do controle dos indivíduos a serem atingidos pelas medidas.

Daí a importância da legitimação de canais não convencionais de participação como os novos movimentos sociais. Neste sentido, a temática da descentralização está diretamente vinculada à dinâmica de uma gestão participativa. Tendo presente as aspirações, demandas e projetos locais, a descentralização vem a representar, como lembra Pedro Jacobi, "não somente a possibilidade de ordenação dos serviços públicos, mas uma alternativa para que os próprios beneficiários garantam o seu controle, configurando principalmente a recuperação da racionalidade da decisão local."⁵⁸

O fenômeno da descentralização tem-se apresentado sobretudo, como um problema de distribuição do poder - poder de decisão e poder de ação ou execução - entre o governo central e as unidades do governo local no âmbito administrativo. A descentralização

pretende assegurar uma gestão mais participativa determinada pelas necessidades reais dos cidadãos.

Justamente por isso, estratégias econômicas e políticas são desenvolvidas para deter o avanço de uma descentralização/participação genuinamente popular. É importante ressaltar-se "que o conceito de descentralização configura uma proposta de ação político-administrativa que na sua acepção possibilita, a partir do aspecto ideológico através do qual for focalizado, visões totalmente contrapostas para perseguir objetivos diferentes e até opostos."⁵⁹

Como se pode depreender, o problema crucial na confluência entre descentralização e participação é o da partilha do poder. Este é o caso da visão privatista e desreguladora advogada pela política neo-liberal, que naturalmente não quer dividir o poder, de alguns países que, "apesar de pautada por uma concepção de descentralização do Estado, não o fez. Pelo contrário, diminui os recursos e as competências dos poderes locais, assim como os meios e a autonomia de funcionamento dos organismos responsáveis pelos serviços sociais."⁶⁰

Por outro lado, na concepção de esquerda, a descentralização político-administrativa procura estabelecer uma nova relação entre a sociedade política e a sociedade civil. Nas últimas décadas, alguns países capitalistas de industrialização avançada, o caso francês é considerado um paradigma, vêm experimentando considerável avanço na direção da substituição da tradicional regulamentação centralizadora por parte do Estado por crescentes

processos de auto-regulação da sociedade civil.⁶¹

Pode-se dizer que, no âmbito político-administrativo, a descentralização implica a viabilidade de alargamento de direitos, bem como "a autonomia da gestão municipal, a participação cotidiana dos cidadãos na gestão pública e uma melhor utilização e redistribuição mais eficiente dos escassos recursos públicos".⁶²

Alteram-se assim as relações com o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Para o Executivo isso significa pressões maiores, confrontos mais diretos, diluição da autoridade. Para o Legislativo, enfraquecimento do papel tradicional da mediação entre os interesses das comunidades e o executivo, esvaziamento do clientelismo político tendo como corolário a aprendizagem de novos padrões de convivência política. Para o Judiciário implicaria o rompimento da postura de árbitro neutro na solução dos conflitos sociais, fazendo da lei um espaço de ampliação da cidadania. Esta participação seria também no sentido da produção e distribuição da juridicidade estatal.

Como se sabe, no Brasil mais especificamente, caracterizado por abissais desigualdades sociais, "marginalização de largos setores da população, instituições historicamente tuteladas e dominadas, intervencionismo estatal e ineficácia de uma justiça demasiadamente formalista" e emperrada - o objetivo maior é, como assinala A. C. Wolkmer, "não só empenhar-se pela criação de Direitos comunitários alternativos gerados pelas necessidades da população e definir novas instâncias informais de resolução dos

conflitos, como, também, de um lado, lutar pela afirmação de Direitos já existentes na legislação mas não regulamentados (ou sem eficácia), de outro, explorar as possibilidades das práticas de justiça alternativa oferecidas pelo próprio Direito oficial do Estado."63

Neste sentido se, para a sociedade de industrialização avançada, impõe-se o desafio de criar fora do Estado outros lugares de regulação autônoma, no Brasil, o movimento a ser realizado tem como objetivo maior ocupar os "espaços públicos apropriados privadamente por determinados grupos que lograram penetrar na máquina estatal, formalizando e positivando suas demandas e interesses."64

Para que a participação popular possa alterar este quadro, no que tange à administração da Justiça, é necessário superar alguns obstáculos. Na verdade, como bem diz José Reinaldo L. Lopes, "o Judiciário dos estados democráticos é justamente construído no sentido de impedir pressões de indivíduos e grupos sobre os julgadores. O Judiciário, diz-se, tem o dever de decidir segundo a lei e não segundo os interesses dos Jurisdicionados (...)."65

Dai decorre que o aparelho judicial constitui ou tende a se constituir num corpo separado: uma estrutura de poder separada da sociedade e, por conseguinte, das dinâmicas nela existentes, das tensões que aí se geram, das divisões e dos afrontamentos ideológicos e políticos que nela se desenvolvem. Aparato de poder separado, mas não independente, já que o aparelho judicial,

enquanto aparelho de poder, constitui sempre uma articulação do setor dominante na sociedade, do qual, por isso, não pode ser independente; mas, diferentemente de outras articulações de poder, como o Parlamento, não se vê condicionado pelas forças alternativas que se afirmam e se organizam na sociedade, pela lógica alternativa que as mesmas desenvolvem, não sendo afetado estruturalmente pelas suas conquistas.⁶⁶

A Justiça exclusivamente técnica só entende a lógica e as razões do poder, sendo, portanto, um instrumento da classe dominante. Montesquieu escreveu em "Espírito das Leis": "É necessário que os juízes sejam da mesma condição que o acusado, para que este não possa pensar que cai em mãos de gentes propensas a causar-lhe dano."⁶⁷ Compreende-se, igualmente, porque alguns afirmam que "o Poder Judicial só tem servido para a burguesia recuperar o que tem perdido nas urnas e pela via legislativa. Com efeito, aderindo na interpretação e aplicação das leis à lógica dominante, que dá prevalência aos valores individualista da propriedade, do lucro e da igualdade formal das partes num contrato (...). A magistratura tem ignorado uma outra lógica existente no tecido social: a da solidariedade, da igualdade social e econômica (...), ou seja, a do primado dos valores coletivos".⁶⁸

Além disso, o Poder Judiciário "apresenta, atualmente, um pouco em toda parte e mais especificamente entre nós, duas características: é centralizado e, pela via do sistema disciplinar e recursal, concentrado (...)." Entretanto, entendendo-se a expressão "descentralizar como significando a

transposição de uma esfera central de governo (União) para as esferas regionais, pode-se ter a impressão que o Judiciário brasileiro já é descentralizado por natureza, na medida em que a justiça comum é essencialmente estadual (...)."69

No entanto, segundo ainda José Reinaldo L. Lopes a diferença entre a jurisdição estadual e federal fica por vezes enfraquecida, porquanto "a competência legislativa da União é muito grande. Ocorre então que os tribunais estaduais estão todos sujeitos à legislação federal. O processo (civil ou penal) é único no país todo, assim como toda a legislação de direito privado. De modo que a autonomia dos estados em matéria de organização Judiciária restringe-se a questões como o número de varas, a competência especializada ou não de cada vara etc. (...) Praticamente todo resto é matéria de competência legislativa da União."70

Diante deste quadro, tem razão A. C. Wolkmer quando aponta a crescente significação de determinados procedimentos legais, como canais viabilizadores de práticas jurídicas mais ágeis, flexíveis e informalizadas. Estes instrumentos de teor normativo com certo grau de formalização, tolerados, mas nem sempre obrigatoriamente reconhecidos pelo aparato oficial do Estado, uma vez divulgados e acionados, servem como disposições "alternativas", capazes de gerar "novos" Direitos para o benefício de imensos setores marginalizados e injustiçados. Essa questão da produção legal alternativa mediante mecanismos com "institucionalização mínima", parcialmente independente da esfera estatal, está, hoje, diretamente relacionada às transformações por que passa o Estado

Capitalista, bem como o alargamento necessário do poder da sociedade civil e a construção progressiva de um espaço mais democrático e descentralizado.⁷¹

Não pode haver dúvida que, no Brasil, a concentração constitui um outro obstáculo à descentralização/participação, na administração da Justiça. A expressão "concentração" é tomada aqui no sentido dado por José Reinaldo L. Lopes, ou seja, "o processo pelo qual os órgãos centrais ou superiores de uma esfera de governo enfeixam poderes e competências que esvaziam a atuação de órgãos hierarquicamente inferiores".⁷²

No Judiciário, pelo sistema de recursos, de fato quem "decide" são os tribunais superiores, eles é que fazem jurisprudência, isto é, o conjunto de decisões relevantes para a 'boa e correta' interpretação do direito positivo".⁷³

Do ponto de vista teórico, a transformação deste quadro envolve, como quer A. C. Wolkmer, o reconhecimento da "inequívoca força do pluralismo jurídico, ou seja, a coexistência e interação de uma mesma forma de vida cotidiana, de múltiplas e diversas manifestações normativas não-estatais. Naturalmente, a pluralização democrática do espaço público societário está sintonizada com o crescimento e a participação da população comunitária, tanto no processo legislativo de criação das leis, quanto na atuação mais direta da administração da Justiça e da socialização do acesso à mesma."⁷⁴

Certamente que, na atualidade, tem ampliado o âmbito de análise da "responsabilidade do juiz antes restrita à

responsabilidade legal, ou seja, penal, civil e administrativa, para abranger uma responsabilidade processual (relativa aos poderes de direção do processo) e uma responsabilidade política (atinente à atuação do juiz em relação à sociedade)."⁷⁵

A crise dos mecanismos internos de controle, segundo Ada P. Grinover, está na falta de responsabilidade efetiva dos juízes.

Segundo a insigne processualista, no Brasil, "deixando de lado a responsabilidade criminal - que é a mais claramente delineada - verifica-se que a responsabilidade civil dos juízes é praticamente inexistente. (...) Com relação à responsabilidade objetiva do Estado pelos atos jurisdicionais, certa doutrina e sobretudo a jurisprudência ainda defendem a tese da irresponsabilidade, exceção feita à indenização por erro judiciário. (...) Já a responsabilidade disciplinar, entre nós, é retrato fiel da estrutura burocrática e hierarquizada do próprio Judiciário. A atividade censória, atribuída unicamente a membros da magistratura e exclusivamente exercida 'interna corporis', apresenta a conhecida desvantagem da permissividade, com raras aplicações de penalidade."⁷⁶

Por outro lado, a denominada responsabilidade processual está relacionada à "contenção do juiz em seus poderes de direção do processo", estabelecendo o controle de sua atuação e seus excessos porventura praticados. Em relação à responsabilidade política, o juiz, no Brasil, continua praticamente imune ao controle externo.⁷⁷

Um argumento diretamente ligado a este distanciamento de um controle atinente à atuação do juiz em relação à sociedade é a apregoada independência do Poder Judiciário. Sabe-se, entretanto, que a independência do Poder Judiciário se impôs com a Revolução Francesa; significou basicamente a garantia do Executivo não poder interferir nas decisões dos juizes, nomeadamente, penalizando-os, mediante designações, transferências etc. Há muito assinalou-se, porém, um aumento abusivo do conceito de independência. Referimo-nos à idéia de que os juizes, para serem árbitros de conflitos e fiéis executores da lei, devem manter um distanciamento da cotidianidade. Neste sentido, o juiz deveria ficar preso à técnica jurídica insensível dos problemas reais que a sociedade lhe coloca. Defendem que os tribunais não podem estar sujeitos a críticas dos outros órgãos de soberania e do povo. Sacraliza-se, assim, a função de julgar, concedendo-lhe um privilégio que, de maneira, alguma se pode conceder aos outros poderes do Estado. Na verdade, trata-se de uma transposição ilegítima, pois o conceito de independência tem um significado preciso - limita-se a estabelecer a defesa da função de julgar perante os outros órgãos do Estado. Pretender estar imune a críticas acima da pressão da opinião pública é pretender a irresponsabilidade.⁷⁸

Ora, na medida em que os juizes exercem uma função que só ao povo pertence, a que título irresponsabilizá-los perante a opinião pública?

Impõe-se a responsabilização dos juizes. Há que se ter em

conta que administração da Justiça é um momento da gestão social. Não pode ficar fora do processo de democratização da sociedade.

Neste sentido, alguns defendem, que no plano ideológico, há que demonstrar não ser o juiz apenas a "boca da lei", introduzindo-se um novo conceito de imparcialidade - visto não como ausência de opção valorativa perante os concretos interesses a apreciar, mas como ausência de critérios particularistas que interponham entre esta opção e o caso a decidir. Por outro lado, no plano institucional, o juiz não deve depender de uma máquina burocrática mas da pressão ideal da sociedade civil.⁷⁹

Assim, defende-se a fiscalização pública do modo de atuação dos tribunais e de seus operadores não se constituindo, entretanto, em qualquer corpo de fiscalização da legalidade.

Este é, sem dúvida, um dos pontos mais polêmicos no que diz respeito ao amplo tema da participação popular na administração da Justiça. A controvérsia desta questão é percebida corretamente por José Dirceu quando assevera que "na magistratura existe uma quase convicção que é inevitável a introdução do controle externo sobre o Poder Judiciário (...), a simples menção do tema gera, na maioria dos magistrados, reação emocional e corporativa. O principal argumento contrário é que o controle externo liquidaria com a independência e autonomia dos juízes."⁸⁰

Corroborando com esta postura, alguns juristas, embasados nos exemplos dos "controles externos" da França, Itália, Espanha e Portugal, onde o Executivo e/ou Legislativo escolhem a totalidade ou parte dos membros, alertam para o risco de uma

"partidarização" política do órgão. A mais grave consequência seria o comprometimento das decisões contra os interesses desses mesmos poderes.⁸¹

Segundo José Reinaldo L. Lopes, "um mecanismo para o controle social seria a criação de um Conselho de Justiça, composto por juizes e representantes do Legislativo, com mandato determinado. A discussão do tema foi calorosa no Congresso Constituinte em 1987 e foi rejeitada. A proposta de fato foi rejeitada mais pelos seus méritos do que pelos seus defeitos. Defeito grave era o caráter corporativista do Conselho proposto (...). Quanto a qualidade: institua mecanismos de controle externo sobre o Judiciário. Esta qualidade foi interpretada como um atentado à autonomia da Justiça."⁸²

Já, Ada Pellegrini acha que o controle externo não deve se tornar um órgão político sendo a participação do Executivo ou do Legislativo o que leva à politização. Por isso a sua proposta exclui esses dois poderes do controle. Segundo a autora, o órgão seria composto por quatro ministros do Supremo Tribunal Federal, um ministro do Supremo Tribunal de Justiça, um desembargador do Tribunal de Justiça de um Estado, um representante da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Procurador-Geral da República. Admite ainda a inclusão de juristas, que seriam indicados pelas faculdades de Direito.⁸³

No entender ainda de Ada Pellegrini, o controle não entraria no mérito das sentenças. Receberia reclamações contra a atuação dos juizes, podendo rever processos disciplinares. Seria também o

responsável pelas promoções e transferências de magistrados.⁸⁴

Em que pese ainda, não ter sido incorporada pela nossa Constituição, a criação de um Conselho de Magistratura, pode-se dizer que, em quase todos os sistemas, é uma leve e tímida correção ao possível despotismo do corpo judicial, que permaneceu impenetrável a qualquer força ou controle, estranho a si próprio, durante muito tempo.⁸⁵

Poderia, não obstante, constituir, mediante a autêntica democratização desse organismo superior da Justiça, um eficaz meio de controle sobre a gestão diária do 'poder dos juízes'. Para conseguir a democratização do Conselho de Magistratura impôr-se-ia a eliminação dos lugares judiciais do Conselho pelos de categoria mais elevada, e uma participação majoritária, em tais Conselhos, de cidadãos estranhos à profissão jurídica, mais próximos do povo, oriundos de movimentos associativos e sindicatos.

Só desta forma os órgãos de direção dos juízes ver-se-ão sintonizados com as correntes e as tensões inerentes à vida social.⁸⁶

Em suma, a ampla democratização da administração da Justiça passa hoje por uma maior participação da comunidade nas atividades jurisdicionais, alcançando sua plena efetividade no desencadeamento de um processo político-jurídico de descentralização e controle societário do poder Judicial.

NOTAS

- (1) GRINOVER, Ada Pelegrini. Novas Tendências do Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p.177.
- (2) RIBEIRO NETO, Artur. "Para eleitor, Justiça significa fim da miséria". Folha de São Paulo. 24 de setembro de 1989. Caderno B-8.
- (3) Idem, Ibidem.
- (4) GRINOVER, Ada Pelegrini. 1990. op. cit., p.177.
- (5) GRINOVER, Ada Pelegrini et alii. Problemas e Reformas: subsídios para o debate constituinte. São Paulo: OAB-Departamento Editorial, 1988. p.141 e 149.
- (6) SANTOS, Boaventura de Souza. "Introdução à Sociologia da Administração da Justiça". In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Justiça. A Função Social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989. p.55.
- (7) WOLKMER, Antonio C. Pluralismo Jurídico: O Espaço de Práticas Sociais Participativas. Tese de Doutorado. CPGD/UFSC, Florianópolis, 1992. p.398.
- (8) Cf. GRINOVER, Ada Pelegrini. 1990. op. cit., p.191.
- (9) GRINOVER, Ada Pelegrini. 1990. op. cit., p.194.

- (10) Cf. Wolkmer, Antonio C. 1992. op. cit., p.398-399.
- (11) GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido R., WATANABE, Kazuo. (Coord.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p.243.
- (12) Idem, Ibidem.
- (13) Cf. Wolkmer, Antonio C. 1992. op. cit., p.399-400.
- (14) Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. "Juizado de Pequenas Causas". In: GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Cândido R., WATANABE, Kazuo. op. cit., p.337.
- (15) Cf. GRINOVER, Ada Pelegrini. 1990. op. cit., p.183-184.
- (16) Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. op. cit., p.333.
- (17) CARNEIRO, Athos Gusmão. op. cit., p.333.
- (18) MUÑOZ GÓMES, J. A. "Reflexiones sobre el Uso Alternativo del Derecho". In: El Otro Derecho. Bogotá: ILSA/TEMIS, (01):p.52, agosto de 1988.
- (19) Cf. MUÑOZ GÓMES, J. A. op. cit., p.43.
- (20) Cf. MUÑOZ GÓMES, J. A. op. cit., p.53.
- (21) Cf. MUÑOZ GÓMES, J. A. op. cit., p.49.
- (22) Cf. MUÑOZ GÓMES, J. A. op. cit., p.58.
- (23) Cf. JACQUES P., Manuel. "Una Concepción Metodológica del Uso Alternativo del Derecho". In: El Otro Derecho. Bogotá: ILSA/TEMIS, (01):19-42, agosto de 1988.
- (24) RAMOS FILHO, Wilson. "Direito Alternativo e Cidadania Operária". In: Arruda Jr., E. L. de. Lições de Direito Alternativo-1. São Paulo: Acadêmica, 1991. p.156-157.

- (25) Cf. Wolkmer, A. C. 1992. op. cit., p.402.
- (26) RODRIGUES, Horácio Wanderlei. "Direito com que Direito?". In: ARRUDA JR., E. L. de. Lições de Direito Alternativo-2. São Paulo: Acadêmica, 1992. p.180-181.
- (27) CARVALHO, Amilton Bueno de, apud BONCHRISTIANO, Ana. "Movimento de Juízes quer Direito Alternativo no País". Folha de São Paulo. 12 de abril de 1992. fl.04.
- (28) COELHO, Luiz Fernando. "Do Direito Alternativo". Revista de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica. (01):10, 1992.
- (29) Cf. Wolkmer, Antonio Carlos. 1992. op. cit., p.406.
- (30) PRESSBURGER, T. Miguel. Discutindo a Assessoria Popular - II. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1992. p.48.
- (31) CAMPILONGO, Celso Fernandes. "Magistratura, Sistema Jurídico e Sistema Político". In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Justiça: A função Social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989. p.117.
- (32) PRESSBURGER, T. Miguel. Pela Democratização do Judiciário. Seminários nº 7. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1987. p.3.
- (33) FARIA, José Eduardo e LOPES, José Reinaldo de L. Pela Democratização do Judiciário. Seminários nº 7. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1987. p.11.
- (34) MUÑOZ GÓMES, J. A. op. cit., p.52.
- (35) Idem, Ibidem. p.52.
- (36) PINTO, Elvio Schuch. Manifesto da AJURIS. Jornal Zero Hora. Porto Alegre. 19 de junho de 1989.
- (37) Cf. SQUELLA, Agustin. "Democracia e Igualdad en América Latina". Doxa 4, 1987. p.379.
- (38) Idem, Ibidem.

- (39) WEFFORT, Francisco. "Novas Democracias. Que Democracias?". In: Lua Nova. São Paulo: CEDEC, nº 27, 1992. p.28.
- (40) PINTO, Elvio Schuch. op. cit.
- (41) FARIA, José Eduardo e LOPES, José Reinaldo de L. op. cit., p.43.
- (42) Cf. SCANDIAN, Maria N. de O. "O Conceito de Participação Social na Perspectiva de Integração e de Transformação Social". Serviço Social e Sociedade. nº 9, agosto de 1982. p.6-7; FISCHER, Tânia. "A Gestão do Município e as Propostas de Descentralização e Participação Popular". Revista de Administração Municipal. Rio de Janeiro, nº 183, abr/jun. 1987. p.20.
- (43) FALEIROS, Vicente de Paula. "Formas Ideológicas da Participação". In: Serviço Social e Sociedade. São Paulo: Cortez, nº 9, agosto de 1982. p.19.
- (44) FALEIROS, Vicente de Paula. op. cit., p.21.
- (45) Cf. CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. Participação Popular e Cidadania: a Igreja no Processo Constituinte/CNBB. São Paulo: Paulinas, 1990. p.268.
- (46) Idem, Ibidem.
- (47) CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. op. cit., p.272.
- (48) MOREIRA PINTO, João Batista. "A Ação Instituinte dos Novos Movimentos Sociais Frente à Lei". Lições In: ARRUDA JR., E. L. (Org.). Lições de Direito Alternativo 2. São Paulo, Acadêmica, 1992. p.15-16.
- (49) SOUZA JUNIOR, José Geraldo de. "Movimentos Sociais - Emergência de Novos Sujeitos: o Sujeito Coletivo de Direito." In: ARRUDA JR., E. L. (Org.). Lições de Direito Alternativo 1. São Paulo: Acadêmica, 1991. p.140.
- (50) MOREIRA PINTO, João Batista. Direito e Novos Movimentos Sociais. São Paulo: Acadêmica, 1992. p.54.

- (51) MOREIRA PINTO, João Batista. op. cit., p.59.
- (52) Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da Participação Política. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p.143.
- (53) Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit., p.145.
- (54) CLÈVE, Clemerson Merlin. "Poder Judiciário: Autonomia e Justiça". Revista dos Tribunais. São Paulo, RT, nº 691, maio de 1993. p.37.
- (55) Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p.37-38.
- (56) Cf. CLÈVE, Clemerson Merlin. op. cit., p.38.
- (57) Cf. MORATE, Jesus Ernesto Peces. "Justiça e Sistema". A Participação Popular na Administração da Justiça. Lisboa: Livros Horizonte, 1982. p.171.
- (58) JACOBI, Pedro. "Descentralização Municipal e Participação dos Cidadãos: apontamentos para o debate". Lua Nova. São Paulo: Cedec, nº 20, maio 90, p.122.
- (59) JACOBI, Pedro. op. cit., p.123.
- (60) JACOBI, Pedro. op. cit., p.124.
- (61) JACOBI, Pedro. op. cit., p.124-125.
- (62) JACOBI, Pedro. op. cit., p.122.
- (63) WOLKMER, Antonio C. 1992, op. cit., p.389-390.
- (64) JUNQUEIRA, Eliane B. "O Alternativo Regado a Vinho e a Cachaça". In: ARRUDA Jr., Edmundo L. de. Licções de Direito Alternativo 2. São Paulo: Acadêmica, 1992. p.105.

- (65) LOPES, José Reinaldo de Lima. "Descentralização e Democracia: o Judiciário". Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. São Paulo, Brasiliense, nº 52, 1989. p.74-75.
- (66) Cf. MORATE, Jesus Ernesto Peces. "Justiça e Sistema". A Participação Popular na Administração da Justiça. Lisboa: Livros Coimbra, 1982. p.151-173.
- (67) Cf. COSTA, Nascimento. "Participação Popular na Administração da Justiça. Alguns temas para reflexão". op. cit., p.49.
- (68) Idem, Ibidem.
- (69) LOPES, José Reinaldo L. op. cit., p.73.
- (70) LOPES, José Reinaldo L. op. cit., p.71.
- (71) Cf. WOLKMER, Antonio C. 1992. op. cit.
- (72) LOPES, José Reinaldo L. op. cit., p.76.
- (73) LOPES, José Reinaldo L. op. cit., p.76.
- (74) Cf. WOLKMER, Antonio C. 1992. op. cit., p.393.
- (75) GRINOVER, Ada Pellegrini. "A Crise do Poder Judiciário". Revista do Direito Público. São Paulo: RT, nº 98, abril/junho, 1991. p.24.
- (76) Idem, Ibidem.
- (77) Idem, Ibidem.
- (78) Cf. COSTA, Nascimento. op. cit., p.51-52.
- (79) Cf. COSTA, Nascimento. op. cit., p.52.
- (80) DIRCEU, José. "Controle Externo do Judiciário - quem tem medo?". Folha de São Paulo. 30 abril de 1993. fl.03.

(81) Cf. WOLTERS, Gabriela. "Juiz alega inconstitucionalidade".
Folha de São Paulo. 17 de maio de 1993. fl.16.

(82) LOPES, José Reinaldo L. Lopes. op. cit., p.79.

(83) Cf. WOLTERS, Gabriela. op. cit., fl.16.

(84) Idem, Ibidem.

(85) Cf. MORATE, Jesus Ernesto Peces. op. cit., p.172.

(86) Idem, Ibidem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário passa por uma crise estrutural deixando transparecer, mais do que nunca, a contraditória definição que o vê como poder autônomo, independente, apolítico, quando, de fato, é uma instituição do Estado inserida na própria dinâmica de poder, que se vale de múltiplos recursos para mantê-lo dentro de sua área de influência.

Para mudar o Poder Judiciário democratizando a administração da Justiça temos, portanto, que ter sempre presente o contexto maior no qual ele está inserido. A democratização não pode ser setorializada, ou ela é um processo que envolve o Estado e a sociedade, ou será uma tentativa que fatalmente cairá no vazio.

Qualquer projeto de análise que se faça, visando o aprofundamento/aperfeiçoamento da democracia, não pode ignorar este fato, sob pena de transformar-se em mera discussão acadêmica sem nenhuma repercussão social.

Assim, urge repensar a função do Estado, o funcionamento de suas instituições, a apropriação dos espaços públicos, a partir de uma descentralização que seja um projeto da sociedade e não

uma articulação do Estado.

Na medida em que ignoramos a possibilidade de apropriação pelo Estado, de um discurso com uma carga simbólica muito forte como o que contém as idéias de participação, democratização, comunitarização etc, estaremos perdendo um espaço/tempo precioso na construção da autonomia social. Num país, onde a pobreza atinge 64% a 69% da população, o mundo acadêmico não pode se dar ao luxo de ficar fazendo elucubrações teóricas. Se queremos mudar, temos que fazer uma "geopolítica" dos discursos e, não prestar um serviço àqueles que são beneficiados pela manutenção do status quo.

Neste quadro, a idéia de comunidade traz uma promessa de auto organização das partes em um todo dinâmico e espontâneo. A existência de mecanismos que resultam de ações conjuntas de indivíduos em uma sociedade igualitária é, sem dúvida, uma condição da ordem social democrática, mas a relação entre as partes e o todo, dentro e fora da comunidade, pode, revelar graus bastante diversos de subordinação.

É neste sentido, então, que a descentralização é um projeto, também de setores conservadores, pois, ao contrário do renascimento do ideal comunitário que se verificou nos anos 60, "o renascimento que hoje se verifica, e que se manifesta de resto em muitas outras áreas sociais para além da administração da Justiça, é também promovido pelo Estado. É, por assim dizer, um movimento, altamente centralizado de descentralização" (SANTOS, Boaventura de S. 1982:93). E é esta ambiguidade estrutural que

explica a heterogeneidade ideológica do movimento. Para a nova esquerda, o que está em causa é a democratização das instituições e a participação popular; para os conservadores, o fim da expansão do Estado e o seu recuo, a devolução à sociedade civil de áreas de ação social apropriadas pelo Estado.

De acordo, com Boaventura de Souza Santos, esta heterogeneidade e, portanto, a ambiguidade ideológica, dela decorrente, são fundamentais para o cumprimento das funções de legitimação que tornam possível a reprodução das relações de classe em níveis de tensão social toleráveis e controláveis. Tem sido este, afinal, desde sempre, o grande projeto político do Estado Liberal, em suas sucessivas metamorfoses.

Até que ponto, então, a valorização de "comunidade" não representa a tentativa de instauração de uma ordem social desprovida de conflitos, dissolvendo-se, assim, a clivagem entre o público e o privado?

A função política geral do Estado Capitalista é (para lembrar Poulantzas) de organizar, por sobre divergências importantes, as diferentes frações da burguesia e, concomitantemente, de desorganizar as classes trabalhadoras na medida em que estas são levadas a desconhecer os seus interesses sociais e políticos específicos que decorrem da posição que coletivamente ocupam nas relações sociais de produção.

Na democracia liberal, as classes trabalhadoras são individualisticamente integradas nas comunidades abstratas dos cidadãos eleitores e, desta forma, são desorganizadas,

atomizadas. O que existe de novo "nos processos sob a análise é a tentativa de reconciliar o cumprimento da função de desorganização com o apelo à organização comunitária e a autogestão. Enquanto até agora as classes trabalhadoras foram desorganizadas a nível individual, isto é, enquanto cidadãos, eleitores, consumidores, etc, penso que daqui em diante serão desorganizadas a nível comunitário mais ou menos institucionalizadas" (SANTOS, Boaventura de S. 1982:94). Por outras palavras, a organização comunitária promovida e planejada pelo Estado passa a ser a forma específica de desorganização das classes trabalhadoras na atual fase do capitalismo.

Por outro lado, há que considerar agora, a perspectiva da esquerda no que tange à descentralização. A reflexão em torno da descentralização, desenvolvida pela ótica da democratização do Estado, partindo do fato de que a proposição segundo a qual o Estado é uma autoridade independente, ou um poder imparcial, está completamente errada. Na verdade, o Estado está inescapavelmente comprometido com a manutenção e reprodução das desigualdades da vida cotidiana. Em consequência, tornam-se urgentes as questões da forma que deve assumir a democracia e de qual deve ser o alcance das decisões democráticas.

Isto torna-se ainda mais urgente, em países como o Brasil, que nunca viveram um período de consolidação democrática, mas que, ao contrário, compondo o grupo das chamadas "novas democracias" vem atravessando um longo período intitulado de transição democrática, com agravante e problemática crise econômica e social.

Como se sabe, no Brasil são grandes as desigualdades sociais, com uma sociedade caracterizada pela "marginalização da largos setores da população, instituições historicamente tuteladas e dominadas, intervencionismo estatal e ineficácia de uma Justiça demasiadamente formalista" e emperrada - o objetivo maior é, conforme assinala A. C. Wolkmer, "não só empenhar-se pela criação de direitos comunitários alternativos gerados pelas necessidades da população e definir novas instâncias informais de resolução dos conflitos, como, também de um lado, lutar pela afirmação de direitos já existentes na legislação mas não regulamentados (ou sem eficácia), de outro explorar as possibilidades das práticas de Justiça alternativa oferecidas pelo próprio Direito oficial do Estado." (WOLKMER, A. C. 1982:57)

Essa é uma luta que, de forma especial, deve ser feita pelos operadores e pensadores do Direito, através dos pequenos/grandes espaços do seu trabalho cotidiano - mas não só por eles, por toda a sociedade organizada - mesmo porque só com a descentralização é que teremos um modelo capaz de absorver a pluralidade social; isto é, a inequívoca força do pluralismo jurídico. Naturalmente, a pluralização democrática do espaço público societário está sintonizada tanto com o crescimento no processo legislativo de criação das leis, quanto na atuação mais direta da administração da Justiça e da socialização do acesso à mesma.

Ademais, a busca da superação da crise passa necessariamente pela democratização do Estado sem que isso implique a mudança de todos os seus fundamentos. Assim, a democratização requer uma

revisão profunda dos níveis de operação institucional no aspecto do reconhecimento de novos atores, pois, há uma nítida tendência de um movimento que organiza a sociedade civil até o Estado. O Estado necessita tornar-se permeável a essas mudanças dentro de uma flexibilidade que permita a absorção das demandas sociais e a re-legitimação dos poderes constituídos.

As transformações nas sociedades capitalistas são contraditórias e, portanto, criam sempre condições para novas lutas por transformações alternativas da sociedade - não deixando de existir e de criar condições subjetivas e objetivas para novas formas de auto-organização e de participação autônomas.

Neste sentido, no que tange especificamente à administração da Justiça se, por um lado, a organização não-autônoma pode servir à estratégia do neo-liberalismo, por outro, há a possibilidade de potencializar uma transformação comprometida com a autonomia social e com a democratização do Estado; por isso, defendemos:

1. Um Poder Judiciário que seja expressão da soberania popular pois, quando um sistema político se supõe baseado na soberania do povo, acaba expressando esta crença em todas as acepções da soberania. O povo elabora as leis diretamente ou através de representantes legítimos; por meio de eleições, controla e elege o executivo - ou este deve representar a maioria parlamentar. Porém quando se chega à função de julgar, esta filosofia perde sua razão de ser, sem que haja uma justificativa teórica suficientemente clara que a explique. O povo não

participa direta ou indiretamente da nomeação de juízes e carece de qualquer meio de controle.

Assim, o "aparato judicial, tal como está estruturado em suas relações com o mundo exterior - a sociedade civil e os demais poderes - é independente da cidadania a que julga, e é dependente dos que detêm o Poder (...)." (FARIA, J. E. e LOPES, J. R. L. 1987:25)

A existência em vários países, como Inglaterra, EUA e Rússia, de eleições para juízes mostra que esta discussão, que se inicia agora em nosso país, não constitui nenhum atentado à independência do Poder Judiciário, pelo contrário, ao dar maior legitimidade à sua composição, na verdade, contribuiria e muito para uma independência necessária frente aos interesses das classes dominantes.

Daí que, para além das vantagens práticas que os juízes do povo possam trazer-nos no que respeita à melhoria das relações de convivência social e até ao descongestionamento dos tribunais é o elemento moral introduzido pela população que, como fator de criatividade/atualidade jurídica poderá ser o momento mais importante da participação popular na administração da Justiça.

As eleições em si não resolvem nada, mas, como parte de um processo, podem contribuir, desde que atinjam todos os níveis do aparato judicial pois, a tímida introdução, por algum sistema, de um juiz eletivo para questões de menor relevo ou, como em outros, para todas as funções de primeira instância acabará dando como resultado a ruptura do sistema em duas magistraturas, uma

autocrática para as funções superiores e outra eletiva para as inferiores. Mediante o "controle", aquela terminará por neutralizar a atividade desta, de forma que pode transformar-se em mera aparência democrática.

No Brasil, há que considerar, ainda, que a participação popular implica um sujeito histórico já relativamente liberto de múltiplas compulsões sociais. Aqui, torna-se necessário um amplo processo de educação capaz de ter presente que absorver amplos parcelas da população não pode ser obstáculo, mas desafio e compromisso a ser resolvido.

2. Uma atividade judicial baseada em critérios democráticos.

Necessitamos de uma prática judicial que, longe de servir de apoio e cobertura às estruturas de poder dominante, explicita as contradições e abra, a nível legal, novos espaços às lutas populares. Assim, a lei deve ser um território de expansão da cidadania.

Neste sentido, ao conceito de Justiça defendido por neo-liberais, como Hayek, em que esta é definida pela mera reciprocidade das partes no cumprimento das regras reconhecidas, devemos contrapor um conceito que tenha uma dimensão social e política, transpondo, portanto, o formalismo da lei.

É o que defende A. C. Wolkmer, quando delimita a Justiça em sua dimensão social e política fundamentada na satisfação das necessidades mínimas e justas que garantam as condições

(materiais e culturais) de uma vida boa e digna. Assim, o critério básico para a fixação de uma Justiça de cunho social não são os padrões normativos "a priori", mas a historicidade concreta que parte de situações cotidianas de existência.

Deve-se ter em conta, então, a circunstância histórica de país periférico em que as carências envolvem desde os direitos à vida com dignidade, até os de expressão e concretização da cidadania para fazer do exercício da democracia algo mais que um procedimento, pois democracia exige verdade e valores.

Frente à nossa realidade, os critérios para uma atividade judicial democrática, em primeiro lugar, são os da liberdade e igualdade expressos nos Direitos Humanos que refletem as Necessidades Humanas Fundamentais. Seria, assim, uma atuação comprometida com os injustiçados excluídos da sociedade.

3. A participação popular na administração da Justiça deve ter como pressuposto a descentralização.

Condição para construção de uma sociedade democrática, a participação da população ou da comunidade apresenta-se como alternativa à necessária superação do modelo de democracia que tem preponderado e que identifica a sociedade como um todo harmonioso, em que as diferenças devem estar subordinadas ao "bem-comum", e encara o Estado e seus níveis governamentais como instâncias por se situarem acima dos interesses particulares, o equilíbrio e a equanimidade do processo.

A questão se inscreve dentro do quadro de relações entre o

Estado e a Sociedade em que a descentralização que defendemos é aquela que assegura, de fato, uma gestão mais participativa determinada pelas necessidades reais dos cidadãos.

Na medida em que houve uma apropriação deste discurso pela nova direita é preciso considerar dois aspectos: em primeiro lugar, há o risco de fechamento sobre si mesmo do horizonte social onde o indivíduo não consegue ver o que está além de sua práxis social; a hierarquia de valores materiais e espirituais da comunidade local formaria um sistema total de referências que, por sua vez, impediria toda transcendência (condição de direitos humanos) e toda alteridade substantiva (condição do próprio Direito).

Aqui, poderia ser recuperado o partido político como articulador de uma visão global da sociedade para que a descentralização/participação não seja uma forma de desmobilização.

No que tange à participação na administração da Justiça, seria um erro grosseiro pensar que o movimento de informalização tem como único objetivo induzir os cidadãos à ilusão de uma participação efetiva e autônoma. Na realidade tudo é muito mais complexo e contraditório. No caso concreto, o movimento em curso tem uma forte dimensão simbólica na medida em que apela para a democratização, a desburocratização e a participação. Isto é, apela para um substrato utópico e libertador fortemente inscrito no imaginário das classes menos favorecidas. Ainda que este investimento simbólico possa servir a uma estratégia de controle

social em condições de crise fiscal, não deixa de existir e de criar condições subjetivas e objetivas para novas formas de participação autônomas.

4. Um "controle externo" exercido pela cidadania ativa e uma visão mais crítica em relação à informalização.

Há, ainda, apesar dos progressos que ocorreram, que avançar muito para que haja um efetivo acesso à justiça (em sentido amplo) com a necessária informação do cidadão acerca dos próprios direitos, pois a idéia de Justiça está cada vez mais dissociada da lei e do Direito.

Por outro lado, há também um descompasso entre a sociedade e a estrutura judiciária cujos esquemas tradicionais, ainda que satisfatórios para acudir um sistema capitalista e burguês, seriam de qualquer modo inadequados para solução dos conflitos emergentes em uma sociedade de massas, em que despontam interesses meta-individuais (os denominados interesses difusos) e interesses economicamente menores, mas que se multiplicam numa estrutura de intensa interação social (as denominadas pequenas causas).

Em que pese considerar-se relevantes, as práticas informais é preciso observar/notar que os defensores mais lúcidos do movimento reconhecem que a justiça comunitária, informal e desprofissionalizada, pressupõe, para bem funcionar, que não haja discrepâncias significativas de poder social entre as partes. Isto porque se, por um lado o formalismo processual e a

profissionalização das funções jurídicas acabaram por ser os responsáveis pelo elitismo e pela inacessibilidade do sistema judiciário, por outro lado, não é menos certo que foram e continuam a ser instrumentos de legitimação do sistema, pois impedem que as diferenças de classe, de rendimento ou de poder se repercutam direta ou indiretamente no processamento dos litígios.

Observando os tipos de conflitos que com maior frequência são desviados para a justiça informal e, conseqüentemente, desprofissionalizados, isto é, os litígios inquilino/locador, consumidor/produtor, trabalhador/patrão percebe-se, em primeiro lugar, diferenças estruturais de poder entre as partes e, em segundo lugar, acontecem recorrentemente. Havendo diferenças de poder, elas forçosamente refletem-se nas soluções de compromisso e mediação obtíveis - isto é, existe o perigo daquilo que se poderia chamar conciliação repressiva.

Pelo fato de serem recorrentes e, terem levado, por consequência, a um congestionamento do Poder Judiciário, na medida em que são desviados, podem contribuir para neutralização da transformação social estabilizando e diluindo as conflitos.

Qualquer tentativa de transformação tem que considerar todas as possibilidades.

Um "controle externo" verdadeiramente democrático não pode constituir-se somente por integrantes da própria Magistratura e do mundo do Direito.

Um "Conselho Superior da Magistratura" assim constituído

seria altamente integrado no sistema dominante, como um conselho ou senado de "notáveis". Tal órgão não facilitaria, com certeza, a democratização das estruturas judiciais.

A necessidade de garantir os valores de uma Justiça em sintonia com o povo supõe a democratização e o pluralismo na sua estruturação.

É incontestável, entretanto, a pré-configuração de que só uma sociedade completamente democrática poderá existir uma justiça do povo para o povo. Até que se chegue a tal sociedade, e para preparar o seu advento devem os juizes ser especialmente sensíveis à compreensão e assimilação das aspirações, inquietações, lutas, contradições e tensões que se articulam no corpo social.

A luta pela participação popular na administração da Justiça é, portanto, parte integrante de um movimento mais vasto de transformação social, de transformação histórica, de construção de um novo poder democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA Jr., Edmundo L. de. Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- BERIZONCE, Roberto. "Contralor de la Labor Jurisdiccional y Estado de Derecho". In: GRINOVER, Ada Pellegrini et alii (Coord.). Participação e Processo. São Paulo: RT., 1988. p.136-149.
- BASTOS, Aurélio W. Chaves. Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário. Eldorado Tijuca, 1975.
- BERGALLI, Roberto. Estado Democrático y Cuestión Judicial. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- _____ et alii. Dicionário de Política. Brasília: UnB, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CALATAYUD, Eduardo Dante. Autonomia Social e Normatividade Jurídica. Trabalho de Conclusão. São Leopoldo: Unisinos, 1987.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Representação Política e Ordem Jurídica: os dilemas da democracia liberal. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 1987.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1988.

CARVALHO, Amilton Bueno de, apud BONCHRISTIANO, Ana. "Movimento de Juízes de Direito Alternativo no País". Folha de São Paulo. 12 de abril de 1992. fl.04.

CAVALCANTI, Ligia Maria da S. A Concepção de Democracia em Claude Lefort. Dissertação de Mestrado. CPGD/UFSC, 1986.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. "Poder Judiciário: Anatomia e Justiça". Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. nº 691, maio de 1993.

COELHO, Luiz Fernando. "Do Direito Alternativo". Revista de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, (01):9-18, 1992.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. Sociedade Brasileira e Desafios Pastorais. 2 ed. São Paulo: Paulinas, 1990.

_____. Participação Popular e Cidadania. Estudos da CNBB - 60. São Paulo: Paulinas, 1990.

DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid: Dialogo, 1979.

DIRCEU, José. "Controle Externo do Judiciário - quem tem medo?". Folha de São Paulo. 30 de abril de 1993. fl.03.

FALEIROS, Vicente de Paula. A Política Social do Estado Capitalista. 4 ed. São Paulo: Cortez Editora, 1985.

_____. "Formas Ideológicas da Participação". Serviço Social e Sociedade. São Paulo: Cortez, nº 09, agosto de 1982.

FARIA, José Eduardo. Eficácia Jurídica e Violência Simbólica. São Paulo: EDUSP, 1985.

_____. Justiça e Conflito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. (Org.). A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança. Brasília: Unb, 1988.

_____ e LOPES, José Reinaldo de Lima. Pela Democratização do Judiciário. Coleção "Seminários" nº 7. Rio de Janeiro, AJUP/FASE, 1987.

FERRAJOLI, Luigi e ZOLO, Danilo, Democracia Autoritaria y Capitalismo Maduro. Madrid: El Viejo Topo, s/d.

FISCHER, Tânia. "A Gestão do Município e as Propostas de Descentralização e Participação Popular". Revista de Administração Municipal. Rio de Janeiro, nº 183, abr./jun. 1987. p.20-37.

GOMES, Luiz Flávio. "Controle Externo do Poder Judiciário". In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. nº 688, junho de 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas Tendências do Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. "Acesso à Justiça e Cidadania. O Acesso à Justiça do Ano 2000". In: 14ª Conferência Nacional da OAB. Vitória, 20 a 24 de setembro de 1992. p.17-22.

_____. "A Crise do Poder Judiciário". Revista dos Tribunais. São Paulo, RT, nº 98, abril/junho de 1991. p.18-26.

_____ et alii. Problemas e Reformas: subsídios para o debate constituinte. São Paulo, OAB - Departamento Editorial, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R., WATANABE, Kazuo. (Coord.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

HELD, David. "A Democracia, o Estado-Nação e o Sistema Global". In: Lua Nova. São Paulo: Cedec, nº 23, março 91.

JACOBI, Pedro. "Descentralização Municipal e Participação dos Cidadãos: Apontamentos para o Debate". Lua Nova. São Paulo, Cedec, nº 20, maio de 90. p.121-143.

JACQUES P., Manuel. "Uma Concepción Metodológica del Uso Alternativo del Derecho". In: El Otro Derecho. Bogotá, ILSA/TEMIS, (01):19-42, agosto de 1988.

JUNQUEIRA, Eliane B. "O Alternativo Regado a Vinho e a Cachaça". In: ARRUDA JR., E. L. de. (Org.). Lições de Direito Alternativo 2. São Paulo: Acadêmica, 1992.

LOPES, José Reinaldo de Lima. "Descentralização e Democracia: o Judiciário". Revista da OAB. São Paulo: Brasiliense, nº 52, 1989. p.69-84.

LÓPEZ, Mario Justo. Introducción a los Estudios Políticos. Buenos Aires: Depalma, 1983.

MENEZES, Aderson de. Teoria Geral do Estado. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MIAILLE, Michel. El Estado del Derecho. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1988.

MONREAL, Eduardo Novoa. O Direito como Obstáculo a Transformação Social. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

MORATE, Jesus Ernesto Peces. "Justiça e Sistema". A Participação Popular na Administração da Justiça. Lisboa: Livros Horizonte, 1982. p.151-176.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da Participação Política. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MUÑOZ GÓMEZ, J. A. "Reflexiones sobre el Uso Alternativo del Derecho". In: El Otro Derecho. Bogotá: ILSA/TEMIS, (01):43-62, agosto de 1988.

NUÑEZ, Antonio Claudio. "A Ordem Político-Jurídica no Estado de Direito". In: Direito e Justiça. Porto Alegre, PUC, nº 3, 1º Semestre 1980. p.59-73.

OLIVEIRA, Luciano e PEREIRA, Affonso Cezar. Conflitos Coletivos e Acesso à Justiça. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Massangana, 1988.

PASSOS, Joaquim José Calmon de. "Democracia, Participação e Processo". In: GRINOVER, Ada Pellegrini et alii (Coord.). Participação e Processo. São Paulo: RT, 1988. p.83-97.

- PAUPÉRIO, Arthur Machado. Teoria Democrática do Estado. Rio de Janeiro, Pallas, 1976.
- PINTO, Elvio Schuch. Manifesto da AJURIS. Jornal Zero Hora. Porto Alegre, 19 de junho de 1992.
- PINTO, João Batista Moreira. O Direito e os Novos Movimentos Sociais. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- PINTO FERREIRA, Luiz. Teoria Geral do Estado. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- PRESSBURGER, T. Miguel. Discutindo a Assessoria Popular - II. Coleção "Seminários" nº 17. Rio de Janeiro, AJUP/FASE, 1987.
- PUCEIRO, Enrique Zuleta. Paradigma Dogmático y Ciência del Derecho. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.
- RAMOS FILHO, Wilson. "Direito Alternativo e Cidadania Operária". In: Arruda Jr., E. L. de. Lições de Direito Alternativo 1. São Paulo: Acadêmica, 1991. p.155-171
- RANGEL, Jesus Antonio De La Torre. El Derecho Que Nace del Pueblo. Aguascalientes: CIRA, 1986.
- RIBEIRO, Antonio de Pádua. "Controle da Atividade Judiciária". In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT., nº 666, abril de 1991. p.18-25.
- RIBEIRO NETO, Artur. "Para eleitor, Justiça Significa fim da Miséria". Folha de São Paulo. 24 de setembro de 1989. Caderno B-8.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. "Direito com que Direito?" In: Arruda Jr., E. L. de. Lições de Direito Alternativo 2. São Paulo: Acadêmica, 1992. p.178-207.
- SAES, Decio. Democracia. São Paulo: Ática, 1987.
- SALDANHA, Nelson. Formação da Teoria Constitucional. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SANTOS, Boaventura de Souza. "A Participação Popular na Administração da Justiça nos Países Capitalistas Democráticos". A Participação Popular na Administração da Justiça. Lisboa: Livros Horizonte, 1982. p.83-98.

_____. "Introdução à Sociologia da Administração da Justiça". In: FARIA, Jose Eduardo (Org.). Direito e Justiça. A Função Social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

SANTOS, Irineu Ribeiro dos. Os Fundamentos Sociais da Ciência. São Paulo: Polis, 1979.

SANTOS, Roberto A. O. "Intervenção do Estado no Conflito Coletivo do Trabalho. Formas Alternativas de Solução". In: 14ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Vitória, 20 a 24 de Setembro de 1992. p.65-70.

SCANDIAN, Maria N. de O. "O Conceito de Participação Social na Perspectiva de Integração e de Transformação Social". Serviço Social e Sociedade. nº 9, agosto de 1982. p.5-16.

SERRANO, Rafael de Agapito. Libertad y Division de Poderes. Madrid: Tecnos, 1989.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 5 ed. São Paulo: R.T., 1989.

SOUZA JR., Jose Geraldo de. "Movimentos Sociais - Emergência de Novos Sujeitos: o sujeito coletivo de Direito". In: ARRUDA Jr., E. L. Lições de Direito Alternativo 1. São Paulo: Acadêmica, 1991.

SQUELLA, Agustin. "Democracia e Igualdad en América Latina". Doxa. nº 4, 1987. p.377-389.

WEFFORT, Francisco. Qual Democracia? São Paulo, Companhia das Letras, 1992.

WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. São Paulo: RT, 1989.

_____. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. São Paulo, Acadêmica, 1991.

_____. Pluralismo Jurídico: o espaço de práticas sociais participativas. Tese de Doutorado. Florianópolis, CPGD/UFSC, 1992.

WOLTHERS, Gabriela. "Juiz alega inconstitucionalidade". Folha de São Paulo. 17 de maio de 1993. fl.16.