
O TERCEIRO PODER EM CRISE: IMPASSES E SAÍDAS

Cadernos Adenauer

Ano III
2002
Nº 06

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

GLÁUCIO FERREIRA MACIEL GONÇALVES

CHRISTIAN EDWARD CYRIL LYNCH

ALEXANDRE VERONESE

ROGÉRIO DULTRA DOS SANTOS

O TERCEIRO PODER EM CRISE: IMPASSES E SAÍDAS



Konrad
Adenauer-
Stiftung

Editor responsável
Wilhelm Hofmeister

Editora convidada
Patrícia Luiza Kegel

Conselho editorial
Antônio Octávio Cintra Maria Clara Lucchetti Bingemer
Fernando Limongi Maria Tereza Aina Sadek
Fernando Luiz Abrucio Patrícia Luiza Kegel
José Mário Brasiliense Carneiro Paulo Gilberto F. Vizentini
Lúcia Avelar Ricardo Manuel dos Santos Henriques
Marcus André Melo Roberto Fendt Jr.
Rubens Figueiredo

Coordenação editorial
Cristiane Duarte Daltro Santos

Capa
Isabel Carballo

Diagramação
Matiz Design Gráfico

Impressão
Zit Gráfica e Editora

ISSN 1519-0951

Cadernos Adenauer III (2002), nº 6
O Terceiro Poder em Crise: Impasses e Saídas
Rio de Janeiro: Fundação Konrad
Adenauer, fevereiro 2003.

ISBN 85-7504-037-5

Todos os direitos desta edição reservados à

FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER
Centro de Estudos: Praça Floriano, 19 – 30º andar
CEP 20031-050 – Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Telefone: 0055-21-2220-5441
Telefax: 0055-21-2220-5448

Impresso no Brasil

Índice

OS AUTORES	6
APRESENTAÇÃO	7
INTRODUÇÃO	9
O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL	13
<i>Horácio Wanderlei Rodrigues</i>	
ACESSO À JUSTIÇA E REFORMA DO JUDICIÁRIO	55
<i>Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves</i>	
ACESSO À JUSTIÇA E INCHAÇO DAS CORTES: CONSEQÜÊNCIAS DA ELEVAÇÃO DO NÚMERO DE JUÍZES DOS TRIBUNAIS COMO SOLUÇÃO PARA A DEMANDA JURISCIONAL	71
<i>Christian Edward Cyril Lynch</i>	
DIREITO NA FRONTEIRA OU FRONTEIRA DO DIREITO: EXPERIÊNCIAS DE PROJETOS DO PROGRAMA NACIONAL BALCÕES DE DIREITO	93
<i>Alexandre Veronese</i>	
A CRÍTICA À INDETERMINAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: O DIÁLOGO ENTRE DUNCAN KENNEDY E CARL SCHMIDTT	119
<i>Rogério Dultra dos Santos</i>	

Os autores

Horácio Wanderlei Rodrigues é doutor em Direito pela UFSC, onde é professor titular de Teoria Geral do Processo e coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil (em nível de especialização). Foi professor titular, chefe de departamento e diretor da Faculdade de Direito da UNISC e professor titular da UNISUL.

Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves é juiz federal da 1ª Vara do Pará, mestre e doutorando em Direito Constitucional pela UFMG, ex-professor substituto da UFMG e da UFPA e professor licenciado das Faculdades Milton Campos/MG.

Christian Edward Cyril Lynch é bacharel em Direito pela UNI-RIO, mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-RJ e doutorando em Ciências Humanas pelo IUPERJ.

Alexandre Veronese é advogado, mestre em Sociologia e Direito pela UFF (2002), professor substituto da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ (2001-2002), pesquisador do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos do Centro Universitário da Cidade e analista do Instituto Nacional de Tecnologia.

Rogério Dultra dos Santos é mestre em Teoria, Sociologia e Filosofia do Direito na UFSC, doutorando em Ciência Política no IUPERJ e professor de Ciência Política e Criminologia no curso de Direito da UNIVALI – Campus São José.

Apresentação

Um dos pilares do Estado democrático de direito, o Poder Judiciário, ou Terceiro Poder, vem sendo, no Brasil, objeto de uma série de críticas e debates nos quais as palavras “crise” e “reforma” aparecem numerosas vezes. E se, de fato, uma democracia não se sustenta sem o respaldo das cortes e o ofício dos profissionais de direito, não é menos verdade que ela permanecerá somente no papel até que o acesso à Justiça seja amplo e irrestrito para todas as camadas sociais.

A importância do tema na atualidade, quando a democracia brasileira celebra a primeira passagem, em muitos anos, da faixa presidencial de um presidente diretamente eleito para outro, mas em que “ainda há muito a ser feito”, justifica a dedicação deste número dos Cadernos Adenauer às questões da reforma do sistema judiciário e do acesso à Justiça.

E para que o tratamento do tema fosse o mais competente e amplo possível, convidamos uma especialista na área a selecionar uma série de artigos que cobrissem os principais impasses e questões pendentes, de vários pontos de vista. Nossa editora convidada é a professora Patrícia Luiza Kegel, *Magister Legum* (LLM) em Direito Constitucional Comparado pela Universidade de Münster, Alemanha, e doutora em Direito Internacional pela UFSC, membro do Conselho Editorial dos Cadernos Adenauer.

Os artigos por ela organizados esclarecem as diversas nuances da discussão atual sobre a reforma do Judiciário e o direito de acesso à Justiça, e constituem, esperamos, uma significativa contribuição para o debate nacional sobre o tema.

WILHELM HOFMEISTER

Introdução

A crise do Poder Judiciário e as propostas de sua reforma têm sido objeto de intenso debate, envolvendo amplos segmentos da sociedade. Esse espectro abrange desde a discussão acadêmica e universitária até o envolvimento da Ordem dos Advogados do Brasil, passando necessariamente pelo confronto de idéias e sugestões interno ao próprio Poder Judiciário. Essa crise, que possui seu epicentro na estrutura orgânica e funcional do Judiciário brasileiro, possui desdobramentos que podem vir a afetar a consolidação da democracia nacional, pois que envolvem uma das funções mais básicas e inerentes ao Estado, qual seja, a administração da justiça e o direito constitucional de cada cidadão à prestação jurisdicional.

Nesta perspectiva, o debate sobre o Poder Judiciário transborda em muito as fronteiras meramente técnicas das atividades típicas dos operadores de direito. Ou seja, não se trata apenas de racionalizar ou tornar mais eficientes os atuais mecanismos que constituem o procedimento jurisdicional. Tal reforma, sem qualquer dúvida, é fundamental. O acesso à Justiça comporta não apenas a possibilidade de ingresso com uma ação que vise a proteger e resguardar direitos individuais ou coletivos, mas também envolve a expectativa de que o resultado desta ação seja proferido em um prazo compatível com as necessidades que a originaram. Ocorre que, na atual estrutura jurisdicional e processual brasileira, o sistema recursal pode adiar em vários anos, eventualmente décadas, o julgamento definitivo de uma ação. As conseqüências da mo-

rosidade e da dificuldade do acesso à Justiça vêm sendo o crescente desenvolvimento, por parte da sociedade civil, de formas alternativas de solução de conflitos, tanto sob a forma de verdadeiras instituições paralelas, especialmente nos locais em que a atuação do Estado não é muito efetiva, quanto pela utilização de procedimentos como a mediação e a arbitragem.

No entanto, esse debate envolve, necessária mas não explicitamente, a definição do papel e, portanto, da função do Poder Judiciário em uma sociedade como a brasileira, permeada por profundas desigualdades e contradições econômicas, sociais e regionais. O ponto nodal consiste em estabelecer o que se espera da administração da justiça pelo Estado. Em grandes linhas, a discussão está centrada em duas concepções, senão conflitantes, opostas sobre o que seja a função do Judiciário. De um lado, está a proposta de manutenção do Judiciário como poder imparcial e equidistante em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, por natureza políticos e, portanto, também sujeitos ao controle político de sua atuação. Sob esta ótica, cabe ao juiz administrar os conflitos emanados da sociedade, sem no entanto, envolver-se na discussão política e axiológica que muitos destes conflitos acabam gerando. Desta forma, mantém-se a postura tradicional, segundo a qual, compete ao Executivo e, principalmente, ao Legislativo o estabelecimento e condução das opções políticas, econômicas e sociais da sociedade como um todo, cabendo ao Judiciário tão somente a observância de tais opções, expressas no conjunto das normas nacionais. A outra concepção sobre qual seria a função do Judiciário defende a participação ativa da magistratura no processo de transformação social. Ou seja, ao juiz compete a observância dos anseios nacionais, através da participação nos debates políticos e sobretudo, pela sua atuação jurisdicional orientada a este mesmo processo de transformação social. Em ambas as perspectivas, coloca-se o problema central da possibilidade de um controle externo

ao Poder Judiciário, defendido, entre outros, pela Ordem dos Advogados do Brasil e veementemente rechaçado por parcelas numerosas da magistratura.

No entanto, a atividade jurisdicional não está isenta do debate teórico, tanto interno quanto acadêmico, dos temas vinculados ao sistema jurídico como um todo e sua inserção na sociedade. De especial importância são as questões relacionadas à interpretação do direito, pois produzem, por um lado, a jurisprudência que co-constitui o sistema jurídico, e, por outro, organizam a visão jurídica da concepção política da sociedade. É neste último sentido que se situa a necessidade de repensar autores clássicos que conformaram o paradigma epistemológico da teoria jurídica contemporânea e suas implicações sobre o sentido e a função do Judiciário.

Neste quadro de extrema complexidade, no qual se conjugam elementos meramente estruturais com outros que afetam a operacionalidade do Estado de Direito, a discussão sobre a crise do judiciário brasileiro deve continuar a ser objeto de reflexão continuada. Os artigos apresentados nesta edição dos Cadernos Adenauer procuram oferecer uma visão diversificada dos diversos aspectos que perpassa o tema.

PATRÍCIA LUÍZA KEGEL

O Poder Judiciário no Brasil

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

Considerações iniciais

O Poder Judiciário é a organização criada com o objetivo de viabilizar concretamente a jurisdição,¹ ou melhor, o conjunto de juízos² e tribunais³ destinados ao exercício dessa função estatal. A Constituição Federal de 1988, dentro do Título IV, que trata da organização dos poderes, dedica a ele o Capítulo III.

-
1. A *jurisdição*, para fins deste texto, é entendida como a função estatal que tem por escopo atuar o Direito e garantir sua eficácia, de forma imparcial e em última instância, no caso concreto, quando provocada.
 2. *Juízos* são os órgãos que exercem o primeiro grau de jurisdição, das justiças da União e dos estados-membros, e que são, regra geral, monocráticos (singulares). São exceções o Tribunal do Júri e a as Juntas Eleitorais, órgãos coletivos de primeiro grau. Há autores que utilizam, nesse sentido, *juízos de Direito* (sentido estrito), para diferenciá-los dos *juízos* (sentido amplo), que seriam entendidos então como os órgãos judiciários individuais e coletivos, do primeiro e do segundo graus de jurisdição. No entanto, a Constituição Federal ao utilizar, no inciso XXXVII do artigo 5º, as expressões juízo e tribunal, parece fazê-lo nos sentidos adotados neste texto, atribuindo à expressão juízo o sentido mais restrito.
 3. Tribunais são os órgãos que exercem, regra geral, o segundo grau de jurisdição e que são, necessariamente, coletivos. Exceção é o Tribunal do Júri, que exerce o primeiro grau de jurisdição, mas que assim é denominado por ser um órgão coletivo.

O presente artigo tem por objeto a sua compreensão, a partir de seus contornos jurídico-constitucionais. Nesse sentido, a maior parte do texto é de caráter descritivo, buscando mostrar a configuração atual do Poder Judiciário e os princípios que lhe dão sustentação.

Em um segundo momento, mais breve, o texto aponta alguns problemas, vistos pelo seu autor, como sendo os principais no que se refere às problemáticas que envolvem o Poder Judiciário e as propostas para a sua reforma.

1. Independência política do Poder Judiciário

O Estado, para que possa atingir seus objetivos, necessita criar instituições encarregadas de realizá-los. Classicamente tem-se entendido que três são as suas funções: administrativa, legislativa e jurisdicional. Para o exercício de cada uma delas se criou um conjunto de órgãos,⁴ denominado de Poder.⁵ Têm-se então os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A criação desses diferentes órgãos, para exercerem as diferentes funções estatais, decorre de duas necessidades básicas: (a) evitar a concentração de todo o poder do Estado em uma única instituição; e (b) descentralizar e especializar os órgãos encarregados do exercício das diversas atividades estatais. Também é importante salientar que a vinculação entre as funções estatais

4. *Órgãos* são complexos formados de pessoas, atribuições que a lei lhes confia e meios materiais de que se utilizam para desempenhá-las.

5. É imprópria a denominação *poderes* para se referir aos órgãos que dentro do Estado são encarregados de realizar concretamente as suas funções administrativa, legislativa e jurisdicional. A denominada divisão dos poderes é, em realidade, a divisão em órgãos, para que cada um deles exercite, de forma preponderante, as distintas funções do Estado. É ela uma técnica de divisão de funções e atividades. O poder do Estado, oriundo de sua soberania, é uno, não podendo ser dividido. No entanto, como é essa a denominação tradicionalmente utilizada e presente no texto constitucional brasileiro, utilizar-se-á também dela no decorrer deste artigo.

e os poderes encarregados de executá-las não é absoluta. O Poder Legislativo, por questões de ordem política, mantém uma pequena parcela de atividade jurisdicional, bem como as atividades administrativas necessárias à manutenção de sua independência política. Já o Poder Executivo, ao lado de suas atividades administrativas, possui também algumas de ordem legislativa. De outro lado, o Poder Judiciário, além de suas atividades jurisdicionais, exerce também algumas atividades normativas e administrativas, como forma de garantia de sua independência em relação aos demais poderes.

A independência política do Poder Judiciário constitui-se na garantia de não intervenção dos demais poderes em suas atividades. Ela se manifesta através de garantias que buscam efetivar o seu *autogoverno*, previstas no artigo 96 da Constituição e seus incisos: (a) competência⁶ privativa dada aos tribunais para elegerem seus órgãos diretivos e elaborarem seus regimentos internos, dispendo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; para organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, prover os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição, propor a criação de novas varas judiciárias, prover, por concurso público de provas e títulos, os cargos necessários à administração da Justiça e conceder licença, férias e demais afastamentos aos seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados; e (b) competência privativa dada ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça para proporem, aos respectivos Poderes Legislativos, a alteração no número de membros

6. Entende-se como *competência*, neste texto, o poder atribuído a um órgão para exercer a atividade jurisdicional, nos limites fixados em lei. Nesse sentido, o conceito de competência aqui exposto refere-se especificamente à competência no âmbito da atividade jurisdicional do Estado. Sabe-se que o Direito Constitucional também utiliza esse mesmo termo em sentido mais amplo, quando se refere, por exemplo, à divisão de competências entre a União, os estados-membros e os municípios.

dos tribunais inferiores, a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, dos serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados; a criação ou extinção dos tribunais inferiores e a alteração da organização e da divisão judiciárias. Ao lado dessas, é dada ao STF a iniciativa da lei complementar que disporá sobre o Estatuto da Magistratura,⁷ observados os princípios estabelecidos pela Constituição Federal. Para que essas garantias sejam efetivas, o artigo 99 da Constituição Federal estabelece que ao Poder Judiciário é assegurada *autonomia administrativa e financeira*, definindo seu parágrafo 1º que os tribunais elaborarão, dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias, suas propostas de orçamentos.

A estruturação formal dos poderes do estado brasileiro, presente no texto constitucional, leva à percepção de que é atribuída ao Poder Judiciário uma superioridade hierárquica em relação aos demais – é a ele que compete o controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos.⁸ Ao lado disso, pode interpretar a legislação vigente, atribuindo-lhe sentidos diversos do que pretendeu o legislador, bem como preencher as lacunas do ordenamento jurídico e a ausência de normas regulamentadoras da Constituição. Há, ainda, o fato de que suas decisões jurisdicionais, após transitarem em julgado, constituem coisa julgada, não podendo mais ser alteradas nem pelo próprio Poder Judiciário. Nesse sentido, segundo Galeno Lacerda (1991:177), não há como

7. O projeto de Estatuto da Magistratura encontra-se atualmente no Congresso Nacional. Até a sua aprovação continua em vigor, no que não ferir o texto constitucional, a Lei Complementar n.º 35/79, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN).

8. Isso significa que ao Poder Judiciário compete, em última instância, o controle das atividades dos Poderes Executivo e Legislativo, quando for chamado a fazê-lo, através dos instrumentos processuais adequados.

afastar “a conclusão de que os juízes e Tribunais brasileiros, como Poder, situam-se acima dos demais Poderes do Estado e gozam de notável autonomia de decisão”.

2. Estrutura do Poder Judiciário

Entende-se por estrutura do Poder Judiciário,⁹ a sua forma de organização. Para que se possa melhor compreendê-la, buscar-se-á a sua análise em quatro diferentes níveis: (a) os princí-

9. Para que se possa falar sobre a estrutura do Poder Judiciário é importante elucidar alguns conceitos: (a) *região*: cada um dos espaços geográficos em que se divide o território nacional para fins de implantação dos órgãos de segundo grau das justiças da União, denominados de tribunais regionais. Essas regiões variam de justiça para justiça e não se confundem com as cinco regiões geográficas em que se divide o Brasil; (b) *seção judiciária*: cada uma das unidades em que se divide o território nacional para efeitos da administração da justiça (estados-membros e Distrito Federal); (c) *comarca*: cada uma das unidades em que se divide o território dos estados-membros para fins da administração da justiça; (d) *distrito*: divisão interna das comarcas, tendo em vista descentralizar a administração da justiça. Normalmente dá-se através da criação de fóruns ou varas distritais; (e) *foro*: cada seção judiciária e cada comarca constitui o foro, designação dada ao território dentro do qual o juiz ou tribunal exerce sua atividade jurisdicional. É a circunscrição do juízo. Não se confunde com o *fórum*, que é o prédio que sedia as dependências do Poder Judiciário, em cada comarca; (f) *vara*: cada uma das unidades jurisdicionais de uma mesma comarca, nas justiças estaduais, e de uma mesma seção judiciária, nas justiças da União. A divisão das comarcas e seções judiciárias em varas obedece, regra geral, ao critério de divisão de competências em razão da matéria (há situações nas quais a criação de varas obedece a outros critérios que não o da matéria, embora seja menos comum. Exemplos são as varas de assistência judiciária – critério do valor – e as varas da fazenda pública – critério da pessoa); (g) *câmara*: cada uma das unidades em que se desmembram os tribunais para fins de divisão do trabalho. Normalmente são formadas por três magistrados e especializadas em razão da matéria. Dependendo da organização judiciária de cada estado-membro, pode também o respectivo Tribunal de Justiça dividir-se em seções, câmaras reunidas etc. Também prevê a Constituição a possibilidade de os tribunais constituírem órgão especial, encarregado de substituir o tribunal pleno em uma parcela de suas funções; e (h) *entrância*: classificação hierárquica das comarcas, de caráter meramente administrativo, com a finalidade de estabelecer a seqüência para as promoções dos juízes e membros do Ministério Público.

pios gerais orientadores dessa estrutura; (b) a sua organização federativa, oriunda da forma de Estado adotada constitucionalmente; (c) a sua organização horizontal, ou seja, a divisão do Poder Judiciário em justiças,¹⁰ nos níveis da União e dos estados-membros, que acarreta a distribuição de competência pelos critérios da matéria, da qualidade dos titulares dos interesses em conflito e do valor; e (d) a sua organização vertical, ou seja, a divisão hierárquica do Poder Judiciário, que gera a distribuição funcional de competências. Também se fará uma análise em separado das questões referentes aos juizados especiais e de pequenas causas e aos juízes de paz.

2.1 Princípios gerais de organização do Poder Judiciário

Entre os princípios gerais, presentes no texto constitucional, referentes à organização do Poder Judiciário, o primeiro é o *duplo grau de jurisdição*, evidenciado na estrutura geral dada ao Poder Judiciário nacional e em especial na enumeração dos órgãos que o compõem. Nessa enumeração, constante do artigo 92, à exceção dos órgãos gerais de cúpula (STF e STJ), em todos os demais casos há tribunais de segundo grau e juízes de primeiro grau. Não está ele, entretanto, colocado de forma expres-

10. *Justiças* são os conjuntos de órgãos de primeiro e segundo graus (e, em alguns casos, um órgão de cúpula específico) que formam uma determinada divisão do Poder Judiciário, expressamente prevista na Constituição Federal. Em seu sentido técnico só são justiças aquelas previstas constitucionalmente e que se dividem em especializadas e comum (o Estatuto da Criança e do Adolescente utiliza impropriamente o termo ao referir-se à Justiça da Infância e da Juventude – a legislação brasileira utiliza a denominação *juizados* para referir-se a determinados órgãos da justiça comum de primeiro grau que exercem a atividade jurisdicional em matérias específicas, tais como os juizados de pequenas causas e os juizados especiais – teria sido mais adequado também a utilização dessa expressão para se referir ao órgão encarregado da tutela jurisdicional da criança e do adolescente).

sa em nenhum dispositivo da carta constitucional. Em razão disso, não é o duplo grau de jurisdição uma garantia ou princípio absoluto.¹¹ Como destaca Nery Jr. (1992:149), “não havendo *garantia* constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso”.

A justificativa técnica dada para o duplo grau de jurisdição é a possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, sendo necessária a existência de um mecanismo pelo qual se possa corrigi-la. Estabelece ele o controle hierárquico da aplicação do Direito pela atividade jurisdicional, através dos órgãos do segundo grau de jurisdição e dos órgãos de cúpula, o que ocorre, regra geral, apenas quando expressamente requerido por uma das partes, não satisfeita com a decisão proferida.¹² Nessa situação não cabe mais julgar a demanda, mas submeter à análise a decisão ou sentença proferida. Os órgãos aos quais compete julgar os recursos ocupam posição de revisão, não de mando. Embora possam alterar a decisão anteriormente proferida, não podem impor aos órgãos de primeiro grau que passem a adotar as suas posições.

11. Há autores que defendem a tese de que o duplo grau de jurisdição está previsto constitucionalmente como garantia no dispositivo que trata do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), quando ele assegura os recursos inerentes à ampla defesa. De qualquer forma, mesmo aceita essa tese, o duplo grau de jurisdição não é absoluto no direito processual brasileiro, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal possui competências originárias, sendo que das matérias por ele apreciadas, nessa situação específica, não cabe recurso a nenhum outro tribunal, haja vista ser ele o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro.

12. Como regra, o segundo grau de jurisdição só se efetiva quando houver a apresentação, por uma das partes, de recurso da decisão proferida. Ou seja, há a necessidade de nova provocação da atividade jurisdicional do Estado, agora com relação a um órgão de segundo grau. Há, entretanto, situações excepcionais em que a lei estabelece que o duplo grau de jurisdição é obrigatório, denominando-as de devolução oficial ou remessa necessária (ou, impropriamente, de recurso de ofício). São exemplos dessa situação a remessa necessária dos autos ao Tribunal de Justiça, quando da absolvição sumária do réu em crime de delito doloso contra a vida, sem encaminhamento ao tribunal do júri; também a remessa necessária, ao tribunal imediatamente superior, dos autos dos processos nos quais haja condenação da fazenda pública.

Já a razão política para a sua existência é, segundo Rocha (1991:80), “aquela de submeter as decisões dos órgãos de primeiro grau, geralmente mais sensíveis às necessidades das mudanças sociais, a um controle por órgãos mais ‘experientes’, evitando-se, assim, as chamadas decisões alternativas ou revolucionárias”. Configura-se, nesse sentido, um instrumento de controle interno – um filtro – da atividade jurisdicional e de defesa do próprio direito material vigente.

Contra esse princípio, argumentam seus opositores que também os órgãos de segundo grau e de cúpula podem cometer erros, sendo discutível a sua eficiência. Nesse sentido, seriam eles inúteis quando confirmam a sentença. Em contrapartida, quando mudam a decisão de primeiro grau, gerariam incerteza jurídica e desprestígio para o Judiciário. Também lhe serve de crítica o fato de sua existência protelar a solução final do litígio. Esquece-se, nessas críticas, que o problema não é a existência do segundo grau de jurisdição, mas a composição dos órgãos que a exercem, em virtude das formas pelas quais são preenchidos os cargos desses tribunais.

A Constituição Federal estabelece também a *divisão federativa de justiças (da união e dos estados-membros)* e a *distribuição territorial de seus órgãos*. No nível da União, define a *especialização das justiças*, tendo por base os critérios da matéria e da qualidade dos titulares dos direitos em conflito. Para as justiças dos estados fica a competência residual. Essa divisão de justiças e de competências se dá de acordo com o *princípio da desconcentração*. Com base nele se repartem as atividades entre os vários órgãos do Poder Judiciário ou de uma determinada justiça. Essa desconcentração leva em consideração dois critérios básicos: (a) *territorialidade*: define que a desconcentração deve levar em consideração o critério de distribuição desses órgãos em todo o território nacional e, no caso dos estados-membros, no respectivo território; e (b) *adequação*: estabelece que deve ser levada em consideração, na desconcentra-

ção, a qualidade dos titulares da relação posta em juízo (critério da pessoa), a qualificação jurídica da matéria sobre que versa a ação (critério da matéria), ou outros critérios definidos em lei, como o do valor da causa. É ele também denominado de critério da especialização.

2.2 Unidade e dualidade do Poder Judiciário: justiças da União e justiças dos estados-membros

Adota o Brasil, desde a Proclamação da República, a divisão do Poder Judiciário em justiças da União e justiças dos estados-membros. Tem ela, fundamentalmente, o objetivo de definir as competências para organização e manutenção dos órgãos do Poder Judiciário. No nível da União há, contemporaneamente, as Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral e Militar. No nível dos estados-membros há, necessariamente, a denominada justiça comum. Esses podem também possuir justiças militares estaduais, obedecidos os requisitos estabelecidos na Constituição Federal e nas respectivas constituições estaduais.

Essa divisão é, de certa forma, apenas aparente, tendo em vista que o sistema hierárquico de controle da constitucionalidade das leis e atos da administração apresenta como órgão de cúpula de todo o Poder Judiciário, incluindo as justiças da União e dos estados-membros, o Supremo Tribunal Federal. Também o fato da existência do Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula encarregado de zelar, em última instância, pela atuação da legislação federal e pela uniformização de sua interpretação em todos os estados da Federação. Isso se deve ao fato de que embora o Brasil adote, em tese, uma organização federativa, hegemonicamente a legislação material e processual em vigor nos estados membros é imposta nacionalmente. Essa realidade traz como conseqüência a existência de um único Poder Judiciário nacional, havendo meramente a repar-

tição constitucional de competências entre as denominadas justiças da União e as justiças estaduais, ficando as últimas com a competência residual.

2.3 Estrutura horizontal do Poder Judiciário: justiças especializadas e justiça comum

O texto constitucional cria quatro justiças especializadas, todas no nível da União: uma pelo critério da qualidade dos titulares dos interesses em conflito (Justiça Federal) e três pelo critério da matéria (Justiças do Trabalho, Eleitoral e Militar). A competência residual fica para a justiça comum, no nível dos estados-membros. Nesses também há a possibilidade da criação de pelo menos uma justiça especializada, com competência fixada em razão da matéria: a justiça militar estadual. Entre essas justiças não há hierarquia, mas sim distribuição de competências.

A Justiça Federal, considerada pela doutrina dominante como a justiça comum no nível da União, é a competente para julgar todas as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal for interessada na condição de parte, assistente ou oponente. Ao lado dessa, possui ela também outras competências específicas, enumeradas no texto constitucional. Excetuam-se da sua competência originária os processos de falência, acidentes do trabalho e os sujeitos às Justiças Eleitoral, do Trabalho e Militar. É exatamente essa competência residual em relação às demais justiças da União, especializadas em razão da matéria, que lhe empresta a aparência de justiça comum, justificando a posição nesse sentido, amplamente majoritária entre os autores que tratam da matéria. No entanto, essa classificação pode ser questionada, tendo em vista que a fixação de sua competência leva em consideração fundamentalmente a qualidade dos titulares dos

interesses em conflito. Nesse sentido, seria ela especializada em razão da pessoa e não justiça comum. Essa é posição adotada por Rocha (1991:67), para quem “a verdade... é que a Justiça Federal é uma justiça especializada, tendo em conta a qualidade dos titulares dos interesses em conflito”.

No que se refere à Justiça do Trabalho, é ela certamente especializada em razão da matéria, tendo a sua competência claramente determinada no artigo 114 do texto constitucional:

*“Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.”*¹³

Entre as justiças especializadas em razão da matéria, ainda no nível da União, há a Justiça Militar, que possui competência para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Também a Justiça Eleitoral, que possui competência para se pronunciar exclusivamente em matéria eleitoral, definida em lei complementar.

A Constituição permite ainda a criação, no nível dos estados-membros, de justiças militares estaduais. Para essas justiças a própria lei maior estabelece, em seu artigo 125, parágrafo 4º, a competência para processar e julgar os policiais e bombeiros militares, nos crimes específicos, definidos em lei.

A justiça comum, formada pelas justiças dos estados-membros, tem sua competência fixada por exclusão. Cabe-lhe julgar todas as ações que não forem de competência de uma das justi-

13. Essa competência foi ampliada pela Lei n.º 8.984/95.

ças especializadas anteriormente referidas, sejam da União ou dos estados. É o que se denomina de competência residual. Em sua estrutura horizontal interna de primeiro grau, tratando-se de competência em função da matéria, estabelece o artigo 126 do texto constitucional que os tribunais de justiça dos estados designarão *juízes de entrância especial* para dirimir conflitos fundiários, com *competência exclusiva para questões agrárias*. Também prevê a lei maior os *juizados especiais* e os *juizados de pequenas causas*. Há ainda os *tribunais do júri*, formados por juízes leigos, expressamente previstos no inciso XXXVIII do artigo 5º.

No que se refere à estrutura horizontal do Poder Judiciário e à divisão de competências dela oriunda, a principal discussão existente se apresenta no nível da Justiça do Trabalho – especificamente sobre a necessidade de se manter uma justiça especializada para a aplicação do Direito do Trabalho. Talvez a melhor solução para essa questão fosse a absorção da Justiça do Trabalho pela Justiça Federal, que passaria então a ter varas especializadas para as questões trabalhistas. Essa opção melhoraria a distribuição geográfica de ambas e eliminaria tribunais regionais e órgãos de cúpula.

2.4 Estrutura vertical do Poder Judiciário:

órgãos de primeiro e segundo graus de jurisdição e órgãos de cúpula

No que se refere à estrutura vertical do Poder Judiciário, para que se possa melhor compreendê-la, é necessário realizar duas classificações: (a) separar os órgãos das justiças dos estados dos órgãos das justiças da União; e (b) diferenciar o que são órgãos de primeiro grau e de segundo grau e órgãos de cúpula.

Com relação aos denominados *órgãos de cúpula*, cumpre destacar que são eles de dois níveis: (a) os dois órgãos máximos

do Poder Judiciário do país (STF e STJ), incluídas aí as justiças da União e dos estados-membros, que não pertencem a nenhuma justiça específica; e (b) os órgãos de cúpula específicos, pertencentes a algumas das justiças especializadas da União (Eleitoral e do Trabalho).

O mais importante órgão de cúpula é o *Supremo Tribunal Federal*, que passou a ser, com essa lei maior, preponderantemente uma corte constitucional, competindo-lhe julgar originariamente as ações de inconstitucionalidade e constitucionalidade (controle da constitucionalidade em abstrato) e os recursos extraordinários contra decisões que contrariem dispositivo da Constituição (controle da constitucionalidade em concreto), declarem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julguem válida lei ou ato de governo estadual, contestados em face de dispositivo constitucional federal. Mantém, ao lado dessas, algumas competências específicas para processar e julgar originariamente e para julgar em recurso ordinário.

O Superior Tribunal de Justiça tem como competência fundamental julgar os recursos especiais contra decisões que contrariem a legislação federal, julguem válida lei ou ato de governo estadual contestado em face de lei federal, ou que visem a eliminar interpretação divergente, de lei federal, existente entre tribunais estaduais. Ao lado dessas, mantém o STJ também algumas competências originárias e para julgar em recurso ordinário.

No nível da União, no que se refere aos órgãos de primeiro e de segundo graus, têm-se realidades diferenciadas de justiça para justiça.

A Justiça do Trabalho tem o seu primeiro grau de jurisdição formado pelos Juízes do Trabalho, podendo a lei, nas comarcas onde não forem elas instituídas, atribuir sua jurisdição aos juizes da justiça estadual comum. O segundo grau de jurisdição é exercido pelos tribunais regionais do trabalho, havendo pelo menos um em cada estado e no Distrito Federal, e pelo Tribunal Superior do Trabalho (órgão de cúpula específico), com sede em

Brasília. A distribuição de competências entre os órgãos da Justiça do Trabalho é definida em lei, conforme determinação da própria Constituição Federal.

Em se tratando da Justiça Eleitoral, o primeiro grau de jurisdição é exercido pelas juntas e juízes eleitorais. Já o segundo grau de jurisdição se exerce através dos tribunais regionais eleitorais, um na capital de cada estado e no Distrito Federal, e do Tribunal Superior Eleitoral (órgão de cúpula específico), com sede em Brasília. A distribuição de competências entre os órgãos dessa justiça é feita, por determinação constitucional, em lei complementar.

Finalmente, ainda no nível da União, há a Justiça Militar. Nela o primeiro grau de jurisdição é exercido pelos juízes e tribunais militares instituídos por lei, sendo o segundo grau de jurisdição exercido pelo Superior Tribunal Militar. A divisão de competências entre esses órgãos é definida em lei, conforme determina a Constituição Federal.

No que se refere à Justiça Federal, o primeiro grau de jurisdição é desempenhado pelos juízes federais, sendo que cada estado-membro e o Distrito Federal constitui uma seção judiciária, tendo por sede a respectiva capital e varas localizadas segundo o estabelecido em lei. Já o segundo grau de jurisdição é exercido pelos tribunais regionais, em número de cinco, sediados em Porto Alegre, São Paulo, Rio de Janeiro, Recife e Brasília.

No nível dos estados-membros tem-se, na justiça comum, o exercício do primeiro grau de jurisdição através dos juízes dos estados (substitutos e de Direito) e, nos crimes dolosos contra a vida, através do tribunal do júri. O segundo grau de jurisdição é exercido pelos tribunais de justiça dos respectivos estados. Também constituem órgãos da justiça comum estadual os juizados especiais. Para o julgamento dos recursos das decisões desses juizados, podem ser criadas turmas de juízes de primeiro grau.

No que se refere à justiça militar estadual, quando essa existir, seu primeiro grau de jurisdição será exercido pelos conselhos

de justiça. Já o segundo grau de jurisdição será exercido pelo Tribunal de Justiça do respectivo estado, ou por Tribunal de Justiça Militar, cuja criação é permitida nos estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes.

No que se refere à estrutura vertical do Poder Judiciário, seriam medidas importantes para tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional: (a) uma revisão das competências dos tribunais superiores e dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, principalmente retirando algumas atribuições do STF, a fim de torná-lo realmente uma corte exclusivamente constitucional; (b) a extinção dos órgãos de cúpula específicos (TST e TSE), concentrando no STJ o trabalho de uniformização da jurisprudência relativa à legislação federal; (c) a eliminação de recursos em cascata, provenientes da criação desses tribunais, que protelam demasiadamente a decisão final dos conflitos em nível jurisdicional.

2.5 Juizados especiais e de pequenas causas

Ponto de destaque dentro do texto constitucional de 1988 foi a previsão dos juizados especiais. Com efeito, assim estabelece o seu texto:

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.”

Esse dispositivo constitucional traz uma série de avanços em relação aos juizados especiais de pequenas causas, criados pela Lei n.º 7.244/84.¹⁴ Entre eles cumpre destacar: (a) a obrigatoriedade da criação dos juizados especiais, decorrente da utilização do verbo *criar* no *caput* do artigo transcrito; (b) torná-los órgãos necessários da estrutura do Poder Judiciário, excluindo-se, conseqüentemente, a possibilidade de opção do autor quanto a submeter-lhes ou não a sua demanda, tendo em vista o princípio constitucional do juiz natural;¹⁵ (c) a alteração do espectro de causas cíveis cuja competência para conciliação, julgamento e execução passam para os juizados especiais, tendo em vista a utilização do termo causas de menor complexidade e não pequenas causas; (d) a criação dos juizados especiais competentes para a conciliação, o julgamento e a execução referentes a infrações penais de menor potencial ofensivo; (e) a possibilidade da existência de juízes leigos; e (f) a permissão, agora constitucional, de julgamento dos recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Importante também, no que se refere aos juizados especiais, a norma contida no inciso XI do artigo 24 da Constituição Federal, que atribui competência concorrente à União, aos estados e ao Distrito Federal para legislar sobre *procedimentos em matéria processual*. A combinação desse dispositivo legal com o artigo 98, inciso I, permite aos estados-membros criarem os juizados especiais e estabelecerem, na ausência ou insuficiência de legislação federal específica, a legislação procedimental necessária.¹⁶

14. A Lei nº 7.244/84 foi expressamente revogada pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que estabelece as regras gerais para o funcionamento dos juizados especiais.

15. Nessa matéria há profunda divergência na doutrina e na jurisprudência. Há estados, como Santa Catarina, onde a competência dos Juizados Especiais é considerada absoluta; em outros, como São Paulo, a competência é considerada relativa.

16. Sobre o tema da competência concorrente, ver o artigo de Edson Ribas Malachini, intitulado *A Constituição Federal e a legislação concorrente dos estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos* (Rev. Forense, v. 324, p. 54).

O novo texto constitucional, além de se referir à criação dos juizados especiais, manteve uma referência expressa aos *juizados de pequenas causas*,¹⁷ no artigo 24, inciso X: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas.” Nesse segundo texto a competência atribuída concorrentemente é mais ampla, abrangendo a criação, o funcionamento e o processo.¹⁸ Disso decorre uma competência ampliada para o exercício legislativo dos estados-membros nessa matéria.

Dessa duplicidade constante no texto constitucional decorrem duas possíveis leituras.

Em uma primeira leitura pode-se optar por uma concepção que unifique os juizados de pequenas causas e os juizados especiais, a partir da interpretação de que houve na redação do texto constitucional um erro técnico: a referência aos juizados de pequenas causas equivaleria a uma referência aos juizados especiais. O principal argumento nesse sentido é o de que os juizados de pequenas causas não constam do capítulo da Constituição destinado ao Poder Judiciário. A interpretação que estabelece serem ambos os juizados (de pequenas causas e especiais) a mesma instituição traz também como consequência a ampliação da competência legislativa estadual, relativamente aos Juizados Especiais, tendo em vista que a Constituição

17. Não é unânime na doutrina brasileira o apoio a esses juizados. Em sentido dissidente pode ser destacada a posição de Moniz de Aragão (1992:89), para quem: “Solução recebida por muitos com intensos louvores foi a instituição dos Juizados Especiais de Pequenas Causas; todavia podem tornar-se perigosos, o que não aconteceria se apenas encaminhassem conciliações. Tais juizados, sem cautelas em sua composição e atribuições, podem desservir o Direito; agravar iniquidades sociais; conduzir à divisão da justiça em categorias, ficando para os mais humildes a inferior. Em regime democrático é imperioso examinar com muito cuidado solução de tal tipo.”

18. Especificamente neste inciso a Constituição Federal refere-se a *processo*, termo técnico que designa uma realidade mais ampla do que o termo *procedimento*, utilizado no inciso XI do mesmo artigo.

Federal define que, para os juizados de pequenas causas, os estados-membros têm competência concorrente em matéria de processo e não apenas em matéria de procedimento.

Em uma segunda leitura pode-se concluir pela existência de duas espécies de juizados: (a) os especiais, com competência em razão da matéria, podendo ser cíveis, destinados a causas de menor complexidade, ou penais, referentes a infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, I); e (b) os de pequenas causas, com competência civil em razão do valor da causa (art. 24, X). Nesse sentido, se forem considerados como distintos dos juizados especiais, continuarão os Juizados Especiais de Pequenas Causas, conseqüentemente, com competência por opção do autor, bem como sua criação pelos estados não será obrigatória.

A Lei nº 9.099/95,¹⁹ ao determinar que são causas de pequena complexidade aquelas cujo valor não ultrapassar 40 (quarenta) salários mínimos (art. 3º, inc. 1º) elimina, a princípio, a diferenciação entre as pequenas causas e as causas de menor complexidade, fazendo clara opção pela leitura que unifica os juizados.²⁰

Parece, olhando-se sob o aspecto do acesso à Justiça e da efetividade do processo, que o legislador ordinário foi infeliz ao estabelecer na nova legislação uma equiparação entre as pequenas causas e as causas de pequena complexidade, tendo em vista configurarem realidades bastante diversas. As pe-

19. Uma análise aprofundada dos problemas de ordem constitucional presentes nessa lei pode ser obtida em: Rodrigues (1996:22-42).

20. A possibilidade de se manter essa distinção passa pela aceitação da tese de que os juizados de que trata o artigo 24, inciso X, são juizados de conciliação, sem atividade jurisdicional, denominados de Juizados Informais de Pequenas Causas. Nessa hipótese, frente ao que estabelece o artigo 24, inciso X, ficaria por conta dos estados-membros, de forma concorrente com a União, a competência para legislar em matéria de processo, anteriormente referida, entendendo-se, nessa situação, a palavra processo em sentido amplo (incluídos os equivalentes jurisdicionais) e não no sentido estrito de processo jurisdicional, haja vista que esses juizados não teriam então atividade propriamente jurisdicional, mas sim conciliatória.

quenas causas são aquelas de pequeno valor econômico, mas que podem, em determinadas situações, ser extremamente complexas. Em contrapartida, a pequena complexidade não está ligada ao valor da causa, mas sim ao seu conteúdo (matéria). Uma causa pode ser de elevado valor e de pequena complexidade. Ao estabelecer que são de pequena complexidade as ações de valor até 40 (quarenta) salários mínimos, o legislador misturou duas realidades absolutamente diversas.

O legislador constituinte, com a redação dada ao texto constitucional, permitiu diferenciar essas duas realidades. E só as diferenciando é que se pode compreender a norma permissiva da participação de juízes leigos nos juizados especiais. Esse fato decorre da pequena complexidade, a não exigir formação técnica específica. É dele que também advém a possibilidade de a própria parte participar do processo, sem a presença de advogado.

2.6 Juízes de paz

Uma questão importante trazida pela Constituição de 1988 (embora não seja na totalidade uma inovação desse texto) e que vem sendo, regra geral, ignorada pela doutrina e pelos legisladores, refere-se à justiça de paz. Com efeito, assim dispõe a lei maior:

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: (...) II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, 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.”

Em primeiro lugar, é fundamental destacar que a justiça de paz não possui caráter jurisdicional, não se incluindo, dessa forma, entre os instrumentos processuais (em sentido estrito) de resolução de conflitos. No entanto, o fato de que ela deve obrigatoriamente ser criada, somado à eletividade de seus membros e à possibilidade de exercer atribuições conciliatórias, fazem dela uma instituição que, se bem regulamentada, pode ser extremamente útil. Com a legitimidade popular que deve necessariamente possuir, é ela um importante canal para a resolução de pequenos conflitos, auxiliando, dessa forma, no sentido de não sobrecarregar o Judiciário com questões que podem ser resolvidas extrajudicialmente, através de instrumentos eficazes de conciliação.

No atual momento de evolução do direito processual, em que há uma grande valorização dos meios alternativos de solução de conflitos, em especial os de caráter autocompositivo, seria de grande valia a implementação de juizados de paz, com atribuições conciliatórias via mediação. Talvez pudesse ser essa a grande reforma do Poder Judiciário: implementar as inovações que já constam do texto constitucional há mais de uma década, sem terem sido efetivadas.

2.7 Organograma do Poder Judiciário Nacional²¹

21. Organograma elaborado unicamente com base na Constituição Federal. Os órgãos que aparecem desenhados em linhas contínuas são aqueles que necessariamente existem no nível das justiças da União e das justiças estaduais. Os órgãos que aparecem desenhados em linhas pontilhadas são aqueles que podem ou não existir, dependendo da realidade concreta de cada estado-membro.

3. Composição dos tribunais

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, seus ministros são necessariamente brasileiros natos (art. 12, § 2º, inc. IV), escolhidos livremente pelo presidente da República, na forma do artigo 101 e seu parágrafo único, dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade e de notável saber jurídico e reputação ilibada, e por ele nomeados depois de aprovada sua escolha pelo Senado Federal. Embora a Constituição Federal não faça referência expressa à necessidade de que os indicados, quando oriundos do Ministério Público ou da advocacia, possuam mais de dez anos de carreira ou de efetiva atividade profissional, essa interpretação parece ser a mais correta frente à leitura sistemática e teleológica do texto constitucional. Não se pode interpretar a Constituição de forma tal que as exigências para ocupar o cargo de ministro do STF sejam menores do que aquelas previstas para que se possa ocupar outros órgãos do Poder Judiciário, hierarquicamente inferiores na sua estrutura vertical. Já a necessidade de que sejam bacharéis em Direito decorre da exigência de notável saber jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça é formado por ministros oriundos um terço dentre juizes dos tribunais regionais federais, um terço dentre desembargadores dos tribunais de justiça e um terço, em partes iguais, dentre membros do Ministério Público e da advocacia, devendo todos serem brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, sendo indicados com base em listas apresentadas pelos respectivos tribunais e, nas vagas do Ministério Público e da advocacia, pelo próprio STJ, com base em listas apresentadas pelos órgãos de representação das respectivas classes, na forma definida no artigo 94 e seu parágrafo único, e nomeados pelo presidente da República, depois de aprovada sua escolha pelo Senado

Federal, na forma prevista no artigo 104 e seu parágrafo único. Com relação aos membros oriundos do Ministério Público e da advocacia, exige-se deles, ainda, mais de dez anos de carreira ou de efetiva atividade profissional.

No que se refere ao Superior Tribunal Militar, compõe-se de ministros escolhidos pelo presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, incluindo civis e oficiais-generais do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, na proporção definida no artigo 123. Entre os civis incluem-se advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de atividade profissional, e juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar, devendo todos serem brasileiros com mais de trinta e cinco anos.

O Tribunal Superior do Trabalho tem todos os seus membros nomeados pelo presidente da República, na forma prevista nos parágrafos 1º e 2º do artigo 111, dentre membros de carreira da magistratura trabalhista, da advocacia e do Ministério Público do Trabalho. Com relação aos *tribunais regionais da justiça do trabalho*, os seus juízes são nomeados pelo presidente da República, na forma expressa no artigo 115 e seu parágrafo único, dentre os magistrados da respectiva justiça, garantida a participação de membros oriundos do Ministério Público e da advocacia, nos percentuais previstos na Constituição.

O Tribunal Superior Eleitoral compõe-se, na forma prevista no artigo 119, de ministros do STF e do STJ, eleitos pelos seus pares, e de juízes nomeados, pelo presidente da República, dentre membros da advocacia, com base em lista elaborada pelo STF. Os tribunais regionais eleitorais são compostos por desembargadores e juízes de Direito das respectivas justiças estaduais, eleitos pelos tribunais de justiça, de juiz do tribunal regional federal que possua sede no estado ou, na ausência deste, de juiz federal, em qualquer caso indi-

cado pelo respectivo tribunal, e de juizes nomeados, pelo presidente da República, dentre membros da advocacia, com base em lista elaborada pelo respectivo tribunal de justiça.

Com relação aos tribunais regionais da justiça federal, os seus juizes são nomeados pelo presidente da República, na forma do artigo 107, dentre os magistrados da respectiva justiça, garantida a participação de membros oriundos do Ministério Público e da advocacia, nos percentuais previstos na Constituição. Exige-se também que sejam brasileiros e possuam idade mínima de trinta e máxima de sessenta e cinco anos.

Para os membros dos tribunais das justiças pertencentes à União oriundos do Ministério Público, exige-se como regra mais de dez anos de carreira. Já para os oriundos da advocacia, que possuam notório saber jurídico, reputação ilibada e mais de dez anos de efetiva atividade profissional. São exceções os tribunais regionais eleitorais, para os quais se exige dos advogados apenas notável saber jurídico e idoneidade moral. No que se refere à indicação dos representantes dessa categoria, a regra geral é que seus órgãos de representação de classe apresentem listas sêxtuplas, a partir das quais os respectivos tribunais elaborem listas tríplexes, sendo essas encaminhadas ao presidente da República para escolha e nomeação. Na elaboração das listas de advogados, as exceções são os tribunais eleitorais e para a composição das quais não há a participação o órgão de classe.

Os tribunais dos estados são compostos em quatro quintos por juizes de carreira, promovidos a desembargadores por antigüidade e por mérito, na forma prevista na Constituição. Fica garantido um quinto das vagas para membros do Ministério Público e da advocacia, indicados na forma do artigo 94 e seu parágrafo único. Exige-se dos membros do Ministério Público mais de dez anos de carreira e dos membros da advocacia, notório saber jurídico, reputação ilibada e mais de dez anos de efetiva atividade profissional.

4. Magistratura

Para que a função jurisdicional do Estado possa ser cumprida concretamente, foi necessária a criação de um conjunto de órgãos encarregados de executá-la, o Poder Judiciário. Para que esse conjunto de órgãos possa funcionar, é necessário que haja pessoas humanas encarregadas de exercerem as atividades que lhe competem. As pessoas que, dentro do Poder Judiciário, desempenham a função jurisdicional, são denominadas de magistrados ou juízes. Daí vem o termo *magistratura*, para referir-se ao conjunto dessas pessoas.

Como o exercício da função jurisdicional do Estado depende diretamente do trabalho dos magistrados, buscou a Constituição Federal conceder-lhes algumas garantias e proibir-lhes algumas atividades, com vistas à proteção da própria função por eles exercida e dos direitos daqueles que buscam a proteção do Estado, através do Poder Judiciário.

Inicialmente é importante ressaltar que o acesso à magistratura de carreira, para o primeiro grau de jurisdição, cujo cargo inicial é o de juiz substituto, dá-se exclusivamente através de concurso público de provas e títulos. Já o acesso aos tribunais, tribunais superiores e órgãos de cúpula dá-se através de formas específicas e diferenciadas, previstas no próprio texto constitucional.

A Constituição Federal garante a participação, nos demais tribunais, com exceção dos pertencentes à Justiça Eleitoral, de juízes não temporários oriundos do Ministério Público e da advocacia, nos percentuais por ela expressamente fixados. Há ainda, oriundos de outras carreiras que não a própria magistratura, os juízes militares do Superior Tribunal Militar, escolhidos pelo presidente da República dentre oficiais-generais do Exército, da Marinha e da Aeronáutica.

Na Eleitoral tem-se também a figura dos juízes temporários – enquanto integrantes dessa justiça são temporários.

Mas entre eles, especificamente nos tribunais, há membros oriundos da advocacia que são temporários também enquanto juízes. São eles nomeados pelo presidente da República, com base em listas apresentadas, para o Tribunal Superior Eleitoral, pelo STF e, para os tribunais regionais, pelos respectivos tribunais de justiça, entre advogados de notório saber jurídico e idoneidade moral. Há ainda, aqueles membros das juntas eleitorais que não são juízes de Direito, designados na forma da legislação eleitoral.

A Constituição Federal fala, finalmente, em juízes leigos. Na justiça estadual há, expressamente previstos no inciso XXXVIII do artigo 5º do texto constitucional, os tribunais do júri, formados por essa espécie de juízes. O artigo 98, inciso I, que prevê os juizados especiais, também estabelece a possibilidade de juízes leigos. Essa categoria de juízes é formada por pessoas que não possuam formação jurídica. O leigo é aquele que não detém o conhecimento técnico específico. São também denominados juízes de fato, em contraposição aos juízes de Direito (togados), que são os que possuem a formação específica.

Aos juízes temporários e leigos, só se aplicam as garantias e vedações constitucionais da magistratura, no que couberem e apenas durante o período em que estiverem investidos na função jurisdicional. Já os denominados juízes de paz não são propriamente juízes, tendo em vista que não exercem função jurisdicional, não se lhes aplicando qualquer dessas garantias e vedações.

É assegurada aos juízes a promoção, entrância por entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento. No que se refere à promoção por merecimento, ela se dá pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento. Dos juízes titulares é exigido que fixem residência nas respectivas comarcas.

Goza a magistratura das seguintes garantias: (a) vitaliciedade, que significa que seus membros não podem perder o cargo a não ser por sentença transitada em julgado; (b) inamovibilidade, que impede que eles sejam transferidos, ou mesmo promovidos, sem sua expressa concordância; e (c) irredutibilidade de vencimentos. Ao lado disso, lhes é vedado: (a) exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério; (b) receber custas ou participações em processos; e (c) dedicar-se à atividade político-partidária.

Possuem os juízes o que se denomina de *independência jurídica*, que significa sua liberdade para decidirem em todos os casos sob sua competência, nos limites do pedido e dos fatos e provas trazidos ao processo, com plena liberdade de consciência. Em outras palavras, não há hierarquia de mando entre os órgãos do Poder Judiciário. Cada juiz, dentro de sua competência, exerce a totalidade do poder estatal. Suas decisões podem ser alteradas em grau de recurso, mas não pode ser imposto a eles que decidam de forma diferente.

5. Poder Judiciário e processo

Entre os ônus e deveres dos magistrados no processo, tem-se como fundamental a imposição que lhes é feita de decidirem todos os conflitos que lhe sejam levados, decorrentes da garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário,²² presente no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

No entanto, no capítulo que trata do Poder Judiciário, a preocupação específica do legislador constitucional foi com

22. A garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário, também denominada de indeclinabilidade da jurisdição, está prevista no artigo 5º, inciso XXXV do texto constitucional, cujo texto é: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

o dever de fundamentação (motivação) das decisões por parte dos órgãos do Poder Judiciário, previsto expressamente no artigo 93, inciso IX:

“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes.”

Esse dispositivo constitucional trata também de uma forma específica de publicidade dos atos processuais, a publicidade dos julgamentos.²³

O dever de fundamentação, que inclui as razões de fato e de Direito, não pode ser meramente formal, pois está destinado a permitir o controle sobre o exercício da função jurisdicional em dois níveis. Em primeiro lugar pelas partes, por uma razão técnica, que é o poder de recurso, através do qual se busca a reforma da decisão proferida. Em segundo, ao controle da sociedade sobre as atividades jurisdicionais do Estado, visando assegurar a sua imparcialidade e legalidade. Esse segundo nível é de natureza fundamentalmente política.

Em função desses aspectos é ele normalmente apresentado ou como garantia das partes ou como princípio processual. No entanto, frente à sua localização no texto constitucional, é necessário salientar que essa é uma norma destinada em primeiro lugar ao julgador, como um dever que lhe é imposto e que gera, como consequência, uma garantia para as partes e para a sociedade e um princípio orientador da elaboração e interpretação das normas processuais.

23. A garantia da publicidade dos atos processuais está prevista no artigo 5º, inciso LX do texto constitucional: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

Segundo diversos autores, é desse dever constitucional que decorre o princípio processual da livre motivação do juiz, também denominado de princípio da persuasão racional ou do livre convencimento do juiz. Significa ele que o juiz tem liberdade de convencimento, dentro dos limites colocados pela lei e pelo que está nos autos do processo (conjunto probatório).

Tesheiner (1993:54) é, entre os autores nacionais, aquele que questiona, pelo menos em parte, a exigência de fundamentação erigida em nível constitucional:

“É preciso que se compreenda que o importante é a decisão justa, e não a fundamentação, que não raro mais esconde do que revela. É necessário que se compreenda que o advogado precisa convencer o juiz, mas que o juiz não pode pretender convencer a parte vencida. Por fim, a fundamentação da sentença não pode deixar de guardar proporção com a importância do caso submetido a julgamento.”

Tem ele razão no que se refere à importância da justiça das decisões e ao fato de que muitas sentenças, na sua motivação, mais escondem os seus fundamentos do que os manifestam. Também quando salienta que a fundamentação da sentença deve ser proporcional à importância do caso julgado. No entanto, colocam-se na sua afirmação pelo menos dois problemas. O primeiro refere-se à importância do caso. É muito difícil aferi-la, frente aos elementos subjetivos que envolvem cada situação em concreto e as grandes diferenças sociais, econômicas e culturais que separam a população brasileira em mundos totalmente diversos. O segundo refere-se à sua observação de que o juiz não pode pretender convencer a parte vencida. Não só pode, como deve. É exatamente nesse nível que se coloca o objetivo da jurisdição e do processo como instrumentos de pacificação social.

6. As crises e problemas do Poder Judiciário e da magistratura

São apresentados como problemas estruturais e históricos ligados ao Poder Judiciário e que interferem diretamente na questão do acesso à justiça: a morosidade existente na prestação jurisdicional; a carência de recursos materiais e humanos; a centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem mora nas periferias; o corporativismo de seus membros; a corrupção muitas vezes vigente entre os funcionários dos cartórios e os oficiais de justiça, bem como entre os próprios membros da magistratura; o nepotismo; a ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e ao Legislativo; a inexistência de instrumentos de controle externo por parte da sociedade; a má qualidade da formação jurídico-dogmática e teórica de muitos magistrados. Desses, os mais citados dizem respeito à falta de condições materiais de trabalho (má remuneração, prédios pequenos, carência de servidores, ausência de informatização, excesso de trabalho etc.) e à morosidade do Poder Judiciário na prestação jurisdicional.

Merecem destaque, neste texto, em um primeiro momento, as questões (a) da dependência em relação aos demais Poderes, (b) dos critérios para ascensão na carreira e (c) a ausência de um órgão de controle externo.

Relativamente à primeira delas, a nomeação de uma parcela de seus membros (ou até da totalidade, em determinados órgãos) pelo Executivo (com ou sem a chancela do Legislativo, dependendo do órgão) pode comprometer, em parte, a sua imparcialidade e independência política. Entretanto, se se considerar que os membros dos Poderes Executivo e Legislativo são eleitos diretamente pelo povo, enquanto os magistrados de carreira são selecionados pela própria categoria, via concurso público, pode-se também defender essa nomeação, como instrumento de eleição indireta dos membros das cortes mais eleva-

das do Poder Judiciário, o que, em tese, pode até ser mais democrático do que a eleição pelos pares ou o concurso público. Ou seja, parece que nesse aspecto o problema não é a forma em si, mas sim a sua utilização como instrumento de premiação de aliados políticos. Ainda no que se refere ao problema da (in)dependência em relação aos demais poderes, é bom lembrar que o Executivo mantém em suas mãos a arrecadação e o repasse dos recursos econômicos, além de estar a polícia judiciária a ele vinculada – esse fator é relevante, mas não pode ser considerado como uma quebra da independência, sob pena de se ter de entender, também, que o julgamento de atos dos demais poderes, pelo Poder Judiciário, seria quebra de independência ou interferência. Nas democracias modernas não há mais espaço para a completa e absoluta separação dos poderes, tal como pensada por Montesquieu (1979).

Relativamente à segunda questão, a ascensão na carreira, um dos primeiros aspectos que chama a atenção é o fato de que a ascensão profissional por merecimento se faz exatamente através da vontade dos tribunais de segundo grau, colocando os juízes de primeiro grau, em determinados momentos, na condição de seguirem a orientação das cortes de segundo grau para poderem fazer carreira,²⁴ pondo em risco a sua independência jurídica. Nesse sentido destaca Rocha (1991:108): “No

24. A segurança como critério de promoção por merecimento (CF, art. 93, II, “c”) significa que o magistrado que não possui decisões modificadas pela instância superior tem maiores possibilidades de ascensão na carreira que os demais. Em razão disso, muitos membros da magistratura orientam suas decisões apenas pela jurisprudência do tribunal ao qual estão vinculados, buscando dessa forma preencher o requisito exigido para a progressão mais rápida dentro da magistratura. Segundo Rocha (1991:106), “muitos tribunais brasileiros não dispõem de um método para apurar objetivamente o merecimento dos juízes. A consequência é que o merecimento passa a ser objeto de um julgamento marcadamente subjetivista em que prevalecem sobretudo as influências de amizade, do parentesco, da política e até da bajulação. Por tudo isso é que, muitas vezes, a promoção por merecimento se transforma numa farsa e, ao mesmo tempo, em fonte de frustração para os juízes que confiam no mérito para o acesso na carreira.”

sistema brasileiro, o juiz sofre uma dupla limitação institucional à sua independência funcional: uma, de origem externa, isto é, que vem de fora do Judiciário [falta de autonomia em relação ao Executivo]; outra, de origem interna, proveniente da própria estrutura organizacional do Judiciário.”

Em contrapartida a esses dois problemas levantados – e é aí que surge a terceira questão – hoje, no Brasil, o Judiciário é o único poder absoluto em relação à sociedade. A ela não são dados mecanismos eficientes para fiscalizá-lo. Os magistrados, uma vez concursados e cumprido o estágio probatório, ou nomeados nos casos previstos em lei, tornam-se soberanos – carece o Poder Judiciário de órgão externo de fiscalização. Relativamente a esse controle externo é importante destacar que é inadmissível que ele seja feito pelos outros poderes, ou exclusivamente pelo Ministério Público ou pela OAB – haveria aí, com certeza, um choque de interesses. Também não pode esse controle ser efetuado sobre a atividade jurisdicional – o controle que se pensa deve ser exercido sobre as atividades administrativas e normativas do Poder Judiciário e deve contar com a participação da sociedade civil.

Embora possa parecer haver contradição entre as duas observações (não possuir autonomia e ao mesmo tempo ser soberano), ela não existe. O Poder Judiciário, em termos de sua estrutura legal, não possui a autonomia de que necessitaria (?)²⁵ frente aos demais poderes. Em compensação, é absolutamente soberano em relação à sociedade, a quem, regra geral, não presta contas de suas atividades e decisões. E esse é um dos principais motivos de sua crise contemporânea.

É necessária, na luta pelo acesso à Justiça e pelo resgate da cidadania e do controle do Estado pela sociedade, a tomada de

25. Em realidade há dúvidas, por parte do autor deste artigo, se realmente a ampliação da autonomia do Poder Judiciário geraria bons resultados, ou apenas ampliaria o “autoritarismo judicial” já existente no país.

quatro ordens de medidas com relação ao Poder Judiciário: (a) estabelecer critérios mais claros e legítimos para a escolha, pelo Executivo (e Legislativo, quando for o caso), de parte dos membros dos tribunais e, em especial, da sua totalidade, nos órgãos de cúpula – entende-se que o problema, nesse aspecto, não está no procedimento, mas nos critérios estabelecidos para definir quem pode ser indicado; (b) acabar com o quinto constitucional destinado a advogados e membros do Ministério Público²⁶ ou definir critérios mais claros e legítimos para a sua indicação; (c) modificar a atual sistemática de concursos públicos, tirando do Poder Judiciário o poder de selecionar seus próprios quadros (no nível de início de carreira) – tem-se aqui uma contradição absoluta em relação aos demais poderes: relativamente ao Executivo e ao Legislativo é a sociedade, através do voto, que escolhe seus representantes; no nível do Poder Judiciário, é o próprio poder que escolhe quem poderá e quem não poderá julgar os cidadãos que compõem essa sociedade; e (d) criar órgãos de controle externo²⁷ das atividades administrativas e normativas do Poder Judiciário, com a participação da sociedade civil.

26. Já se excluiu da magistratura os juízes classistas da Justiça do Trabalho, através da Emenda Constitucional n.º 24. Entende-se ser agora o momento de se pensar a extinção da possibilidade de acesso de advogados e membros do Ministério Público aos Tribunais, que hoje ocorre sem nenhum critério de seleção que não seja de índole eminentemente corporativa e/ou política. Relativamente aos advogados, o que se assiste em quase todo o país é a utilização do quinto constitucional para premiar ex-presidentes das seções estaduais da OAB – não parece essa a melhor forma de se escolherem magistrados. A extinção do quinto constitucional, destinado à incorporação pelos Tribunais, de magistrados não oriundos da magistratura de carreira é, neste momento, objeto de campanha da magistratura nacional, lançada em setembro de 2002.

27. Muitas discussões sobre essa questão foram travadas durante a Constituinte de 1987-8, tendo existido inclusive proposta de criação de órgão de controle externo da magistratura, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), incluindo também o controle externo do Ministério Público. O tema voltou novamente à discussão por ocasião da revisão constitucional. A criação do CNJ é hoje proposta oficial da OAB, tendo sido aprovada, por proposição de Márcio Thomaz Bastos, na XIV Conferência Nacional da Ordem, realizada no ano de 1992, em Vitória (ES).

Outro aspecto a ser destacado, não mais pertinente às questões relativas aos aspectos independência, ascensão na carreira e controle externo, é a ausência de um conhecimento de melhor qualidade sobre o fenômeno jurídico, oriunda da má qualidade de ensino existente nas escolas de Direito,²⁸ e que leva os magistrados, em diversos momentos, a agirem como servos da lei, omitindo ou encobrindo os conflitos existentes entre o Direito e os dogmas que efetivamente aplicam. Isso gera a ausência de respostas – ou a presença de respostas insuficientes ou equivocadas – por parte do Judiciário, a muitos dos conflitos existentes e emergentes. Esse problema de mentalidade, que não pode ser resolvido através de normas processuais, gera um Poder Judiciário burocratizado e formalista. Exemplo disso é a não utilização, por muitos juízes, de uma série de poderes que a legislação lhes confere e que serviriam como instrumentos de agilização dos processos.²⁹ Também o fato de interpretarem, em determinadas situações, restritiva ou extensivamente suas próprias competências.

28. Para aprofundar a questão do ensino jurídico, consultar: Rodrigues e Junqueira (2002); Rodrigues (1993).

29. O atual Código de Processo Civil, embora mereça críticas e reparos, oferece uma série de poderes ao juiz, permitindo-lhe uma razoável margem de manobras na busca da realização de uma prestação jurisdicional célere e justa. Entre eles cumpre destacar: (a) para a direção do processo (art. 125); (b) para determinar a produção de provas (art. 130) e apreciá-las livremente (art. 131); (c) para a fixação de prazos quando não expressamente determinados na lei (art. 177 in fine); (d) para extinguir o processo (art. 329), julgar antecipadamente a lide (art. 330) e sanear o processo (art. 331) nos casos previstos no Código; (e) para determinar as medidas provisórias que julgar adequadas (art. 798), oriundo de seu poder cautelar geral; (f) para minimizar o formalismo (arts. 154, 244 e 250 § único); e (g) para considerar fato posterior à propositura da ação e que tenha influência no julgamento da lide (art. 462). A legislação nacional também atribui ao magistrado o poder de preenchimento das lacunas da lei: (a) CPC, art. 126; (b) CPP, art. 3º; (c) CLT, art. 8º; e (d) LICC, art. 4º. Paralelamente, a Constituição Federal confere ao Poder Judiciário a competência para suprir lacunas normativas de direitos consagrados pela própria lei maior, nos casos em que couber o mandado de injunção. Esses aspectos levam à conclusão de que a lentidão dos processos e a existência de decisões judiciais equivocadas, com a conseqüente não efetividade plena do direito de acesso à justiça, é também culpa do Poder Judiciário e da própria magistratura.

A solução para esse problema, da formação dos juízes, pode ser buscada, pelo menos em parte, através de uma modificação estrutural nas atuais Escolas da Magistratura. Essas escolas, hoje, em todo o país, têm funcionado como cursos de preparação para os concursos da magistratura, sendo que em muitos estados cursá-las com aprovação possibilita a eliminação da primeira fase do concurso.³⁰ A melhor forma de utilizar a estrutura já existente das escolas, bem como de eliminar o seu caráter discriminatório de cursinho preparatório, seria utilizá-las para qualificar os aprovados nos concursos para magistratura, transformando-as em escolas judiciais.

Finalmente, é importante destacar que não se devem culpar apenas a estrutura do Poder Judiciário, a legislação processual, o ensino jurídico e a magistratura pelos problemas do Judiciário. A sociedade tem também sua parcela de culpa nessa situação. Do magistrado tem-se exigido a isenção e a neutralidade (confundindo a necessária imparcialidade com a impossível neutralidade), fazendo com que ele, ao assumir a função jurisdicional, busque se despir da sua condição de cidadão (dissociando-a da figura do profissional), passando a agir apenas tecnicamente. Comportando-se dessa forma, acaba ele transformado em um burocrata distante dos anseios sociais, ou em um mero braço do poder político de plantão. Isso leva ao agravamento da crise do Poder Judiciário, dando origem a alguns movimentos críticos no seu próprio seio,³¹ en-

30. Aspecto bastante questionável em termos de constitucionalidade e legalidade, pois fere o princípio da igualdade, tendo em vista que esses cursos, regra geral, apenas são oferecidos nas capitais (em alguns estados também nas grandes cidades do interior), não havendo isonomia na possibilidade de acesso.

31. O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (1993:89), do Superior Tribunal de Justiça, destaca que se deve olhar “sob uma perspectiva axiológica, os movimentos culturais e ideológicos que eclodem na magistratura, naquilo que têm de idealismo e justo inconformismo. Mesmo porque soberana é a vida, não a lei.”

tre os quais destacam-se no Brasil o dos juízes para a democracia e o da magistratura alternativa.³²

A desconsideração dessas questões gera a crise contemporânea do Poder Judiciário. Prova disso é o que vem ocorrendo no país com a criação de uma justiça paralela, inoficial, na qual as camadas mais pobres da população buscam a solução de seus problemas. Exemplos são as justiças das favelas, nas quais há leis e procedimentos próprios, existentes à margem do ordenamento jurídico estatal, como já demonstraram as pesquisas de Boaventura de Souza Santos (1988).

Ainda pior do que isso, porém, é o surgimento e o crescimento de uma outra justiça inoficial, paralela à estatal, constituída pelos justiceiros e esquadrões da morte. Os jornais relatam diariamente o resultado de suas atividades. A presença desses aparatos paraestatais parece demonstrar a insuficiência dos instrumentos jurídicos formais para concretizar o ideal de justiça prometido pelo Estado.

A burocratização do Poder Judiciário, os longos prazos que transcorrem entre o ingresso em juízo e o resultado final dos processos e a inadequação de muitas de suas decisões aos valores sociais fazem com que, em muitos momentos, haja um sério questionamento de sua legitimidade e efetividade. É isso que afasta dele uma série de conflitos, que passam a ser solucionados por essas vias alternativas, muitas das quais significam, na prática, o retorno à autotutela e à barbárie.

Dentro desse quadro, o objeto de preocupação do Poder Judiciário deve ser fundamentalmente a justiça, pensada dentro de critérios de legitimidade e legalidade – essa necessariamente a partir do respeito à ordem constitucional. O Judiciário é um instrumento do Estado para a concretização de seus objetivos, através do exercício da atividade jurisdicional, não um fim em

32. Sobre a magistratura alternativa e o movimento direito alternativo ver: Rodrigues (1992:178-207); Carvalho (1992); Andrade (1992 e 1996).

si mesmo. Para que haja realmente a possibilidade da efetividade processual, faz-se necessário repensá-lo. Segundo Watanabe (1988:131), “sem dúvida alguma, a organização da Justiça em nosso país está, em muitos pontos, dissociada dessa realidade social que nos cerca”.

Sem a existência de um Judiciário independente, célere, devidamente aparelhado e com um corpo de pessoal técnico-administrativo e de magistrados altamente qualificados e bem remunerados, que seja realmente instrumento para o acesso à Justiça, não há possibilidade de efetividade do processo como instrumento de legítima atuação do Direito. Como destaca Teixeira (1993:91-2):

“O Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero Poder eqüidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. (...) Foi-se o tempo do Judiciário dependente, encastelado e inerte. O povo, espoliado e desencantado, está a nele confiar e a reclamar sua efetiva atuação através dessa garantia democrática que é o processo, instrumento da jurisdição.”

Considerações finais

Tendo em vista o exposto neste artigo, entende-se, com relação à reforma do Judiciário:

1. Que os problemas centrais não se encontram na atual estrutura formal do Poder Judiciário. Alguns aspectos dessa estrutura poderiam ser modificados, tais como: (a) a definição do STF e do STJ, respectivamente como órgãos específicos de controle da constitucionalidade e de uniformização da jurisprudência relativa à

legislação federal; e (b) a unificação das Justiças Federal e do Trabalho. Mas não são eles os causadores dos atuais problemas encontrados na prestação jurisdicional.

2. Que há problemas concretos a serem enfrentados no nível da legislação processual, reduzindo o número de recursos, em especial os recursos em cascata, e atribuindo efeito vinculante às decisões do STF tomadas em ADINs (Ações Diretas de Inconstitucionalidade), tal como já ocorre com as decisões tomadas na ADCs (Ações Declaratórias de Constitucionalidade).
3. Que é preciso implementar os Juizados de Paz e reformar os Juizados Especiais. Os primeiros podem ser um potente instrumento de implementação da mediação no país. Já a correção da legislação que trata dos Juizados Especiais, pode adequá-los à realização de uma justiça que consiga enfrentar, efetivamente, as causas de menor complexidade.
4. Que é necessário implementar mecanismos específicos objetivando resolver os problemas atinentes à independência política do Poder Judiciário, acompanhados da criação de instrumentos que possibilitem o efetivo controle de suas atividades, em especial as normativas e administrativas, por parte da sociedade – ou seja, é necessário, além de garantir a independência, implementar o controle externo do Poder Judiciário.
5. Que, especificamente no que se refere aos cargos da magistratura preenchidos por indicação, faz-se absolutamente necessária a definição de critérios objetivos para a sua efetivação, como forma de impedir a sua utilização como prêmio, quer seja no plano político, o que é comum na nomeação dos ministros do STF, quer seja no plano corporativo, como ocorre no quinto constitucional, em especial nas vagas da OAB.

6. Que é preciso melhorar a qualificação dos magistrados, o que passa por três diferentes esferas: (a) melhorar a qualidade do ensino do Direito ministrado no país; (b) modificar a sistemática de seleção de quadros – os atuais concursos são corporativistas, não estando, regra geral, voltados à seleção por mérito acadêmico; e (c) transformar as atuais escolas da magistratura em escolas judiciais.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao direito alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1996.

_____. *Juiz alternativo e poder judiciário*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O Código de Processo Civil e a crise processual. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n. 19, p. 79-92, 1992.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

LACERDA, Galeno. O juiz e a justiça no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, Rev. Tribunais, a. 16, n. 61, p. 161-77, jan./mar. 1991.

MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 324, p. 49-54.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores).

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1992.

- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei, JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Ensino jurídico no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Juizados especiais cíveis: inconstitucionalidades, impropriedades e outras questões pertinentes. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Genesis, n. 1, p. 22-42, jan./abr. 1996.
- _____. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- _____. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- _____. Direito com que direito? In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (Org.). *Lições de direito alternativo 2*. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 178-207.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder*. Porto Alegre: S. Fabris, 1988.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 79-92.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 128-35.

Resumo

O Poder Judiciário é a organização criada com o objetivo de viabilizar concretamente a jurisdição, ou melhor, o conjunto de juízos e tribunais destinados ao exercício dessa função estatal. A Constituição Federal de 1988, dentro do Título IV, que trata da organização dos poderes, dedica a ele o Capítulo III.

O presente artigo tem por objeto a sua compreensão, a partir de seus contornos jurídico-constitucionais. Nesse sentido, a maior parte do texto é de caráter descritivo, buscando mostrar a configuração atual do Poder Judiciário e os princípios que lhe dão sustentação.

Em um segundo momento, mais breve, o texto aponta alguns problemas, como sendo os principais no que se refere às problemáticas que envolvem o Poder Judiciário e as propostas para a sua reforma.

Acesso à Justiça e reforma do Judiciário

GLÁUCIO FERREIRA MACIEL GONÇALVES

Introdução

O direito à tutela jurisdicional guardou, no passado, estreita consonância com a política governante no país. Espelhava a “cara” da nação. Em regime democrático, era valorizado, mas, no ditatorial, tudo era feito para tolher o acesso da população ao Judiciário, às vezes ao que unicamente podia se recorrer para evitar o grande volume de atos atentatórios ao direito já garantido.

Dessa forma, permitir à população o acesso à Justiça, por meio do juiz natural constitucionalmente garantido, é de grande valia para a implementação de um Estado democrático de direito, seja para fazer valer o direito do cidadão frente a outro particular, seja para controlar e até mesmo anular os atos do Estado, praticados contra a legalidade.

De nada adianta garantir o direito à tutela jurisdicional sem que o próprio sistema seja modificado, tornando-se mais efetivo. É importante, por outro lado, conscientizar os jurisdicionados sobre seus direitos, bem como aumentar

o número de advogados públicos ou voluntários para os necessitados.

1. Conceito

Para se chegar a um conceito de direito à tutela jurisdicional, deve-se, primeiramente, considerar a jurisdição, não com uma visão antiquada, sincretista,¹ mas como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, buscar a atuação da vontade do direito objetivo substancial válida para o caso concreto – seja expressando autoritativamente o preceito, seja realizando no mundo das coisas o que o preceito dita.” (DINAMARCO, 1987:55)

A jurisdição, como função estatal, tem como objetivo a atuação da vontade do direito objetivo, buscada através da técnica, sendo indevido sustentar que, além do escopo jurídico, a jurisdição está dotada de finalidades sociais e políticas.² Os aspectos metajurídicos do processo (em consequência, da jurisdição) estão sintonizados na lei material, mas não na lei instrumental.

O direito à jurisdição pode ser conceituado, então, como o direito constitucional de o cidadão acionar o Estado, o qual, por meio do poder Judiciário, será chamado a compor um situação social de conflito, aplicando o direito objetivo.

1. Não se pode deixar de citar a posição de Mandrioli, que ainda acredita que a atividade jurisdicional vise à tutela de direitos, “*come attuazione, in via normalmente secondaria e sostitutiva, dei diritti sostanziali*” (apud YARSHELL, 1993:16).

2. Reside neste ponto a grande controvérsia entre os ilustres Professores Titulares de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo, Dinamarco (Cf. *A Instrumentalidade do Processo*) e da Universidade Federal de Minas Gerais, Gonçalves (Cf. *Técnica Processual e Teoria do Processo*). Para o primeiro, a jurisdição tem escopos jurídicos, sociais, políticos e éticos, enquanto que, para o segundo, a finalidade é única, jurídica.

2. Direito constitucional à jurisdição

A Constituição de 5 de outubro de 1988 consagrou, no inciso XXXV do artigo 5º, que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Não se trata de novidade em sede constitucional, pois já fazia parte das Constituições de 1946 e 1967, contudo com redação e alcances diferentes. A distinção entre estes e o atual reside na ausência, lá, da expressão “ou ameaça”, bem como de ter sido retirada da redação atual a qualificação direito “individual”.

A uma comparação apressada das Constituições em discussão extrai-se que diferença não há. Todavia, não é bem dessa forma. Duas novidades podem ser vistas (BARBI, 1991:89). A primeira é que não se fala em direito individual, mas somente em direito. O Brasil achava-se atrasado frente aos países do continente europeu. Enquanto eles se preocuparam, com o correr dos tempos, com os direitos coletivos, aqui tendenciava-se a tutelar somente direitos individuais. Agora, com a nova redação, visualiza-se a proteção de direitos amplos, inerentes aos cidadãos como grupo, advindo, assim, o nascedouro de disposição constitucional sobre os interesses coletivos, difusos e homogêneos. A tutela, antes restrita, em regra, aos titulares da relação jurídica de direito material, foi ampliada para abarcar a defesa de direitos de terceiros por meio das pessoas e instituição legitimadas extraordinariamente.

A segunda novidade trazida com a remodelação do princípio de acesso à justiça está na generalização dos chamados juízos preventivos, ao mencionar a ameaça a direito. Antes, cabia à legislação infra-constitucional colacionar os casos de juízo preventivo, não contemplando o ordenamento jurídico brasileiro, até então, um juízo preventivo geral.

Informa Celso Barbi que os juristas, há muito, já pugnavam por essa generalização do juízo preventivo, tendo até si-

do aprovada declaração nesse sentido, à unanimidade, pelo Congresso Internacional de Direito Comparado realizado em Bruxelas, em 1958, *verbis*:

“É desejável que em todos os países exista a possibilidade de se dirigir aos tribunais, não apenas em caso de violação consumada de um direito ou interesse jurídico, mas também, com as garantias convenientes, quando se tratar de prevenir tal violação, em caso de ameaça objetiva e atual.” (BARBI, 1991:89)

O direito à justiça ou, mais precisamente, direito à tutela jurisdicional, é e sempre foi preocupação de todos os Estados, como corolário de sua democracia. E tanto é que está definido do artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, como se segue:

“Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com equidade, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida, em matéria penal.”

Assim também o artigo 6º, 1, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em data de 4 de novembro de 1950, reza:

“Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.”

Da mesma forma o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, no seu artigo 14, 1, prescreve:

“Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei, no tocante a qualquer acusação de caráter penal contra ela formulada ou para a determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.”

No mesmo sentido, o artigo 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, escrita em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969:

“Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza...” (TUCCI e TUCCI, 1989:11-12)

Os doutrinadores admitem o Código Austríaco de 1895 como marco do reconhecimento do dever do Estado de assegurar igual acesso à Justiça (pelo menos quando as partes já estejam litigando em juízo). Por meio dele, foi conferido ao juiz papel ativo para equalizar as partes (CAPPELLETTI e GARTH, 1988:11).

Nos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, o direito de acesso à Justiça correspondia a um direito natural, preexistente ao Estado, o qual refletia a ideologia da época, lastreada na preocupação com direitos individuais. Sendo direito natural, o Estado permanecia passivo, sem nada resol-

ver, transformando o direito à justiça em um direito meramente formal à ação e à defesa, ainda mais levando-se em conta que a justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, não estava ao alcance do cidadão, pelos seus altos custos. Tratava-se, dessa forma, de acesso meramente formal à Justiça, e não efetivo, como pretendiam os cidadãos.

A garantia do acesso à justiça foi incorporada em praticamente todas as constituições européias do século passado. Na Constituição Italiana de 1947, no seu artigo 24. Na Carta da Alemanha de 1949, denominada Constituição de Bonn, a garantia está locada no seu artigo 103 (MIRANDA, 1979:379, v.II). Na da Espanha, de 1978, no artigo 24. Na Portuguesa, de 1976, com a alteração introduzida pela Primeira Lei de Revisão de 1982, no artigo 20, 2.

Embora a capitulação da mencionada garantia nas Constituições, ainda é preocupante a situação do Estado frente ao direito de acesso à Justiça, pois ele se mantém, em geral, indiferente às realidades do sistema judiciário, lento e com tecnologia atrasada.

Os problemas de pouca importância devem ser afastados visando a possibilitar o efetivo acesso à Justiça. Primeiramente, deve-se conscientizar a população de que uma gama de direitos e garantias lhe é oferecida, indicando a fonte e explicando sobre tais direitos. De nada adianta a compilação de garantias sem que os jurisdicionados saibam de sua existência.

Em segundo plano, pugna-se por uma Justiça menos onerosa, com real acessibilidade aos desafortunados que dela necessitam. A Justiça é bastante cara e a população, além de ter que pagar as taxas judiciárias, arca também com a remuneração do advogado. Nisso, a nossa última Constituição, de 1988, deu altos saltos: garantiu o direito de certidão aos órgãos públicos independentemente do pagamento de taxas, garantiu assistência judiciária gratuita aos que não podem pagar as custas do processo e os honorários advocatícios e traçou as

regras básicas para se implementarem de fato as defensorias públicas, tanto a da União quanto as dos estados-membros, órgãos incumbidos de prestar assistência jurídica aos que não têm condições de suportar honorários de advogado.

Há, atualmente, uma forte tendência de facilitar, em grande monta, o acesso à tutela jurisdicional, bem como de utilizar o processo como um instrumento para realização da justiça.

Com relação ao primeiro tópico, a abertura da Justiça a todos, indiscriminadamente e sem controle, deve ser vista com restrições, pois a tal pretexto vários institutos de processo constitucional podem se desmoronar. O maior risco é que sejam abandonados, sob a justificativa de que o direito ao acesso à Justiça seria um supraprincípio, uma regra onipotente, o princípio do julgador imparcial, da reserva legal, da ampla defesa e do contraditório.

Theodoro Jr. (1992:11) lembra Enrique Vescovi, autor uruguaio que revela sua apreensão com o princípio da celeridade inserido no novo Código Geral de Processo daquela República de 1988, *verbis*:

“Sin embargo, en la búsqueda de una Justicia rápida no ebemos olvidar las debidas garantias procesales. Puesto que habrá un limite en la supresión o dismición de trámites (recursos, incidenciais) constituído por aquellos imprescindibles para garantizar los debidos derechos de las partes en juicio...”

Na Itália, por meio da Lei 353, de 26-11-90, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1992, profundas alterações foram introduzidas no processo civil, com vistas a imprimir maior celeridade procedimental, diminuindo a duração entre o início do processo e a satisfação do direito lesado. A lei é primorosa e foi amplamente discutida entre os juristas peninsulares desde a apresentação do projeto ao Senado, em agosto de 1988, pelo ministro da Justiça. Procurou-se, com ela,

possibilitar o acesso à Justiça, satisfazendo melhor o interesse dos jurisdicionados, fazendo-se uma reestruturação do sistema até então deficiente.

No final de 1991, a imprensa escrita e falada noticiou que nos Estados Unidos da América, federação que prima pela democracia, o setor estatal competente estava atento ao crescimento de demandas, criando a tão criticada, à época, “indústria do litígio”, o que fazia a população americana desacreditar na sua justiça. Grande parcela de culpa foi atribuída aos advogados, que ficavam sempre esperando uma situação de desrespeito a direitos para se aproveitarem dela visando a ganhar dinheiro fácil. Criticou-se não o desrespeito a direitos, mas a não-profissionalidade dos causídicos que buscavam desgraça alheia para se promoverem.

Questiona-se também se o processo pode ou não ser realizado como instrumento de justiça. A discussão é infundável e não comporta ser examinada neste sintético trabalho. O problema está em admitir escopos sociais e políticos além de jurídicos ao processo.³

Aroldo Plínio Gonçalves (1991:35) adverte que, quando os argumentos se desenvolvem em nome da justiça ou justiça social, provocam fascínio tal que é difícil barrá-los, notadamente quando vêm revestidos pelo vigor da cultura e pela elegância da forma.

Não obstante o fascínio acima mencionado, o processo é melhor tratado como técnica, fazendo presente a sua instrumentalidade, mas instrumentalidade tal que ele se realize com escopos apenas jurídicos, como já enfatizado, por meio de procedimentos mais céleres e eficientes, com participação das partes, em contraditório, na formação do provimento.

3. Ver nota de rodapé de n. 2.

Direito de petição não se confunde com direito à tutela jurisdicional, pois o primeiro consiste na faculdade de uma ou de um grupo de pessoas apresentar reclamação aos órgãos públicos em defesa de seus direitos. Tucci e Tucci (1989:11) lecionam que, a despeito de possivelmente terem uma origem comum, não se pode

“asimilar el deber de impartir justicia que corresponde, en exclusiva, a los órganos judiciales, com el deber de informar, remover obstáculos, administrativos, atender reclamaciones en vía de gestión, oír proposiciones o sugerencias, recibir quejas, que caracteriza la actuación de otros órganos del Estado no jurisdiccionales en relación con aquel derecho de petición.” (Cf. José Almagro Nosete. *Protección procesal de los derechos humanos em España*. RDPria, 1973 (4):24)

O direito ao acesso à Justiça, então, tem sido progressivamente reconhecido como sendo de vital importância numa sociedade democrática. Por meio dele há modos de controle de abusos e ilegalidades praticados pelo Estado. Não basta somente sua capitulação nos textos-base, pois perdem sentido os direitos se desprovida fica a população de meios para reivindicá-los.

Mas, no particular, a Constituição brasileira de 1988 inovou, tendo em vista que armou os jurisdicionados de meios para efetivação dos seus direitos, visando ao tão pedido acesso à Justiça.

Pode, portanto, o acesso à Justiça ser encarado como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e equânime que pretenda garantir efetivamente e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988:12).

3. Reforma constitucional do Judiciário

Há dois anos, iniciou-se uma discussão na sociedade, refletida no Congresso Nacional, a respeito da necessidade de se modificar a estrutura do Poder Judiciário. A Constituição de 1988 trouxe muitas mudanças no sistema anterior e, agora, passados 14 anos de sua promulgação, sentiu-se a imprescindibilidade de se fazerem ajustes e de introduzir um órgão de controle.

Muitas foram as mudanças com a então nova Constituição. A justiça federal, cuja segunda instância era centralizada em Brasília, no Tribunal Federal de Recursos, foi estruturada em 5 regiões, instituindo-se os Tribunais Regionais Federais das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões,⁴ com autonomia administrativa. A uniformização da interpretação da lei federal (infraconstitucional), papel do Supremo Tribunal Federal, passou a ser atribuição do Superior Tribunal de Justiça, também criado, e de composição mista.⁵ O Supremo Tribunal Federal continuou interpretando a Constituição, por meio do controle concentrado e difuso de constitucionalidade, feito em demandas originárias ou no exame de recursos. A Justiça do trabalho cresceu e a Constituição determinou que cada estado tivesse um Tribunal Regional do Trabalho,⁶ com o propósito de

4. A 1ª Região é composta pelo Distrito Federal e pelo estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. A 2ª, pelos estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro. A 3ª, pelos estados de Mato Grosso do Sul e São Paulo. A 4ª, pelos estados do Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. A 5ª, pelos estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe.

5. Mista porque o tribunal é formado de juizes advindos da Justiça estadual (um terço) e da Justiça federal (um terço), além de membros da advocacia e do Ministério Público (um terço). A composição atual é de 33 ministros, sendo 10 de cada classe.

6. Embora a Constituição tivesse determinado a existência de um Tribunal Regional do Trabalho em cada estado, algumas unidades federativas estão reunidas, com um tribunal atuando em 2 estados, como, por exemplo, no Distrito Federal e em Tocantins, no Acre e em Rondônia, no Pará e no Amapá e no Amazonas e em Roraima, formando cada dupla uma única região trabalhista.

solucionar da forma mais rápida possível o litígio trabalhista, essencial para a sobrevivência do homem.

Os desvios de alguns juízes na administração de recursos públicos, a nomeação desenfreada de parentes para ocupar cargos em comissão e a ineficiência na solução definitiva das demandas suscitaram discussão a propósito da criação de um órgão de controle do Poder Judiciário. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – é a maior defensora desse órgão controlador, enquanto os tribunais posicionaram-se, em sua maioria esmagadora, contra. Dizem os tribunais que não há necessidade de se criar órgão de controle externo, pois esse órgão já existe internamente e funciona bem, e, ademais, seria necessário também criar outro órgão para controlar o órgão controlador, porque desvios ocorrerão. Ressaltando a impossibilidade de se exercer juízo de valor sobre as decisões judiciais, haja vista essa atribuição ser exclusiva da segunda instância ou da instância especial e extraordinária do Poder Judiciário, a criação do órgão externo deve mesmo ocorrer. O Brasil é um país de dimensões continentais e a complexidade da estrutura do Poder Judiciário, com divisão em diversos ramos, estadual e federal, comum ou especializado, faz com que a fiscalização da regularidade de atos administrativos seja difícil ou, na verdade, impossível, em razão da autonomia de cada tribunal, federal ou estadual.⁷

7. É difícil acreditar que um juiz estadual no Pará examina todas as questões que lhe são submetidas e ainda é incumbido de realizar casamentos civis, tarefa do juiz de paz e que pode ser delegada, até a implementação da justiça de paz nos moldes constitucionais, ao oficial do registro civil. Em Belém, capital do Estado do Pará com aproximadamente 1,5 milhão de habitantes, ainda há varas de assistência judiciária, com competência privativa para julgar todas as causas cíveis cujas partes não têm condições de arcar com o pagamento das despesas processuais. O pobre, que luta para sobreviver e que já é discriminado no dia-a-dia, será discriminado também na Justiça. O juiz cível julga também causas relativas a falências e concordatas, além de outras comerciais, e também causas de família, sendo difícil de acreditar que a especialização das varas, medida boa para a efetividade da composição da lide, ainda não foi feita pelo Tribunal de Justiça do Pará.

E essa fiscalização, conquanto prescindível em uma sociedade organizada e correta, é necessária no nosso país, pelo menos por enquanto. Por outro lado, embora exista em cada tribunal a corregedoria de justiça, órgão encarregado de averiguar desvios por parte dos juízes, sua atuação está limitada à primeira instância, ficando de fora o exame dos atos e das omissões dos membros dos tribunais, inclusive quanto ao não-cumprimento, de forma exagerada e reiterada, dos prazos de julgamento dos recursos e das ações originárias da segunda instância.

A criação desse órgão de controle externo deve mesmo vir à tona, inclusive com a finalidade de melhor programar os atos administrativos e gerir os vários tribunais espalhados pelo país. Esse é um dos únicos aspectos importantes da proposta de Reforma do Judiciário que se encontra em discussão no Congresso Nacional. O outro seria a criação da Escola Nacional da Magistratura, que teria o objetivo de preparar constantemente o juiz para que ele desempenhe melhor o seu mister. No mais, a modificação que se pretende é pontual e em nada contribuirá para o grande problema existente hoje, que é a morosidade do Judiciário.

A morosidade do Judiciário é, em parte, responsabilidade da imensa gama de leis ultrapassadas existentes hoje no país. Muito já se fez, principalmente no direito processual civil, com a reforma da legislação, a partir do acolhimento pelo Congresso Nacional de sugestões propostas por comissão de estudos designada pelo ministério da Justiça em 1992. Mas muito há de se fazer. As regras processuais penais são antigas e a sociedade clama por sua modificação, haja vista serem os processos criminais o espelho da justiça. A violência está aumentando e o sistema atual não consegue responder ao clamor da população, que pugna por uma apuração rápida e segura dos ilícitos.

A grande contribuição do governo Fernando Henrique Cardoso⁸ no campo do Judiciário foi a implementação dos juizados especiais, tanto os estaduais, por meio da Lei 9.099/95, quanto os federais, por meio da Lei 10.259/01, estes últimos possíveis somente após modificação do ordenamento constitucional, o que se deu pela Emenda 22/99. Os juizados são orientados pelos princípios da simplicidade, rapidez e oralidade das formas e, embora criados para julgar causas de menor complexidade, tendem a ser a regra geral, em razão do ótimo resultado atingido. São, portanto, o futuro da justiça, estadual ou federal, comum ou especializada.⁹

A reforma do Judiciário tal como está nada resolve. O cidadão precisa ser conscientizado da existência de seus direitos; ao pobre, deve ser efetivamente disponibilizada a submissão de seus conflitos ao Judiciário, sob pena de se tornar nula a garantia constitucional do acesso à Justiça.

Referências Bibliográficas

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, v. 23-25, n. 23-25, p. 59-103, 1980-1982.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 76, p. 97-124, out-dez 1982.

8. 1-1-95 a 31-12-98 e 1-1-99 a 31-12-02.

9. A demanda reprimida na Justiça federal era tão grande, sobretudo nas pequenas causas, que a facilitação do acesso ao Judiciário, por meio dos juizados federais, representou o inchaço momentâneo de todos os juizados federais no Brasil, causando susto até mesmo aos coordenadores dos juizados de cada região do país. A simplificação

- _____. Teoria Geral das Constituições Escritas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, v. 60-61, p. 25-98, jan-jul 1985.
- BARBI, Celso Agrícola. Garantias constitucionais processuais. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, v. 33, p. 87-106, 1991.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O direito à defesa na Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. 84p.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. 310p.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 168p.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 417p.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 350p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 341p.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1989. 711p.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. 219p.
- _____. O processo como técnica. *Revista do TRT 9ª Região*. Curitiba, v. 16, n. 2, p. 27-41, jul-dez 1991.
- GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Modificações de competência no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 97p.

do modo de se chegar ao juiz, principalmente federal, trouxe esperança ao povo de que sua causa, diminuta para o Estado, mas importantíssima para cada um dos cidadãos, fosse resolvida.

- GRINOVER, Ada Pelegrini. *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. 451p.
- MIRANDA, Jorge. *Constituições políticas de diversos países*. Brasília: Imprensa Nacional, 1975.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. *Temas de Direito Processual*. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994. 255p.
- NOSETE, José Almagro. Protección procesal de los derechos humanos em España. *RDPPrIA*, (4):24, 1973.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. 391p.
- _____. (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. 326p.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. 198p.
- THEODORO JR., Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1987. 285p.
- _____. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela, no direito processual civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 310, abr-mai-jun 1990.
- _____. A garantia do devido processo legal e o grave problema do ajuste dos procedimentos aos anseios de efetiva e adequada tutela jurisdicional. *Revista Jurídica Mineira*. Belo Horizonte, n. 94, mar-abr 1992.
- TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 288p.
- _____. *Constituição de 1988 e Processo*. Regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989. 281p.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*, São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

Resumo

O artigo defende que permitir à população o acesso à Justiça, por meio do juiz natural constitucionalmente garantido, é de grande valia para a implementação de um Estado democrático de direito, seja para fazer valer o direito do cidadão frente a outro particular, seja para controlar e até mesmo anular os atos do Estado, praticados contra a legalidade.

De nada adianta, porém, garantir o direito à tutela jurisdicional sem que o próprio sistema seja modificado, tornando-se mais efetivo. Nesse sentido, argumenta-se que a Constituição de 1988 trouxe muitas mudanças no sistema anterior mas, passados 14 anos de sua promulgação, é imprescindível que sejam feitos ajustes e que seja introduzido um órgão de controle.

Conclui-se, por outro lado, que é importante conscientizar os jurisdicionados sobre seus direitos, bem como aumentar o número de advogados públicos ou voluntários para os necessitados.

Acesso à Justiça e inchaço das cortes: conseqüências da elevação do número de juizes dos tribunais como solução para a demanda jurisdicional

CHRISTIAN EDWARD CYRIL LYNCH

Objetivo

O objetivo deste artigo é apontar as conseqüências de uma das providências que vêm sendo tomadas pelos tribunais de Justiça estaduais, como forma de fazer frente ao problema da explosão da demanda jurisdicional, i.e., do acesso à Justiça. Refiro-me, especificamente, ao aumento do número de seus juizes de segunda instância. Os desdobramentos da adoção dessa medida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro servirão de referência para as ponderações aqui realizadas. O texto é uma tentativa de reflexão jurídico-sociológica a partir da experiência do autor nos anos em que serviu, na Corte fluminense, como assessor de órgão julgador, tempo no qual acompanhou e participou do processo, lá ocorrido, de mudança institucional.

1. Origens do inchaço das Cortes: acesso à Justiça e explosão da demanda jurisdicional

Como se sabe, a promulgação da Constituição de 1988 constituiu um marco na relação do Poder Judiciário com os jurisdicionados. Enquanto expressão da vontade do poder constituinte, a Carta explicitamente resolveu estender o braço da Justiça aos necessitados, ao determinar a criação de defensorias públicas para a defesa daqueles (art. 134, *caput* e pp. único) e ao elevar o direito ao benefício da gratuidade judiciária à categoria de direito fundamental do cidadão (art. 5º. LXXIV). Na mesma linha, a Constituição previu a criação dos juizados especiais, estaduais e federais, para as causas de menor complexidade (art. 98, I), nos quais, em sua maior parte, litigam as partes sem mesmo a interveniência de advogados (lei n. 9.099/95, art. 9, *caput*). Essas medidas demonstram a intenção do constituinte de resolver o histórico problema da falta de acesso à Justiça das classes menos favorecidas, que, pela impossibilidade do exercício dos seus direitos, se viam excluídas, na prática, da cidadania garantida no papel. Ocorre, contudo, que essas alterações não vieram acompanhadas de reformas mais profundas na tradicional estrutura judiciária de quatro instâncias (juízos de direito, tribunais de justiça estaduais ou federais, tribunais superiores, supremo tribunal), de molde a que se pusesse à disposição da administração da Justiça recursos materiais adequados ao previsível aumento da demanda. O resultado foi uma explosão na carga jurisdicional, que levou o aparelho judiciário à lona em meados da década de 1990. O número ínfimo de magistrados, a quantidade sobre-humana de serviço nos cartórios e gabinetes, os vencimentos pouco atraentes, o rebuscado sistema processual, formalista e permissivo na sua multiplicidade de recursos, chegam à beira de inviabilizar a máquina, pela lentidão imposta pelo excesso de processos e pela escassez de meios.

Algumas saídas foram aventadas para minimizar essa situação, como reformar pontualmente, de quando em quando, o código de processo civil e recomendar mudanças nas estruturas dos tribunais. Entre estas últimas, o aumento do número de seus magistrados componentes foi o alvitre adotado no Rio Grande do Sul e no Rio de Janeiro. Em ambos Estados, foram extintos os tribunais de alçada, unificando-se a segunda instância nas respectivas Cortes de Justiça. No Rio de Janeiro, onde, havia pouco, o número de desembargadores já havia sido elevado de 70 para 80, a medida redundou num salto que expandiu o total de seus membros para 145. Meses após a fusão, o número voltou a ser majorado, desta vez para 160, com a criação da figura do “desembargador itinerante”¹. Não custa recordar que, quando da fusão do Estado do Rio de Janeiro com o Estado da Guanabara, em 1975, o novo Tribunal daí resultante não possuía mais de 36 desembargadores. O número atual é quatro vezes superior. Em princípio, tal providência não se afiguraria desarrazoada, uma vez que o Rio de Janeiro é, no país, o terceiro Estado em população, com quase 13 milhões de habitantes e, por proporção, possuiria a terceira demanda jurisdicional no país. O outro argumento que justificaria a medida seria a da racionalização da organização judiciária, que não justificaria a existência de mais de uma Corte estadual na segunda instância. A alusão é aos citados tribunais de alçada, apesar de ter a Constituição reconhecido a existência e, portanto, a conveniência destas Cortes (art. 93 III).

1. Desembargadores itinerantes, na Corte fluminense, são os quinze magistrados mais novos com este título, que não se encontram efetivamente lotados em qualquer câmara, devendo substituir os desembargadores lotados que se encontrarem afastados por licença ou férias. Vieram a substituir os juizes substitutos de desembargadores, i.e., magistrados de primeiro grau, o que vinha, nesta qualidade, a suprir a carência havida no Tribunal, pelos motivos acima referidos.

A univocidade de argumento, tal como sustentada pelos seus defensores, porém, não se justifica. Antes de mais nada, cumpre afirmar que outros estados, de quase idêntica demanda ou mesmo superior, não tomaram tal alvitre para enfrentar à explosão da demanda jurisdicional. O Estado de Minas Gerais, com população superior ao do Rio de Janeiro em 4 milhões de habitantes, tem, em seu Tribunal, somente 60 desembargadores, contando com um tribunal de alçada com menos de 50 juízes, ao passo que o Tribunal de Justiça de São Paulo, estado cuja população é quase três vezes superior à do Estado do Rio, possui 120 desembargadores, contando ainda três tribunais de alçada. Não se trata, aqui, de criticar as administrações dos tribunais fluminense ou gaúcho (embora se possa desconfiar que muitas vezes a medida se presta a manobras administrativas com intenções meramente políticas, isto é, de, através da promoção de juízes menos graduados ao posto de desembargador, arrebatar adeptos para os candidatos da situação para a administração seguinte do tribunal). A intenção é de questionar os fundamentos e os resultados dos sucessivos aumentos do número de desembargadores, como meio de servir de alerta aos magistrados de outros Estados que, sem segundas intenções, pensam nessa providência como meio de resolver a carga excessiva de processos que abarrotam o judiciário. Entre os malefícios ocasionados na Corte fluminense, e que presumivelmente haveriam de se repetir Brasil afora, podemos apontar o desprestígio do magistrado de segunda instância e a falta de coesão de seus integrantes, a oligarquização dos órgãos especiais, o aumento do poder dos servidores da área administrativa e o caos jurisprudencial. Vejamos cada um desses aspectos para, no fim, comentarmos o impacto da mudança institucional no próprio modelo tradicional de Corte brasileira.

2. Conseqüências do inchaço das Cortes

2.1 Desprestígio do magistrado, falta de coesão do corpo de julgadores e domínio dos burocratas administrativos

O aumento do número de desembargadores da Corte fluminense, ao mesmo tempo em que não trouxe melhora significativa no sentido de reduzir o número de feitos distribuídos a cada um deles, acarretando pequena e transitória economia junto à despesa com o aparato burocrático, teve como uma de suas conseqüências o desprestígio da figura do desembargador. Esse desprestígio deve ser examinado do ponto de vista comparativo aos membros dos demais poderes políticos, pois a força política de um poder, como se sabe, reside em parte no número restrito de seus integrantes, o que lhe permite maior coesão, ou, como pondera Max Weber, no que denomina “pequeno número”.² O Poder Executivo, em que pese a multiplicidade de suas secretarias de Estado, repousa unicamente na autoridade do governador. O número de deputados estaduais, no Rio de Janeiro, não chega a 75, havendo ainda, neste último caso, concentração de significativa força na figura do presidente da Assembléia, o que vem a equilibrar o facciosismo dos deputados, filiados aos diversos partidos. De qualquer modo, está claro que o prestígio do Poder como um todo depende, em parte, do prestígio individual de seus mem-

2. “A posição dominante do círculo de pessoas que constitui aquele complexo de dominação diante das massas dominadas baseia-se, quanto à sua conservação, naquilo que se vem chamando de ‘vantagem do pequeno número’, isto é, na possibilidade existente para a minoria dominante de comunicar-se internamente com rapidez essencial, de dar origem, a cada momento, a uma ação social racionalmente organizada que serve para a conservação de sua posição de poder e de dirigi-la de forma planejada.” (WEBER, 1999:196)

bros. Para retomar a categoria weberiana, pode-se afirmar que a legitimidade dos membros dos demais Poderes reside em seu carisma, no seu valor individual de líderes.

No caso do Poder Judiciário, temos um aspecto problemático do ponto de vista funcional e de legitimação de seu poder. Sua composição não repousa sobre o primado do sufrágio eleitoral dos cidadãos, uma vez que o acesso à carreira da magistratura se dá mediante concurso público, e a promoção a desembargador, pela escolha dos juízes de primeira instância pelo órgão especial da Corte. Sua legitimidade não pode ser deduzida, portanto, do princípio democrático do voto, mas de vários elementos estranhos ou menos relevantes que o voto popular, nos demais poderes, como a probidade de seus membros e a percepção de seu saber jurídico, que se traduz numa sensação geral de que os processos são realmente decididos “com justiça”. É este problema principiológico, do ponto de vista da legitimidade democrática, que frequentemente suscita o debate acerca da conveniência de modificar a forma de recrutamento dos magistrados, que deveriam, segundo esta ótica, ser eleitos pelo povo, ao invés de selecionados por concurso público.³ A legitimidade da Justiça, portanto, não decorre do carisma. É a tradição que lhe pode conferir a aura de respeitabilidade por parte dos cidadãos.

O problema da tradição está vinculado ao da coesão entre os magistrados. É verdade que o espírito de corporação, tão recriminado nos dias de hoje, também alcança o Judiciário. Mas é preciso distinguir, em termos sociais, o corporativismo nocivo, a que alude a opinião pública, daquilo que po-

3. Em dezembro de 2002, a hipótese foi veiculada em extenso artigo num dos principais jornais cariocas, argumentando o articulista que o Judiciário seria o único dos poderes cujos membros seriam escolhidos de forma não democrática, não sendo pois legítimos. Adianto meu entendimento no sentido de que resumir democracia à eleição popular é um reducionismo bastante perigoso, que ignora a questão do lugar da técnica e do saber especializado dentro de um ambiente de absoluta politização.

demos chamar de “corporativismo saudável”, que é o orgulho de pertencer a um quadro de servidores do Estado cuja independência funcional lhes permite o exercício imparcial de seu ofício, sem interferência dos demais poderes políticos. Esse sentimento de independência, que Montesquieu julga necessário a que o Poder Judiciário resista às investidas absorventes do Executivo,⁴ também pode ser traduzido, numa Corte, ao conhecimento pessoal que os magistrados têm uns dos outros e às eventuais relações de amizade que travam no decorrer da carreira e que fortalece os órgãos julgadores a que pertencem.⁵ O número excessivo de componentes de uma Corte, ao revés, enfraquece essa pessoalidade nos vínculos de seus membros, que vêem como colegas seus magistrados de que nunca ouviram falar, ou com que nunca conviveram e por quem sentem mesmo certa indiferença, indiferença esta que, com o correr dos anos, não raro acaba se estendendo à própria instituição.

Por outro lado, um tribunal onde a burocracia torna-se desmesurada tem dificultada sua administração, ao mesmo tempo em que aumenta extraordinariamente o poder dos burocratas instalados nos altos cargos. É ainda Max Weber que demonstra que a burocracia tende a desenvolver um *esprit de corps* para di-

4. “Nos estados despóticos, o próprio príncipe pode julgar. Não o pode nas monarquias: a constituição seria destruída, os poderes intermediários dependentes, aniquilados; ver-se-iam cessaram todas as formalidades dos julgamentos; o medo apossar-se-ia de todos os espíritos; ver-se-ia a palidez em todas as faces; não haveria mais confiança, honra, amor, segurança, monarquia” (Montesquieu, 1997:118).

5. As carreiras públicas, aquelas referentes à Justiça, como a magistratura e o ministério público, encontram-se num cruzamento de categorias weberianas distintas: aquelas que se referem ao funcionário moderno, pertencente à burocracia racional-legal, em que sua posição pessoal se caracteriza por uma “estima social ‘estamental’”, cuja posição social está garantida por prescrições referentes à ordem hierárquica, com deveres de fidelidade ao cargo, e, por outro lado, aos antigos honorários, portadores de uma honra específica vinculada à condução da vida; cuja condição de vida lhes proporciona o prestígio social de uma ‘honra estamental’ que os destina à dominação (WEBER, 1999:194 e 201).

ferenciar-se, não apenas de quem está abaixo dela, mas em relação aos próprios membros dos poderes políticos a que estão teoricamente subordinados, procurando amparar seu poder no conhecimento especializado que detém. Isso explica em parte a permanência, em determinados cargos burocráticos, dos mesmos ocupantes, por longos períodos, enfeudando sua área de atuação em detrimento do poder dos desembargadores, cujo conhecimento da prática administrativa é notoriamente reduzido, até pela demanda jurisdicional de que são, por assim dizer, vítimas.

Evocando mais uma vez o tribunal fluminense, verifica-se a permanência dos mesmos funcionários da área administrativa em cargos de chefia, por anos a fio, a despeito das alterações da administração. Essa permanência geralmente é justificada pela inexistência de quem os substitua, pois esses funcionários concentram em si a especificidade administrativa de suas funções. Muitos desembargadores queixam-se, inclusive, de que esses funcionários têm mais poderes do que eles mesmos, já que se subordinam apenas à administração e ao órgão especial, não raro ignorando ou se recusando abertamente a cumprir as ordens dos demais.

2.2 A oligarquia do órgão especial e o caos jurisprudencial

Entretanto, a principal conseqüência de ter um tribunal com um número desmesurado de desembargadores reside no aprofundamento da distinção entre aqueles que integram o órgão especial, com maior poder político-administrativo, acumulando cargos e presidências de Câmaras, e aqueles que jazem à parte, muitos dos quais sequer integram uma seção cível ou criminal.

Como se sabe, o princípio que justifica a existência de um tribunal é o julgamento colegiado, não apenas das questões ju-

diciárias, como daquelas concernentes à administração. É corolário forçoso desse princípio que todos os seus magistrados se encontrem, tanto quanto possível, em situação paritária. O presidente do tribunal não é, aí, senão o *primus inter pares*. A multiplicação do número de integrantes das Cortes para além de 25 membros, porém, impôs ao constituinte, como medida de racionalização, a possibilidade dos tribunais instituírem um órgão denominado *especial*, composto de, no mínimo, 11 e, no máximo, 25 magistrados, para o exercício das atribuições jurisdicionais e administrativas do tribunal pleno (art. 93 XI). Embora essa distinção entre desembargadores componentes e não componentes do órgão especial pareça inocente, ela tem conseqüências relevantes, a primeira das quais é o alijamento, dos que não o integram, das seguintes questões: a) a condução dos negócios inerentes à administração do Judiciário; b) das decisões judiciais mais relevantes, por envolver as altas autoridades políticas estaduais; c) do processo de promoção dos juizes de primeira instância para as entrâncias e para o próprio tribunal de Justiça; d) da própria uniformização de jurisprudência, que é o coração da instituição. Aos demais magistrados, cabe apenas julgar os seus processos ordinários, rompendo-se, assim, o princípio da igualdade entre os membros da Corte.

Se até aqui a situação pode ser justificada, novamente, pelos critérios da “racionalização” e da “especialização”, o problema se agrava dolorosamente na conjunção de dois fatores. O primeiro, é a adoção do critério da antigüidade para determinar quem deve ser membro do órgão especial. O segundo ocorre quando o número de membros do órgão especial atinge o teto legal (25), mas o número de magistrados não cessa de ser elevado. O critério da antigüidade praticamente eterniza os investidos da função de membros do órgão especial, fazendo com que, por longos anos, fruam de um poder e um prestígio quase incontrastáveis, monopolizando o poder. Já o aumento do número de integrantes da Corte faz crescer o rebanho daqueles

que, sem ter poder decisório, deverão se curvar ao poder dos mais antigos, sendo que a maioria dessas muitas dezenas de magistrados se aposentará sem jamais fazer parte do órgão.

O resultado é a criação, numa suposta Corte de iguais, de diversas “classes” ou “níveis” de desembargadores. O “desembargador de primeira classe” seria o integrante do órgão especial: se somente alguns deles detêm cargos na administração, todos possuem os poderes alinhavados no parágrafo anterior, além de, em sua esmagadora maioria, serem cumulativamente presidentes de câmaras, dadas as suas antigüidades, o que geralmente lhes dá poderes diretos para preenchimento de cargos comissionados nas secretarias. Esses desembargadores ocupam ainda preferencialmente cargos como os de integrantes de conselhos de magistratura, de comissão para revisão do regimento interno etc., embora alguns destes sejam reservados para não integrantes do órgão, para efeitos de cooptação pela administração. Às vezes têm também outros privilégios. Os “desembargadores de segunda classe” são aqueles que não integram o órgão, mas têm expectativas de integrá-lo em breve, mantendo relações estreitas com os de primeira classe e influência na administração. Ou seja, têm “prestígio”. Os de terceira classe não têm vínculos pessoais com os membros do órgão, até porque distantes em tempo na carreira, mas ao menos têm lotação fixa. Os de quarta classe são os recém-chegados, que vagam sem destino de câmara em câmara até obterem lotação. Estes não costumam sequer ter gabinete definitivo e seus nomes são desconhecidos pela maioria de seus pares.

O Rio de Janeiro é um caso-limite. Há oito anos, o tribunal possuía 70 integrantes. Entre aqueles que eram membros do órgão especial e os que não eram, havia uma seção cível e outra criminal, estando ainda a Corte dividida em 6 grupos de câmaras, para o julgamento de embargos infringentes, e 12 câmaras cíveis e criminais. Atualmente, o tribunal comporta 160 integrantes; a seção cível e os grupos de câmaras foram extin-

tos, tendo-se elevado o número de câmaras cíveis e criminais para 26. Como se percebe, foram eliminados os níveis intermediários de poder, passando o órgão especial a concentrá-lo todo, inclusive a competência para a uniformização de jurisprudência. O tribunal pleno, órgão máximo da Corte, perdeu toda a sua dimensão deliberativa, se convertendo em mero colégio eleitoral, convocado bienalmente para escolher os novos membros da administração – que, aliás, também devem ser integrantes do órgão. Como as alterações regimentais na competência e composição do órgão especial são, em geral, exclusivas dele mesmo, as chances de mudança desse estado de coisas são escassas. O processo de concentração de poder se mede pelo orgulho dos membros do órgão e sua desconsideração por aqueles que não o integram, o que evidencia a destruição do sentimento de pariato, com a criação de um *statu in statu*. Essa situação foi coroada pela aprovação, na Assembléia Legislativa, de projeto de lei elaborado pelos membros do órgão especial, que os eximiu, à proporção de cinquenta por cento, da carga total de processos ordinariamente distribuída aos desembargadores não integrantes daquela cúpula, o que constitui verdadeiro privilégio. O órgão especial tornou-se, assim, uma oligarquia de 25 dentro do tribunal.

Outra consequência imediata do inchaço das Cortes é a heterogeneidade jurisprudencial. Não me refiro aqui à divergência ocasional quanto à aplicação da lei num caso concreto, mas à discrepância reiterada em matérias repetidas, por desentendimento doutrinário, ou seja, *in abstracto*. No caso de divergência, a praxe é que o tribunal uniformize sua jurisprudência através de súmulas, porque se supõe que ele tenha orientações comuns, exatamente pelo caráter colegiado e deliberativo que deve ser sua marca principal. Uma modificação introduzida no Código de Processo Civil inclusive erigiu, alguns anos atrás, o entendimento dominante ou sumulado da Corte como critério para que o magistrado negue, monocrati-

camente, seguimento a recursos, sem ter de submetê-los à câmara a qual pertence.⁶ Um tribunal cuja jurisprudência é demasiadamente heterogênea é um tribunal judicialmente fraco, porque, até mesmo do ponto de vista da lógica da doutrina juspositivista, a existência de muitos julgamentos divergentes em causas idênticas retira a confiança na segurança jurídica por parte da população. O coração de um tribunal, portanto, é o seu entendimento jurisprudencial.

Nenhum dos procedimentos usuais de uniformização de jurisprudência, contudo, é suficiente para ordenar eficazmente a jurisprudência numa Corte inchada. O que se percebe, na experiência do Rio de Janeiro, é a tendência de cada órgão fracionário uniformizar a própria jurisprudência, pondo de lado as dos demais. A multiplicidade de magistrados tornou impraticável saber qual a jurisprudência dominante em cada uma das câmaras⁷ e o insulamento delas é facilitado pelo mútuo desconhecimento ou falta de convivência, mercê da falta de coesão social. Este inconveniente, que poderia ser obviado pela uniformização de jurisprudência no órgão especial, tem seu mal naquilo que lhe parece o remédio: como a maioria esmagadora dos magistrados (135) não participa do órgão, tendo somente o direito de suscitar-lhe o respectivo conflito jurisprudencial, o resultado é que quase nenhum o faz. Assim, ao invés de o tribunal desenvolver uma jurisprudência própria, o norte de cada câmara tornou-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça. Ilustrativo

6. Refiro-me ao caput do art. 557 do Código de Processo Civil: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. O problema, aqui, é qualificar “jurisprudência dominante do respectivo tribunal”, sem recorrer às súmulas.

7. No caso do Rio de Janeiro, supõe-se que o desembargador da área cível deve pesquisar o entendimento de 18 câmaras (!), para poder negar seguimento a um agravo com base no critério de “jurisprudência dominante” da Corte a que pertence.

dessa situação é o fato de que, desde a promulgação da nova Constituição, há catorze anos, a jurisprudência sumulada da Corte fluminense não chegou a 15 súmulas, quando a daquele tribunal superior se aproxima de sua súmula de número 250.⁸

A discrepância jurisprudencial no tribunal do Rio de Janeiro é também impressionante em matérias comezinhas. O delicado tema referente à concessão de gratuidade de Justiça, direito constitucionalmente assegurado, é paradigmático do caos jurisprudencial: há os que entendem que, para a concessão do benefício, basta a afirmação de pobreza, havendo presunção desta.⁹ Outros entendem que a Constituição impôs a prova da insuficiência de recursos.¹⁰ Também não há

8. Há pouco mais de um ano, de um encontro de magistrados, resultaram os chamados “enunciados”, em número de 41, que entretanto têm pouca eficácia vinculante, pela informalidade do procedimento e pela falta de coesão dos magistrados.

9. Ofereço os seguintes exemplos, contra a prova da pobreza: “Gratuidade de Justiça. Prova da pobreza. É ilegal a exigência feita aos que requerem a gratuidade de justiça que comprovem a miserabilidade. Presume-se comprovada a pobreza pela simples afirmação do postulante. A regra do art. 4º, caput, da Lei nº 1.060/50 não foi revogada pelo art. 5º, LXXXVI, da Constituição Federal”. (TJRJ – AI 522/1999 – (Ac. 12111999) – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Amaury Arruda de Souza – J. 20.07.1999). Ainda: “Agravo. Indeferimento de pedido de concessão de gratuidade de justiça. Dedução do Juiz da causa da existência de outras fontes de renda além daquela cuja remuneração proporciona ao agravante o pagamento de mensalidades de faculdade em importância superior aos seus rendimentos mensais. Basta a afirmação de pobreza para que se conceda a gratuidade das custas judiciais. Entendimentos dos tribunais superiores – STF e STJ – Constituição Federal, art. 5º, inc. LXXIV. Provimento do recurso” (TJRJ – AI 3.607/1999 – (Ac. 18081999) – 17ª C.Cív. – Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva – J. 02.06.1999).

10. A favor da prova da pobreza: “Gratuidade de Justiça. Pessoa jurídica. comprovação da miserabilidade. A jurisprudência tem se orientado no sentido de admitir o deferimento do benefício da gratuidade de justiça tanto a pessoas físicas como a jurídicas, condicionada, porém, à comprovação do seu estado de pobreza, conforme inc. LXXIV do art. 7º da Carta Magna, que prevê a concessão do benefício aos que comprovarem insuficiência de recursos. Mera declaração unilateral do sócio não supre a prova da insuficiência, que deve referir-se à pessoa jurídica, não se confundindo com a situação financeira do seu representante legal. Indeferimento manti

comunhão de vistas quanto à possibilidade de se receber a gratuidade, havendo patrocínio de advogado. Há quem obrigue o causídico a declarar que, se vitorioso, nada cobrará do cliente e ainda quem entenda que só a defensoria pública pode patrocinar o pobre contemplado com o benefício. No fim das contas, alguns pobres conseguem o benefício, e outros, não, o que é danoso para a realização do acesso à Justiça pleiteado por pessoas que se encontram em igualdade de condições (no caso, a hipossuficiência). Muitas outras questões candentes, como, por exemplo, a referente à possibilidade de prisão do devedor infiel em alienação fiduciária (o que diz respeito ao próprio *status libertatis* do cidadão), também estão desde 1988 no emaranhado da jurisprudência caótica, aguardando a aparentemente impossível uniformização.¹¹

do. (MGS) (TJRJ – AI 1662/2000 – (02062000) – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Paulo Gustavo Horta – J. 09.05.2000). Ainda : “O benefício da gratuidade de justiça somente se dará aqueles que comprovarem insuficiência de recursos (cf. art. 5, LXXIV, da Constituição da República). (TJRJ – AC 2823/97 – (Reg. 221097) – Cód. 97.001.02823 – RJ – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Paulo Sérgio Fabião – J. 02.09.1997).

11. A favor da prisão: “Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor fiduciante. Legitimidade constitucional. Inocorrência de transgressão ao pacto de São José da costa Rica (Convenção americana sobre Direitos Humanos), Jurisprudência pacificada no STF, no sentido de que o art. 4º do DL 911/69 não é inconstitucional. Provimento do recurso para cominar a pena de prisão civil ao depositário infiel, caso não restitua ele o bem objeto da alienação fiduciária ou não consigne o equivalente em dinheiro” (TJRJ – Ac. 17.395/02 – 5a. C.Cív. – Rel. Des. Humberto Manes – j. 07.11.02). Contra: “Segundo a ordem jurídica estabelecida pela Carta Magna de 1988, somente é admissível a prisão civil por dívida, nas hipóteses de inadimplemento voluntário inescusável de obrigação alimentícia e de depositário infiel. O devedor fiduciante, que descumpra a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor fiduciante, não se equipara ao depositário infiel do contrato de depósito disciplinado nos art. 1.265 a 1.287, CC. Eventual decretação da prisão civil violaria frontalmente as garantias individuais insculpidas na Constituição. Sentença reformada. Recurso provido” (TJRJ – Ac. 25.139/02 – 15a. C.Cív. - Rel. Des. José Pimentel Marques – J. 29.05.02).

3. Solução possível: aumento do número de assessores

Verificamos, assim, que o aumento do número de juízes de segundo grau traz consigo uma série de inconvenientes que desaconselha a adoção da medida, ao menos em larga escala, como paliativo à explosão da carga jurisdicional. Uma medida que pode ser tomada, preferencialmente àquela, é a criação de novos cargos de assessores junto aos desembargadores, que os auxiliem no papel de secretários jurídicos.

Essa é a solução que tem sido seguida no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cujo funcionamento teve a oportunidade de observar mais de perto. O número de desembargadores, ali, não excede o de trinta e a política do Tribunal é no sentido de restringir ao máximo a criação de novos cargos dessa qualidade. Embora a demanda jurisdicional prossiga elevada, as administrações têm procurado sanar tal dificuldade criando maior número de auxiliares dentro dos gabinetes, bem como a figura do chamado “juiz substituto de segundo grau”. Este último, diga-se de passagem, não é o que no Estado do Rio se denominava “juiz substituto” ou “juiz convocado”, ou, atualmente, “desembargador itinerante”. Trata-se de uma espécie de juiz promovido que funciona como desembargador, sem acumular funções em juízo de direito de primeiro grau, mas que ainda não é desembargador.¹²

Nos gabinetes, por seus turnos, funcionam dois assessores, que possuem como superior imediato o “secretário jurídico”, que responde, por sua vez, diretamente ao desembargador e é responsável pela ordenação dos trabalhos de seus subordinados. Os gabinetes contam ainda com dois ou três estagiários não remunerados, em virtude de convênio com a

12. Em Santa Catarina, os magistrados nessa categoria são apelidados “pingüins”, por razões que não consegui descobrir.

Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), alvitre simples e recomendável, que estranhamente não foi até hoje tomado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

4. Possíveis argumentos contrários: dificuldade orçamentária, nepotismo e pessoalidade

Há, todavia, os que se opõem a tal solução. Os argumentos mais comuns são os que dizem respeito a) ao aumento do número de servidores públicos, b) ao nepotismo, e c) de que cabe ao próprio magistrado, pessoalmente, prestar a tutela jurisdicional, devendo seus assessores se limitarem a elaborar relatórios e fazer serviço de atendentes de advogados. Embora o primeiro argumento seja fraco, o do nepotismo é sólido e deve ser enfrentado com mais vagar. A tese de que o magistrado deve pessoalmente cuidar de todas as atribuições que lhe cabem merece também um comentário.

O argumento do inchaço no funcionalismo é, em si, completamente vazio, porque qualquer solução que se pretenda dar à equação *demanda jurisdicional – entrega da prestação jurisdicional*, sem recorrer à justiça privada,¹³ passa, necessariamente, pelo aumento de despesa com a incorporação de maior número de pessoas encarregadas desse serviço no Poder Judiciário. Se não se aumenta o número de assessores por desembargador, ter-se-á de aumentar o número destes últimos, que recebem de subsídio entre quatro e cinco vezes o vencimento de um assessor.

13. Este alvitre também já foi tomado, pela entrada em vigor da lei n. 9.307/96, que disciplina a arbitragem no país. A lei nada mais é do que uma renúncia parcial, pelo Estado, do monopólio da distribuição da Justiça, uma vez que do mérito da decisão proferida pelo árbitro privado não se pode recorrer ao judiciário (art. 33).

O nepotismo é um ponto crítico na administração pública em todo o país e o judiciário não é exceção. Preliminarmente, contudo, cumpre esclarecer que o nepotismo não pode ser confundido com a simples existência de cargos comissionados. A existência de cargos de livre nomeação são uma necessidade na administração pública, já que minimiza certos aspectos nefastos da organização burocrática. O aparato administrativo, treinado para se comportar de modo condicionado em trabalhos repetitivos, tem, como características gerais, certa homogeneidade no modo de enxergar a si mesmo e seu serviço; o natural corporativismo, que se acentua pela contraposição ao estamento da magistratura, a quem deve servir; e, por fim, como natural conseqüência da natureza do serviço, a pouca criatividade. Os cargos comissionados, isto é, de livre nomeação, trazem certa oxigenação ao aparelho, uma vez que são ocupados, em regra, por pessoas que não possuem vínculos ideológicos com a burocracia concursada e, portanto, tendem a pensar e agir de modo diferenciado, até porque têm experiências profissionais diversas, o que vem a acentuar a divergência apontada.

O nepotismo tem o potencial danoso de arruinar os benéficos efeitos a que fizemos referência no parágrafo anterior. Os ocupantes dos cargos costumam ser, em tais casos, parentes próximos do magistrado – via de regra são filhos ou cônjuges –, a quem são naturalmente ligados por laços de intimidade e familiaridade, agravando o mau corporativismo e tornando a relação profissional inteiramente patrimonialista, característica esta dos Estados pré-burocráticos, orientais ou feudais. O cargo em comissão, nesses casos, é visto pelo magistrado como uma prebenda concedida pelo Estado a título pessoal, destinada a ajudar parentes em geral jovens, recém formados ou universitários, sem qualquer qualificação ou com qualificação deficiente, para o exercício do cargo, havendo mesmo casos em que o nomea-

do sequer possui curso superior ou, se o tem, é em matéria estranha à área jurídica. O nepotismo prejudica ainda o funcionamento dos trabalhos, na medida em que, confundidas as esferas pública e privada, acabam prevalecendo nas relações profissionais valores a que a administração pública deveria ser completamente estranha, havendo verdadeiras brigas ou complacências familiares no ambiente de trabalho. O gabinete, que deveria ser um local marcado pelo profissionalismo cordial, torna-se uma extensão da sala de estar (quando não da cozinha ou, na pior das hipóteses, do quarto) da residência do magistrado. Muitos dos nomeados, como se sabe, sequer comparecem ao gabinete, servindo os vencimentos do cargo como uma espécie de auxílio-família ou auxílio-desemprego especialíssimo, subsidiado pelo Estado, em prejuízo vergonhoso à moralidade administrativa.

A conclusão de tais reflexões é óbvia: de pouco adianta aumentar o número de assessores, se o nepotismo não for coibido. Nesse sentido, é de se notar que a própria eficiência dos gabinetes aumentaria, se a proibição do nepotismo se estendesse aos cargos de assessor já existentes. Na impossibilidade política, deve ao menos ser vedada a nomeação de parentes nos novos cargos a serem criados. Neste particular, mais uma vez o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina muito tem a ensinar, já que há lei estadual, nesse ente federativo, que proíbe o nepotismo, o que leva muitos desembargadores a recrutar os assessores entre os alunos mais destacados da Escola da Magistratura local, premiando-os, pois, pelo próprio mérito.

Por derradeiro, o argumento de que o próprio magistrado deve, pessoalmente, caneta em punho, cuidar de todos os despachos, votos, decisões interlocutórias etc., é, *data venia*, tão fraco diante da dinâmica do serviço e da demanda do serviço jurisdicional moderno, que me permito não

perder muito tempo com ele. É suficiente afirmar que corresponde a uma imagem idealizada de magistrado, de tempos passados, incompatível com a realidade orçamentária e humana dos tempos atuais, em que o juiz de segundo grau deve converter-se em um verdadeiro coordenador das atividades de seus subordinados, ao mesmo tempo em que o mais atento de seus revisores, e a quem deve caber, naturalmente, a tomada a si dos casos mais importantes, que requerem o peso de sua experiência e saber. É certamente o que ocorre nos tribunais superiores, já que é humanamente impossível acreditar que os onze ministros da Suprema Corte ou os trinta e três do Superior Tribunal de Justiça despachem pessoalmente tudo o que oficialmente consta como de sua responsabilidade.¹⁴

14. O próprio regimento interno do Supremo Tribunal Federal prevê a existência de seis ajudantes, por assim dizer, de cada ministro, que se desdobram em assessores, assistentes e auxiliares. O modo pelo qual funciona o gabinete de cada ministro do Supremo Tribunal é bastante louvável, já que prevê número apreciável de ajudantes, reduzindo porém os cargos de livre nomeação e vedando o nepotismo. Transcrevo dois de seus artigos:

Art. 357. Comporão os Gabinete dos Ministros: I - até dois Assessores, bacharéis em Direito, nomeados em comissão, nos termos da lei e dos atos regulamentares do Tribunal; II - até dois Assistentes Judiciários, escolhidos dentre servidores portadores de diploma de curso de nível superior, um dos quais recrutado no Quadro da Secretaria do Tribunal; III - até seis Auxiliares, da confiança do Ministro, cinco dos quais, no mínimo serão recrutados dentre os servidores do Tribunal; Parágrafo único. Não pode ser designado Assessor, Assistente Judiciário ou Auxiliar, na forma deste artigo, cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade.

Art. 358. São atribuições dos Assessores de Ministros: I - classificar os votos proferidos pelo Ministro e velar pela conservação das cópias e índices necessários à consulta; II - verificar as pautas, de modo que o Ministro vogal, em casos de julgamento interrompido, ou de embargos, ação rescisória ou reclamação, possa consultar, na sessão, a cópia do voto que houver proferido anteriormente; III - cooperar na revisão das notas taquigráficas e cópias dos votos e acórdãos do Ministro, antes de sua juntada nos autos; IV - selecionar, dentre os processos submetidos ao exame do Ministro, aqueles que versem questões de solução já compendiada na Súmula, para serem conferidos pelo Ministro; V - fazer pesquisa de doutrina e de

5. À guisa de conclusão: deformação do modelo ou mudança de paradigma?

Antes de concluir, devo deixar claro que minha intenção foi menos a de condenar peremptoriamente o aumento do número de magistrados, como medida a ser adotada nas Cortes estaduais, do que chamar a atenção para algumas das suas consequências negativas, a partir da livre observação do fenômeno. Conforme destacado no início deste trabalho, ele é fruto, mais de reflexões de alguém que, tendo sido funcionário, acompanhou diariamente as transformações ocorridas dentro de um tribunal, do que de um cientista social afastado, preocupado com um levantamento mais elaborado de dados. Este trabalho ainda está por ser feito e o deve, como forma de analisar o impacto desta e outras medidas adotadas pelo judiciário, como forma de enfrentar o drama da necessária ampliação do acesso à Justiça. Em todo o caso, acredito que um trabalho dotado de maior potencial empírico não deverá trazer conclusões substancialmente diferentes das aqui expostas, e que podem ser examinadas a partir de duas óticas distintas, abaixo relacionadas.

A primeira é a de considerar que o aumento do número de magistrados nas Cortes, em proporções exageradas, descaracteriza a própria noção de tribunal. A percepção do impacto dessa medida é, por conseguinte, muito negativa, porque ela destruiria atributos essenciais de um tribunal, como a homogeneidade jurisprudencial, a igualdade de seus integrantes, e a detença, por parte de cada um deles, de poder deliberativo paritário. Aumentar a composição do tribunal seria deformá-lo, desnaturá-lo, oligarquizá-lo; fazer dele uma grande

jurisprudência; VI - executar outros trabalhos compatíveis com suas atribuições, que forem determinados pelo Ministro, cujas instruções deverá observar. Parágrafo único. Quando a nomeação para Assessor de Ministro recair em funcionário efetivo de outro serviço, autarquia, entidade para estatal ou sociedade de economia mista, dar-se-á prévio entendimento com o seu dirigente.

primeira instância colegiada, da qual o órgão especial é o verdadeiro tribunal. Aumentar o número de assessores, alternativamente, constituiria uma tentativa de conciliar o crescimento da demanda, preservando, tanto quanto possível, esse ameaçado modelo tradicional de Corte.

A segunda ótica decorre de um deslocamento de foco. Se admitirmos, por hipótese, a inevitabilidade do aumento do número de magistrados, como forma de responder à crise da demanda, será possível ver nesse fenômeno, não uma deformação de um tipo ideal de tribunal – ótica que predominou em nossa análise –, mas de uma mudança para outro modelo de Corte; judiciário “de massa” para uma sociedade “de massa”. A mudança conduziria não a uma distorção de um paradigma, mas à constituição de um novo. Se assim for, o aumento do número de magistrados das Cortes pode ser encarado como um passo sem volta para o desaparecimento daquele tipo clássico de tribunal. Neste caso, embora não se possa saber se a instituição, em seu novo modelo, será melhor ou pior do que no atual, o inchaço dos tribunais brasileiros serviria, senão para evitar a descaracterização do tipo tradicional que conhecemos, ao menos para nos fornecer algumas características do que ele virá a ser no futuro, diferente, em tantos aspectos, daquele que conhecemos.

Referências Bibliográficas

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores).

WEBER, Max. *Economia e sociedade – fundamentos da sociologia compreensiva*. Volume II. Brasília: Editora UnB, 1999.

Resumo

Este artigo aponta as conseqüências de uma das providências que vêm sendo tomadas pelos tribunais de Justiça estaduais, como forma de fazer frente ao problema da explosão da demanda jurisdicional, i.e., do acesso à Justiça, especificamente, no que se refere ao aumento do número de seus juízes de segunda instância.

Os desdobramentos da adoção dessa medida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro servem de referência para as ponderações realizadas. O texto, nesse sentido, é uma tentativa de reflexão jurídico-sociológica a partir da experiência do autor nos anos em que serviu, na Corte fluminense, como assessor de órgão julgador, tempo no qual acompanhou e participou do processo, lá ocorrido, de mudança institucional.

Direito na fronteira ou fronteira do Direito: experiências de projetos do Programa Nacional Balcões de Direito

ALEXANDRE VERONESE

“A formação brasileira do norte é mui diversa da do sul. As circunstâncias históricas, em grande parte oriundas das circunstâncias físicas, originaram diferenças iniciais no enlace das raças, prolongando-as até ao nosso tempo. [...] O sertanejo é, antes de tudo, um forte.”
(Euclides da Cunha. *Os sertões*. 1979 [1901])

Introdução

O presente artigo se origina de nossa participação em uma das quatro equipes de pesquisa que participaram do mapeamento nacional dos projetos integrantes do *Programa Balcões de Direito*, da Secretaria de Estado de Direitos Humanos, do Ministério da Justiça.¹ Nossa parcela do levantamento foi mapear três projetos: o *Justiça Comunitária*, mantido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios; o *Projeto Cidadão*, do Tribunal de Justiça do Estado do Acre; e

1. O apoio do Ministério da Justiça ocorre por meio da Secretaria de Estado de Direitos Humanos. Os esforços de auxílio se dão pela via do programa “direitos

o *Casa da Cidadania*, gerido pelo Ministério Público do Estado de Rondônia. As outras equipes analisaram projetos no Nordeste brasileiro, Sul e Sudeste. A partir da coleta de todos esses dados, ter-se-ia uma mapa geral dos projetos mais representativos. A base do mapeamento foi um amplo questionário, construído pela equipe de pesquisadores do *Balcão de Direitos* mantido pelo Viva-Rio, do Rio de Janeiro.

O questionário continha, em sua maior parte, questões fechadas, com ênfase quantitativa, e, também, algumas questões abertas de cunho qualitativo. O objetivo era conhecer os projetos mapeados em uma evolução de três anos. Foi recomendado aos pesquisadores de campo que se ativessem ao ambiente social em que os projetos mapeados estavam inseridos. Enfim, havia uma recomendação de seguir o principal preceito do pesquisador em ciências sociais: saber observar (GOLDENBERG, 1999; SHAFFIR e STEBBINS, 1999). A nossa equipe compunha-se de dois pesquisadores: o autor (convitado) e Rodolfo Noronha (militante do Viva-Rio). Além disso, para a fase brasiliense do mapeamento, tivemos a companhia de Claudio Henrique Napoleão, agente de cidadania² da favela do Cantagalo (Rio de Janeiro), do *Balcão de Direitos* do Viva-Rio. A composição de todas as quatro equipes seguiu o mesmo tom: um pesquisador com experiência de campo e análise social e, também, um pesquisador com experiência nas atividades de assessoria jurídica popular e mediação de conflitos.

humanos, direitos de todos”. Os recursos são do Tesouro Nacional e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

2 A nomenclatura de agente de cidadania vem ocupar o espaço ocupado pela antiga designação: agente comunitário. Concordamos que a designação agente de cidadania se incorpora mais com a tradição do agente ser um portador de benefícios (e.g. agente de saúde). Assim, o benefício portado pelo agente, voluntário do Viva-Rio, seria a cidadania.

Iniciaremos este artigo com uma discussão sobre o significado dos projetos de acesso à Justiça e de assessoria jurídica popular. Frisamos que é sempre relevante ter em conta que esses projetos objetivam garantir acesso à Justiça aos mais pobres. Depois, faremos uma análise de dois dos projetos mapeados, tentando estabelecer uma comparação entre eles. Buscaremos, neste início, introduzir a questão da crise do judiciário e suas interações com a emergência de uma sociedade civil razoavelmente organizada. Finalizaremos com uma análise preambular dos modelos de projetos de acesso à Justiça. Esta será a nossa introdução para a análise mais detalhada dos projetos enfocados (*Projeto Cidadão* e *Casa da Cidadania*) que nos encaminhará para considerações finais sobre a possibilidade da organização de projetos de assistência jurídica emancipatórios para as comunidades assistidas e não meramente regulatórios.³

1. Acesso à Justiça e assessoria popular

Um dos grandes problemas acerca da institucionalização da democracia na América Latina passa pela garantia do acesso universal à justiça. É interessante mencionar, para iniciarmos, a perspectiva pragmática de Alejandro Garro, da New York University:

Deixando de lado as discussões acadêmicas e altas proclamações, o melhor sistema judicial do mundo não vai ainda permitir justiça se a maior parte do

3. A noção de tensão entre as forças de regulação e de emancipação na vida cotidiana moderna foi retirada de Sousa Santos (1997). Usamos esses conceitos não para crer que a emancipação é melhor que a regulação, mas sim para entender que é necessário induzir projetos jurídicos que também tenham caráter emancipatório.

povo não tiver acesso a ele. Tribunais e serviços jurídicos são, em teoria, acessíveis a todos, como o Hotel Sheraton – qualquer um pode entrar, tudo o que se requer é dinheiro. (GARRO, 2001:279)

A questão enfeixada, então, é acerca da existência universal de meios para o acesso aos serviços jurídicos e, quiçá, a partir daí, a possibilidade de acesso à Justiça. A questão, por enquanto, não é de acesso somente à prestação jurisdicional. Estamos falando de serviços jurídicos e, neste conceito, podemos incluir diversas outras maneiras de produzir justiça. Ponderamos que a prestação jurisdicional não produz, por si só, justiça. Mesmo que o aparato judiciário respondesse de forma razoável, se não houver um sentimento nos cidadãos da existência de segurança jurídica nas relações, não há o sentido da produção de uma justiça material. Haverá somente uma justiça formal.

Além da necessária discussão sobre o funcionamento regular e confiável do aparato judiciário, deve-se ter em conta a importância do debate acerca dos meios alternativos de acesso à Justiça. Nesse tópico, as assessorias jurídicas populares são uns dos meios, reconhecidos internacionalmente, para efetivar esse processo. Outro seria a reforma estrutural dos Judiciários latino-americanos. Uma ressalva é o fato da inexistência de um mapeamento recente sobre os programas de assistência jurídica no continente latino-americano (“*legal aid*” ou “*legal assistance*”). Os relatórios internacionais (e.g. Banco Mundial) datam da década de 1970.⁴ Isso é explicado porque os debates, nas décadas de 1980 e 1990, mudaram seu foco para a reforma do

4. Temos conhecimento da existência de dois “*surveys*” internacionais sobre “*legal aid programs*”. O primeiro é recente e o segundo é da década de 70 (Cf. SOAR, 2002, ZEMANS, 1979). Entretanto, existe necessidade, ainda, de relatórios mais detalhados para a América Latina.

aparelho judiciário. Ou seja, o interesse internacional pelas propostas alternativas de assistência e assessoria ocorreu enquanto os governos do continente eram majoritariamente ditatoriais. Ao passo que houve uma redemocratização os esforços dos organismos internacionais se direcionaram a pressionar indiretamente os novos governos para que estes realizassem alterações nessa área.

1.1 Crise dos tribunais

O aumento das demandas por modificações estruturais no âmbito do Judiciário brasileiro encontrou um terreno fértil após a redemocratização e a Constituição de 1988. Esse acréscimo da procura por jurisdição frutificou a partir de uma mudança econômica que introduziu uma relação tensa entre as normas jurídicas constitucionais e as novas normas infra-constitucionais que vinham sendo postas pelo Executivo e Legislativo, no pós-1988. Essa interpretação, de Werneck Vianna et al. (1999), explica o aparecimento, no Brasil, de um ativismo judicial, típico dos Estados Unidos. Mas não explica o incremento na demanda social por jurisdição e, última *ratio*, por justiça. Esses anseios podem ser explicados por um movimento mais amplo de reivindicações que se espalharam por toda a sociedade brasileira, após a redemocratização. Não restaram tais demandas circunscritas ao judiciário. Aliás, elas não estavam sequer adstritas ao Estado brasileiro. Mesmo sindicatos (patronais e de empregados) e as demais associações civis viram um aumento de demandas por participação social.⁵

5. A tendência de alguns núcleos do terceiro setor e do Estado de impingirem responsabilidade social para esse gênero de entidades é a faceta mais clara do que estamos expondo. O exemplo mais claro era a articulação proposta pelo Programa Comunidade Solidária. Um bom panorama desta concepção está em Ioschpr (1997).

Conjugado com o movimento de democratização social, há uma estrutura normativa que, formalmente, garante a plenitude de direitos aos cidadãos: a nova Constituição de 1988. Como a materialização efetiva daquelas garantias jurídicas não se processavam de imediato, as lutas judiciais aumentaram. E, deve ser notado, não só em litígios contra o Estado. Também as disputas entre os cidadãos e demais entidades econômicas (empresas, bancos etc) e sociais (associações, sindicatos etc). O paralelo da garantia normativa formal foi a reivindicação social que fertilizou um dos poderes da República que era mais infenso a elas: o Poder Judiciário. Como epifenômeno podemos ver a explosão judicial que se seguiu após a promulgação da Carta de 1988. Essa conseqüência de expansão dos litígios e da tutela jurisdicional é mundial (TATE e VALLINDER, 1995, TEUBNER, 1996), mas, no caso brasileiro, residem características específicas. Ou seja, esta fertilidade na democratização das relações envolvendo essas questões de lutas por garantias pode ser atestada pela interpretação de Sadek (2001:129), que considera que a peculiaridade do caso brasileiro reside na existência de movimentos políticos para a reforma do Judiciário e pelos sinais de que tem diminuído a tolerância da população com a ineficácia judicial.

A crise dos tribunais pode ter duas conseqüências práticas. A primeira delas é a luta por sua reforma ou modificação. Nesse âmbito, o diagnóstico de Koerner (1999) é coerente ao focalizar três correntes proponentes de reformas: corporativo-conservadora, Judiciário democrático e Judiciário mínimo. Todas essas três correntes partilhariam um conjunto de soluções ortodoxas porque se encaminhariam como respostas em relação a um caminho tradicional de reforma institucional.⁶ Ortodoxas, porque

6. Interessante trabalho sobre as conseqüências de uma dessas reformas institucionais, na categoria corporativo-conservadora, apesar do autor não usar tal rótulo, é feita por Lynch (2003), neste volume.

estariam mais preocupadas com as soluções jurídico-processuais ou administrativas do que com a alteração em prol da realização da justiça. Desse modo, ainda operariam com um paradigma da jurisdição como sinônimo de realização da justiça e, também, como um procedimento neutro. Neste trabalho, estamos preocupados com a possibilidade de um outro paradigma para a justiça, que seja suplementar à jurisdição clássica. A segunda consequência reside na busca de soluções alternativas à jurisdição. Nesse sentido, há uma busca por soluções jurídicas extrajudiciais. Esta segunda consequência teria um viés heterodoxo.

1.2 Soluções da sociedade civil e as duas vias das mudanças institucionais

Em contraposição a uma crise do Judiciário que não consegue ser equacionada pelo poderes públicos, há o engajamento da sociedade civil na busca de soluções heterodoxas para os problemas da prestação jurisdicional. Nesse sentido, a solução pela arbitragem, mediação e conciliação surgiu como uma opção relevante para atuação. Deve-se ressaltar, entretanto, que a lógica da arbitragem entre as partes, sem a interveniência do Estado, pode trazer uma mácula que seria a pulverização do sentido universal de Justiça (principal meta do monopólio da prestação jurisdicional no âmbito do Estado). A conciliação vem sendo incentivada no âmbito dos tribunais e tem ganhado grande ímpeto com os Juizados Especiais,⁷ que, afinal, continuam sendo parte do aparelho jurisdicional e, logo, não atentam contra o monopólio estatal da jurisdição. Na outra ponta, as propostas de mediação comunitárias dos conflitos – ponto forte de alguns dos projetos mapeados – vêm com ímpeto re-

7. Para detalhes sobre o funcionamento dos Juizados Especiais, vide WERNECK VIANNA (1999) e SADEK (2001).

dobrado para produzir não só soluções para a dificuldade de acesso ao Judiciário, mas uma proposta de um tipo distinto de realização da Justiça.

Dessa maneira é possível identificar que existem duas fontes para as soluções da crise do Judiciário, da prestação jurisdicional e do acesso à Justiça: as entidades da sociedade civil e os órgãos estatais. Se havia uma ênfase em que alguns tipos de soluções habitassem prioritariamente a seara dos entes estatais (Tribunais, por exemplo), como a conciliação, atualmente, estes ampliaram suas opções para se apropriar de soluções típicas das entidades da sociedade civil (mediação extrajudicial de conflitos, como no *Programa Justiça Comunitária* de Brasília). O que postulamos, então, é que tem havido um movimento dúplice de absorção das agendas e novas concepções pelas instituições econômicas e da sociedade civil e as instituições judiciárias estatais.

1.3 Caracterizando modelos de projetos de acesso à justiça

Uma caracterização que se baseie em entidades públicas ou privadas como a de Sadek e Arantes (2001) não mais pode responder à questão dos modelos de projetos. A solução para entender a pluralidade deve ser direcionada para a compreensão das funções e dos modos de fazer justiça. Mesmo quando não houver jurisdição. O que vamos descrever na seção posterior nos dará a possibilidade de definir que existem dois tipos de projetos de acesso à Justiça: os tradicionais (ou ortodoxos), que operam como um escritório modelo (ou, um escritório jurídico popular) e os projetos da intervenção jurídica popular (que combinam mediação com serviços tradicionais; ou heterodoxos). Além desses dois modelos, mencionaremos o modelo de feira de serviços, no qual os serviços jurídicos são apenas um detalhe, dentre a sua variada oferta.

2. Os projetos mapeados

No nosso trabalho de campo, visitamos três projetos. Entretanto, julgamos que o melhor patamar de comparação pode ser dado pela contraposição entre os projetos do Estado do Acre e do Estado de Rondônia. Apesar das diferenças que marcam os dois Estados, eles são mais próximos em seu tecido social e cultural do que o Distrito Federal (*Justiça Comunitária*) de ambos. Ainda, os dois projetos, como mostraremos, são muito diferentes entre si, o que facilita uma comparação em termos culturais. Primeiro, descreveremos o projeto do Tribunal de Justiça do Estado do Acre: o *Projeto Cidadão*. Depois, detalharemos, com a exposição de análise, o projeto do Ministério Público do Estado de Rondônia: o *Projeto Casa da Cidadania*.

2.1 Projeto Cidadão

O trabalho efetuado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre possui grandes pretensões. E também opera em uma dinâmica bastante ampla. Para se ter uma idéia da envergadura do Projeto, basta visualizar que ele foi um dos premiados dentro das ações sociais de impacto na comunidade alvo pela Fundação Getúlio Vargas e pela Fundação Ford (FARAH e BARBOZA, 2000). Os custos, mencionados como referentes ao ano base de 2001, para a equipe do Viva-Rio que realizou o mapeamento, eram da ordem de meio milhão de reais. Veremos que esses custos têm grande dificuldade de serem apurados visto que o grande empecilho para incluir o projeto no mapeamento foi sua amplitude. Seu início ocorreu em 1999. Infelizmente, o levantamento dos dados não pôde recuar tanto assim, por questões comparativas. Tivemos, portanto, que nos contentar com informações mais recentes.

Com esta concepção preliminar, cabe mencionar que o projeto buscaria o atendimento de diversas necessidades do público focalizado. Quando inquirido sobre quem seriam os assistidos pelo projeto, a resposta se baseou no censo populacional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Assim, os assistidos seriam todos os residentes no Estado do Acre (cerca de 500.000 pessoas). O número de atendimentos realizados também impressionaria. Seriam cerca de cento e cinquenta e dois mil atendimentos por ano (vide Quadro 1, abaixo). Para se ter uma idéia, o projeto *Balcão de Direitos*, do Viva-Rio, realiza apenas cerca de dois mil atendimentos por ano.⁸

Os custos do projeto, na verdade, são muito maiores. O projeto funciona como uma feira de serviços variados que visita comunidades definidas sem haver, necessariamente, critério temporal.⁹ Nesse sentido, o atendimento é feito de forma esporádica e, também, razoavelmente aleatória. Para a prestação da ampla gama de serviços, o projeto se utiliza de diversos outros órgãos públicos e agentes. Dessa maneira, a equipe do projeto – que é formada por um pequeno grupo de servidores do Tribunal – pode ser enxuta (cerca de 10 pessoas). Se a descontinuidade, em razão dos assistidos, é a tônica das operações do projeto, ela também existe em relação aos serviços prestados. Eles variam de acordo com a disponibilidade dos outros participantes. O *Projeto Cida-*

8. A metodologia da análise realizada pela pesquisa do Viva Rio teve um grande mérito. Obrigou a realização de visitas e a observação das atividades, *in locus*, dos projetos mapeados. Com esse procedimento, pode-se estabelecer o que seria meramente um discurso e o que seria a realidade, interpretada e depurada por um analista mais distanciado e tendendo para a neutralidade.

9. Um exemplo bem conhecido de feira de serviços é o Projeto Ação Global, empreendido pela Rede Globo de Televisão em conjunto com Serviço Social da Indústria (SESI).

dão agrega diversos outros órgãos nas feiras de serviços que são levadas para as comunidades do interior ou da capital. Mas nem sempre todos os órgãos agregados atuam. Por vezes, como na análise realizada *in locus*, há somente alguns dos órgãos estatais como a Secretaria de Segurança Pública (expedição de documentos de identificação) e juízes de paz (realizando casamentos).

A análise do Viva Rio encontrou, em média 28.000 atendimentos por ano, feitos pelo *Projeto Cidadão*, segundo nossa metodologia. Os relatórios do Projeto dão conta de uma média de 152.000 atendimentos por ano. A diferença pode ser vista em detalhes no Quadro 1.

Quadro 1. Atendimentos por metodologia utilizada.

	2000	2001	2002	TOTAL	MÉDIA
Metodologia Própria	149.978	167.870	137.726	455.574	± 152.000
Metodologia Viva Rio	27.116	32.595	25.069	84.780	± 28.000

Fonte: ACRE: TJ, 2001; VERONESE e NORONHA, 2002a.

Tal disparidade ocorre porque o *Projeto Cidadão* inclui em sua conta de atendimentos uma variada gama de serviços que foi desprezada no valor total pela metodologia do Viva Rio. Exemplos desses atendimentos desprezados é o de corte de cabelo e a distribuição de preservativos masculinos. No último caso, cada preservativo seria contado como um atendimento social. Quando inquirimos se a divisão de atividades de um projeto do programa *Balcão de Direitos* seria adequada, de acordo com a metodologia do Viva Rio, o

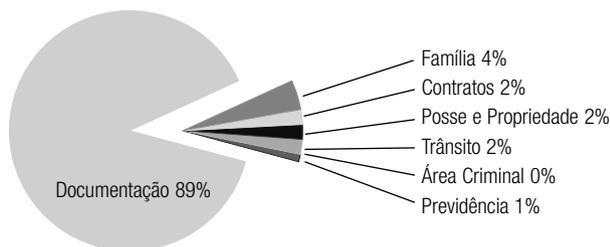
Coordenador-Executivo do *Projeto Cidadão* respondeu que não. Em suas palavras:

“Eu vejo que existem direitos e direitos. Então, na proporção em que você trata determinadas questões sobre um ponto de vista, você simplesmente anula todas as outras possibilidades que estão adstritas aquele ponto. Por exemplo, quando as pessoas procuram o Projeto Cidadão por um tipo de serviço... Exemplo, previdenciário... Essa pessoa veio buscar ajuda para se aposentar. Só que subjaz a este direito da aposentaria, que ela deveria já estar recebendo, um entendimento cultural de porque aquela pessoa está naquela situação e porque ter deixado a aposentadoria passar tanto tempo. Uma questão da ausência do Estado ter deixado esta pessoa esperar tanto para receber este benefício. [...] Um dado econômico, que é o mapeamento da situação econômica do Estado. [...] E, fundamentalmente, social. Acho que esta é a principal. A pessoa vem procurar um atendimento e eu limito aquele campo? Não [...].” (Entrevista, 04 nov. 2002)

Ou seja, o entrevistado crê, corretamente, que os serviços jurídicos tradicionais não conseguem capitalizar uma rede de apoio mais ampla. E que as necessidades da sua população atendida ultrapassam a esfera jurídica.¹⁰ Dos atendimentos, a maior parte se refere às questões de documentação, ou seja, 89%. Os tipos dos outros 11% dos atendimentos podem ser vistos na Figura 1.

10. Assim, de fato, o Projeto Cidadão totalizou, com a metodologia do mapeamento, 84.780 atendimentos na lógica de serviços jurídicos. A maior gama de sua atuação, entretanto, foi extrajurídica. Em 2000 teriam sido 27.116 atendimentos de natureza jurídica. Em 2001, 32.525. E, em 2002, 25.069 atendimentos.

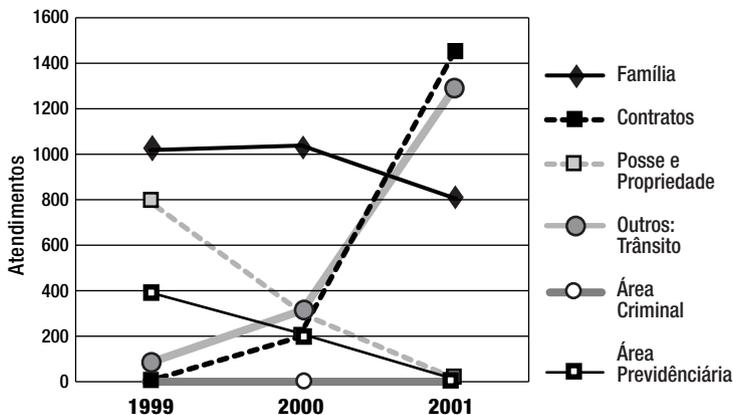
Figura 1. Percentuais dos atendimentos do Projeto Cidadão.



Fonte: Adaptado de VERONESE e NORONHA (2002a).

Além disso, é interessante visualizar a evolução dos outros 11% pelas seis rubricas ao longo dos três anos mapeados. Com essa visualização, podemos identificar a inconstância do projeto em relação aos outros gêneros de atendimento que não configuram questões de documentação. Vide a Figura 2.

Figura 2. Evolução da menor parte (11%) dos atendimentos do Projeto Cidadão.



Fonte: Adaptado de VERONESE e NORONHA (2002a).

A mesma inconstância, que se reflete nos dados acerca dos atendimentos, não ocorre em relação à ocupação de pessoal, em fatores quantitativos. Há uma relatada estabilidade em relação a este ponto. Entretanto, há uma ressalva que temos, acerca da precisão dos dados, pois não havia nenhuma listagem descritiva do pessoal envolvido, tampouco este era sequer quantificado nos relatórios que nos foram fornecidos. Como, na verdade, o projeto opera como uma feira itinerante, com pequena estrutura e pessoal próprio, os serviços e pessoas são disponibilizados por outros órgãos estatais, mobilizados, de acordo com as suas possibilidades conjunturais.

Um dos pontos mais importantes era visualizar se havia a iniciativa para formação de pessoal permanente, em regime de voluntariado. É a formação de agentes de cidadania, com pessoas da comunidade, sem que haja a preocupação com que tenham vínculos políticos ou partidários. De acordo com o coordenador-executivo do projeto, os voluntários seriam professores ou o diretor da escola, no local do atendimento. Ainda, que os voluntários que não fossem ocupantes dessas funções seriam figuras referenciais de auxílio pessoal para a comunidade.¹¹ De forma geral, apesar das suas peculiaridades e problemas enfocados, o trabalho possui o mérito de sua concepção de prestar serviços jurídicos e não-jurídicos em uma área de difícil acesso pela dispersão da população.

11. Como nosso período de campo não foi extensivo e se baseou em apenas um acompanhamento real dos atendimentos, não podemos afirmar a importância desses líderes locais para prestação dos serviços ou para a escolha das comunidades que serão visitadas. A relação de mediação entre algumas lideranças locais pode configurar a existência de laços de patronagem (“*patron-client relationships*”), reforçados pelas instituições estatais.

2.2 Casa da Cidadania

O projeto levado a termo pelo Ministério Público do Estado de Rondônia é essencialmente distinto do *Projeto Cidadão*. Se o segundo opera como uma feira de serviços, o primeiro é um projeto de assessoria popular clássico. Ele é baseado na sede do Ministério Público, no centro administrativo da capital do Estado, Porto Velho. Uma característica que une ambos é o fato de serem mantidos por órgãos estatais. Não há novidades em relatos de atividades do Ministério Público com esse caráter, apesar da polêmica que se encerra nessa atitude.¹²

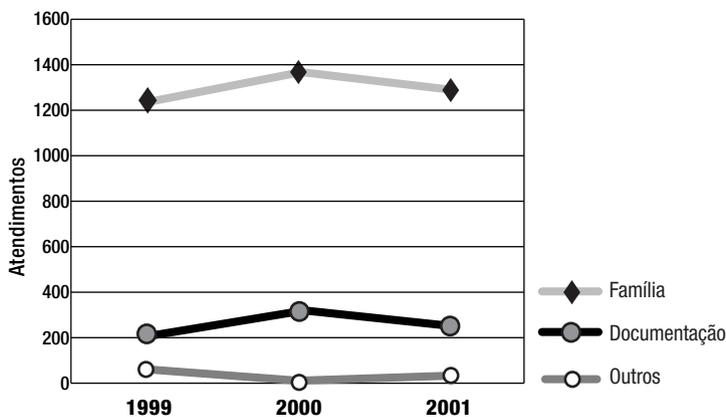
Há polêmica, porque o Estado de Rondônia possui uma Defensoria Pública organizada. São advogados, pagos pelo governo estadual, para prover serviços jurídicos aos despossuídos. Nesse sentido, o primeiro impulso seria entender que, funcionalmente, há uma duplicação de esforços nas atividades do Ministério Público com a Defensoria. Não há como comprovar isso. Entretanto, o relato do Coordenador do *Projeto Casa da Cidadania* é que este é mais eficaz do que aquele:

“Eu não tenho este dado, mas com certeza eu [o Projeto] produz muito mais do que a Defensoria [Pública do Estado de Rondônia] em ações [judiciais]. [...]. Tenho certeza disso... [...] Seriam aproximadamente quinhentas [ações propostas até hoje] e mais ou menos umas trezentas para trezentas e oitenta [hoje em andamento].” (Entrevista de campo, 06 nov. 2002)

12. O próprio coordenador do Projeto nos mencionou que teve atritos públicos com membros da Defensoria Pública do Estado de Rondônia. Deste modo, as suas críticas – e dos estagiários – contra àquela instituição eram bastante eloquentes. Um trabalho que auxilia a compreensão deste Ministério Público ativo e empreendedor é o de Silva (2001).

De fato, o Ministério Público possui, após a promulgação da Constituição de 1988, atribuições constitucionais claras. Tal clareza induziu à separação da instituição em dois órgãos diferentes: o Ministério Público e a Advocacia de Estado. Antes de 1988 havia a absorção, por parte do Ministério Público, tanto das funções de defesa judicial e consultoria para os Estados e a União, quanto das função de defesa da Lei ou promoção de justiça. Este segundo grupo de atividades envolvia a participação do Ministério Público em uma multiplicidade de atuações judiciais que vão desde a área cível (questões de família, registros públicos, heranças, menores, contratos etc) até a área criminal (processar os infratores em crimes ou contravenção). O gênero de atendimentos prestado pelo *Casa da Cidadania* é típico de uma assessoria jurídica popular ou de um escritório modelo:

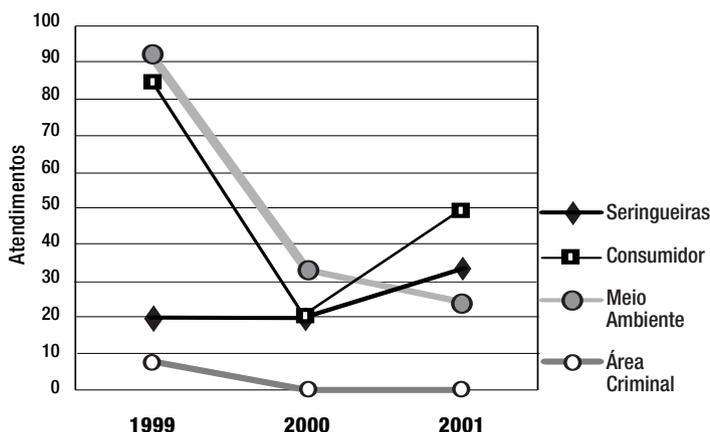
Figura 3. Quantidade de atendimentos da Casa da Cidadania.



Fonte: Adaptado de VERONESE e NORONHA (2002b).

Além destes, são realizados outros tipos de atendimentos. Esses atendimentos irregulares são feitos em relação às demandas que são apresentadas ao Promotor lotado no *Projeto Casa da Cidadania*. Um exemplo são os atendimentos criminais (sete em 2000 e zero nos dois anos seguintes). Estes foram incluídos na base de dados porque dois promotores acumularam, em curto período de férias, as atividades da Promotoria de Cidadania e Direitos Humanos:

Figura 4. Categoria de outros atendimentos da Casa da Cidadania.



Fonte: Adaptado de VERONESE e NORONHA (2002b).

Com isso, pode-se ver que, diferentemente do *Projeto Cidadão*, o *Projeto Casa da Cidadania* possui uma regularidade no seu funcionamento. Cremos que isso ocorre porque o seu tipo está mais próximo de um escritório modelo tradicional. A comparação entre ambas e o estabelecimento de uma tipologia serão nossos próximos passos.

2.3 Comparando: entre o escritório modelo e a feira de serviços

Um dos elementos comparativos mais interessantes ocorre não pelo tamanho dos atendimentos, mas pela proporção do vínculo das pessoas empregadas nos projetos. Um projeto de assessoria popular que busque um equilíbrio entre a assistência e a emancipação não pode prescindir de possuir um grupo de pessoas exclusivamente dedicadas ao projeto. Mas, em contrapartida, não pode se permitir não possuir um bom número de voluntários, oriundos das comunidades, e de colaboradores em tempo parcial.

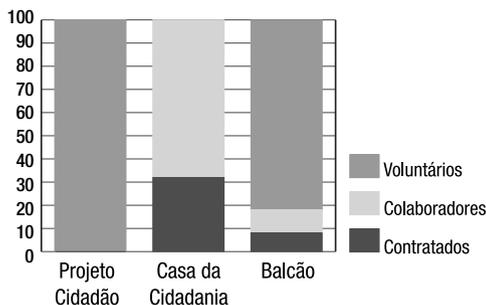
Quadro 2. Comparação do tipo de vínculo na ocupação do pessoal.

	Contratados	Colaboradores remunerados	Voluntários	TOTAL
Projeto Cidadão	8	2	2.112	2.122
Casa da Cidadania	4	8	0	12
Balcão de Direitos (Viva-Rio)	14	18	148	180

Fonte: Adaptado de VERONESE e NORONHA (2002a; 2002b).

Notamos que os dados do Quadro 2 podem ser visualizados na forma de percentuais, comparativamente. Na Figura 5, acreditamos que fica mais clara a forte desproporção havida entre os projetos, no tópico de ocupação do pessoal:

Figura 5. Percentuais de ocupação de contratados, colaboradores e voluntários.



Fonte: Adaptado de VERONESE e NORONHA (2002b).

A desproporção localizada nos dois projetos analisados neste artigo demonstra que eles configuram dois tipos ideais muito distintos. O primeiro – *Projeto Cidadão* – é a feira de serviços. Neste caso, os serviços ofertados são de variado tipo; os jurídicos são apenas um dos seus muitos gêneros. O segundo projeto – *Casa da Cidadania* – perfaz o tipo de escritório modelo com alguns novos elementos. Neste caso, a ênfase está nos estudantes, contratados como estagiários de direito, que prestam diversos tipos de serviços jurídicos para uma clientela. No primeiro caso, a principal característica da feira é a sua mobilidade. No caso do segundo tipo, o escritório modelo é baseado em um local fixo. Poderíamos considerar que existe a possibilidade de deduzirmos a existência de características que podem estar contidas em um terceiro tipo de projeto: o modelo emancipador. Este modelo teria por finalidade o empoderamento¹³ das comunidades com vistas a sua própria resolução de conflitos.

13. O verbo inglês *empowerment* é usado para designar ações sociais que visam a dotar as comunidades de poder efetivo frente aos governos ou outros setores sociais que se encontrem em uma situação mais privilegiada. Adotamos o neologismo empoderamento e o conceito do trabalho de Deere e Léon (2000).

Quadro 3. Características dos modelos de projetos.

	Contratados	Colaboradores remunerados	Voluntários	TOTAL
Projeto Cidadão	8	2	2.112	2.122
Casa da Cidadania	4	8	0	12
Balcão de Direitos (Viva-Rio)	14	18	148	180

A questão que ponderamos com esta classificação não é um relação hierárquica de tipos de projetos. Não há a compreensão de que o modelo tradicional deva ser descartado em prol do modelo emancipador. Ou seja, cremos que não é a fuga da jurisdição que deva ser empreendida e, sim, que uma forma nova de realização de justiça garantida aos atendidos os conhecimentos mínimos para melhor utilização dos serviços jurídicos tradicionais.

3. Conclusão: emancipação e regulação

Existem duas perplexidades que informam o presente artigo e que convergem em uma questão mais ampla. A primeira delas é: por que um Tribunal de Justiça estadual estaria preocupado em absorver novas atribuições de coordenar atividades de registros públicos e oferta de serviços sociais e de saúde (i.e. médico-odontológicos) para sua população? A segunda é: por que a Promotoria estadual estaria interessada em construir atividades de assessoria jurídica popular clássica, investindo inclusive em obras de infra-estrutura? Ambas as questões convergem para nossa postulação de que os serviços do Estado, ligados ao Direito, estariam seguindo uma

receita que tradicionalmente foi das organizações da sociedade civil.

Como anunciamos no início deste artigo, existe uma troca de influências entre os modos de ação dos organismos estatais clássicos com as instituições da sociedade civil organizada. Assim, tanto os serviços prestados pelos organismos da sociedade civil organizada, quanto os estatais, tendem a operar em uma lógica similar, ou seja, incrementalista.¹⁴ As instituições, isoladamente, irão buscar se expandir ao máximo possível, com um discurso legítimo: o oferecimento de justiça aos necessitados. Mais, postularão para tal expansão um aumento no repasse de recursos das mais variadas fontes (BNDES, Ministério da Justiça, Fundação Ford, PNUD etc).

Creemos que a solução não está em ampliarmos o fomento para os projetos que tenham características jurídicas ortodoxas. O caminho está, atualmente, na necessidade de se analisar, globalmente, as demandas por assistência jurídica. E, depois, incentivar a interconexão entre serviços jurídicos ortodoxos e heterodoxos. Um bom exemplo de um serviço jurídico heterodoxo é o prestado pelas promotoras legais populares, da organização Themis (BONNETTI, 2001).

Nenhum dos projetos avaliados por nossa equipe (*Casa da Cidadania, Projeto Cidadão e Justiça Comunitária*) pos-

14. O termo *incrementalista* é retirado de Durham (1998). No original estava ligado à lógica das universidades estatais que demandam crescimento constante e não, necessariamente, conectado com a demanda social de serviços públicos. No caso, a adaptação é parecida, dado o caráter de ausência de planejamento nos programas de assistência judiciária.

Temos conhecimento da existência de dois “*surveys*” internacionais sobre “*legal aid programs*”. O primeiro é recente e o segundo é da década de 1970 (Cf. SOAR, 2002, ZEMANS, 1979). Entretanto, existe necessidade, ainda, de relatórios mais detalhados para a América Latina.

sui características que recomendem sua interrupção. Ao contrário, todos requerem mais apoio para maior focalização em seus pontos positivos. Entretanto, deve ser considerada a importância da realização de *surveys* estaduais sobre os diversos tipos de projetos jurídicos (escritórios modelos, juizados especiais, promotorias, defensorias, organizações da sociedade civil etc) incentivando sua interdependência e racionalização na sua oferta.

Referências Bibliográficas

- ACRE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Relatório anual*: 2001. Rio Branco: Tribunal de Justiça do Estado do Acre, 2002.
- BONNETTI, A. de L. Novas configurações: direitos humanos das mulheres, feminismo e participação política entre mulheres de grupos populares porto-alegrenses. In: KANT DE LIMA, R., NOVAES, R. R. (Orgs.). *Antropologia e direitos humanos*. Niterói: Editora da UFF, 2001. p. 137-201. (Prêmio Associação Brasileira de Antropologia – Fundação Ford).
- CUNHA, E. *Os sertões*. São Paulo: Abril Cultural, 1979 [1901].
- DEERE, C. D., LÉON, M. *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina*. Bogotá: Ed. Tercer Mundo, 2000.
- DURHAM, E. R. A política para o ensino superior brasileiro ante o desafio do novo milênio. In: CATANI, A. M. *Novas perspectivas nas políticas de educação superior na América Latina no limiar do século XXI*. Campinas: Autores Associados, 1998. p. 9-27.
- FARAH, M. F. S.; BARBOZA, H. B. (Orgs.). *Novas experiências de gestão pública e cidadania*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000.
- GARRO, A. Access to justice for the poor in Latin America. In: O'DONNELL, G., MENDEZ, PINHEIRO, P. S. *The (un)ru-*

- le of law and the underprivileged in Latin America*. Notre Dame: Notre Dame University Press, 1999. p. 278-302.
- GOLDENBERG, M. *A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- IOSCHPE, E. B. (Org.). *3o setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: Paz e Terra; GIFE, 1997
- KOERNER, A. O debate sobre reforma judiciária. *Novos Estudos Cebrap*, n. 54, p. 11-26, São Paulo, jul. 1999.
- LYNCH, C. E. C. Acesso à justiça e inchaços das cortes: consequências da elevação do número de juízes dos tribunais como solução para a demanda jurisdicional. *Cadernos Adenauer n. 6*, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002.
- PRILLAMAN, W. C. *The judiciary and democratic decay in Latin America: declining confidence in the rule of law*. Westport, CT: Praeger, 2000.
- SADEK, M. T. (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer-Stiftung, 2001. (Pesquisas, n. 23).
- SADEK, M. T., ARANTES, R. B. Introdução. In: SADEK, M. T. (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer-Stiftung, 2001. (Pesquisas, n. 25).
- SOUSA SANTOS, B. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 4 ed. São Paulo: Cortez, 1997.
- SHAFFIR, W. B., STEBBINS, R. A. (Eds.). *Experiencing fieldwork: and inside view of qualitative research*. London: Sage, 1999.
- SILVA, C. A. *Justiça em jogo*. São Paulo: Edusp / Fapesp, 2001. (Biblioteca Edusp de Direito, n. 8).
- SOAR, P. H. M. *The new international directory of legal aid*. Dordrecht: Kluwer, 2002.
- TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.
- TEUBNER, G. *Droit et réflexivité: l'auto-référence em droit et dans l'organisation*. Paris: LGDJ, 1996.

- WERNECK VIANNA, L. J. et alli. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VERONESE, A., NORONHA, R. *Relatório de campo: Projeto Cidadão*. Rio de Janeiro: Balcão de Direitos do Viva-Rio, 2002, mimeo.
- _____. *Relatório de campo: Casa da Cidadania*. Rio de Janeiro: Balcão de Direitos do Viva-Rio, 2002, mimeo.
- ZEMANS, F. H. *Perspectives on legal aid: an international survey*. Westport, CT: Greenwood Pub. Co., 1979.

Resumo

Este artigo objetiva construir uma tipologia para análise de projetos de acesso à justiça. Esta classificação é baseada em experiência de campo oriunda de mapeamento de projetos realizada pelo Balcão de Direitos do Viva-Rio para o Ministério da Justiça. O artigo descreve dois projetos analisados: o Projeto Cidadão, mantido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre e o Projeto Casa da Cidadania, empreendido pelo Ministério Público do Estado de Rondônia.

A conclusão do trabalho se refere à possibilidade de integração das experiências dos diversos modelos de projetos. Conclui-se, ainda, que há necessidade de levantamentos estaduais e regionais sobre todas as experiências de acesso à justiça para integração e racionalização dessas ações.

A crítica à indeterminação da decisão judicial: o diálogo entre Duncan Kennedy e Carl Schmitt¹

ROGERIO DULTRA DOS SANTOS

Introdução

O contexto intelectual e o tempo histórico são obviamente diversos. A influência convergente das tradições também não pode ser afirmada diretamente. É possível, entretanto, explicitar a relação dialógica entre o argumento crítico relativo ao processo de decisão judicial explicitado pelo movimento jurídico-acadêmico norte-americano denominado *Critical Legal Studies* (doravante CLS) – em especial por um de seus principais colaboradores, Duncan Kennedy –, com a crítica decisionista do direito do jurista

1. Este texto foi originalmente produzido como paper da disciplina Teoria Política III, ministrada pelo Prof. José Monroe Eisenberg, no curso de doutorado do IUPERJ – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, no 1º semestre de 2002.

alemão Carl Schmitt. Tem-se como hipótese de trabalho, portanto, que a presença convergente de alguns elementos discursivos do antiliberalismo de Schmitt, que são explicitamente incorporados por Kennedy, limita o teor e o alcance da crítica às instituições jurídicas proposta pelo CLS, especialmente à idéia de indeterminação da adjudicação (decisão judicial) construída pelo autor norte-americano. Tal convergência aparentemente é capaz de minar a possibilidade da reconstrução social pretendida pelo próprio movimento – especialmente por Roberto Mangabeira Unger –, estimulando uma *praxis* que pode resvalar para a erosão das ações emancipatórias desejadas.

Na verdade, a efetiva assunção de Kennedy da crítica decisionista da indeterminação, por ter um corte antiliberal e pós-moderno, faz com que o autor acabe por adotar uma postura que pode ser classificada como de *Realismo de Guerra*, ou seja, por um posicionamento que identifica a violência como núcleo essencial do político.² Esta idéia antiformalista – em parte vinculada ao realismo sociológico –, e que remete a uma nostalgia genérica pela instabilidade política, significa que a crítica de Kennedy, ao expor as contradições e inconsistências da decisão judicial, parece ter como objetivo exclusivo exacerbar e fazer explodir as aporias constitutivas da realização do direito, negando a possibilidade de qualquer modo de controle público da justificação da decisão judicial.

2. Este termo é utilizado por Scheuerman para identificar a diferença sensível entre a percepção das relações internacionais de Hans Morgenthau e de Carl Schmitt. O pensamento realista nas relações internacionais pode ter um caráter pacífico e estabilizador, que percebe a violência e a anarquia como elementos terríveis que não caracterizam necessariamente as relações políticas (Realismo de Paz de Morgenthau). Por outro lado, a consideração de que a relação entre os Estados é uma relação naturalmente conflitiva caracteriza uma visão que recorre à violência para definir a instância do político (Realismo de Guerra de Schmitt) (Cf. SCHEUERMAN, 1999:246-247).

Este controle público é, entretanto, fundamental para a materialização social de comunidades políticas nos moldes atuais, tendo a pretensão de se realizar por ser a decisão judicial uma ação concreta e definida contextualmente, em que o juiz, enquanto ator social, necessita construir, ao menos retoricamente, consensos válidos política e juridicamente. Assim, o processo de justificação jurídica, apesar de suas inconsistências e lacunas, precisa ser um ato controlável por representar a realização de uma função da burocracia judicial do Estado, uma manifestação efetiva e avaliável do poder público. O reconhecimento de seu caráter político só justifica a realização do controle. Até onde e de que forma Kennedy está comprometido com a superação da etapa decisória é o ponto que se objetiva esclarecer com a exposição de seu ataque à atuação judicial.

Visando a elucidar as conseqüências dessas afirmações a partir de uma análise comparativa entre duas tradições aparentemente distintas (Schmitt X Kennedy), demarca-se inicialmente o significado, os fundamentos histórico-teóricos e os objetivos principais do movimento CLS, com uma atenção especial para a crítica ao formalismo e objetivismo jurídicos derivados da tradição realista. Em segundo lugar, define-se o conceito de indeterminação discursiva do processo de adjudicação e a sua caracterização enquanto sistemática ideológico-política de apoderamento e manutenção de relações socioeconômicas, crítica esta efetuada especificamente por Duncan Kennedy. Ao mesmo tempo, e continuando a exposição do pensamento deste autor, explica-se a sua aproximação com o decisionismo de corte schmittiano como uma estratégia consciente de compreensão da dinâmica das instituições judiciais nos EUA, o que implicará na incorporação do anti-liberalismo de Schmitt enquanto instrumento de análise. Por último, são apresentadas considerações sobre a problemática aproximação entre a crítica do direito de Kennedy e a recep-

ção do antiliberalismo como crítica específica do direito e como crítica social *lato sensu* ao mesmo tempo.

1. Origem e significado do CLS: a crítica às instituições jurídicas liberais e a indeterminação do direito

Com mais de vinte anos de existência,³ o movimento CLS é constituído por um heterogêneo conjunto de posicionamentos e teorias conflitantes, condensadas na tradição de juristas críticos norte-americanos de esquerda e derivadas em parte do realismo jurídico, da filosofia pragmática, do estruturalismo francês, do marxismo frankfurtiano e da análise interdisciplinar (WOLKMER, 1995:37). Tem a pretensão assumidamente radical de minar as idéias centrais do pensamento jurídico moderno e colocar em seu lugar uma concepção diferenciada de direito (UNGER, 1983:1 / ver abaixo), voltada para a denúncia das “tensões e contradições entre ‘os ideais normativos e a estrutura social’.” (WOLKMER, 1995:38) O movimento originou-se da articulação de professores de direito e de outras áreas das ciências sociais e encontra na própria academia jurídica o local privilegiado de desenvolvimento político das idéias, reflexões e práticas críticas e “alternativas”⁴

3. O primeiro registro oficial da existência do *Critical Legal Studies Movement* foi a Conferência realizada em Madison, na Universidade de Winsconsin em 1977. Com a participação de cerca de 50 pessoas, entre professores e acadêmicos de direito e ciências sociais, a CLS se transformou em uma organização associativa voltada para o estudo de variados tópicos sobre teoria, prática e ensino do direito. A CLS igualmente estimula a produção científica de seus membros através de “networks”. (Cf. KENNEDY e KLARE, 1984:461-490; PAUL, 2001:701-720).

4. Os expoentes do movimento são Richard Abel, Peter Gabel, Robert Gordon, Thomas Heller, Morton Horwitz, Mark Kelman, Karl Klare, Duncan Kennedy, Martha Minow, David Trubek, Mark Tushnet, William Simon e Roberto

Os membros principais do movimento o descrevem e o identificam de perspectivas diversas, mas parecem concorrer para a construção de um quadro geral que aproxima e preserva a pluralidade de pontos de vista na sua conceituação. Para Duncan Kennedy, o CLS engloba, na realização de suas críticas ao sistema legal de matriz liberal, elementos que o constituem enquanto um “edifício em construção” a partir do qual as diversas formas de expressão da “teoria” se manifestam, tais como o organicismo (Hegel, Ruskin, Parsons), o antinomianismo (Kierkegaard, Nietzsche, Sartre), o estruturalismo (Marx, Freud, Foucault), e a semiótica (Saussure, Lévi-Strauss, Derrida) (KENNEDY, 2001:1147-1189). De acordo com Martha Minow, o movimento pode ser identificado enquanto um corpo relativamente diferenciado de outras análises do sistema legal porque persegue claramente quatro objetivos principais: 1) demonstrar que a interpretação (aplicação) das normas jurídicas pode ser utilizada para alcançar qualquer resultado; 2) detectar, através de análise histórica e socioeconômica, quais grupos sociais têm se beneficiado geralmente com a aplicação do direito; 3) expor a forma através da qual a análise jurídica objetiva legitimar seus resultados; e 4) favorecer visões sociais geralmente marginalizadas a fim de torná-las parte do discurso jurídico (MINOW, 1986:85). Em resumo, o projeto político do CLS

Mangabeira Unger, dentre outros (KENNEDY e KLARE, 1984:464ss). Não há como deixar de apontar a profunda semelhança política, acadêmica e metodológica do CLS com o Movimento do Direito Alternativo do início dos anos 1990 no Brasil, inclusive no que respeita aos debates e disputas internas, à propalada falta de identidade e unicidade do movimento, a vinculação da crítica teórica com o ativismo judicial de esquerda e com a reformulação do ensino jurídico, as faculdades de direito mais destacadas do cenário nacional como palco privilegiado de irradiação das idéias “progressistas” e as críticas gerais ao movimento pela sua falta de substância intelectual, pelo seu ecletismo teórico, messianismo, radicalismo e arrivismo. Ver, nesse sentido, a vasta bibliografia coletada por Wolkmer (1995).

pode ser descrito como uma crítica reconstrutiva gerada internamente ao direito e que objetiva a sua utilização enquanto instrumento emancipatório pelas classes oprimidas.

O CLS se caracterizará, portanto, como um movimento de crítica às concepções dominantes do direito e de sua realização judicial, a maioria vinculada a uma tradição formalista, que considera a adjudicação um procedimento de natureza exclusivamente jurídica e absolutamente coordenado pelas normas gerais e abstratas emanadas do Poder Legislativo. A crítica ao formalismo, uniformemente presente no CLS, é um componente que oferece uma forte pista do desenvolvimento mais remoto da teoria jurídica nos EUA e das origens do movimento CLS em particular.

O antiformalismo é, assim, um traço característico dos filósofos pragmáticos do começo do século XIX, para quem o racionalismo deveria ser substituído pelo empirismo como atitude filosófica fundamental (William James) e a verdade limitada a uma função instrumental ou funcional (John Dewey) (JAMES, 1974:9ss, DEWEY, 1959:154-155). Reproduzidos estes princípios pragmáticos fundamentais para a esfera da aplicação e do estudo do direito, aparece ainda no século XIX o realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes, de Karl Llewellyn, do jovem Roscoe Pound, de Wesley Newtcomb Hohfeld, de Artur Cobin e de Walter Wheeler Cook. O realismo jurídico definiu o perfil dos maiores juristas norte-americanos do começo do século XX e a sua dessemelhança com o pragmatismo filosófico anterior se deu através da desvinculação com o nominalismo (que, juntamente com o utilitarismo e o positivismo, eram os três genes do instrumentalismo pragmático) (JAMES, 1974:12-13, RODRIGUES, 1956:I a XXXIII). Os juristas realistas das décadas 1920 e 1930 repudiavam como crença ilusória a idéia de que conceitos e regras gerais provêm significação lógica e confiável para decisões jurídicas, reivindicando para a fun-

ção judicial um papel mais ativo na definição dos conflitos levados ao judiciário.

O fato de que a tradição da filosofia e da sociologia jurídica norte-americana se reportava diretamente ao antiformalismo empiricista do pragmatismo filosófico não eliminou a presença de observações ainda vinculadas ao normativismo. Nesse sentido, pode-se sustentar que dois dos maiores juristas do começo do século XX, em alguns de seus trabalhos, davam relativa importância para as idéias de categorização e generalização no direito (este é o caso de Holmes e Llewellyn). Como os pragmáticos, esses autores compreendiam, por outro lado, que as categorias e generalizações não tinham sentido algum fora das práticas e atividades jurídicas, ou seja, fora da experiência empírica (WINTER, 2001:748-749). Para Llewellyn, por exemplo, apesar das decisões judiciais demandarem a utilização de valores não racionalmente sopesados ou reconhecidos conscientemente, a indeterminação radical das regras jurídicas ainda não era a idéia nuclear acerca da decisão em si, que poderia ainda ser compreendida no seu sentido legal através de sua aproximação com a experiência (WINTER, 2001:749, WHITE, 1986:822). Apesar de não serem tão céticos em relação à natureza da decisão judicial como se tornaria depois o CLS, os realistas viam o fenômeno judicial através de um viés nitidamente político, o que fez a historiografia dos movimentos judiciais-legais dos EUA os identificar como predecessores do CLS (WINTER, 2001:749).

Essa primeira aproximação ao realismo como movimento que deu origem ao CLS sofreu, entretanto, alguns reparos significativos. Para G. Edward White, no seu *Do Realismo ao Critical Legal Studies: uma história intelectual truncada* (1986), portanto, esse vínculo ancestral entre realismo e CLS é menos direto e mais difuso, caracterizando-se enquanto uma tentativa do CLS de legitimação histórica de seu próprio movimento, muito menos influente, abrangente e respeitado,

se comparado com o primeiro. Outros movimentos jurídico-políticos, e que vieram logo após o realismo, como o *Law, Science and Policy* e o *Process Jurisprudence*, estabeleceram-se igualmente enquanto deconstrutores das opiniões judiciais e propositores de pesquisas empíricas, ou seja, enquanto críticos das instituições legais e teóricos do direito que propunham novos modelos de sistema judicial. O primeiro apontou para a necessidade de resultados mais progressistas e democráticos das decisões e o segundo, para a realização de políticas garantísticas e responsáveis através de um sistema institucionalmente mais esclarecido (WHITE, 1986:825-830).

Mas o elo perdido entre o realismo jurídico e o CLS e que identifica definitivamente a origem do movimento ora em estudo foi, segundo White, a criação, em 1964, da *Law and Society Association*, originando um movimento inicialmente restrito à pretensão acadêmica de estimular um diálogo interdisciplinar e posteriormente orientado para a investigação das distorções existentes entre o direito escrito e o direito em ação e para a elucidação dos efeitos disfuncionais das regras jurídicas e das políticas legislativas (WHITE, 1986:830). Assim, o movimento da *Law and Society* sugeria que o direito não era neutro e que não era possível a superação desse obstáculo, o que representa, em verdade, uma volta às raízes do realismo. A relação seminal com o CLS acontecerá, então, quando David Trubek aproveita a ênfase empírica dos movimentos anteriores e propõe: 1) ser impossível separar ideologia de metodologia de pesquisa, não sendo possível querer fazer reforma política através de metodologia neutra, e 2) equacionar o empiricismo “objetivista” daquelas escolas, que tendia a legitimar os fatos pesquisados enquanto inevitáveis, ou seja, como parte ineliminável da cultura jurídica norte-americana (WHITE, 1986:834). É esta diferença fundamental, i. e., a eliminação do positi-

vismo da postura empírica e reformista, que marca o CLS enquanto movimento que deriva diretamente da *Law and Society Association* e não do realismo jurídico anterior (WHITE, 1986:835).

Esclarecida a origem do movimento jurídico-crítico, base do pensamento de Duncan Kennedy e *locus* a partir de onde o mesmo irá compor as suas análises do sistema judicial, pode-se recorrer ao pensamento de Mangabeira Unger para se produzir um desenvolvimento inicial das idéias básicas e atuais do CLS e para se conhecer a posição de um dos opositores internos de Kennedy, objeto específico desse texto.

Unger, apesar de desenvolver nos seus estudos um processo de crítica mais geral da instância jurídica, com um viés construtivo, otimista e racional, se aproxima de Kennedy, no seu *The Critical Legal Studies Movement* (1983), quando sustenta que o CLS é primeiramente contrário ao formalismo como crença na possibilidade de se construir um método racional, impessoal e apolítico de análise e justificação legal que se opõe às disputas ideológicas e filosóficas intermináveis sobre os termos básicos da vida social; e ao objetivismo enquanto crença que a matéria legal engloba e sustenta o projeto defensável de associação humana, realizando-se enquanto ordem moral através de sua força normativa (UNGER, 1983:1-2). Se o formalismo é uma impossibilidade pelo fato de suas implicações não serem assumidas pela maioria dos entendimentos doutrinários, o objetivismo esbarra na supressão do reconhecimento de grupos de interesses, geralmente em conflito, responsáveis por pressões políticas concretas que conformam a própria legislação.

Desta forma, o criticismo inicial de uma parte importante do movimento CLS, do qual Unger é intelectual destacado, irá radicar especificamente num ataque teórico à estrutura das instituições liberais que lograram desenvolvimento a partir do século XIX, especialmente pelo fato

de reproduzirem um retrato ilusório e idealista da sociedade (UNGER, 1983:41 e 49). Esta realidade se torna mais forte especialmente a partir do momento em que a própria teoria social moderna, núcleo daquelas instituições, se perdeu enquanto filosofia da história, ou seja, enquanto tentativa de substituir a escatologia cristã – abandonada pela racionalidade instrumental – por leis históricas universais (CUI, 2001:12). O direito se torna o objeto específico de análise pelo fato de almejar e, ao mesmo tempo, de se mostrar incapaz de apresentar uma versão única e inequívoca de democracia e de mercado capazes de trazer estabilidade às relações sociais e de justificar a atuação do próprio Estado de forma específica, determinada e coerente.

Para Unger, isto significa dizer que a teoria jurídica geral que deveria justificar o sentido e a aplicabilidade das regras legais fundamenta-se em um modelo racional-legal, cuja natureza moral imanente estimula a sua própria sacralização. Esta *sacralização*, diz Unger, “toma a forma de um tratamento da ordem legal enquanto repositório de objetivos, políticas e princípios inteligíveis, em abrupto contraste com a visão normal e desencantada da política legislativa” (UNGER, 1983:9). A necessidade prática e/ou moral, intrinsecamente incoerente, de realizar a programação normativa da sociedade através das teorias jurídicas formalistas e objetivistas, incapazes de diferenciar certezas sobre a realidade social da experiência ordinária da própria vida social, aparece como uma derivação típica do projeto iluminista, especialmente naquelas que advogam a compreensão estrutural das instituições sociais e governamentais a partir de mecanismos conceituais derivados da idéia de direitos e princípios legais. Assim, mesmo que uma sociedade esteja inequivocamente vinculada a pressupostos “democráticos” e ao capitalismo, ainda pode necessitar enfrentar muitas questões não respondidas que respeitam ao que a vida social deva ser. O

direito passa a significar, então, um espaço estratégico de luta no sentido de poder demarcar as possibilidades de reconstrução política da sociedade (UNGER, 1983), numa perspectiva da teoria social antinaturalista que se denomina supraliberalismo, ou seja, “a realização das aspirações liberais pela mudança das formas institucionais liberais” (CUI, 2001:20).

As teorias do contrato tornam-se, assim, o núcleo da análise de Unger – e ele é um dos poucos a tecerem críticas detalhadas e filosóficas gerais ao liberalismo – por serem o fundamento geral das teorias do direito privado (civil, comercial, laboral e internacional), do direito público a partir do século XIX e, em especial, dos modelos de constitucionalismo do século XX, que têm como característica universal a a-historicidade ou a “forma canônica” da vida social e da personalidade individual, definidos pelo paradoxo político moderno por excelência: ou o homem moderno resigna-se a algum modelo estabelecido de ordem social ou enfrenta a guerra de todos contra todos (UNGER, 1983:12-15. 58ss. 99ss).⁵ A teoria do direito criticada por Unger fundamenta-se em critérios aparentemente objetivos e impessoais, que objetivam transformar o direito em um instrumento neutro e autônomo, capaz de “acomodar” e realizar interesses individuais (UNGER, 1979:139). O problema está no fato de que esta “acomodação” de finalidades individuais gera conflitos à lógica de resolução de litígios, fazendo com que os instrumentais de pacificação só possam funcionar quando abandonam a premissa inicial (que é a tomada de uma decisão que resolva o conflito) e adotam o consenso enquanto meio de “harmonização” dos cálculos de custo e benefício (UNGER, 1979:139-140).

5. A separação entre política e jurisdição, elemento nuclear da análise de Duncan Kennedy abaixo, já era apontada por Mangabeira Unger como derivada da ordem jurídica liberal (Cf. UNGER, 1979:64 e 76ss).

Como síntese da tradição de estudos críticos exposta até aqui, todos necessários para compreender a complexidade do argumento exposto na segunda parte deste trabalho, pode-se dizer que a insustentabilidade da generalização formal, apolítica e abstrata dos elementos que compõem as instituições jurídico-políticas irá marcar a desconfiança seminal do CLS – característica do pragmatismo político – nos instrumentos metafísicos de justificação ética caros ao moralismo liberal. Indicará também, um movimento definitivo de fuga das denominadas “grandes teorias” sociais e jurídicas e de adoção do que chamam de “teoria local” (deconstrução). Para Juan A. Pérez Lledó, a busca de explicações “científicas” globais do mundo social, baseadas em poderosas estruturas que se sucedem segundo tendências determinantes, trai para eles [o CLS] a idéia da complexidade e da contingência social e congela a possibilidade de imaginar ordens alternativas; seu ecletismo teórico renuncia, assim, a compatibilizar bagagem tão rica construindo uma teoria síntese coerente e opta, ao contrário, por uma espécie de bricolagem intelectual adaptando os mais diversos elementos para seu uso em práticas teóricas em pequena escala (LLEDÓ, 1995:138).

O CLS pode ser identificado, desta forma, como um movimento político-acadêmico de caráter teórico que objetiva a eliminação das distinções entre teoria e prática e entre conhecimento e política caros à tradição jurídica positivista, atuando através de uma crítica ideológica fundada em uma epistemologia antipositivista e marxista. Esta *praxis* teórica aponta para o exame do direito enquanto instrumento de produção, conformação e reprodução de uma representação da realidade que mascara as possibilidades de transformação social realizáveis através das próprias instituições jurídicas, que são alijadas desta possibilidade pelo processo de alienação e de separação da política efetuados pela tentativa históri-

ca-contingente de autonomização do direito, identificada aqui pelas limitações institucionais do credo jurídico-liberal (LLEDÓ, 1995:139), e dos processos de hierarquização social decorrentes. Nesse roteiro de superação das limitações contextuais da organização social moderna, por outro lado, uma parte considerável do movimento anota a relevância do próprio Poder Judiciário enquanto espaço de revisão dos resultados da legislação e de transformação das estruturas de poder da sociedade.⁶

Determinado o espaço onde se situa o discurso do CLS em geral, torna-se possível analisar o discurso de Kennedy em particular.⁷ Assim, pode-se perceber preliminarmente que a crítica ao processo de decisão judicial – onipresente em todo o CLS – se constituirá como núcleo da obra de Kennedy. Surgirá em suas análises como crítica das hierarquias conceituais de corte moderno, já que explicita no discurso sobre os direitos e nas diferenciações categoriais como a que hierarquiza a relação sujeito/objeto. Como uma boa parte do CLS, Kennedy também objetiva demonstrar a contingência e parcialidade de qualquer ordem hierárquica através da inversão das hierarquias postas pelo discurso e instituições jurídicas. Desta forma, em vez de analisar os elementos objetivos que comporiam tradicionalmente e/ou poderiam continuar fazendo parte das estruturas legais (construtivismo vinculado à visão de Unger), a próxima parte deste trabalho tentará mostrar como Kennedy explora es-

6. Isto ocorre desde a afirmação do Poder Judiciário e do próprio litígio judicial enquanto processo social, exemplificado por integrantes dos CLS desde o combate histórico dos advogados negros à segregação escolar nos EUA até as alternativas hermenêuticas proporcionadas ao juiz de direito pelo denominado julgamento contextual (Cf. TUSHNET, 1987, SIMON, 2001, UNGER, 1983).

7. Mangabeira Unger é, inclusive, visto como um comunitarista que, apesar de sua influência fundamental na origem e na vinculação do CLS às críticas ao liberalismo e à proposição genérica a um ideal de emancipação humana, não integra o movimento do CLS em um senso estrito (Cf. LLEDÓ, 1995:144, nota 7).

pecialmente os elementos subjetivos ocultos e determinantes na prática judicial, que reputa distintos da aplicação racional-dedutiva das normas e indicadores da inexistência de neutralidade e racionalidade do direito (RODRÍGUEZ, 1999:52-53). E é especialmente no que respeita à análise do processo de decisão judicial efetuado por Duncan Kennedy que o próximo capítulo objetiva refletir.

2. A indeterminação do CLS e a recepção do decisionismo de Schmitt: a crítica anti-liberal de Duncan Kennedy à prática judicial

Com a apresentação desses apontamentos genéricos, torna-se possível identificar qual é o ponto seminal de ataque ao direito – ou qual o conceito interno fundamental para a realização da crítica pretendida pelo movimento e por Kennedy às instituições –, e que pode ser explorado enquanto objeto de análise a partir de uma perspectiva teórica persuasiva, i. e., a partir da produção de um argumento que coloque em discussão os pressupostos de validade que sustentam a prática de um movimento político específico (o CLS), e do discurso de um autor em particular (Kennedy). É exatamente contra a visão racional do processo de reforma das instituições que Duncan Kennedy irá se insurgir, no seu *Uma crítica da adjudicação* (1997), radicalizando a crítica ao direito do CLS a partir de uma perspectiva vinculada ao pós-modernismo deconstrutivo de Jacques Derrida, presente na sua conferência *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”* (1989).

No texto que inspira toda a discussão de Kennedy, Derrida argumenta que a deconstrução, enquanto processo de reformulação e avaliação da prática do direito, é a própria realização da justiça (DERRIDA, 1997:35-36), já que a decisão

de um juiz, para ser justa, necessita realizar uma interpretação reinstauradora, como se a lei não existisse anteriormente a este ato “inaugural”, que traz o “frescor” da criação e da criatividade na reinvenção, re-justificação e reafirmação da regra abstrata (DERRIDA, 1997:52-53). Apesar da indeterminação da norma ser aqui um elemento ainda secundário, Kennedy irá se destacar da tradição relativamente moderada do CLS como um todo – moderação relativa a esta comparação específica – em sua aproximação de Derrida, quando este último afirma a imprescindibilidade da decisão para a realização da justiça e o caráter de necessária insegurança e incalculabilidade da própria decisão (DERRIDA, 1997:55-57). A inversão do processo decisório, realizada pela análise de Derrida, é um dos pontos de partida para Kennedy iniciar a sua análise da dinâmica de reforma institucional, aprofundando o projeto do CLS em uma direção em que a crítica ao formalismo adquire proporções inusitadas. Nesse sentido, dentre as matrizes teóricas reconhecidas pelos próprios integrantes como essenciais à formação do CLS, se destaca para Duncan Kennedy, no seu texto *Uma semiótica da crítica* (2001) – e ao lado da perspectiva crítica de Derrida, pontuada acima – o “antinomianismo”.

Segundo Kennedy, o antinomianismo significa que a tomada de decisão de atores morais e políticos não se justifica pelos princípios que aparentemente orientam aquelas escolhas, “porque está ‘na natureza’ dos princípios que os mesmos se contradigam ou ‘fujam’ exatamente quando mais precisamos (e queremos) que nos digam o que fazer;” (KENNEDY, 2001:1158) porque os mesmos são, nesse sentido, antinômicos. Assim, o “antinomianismo” diz respeito às formas concretas da tomada de decisão. Esta “fenomenologia” da tomada de decisão necessita da inspiração ou da intuição para se efetivar. O antinomianismo repousa, então, no fato de se poder compreender que as decisões de atores

sociais não são justificadas pela aplicação de princípios que governariam as condutas mas sim que esta estratégia comportamental é arbitrária e indeterminada (KENNEDY, 2001:1158). Assim, é da decisão propriamente jurídica que tratam as análises de Kennedy em especial.

Para Kennedy, “o processo discursivo através do qual as regras são feitas, aqui denominado de adjudicação recursal, tem conteúdo e significação ideológicos” (KENNEDY, 1997:23). Os efeitos da negação dos operadores jurídicos em reconhecer o caráter ideológico (e político) do direito são a redução do poder das maiorias legislativas ideologicamente organizadas, o incremento do poder de frações das *intelligentsias* jurídicas e a legitimação do *status quo* pelo reforço de sua aparência de naturalidade, necessidade e relativa justiça (KENNEDY, 1997: capítulos 9, 10 e 11, p. 215ss). Desse modo, a crítica ao liberalismo jurídico dominante deve ocorrer, segundo o autor, tanto pelo fato da visão liberal sobre a criação e a aplicação de regras não corresponder mais à realidade institucional norte-americana contemporânea, quanto pelo fato desta visão fundamentar uma perspectiva que elimina o caráter essencialmente político da atividade jurídica (da atividade judicial, em particular). A questão preliminar é dupla: demonstrar que a separação entre produção e aplicação normativa é falsa e vinculada ao credo liberal e provar que os juízes, mesmo decidindo questões de caráter judicial nos chamados “casos difíceis” estão produzindo direito, deixando, nesse processo, de ser neutros e objetivos na definição de suas decisões.⁸ Assim, o processo de adjudicação –a atuação

8. Diz Kennedy: “Entendo por ‘Liberalismo’ a crença nos direitos individuais, na regra da maioria, e na regra do direito. Teorias liberais sobre a regra do direito requerem separação de poderes, o que significa a proteção de direitos individuais num regime de regra da maioria. A separação entre instituições legislativas e judiciais corresponde exatamente à distinção entre legislação e adjudicação enquanto métodos de decisão. Legisladores devem legislar e somente legislar; cortes devem

do poder judiciário na busca de resolução de conflitos – nos EUA significa e pode ser compreendido, segundo Kennedy, como um espaço onde “interesses” são distribuídos “ideologicamente”, ou seja, o autor afirma que as decisões judiciais sobre conflitos de interesses derivam de um trabalho muito pouco jurídico e muito mais político. Este fato, ao ser persistentemente negado pelo *establishment* legal e político, traz conseqüências decisivas à conformação do sistema político.

A crítica ao direito na obra de Kennedy é, em momentos específicos, muito próxima daquela de Unger, exposta acima – porque estruturada enquanto crítica da visão liberal das instituições jurídicas –, embora Kennedy não pretenda se valer de um supra-liberalismo, essencialmente racionalista e propositivo, enquanto norte de sua crítica social.⁹ Segundo o autor, a sua própria análise radica filosoficamente na confluência da pós-modernidade e do modernismo (impulso irracionalista e esteticista de demolição dos fundamentos do *status quo*) e, politicamente, enquanto proposta de esquerda (revolução hierárquica e busca de maior igualdade e participação) (KENNEDY, 1997:6 e 340-342). Portanto, o objetivo da investigação que identifica os mecanismos através dos quais a ideologia particular de cada ator judicial influencia as decisões é o de estabelecer uma crítica que deslegitima o direito

adjudicar e somente adjudicar, mesmo que, de fato, possam violar essas limitações normativas. // Nesta visão normativa, o processo de produção legal requer julgamento de valores, que são inescapavelmente subjetivos, e portanto políticos. (...) Contrariamente, legisladores não devem julgar. Adjudicação (aplicação da lei) determina os direitos de partes em disputas. Liberais, tanto das escolas positivistas quanto das do direito natural, concordam que a regra do direito significa que as partes têm o direito de determinação de seus direitos, da forma em que estiverem estabelecidos, através de um processo que não está corrompido pelas preferências políticas subjetivas da maioria.(...) Adjudicação, nessa visão tradicional, não pode ser política, porque envolve questões de significado e questões de fato que são independentes de julgamentos de valor (objetivas).” (KENNEDY, 1997:27)

9. Kennedy chama a percepção “pós-liberal” de Unger de *Pink Theory* (Teoria Cor-de-rosa) (Cf. KENNEDY, 1997:280-294).

tradicional, ao mostrar que este não é natural e que não é um *background* institucional apolítico no qual as práticas seriam governadas por requerimentos técnicos, mas sim uma parte do sistema político que resolve questões relativas a conflitos de grupos ideologizados, assim como a própria instância legislativa (KENNEDY, 1997:248). Desta forma, a crítica jurídica interna proposta pelo autor possibilita “*deslegitimar a ordem existente em termos de sua própria teoria de base, e isto pode sugerir modos nos quais a instituição da adjudicação representa um papel estabilizador em nosso tipo particular de capitalismo*” (KENNEDY, 1997:294).¹⁰

Kennedy irá definir sua análise – pela leitura pessoal de Derrida que realiza, dentre outras influências – a partir de um ponto de vista claramente pessimista, apontando a necessária perda de fé na regra do direito e na própria racionalidade argumentativa característica desse discurso, no momento em que se compreende a sua estruturação enquanto instrumento político facilitador de jogos de interesses escusos e velados, responsáveis por aquele papel de estabilização. A natureza indeterminada (e

10. A questão da estabilização é melhor explicada por Unger, para quem o problema do sistema estabelecido do direito é o de que a existência de direitos unitários, absolutos e consolidados de propriedade gera uma resistência à possibilidade de descentralização e inovação econômica permanente. Com isso, se produz um conflito constante entre prática da democracia e organização da economia que gera a necessidade artificial de um padrão específico de organização social que responde pela manutenção das hierarquias e privilégios de todo tipo. Assim, esse processo de estabilização gerado pelas instituições jurídicas é um processo de estabilização de um determinado padrão social que reproduz a desigualdade de oportunidades e que demanda um sistema de direitos reconstruído. Nesse sentido, “os instrumentos legais para garantir o acesso a parcelas divisíveis do capital social deveriam contribuir para a construção da ordem econômica descentralizada.” E é no sentido de proteger o interesse do cidadão em quebrar os monopólios sociais de reprodução da opressão que Unger propõe a criação de direitos de desestabilização, que objetivam assegurar a constante crítica e revisão das instituições e práticas sociais no intuito de eliminar o “privilégio fraccionário” atualmente estimulado pelas instituições jurídicas e pelo sistema de direitos tradicionais (Cf. UNGER, 1983:43ss, UNGER, 2001:357ss).

nem sempre legitimadora) dos direitos, que são geralmente neutralizados nas suas possibilidades emancipatórias por elementos externos ao discurso jurídico capaz de implementá-los, não permite uma previsão razoável dos resultados derivados de sua aplicação, tornando-se esse discurso claramente arbitrário. Ao adotar essa posição, Kennedy explicita o seu ceticismo ante o argumento judicial através do qual é possível reivindicar direitos:

“Perder sua fé na razão judicial significa experienciar o argumento legal como “mera retórica” (que não é nem “errada” nem “sem sentido”). A experiência da possibilidade de manipulação (manipulability) é perversiva, e parece óbvio que o que quer que resulte da decisão, não é a correta aplicação do raciocínio legal sob um dever de fidelidade interpretativa às matérias. Isto não significa que o arrazoamento legal não produza clausura. Pode acontecer. Mas quando ocorre, esta experiência não determina, para uma pessoa que perdeu sua fé, que a clausura estava fundada em algo “exterior” ao qual a razão correspondia.” (KENNEDY, 1997:311-312)

Note-se aqui a diferença entre o argumento crítico de Kennedy em relação à análise do CLS. De um lado, tem-se como característica geral de ambas as críticas que o ataque às contradições do modelo formalista de direito (UNGER, 1979:214ss), aponta para a indeterminação da própria linguagem do direito e para a discricionariedade do intérprete judicial. Na verdade, o problema do direito é, para muitos autores vinculados ao CLS, muito mais o da (in)definição de sua substância que o da incapacidade de restringir essa indeterminação através de seus mecanismos formais, o primeiro definindo e se sobrepondo ao segundo. Nesse sentido, a tentativa de solucionar tal impasse proposta, por exemplo, por Dworkin – a jurisprudência de princípios, fundada na ponderação entre princípios e na reconstrução de uma teoria integradora coerente – carece de ob-

jetividade por prometer o impossível, segundo o movimento: enfrentar a dimensão político-moral do direito de forma racional, e, portanto, está afastada a priori enquanto saída possível (LLEDÓ, 1995:141). Pode-se dizer, então, que uma parte dos teóricos do CLS tem como argumento central o fato de que “a indeterminação fundamental do direito expõe a natureza arbitrária da adjudicação legal e promove a oportunidade para estratégias mais libertárias para o direito e para a justiça social” (McCORMICK, 2000:1693-1722). Em resumo, se trata, ao menos segundo a perspectiva delineada pelos textos de Mangabeira Unger, de uma crítica interna da razão jurídica e das contradições que podem ser identificadas nas próprias disciplinas e instituições vinculadas ao Estado de direito (LLEDÓ, 1995:140).

Por outro lado, a interpretação de Kennedy destoa do CLS em geral, pois a sua aproximação a uma crítica decisionista, explicitada pela aprovação do “antinomianismo racional”, renega o caráter de crítica “interna”, num processo de radicalização do argumento do movimento. Para Kennedy, o decisionismo, enquanto antinomianismo racional, inicia o seu trajeto conceitual na idéia de desencantamento, derivada da generalização do processo de racionalização do mundo identificado por Max Weber.¹¹ O desenrolar histórico que desemboca na incapacitação dos atores políticos em preencher e resolver as lacunas e contradições éticas através da inspiração transcendental gera uma espécie de deslocamento de poder dos atores individuais para as práticas burocráticas e tecnocráticas impessoais. Tal fenômeno, característico da modernidade, importa, para Kennedy, na medida em que a sociologia de

11. Nesse sentido, a passagem do antinomianismo (i. é, a interpretação da tomada de decisão por atores políticos) para o decisionismo é a passagem de um modelo de justificação transcendental da decisão (judaico-cristão ou nietzschiano) para uma análise interna da própria decisão enquanto ato político propriamente dito, que só ocorre a partir de Weber (Cf. KENNEDY, 2001:1161).

Weber permite seu estudo, o que representa, de fato, o estudo do próprio decisionismo (KENNEDY, 2001:1161-1162).

O decisionismo pós-nitzscheano significa que se acredita que as pessoas “somente decidem”, i. e., que não se pode dar uma explicação racional ou inspiracional a alguma escolha que é convincente para nós mesmos ou para outrem. Dizer que alguém é um decisionista é dizer que ele acredita que, em certos domínios de escolhas, são elas “inexplicáveis” nos termos de qualquer conjunto de critérios (KENNEDY, 2001:1162).

O decisionismo é, assim, redefinido como sendo a consciência da impossibilidade de determinar o fundamento da escolha. É, ao mesmo tempo, o instrumento de desvelamento das convenções que estabilizam o direito de forma artificial e o instrumento que possibilita a análise crítica de discursos específicos de justificação que supostamente seriam os responsáveis pelo direcionamento da decisão. Não sendo mais possível considerar, como faz o CLS, que a adjudicação constitui-se necessariamente de uma estrutura passível de controle e direção para objetivos emancipatórios, mas sim, de elementos irracionais ocultos e mesmo não identificáveis através da análise racional, chega-se forçadamente à conclusão que as eventuais limitações formais à decisão, se pudessem existir de fato, não dariam conta de controlar a indeterminação constitutiva do próprio processo decisório. O decisionismo revela, desta forma, a natureza inócua da política jurídica institucional de pretensões reformistas, eliminando definitivamente a instância judicial como local de resolução de conflitos. Nesse sentido, Kennedy identifica a própria política enquanto projeto ideológico que objetiva a resolução vitoriosa da relação de grupos de interesse em conflito através da universalização dos interesses que defendem privadamente e por isso a decisão judicial é indeterminável a priori (KENNEDY, 1997:39-42) e, por ter natureza estritamente política, funda uma hierarquia institucional que legitima discursivamente a opressão.

A política, ao se realizar através da instituição estatal, passa a se justificar funcionalmente como uma decisão que põe fim a um conflito que demanda o arbítrio judicial. Porém essa decisão judicial depende, de fato, exclusivamente de quem tem o poder político de decidir e de impor seus objetivos sobre a questão. Característica essencial dessa estrutura conceitual é que, no caso do juiz de Kennedy, a decisão se realiza sempre, não sendo a situação de exceção um fator fundamental de identidade entre o decisionismo político e o judicial (KENNEDY, 2001:1168). De qualquer sorte, Kennedy sustenta que o juiz passa a ser identificado com “uma espécie de ditador” (já que se está falando do Poder Judiciário enquanto poder político burocraticamente definido) que tem a exclusiva capacidade de “somente decidir”, utilizando-se para isto de um “discurso justificatório maleável projetado mais para camuflar seu poder do que para publicizá-lo” (KENNEDY, 2001:1168).

Essa vinculação com o decisionismo, crítico do direito liberal, tem um paralelo óbvio com a tese nuclear da teoria política do jurista alemão Carl Schmitt no seu *O conceito do político* (1932), em que o Estado, enquanto conceito, só pode ser definido quando pressupõe a instância do político, ou seja, o Estado é uma situação ou estado (*Zustand*) que fornece a medida em caso de decisão (SCHMITT, 1997:43ss), portanto é algo (instituição, organismo, máquina ou pessoa) que compõe e se submete enquanto parte à política, mas com ela não se confunde. Dizer que o Estado é uma parte da política significa afirmar, em primeiro lugar, que a dimensão do político transcende o Estado, regulando mesmo a sua existência e o seu funcionamento e, em segundo lugar, significa sustentar uma crítica ao discurso liberal do século XIX que vê no Estado o começo e o fim da política (SCHMITT, 1997:44-47). Identificar o espaço do político, determinando seu âmbito e especificidade depende, para Schmitt, do estabelecimento de conceitos que diferenciem seu domínio do da moral, da estética e da economia. Com efeito, o

político é definido como a situação empírica limite em que forças sociais em oposição precisam por fim ao conflito que as atingem, sendo elas, ao mesmo tempo, discriminadas a partir da distinção amigo/inimigo (SCHMITT, 1997:51ss).

O que importa salientar nessa definição “bélica” da política (descrita na introdução como *Realismo de Guerra*) é que o ataque ao liberalismo se dá pelo viés da crítica ao formalismo normativo atribuído ao racionalismo liberal (SCHMITT, 1997:54).¹² Essa visão sociológica da política enquanto fenômeno definível através da verificação empírica de uma situação de impasse, aproxima-se da definição adotada posteriormente por Kennedy na medida em que o conflito só pode ser eliminado simbolicamente pela aniquilação do discurso oposto, i. e., pela ação hierarquicamente superior e judicialmente decisiva que propicia a vitória de uma determi-

12. Isto vai se refletir no ataque de Schmitt ao Parlamentarismo, ao Constitucionalismo, à divisão entre Estado e sociedade civil, ao direito internacional, ao liberalismo enquanto filosofia da história que nega a historicidade da política e se recusa a decidir sobre o humano (Cf. SCHEUERMAN, 1999). As diferenças entre o formalismo, o liberalismo, o realismo jurídico e o decisionismo de Kennedy e de Schmitt, no que diz respeito ao grau de determinação das regras jurídicas prescritivas, podem ser assim sumariadas (seguindo a classificação de Scheuerman): 1) o antigo formalismo liberal considera a exegese vinculada à “vontade do legislador” a única possibilidade de aplicação correta do direito, estabelecendo a tese da determinação estrita das normas jurídicas (Montesquieu); 2) o liberalismo jurídico positivista declara uma esfera limitada de discricionariedade da decisão judicial, na tese da indeterminação limitada das normas (Hart e Kelsen); 3) o realismo e o liberalismo jurídicos contemporâneos, reconhecendo que a lei somente serve de guia mínimo para sua interpretação e aplicação – atividades que são naturalmente muito mais abertas por vincularem-se a casos concretos –, endossam a tese da sobredeterminação das normas, indicando a regularidade da decisão judicial tanto na sobreposição das regras do mercado econômico livre (Posner), quanto na limitação realizada por ideais liberais de equidade e justiça (Dworkin); finalmente, 4) o decisionismo de Kennedy advoga que a regra do direito é um mito enquanto princípio regulativo da decisão – denunciando, assim, a ubiqüidade do poder discricionário na democracia liberal contemporânea –, e abraça a tese da indeterminação radical da decisão, cujas conseqüências (a necessidade de implodir as instituições liberais e desmascarar a hipocrisia do discurso formal-legal) são comungadas por Schmitt (Cf. SCHEUERMAN, 1999:8ss).

nada verdade sobre os rumos do “combate”. A questão é que essa decisão resolutiva é necessária e profundamente antidemocrática, pois negar o direito da existência do outro é o que permite a sobrevivência do detentor do poder decisório.

Para Schmitt, na *Teologia política I – quatro ensaios sobre soberania* (1922), a decisão define a soberania dos poderes em conflito no espaço político. Soberania é um conceito limite e soberano, portanto, é aquele que decide sobre o estado de exceção (SCHMITT, 2001:23): a soberania é também um *status* essencialmente político que tem a qualidade especial de atribuir diferenciação entre vencidos e vencedores. Os próprios elementos que compõem e fundamentam a decisão são indeterminados, já que, por ela acontecer em um momento excepcional, “tanto as condições como o conteúdo da competência são necessariamente ilimitados” (SCHMITT, 2001:24). Em um escrito posterior, chamado *Sobre os três modos de pensar a ciência jurídica* (1934), Schmitt lembra que a decisão sobre o político é, de fato, o último fundamento da existência do direito e é propriamente um ato de vontade que se encontra acima e fora do ordenamento jurídico: “a fonte de todo ‘direito’, ou seja, de toda norma e ordenamento que dele derivem, não é o mandato enquanto tal e sim a autoridade e soberania de uma última decisão que vêm dada com o mandato” (SCHMITT, 1996:26-27). Para Kennedy, da mesma forma, a decisão judicial, por derivar de interesses fincados na ideologia, privilegia necessariamente os detentores do *status quo* e o juiz nunca assume o fato de que seus critérios são ideológicos.¹³ A força simbólica da autoridade judicial provoca o “efeito de conversão” que significa a legitimação pública de uma decisão que, no fundo, é indetermina-

13. Para Kennedy esse gesto simboliza o respeito a convenções não escritas que dirigem a prática tradicional da judicatura, só demonstráveis através da crítica alternativa de natureza interpretativa (Cf. KENNEDY, 1997:55).

da, tem caráter ideológico e não é, portanto, jurídico-racional (KENNEDY, 1997:63).

Note-se, assim, que o conceito do político de Schmitt é a fonte de inspiração para o conceito de indeterminação da decisão de Kennedy, já que a interpretação jurídica, para o decisionismo, é soberana, e seu método não é definido pelo silogismo lógico, mas por critérios estranhos ao direito – embora, para Schmitt, o método reste ancorado no campo jurídico (MURA, 1988:20) e, para Kennedy, seja este o único lugar onde não se encontra. A questão da indeterminação da decisão pode, então, ser esclarecida a partir de um viés político. Kennedy, que se reconhece como um decisionista, sustenta que o problema de Schmitt (“ao lado do mesmo ser um fascista”) é o fato de ser organicista, i. e., por acreditar que entre as possibilidades de dar fim ao conflito está a recorrência à crença da homogeneidade nacional (eliminação dos judeus) ou à capacidade pessoal e psicológica do líder político. O decisionismo, segundo o autor, é um elemento muito menos negativo, nesse sentido, por não implicar, necessariamente, esses elementos (KENNEDY, 2001:1166). O problema está no fato de que a própria crítica de Kennedy, ao mesmo tempo em que reconhece no organicismo liberal a constituição de uma clausura racional universalista na ética e na teoria social (como pretensão de cientificidade), aponta o decisionismo enquanto possibilidade de desvelamento do discurso organicista (KENNEDY, 2001:1183ss). A interpretação da decisão, em Kennedy, justifica a afirmação de que o direito e a decisão judicial se tornam uma extensão da política: daí a necessidade do movimento ideológico de judicialização da política, ou de judicialização dos temas políticos mais sensíveis referentes a grupos e práticas sociais; ao desenho do mercado, das burocracias e da família; à eleição do tratamento ou da repressão como modelo para o exercício do poder sancionador do Estado; e, finalmente, aos procedimentos de tomada de decisão (KENNEDY, 1997:43-46).

Ocorre que Kennedy, ao estimular que a “luta” ideológica contra a opressão se realize dentro do Judiciário, reconhece o campo do discurso judicial como um local efetivamente privilegiado para a realização de “transformações”, esquecendo o caráter essencialmente “de classe” que atribui à instância jurídica. Nesse sentido, utiliza a crítica decisionista de uma forma que acaba se tornando propriamente organicista, já que vincula a sua concepção de decisão judicial ao conceito de política de Schmitt. Isto significa que Kennedy, ao adotar a crítica schmittiana da indeterminação radical da decisão judicial enquanto crítica política das categorias jurídicas liberais, simplesmente inverte o clássico argumento realista do contratualismo moderno: “[O] antinomianismo ensina que qualquer que seja a ordem na qual consintamos em fazer escolhas sobre-determinadas com largos riscos, colocamo-nos à mercê de ditadores schmittianos, *na sombra da guerra de todos contra todos*” (KENNEDY, 2001:1187 (grifo nosso)). Assim, a mensagem que deve ecoar é que, ao aderir politicamente à aplicação liberal das normas jurídicas, tornamo-nos reféns de uma espécie de ditadura do Judiciário que, ao utilizar-se do discurso dos direitos e do direito liberal como um todo, autoriza e reproduz a opressão generalizada e a sobreposição econômica, política e social entre classes em disputa.

Este argumento objetiva reproduzir-se tão-somente pela ameaça que nele subjaz, revelando-se mais uma vez como *Realismo de Guerra*, já que encontra-se profundamente vinculado com o discurso organicista da instabilidade como *leit motiv* da transformação social, já que o próprio Kennedy sustenta que “[o] organicismo nos ensina que temos funções dos sistemas normativos além de nosso controle, historicamente e em comparação cultural cruzada, consentindo no que quer que o todo ordene” (KENNEDY, 2001:1187). A crítica transforma-se em ameaça velada, pois, se se reconhece a decisão judicial como ferramenta válida de composição social, instru-

mentaliza-se silenciosamente o gérmen que alimenta o descontrolo do poder. Assim, o mesmo argumento da desordem e da desestabilização é utilizado tanto para demonstrar a indeterminação inerente ao discurso jurídico e às suas instituições, quanto para estimular aderência a qualquer discurso que seja antiliberal (KENNEDY, 2001:1187). Este paradoxo estimulado pelo raciocínio de Kennedy, ao mesmo tempo em que não deixa alternativas que possam ser democraticamente postas em debate para a resolução da indeterminação, parece estimular a aderência à sua crítica – em que pese esta apontar para outros discursos antiliberais como respostas possíveis à crença liberal – por estimular a sensação de insegurança ao se querer pensar fora dela.

3. Considerações finais

O contratualismo moderno propunha, como alternativa à guerra hipotética ou provável, um sistema de ordenação social caracterizado pela possibilidade de controle público de suas razões. Nesse sentido, a importância da crítica de Kennedy à indeterminação do direito é que, através dela, se torna possível um ataque a todo sistema político liberal na medida em que este é chamado a comprovar as suas razões. Tal ataque, entretanto, parece ser tecido a partir de premissas universalistas do mesmo modo que os próprios discursos dos direitos, da solidariedade e da democracia são constituídos. Assim, o conjunto de valores que compõe o discurso liberal é classificado pelo CLS e por Kennedy tanto como projeto inalcançável pelas instituições liberais, como, paradoxalmente, um objetivo político ainda válido e realizável.

Esta constatação tem uma substancial natureza dramática, já que a alternativa política ao ordenamento jurídico não é necessariamente a emancipação do sistema capitalista, com a

conseqüente instauração da democracia substantiva, da igualdade e da distribuição equânime de bens e oportunidades. Este caminho não é historicamente imperativo. E é aí que o exemplo histórico-político de Carl Schmitt é esclarecedor: perceber a crise do direito e das instituições liberais o levou a escolher o caminho da determinação dos fundamentos da decisão através do terror totalitário personalizado no voluntarismo de uma liderança carismática. Se o poder soberano absoluto não é alcançável pela regra do direito, pelo fato de a decisão conseqüente ser de natureza indeterminada, a solução mais simples pode ser recorrer à liderança personalista e evitar as lacunas e antinomias que impedem a decisão, prestando juramento ao Führer: esta acabou sendo a escolha de Schmitt.

A reconstrução que necessariamente deve vir após a desconstrução de Kennedy aponta, pelo menos em uma parte do movimento CLS, para posições ainda próximas do próprio liberalismo (vide Unger). A escolha de Kennedy, entretanto, não adianta nenhum indício de que se possa ter “controle” das conseqüências da negação do direito devido ao fato do mesmo ser um simples instrumento de exploração humana, ou de manutenção e reprodução das desigualdades sociais. Isto ocorre por ter Kennedy uma percepção da política enquanto dinâmica que prescindir de padrões de organização passíveis de publicização ou de legitimação. Como um movimento que emerge do direito público e privado norte-americano dos anos 70 e 80, o CLS “facilita a corrupção das potencialidades normativas do direito contemporâneo, mas não coloca virtualmente nada construtivo em seu lugar, exceto um tipo situacional de jurisprudência” (McCORMICK, 2000:1704-1705), o que nem mesmo é totalmente abalizado pela crítica do direito de Kennedy.

Em resumo, a crítica à indeterminação da adjudicação ainda não aponta para um projeto que esteja ao menos livre da sombra das conseqüências da crítica ao liberalismo de

Schmitt, ou da assunção do próprio projeto liberal (CLS) como possibilidade concreta. De um lado, a clara relação entre os argumentos de Kennedy e os de Schmitt recomenda cautela para a sua completa e tranqüila aceitação, pois o futuro, na teoria política que subjaz ao discurso de ambos, é, efetivamente, indeterminado, já que o individualismo que sustenta as instituições liberais passa a ser uma antítese de qualquer possibilidade de ordem social.¹⁴ Por outro, é impossível conciliar a eliminação do direito – por ser, nessa lógica, um discurso exclusivamente justificador da dominação –, com o reconhecimento da capacidade de pacificação social dos valores liberais, já que o liberalismo, sem a regra do direito, tende a se transformar em liberalismo econômico (ou neo-liberalismo), comandado pela *lex mercatoria*, de cujas consequências ainda não conseguimos nos libertar.

Referências Bibliográficas

- CUI, Zhiyuan. Prefácio. In: UNGER, Roberto Mangabeira. *Política: os textos centrais*. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Argos, 2001. p. 11-22.
- DERRIDA, Jacques. *Fuerza de Ley* – el “fundamento místico de la autoridad”. Madrid: Tecnos, 1997. p. 35-36.
- DEWEY, John. *Reconstrução em filosofia*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959. p. 154-155.
- JAMES, William. Pragmatismo. In: *James, Dewey, Veblen* – Volume XL. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção os Pensadores).
- KENNEDY, Duncan, KLARE, Karl E. A bibliography of Critical Legal Studies. *The Yale Law Journal*. v. 94, p. 461-490, 1984.
- KENNEDY, Duncan. A semiotics of critique. In: CARDOZO LAW REVIEW. *Critical Legal Studies (début de siècle)*: a

14. Nesse sentido, ver o argumento de Silva (2001:238ss).

- simposium on Duncan Kennedy's a critique of adjudication. New York: Yeshiva University, v. 22, n. 3-4, p. 1147-1189, mar. 2001.
- _____. *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes / Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana / Instituto Pensar / Ediciones Uniandes, 1999.
- _____. *A critique of adjudication: fin de siècle*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1997.
- LLEDÓ, Juan A. Pérez. "Critical Legal Studies" y el comunitarismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Madrid: Universidad de Alicante, n. 17-18. p. 137-164, 1995.
- MCCORMICK, John P. Schmittian positions on law and politics?: CLS and Derrida. In: CARDOZO LAW REVIEW. *Carl Schmitt: legacy and prospects – a international conference in New York City*. New York: Yeshiva University, v. 21, n. 5-6, p. 1693-1722, maio 2000.
- MINOW, Martha. Law turning outward. *Telos*, v. 73, 1986.
- MURA, Gianvittorio. *Carl Schmitt: tra decisionismo e dittatura*. Itália: Edizioni Bucalo – Latina, 1988.
- PAUL, Jeremy. CLS 2001 – introduction. In: CARDOZO LAW REVIEW. *Critical Legal Studies (Début de Siècle): a simposium on Duncan Kennedy's a critique of adjudication*. New York: Yeshiva University, v. 22, n. 3-4, p. 701-720, mar. 2001.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. Notícia Bio Bibliográfica. In: CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. São Paulo/ Rio de Janeiro/ Recife/ Porto Alegre: Editora Nacional de Direito LTDA., 1956. p. I-XXXIII.
- RODRÍGUEZ, César. Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidade de los jueces – los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial. In:

- KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes / Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana / Instituto Pensar / Ediciones Uniandes, 1999. p. 17-88.
- SCHEUERMAN, William. *Carl Schmitt – the end of law*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1999.
- SCHMITT, Carl. Teología política I – cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía. In: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo e selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 19-62.
- _____. *O conceito do político*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- _____. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.
- SILVA, Bernardo Medeiros Ferreira da. *O risco do político – a crítica ao liberalismo na obra de Carl Schmitt entre 1919-1933*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2001.
- SIMON, William H. *A prática da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- TUSHNET, Mark V. *The NAACP's legal strategy against segregated education, 1925-1950*. Chapel Hill, North Carolina: The University of North Carolina Press, 1987.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Política: os textos centrais*. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Argos, 2001.
- _____. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1983.
- _____. *O Direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- WHITE, G. Edward. From realism to Critical Legal Studies: a truncated intellectual history (Ninth Annual Roy R. Ray Lecture). *Southwestern Law Journal*, v. 40, p. 819-843, 1986.

- WINTER, Steven L. The next century of legal thought? In: CARDOZO LAW REVIEW. *Critical Legal Studies (début de siècle)*: a symposium on Duncan Kennedy's a critique of adjudication. New York: Yeshiva University, v. 22, n. 3-4, p. 747-772, mar. 2001.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo: Acadêmica, 1995.

Resumo

No artigo, a partir de uma análise comparativa entre duas tradições aparentemente distintas (Schmitt X Kennedy), demarca-se inicialmente o significado, os fundamentos histórico-teóricos e os objetivos principais do movimento CLS, com uma atenção especial para a crítica ao formalismo e objetivismo jurídicos derivados da tradição realista. Em segundo lugar, define-se o conceito de indeterminação discursiva do processo de adjudicação e a sua caracterização enquanto sistemática ideológico-política de apoderamento e manutenção de relações socioeconômicas, crítica esta efetuada especificamente por Duncan Kennedy.

Ao mesmo tempo, e continuando a exposição do pensamento deste autor, explica-se a sua aproximação com o decisionismo de corte schmittiano como uma estratégia consciente de compreensão da dinâmica das instituições judiciais nos EUA, o que implicará na incorporação do antiliberalismo de Schmitt enquanto instrumento de análise.

Por último, são apresentadas considerações sobre a problemática aproximação entre a crítica do direito de Kennedy e a recepção do antiliberalismo como crítica específica do direito e como crítica social lato sensu ao mesmo tempo.

Publicações anteriores dos *Cadernos Adenauer*

- O Nordeste à procura da sustentabilidade** (n. 05, 2002)
Dilemas da dívida (n. 04, 2002)
Ano eleitoral: tempo para balanço (n. 03, 2002)
Sindicalismo e relações trabalhistas (n. 02, 2002)
Bioética (n. 01, 2002)
As caras da juventude (n. 06, 2001)
Segurança e soberania (n. 05, 2001)
Amazônia: avança o Brasil? (n. 04, 2001)
Burocracia e Reforma do Estado (n. 03, 2001)
União Européia: transtornos e alcance da integração regional
(n. 02, 2001)
A violência do cotidiano (n. 01, 2001)
Os custos da corrupção (n. 10, 2000)
Fé, vida e participação (n. 09, 2000)
Biotecnologia em discussão (n. 08, 2000)
Política externa na América do Sul (n. 07, 2000)
Universidade: panorama e perspectivas (n. 06, 2000)
A Rússia no início da era Putin (n. 05, 2000)
Os municípios e as eleições de 2000 (n. 04, 2000)
Acesso à justiça e cidadania (n. 03, 2000)
O Brasil no cenário internacional (n. 02, 2000)
Pobreza e política social (n. 01, 2000)

OBS.: Os Cadernos Adenauer podem ser solicitados diretamente à Fundação Konrad Adenauer.

- ✓ Preço dos 6 volumes editados no ano: R\$ 25,00
- ✓ Preço individual do exemplar: R\$ 5,00