

**O ESPARTILHO DE TÊMIS. A INÉDITA DEMANDA
POR JUSTIÇA DE NOSSA SOCIEDADE.
*THE CORSET THEMIS. THE UNPRECEDENTED
DEMAND FOR JUSTICE IN OUR SOCIETY.***

Raúl Enrique Rojo*

RESUMO: O artigo pretende dar conta de uma mutação social de primeira magnitude da que somos testemunhas: a crise, deserção ou perda de legitimidade das figuras de autoridade que até pouco tempo atrás processavam e davam resposta a conflitos e demandas próprias do convívio em sociedade. Estes magistrados sociais têm sido substituídos pelos juízes que parecem ser em nossos dias as únicas (talvez as últimas) pessoas legitimadas para imiscuir-se na vida alheia e dar resposta às antigas e novas demandas sociais (individuais e coletivas). Por acréscimo, esse apelo à lei e aos magistrados togados não se limita a perseguir a resolução de conflitos privados, mas se transforma, frequentemente, em um recurso estratégico a disposição dos políticos e dos cidadãos. Os primeiros têm descoberto o Tribunal como um novo lugar para fazer política, enquanto os segundos se dirigem à Justiça não só para conseguir que uma experiência deletéria seja reconhecida como um agravo, mas também para satisfazer uma reivindicação política: convocar perante uma instância simbólica uma liderança partidária ou um alto funcionário que parecem não serem “responsáveis” mais que o nome já que, de fato, nunca tiveram que prestar contas a ninguém por seu descaso à lei.

Palavras chave: demandas sociais; política; juízes de direito; magistraturas sociais; jurisdicionalização.

* Doutor em Sociologia pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1991) e pós-doutorado em Sociologia Jurídica pela Université de Montréal (2002). Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Pesquisador Associado do Centre d'Analyse et d'Intervention Sociologiques (CADIS), laboratório de sociologia da Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS) e do Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS), França. Lidera no Brasil o Grupo de Pesquisa “Magistratura, Sociedade e Política”, credenciado junto ao CNPq e vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; E-mail: raulrojo@ufrgs.br

ABSTRACT: *The article gives an account of a social mutation of the first magnitude that we are witnesses: the crisis, desertion or loss of legitimacy of authority figures who until recently processed and were the answer the conflicts and demands of conviviality in their own society. These social magistrates have been replaced by judges who seem to be nowadays the only (maybe the latest) legitimated persons to meddle in other people's lives and respond to old and new social demands (individual and collective). Moreover, this appeal to the law and robed magistrates is not confined to pursue the resolution of private disputes, but it often changes into a strategic resource available to politicians and citizens. The former have discovered the Court as one new place for politics, while the latter are directed to justice not only for get that an deleterious experience will be recognized as one grievance, but also to satisfy a political claim: convene before a symbolic instance of a party leader or a senior official who seem not to be "responsible" more than the name already that, in fact, never have had to be accountable to anyone by his indifference for the law.*

Keywords: *social demands; policy; law judges; social magistracy; jurisdictionalization.*

1 INTRODUÇÃO

Que profissão a de juiz! Honoré de Balzac fazia dizer a um de seus personagens (o juiz Papinot de *A interdção*): “A França necessita cerca de seis mil juizes, [infelizmente] nenhuma geração tem seis mil grandes homens a seu serviço e com mais forte razão não pode encontrá-los na magistratura” (Balzac, 1964, p. 333-334). Mas, por que deveriam ser tão grandes estes homens? Habitualmente, os juizes (na França como no Brasil ou em qualquer outro país que confiou a administração da justiça a magistraturas burocráticas¹) são

² Talvez resulte interessante resenhar aqui as características gerais das chamadas magistraturas burocráticas. Nelas, a seleção dos juizes se faz, de princípio, por concurso aberto a candidatos (às vezes estudantes egressos de Escolas da Magistratura) que se têm submetido a eles, em geral, imediatamente depois de finalizados seus estudos universitários, sem acordar por via de regra nenhuma importância a sua experiência extrajudicial. A formação profissional do juiz se acha assegurada, assim, fundamentalmente dentro do corpo judicial, cuja organização é hierárquica. A promoção dos magistrados (que traz acarretada certa competição ao longo de toda sua carreira) se faz em base à

indivíduos como o resto dos mortais. Eles olham a televisão, leem os jornais e sentem o que o comum da gente sente diante do que lá se vê e diz. Os juízes participam (às vezes com certa decalagem, é certo), do progresso, da manutenção do *statu quo*, ou da regressão que caracterizam o momento histórico que vivem.

O juiz é, pois (como dizem os italianos), um *uomo qualunque*; mas isto não impede que seja um desconhecido para grande parte da população, para essa maioria de “gente sem problemas”, honestas pessoas às que nada se lhes pode recriminar. E como sucede com toda ignorância, ela é suprida pela fantasia, que (sejamos justos) é alimentada de bom grau pelos próprios magistrados, que vestem de outra forma (de toga ou mesmo a paisana), falam um jargão pouco compreensível recheado de expressões latinas macarrônicas ou arcaísmos lusos, e cultivam em geral um estilo que os diferencia de seus justicáveis, como se fosse um mérito a distância existente entre eles e o povo que está na origem de sua jurisdição e em nome de quem fazem justiça.

A crise das figuras tradicionais de autoridade

E isso ocorre, justamente quando a sociedade promove uma demanda de justiça inédita, tanto em termos quantitativos como qualitativos, pois não só o Judiciário tem que multiplicar suas intervenções, mas deve também responder a requerimentos de nova natureza. Esse novo desafio que enfrenta hoje a Justiça brasileira (como, em geral, todos os Judiciários das democracias ocidentais) não é conjuntural, mas está intimamente vinculado ao próprio desenvolvimento de um fenômeno sociopolítico de primeira magnitude: a crise das figuras de autoridade da sociedade tradicional.

Durante o Brasil Império e ainda até bem avançado o século XX, uma grande quantidade de conflitos eram regulados pelos notáveis

antiguidade e o mérito (apreciado, este último, de maneira discricionária pelos superiores hierárquicos). A formação dos magistrados é “polivalente” e se lhes supõe capazes de cumprir todas as funções que correspondem a seu cargo (que podem ser muito variadas). O juiz é, então, selecionado para exercer um amplo conjunto de papéis e terá que mudar frequentemente de posição durante sua carreira, tornando-se assim mais vulnerável à influência de seus superiores hierárquicos. Disto se segue que as garantias de independência externa (a respeito dos outros Poderes do Estado) são maiores neste tipo de magistratura que as garantias de independência interna (a respeito de outros juízes ou tribunais superiores).

locais que exerciam uma espécie de arbitragem muito difundida. Hoje, ainda que subsistam certos “paizinhos” em alguns grotões interioranos, ninguém pensaria em recorrer à mediação ou conselho de algum “coronel” para cobrar uma dívida, conseguir que o marido se comporte ou acabar com a invasão das próprias terras pelo gado do vizinho. Algo parecido tem passado com o pai de família, que gozava de uma autoridade reconhecida sobre seus filhos, verdadeiro “criador e sustento da família e também seu magistrado”, como o tinha percebido argutamente Tocqueville nas notas sobre a família aristocrática sul-americana que ele incluiu no segundo volume da *Democracia em América* (Tocqueville, 1995, p. 165). Hoje continua existindo um pai (ainda que as famílias monoparentais sejam cada vez mais numerosas), mas se trata de um progenitor muito menos poderoso que aquele de antanho, vítima da que sinalava Antoine Garapon como nota típica de nossos tempos: a “profanação progressiva de toda autoridade tradicional” (Garapon, 1996, p. 141)². Este “homem da casa” pena em encontrar seu lugar em um lar do qual, tanto ele como sua mulher, estão crescentemente ausentes, abandonado como tem sido, por ambos, seu papel de agentes socializadores das crianças e de iniciadores dos adolescentes.

Parecido desconcerto padecem mestres e professores que não são mais vistos como os depositários do saber, colaboradores dos pais que reforçariam a formação que crianças e jovens receberiam no lar, senão como simples assalariados transmissores de conhecimentos a quem se nega a faculdade de colocar a seus alunos os limites que não souberam impor a estes seus genitores. Abandonados por seus empregadores (públicos e privados), faltos de outra legitimação, amedrontados pelas reações violentas dos educandos e de seus pais os docentes procuram viabilizar sua ação privando-a de todo viés valorativo: não é cobrada frequência, não há provas (e quando estas existem se fazem em grupo e com textos à vista), ninguém é reprovado e muito menos chamado à ordem pela razão que fosse. Os professores (como os pais, aliás) hoje procuram serem os “amigos” de aqueles colocados sob seu cuidado, ignorando que a relação pedagógica (como a parental) é uma relação hierárquica. Não autoritária,

² Quem esteja familiarizado com o pensamento deste autor comprovará sua presença inspiradora em este texto, circunstância que nos fazemos um dever de honestidade intelectual ressaltar.

mas sim assimétrica: o professor e o aluno não são (não deveriam, quando menos, ser) enquanto dure este vínculo, iguais nem muito menos condescendentes “amigos” que, para pior, assumem muitas vezes (sem temor ao ridículo) a mesma linguagem, similares formas de vida e até a indeterminação permanente dos jovens³.

Amiúde havia, até não há muito tempo, outro profissional que era consultado e escutado pelas gentes além da esfera específica dos problemas de saúde, que eram os que seu saber específico os capacitava para solucionar. Referimos-nos ao “médico de família”. Este facultativo tem praticamente desaparecido junto com a especialidade que frequentemente praticava: a medicina clínica ou generalista. Este médico tratava a todos os membros de uma família, muitas vezes tinha assistido os nascimentos de mais de uma geração deles e conhecia não só seu corpo, mas também sua alma. Sua palavra e conselho, pois, eram procurados não só para sarar o primeiro senão também para orientar decisões difíceis que extrapolavam o estritamente terapêutico. Hoje, por contra, nos deparamos (quando nossos haveres o permitem) com especialistas desconhecidos até a véspera da consulta, médicos que foram escolhidos ao acaso dentre a lista de credenciados do plano de saúde ao que temos aderido, e que nos dispensarão contados minutos de sua apertada agenda entre duas baterias de exames laboratoriais que nos têm prescrito. Mesmo com vontade de fazê-lo, como abrir nosso coração para esses frios tecnocratas de bata branca?

Por fim, em esta época de secularização crescente, a religião e os ministros das diferentes confissões (padres, pastores, rabinos ou imãs) têm perdido centralidade não só na celebração dos ritos pessoais e coletivos, mas sobretudo para dar um sentido a nossos atos à luz da distinção entre o bem e o mal, essencial a tudo grupo humano. Tal vez seja seu caso o que melhor ilustra não só sua preterição como magistrados sociais, mas também o novo destinatário das demandas que antes lhes eram dirigidas a eles e às outras figuras tradicionais de autoridade que temos mencionado. O começo e o fim da vida, seu sentido, a definição do sujeito, o destino, a moral e a liturgia (que reveste de palavras o sa-

³ Assim o evoca cotidianamente (com humor voluntário ou não) a publicidade audiovisual (como aquela de certo refrigerante, onde um senhor com idade para ser o pai de sua vizinha adolescente posava de garoto e se via tratar de “tio” por aquela).

crifício e proporciona um mediador com o transcendente) suscitavam questões (primeiras, talvez últimas) abordadas pela religião e por isso formuladas a seus ministros, na intimidade da vida privada, que era seu âmbito. Mas o descaso com a primeira e a retirada dos segundos tem feito que estes temas integrem ora o universo jurídico. Como não sentir certo mal-estar diante destes problemas íntimos, praticamente irresolúveis, quando eles tomam estado público e passam a integrar o repertório das demandas dirigidas aos juízes? Encontramo-nos com um magistrado togado em situações que antes mereciam a consulta ao diretor espiritual ou que, em seu defeito, na maioria dos casos eram reguladas pela vida social, ordinariamente balizada pela presença de figuras de autoridade que hoje estão em crise ou desertaram.

O recurso a elas não parece ser possível, assim, nem sequer desejado. As figuras tradicionais de autoridade, os “magistrados sociais” que processavam boa parte dos conflitos individuais e coletivos, têm perdido legitimidade sociológica: o único magistrado autorizado para tomar a seu cargo estas controvérsias e estas dúvidas é ora o juiz de direito. Não se nos tome, porém, por porta-vozes de um saudosismo tradicionalista: somos cientes que a deposição de toda autoridade tradicional pode ser bem-vinda e pôr fim a ranços reacionários e injustiças infames. Mas é preciso reconhecer também que ela quebranta a organização espontânea da sociedade e mina a ordem hierárquica que, atribuindo a cada indivíduo um lugar predeterminado, limitava as oportunidades de ascensão social, mas também as de conflito.

Por acréscimo, esta demanda de justiça que hoje se escuta partindo dos quatro cantos do país, nos parece paradoxal: com o pretexto de proteger-se da intervenção ilegítima de seu próximo, os cidadãos pedem a intervenção do juiz. O indivíduo se libera de seus magistrados sociais para submeter-se à jurisdição dos juizes estatais. E a liberdade corre o risco, assim, de pagar-se com o aumento do controle judicial.

Tendo que justificar em cada ocasião sua intervenção, a Justiça se lança em um processo infinito de enunciação da norma social. E o Direito, pela voz do juiz, se compromete destarte em uma sequência continuada de nominação e explicitação das normas sociais que transforma em obrigações positivas. Desta forma, a transposição em

termos jurídicos de conflitos individuais e sociais tem consequências sociais. O que antes era regulado espontânea e implicitamente pela moral, a religião e os costumes deve ser ora explicitado formalmente pelo juiz. Daí provém a *jurisdicionalização das relações sociais*.

A jurisdicionalização das relações sociais

Este fenômeno, ao qual temos dedicado boa parte de nossos empenhos acadêmicos durante mais de uma década, dá conta de um processo que se manifesta a partir da emergência de atores sociais que, reconhecendo-se como sujeitos de direito, tomam a decisão de submeter à definição de suas demandas ao juízo de um terceiro que aja seguindo formas adjudicatórias. Formas de ação estas, que se caracterizam pela existência de um personagem que atua à margem dos outros e que, avaliando os argumentos e as provas dos recorrentes em um contraditório, permite finalmente sair de dúvidas mediante uma decisão que declara o que é “justo” fazer (Rojo; Silveira, 2014, p. 95). Ademais da demanda de legitimação, o outro traço que define esta estratégia é a procura de repercussão pública para certas questões que, em caso omissis, poderiam ser ignoradas ou preteridas.

Esta jurisdicionalização, porém, rara vez é reconhecida e menos identificada como tal, pois chegado o caso, se prefere chamá-la de “judicialização”. Se insistirmos em falar de *jurisdicionalização* dos conflitos sociais para descrever o fenômeno mencionado é porque ele se traduz em uma propensão crescente dos atores sociais a encomendar a solução de alguns de seus conflitos a uma *instância simbólica*, a uma jurisdição que, como tal, deveria proporcionar referências coletivas. E para isso, podem recorrer a um tribunal judicial (em cujo caso seria procedente falar de judicialização), mas também a uma instância administrativa ou privada. Tanto em uma como em outra situação estaríamos em presença de uma jurisdicionalização da qual a judicialização seria só um caso (o lado da mesma moeda que luze a face do soberano), aquele presidido por um juiz de direito. Por que, em definitivo, o que os cidadãos procuram é que *se diga o que é justo*. Dizer é a primeira (e às vezes a única) tarefa do terceiro procurado.

Lembremos que, tão longe como vamos à memória de nosso Direito, julgar é associado a um dizer público, como indica a etimologia da palavra “juris-dição”: dizer o Direito, pronunciar o que é justo.

Desde o ponto de vista do sistema político, a *jurisdicionalização* obriga o Estado a tomar decisões (judiciais ou políticas) a respeito de conflitos que, se fossem abandonados à discussão política, poderiam ficar sem solução por falta de disposições legais que o obrigassem a se pronunciar. Há que sinalar, porém, que se, desde a perspectiva dos atores, o que conta é a esperança de acabar com um impasse político, a *jurisdicionalização* pode surtir o efeito contrário e transformar-se em um mecanismo que ajude a postergar as decisões. Com efeito, este recurso à lei e seus magistrados pode permitir ao poder político criar uma aparência de tratamento do assunto, quando em realidade o que ele consegue é suspender a resolução deslocando as demandas a um espaço supostamente técnico onde os cidadãos teriam mais dificuldades para controlar ou apressar sua evolução.

Desde o ponto de vista dos cidadãos, a *jurisdicionalização* transformou-se em um recurso alternativo para a petição política, um mecanismo novo para articular e institucionalizar demandas. Mas é preciso compreender também que cada vez que se *jurisdicionaliza* um conflito, se lhe *desocializa*; quer dizer, se coloca os atores sociais no papel de cidadãos atomizados⁴. Porém, esta estratégia pode permitir passar por cima de alguns dos obstáculos encontrados pela ação coletiva para articular e adicionar vontades políticas. Em consequência, quando as dificuldades para organizar uma ação coletiva eficaz podem condenar os cidadãos ao desamparo, a *jurisdicionalização* parece constituir-se em uma estratégia que evita a resignação total de seus direitos, ainda que os resultados não estejam garantidos de antemão.

Os cidadãos parecem ter descoberto, assim, que a maneira como os conflitos legais são resolvidos é importante, que isso pode trazer consequências para sua vida cotidiana e que têm compreendido desta sorte que o apelo às regras e sua defesa é “um dos jogos que as pessoas jogam na *polis*” (Baecker, 2012). Tem-se pretendido todavia que em estes casos se estaria jogando também com a Justiça e que esta não deveria prestar-

⁴ O que acontece é que a Justiça (que interpela e faz comparecer *individuos*) introduz uma relação de individualização no campo social: aquela do *cidadão* (titular de direitos e obrigações) confrontado a uma lei. Isto não é contraditório com o papel crescente que têm adquirido, nestas últimas décadas, certas associações no exercício da ação pública.

se a esta sorte de manipulação que, inclusive, pode ir mais longe. Já que frequentemente é à Justiça que se dirigem os cidadãos para fazer mudar as leis antes mesmo que as reformas sejam adotadas pelo Legislativo, ou para apressar a tramitação num parlamento indeciso⁵. Às vezes se transgride, voluntariamente, as leis existentes (por exemplo, nos casos de aborto, eutanásia, ou objeção de consciência) para transladar o debate à praça pública e fazer modificar uma situação. Quer dizer que se viola de propósito uma lei para ser processado e utilizar o tribunal e seus meios de defesa para condenar, desde o banco dos acusados, uma lei que parece ilegítima, para gerar uma discussão, para fazer adaptar o Direito a uma nova situação social ou para criar um movimento de opinião⁶. A Justiça é, destarte e em si mesma, um dos meios de expressão, de participação (e de pressão cidadã, chegado o caso) para fazer adotar novas regras do jogo, ou derrogar as velhas julgadas iníquas.

Mas, ao mesmo tempo, sendo estas demandas frequentemente contraditórias (mais segurança e mais liberdade, mais celeridade processual e mais garantias, penas mais duras e tratamento mais humano dos delinquentes), a solução judicial será sempre valorizada como insuficiente ou excessiva e, amiúde, simultaneamente e pela mesma parte, como excessiva e insuficiente (Conde-Pumpido Tournon, 1994, p. 93).

⁵ Esse efeito teve, por exemplo, na Argentina a demanda de inconstitucionalidade articulada nos finais da década de 1980 por um juiz aposentado (Juan Bautista Sejean) contra a proibição (vigente na época) de contrair novo matrimônio por parte dos cônjuges separados judicialmente. A sentença da Corte Suprema, favorável a esta demanda, fez que o Senado aprovasse um projeto de lei de divórcio que tinha sido engavetado pela Câmara Alta trás sua aprovação pelos Deputados.

⁶ O caso do aborto na França parece paradigmático em esse sentido. No final dos anos 1960 o aborto estava proibido na França (como em quase todos os países da Europa Ocidental), o que não impedia que muitos milhares de mulheres abortassem, em condições sórdidas na maioria dos casos ou, quando tinham os meios para isso, em clínicas (sobretudo de países nórdicos). O aborto clandestino, doloroso e perigoso era, porém, tolerado pela sociedade. Foi em essa situação que o debate foi lançado na França pelo “Manifesto das 343”⁷: trezentas e quarenta e três mulheres (algumas das quais eram muito conhecidas como Françoise Arnoul, Florence Asie, Brigitte Auber, Stéphane Audran, Colette Audry, Tina Aumont, Hélène de Beauvoir, Simone de Beauvoir, Cathy Bernheim, Valérie Boisgel, Olga Bost, Claudine Chonez, Iris Clert, Marie Dedieu, Lise Deharme, Christine Delphy, Catherine Deneuve, Dominique Desanti, Marguerite Duras, Françoise d'Eaubonne, Françoise Fabian, Brigitte Fontaine, Antoinette Fouque, Luce Garcia-Ville, Claude Gênia, Françoise de Gruson, Gisèle Halimi, Katia Kaupp, Bernadette Lafont, Danièle Lebrun, Annie Leclerc, Violette Leduc, Marceline Loridan, Judith Magre, Michèle Manceaux, Geneviève Mnich, Ariane Mnouchkine, Claudine Monteil, Jeanne Moreau, Michèle Moretti, Liane Mozère, Nicole Munchnik, Bulle Ogier, Marie Pillet, Marie-France Pisier, Micheline Presle, Marthe Robert, Christiane Rochefort, Yvette Roudy, Françoise Sagan, Delphine Seyrig, Alexandra Stewart, Gaby Sylvia, Nadine Trintignant, Irène Tunc, Agnès Varda, Catherine Varlin, Ursula Vian-Kübler, Marina Vlady, Anne Wiazemsky ou Monique Wittig) se acusaram de um delito de aborto não prescrito. Era o começo de uma luta que em menos de quatro anos deveria desembocar na aprovação da “Lei Veil”, legalizando a interrupção voluntária de gravidez, em dezembro de 1974. Luta cujo momento mais alto foi marcado pelo processo das “343 *salopes*” perante o Tribunal de Bobigny.

O juiz: um verdadeiro ator político

Como diz com acuidade Antoine Garapon, “o inventário destes paradoxos invita a repensar o lugar da Justiça numa democracia renovada” (Garapon, 1996, p. 24). Podemos, porém concluir que nas sociedades democráticas os titulares do terceiro Poder do Estado, os juízes (mesmo com suas eventuais fraquezas e carências) abandonam o fundo da cena e passam a ocupar o proscênio, exercendo um verdadeiro poder político. Do qual, todavia, esses mesmos magistrados têm muita dificuldade para reconhecerem-se titulares.

Não deve espantar esta reticência dos juízes em se achar atores políticos de igual hierarquia que aqueles titulares dos outros poderes do Estado que se autoassumem sem complexos como políticos (Executivo e Legislativo). O que ocorre é que para a maioria dos juízes brasileiros (e de América latina em geral) agirem como um poder político equivale a pôr-se á serviço de um partido.

Talvez seja oportuno lembrar, então e aqui, que “político” não é a mesma coisa que “partidário” para nenhuma das duas tradições que estão por trás do conceito de “política”. Como é sabido, há uma tradição da política que poderíamos denominar “aristotélica”, que repousa no estudo do homem tal como o empreendeu o Estagirita a partir da convicção de que ele é um *zoon politikon*, de que as relações econômicas e sociais estão condicionadas pela “política” e que o valor significativo de esta última se aprecia fundamentalmente pela prudência na concepção, a busca da excelência na execução e o bem comum como horizonte. É uma tradição que encontramos ainda hoje entre nós quando falamos de “políticas públicas” ou de “política criminal”. Por outro lado encontramos uma tradição mais moderna, que prefiro chamar de “maquiaveliana” (para apagar toda referencia, mesmo subliminar, à velhacaria, perfídia ou astúcia que evoca o termo “maquiavélico”), para quem a política alude ao “poder organizado, as instituições de mando e de coerção de qualquer comunidade” (Duverger, 1962. p. 518-526). Em qualquer destas tradições que nos situemos, vê-se que a atuação jurisdicional do juiz, do *sentenciador*, de aquele que faz justiça e se comporta adjudicatoriamente (como

descrito antes) é político, no que de mais ponderável tem a expressão. Não deveria haver, por consequência, reparos ou timidez alguma que impedisse a nossos magistrados de assumir-se como titulares de um poder político de igual hierarquia e significação de aquele dos titulares do Executivo ou Legislativo. Do qual, aliás, se consideram investidos sem rubores, desde suas origens institucionais (quando menos depois do *leading case Marbury vs. Madison*⁷) os juízes norte-americanos. É certo que a distinta atitude de nossos magistrados pode ter por antecedente as tristes claudicações em face do poder factual de antigos colegas seus que preferiram justificar a força, perante a dificuldade de tornar forte o que era justo⁸. Mas, compreender sua atitude à luz de um passado desluzido não significa justificá-la hoje. Como dizia Lorde Diplock (citado por John Bell), “os juízes têm que decidir de uma ou outra maneira todos os assuntos que chegam a seu conhecimento. Si se reconhecem competentes, fazem política, si se declaram incompetentes, também a fazem. O único que se pode esperar deles é que sejam imparciais” (Bell, 1983, p. 5).

É esta imparcialidade a que está na origem de sua competência (antiga, mas só recentemente reconhecida pelos políticos práticos, notadamente pelos legisladores) em matérias antes reputadas como da alçada exclusiva dos Poderes que se autoassumem como políticos (Executivo e Legislativo). Tradicionalmente, os grupos de oposição, quando vencidos em um pleito eleitoral, ou em uma votação no recinto de qualquer das Casas do Parlamento federal ou nas assembleias estaduais, esperavam que as maiorias se recompusessem ou chegasse seu turno na circulação das hegemonias própria das democracias pluralistas. Hoje não. A resposta dos derrotados é imediata: “ver-nos-emos no Supremo!”⁹

O paradoxo que rodeia o labor dos juízes consiste em que

⁷ Nos Estados Unidos de América a Constituição de 1787 não confiou a nenhum órgão específico de governo o controle de constitucionalidade. A Suprema Corte, no famoso *leading case Marbury vs. Madison*, dezessete anos depois de entrar em vigor a Constituição, criou a revisão judicial de constitucionalidade. Hoje referendada por um monolítico direito constitucional consuetudinário, parece uma cláusula indiscutível e pétrea. Por acréscimo, em 1958 a mesma Corte, em *Cooper vs. Aaron*, ensinou que a interpretação que ela faz da Constituição é “a lei suprema da terra”, à que devem conformar-se tanto os órgãos judiciais como os dos Poderes Executivo e Legislativo.

⁸ “Et ainsi, ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste”. (Pascal, 2004, nº 298).

⁹ Em realidade, a afirmação vindicativa de nossos políticos (refratários à colocação do pronome clítico entre o radical do verbo e a terminação que indica o tempo verbal e a pessoa gramatical) é: “veremo-nos no Supremo!”

devem exercer uma função original e distintiva em uma sociedade de iguais e ocupar uma posição distante em uma sociedade que predica a desapareição das distâncias. O juiz não deve converter-se no “terceiro personagem” da democracia, sorte de “deus ex machina” ao que se recorre para resolver uma situação ou desemaranhar um assunto político de difícil solução ou no qual não querem ver-se comprometidas as partes envolvidas. Em relação à comunidade política, os juízes estão ao mesmo tempo dentro e fora, compartilham com seus justicáveis, quando menos, uma mesma língua e uma mesma cidadania, mas sintetizam o drama da democracia: não podem prescindir da autoridade e, simultaneamente, têm sérias dificuldades para oferecer a esta última um fundamento e regime institucional. Pois para isso seria preciso apelar a uma transcendência que nossas sociedades secularizadas pretendem ignorar.

Todavia, os juízes não podem solucionar todos os problemas, reparar a história, estabelecer a verdade científica, dirimir os contenciosos políticos e fazer-se cargo do destino dos homens. Não podem nem devem fazê-lo, se não queremos nos afundar em um inferno frustrante de rábulas e leguleios, estéril e destrutivo que não desejaríamos nem ao pior de nossos inimigos. Os juízes não nos pouparão da “moléstia” de ter-nos que ocupar da política (mesmo que prefiramos delegar-lhes este afazer a eles, antes que a um líder paternalista e autoritário). O que sim estão demonstrando certos magistrados e determinados tribunais é que uma nova cultura política é possível.

A cultura lusa, transplantada aos trópicos, se tem caracterizado por uma distância às vezes bastante grande entre o direito anunciado e o direito aplicado, revelando “uma sociedade com dois ideais: o da igualdade e o da hierarquia”, na qual “o sistema legal (importado e aplicado com toda a força) pode ser sistematicamente deformado pela moralidade pessoal” (Damatta, 1990, p.164 e 203). O direito igualitário, aplicado em uma sociedade moldada historicamente sob o signo da honra, “não tem o caráter moderno de impessoalidade e generalidade; [nela] a troca de benefícios é a base da atividade pública, dissociada em interesses” (Faoro, 2001, p. 67). Pois bem, ainda que pareça mentira, esta tolerância brasileira com a falta de efetividade

do direito (este consenso para aplicá-lo só em certas ocasiões) estaria acabando graças ao labor de alguns juízes e determinados tribunais. Especialmente a respeito de diversas figuras penais relacionadas com a corrupção (ativa e passiva) de funcionários públicos, parlamentares e magistrados. Em um país em que Ademar de Barros se fez eleger prefeito de São Paulo assegurando que ainda que ele roubasse (como todos os outros), em compensação cumpriria com seus compromissos de campanha (Laranjeira, 1999), uma imprensa à espreita e uma opinião pública especialmente sensível aos temas vinculados à moral pública têm vindo a revirar a antiga regra implícita do jogo.

Satisfazer uma reivindicação política

A Justiça (da qual a deusa Têmis constitui ainda o ícone mais difundido, dentro e fora dos fóruns) é convocada para cingir e constrianger o corpo social com seu espartilho, de cujos longos cadarços puxam inconformados de toda laia. Assistimos, assim, atualmente, a uma mudança política maior: esse recurso à lei e aos juízes que acabamos de frisar não se limita a perseguir a resolução de conflitos privados (individuais e coletivos), mas se transforma, também e amiúde, em um recurso a disposição dos políticos e dos cidadãos. Os primeiros têm descoberto o Tribunal como um novo lugar para fazer política, enquanto os segundos se dirigem à Justiça não só para conseguir que uma experiência deletéria seja reconhecida como um agravo e lograr que se repare, sancione ou evite no futuro sua ocorrência, mas também para satisfazer uma reivindicação política.

Ao cabo de processos de grande repercussão (pensemos nas sessões do Supremo Tribunal Federal durante a tramitação da Ação Penal 470, o caso do *mensalão*, transmitidas em direto pela televisão meses a fio) se identifica uma nova demanda dirigida à Justiça (ou a um terceiro que faça suas vezes, à condição de agir segundo o modo adjudicatório, como, por exemplo, as comissões parlamentares de inquérito). Estes processos são utilizados não tanto para reparar danos ou para sancionar uma falta penal, mas para satisfazer uma reivindicação política: *ver publicamente reprovado um comporta-*

mento e reconhecida uma dignidade escarnecida. O objetivo consiste em convocar perante uma instância simbólica um empresário, uma liderança política ou um alto funcionário que parecem não ter de “responsáveis” mais que o nome já que, de fato, nunca tiveram que prestar contas a ninguém por seu descaso a lei (desde a falta de respeito aos sinais de trânsito até a mora no pago de seus impostos). O simples fato de tê-los obrigado a pôr os pés em uma sala de audiências (quando não de vê-los, algemados), comprovando que a denuncia foi levada a sério, já é considerado uma vitória.

O recurso cada vez mais frequente ao Tribunal deve assim ser interpretado como a busca de um novo espaço público que, além de suas próprias e evidentes limitações, tem quando menos a vantagem de oferecer um remédio para diversas frustrações cidadãos. Na palavra responsabilidade encontramos etimologicamente *responsus*, o particípio passado de *respondere*, quer dizer a ideia de “responder” e, por consequência, a existência de uma pergunta prévia. A possibilidade de inquirir, de questionar, está na origem de toda responsabilidade. Esta “questionabilidade” (valha o neologismo) é justamente o contrário do acesso à Justiça: não consiste tanto em submeter-se (à lei), mas em *obter a submissão da outra parte*. O processo se converte, assim, também, em *um espaço de contestação política* como o demonstram numerosos litígios que utilizam hoje ao juiz como árbitro de conflitos que aparentemente não podiam ser solucionados em outra sede. Os demandantes de justiça não são necessariamente populistas descritos da política e dos homens públicos, mas cidadãos para quem a Justiça é o último recurso. O atual movimento de vitimização seria incompreensível se não se advertisse que por trás destes novos demandantes se perfilam novos sujeitos políticos que não fazem mais que exigir seus direitos. O processo, colocando o forte e o fraco em pé de igualdade em um espaço comum, continua encarnando para nossos concidadãos o mito da igualdade democrática, papel que as instituições políticas brasileiras há tempo que deixaram de representar. Advirtamos, por fim, que se estas instituições políticas não podem administrar a desigualdade entre fracos e poderosos têm deixado simplesmente de ser críveis.

O Brasil se encontra assim, hoje, no cruzamento de dois modos de regulação social: o primeiro, como se tem mencionado, passava mais pela honra que pelas instituições e se mostrou muito mais eficaz que os controles oficiais, mas trouxe como consequência a criação de uma série de falsas instituições de controle, que não cumpriam sua função. O segundo surge da demanda de setores crescentes da população que exigem destas instituições que exerçam um verdadeiro controle, e pedem aos juízes que desempenhem seu labor e que a lei se cumpra *sempre* (Rojo; Silveira, 2014, p. 94-100). Porém, se a honra não cumpre mais sua função reguladora, as instituições penam a assumir a sua, mesmo porque a boa aprendizagem da atitude republicana pressupunha condições socioculturais diversas das que estiveram presentes no processo de formação histórica do Estado brasileiro.

CONCLUSÕES

A nosso ver, o novo papel que estão desempenhando os juízes é o resultado de uma mutação social de primeira magnitude: a crise, deserção ou perda de legitimidade das figuras de autoridade que até pouco tempo atrás processavam e davam resposta a conflitos e demandas próprias do convívio em sociedade. Pareceria que no mundo das instituições, como no da natureza, existe o que os filósofos do século XIII chamaram de *horror vacui*, princípio segundo o qual o vácuo repugnaria à completude do mundo. Por isso a desapareção de uma espécie traria como consequência sua substituição por outra, que ocuparia seu lugar. Guardando as devidas distâncias, poderíamos dizer que seriam os juízes os que se encontrariam hoje no lugar dos antigos magistrados sociais: os magistrados togados parecem ser hoje as únicas (as últimas, talvez?) pessoas legitimadas para imiscuir-se na vida alheia e dar resposta às demandas sociais (individuais e coletivas).

Que este exercício seja problemático, ninguém o duvida. “Os juízes só falam através de suas sentenças” dizia um velho ditado esquecido em nossa época de ágora eletrônica. Um juiz (ou um promotor) que se deixe ofuscar pelos holofotes da televisão, que se tome por uma estrela, um caubói, ou um justiceiro togado pode ser

muito perigoso. Máxime si, como entre nós, alguns desses magistrados mantêm uma relação conflituosa e adolescente com os poderes autoassumidos como políticos que (é bom reconhecê-lo) não fazem nada, em geral, para melhorar as relações institucionais entre eles e o Judiciário, e pretendem corroer sempre que podem a independência da Justiça. Nessas condições, ao mesmo tempo em que os juízes acedem finalmente ao estatuto de titulares de um verdadeiro poder democrático, antemural contra a iniquidade e a discricionariedade, devem consentir em que este poder (por ser precisamente democrático) deixe de ter dono. Tal é, com efeito, a sorte de todo poder na democracia, como o recorda Marcel Gauchet, para quem “é outorgando um lugar para o saber e para a lei na sociedade que o poder desempenha seu papel de instituidor simbólico do campo social. Todavia, a única forma de designar eficazmente este lugar consiste em renunciar ostensivelmente a ocupá-lo. O verdadeiro meio do poder é o luto da onipotência” (Gauchet, 2005, p. 45-89).

REFERÊNCIAS

- BAECKER, D. City Performances Within Confidence Games. Manuscrito de uma palestra proferida em 26 de outubro de 2012 no *Colloque international reART: the URBAN*, organizado pela Zürcher Hochschule der Künste no Theaterhaus Gessneralle de Zurique. In: <http://www.villesenjeux.org/wp-content/uploads/2013/10/CityPerformances-Dirck-Baecker.pdf>, acesso em 24 de agosto de 2014.
- Balzac, H. de. *Le Colonel Chabert, suivi de Honorine et de L'Interdiction*. Paris: Editions Garnier Frères, 1964,
- BELL, J. *Policy Arguments in Judicial Decisions*. Oxford: Clarendon, 1983.
- CONDE-PUMPIDO TOURON, C. Sociedad, democracia y justicia. *Jueces para la democracia: información y debate*. Madri. Vol. 21, pp. 19-24, 1994.
- DAMATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Guanabara, 5ª ed., 1990.
- DUVERGER, M. *El método de las Ciencias Sociales*. Barcelona: Editorial

Ariel, 1962.

FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 3ª ed., 2001.

GARAPON, A. *Le gardien des promesses: le juge et la démocratie*, Paris: Odile Jacob, 1996.

GARAPON, A; SALAS, D. *La République pénalisée*. Paris: Hachette, 1996.

GAUCHET, M. La dette du sens et les racines de l'Etat – Politique de la religion primitive. In: Gauchet, Marcel. *La condition politique*. Paris: Gallimard, 2005.

LARANJEIRA, C. *A verdadeira história do rouba, mas faz*. São Paulo: Edição do autor, 1999.

PASCAL, B. *Pensées*. Paris: Gallimard, Col. Folio, 2004.

ROJO, R. E.; SILVEIRA, G. E. Do Capitólio ao Foro: em torno da judicialização da política no Brasil de hoje. *Direito & Justiça*. Vol. 40, nº 1 pp. 94-100, 2014.

TOCQUEVILLE, A. de. *La democracia en América*, Madri: Alianza Editorial, 4ª reimpressão, 1995, vol. II.

Recebido: 16/09/2014.

Aprovado: 22/052015.