

Por uma Justiça Democrática

Proposição de uma via para a efetivação jurisdicional dos valores constitucionais

Bárbara Machado¹

Resumo:

Não obstante as grandes mudanças que o direito vem sofrendo em sua processualística, o Poder Judiciário segue produzindo resultados elitistas, permanece distante da efetivação dos valores de nosso ordenamento. Para corrigí-lo, apresenta-se o Império do Direito e a Reforma Estrutural como direcionamentos capazes de promover o respeito à Princípios e a Democracia Judicial, respectivamente.

Palavras-chave: democracia judicial; Império do Direito; Reforma Estrutural; ação civil pública

¹ Graduanda em Direito pela UFJF

Abstract:

Even with the changes in the process law, the Judiciary Power goes on attending just some classes interests, far away from realizing our ordination values. To correct it there are the Law's Impire and the Structure Reform like a way to promote the respect to Principles and the Judiciary Democracy, respectively.

Keywords: judicial democracy; Law's Impire; Structure Reform; public civil action.

1 Introdução

Muito se falou e se fala sobre o estabelecimento de nosso país como uma grande República Democrática que venceu o autoritarismo e firmou uma base constitucional sólida, capaz de resguardar as liberdades e os direitos individuais e coletivos. Tripartido, o poder, conforme respeitável construção político-científica iluminista² acolhida em nossa Constituição, seria equilibrado e contido pelo controle de uma instituição sobre a outra. Assim, Executivo, Legislativo e Judiciário, devidamente estruturados, poderiam, de acordo com suas atribuições, realizar os valores do Estado que ora se reformava.

Dentro dessa divisão de atribuições, ao Poder Judiciário, nosso objeto, caberia fazer valer o Direito de acordo com as prescrições legais, em situações conflituosas, após necessária provocação, sem o que a imparcialidade estaria comprometida. Ao juiz, como excelentíssima autoridade representante desse poder no exercício jurisdicional, restaria a muito criativa atividade de interpretar a lei e também os fatos, de acordo com ela, a subsunção.

Passados já alguns anos da redemocratização e deixada para trás a embriaguez esperançosa que acompanhou o processo, algumas críticas se tornaram cabíveis a essa estrutura, que não se mostrou assim tão eficaz na efetivação dos valores e, por conseguinte, dos muitos direitos previstos na Constituição Federal³. Nem de longe se pretende aqui defender a redução desses direitos com o fundamento formalista de que a previsão excessiva, que tornaria o cumprimento impossível, comprometeria o poder normativo do diploma. Pelo contrário, o que se pretende é demonstrar que essa efetivação é possível e que o Judiciário e a atividade jurisdicional podem protagonizá-la.

Não faz parte, também, das pretensões desse trabalho discutir largamente sobre a judicialização da política ou defender o ativismo judiciário. Pretende-se sim que os Juízes, imparciais como devem ser, se localizem de acordo com os Princípios que norteiam o nosso ordenamento, baseando neles suas decisões, mas sem perder de vista os dados concretos que evidenciam a distância ainda existente, e resistente, entre a prescrição formal, o direito positivado e o materializado. Na medida do possível, pretende-se apontar os meios processuais que podem tornar essa sugestão em ação, bem como as outras instituições, que nesse processo atuariam ao lado dos magistrados.

² Montesquieu, *O espírito das leis*.

³ Direitos em cujo catálogo já foram incluídos, com justiça, os de caráter social, que, no entanto, vem sendo sistematicamente renegados pela “hipocrisia e falta de vontade política dos governantes” (BOAVENTURA, p. 10), mas também pela cegueira e apatia das instituições da Justiça, dos magistrados e das que lhe são essenciais, principalmente o Ministério Público, que resiste em assumir uma postura pró-ativa que lhe é, não só permitida, mas também adequada.

2 Anti-democraticidade jurisdicional: o elitismo adjudicatório e decisório, e a inefetividade dos direitos sociais

A despeito de haver dispositivos constitucionais no sentido de garantir um amplo acesso à justiça, tais como a gratuidade da assistência judiciária àqueles que comprovam carcer de recursos para o provimento dessa despesa⁴ e das ações de *habeas corpus*, *habeas data* e de outros atos referentes ao exercício da cidadania⁵, que tem *status* de Direitos Fundamentais inclusive; e outros que legitimam autores para levar à apreciação judiciária questões referentes à tutela de Direitos Sociais, como é o caso, por exemplo, dos sindicatos que podem representar judicialmente aos trabalhadores de sua classe quanto aos direitos individuais e ou coletivos⁶ e do Ministério Público, legítimo para promover a ação civil pública⁷; e ainda que instituem a Defensoria Pública, que se destina a representação dos necessitados⁸, a prestação jurisdicional e a atuação do Poder Judiciário de modo geral permanecem elitistas e desatentas às questões sociais, que compõe a complexa realidade de nossa sociedade e de nosso imenso país. Tal desatenção não poderia ter outro resultado que não o desrespeito aos objetivos do Estado e suas instituições⁹ e aos princípios constitucionais.

Um dos motivos dessa distorção é o distanciamento entre as Instituições de Direito, associadas estritamente ao Estado, e a sociedade, cada um sendo regido por seus estatutos próprios, que possuem pouco ou nenhum contato entre si. Quando é o caso, o estatuto jurídico, que paira sobre o social, é chamado a interferir neste, sem que seja necessário respeitar-lhe as pré-disposições. É o que se vê no trecho que segue:

“Pensamos em papéis, processos, ritos, togas e burocracia, todos esses elementos traduzindo a autonomia da forma jurídica em relação ao mundo social. As partes comparecem para defender seus interesses ou prestar contas pela infração à norma e o juiz, com base nas prescrições e princípios do sistema jurídico, produz sentenças. É como se a

⁴ Art. 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

⁵ Art. 5º, inciso LXXVII: “são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”.

⁶ Art. 8º, inciso III da CF/88: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

⁷ Art. 129 da CF/88: “São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

⁸ Art. 134 da CF/88: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV.”

⁹ Art. 3º da CF/88: “São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

sociedade tivesse um sistema autônomo, num plano paralelo e abaixo do Estado e, quando ocorresse conflito, o Estado fosse chamado a olhar para baixo, interferir e dar a solução. Entendendo o Direito dessa forma, fica fácil descobrir quais são seus grandes problemas: as leis são pouco rigorosas ou atrasadas, o processo é lento e a burocracia é pouco modernizada e sujeita a corrupção”. (COUTINHO, p. 2)

Essa interpretação, de que o aparelho judiciário é destinado à mera solução de controvérsias através da aplicação de normas, o juiz, neutro, prestando-se tão somente a dirimir os conflitos entre as partes, só pode ter por consequência o perdão da pobreza dos resultados da instituição judiciária, e o creditamento de suas falhas a problemas que, se bem visto, não lhe tocam diretamente por serem defeitos generalizados – por exemplo, quanto à corrupção, há um entendimento de que é parte integrante de todas as estruturas do Estado, como se lhes fosse inerente, não caracterizando somente os quadros judiciários em específico. Está aí uma das responsáveis pelo abismo havido entre tantas prescrições normativas e a dimensão fática, que, além disso, representa uma deturpação do sentido do Direito, que certamente é capaz de vôos mais altos.

Da construção desse panorama reductivo participa também o sofisma da neutralidade, que possui o condão de dotar as decisões dos juízes de ares de justiça, quando uma observação realística, mesmo que superficial, denuncia que existem sim tendências, e que a indiferença conveniente é o mais perto que essas decisões chegam da neutralidade.

“Essa pretensão de neutralidade é uma das principais formas de legitimação da Justiça, já que, a partir dela, é montada a idéia, fundamental em um Estado Democrático de Direito, de que todo processo é orientado, não por conflitos e hierarquias próprias da realidade social, mas por princípios jurídicos que obedecem a critérios morais e possuem uma lógica e uma autonomia específicas”. (COUTINHO, p. 2)

A descrita ausência quase absoluta de observação pelo judiciário da realidade social acaba fazendo com que escape àquele a dinamicidade e a mutabilidade desta, o que inevitavelmente cria óbice a correta adequação das normas aos casos concretos, acarretando o típico e conhecido conservadorismo e a repetição de entendimentos ultrapassados ou o atraso da atualização destes, ou ainda, o que pode se mostrar muito mais perverso, torna praticamente inviável que os novos direitos de teor social, que exigiriam sem dúvidas uma atenção adicional por extrapolar aos já antigos e consagrados princípios¹⁰, sejam aplica-

¹⁰ “esta consciência de direitos é uma consciência complexa porque engloba não só o direito à igualdade, como também o direito à diferença, designadamente à diferença cultural, e aos direitos coletivos dos camponeses sem terra, dos povos indígenas, dos afro-descendentes. É essa nova consciência de direitos e a sua complexidade que torna o atual momento sócio-jurídico tão estimulante quanto exigente”. (BOAVENTURA, p. 11)

dos, por que sequer seus destinatários e as necessidades deles podem ser devidamente reconhecidos e localizados, o que transformaria tais preceitos em letras mortas que poderiam então ser enterradas lado a lado com as cartas de intenções.

A não efetivação desses direitos sociais e a atuação judiciária desavisada no tocante as principais demandas de uma sociedade tão plural e dinâmica como é a nossa, não é segredo, liga-se ao neoliberalismo, que há algumas décadas vem se solidificando no Brasil e no mundo. O que não é assim tão óbvio é que algumas das grandes dificuldades estruturais por que tem passado a justiça de vários países, o abarrotamento de processos, a sobrecarga dos magistrados, que são impelidos a resolvê-los a toque de caixa, e a lentidão na prestação jurisdicional, enfim o afogamento de todo o sistema (o que acaba servindo como mais uma desculpa para a desatenção à realidade social, pois a pressa necessária impediria uma análise mais detida desta) tem como uma das causas, justamente, a precarização dos direitos sociais, o que é praticamente uma premissa dessa orientação econômica. Essa carência de prestações por parte do Estado tem conduzido, pois, a um considerável aumento da litigância¹¹. Pelo que se pode concluir que a efetivação dessa cartela de novos direitos poderia contribuir para o contorno dessa dificuldade o que culminaria com uma otimização do exercício jurisdicional.

Ainda ligada a esse ambiente econômico neoliberal, é de se observar que os sistemas processuais vem sendo alterados no sentido de melhor servi-lo, com o consequente aparelhamento judiciário para atender aos interesses do capital. O mercado, os negócios, demandam previsibilidade, segurança e rapidez na solução de suas questões e o processo o reflete à medida que torna a celeridade o único ideal a ser alcançado¹². As reformas no judiciário pelo mundo vem ocorrendo, dessa forma, de maneira seletiva, reforma-se tão somente o que interessa ao pleno desenvolvimento da atividade econômica. “As reformas são orientadas quase que exclusivamente pela idéia de rapidez. Isto é, pela necessidade de uma justiça célere”¹³.

É claro que a busca por celeridade processual não pode ser tomada como um mal em si, mas se deve observar que nem sempre o resultado rápido será o mais justo e que essa rapidez é reivindicada por aqueles que sabem que esse resultado atenderá aos seus interesses. Uma interpretação cidadã do direito, apta a promover justiça social, demanda naturalmente um maior tempo de análise¹⁴.

¹¹ “Muita da litigação que chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado social (direito laboral, previdência social, educação, saúde, etc.) A Suécia, que tem talvez ainda hoje o melhor sistema de Estado de bem-estar da Europa, tem baixíssima litigação judicial. A Holanda é, também, um dos países com as mais baixas taxas de litigação na Europa. O que significa que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas tem a ver, também, com um nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa explicação. (BOAVENTURA, p. 17)

¹² Citar mudanças processuais nesse sentido, inclusive no novo CPC.

¹³ Idem, p. 24.

¹⁴ Idem, p. 27.

No Brasil, é preciso ser justo, até foram introduzidas certas mudanças processuais, sobretudo pelo processo de emenda a Constituição no sentido de promover o acesso a justiça¹⁵, assim como acima o dissemos. Ocorre, no entanto, que segue existindo toda uma classe de pessoas que, apesar de conhecerem seus direitos (característica crescente) não os reivindicam quando esses são violados, por se sentirem impotentes, por se sentirem pouco à vontade diante da ininteligível estrutura judiciária.

“Não é filantropia, nem a caridade das organizações não-governamentais que procuram; apenas reivindicam seus direitos. Ficam totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial, sempre que contactam com as autoridades, que os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias etc. Estes cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura suprimida. [...] A procura suprimida é uma área da sociologia das ausências, isto é, é uma ausência que é socialmente produzida, algo ativamente produzido como não existente.” (BOAVENTURA, p. 32)

Em suma, as mudanças havidas foram incipientes em relação às enormes carências sociais, e inidôneas a produzir uma democracia judicial de fato, através da qual se verifiquem os princípios constitucionais, através da qual possa se estabelecer o Império do Direito¹⁶, mas não só relativamente às decisões das causas, mas também à quais causas estão em juízo, quais causas alcançam o judiciário, ou, melhor ainda, quais são por ele alcançadas.

3 A “reforma estrutural” como instrumento da Integridade

O império do Direito, a teoria do Direito como Integridade, fornece, diante desse quadro de desigualdade da prestação judiciária, uma primeira solução. O juiz ao proferir suas sentenças, deve manter-se fiel não a estrita legalidade, mas aos valores de todo o ordenamento, de acordo com os quais deve interpretar a norma específica, considerando o Direito em sua totalidade, em sua Integridade. Está aí instrutiva fórmula para que os magistrados decidam os casos mais difíceis, para os quais somente os Princípios podem fornecer resposta¹⁷. É assim como em *Amistad*, o belo filme de Spielberg, em que os negros que se rebelaram contra seus traficantes em alto-mar, tomando o controle do navio que os conduzia à escravidão e acabando por atracar nos EUA, sendo depois reivindica-

¹⁵ Apontar as emendas e as mudanças.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*.

dos como propriedade de vários entes (a coroa espanhola entre eles), cuja defesa estava devidamente embasada em dispositivos legais, puderam ser devolvidos à sua terra em liberdade, decisão final fundada nos Princípios em que se baseia o ordenamento jurídico americano desde a independência daquele país, precipuamente a Liberdade¹⁸.

Sim, todas as causas devem ser decididas com base em Princípios, principalmente os *hard cases*, mas a Integridade deve ir além, para atingir o momento anterior a adjudicação, deve atuar no momento em que são selecionadas quais causas serão levadas à apreciação (conforme já se discutiu aqui, não se pode ser ingênuo ao ponto de acreditar que o sistema legal-judiciário não seleciona seus casos, seus autores e seus réus¹⁹) e, se for o caso, demandá-lo de outras instituições que não a magistratura.

É preciso, pois, que se fortaleçam as estruturas capazes de conduzir causas de maior interesse social ao judiciário, para que esse poder se torne vetor da promoção dos valores constitucionais, para que torne democrático a ele próprio e ao Estado do qual faz parte. Nesse sentido, o professor americano Owen Fiss, defende a “reforma estrutural” como possibilidade de promover o “embate entre o Judiciário e as burocracias estatais”, visando remover os óbices que impedem a democracia judicial.

“A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos agindo dentro dessas organizações. [...] O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.” (FISS, p. 2)

¹⁸ De Steven Spielberg, *Amistad*, narra a história de um grupo de negros que, capturados na África, conseguem tomar o controle do navio negreiro e acabam tornando-se objeto de litígio ao desembarcar em terras americanas. A sua luta por liberdade passa por vários reveses judiciais e enfrenta ainda a dificuldade de comunicação, até que por fim o debate se trava no campo da Integridade, o que resulta na recondução dos africanos ao seu continente e na ordem para o desmantelamento da fortaleza que servia à captura e embarque de africanos para o Novo Mundo. Além da grande lição de Direito a obra é também demonstrativa de como a estrutura judiciária deve se adaptar às peculiaridades das causas que adjudica.

¹⁹ Os criminosos, por exemplo, aqueles que ocupam o banco dos réus no processo penal, são escolhidos no momento em que as leis penais são tecidas, no momento em que se elege as condutas a serem tipificadas. Na sociedade capitalista, criminoso é aquele que oferece risco à propriedade e aos negócios burgueses, ou seja, são criminalizadas as condutas da classe miserável, para quem o Estado não mostra outra face senão a penal, enquanto tende a haver indulgência com relação às práticas das classes superiores, que ou sequer chegam a ser crimes, mesmo que tenham muitas vítimas, ou, quando são tipificadas, o que é raro, beneficiam-se da negligência deliberada das autoridades, que sempre resulta na cancerígena impunidade. A esse respeito ver Michel Foucault, *Vigiar e Punir*.

Relativamente antiga nos EUA, foi a idéia de reforma estrutural o que permitiu que a separação de negros e brancos em escolas diferentes fosse revista na década de 50. À época, percebeu-se que “o fim daquela segregação era um processo de transformação total, no qual o juiz encarregava-se da reconstrução de uma instituição social existente. A eliminação da segregação exigia uma revisão das concepções formadas sobre a estrutura das partes, novas normas de controle do comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais”²⁰.

Naturalmente que, a princípio, essa transformação moveu-se no escuro, não se podia prever o desenrolar da mudança na prestação jurisdicional e da eliminação das diferenças havidas no interior das estruturas burocráticas do Estado. Só quando licenciados para agir em nome da Suprema Corte, os juízes federais puderam dimensionar o tamanho do trabalho e adaptar os procedimentos tradicionais para atender às necessidades do caso.

“A legitimidade foi igualada à necessidade e, nesse sentido, o procedimento tornou-se dependente da substância. Um compromisso primordial com a igualdade racial motivou a inovação procedimental, constituindo a justificativa para os distanciamentos da tradição”. (FISS, p.3)

Aqueles que se opuseram à reforma estrutural nos EUA, defendiam que o judiciário deve submeter-se ao legislativo, a menos que o processo legislativo seja tomado por inadequado, situação chamada “falha legislativa”, ocasião em que estaria autorizada a atuação diferenciada dos magistrados²¹.

Ao surgir, a reforma estrutural não pôs em risco a teoria da “falha legislativa”, pois naqueles casos não cabia a defesa do majoritarismo, uma vez que o grupo vitimado era uma minoria determinada e isolada e, de qualquer maneira, aos negros era negado o direito ao voto. Mas, é preciso observar que a atual garantia do direito ao voto a todas as etnias naquele país, não foi suficiente para reverter a desigualdade e a pobreza que recaem sobre as populações negras, e, na verdade, essa pobreza persistente é óbice à participação política desse grupo racial. Ocorre que a pobreza não é listada entre uma das hipóteses da falha legislativa, pois se fosse, de tão difusa que é, a própria premissa do majoritarismo estaria em risco.

Além disso, a simplificação contida na idéia de maioria, apesar de vir em defesa da cidadania, pode ser atentatória dela mesma. A teoria da falha legislativa contribui pouco quando a referência é a enorme estrutura estatal e a hipossuficiência de certos grupos diante dela. Porém, para que fique claro, é preciso dizer que “a função do juiz não é falar

²⁰ FISS, p.3.

²¹ Haveria dois tipos de falha legislativa: “restrição do direito de voto e a discriminação de uma minoria determinada e isolada, um grupo incapaz de formar coalizões e, conseqüentemente, de participar efetivamente em políticas majoritárias”. (FISS, p. 32)

pela minoria ou aumentar sua expressividade, mas dotar os valores constitucionais de significado, o que é feito por meio do trabalho com o texto constitucional, história e ideais sociais. Ele procura o que é verdadeiro, correto ou justo, não se tornando um participante nos interesses das políticas de grupo”²².

A idéia de que cabe aos juízes dotar os valores constitucionais de significado prático é sem dúvida uma superestima de suas capacidades e idoneidade moral “a capacidade que possuem de dar uma contribuição especial para a vida social não é decorrente de qualquer conhecimento ou traço pessoal, mas da definição da atividade na qual se encontram e através da qual exercem o poder. Tal atividade é estruturada por fatores institucionais e ideológicos que permitem e, talvez, forcem o juiz a ser objetivo – não para expressar suas preferências ou crenças pessoais acerca do que é certo ou justo, ou às preferências populares, mas para o constante empenho na busca do verdadeiro significado dos valores constitucionais. Dois aspectos da atividade judicial conferem-lhe esse molde especial: a obrigação do juiz de participar de um diálogo e a sua independência”²³.

É de se esperar que haja quem evoque o ideal democrático para dizer que o poder judiciário carece de legitimidade em relação aos poderes constituídos por sufrágio, executivo e legislativo. Mas é preciso entender que significar os valores constitucionais é tarefa “dialética e pluralista”, sendo uma redução considerá-la tão somente em termos numéricos, para entender que todos os poderes podem fazê-lo, majoritariamente ou proporcionalmente. Além disso, “a teoria da reforma estrutural, como qualquer outra forma de litígio constitucional, não exige que as cortes tenham a única ou a última palavra, mas que possam se pronunciar e o façam com certa autoridade, cuja medida é o processo”²⁴.

Nos EUA, durante os anos 60, as cortes tiveram posição preponderante em função do entendimento de que a diferenciação racial era incompatível com o ideal de igualdade, em defesa dos grupos sociais em relação às instituições totais, porém no fim da década e com redescoberta do liberalismo, a defesa da supremacia legislativa foi retomada com concomitante abstenção dos juízes. Para Fiss, essa mudança não se deu em função da descrença na idoneidade da instituição judicial, mas sim em uma crise valorativa, com a preponderância de preferências circunstanciais aos princípios. Daí que a defesa da reforma estrutural também tem que vir em defesa da base valorativa do ordenamento, e vice-versa, pois um depende do outro.

“Somente quando reafirmarmos nossa crença na existência de valores públicos e acreditarmos que valores tais como a igualdade, liberdade, devido processo legal, não utilização de punições cruéis e incomuns,

²² Idem, p. 36.

²³ Idem, p. 42.

²⁴ Idem, p. 46.

segurança da pessoa e liberdade de expressão podem ter um significado verdadeiro e importante, que deve ser consolidado e implementado – sim, descoberto – o papel das cortes no sistema político tornar-se-á significativo ou até mesmo, com relação a essa questão, inteligível”. (FISS, p.48)

Entretanto, o argumento principal em função do processo judicial estrutural é a inaptidão do processo comum, “o modelo de solução de controvérsias”, para os casos em que as partes estão em incorrigível relação de desigualdade, como é o caso dos grupos sociais diante das imensas estruturas estatais. O modelo tradicional “é tríade e altamente individualista: uma ação é visualizada – com a ajuda do ícone da Justiça segurando sua balança – como um conflito entre dois indivíduos, o autor da ação e o réu, e um terceiro situado entre duas partes, como um árbitro imparcial, para decidir quem está certo e declarar o que deve ser feito”²⁵, e claramente não pode atender às necessidades processuais demandadas pela criação de direitos sociais.

“O foco da reforma estrutural não é direcionado para transações ou incidentes particulares, mas para as condições da vida social e para o papel que as organizações de grande porte desempenham na determinação dessas condições. O que é crucial não é o fato da criança negra ser rejeitada em uma escola de brancos ou o ato individual de brutalidade policial. Esses incidentes podem desencadear a ação judicial e também, ter significado probatório: evidência de um ‘padrão ou prática’ de racismo ou ilegalidade. Todavia, a questão principal do processo, ou o foco da investigação judicial, não são esses incidentes, os quais são eventos particularizados e isolados, mas uma condição social que ameaça importantes valores constitucionais e a dinâmica organizacional que cria e perpetua tal condição”. (FISS, p. 50)

Pela reforma estrutural, o conceito comum de partes perde sentido e o exclusivismo individualista é substituído pela figura dos grupos sociais e dos advogados institucionais, pois a vítima é um grupo - não só uma construção legal ou um aglomerado - e não um indivíduo. Tal grupo deve possuir um representante legal, não havendo razão para se exigir que este seja membro²⁶, o que seria mesmo uma incoerência. Pois se o grupo é

²⁵ Idem, p. 48.

²⁶ “Um indivíduo precisa ser um pequeno herói para tomar uma posição desafiadora do status quo: imagine a coragem e a firmeza que deve ter um representante em um processo judicial que tenha por objeto a eliminação da segregação nas escolas ou, pior ainda, em uma ação que desafie a administração de uma instituição total, tal como um presídio. Nesse caso, os indivíduos encontram-se em uma posição tão vulnerável, expõe-se tanto, que é uma crueldade insistir [...]”. (FISS, p. 53)

hipossuficiente o que será um indivíduo seu integrante se tomado em separado? Mas, é claro que a corte deve avaliar a adequação desse representante, podendo ser oportuna a ligação instrumental entre o grupo vitimado e o representante, o que o incentivaria a uma atividade mais engajada (nos casos de representantes privados, claro, pois os públicos devem possuir a dedicação como dever funcional) e a uma multiplicidade de representantes, podendo, assim, as diferentes ponderações relativas aos interesses do grupo vitimado ser distribuídas entre eles, o que seria um ponto em favor do contraditório, à medida que favoreceria uma discussão mais ampla que culminaria, logicamente, em uma decisão mais realista e justa.

De acordo com o defendido por Owen Fiss, cabe a ressalva de que as vítimas e os beneficiários do processo não precisam ser coincidentes, ao que exemplifica com um caso de abuso policial, em que a polícia age illicitamente em relação a um grupo racial determinado de uma cidade. Nesse caso, poderia-se começar um processo administrativo-disciplinar, de forma a coibir essa má ação dos representantes da instituição policial, deixando aos indivíduos que se sentem lesados o processo judicial como opção. Ou a corte, percebendo a ineficiência e insuficiência dessa possibilidade, poderia levar a proteção para todos aqueles em situação de vulnerabilidade nessa cidade. Essa possibilidade de distinção entre as vítimas e os beneficiários decorre do fato de que a corte deve se pautar, como em qualquer exercício do poder estatal, por considerações relativas à eficácia e à justiça, considerações que podem levar a corte a “estruturar a classe beneficiada de forma não coincidente com o grupo vitimado”. É claro, no entanto, que os limites entre esses grupos devem ser próximos.

No pólo passivo, naturalmente, também haveria uma transformação. No modelo de solução de controvérsias, o réu executa “três diferentes funções: (a) representante; (b) autor do ato ilícito; e (c) destinatário (ou pessoa que deve prover a medida judicial)”²⁷. Há aí pressuposição de que em uma só figura, tais fatores se unifiquem, já no processo estrutural, a idéia de réu como autor do ato ilícito praticamente desaparece, individualista que é, e as outras funções são separadas. Na verdade, o causador da ilicitude, no processo estrutural, é a burocracia do Estado e a desigualdade social. O réu, sobre quem recairão os ônus, é a organização, que deve ser reformada naquilo em que sua ação ofende aos valores constitucionais.

Essa reparação institucional, não seria incidental ou esporádica visando corrigir ocasionalidades, obviamente, poder-se-ia dizer mesmo que não teria fim. “Envolve uma relação longa e contínua entre o juiz e a instituição; não se refere à implementação de uma medida judicial já concedida, mas à concessão ou forma da medida. A tarefa não é declarar quem está certo ou errado, nem calcular o total de danos ou proferir uma decisão destinada a fazer com que um ato isolado deixe de ser praticado. A tarefa consiste na

²⁷ Idem, p. 55.

eliminação da condição que ameaça valores constitucionais”²⁸. O que significa dizer que a ação jurisdicional sobre a instituição, através de supervisão assídua, deve durar enquanto persistir a ameaça.

Essas são as linhas gerais da “reforma estrutural”, inspirada no pensamento de Owen Fiss aqui apresentada. Estabelecida essa base, parte-se, a seguir, para uma análise das possibilidades e impossibilidades processuais brasileiras, que, no entanto, por limitações de natureza prática, não poderá ser profunda quanto a todas elas, incompletude que ficará registrada aqui como uma dívida a ser paga em um trabalho complementar deste. Por hora, pretende-se apontar as diferenças principais havidas entre o processo nacional e o americano, no tocante a viabilização da reforma, bem como sugerir um meio, entre os dispositivos existentes em nosso ordenamento, para tanto, a saber, a ação civil pública a ser proposta pelo Ministério Público, um de seus titulares.

4 Breve digressão: o caráter instrumental do processo

Antes de adentrar na questão processual propriamente, é preciso lembrar que o processo, há algum tempo já concluiu a sua teoria geral, é um instrumento, não um fim em si. Presta-se a garantir, na dimensão prática, o respeito a direitos com base em princípios. Suas formas não devem ser tomadas em um sentido absoluto, encerrado em si mesmo, mas sim como um meio que, quando visivelmente inadequado, deve ser revisto, para que o direito material tutelado não saia prejudicado por um formalismo excessivo e irracional. Desse Princípio da Instrumentalidade das Formas Processuais deve se valer, portanto, a reforma estrutural, que, como dito antes, não poderá ser operacionalizada se a atuação jurisdicional apegar-se à formalidade.

“É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução”. (VIGLIAR, P. 37)

Do trecho destaca-se, também, o quão importante é esse princípio para o aprimoramento do sistema processual, pois é via para a superação da estagnação que o positivismo

²⁸ Idem, p. 63

estrito tende a causar, além de permitir maior acesso ao judiciário, uma relação menos desequilibrada entre as partes com localização econômica muito diferente entre si, e uma atitude menos negligente do juiz, tudo isso culminado com a ampliação da possibilidade de sua efetividade, que pode “fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos”²⁹.

5 Questões processuais: incompatibilidades entre o processo civil americano e o brasileiro quanto à reforma estrutural e possíveis soluções

Naturalmente que a idéia de processo estrutural ao ser pensada para questões norte-americanas, contava com institutos processuais existentes lá, o que cria a necessidade de uma análise mais detida dos mecanismos brasileiros que poderiam permitir sua transposição para o nosso país.

A reforma estrutural no ordenamento americano, de acordo com sugestão de Fiss, deve lançar mão da *Injunction*³⁰, que permitiria uma ação preventiva do magistrado, ao contrário das medidas judiciais comuns, que são retrospectivas, buscando restabelecer a ordem jurídica ofendida por um erro passado. A “*injunction* pode servir como mecanismo formal por meio do qual a corte emite diretivas a respeito de como esse objetivo deve ser alcançado. [...] A qualidade prospectiva da *Injunction*, aliada ao fato de que confere poder ao juiz, explica a preeminência dessa medida na reforma estrutural”³¹. Adiante, quando já decorridas muitas medidas suplementares, medidas específicas, como sanções criminais e indenizações, viriam a calhar. Tais diretivas a serem emitidas pelos juízes teriam como destinatários as estruturas burocráticas, e não os indivíduos que as representam.

Quanto ao juiz, as pistas mostram que deveria superar sua postura inerte, comum na jurisdição tradicional, a qual confia na iniciativa das partes para a apresentação dos fatos, restando-lhe, ao fim, declarar com qual delas está a razão. Já na reforma estrutural, em que existe atenção ao fato de que os recursos são distribuídos desigualmente, pelo que as partes não podem ser tomadas por iguais, cabe ao juiz uma postura ativa, um cuidado para estar informado de fato sobre a situação da parte, que é hipossuficiente em relação às organizações que lhe ofendem os direitos.

O autor da ação e seu advogado fariam em nome de todos os usuários de uma instituição, os futuros inclusive, o que talvez seja uma inadequação, pois pode ser que o mal reconhecido pelo autor da causa não seja aquele que de fato cria a ofensa aos direitos. Daí a necessidade de o juiz assumir uma postura proativa para garantir uma representação adequada, de forma a, mantendo seu compromisso com a imparcialidade, construir uma

²⁹ Watanabe in Sales, p. 13.

³⁰ Buscar explicar em detalhe como funciona a *Injunction* e onde é previsto na lei americana.

³¹ *Idem*, p.57.

“ampla estrutura representativa”, capaz de discutir a questão a partir de diferentes óticas.

5.1 Brasil: O Ministério público e a reforma estrutural

Já no Brasil, não há previsão da *injuction* e seria muito difícil defender o ativismo judicial nos moldes em que ele é aceito nos países de Common Law, em que a jurisprudência tende a ser mais criativa, posto que ao juiz é concedido o direito de julgar conforme a equidade, mesmo que se venha sinalizando a aproximação de nosso sistema, Civil Law, àquele. Por isso, faz-se necessário buscar em outras possibilidades legais e institucionais a viabilidade da reforma estrutural, preservando assim a tão cara imparcialidade do juiz, que, como antes o dissemos, não pode ser confundida com a indiferença.

Voltamos, pois, nossa atenção para o Ministério Público, que na ordem brasileira tem mais possibilidades para propor os processos em que deve operar a “reforma estrutural”, possibilidades estas decorrentes das funções que lhe atribui a Constituição, quais sejam a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis³².

Tais atribuições conferidas a esse órgão, bem como sua configuração, encontram explicação na necessidade de dotar o sistema político de um aparelhamento para o controle da constitucionalidade, tendo em vista que o regime autoritário, ao qual seguiu a nossa constituição, era contumaz desrespeitador dessa. “Desta forma, amplitude de tarefas e de prerrogativas emprestadas ao *parquet* nacional espelha a necessidade de mecanismos institucionais eficazes para o controle do poder estatal”³³. A defesa do povo³⁴ atribuída ao Ministério Público, por sua vez, decorre da situação de miserabilidade de boa parte da população brasileira.

Olhando para fora, em contrapartida, deve-se dizer que, em comparação com outros países, os Ministérios Públicos brasileiros, tanto os estaduais quanto os da União, são melhor dotados quanto a estrutura, garantias e funções. “Concluí-se que a instituição nacional, relativamente à de outros países, possui privilegiada situação de independência funcional (...)”³⁵.

Estão aí algumas boas pistas da missão que o Ministério Público deve assumir, atuando como ator principal, no sentido de promover a efetivação dos valores constitucionais e a extensão da democracia, o que já tarda, ao exercício jurisdicional³⁶. Interessa,

³² Art. 127, CF/88.

³³ SALLES, p. 42.

³⁴ Hugo Nigro Mazzili in Salles, p. 43.

³⁵ SALLES, p. 47.

³⁶ Mas, é preciso explicar, essa concepção finalística desse órgão é recente e nasceu com a Constituição de 1988. A ausência de objetivos estabelecidos levava, antes dessa, “a inexistência de uma ação uniforme e planejada, ficando a atividade institucional fragmentada entre diversas atribuições incoerentes e até mesmo contraditórias. Por esse motivo, as inovações introduzidas pela constituição vigente fazem necessário urgente reexame das funções legalmente atribuídas ao Ministério Público, de forma que sua atuação corresponda aos objetivos institucionais previstos e às atribuições para as quais foi expressamente incumbido”. (SALLES, p. 56) Aí está, além de informação histórica sobre o Ministério Público, a sinalização de que concepções arcaicas e não conformes com as novas demandas sociais para as quais deve se voltar essa instituição devem ser revistas.

pois, a este estudo, a função dessa instituição no tocante a efetividade da jurisdição constitucional, como forma de atender a necessidade crescente de tutela de direitos coletivos e sociais e como forma de controlar a própria atividade estatal, estando, assim, a serviço da sociedade civil, representando-a na colocação em atividade da máquina judiciária, inerte por princípio.

Cabe ao Ministério Público, por tudo isso, a defesa da cidadania, a fiscalização tanto da atuação dos poderes públicos quanto dos serviços de relevância pública, atribuição que decorre, entre outras coisas, do crescimento do “intervencionismo liberal”³⁷ do Estado e da hipertrofia de suas estruturas. Não obstante à contradição havida nessa expressão, ela encontra suporte histórico no fato de o Estado, cedendo às pressões de certos setores econômicos, quando os mecanismos de mercado deixaram de ser capazes de, por sua conta, garantir o sucesso da empreitada capitalista, ter ampliado a sua própria burocratização, “face à necessidade de institucionalização do planejamento e consequente racionalidade administrativa”³⁸. Essa mudança, claro, jamais ocorreu em nome da promoção da igualdade social ou de qualquer outro objetivo nobre e lucrativamente desinteressado, mas sim para que a atividade econômica se mantivesse viável.

Nesse sentido, não obstante aos 23 anos já transcorridos desde a redemocratização, faz-se ainda imperativo que esse órgão movimente-se no sentido de assumir de vez a missão que lhe foi legada dentro do sistema constitucional, o que vem ocorrendo até agora com parcimônia, a conta-gotas mesmo. Uma forma de fazê-lo seria essa que ora sugerimos: a trazida à adjudicação questões de interesse coletivo, ensejando assim o princípio de processos de natureza estrutural, através de sua competência para promover o inquérito civil e a ação civil pública³⁹, de forma a garantir o respeito dos poderes e serviços públicos aos direitos constitucionalmente resguardados⁴⁰.

5.1.1 A questão da legitimação do Ministério Público

A atuação ministerial no processo não ocorre, todavia, sem que haja uma avaliação prévia de sua legitimidade, o que quase sempre se dá através da verificação do “interesse público qualificado”, expressão de Carlos A. de Salles que visa lembrar que nem todo interesse público ensejará a atuação desse órgão. Reside aí alguma dificuldade decorrente do fato de haver alto grau de abstração do conceito nessa atribuição genérica, dificuldade que só pode ser superada pela disciplina do inciso IX do artigo 129 da Constituição, que

³⁷ SALLES, p. 64.

³⁸ Idem

³⁹ Cf/88: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁴⁰ Art. 129. II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nessa Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

lembra que as funções que forem atribuídas ao Ministério Público devem ser compatibilizadas com sua finalidade.

Para dizer só da legitimidade para defesa dos direitos ditos sociais, matéria que afeta a esse trabalho, é preciso sinalizar a sua problemática, surgida com a lei 7347/85, Lei de Ação Civil Pública, em função justamente de seu maior alcance social e do fato de essa legitimação não assentar-se nas modalidades previstas em sede doutrinária. Além disso, como o ajuizamento de ações civis públicas é sempre de direito alheio em nome próprio, toda atuação do Ministério Público, nesse sentido, depende de previsão legal⁴¹.

Mas, há aí grande questão, que se relaciona ao fato de que, pela ação civil pública, quanto aos direitos difusos e coletivos, na verdade, a titularidade do direito que se pretende proteger não é delimitável, o que cria inadequação para a legitimação extraordinária do Ministério Público, uma vez que não se trata da defesa de interesses alheios, já que não são atribuídos a sujeitos determinados. Em contrapartida, por óbvio, também não se pode dizer que essa titularidade é ordinária, pelo que, de acordo com Salles, melhor é dizer que é uma legitimação “anômala”.

Para estabelecer-se a legitimidade do Ministério Público, nesses casos, é preciso, pois, um entendimento profundo sobre de que maneira o direito material toca aos sujeitos implicados, ou, o que interessa mais a esse trabalho, de que maneira a agressão desses direitos os atinge, ao que C. A. de Salles chama de “qualificação subjetiva da situação de fato”⁴². Trata-se de um exercício lógico, que visa a verificação dos requisitos da ação, como forma de permitir uma decisão do mérito apta a produzir efeitos jurídicos. Exercício esse que deve sempre guardar atenção às finalidades dessa instituição: a defesa do regime democrático (melhor seria dizer, a despeito do texto da Constituição, mas muito mais próximo de seus valores, defesa da Democracia, vez que o substantivo “regime” reduz o adjetivo “democrático” à formação de um corpo político representativo por via não autoritária, quando poderia superar a mera formalidade para significar igualdade de fato) e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, para citá-las ainda uma vez.

6 Conclusão

Sem pretensões de exaustividade, intentou-se demonstrar nessa sede o quanto há por fazer no sentido da consolidação da Democracia, da promoção da justiça social, e, principalmente, da possibilidade de participação do Poder Judiciário nesse processo. Com a Integridade por norte e a reforma estrutural por forma, esse poder poderia remover os óbices que, apesar de todo clamor pela constitucionalidade de seus atos, resistem dentro

⁴¹ CPC: Art 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

⁴² SALLES, p. 121.

das estruturas estatais e são responsáveis, juntamente com outros fatores, por retardar esse avanço.

Restou provado, ainda, que a rígida divisão funcional entre os poderes, com a permissão da interferência entre eles somente com a finalidade fiscalizatória, é de pouca serventia quando o assunto transborda à esfera da organização do Estado, e que os valores constitucionais devem ser ideais para os parlamentares e administradores públicos tanto quanto a Democracia deve sê-lo para os juízes, promotores e advogados. Só assim, com uma atuação mais coerente e coordenada entre todos eles, grandes questões como a desigualdade social e suas decorrências, como a violência institucional, podem ser honesta e efetivamente enfrentadas.

Ademais, já é tempo de as instituições judiciárias, através de seus representantes, assumirem a capitania nesse contexto de efetivação de valores constitucionais, para imprimir em cada um de seus atos – petições, acusações, representações, ações, sentenças, etc. – tudo aquilo o que o Direito representa, ao invés de legar aos seus princípios a função de mero recurso retórico de grande efeito, esvaziando-lhes, assim, o sentido.

Referências bibliográficas:

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Direitos sociais, qual é o futuro?* Rio Janeiro: Forense, 403, ano 105.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública*. Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação da UERJ para obtenção do título de mestre na área de Direito Processual. Rio de Janeiro, 2009.

SALES, Carlos Alberto de. *A Legitimação do Ministério Público para Defesa de Direitos e Garantias Constitucionais*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós- graduação para obtenção do título de mestre, na área de Direito Processual. São Paulo, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas S.A., 1999.