

O poder do juiz: ontem e hoje

Benedito Cerezzo Pereira Filho*

Introdução

O texto apresenta uma discussão acerca do poder do juiz. A proposta, contudo, levada a efeito no campo restrito de um trabalho desta proporção, intencionou analisá-lo menos pela autoridade e muito mais pelo dever e, portanto, responsabilidade inerente ao ato de julgar as demandas sociais suscitadas entre os cidadãos e desses em face do próprio Estado.

Bem assim, perquiriu-se, de início, o papel reservado ao Judiciário pela classe detentora do poder econômico (*burguesia*) desde a Revolução Francesa que, sem dúvida, foi um marco relevante que influenciou *e influencia* até os dias hodiernos a juridicidade moderna. A propriedade foi considerada como principal objetivo desse direito burguês.

Neste contexto, preocupou-se com a propositada inação dirigida ao Poder Judiciário, principalmente seu afastamento do povo, com '*teorias*' liberais aptas a anulá-lo como Poder para, ideologicamente, submetê-lo à irracional, mas, pelo viés burguês, eficiente *vontade da lei*.

Questiona-se, então, essa aparente *nulidade*. Sem esquecer-se que o povo é o legítimo detentor do Poder e que qualquer atuação seja *legislativa, executiva ou judiciária (devido processo legal)* deverá estar voltada para o seu verdadeiro titular, infirmou-se, por via oblíqua, ser esse *Poder* inerente, também, ao Judiciário.

Com esse desiderato, considerou-se a importância da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, como fator fundamental a reconhecer, de vez, a necessidade do Poder Judiciário intervir na sociedade para *evitar e compor* lides.

* O autor é Mestre e Doutor em direito das relações sociais pela UFPR, professor nos cursos de graduação e pós-graduação *lato e strito sensu* do UNIVEM - Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Marília/SP e advogado militante.

Alfim, conclui-se pela inexorável atuação do Judiciário para e junto ao povo, com independência, acima de tudo funcional/criativa.

1 O golpe burguês de 1789¹ e a formação do Estado Moderno

A revolução burguesa e o triunfo do Estado Moderno marcaram, sobremaneira, a atuação do poder judiciário. A dominação exercida, nos campos político e econômico, pela burguesia não deveria ser novidade.

Contudo, o golpe ideológico a que foi envolvido o povo, traspassa incólume não só a barreira do tempo, como também, a capacidade de discernimento até da "elite" cultural jurídica encarregada de discutir os contornos da atuação do poder, no caso, o da esfera judiciária.²

A inversão do sistema de dominação a partir da Revolução Francesa teve, em verdade, apenas uma remodelagem, uma nova gravação de um longa metragem com mudanças de atores, mas mantendo-se o mesmo local de fala. A produção do direito passou a ser exclusividade do Estado com a substituição dos monarcas pelo Poder Legislativo.³

Ao invés da presença fictícia do rei temos a ficção do Estado⁴, sendo que, nesta nova versão em cores, a burguesia apodera-se do direito de dizer o que é certo ou errado, através de um sistema normatizado com substrato de dogmas⁵ encarregado de estipular, manipuladamente, o convívio na sociedade.⁶

¹ “O ano de 1789 bem pode ser considerado como o fim da Idade Média, pois foi nele que a Revolução Francesa deu o golpe mortal no feudalismo... Em lugar do feudalismo, um sistema social diferente, baseado na livre troca de mercadorias com o objetivo primordial de obter lucro, foi introduzido pela burguesia.” HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed., trad. por Waltensir Dutra, Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 1986. p. 153.

² “Inércia, ignorância e incapacidade em se manter a par de mudanças legais constantes, contribuem para a diferença existente entre a lei positivada nos livros e aquela realmente aplicada.” ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87.

³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 35.

⁴ “A diferença está em que, ao invés de pôr-se o foco dedutivo em Deus, aqui se opera a partir do Estado.” LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980. p. 20.

⁵ Para nós, dogmatismo e positivismo (norma) são expressões sinônimas. Ver, nesse sentido, LYRA FILHO, Roberto. **op. cit.** p. 28. Em sentido contrário: BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. Milano: Edizione di Comunità, 1972. p. 79ss.

⁶ “A burguesia estava mais ou menos nessa posição. Tinha o talento. Tinha a cultura. Tinha o dinheiro. Mas não tinha na sociedade a situação legal que tudo isso lhe devia conferir.” HUBERMAN, Leo. **op. cit.** p. 149.

Em outras palavras, a burguesia pós-revolucionária aliou a seu poder econômico, o político e, nesta condição, abandonou os ideais perseguidos e prometidos para retirar benesses de uma situação cuja calmia da navegação só a ela permite uma viagem livre de chuvas e trovoadas.⁷ Idealizadora do emergente Estado soube (*e sabe*), como ninguém, transitar pelo poder.

Necessitava ruir com o sistema do antigo regime, cuja estrutura vertical e hierarquizada do poder (*Deus→Papa→Reis→Reino=Senhor Feudal, Servos e Camponeses*) impunha à burguesia, além da limitação no campo político, um fardo econômico imensurável, pois, a carga tributária a que estava submetida crescia como uma bola de neve para custear a manutenção de duas classes poderosas que nada produziam e tudo consumiam: *clero e nobreza*.

Incapaz de realizar a própria revolução, habilmente induziu o povo ao campo bélico, com promessa de uma sociedade próspera, construída com liberdade, igualdade e fraternidade.⁸

Com a derrocada do antigo regime, triunfa o interesse da burguesia que assume o poder⁹ e, nesta condição, impõe os limites de atuação das esferas legislativa, executiva e judiciária, ao projetar um Estado cujas decisões políticas têm como desiderato o capital, porquanto submetidas a regras econômicas, condicionantes e sobrepostas aos interesses jurígenos.

"Daí poder-se dizer que é com a Revolução Francesa que nasce o Direito Moderno"¹⁰, atrelado a um legalismo cuja burocracia estatal favorece, ora com extrema demora, ora com rapidez invejável, a classe dominante. Como afirma KEITH ROSENN, "...o formalismo tem sido uma importante estratégia usada pela elite, a fim de moldar a nação"... "Por outro lado, há quem argumente que existem casos onde o formalismo é adotado como estratégia consciente, exatamente visando a evitar mudanças sociais."¹¹

⁷ "É uma descrição exata do que realmente ocorreu. Depois que a Revolução acabou, foi a burguesia quem ficou com o poder político na França. O privilégio de nascimento foi realmente derrubado, mas o privilégio do dinheiro tomou seu lugar." Idem, *ibidem*. p. 151.

⁸ "Liberdade, Igualdade, Fraternidade' foi uma frase gritada por todos os revolucionários, mas que coube principalmente à burguesia desfrutar." Idem, *ibidem*. p. 151.

⁹ "Em qualquer hipótese, na pirâmide aquinatense ou na Kelseniana, a coisa vem de cima, onde tronam as classes privilegiadas, aristocrática ou burguesa. E o povo fica por baixo, como o principal destinatário dos imperativos - *isto é* -, tem o dever jurídico fundamental de obediência e direitos subjetivos apenas na medida em que se inferem no espaço livre e muito reduzido que *lhes sobre*, no arquipélago da normas ditadas, em costume ou lei, pela classe dominante." LYRA FILHO, Roberto. *op. cit.* p. 21.

¹⁰ REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 74.

¹¹ ROSENN, Keith S. *op. cit.* p. 64.

2 E a magistratura?

Neste contexto, altamente favorável à classe detentora do capital, a magistratura seria um inimigo considerável. Isto porque, no Antigo Regime, estava acostumada às "maravilhas" do poder. Eles eram, antes de mais nada, magistrados do Rei.¹² Aliada da nobreza,¹³ eis que dela recebia o título de magistrado (*que passava de pai para filho, podia ser vendido, alugado ou doado*¹⁴) sabia, como ninguém, retribuir docilmente, o favor recebido.

Sem poder aniquilá-la, o que para Maquiavel seria imprescindível, soube, muito bem, anulá-la. Como sempre, conseguiu tirar proveito de uma situação que, à primeira vista, parecia-lhe desfavorável. Utilizou e utiliza a magistratura para manter a situação posta sob sua ótica e para atender seus anseios, sob a especiosa capa do trinômio mitológico (*menos para ela*): liberdade, igualdade e fraternidade.

Em verdade, como bem relata Jônatas Luiz Moreira de Paula na alusão que faz a José Guilherme de Souza, na estrutura organizacional e funcional do Estado, o poder judiciário *deveria* figurar como órgão controlador e moderador dos excessos dos demais poderes.¹⁵

No entanto, como bem arremata o doutrinador citado, “Na prática, ele se presta ao papel de mantenedor da coerência do sistema (= estrutura de poder = Estado = classes dominantes), pela legitimação dos atos estatais, inclusive os geradores de injustiças e distorções, bem como conivência e pusilanimidade diante da dominação de classes, na arena ideológica do Estado”.¹⁶

¹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 46.

¹³ “Também são ministros públicos aqueles a quem é concedido o poder judicial. Porque em suas sedes de justiça representam a pessoa do soberano e sua sentença é a sentença dele.” HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. trad. João Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 1999. p. 192.

¹⁴ “Nessa fase histórica, referida pelos teóricos franceses como *ancien régime*, o ofício dos juízes, que integravam os *Parlements*, era considerado um direito de propriedade, tendo a mesma situação jurídica das casas e das terras. Em tal situação, a magistratura podia ser comprada, vendida, transmitida por herança, ou mesmo alugada a alguém quando o proprietário não se dispunha a exercer a magistratura mas queria conservá-la, para futura entrega a um descendente que ainda era menor de idade. O ofício era rendoso, pois a prestação de justiça era paga, havendo muitos casos de cobrança abusiva.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.14.

¹⁵ SOUZA, José Guilherme de apud MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002. pp. 29-30.

¹⁶ Idem, *ibidem*. p. 30.

De tão bem engendrada, a magistratura aceitou seu papel: "poder" invisível, nulo, mero aplicador da lei, *la bouche de loi*. Converteu-se, assim, num funcionário obediente da burguesia, pois que aplicaria a lei ao caso concreto, ao servir-se, tão e somente, do princípio da subsunção. O que era para ser proscrito foi conduzido habilmente pela burguesia em forte aliado.

Sem autonomia,¹⁷ já que essa era da lei, portanto do executivo (*decreto-lei e, hoje, medida provisória*) e legislativo (*encarregado do poder legiferante*), serviu e, em grande medida, hodiernamente ainda é seu papel, aos interesses da burguesia. De inimigo, a magistratura converteu-se em um amigo virtuoso para a burguesia.¹⁸

Mas a burguesia foi além: cercou-se de outras armas. A par dessa (des)função desenhada para a magistratura, elaborou uma legislação condizente com as decisões que dela esperaria. Bem assim, arquitetou um sistema legal liberal que, ao permitir a auto-regulamentação da sociedade, proibia o juiz de emitir ordens às partes. Ou seja, idealizou um juiz neutro, equidistante dos jurisdicionados e um impiedoso descobridor da verdade.¹⁹

"A primeira das formas que tomou o Estado moderno, a partir das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, é o Estado Liberal baseado no princípio da limitação da intervenção estatal, na liberdade do indivíduo e na crença na superioridade da regulamentação espontânea da sociedade através da "mão invisível" do mercado (Adam Smith)."²⁰

¹⁷ "... Finalmente, em face da precária autonomia econômica e financeira, de um processo formal de seleção de juizes e de **subserventes relações com o executivo, constata-se um Judiciário politicamente dependente** [sem grifo no original]." FALCÃO NETO, Joaquim apud ROSENN, Keith S. **op. cit.** p. 87.

¹⁸ "A vaidade estimula o homem vulgar a perseguir um bom emprego na administração do Estado, se preciso, abrindo mão da dignidade." INGENIEROS, José. **O homem medíocre**. trad. por Alvanísio Damasceno, Curitiba: Livraria do Chain, [s.d.]. p. 71.

¹⁹ Não se pode olvidar que se o juiz é um mero aplicador da lei ao caso concreto e, se essa lei é produto da burguesia, o juiz está, por via oblíqua, na busca da verdade burguesa. Por isso, a disseminação dos mitos (*neutralidade, busca da verdade, certeza, segurança jurídica etc.*) usado estrategicamente como forma os interesses burgueses livres de contestação. "Encarar o direito como ciência e a educação jurídica como um meio de conferir dogmaticamente o verdadeiro significado das normas legais, tem provocado um divórcio entre o sistema jurídico formal e a conduta real." ROSENN, Keith S. **op. cit.** p. 63.

²⁰ GOMEZ, Diego J. Duquelsky. **Entre a lei e o direito: uma contribuição à teoria do direito alternativo**. trad. por Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2001. p. 17.

Em razão de uma decantada liberdade, a intervenção estatal, por parte da magistratura, estaria, assim, vedada. "O Estado burguês de direito estava, por conseguinte, plenamente vitorioso. E os resultados de seu formalismo e de seu êxito se traduzem numa técnica fundamental, que resguarda os direitos da liberdade, compreendida esta, consoante já dissemos, como liberdade de contratar, da burguesia."²¹

O Judiciário embevecido de fantasias (*talares individualizados, atuação num templo=foro, com tratamento diferenciado etc.*) acredita, ou quer acreditar, que mesmo na condição que lhe foi reservada (*ser invisível e nulo*) detém Poder.

A doutrina, por sua vez, não doutrina.²² A não ser que se inverta a lógica, pois se considerarmos o fato de que ela foi idealizada para não doutrinar então, se não doutrina, logo doutrina.²³ Porquanto, a aparência, a falsa liberdade que pugna pelo não intervencionismo estatal (*dura lex, sed lex*²⁴; *pacta sunt servanda*²⁵; *quod nom est in actis non est in mundo*²⁶ etc.), conforma uma situação sempre vantajosa para a classe dominante, a *burguesa*.

Manter, pois, o judiciário alienado (*e isso se consegue basicamente pelo ensino jurídico e, por conseguinte, pela atuação dos juristas/bacharéis*) é situação condicionante para conservar o estado de conquistas burguesas. O juiz sem poder, portanto, é ideal e necessário para o sistema "legal" orquestrado no século das luzes.

"Enfim, o sistema está montado mediante dupla expectativa: afastar o juiz do povo e exigir atuação dirigida à aplicação do saber consagrado pela vontade da classe

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 5. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993. p. 31.

²² "A educação se presta aos mais variados fins. Pessoas inteligentes, que vivem pensando e tendo idéias diferentes, são perigosas. Ao contrário, a ordem político-social é mais bem servida por pessoas que pensam sempre os mesmos pensamentos, isto é, pessoas emburrecidas. Porque ser burro é precisamente isto, pensar os mesmos pensamentos - ainda que sejam pensamentos grandiosos. Prova disso são as sociedades das abelhas e das formigas, notáveis por sua estabilidade e capacidade de sobrevivência ...a burrice é muito útil, do ponto de vista político e social." ALVES, Rubem. **Por uma educação romântica**. 2. ed., Campinas: Papyrus Editora, 2002. p. 88.

²³ Baseamos em pensamento de Amilton Bueno de Carvalho que, como poucos, sabe bem entender a lógica inversa do sistema. "...não há interesse que o Judiciário funcione (aliás, ele funciona porque o que é feito para mal funcionar e mal funciona, logo funciona)." CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. 5 ed., Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 94.

²⁴ A lei é dura, mas é a lei. A lei é rigorosa, mas é lei e deve ser cumprida. A lei deve ser aplicada ainda que pareça imoral ou injusta.

²⁵ Pacto deve ser cumprido.

²⁶ O que não está nos autos não está no mundo.

dominante (lei), pela doutrina e pela jurisprudência, sem qualquer pretensão criativa (ou seja, servil aos donos da premissa maior).²⁷

Ovídio Baptista atesta essa situação ao asseverar que “Com a separação entre teoria e prática, as classes dominantes conseguiram dois resultados significativos: (a) sujeitaram os magistrados aos desígnios do poder, impondo-lhes a condição de servos da lei; e (b), ao concentrar a produção do Direito no nível legislativo, sem que aos juízes fossem reconhecida a menor possibilidade de sua produção judicial, buscaram realizar o sonho do racionalismo de alcançar a certeza do direito, soberanamente criado pelo poder, sem que a interpretação da lei, no momento de sua aplicação jurisdicional, pudesse torná-lo controverso e portanto incerto. A história das cortes de cassação européias testemunha esta ideologia”.²⁸

Contudo, em alguns casos, essa letargia do juiz poderia atingir o próprio criador. Assim é que nos procedimentos especiais (*Livro IV do CPC*) e em algumas leis, igualmente especiais, (*lei do inquilinato, 8.245/91*), como que num passe de mágica, o que era para ser nulo e invisível, exhibe-se com ferro e fogo.

Bem assim, “Os empresários precisam de uma justiça especializada e paralela para tratar dos seus negócios, ou seja, dos negócios dos homens de negócios, mas não abrem mão de uma justiça inefetiva para julgar as demandas dos seus adversários, isto é, para julgar as causas em que Autores são os cidadãos comuns”.²⁹

Essa inversão no e pelo procedimento foi bem constatada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. “Enquanto o comum dos mortais há de se contentar como moroso e pouco eficiente procedimento comum; enquanto o pobre mortal, ou melhor, o mortal pobre, vê-se forçado ao procedimento sumaríssimo (muitíssimo ordinário, por sinal, segundo a conhecida ‘blaque’ de J. J. Calmon de Passos), os donos do Poder estão a salvo dessas mazelas, reinando sombanceiros no Olimpo! As contendas mais sensíveis, que ponham em jogo os valores de maior interesse para as classes dominantes, essas escapam ao rito demorado e ineficiente, prolongado e desastroso. Para esses litígios criaram-se, simplesmente, procedimentos especialíssimos, geralmente com total desconhecimento do tão decantado princípio da igualdade das partes no processo, gerando-se, com isso, dupla desigualdade:

²⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. **op. cit.** p. 96.

²⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 36.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Observações a partir de uma visão da ideologia no processo civil. **Revista Jurídica**. Ano IX, n. 7, Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1993. p. 137.

desigualdade *de procedimento* e desigualdade *no procedimento*. Para que, então, preocupar-se com um Poder Judiciário forte e soberano, capaz de resolver o insistente anseio de justiça em que se debate a gente brasileira?”³⁰

Eis o paradoxo! A mesma legislação que proíbe o juiz de emitir ordens às partes (*Não é função do juiz emitir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente*³¹), não economiza poder/ordem para sua atuação nas ações que tutelam a propriedade dos homens de negócio.

E a doutrina (*aquela que não doutrina*), e o judiciário (*aquele nulo e invisível*) não perceberam ou não quiseram perceber, essa contradição. Aliás, não deram conta, sequer, de que “De resto, ninguém tem dúvida, nem mesmo Montesquieu, de que a vedação de o juiz interpretar a lei é uma exigência política, não jurídica.”³²

3 Prioridade ou (*propriedade*)!

Esse direito burguês sempre rendeu genuflexão à propriedade. Sinônimo de poder (*TERRA-PODER*) a questão fundiária esteve e no Brasil ainda está, no ápice da juridicidade estatal.

“O exame do Código Napoleônico deixa isso bem claro. Destinava-se evidentemente a proteger a propriedade – não a feudal, mas a burguesa. O código tem cerca de 2.000 artigos, dos quais apenas 7 tratam do trabalho e cerca de 800 da propriedade privada.”³³

Foi assim, neste contexto ideológico, que o revogado código civil de 1916 estabelecia em seu artigo primeiro a intenção clara e inequívoca de legislar para *regular a relação das pessoas e seus respectivos bens*.³⁴

³⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. **AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. n. 33, ano XII, Porto Alegre: AJURIS, mar. 1985. p. 82.

³¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Processo de execução**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1980. p. 15.

³² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 272.

³³ HUBERMAN, Leo. **op. cit.** p. 151.

³⁴ Art. 1º Este Código **regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações**.

Esse diploma legislativo apesar da sua composição conter 1.810 (*um mil, oitocentos e dez*) artigos, com direitos inerentes ao cidadão (*tutela, curatela, capacidade civil etc.*), somente em um único artigo (*art. 1.338³⁵*) utilizava a palavra “amor” e, ainda assim, não era no sentido afetivo. O atual código civil não reparou a contento esse vezo.

“O código foi feito pela burguesia e para a burguesia: foi feito pelos donos da propriedade para a proteção da propriedade”.³⁶ Bem assim, expressão de força, a propriedade transcendeu o objeto e ganhou, também, proteção especial junto ao código de processo civil.

Por isso que, apesar da decantada liberdade de contratar, da auto-regulamentação da sociedade, o Estado/juiz para proteger a propriedade tem procedimentos eficazes. E, assim, “...as classes dominantes vieram a se utilizar do instrumento processual em benefício próprio”.³⁷

A estrutura do código de processo civil denuncia bem essa situação. Senão, qual a lógica de se submeter o cidadão a um procedimento comum (*ordinário e sumário*), de cognição plena/exauriente; sob o manto da neutralidade/imparcialidade; com intenção de se revelar a verdade para, após certeza, declarar o direito ao caso concreto e, alfim, conceder segurança jurídica se, para o procedimento especial a cognição é sumária/superficial, intervencionista, baseada em verossimilhança e lastreada em rapidez/efetividade?

Explicado, portanto, pelo menos por esse viés, o porquê do juiz proibido de emitir ordens às partes, já que apenas pronunciador das palavras da lei, desobedecia ao comando liberal para intervir na autonomia da vontade e ordenar sob pena de severa sanção, inclusive prisão, àquele que, porventura, ousasse a desobedecê-lo, como nos clássicos casos da ação de interdito proibitório e alienação fiduciária etc.

4 O poder do juiz (*ontem*) anterior à atual Constituição Federal

³⁵ O gestor responde pelo caso fortuito, quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesses deste por *amor* dos seus.

³⁶ HUBERMAN, Leo. **op. cit.** p. 151.

³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **op. cit.** pp. 80-81.

Castrado por uma legislação liberal e, ao mesmo tempo, a serviço dos donos do poder, pois, obediente a leis e procedimentos por eles orquestrados, o juiz assistia, paradoxalmente, a essa inversão vertiginosa de função. Levado a “adular os poderosos e a enganar os humildes”³⁸, vivia e muitos ainda vivem, da submissão à lei, ainda que injusta e contrária ao devido processo legal processual e material.

“Evidentemente que Juiz não-investigador do real conflito, não-criativo, não-contestador, interessa àqueles que são os donos da lei, àqueles que fazem a jurisprudência, àqueles que ensinam: os julgadores ser-lhes-ão instrumento de suas verdades.”³⁹

Com os olhos sempre voltados para o passado, pois que sua função era, exclusivamente, reconhecer uma situação pretérita e apenas declarar o direito ao caso concreto, sem qualquer intervenção na autonomia da vontade das partes, *com exceção, como já exposto, dos procedimentos especiais*, transferia responsabilidade à lei e, portanto, ao legislador.⁴⁰

Manifestamente que essa inação constituiu um golpe profundo no povo, pois, despido de procedimento especial, ficava à deriva. Traído pelo seu representante, o povo submetia-se a uma legislação que permitia a ofensa a qualquer direito, desde que a parte se comprometesse a indenizar o prejuízo causado, se e quando reconhecido pelo judiciário.

Esse quadro desenvolveu-se no contexto liberal burguês que conceituava jurisdição como mera declaração, despida, contudo, de império, ordem. “Em última análise, *ordenar* não era faculdade ou poder que se incluísse no conceito de *iurisdictio*.”⁴¹

Assim é que todas as constituições anteriores prescreviam que *a lei não poderia furtar da apreciação do poder judiciário lesão a direito*. Ou seja, toda tutela jurídica, desprendida daquela patrimonialidade inerente à classe burguesa, resumia-se em indenizatória, jamais inibitória.

A doutrina (*aquela que não doutrina*) ratificava, com ares de notável sapiência, essa malfadada situação que colocava o povo à mercê do capital ao não permitir

³⁸ INGENIEROS, José. **op. cit.** p. 79.

³⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de. **op. cit.** p. 95.

⁴⁰ Ver, nesse sentido: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997.

⁴¹ Idem, *ibidem*. p. 26.

tutela preventiva ao seu direito. Não permitia, justamente, porque ao juiz era defeso emitir ordens às partes, mas, tão e somente, reconhecer uma situação de lesão para declarar que o ofendido tinha direito a uma indenização a requerer outro processo, no caso o de execução.

Orlando Gomes, por exemplo, convencido de que o juiz era despido de poder, afirmou em sua *doutrina* não existir ilícito sem dano. “Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil.”⁴²

O juiz, então, só podia decidir para e com o passado. A tutela jurídica era, simplesmente, ressarcitória. Aquele que buscasse proteção a uma ameaça não receberia a tutela. Teria, primeiro, que experimentar o dano, para, constituído o ilícito, buscar o ressarcimento em pecúnia.

Essa lógica é traduzida pela *doutrina*. “O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso.”⁴³ Contudo, causa estranheza o fato deste doutrinador, versado nas questões jurídicas, nunca ter indagado sobre a não presença do ilícito na ação de interdito proibitório e, igualmente, no mandado de segurança preventivo. Onde estaria a *substantividade*?

Se não há ilícito sem dano, se o judiciário só protege lesão a direito, como explicar, então, essas duas modalidades de ação acima referidas? Não é defeso ao juiz emitir ordens às partes? “É sem dúvida irônico constatar que os regimes democráticos e populares modernos defendam com tanto ardor um instrumento de tutela jurisdicional concebido pelos regimes absolutistas, como se os valores fundamentais e os interesses de ambos fossem idênticos.”⁴⁴

Como bem relata Paolo Grossi, o mito da vontade geral refletido pela crença de que a lei representa a vontade do povo e não de quem detém o poder político, conta com a ‘magistral’ colaboração da “...preguiça intelectual dos próprios juristas, pagos para desempenhar o papel formal de sacerdotes do culto legislativo (ainda que para eles se tratasse somente de uma modesta contraprestação).”⁴⁵

⁴² GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 313.

⁴³ Idem, *ibidem*. p. 314.

⁴⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997. p. 199.

⁴⁵ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 4.

Ao que parece, tudo converge para a manutenção do poder e seu uso desvirtuado, “com o auxílio dos juristas servis que persistirão na sua liturgia sobre o texto”⁴⁶, pois está a serviço dos donos do poder, talvez, por isso, não se conhece na história jurista que tenha sido perseguido por tiranos.⁴⁷ Como bem afirma Ovídio Baptista, numa alusão a Tocqueville, “Ao lado de um príncipe, infringindo as leis, raramente deixou de aparecer um jurisconsulto que vinha garantir que nada era mais legítimo e que comprovava com sua sabedoria que a violência era justa e que a culpa era do oprimido.”⁴⁸

5 O poder do juiz (*hoje*) contemporâneo à Constituição Federal

O natural e necessário desenvolvimento social suscitou novas demandas e, por via oblíqua, novos direitos. A transformação no cenário mundial, principalmente no pós-guerra, levou a uma postura diferenciada do modo de pensar, sentir e agir. “Esta é a questão que nos obriga a pensar numa profunda descentralização do poder, capaz de aproximar-nos do povo, permitindo o exercício autêntico de um regime democrático, de que o Poder Judiciário terá de ser o fiador”.⁴⁹

Neste contexto, com o advento da Constituição da República de 05 de outubro de 1988, o poder do juiz emergiu de forma mais aguda. De fato, “não se trata propriamente de conferir maiores poderes aos juízes, mas apenas e simplesmente admitir que eles necessariamente sempre os tiveram em maior ou menor extensão, segundo as características de cada época.”⁵⁰

⁴⁶ “O processo de involução do direito foi inarredável: a lei é um comando, um comando com autoridade e autoritário, um comando geral, um comando indiscutível, com sua vocação essencial de ser silenciosamente obedecido; a partir daqui, a sua propensão é a de se consolidar em um texto, a encerrar-se num texto escrito em que qualquer um possa lê-lo para depois obedecê-lo, em um texto que é pela sua natureza fechado e imóvel, que logo se tornará empoeirado e, com relação à vida que continua a fluir rapidamente em volta, também envelhecido. Mas o poder persistirá em se fazer forte naquele texto com o auxílio dos juristas servis persistirão na sua liturgia sobre o texto”. Idem, *ibidem*. p. 5.

⁴⁷ “Que teríamos feito sem os juristas alemães? Desde 1923, percorri, na legalidade e lealmente, a longa via que leva ao poder. Coberto juridicamente, eleito de forma democrática. Mas o futuro teria de se realizar. Foi o incorruptível jurista germânico, o honesto, o cheio de consciência, o escrupuloso universitário e cidadão, que acabou o trabalho de me legalizar, fazendo a triagem de minhas idéias. Ele criou para mim uma lei segundo o meu gosto e a ela me ative. Suas leis fundaram minhas ações no Direito.” Adolph Hitler, saudando o jurista alemão Karl Schmidt.

⁴⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 44.

⁴⁹ Idem, *ibidem*. p. 316.

⁵⁰ Idem, *ibidem*. p. 213.

O certo é que o poder do juiz ficou sufocado por uma ideologia liberal burguesa até o advento da atual Constituição. Esta, por sua vez, com a inegável índole social, obriga-nos a (re)pensar a atuação do juiz. Os objetivos traçados pelo constituinte, principalmente aqueles elencados no artigo 3º da CF, são imperativos a exigirem uma postura intervencionista do poder judiciário.

Por isso, “A cada dia que passa, mais se solicita do juiz no sentido de se exigir a sua participação para compensar as relações sociais em jogo. Originariamente, esse tipo de fenômeno passou a ter importância em decorrência da miséria e das crises econômicas pós-guerra, mas essa tendência subsiste mesmo quando se atravessam épocas economicamente estáveis.”⁵¹

O constituinte de 1988, ao contrário dos anteriores, albergou tutela à ameaça a direito.⁵² Por razões óbvias, o juiz só poderá dar proteção àquele que se sentir ameaçado se intervier na autonomia da vontade e, mediante império/ordem, impedir que o outro cumpra com a ameaça.

“A Constituição Brasileira, como é sabido, não se limita a garantir as liberdades públicas, que se transformaram, com o passar do tempo, em direitos burgueses, já que suscetíveis de fruição apenas por alguns, exatamente aqueles que tinham condições econômicas de usufruí-los. A Constituição brasileira, que funda um Estado social, é marcada por direitos sociais, como o direito à saúde, o direito à educação etc., direitos que, podendo ser tutelados de forma difusa ou coletiva, podem exigir uma tutela inibitória.”⁵³

Inibir alguém a se abster de praticar um ato só é possível mediante ordem e de forma a intervir na vontade daquele que deve sofrer a sanção. Desta feita, “o juiz sai de seu papel passivo e assume de alguma maneira, a responsabilidade pela “cura” de uma relação “doente” entre o direito e a vida.”⁵⁴

A exigência dos novos direitos e, principalmente com a nova ordem constitucional, o conceito de jurisdição sofreu mutações significantes. A tutela jurisdicional deixou de ser vista como mera possibilidade de se movimentar o judiciário com a ação de

⁵¹ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista de Processo**. n. 27, ano VII, jul.-set., 1982. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. pp. 193-194.

⁵² Art. 5º, inciso XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 63.

⁵⁴ BAUR, Fritz. **op. cit.** p. 194.

direito processual e, assim, buscou-se, inexoravelmente, a tutela dos direitos, com ênfase à ação de direito material.⁵⁵

Os mitos empregados ao juiz (*neutralidade/imparcialidade, certeza/segurança jurídica, cognição plenária/exauriente*) são, paulatinamente, desmistificados em prol de uma racionalidade cultural capaz de aplicar ao direito uma função social e, como tal, mutável a cada caso concreto e de acordo com a exigência do bem comum dentro do que for proporcional e razoável.

Aquela imparcialidade do juiz, confundida com neutralidade, deve ser afastada, pois, o juiz tem o dever de decidir e, ao agir assim, terá de escolher uma ou outra parte. Em verdade, portanto, o juiz precisa ser parcial. Contudo, sua escolha deverá mirar o débil, o necessitado de proteção jurídica eficaz.

“Diante da perplexidade que a mudança traz, pede que se dê ao magistrado independência, autoridade e responsabilidade, exigindo-se dele dignidade. Neste período de intensa mudança social, quando se verifica a inadequação da lei frente às modificações sugeridas com velocidade e complexidade jamais observadas, o juiz deve procurar adequar a lei à nova situação social, atuando como sociólogo em ação, como pensador social.”⁵⁶

Não enxergar essa faceta da jurisdição é negar o próprio sentido da sua juridicidade. Jurisdição, pois, é dever.⁵⁷ E o juiz para desincumbir seu mister, deverá agir junto às partes e não equidistante delas, como se fosse perigoso o contato com os jurisdicionados.

O enclausuramento do juiz sempre foi um técnica utilizada para afastá-lo do povo e, portanto, da realidade. Desde o período colonial que, “visando a assegurar uma posição eminente a seus magistrados, bem como preservá-los do convívio social que poderia comprometer seu mister, a Coroa procurava isolá-los da sociedade em que viviam”.⁵⁸

⁵⁵ Sobre ação de direito processual e ação de direito material ver: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. vol. 1, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁵⁶ HERKENHOF, João Baptista. **O direito dos códigos e o direito da vida**: atores do mundo jurídico estudados sob o ângulo da sociologia do direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 23.

⁵⁷ Sobre o conceito de jurisdição, entendida como dever e não meramente poder, consultar PEREIRA FILHO, Benedito. A prestação da tutela jurisdicional. **Revista Em Tempo**. vol. 3, Marília: Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, ago. 2001. pp. 15-26.

⁵⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 45. “Este isolamento do magistrado – que busca distância até mesmo dos advogados da causa –, além de fortalecer o acentuado corporativismo da instituição, favorece o espírito burocrático, tão acentuadamente presente em nosso Poder Judiciário, na medida em que o juiz, por força desse isolamento social, conserva-se um “elemento da organização”, de quem se torna dependente, através de um sufocante sistema de controle

Mauro Cappelletti resume bem esse papel reservado ao juiz moderno: “Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugeridos as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.”⁵⁹

Assim é que se requer do juiz, hoje, envolvimento, atuação e escolha. Decisão, portanto, proferida num procedimento em contraditório, respeitada a igualdade substancial e com total observância do devido processo legal na sua vertente processual e material.

Síntese conclusiva

O próprio texto, pela sua desenvoltura, já contém conclusões que bem poderiam ensejar um fechamento em si mesmo. Ainda assim, podemos concluir:

administrativo e recursal. A perda de legitimidade social de nossos juízes é uma das tantas conseqüências de modo como o Poder Judiciário inseriu-se no poder burocrático, próprio do Estado contemporâneo.” Idem, *ibidem*, p. 45. Ver, neste sentido, principalmente, SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: a Suprema Corte da Bahia e seu juízes: 1609-1751. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** trad. por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 33.

A) o judiciário sofreu (*e sofre*) limites puramente ideológicos, já que o Poder é da sua natureza;

B) a constituição federal mudou a lógica da jurisdição ao exigir um juiz intervencionista e preocupado, acima de tudo, com a dignidade da pessoa;

C) a legislação ordinária (*processual e material*) deve ser aplicada à luz da constituição e;

D) o poder judiciário tem o dever de prestar a tutela jurisdicional condizente com a promessa constitucional, principalmente os fundamentos elencados em seu artigo 3º;

E) o direito não se resume na lei, se constrói a cada dia, em cada caso concreto e requer um juiz atuante e capaz de mudar o meio com decisão que permita ao cidadão uma adequada inclusão social.

D) enfim, o Estado Democrático de Direito (*vide CR/1988*) deve ser um ideal entre (*que permeia*) Estado Liberal e Estado Social. Para tanto, o judiciário ao mesmo tempo em que se abster de práticas intervencionistas, deverá estar cômico de que, em muitos casos, sua própria legitimidade estará adstrita a sua vocação para solucionar problemas sociais de forma participativa. É, por assim dizer, a judicialização de ambos (*Estado Liberal e Social*) em busca do denominado “bem comum” (*art. 3º da CR*).

Referências Bibliográficas

ALVES, Rubem. **Por uma educação romântica**. 2. ed., Campinas: Papirus Editora, 2002.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista de Processo**. n. 27, ano VII, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1982.

BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. Milano: Edizione di Comunità, 1972.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 5. ed., rev. e ampl., Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** trad. por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. 5 ed., Rio de Janeiro: Luam, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMEZ, Diego J. Duquelsky. **Entre a lei e o direito**: uma contribuição à teoria do direito alternativo. trad. por Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HERKENHOF, João Baptista. **O direito dos códigos e o direito da vida**: atores do mundo jurídico estudados sob o ângulo da sociologia do direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. trad. João Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. trad. Waltensir Dutra, 21 ed. rev., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S. A., 1986.

INGENIEROS, José. **O homem medíocre**. trad. Alvanísio Damasceno. Curitiba: Livraria do Chain, [s.d.].

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Processo de execução**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1980.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. Observações a partir de uma visão da ideologia no processo civil. **Revista Jurídica**. ano IX, n. 7, Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1993.

_____. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. **AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. ano XII, n. 33, Porto Alegre: AJURIS, mar. 1985.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. Barueri: Manole, 2002.

PEREIRA FILHO, Benedito. A prestação da tutela jurisdicional. **Revista Em Tempo**. vol. 3, Marília: Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", ago. 2001.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. vol. 1, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: a Suprema Corte da Bahia e seu Juizes: 1609-1751**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.