O JUDICIÁRIO A SERVIÇO DA SOCIEDADE

MIGUEL REALE*

I

Saliento, desde logo, que não fui convidado para tratar do tema senão em função e em razão da conjuntura histórica que estamos vivendo no Brasil e no mundo. Não se trata, em suma, de tentar fazer mera revisão da teoria sobre o papel do Judiciário no ordenamento jurídico do Estado, apreciando-o como Poder no contexto constitucional, paradigma que tem dominado no estudo da matéria. Impõe-se um prisma novo: O Judiciário visto, por assim dizer, "ab extra", do ponto de vista da sociedade à qual deve prestar serviços, tomada esta palavra em toda a sua amplitude.

É claro que sempre se admitiu que o Judiciário estava a serviço da sociedade, mas por um ângulo prevalecentemente jurídico, tal como a situava *Pedro Lessa* que escrevia: "É pela *administração da justiça* que se satisfaz a primeira necessidade social sentida desde as primitivas organizações humanas". É essa, dizia ele, a função natural e essencial, tão essencial que é a primeira a ser reconhecida como tal na origem do Estado. É possível discordar-se dessa perspectiva histórica, vendo o poder dos chefes como fonte do poder estatal, mas ninguém contestará a primordial relevância da administração da Justiça, surgindo a figura do juiz como um *solucionador de conflitos de interesses* trazidos ao seu pronunciamento pelas partes em litígio.

Não é demais lembrar que, perante esse quadro, duas foram as configurações contrapostas do papel do Judiciário, *ambas abstratas*: a) uma *objetiva e publicista,* sendo apresentada como sua finalidade "a atualização ou realização do direito objetivo" (ou, por outras palavras) a determinação do que a lei, como vontade do Estado, significa nos casos especiais ou particulares; b) e uma outra concepção de natureza *subjetiva ou privatista*, como "tutela de interesses ameaçados ou violados", atendendo-se, pois, mais às pessoas que demandam justiça do que à norma legal cuja aplicação se pretenda.

* Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP — Da Academia Brasileira de Letras.

Como nota *Biscaretti di Ruffia*, acabou-se percebendo que eram duas visões complementares, passando-se a dizer que a jurisdição tem por fim "realizar o direito objetivo, tendo em vista a salvaguarda e a atualização dos interesses" submetidos a seu pronunciamento.

Desse modo, a prestação do serviço judiciário já adquiria uma *conotação social*, não sendo mais reduzido a mera projeção *in concreto* da vontade do Estado consubstanciada em leis.

Em nosso século, e mais precisamente após a *Segunda Grande Guerra* — sem quebra da essencial atribuição de "dizer o direito no caso concreto" —, o Judiciário vê alargada essa sua competência, acentuando-se cada vez mais a sua destinação social. Que é que aconteceu?

II

Aconteceu que, com o advento da civilização tecnológica, o binômio Estado-indivíduo se converteu no trinômio Estado-indivíduo-coletividade, crescendo cada vez mais a dimensão do *social*. Se é inegável o alto valor existencial de uma política inspirada nos valores da socialidade, não é menos certo que a preponderância do coletivo sobre o individual põe em risco o destino do homem como ser singular, como pessoa, com perigoso desvio das autênticas finalidades das conquistas da ciência e da técnica que devem antes estar a serviço do homem como pessoa, consoante a diretriz traçada por Kant para o Direito entendido como "conjunto de condições mediante as quais a liberdade de cada um deve coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal de liberdade".

Talvez seja necessário abrandar o individualismo kantista falando, não apenas em termos de coexistência de liberdades, mas também em termos de coexistência de bem-estar social, em cuja raiz ou fonte está a liberdade pessoal, a qual, todavia, se reduz a uma promessa abstrata quando o indivíduo está desprovido de um mínimo de autônoma subsistência.

Não podemos, desse modo, ocultar o perigo da crescente massificação. Antes, era a ameaça da subordinação do indivíduo ao Estado, numa politização total da cidadania; agora, é o perigo da dissolução do indivíduo na sociedade. A politização cívica, que, sob certos aspectos, não deixava de existir nem mesmo na antiga concepção do Estado de Direito — até o ponto de Hans Kelsen admitir a identificação normativa do Direito com o Estado — se degenerou nos totalitarismos de toda espécie, quando o cidadão passou a ser mero instrumento de uma transpessoal e desumana vontade política. Neste caso extremo, o Judiciário entrou em eclipse, perdendo sua competência eminente de proteger o indivíduo contra os abusos da Administração Pública divorciada da constituição e das leis.

Já agora, é o social que está ameaçando o indivíduo por todos os lados, a massificação crescente gigantescamente até o ponto de já se poder falar em um outro totalitarismo, o totalitarismo de ordem coletiva, que ocorre quando se exagera sobremaneira a preponderância do coletivo e do ecológico, chegando-se a proclamar que o bem coletivo deve primar sobre o bem individual, tal como foi dito em artigo

preambular da recente Lei antitruste, como se isto bastasse para legitimar a aplicação de rigorosíssimas penas aos empresários acusados de abuso de poder econômico, haja ou não comprovação de culpa, numa inédita e absurda forma de responsabilidade objetiva.

É diante desse risco — do totalitarismo do Estado convertido em totalitarismo da Sociedade — que se volta o homem, neste tristonho fim de milênio, para o Judiciário, esperando que ele se ponha a serviço da sociedade, mas com salvaguarda plena dos direitos fundamentais que a Carta Maior assegura aos cidadãos.

Tudo depende, em suma, da maneira como deve ser posto o Judiciário perante o seu poder-dever de prestar serviço à sociedade, a qual não pode ser vista como unidade maciça e massificadora, mas sim como associação ou comunhão de homens livres, cada qual com a sua personalidade intangível. Indo à raiz do problema, importa saber o que se deve entender por sociedade, a fim de se saber a favor de quem ou do que são prestados os serviços reclamados da magistratura, a qual, como frisa *Gomes Canotilho*, é termo correlacionado com a jurisdição, que constitui o seu fim e medida, sob pena de sua nefasta burocratização.

Essa eminente posição jurisdicional do magistrado parece-me essencial, pois, nos escaninhos da sociedade tecnológica, oculta-se um mal tão grande quanto o do totalitarismo estatal: é o totalitarismo social, que não se personaliza na figura de um *führer* ou de um chefe soviético, mas atua anonimamente, mas nem por isso menos perigosamente.

Não se pensa que o social me atemoriza, pois desde 1963, em meu livro *Pluralismo e Liberdade*, analisando os legados históricos do liberalismo e do socialismo, optei por uma síntese de seus respectivos valores, pelo social-liberalismo. Só este permite que, no conflito de valores positivos e negativos que o social representa, não acabe por prevalecer a massificação sobre a socialização, tomada esta palavra no seu sentido originário, depurada do sentido perverso que o marxismo lhe deu como estatização dos meios de produção e centralização do processo cultural.

Socializar, na autêntica acepção deste termo, significa distribuir ou repartir com eqüidade os bens que tocam a cada membro de uma coletividade, cujos valores unitários também devem ser respeitados. É mister, pois, equilíbrio e justiça no ato de socializar, não podendo o juiz agir como um burocrata incumbido de serviços sociais, obedecendo a ordens superiores.

É a razão pela qual, antes de manifestar-me sobre alguns problemas particulares, fixo esta diretriz ou pressuposto geral: a missão do Judiciário, em razão de sua própria destinação jurisdicional, é servir à sociedade sem perder jamais o seu papel de guardião da constituição e da lei.

À luz desse princípio, examinemos algumas questões que estão, hoje, desafiando a sagacidade e a prudência de nossos juízes.

III

O primeiro problema que a sociedade contemporânea põe para o Judiciário é o da sua nova posição na estrutura do Estado, nos quadros do que já vem sendo denominado "o novo constitucionalismo".

Sabe-se que a doutrina liberal do século passado culminou no reconhecimento do Judiciário como um dos três Poderes do Estado, superando as reservas de Montesquieu que ainda via no juiz um subordinado aplicador da lei, no fundo expressão de um Poder menor.

Ora, o papel do Judiciário, que as constituições liberais enalteceram como órgão de imparcial aplicação da lei, ampliou-se cada vez mais graças à compreensão de que, se o modelo constitucional assinala os horizontes da legitimidade normativa, cabe ao seu guardião, *mediante acesso direito à Constituição*, não só zelar pela aplicação da lei, mas também verificar se ela foi elaborada com obediência aos mandamentos constitucionais, sob pena de mal servir à sociedade.

Esse é o novo serviço que as Constituições atuais cometem ao Judiciário, mediante técnicas cada vez mais aperfeiçoadas de declaração de inconstitucionalidade, sem que haja necessariamente partes em litígio. Nesse, como em outros casos, se o Judiciário não pode agir por iniciativa própria, não mais se exige, como antigamente, que haja sempre um prévio litígio *inter partes*.

Transcende-se, em suma, a velha concepção do julgamento com um juízo que dirime ou soluciona conflitos de interesses, pressupondo sempre a necessária provocação de uma parte contra outra, para admitir-se também um julgamento a serviço da sociedade em geral, em ações diretas de inconstitucionalidade, cujo fito é preservar o valor da Carta Magna como *conditio sine qua non* do bem ser da sociedade, razão pela qual se alarga sempre mais o número das pessoas e órgãos com competência para pôr em movimento o aparelho jurisdicional.

Nessa sua nova função, o Judiciário supera a antiga posição que lhe era dada pela doutrina da divisão ou mesmo da separação dos poderes, para passar a exercer um papel de "árbitro na repartição dos Poderes", atuando, como assinala *Mauro Cappelletti* — em estudo no qual esse jurista itálico se refere elogiosamente, nesse ponto, à Constituição de 1988 — em um "vertical *sharing of powers*", no qual não falta a competência para soberanamente resolver conflitos entre "o colosso do Legislativo e o mastodonte da burocracia administrativa."

Ora, ocorre que tanto o Legislativo como o Executivo, sempre a pretexto de exigências ou valores sociais, estão, a toda hora, invadindo a esfera das salvaguardas que a Constituição confere aos indivíduos, com desprezo do que é declarado no nunca assás louvado Inciso LIV do art. 5º, segundo o qual "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Ainda não se deu a devida atenção à consagração, na Constituição brasileira, da doutrina norte-americana do *due process of law*, da máxima importância para o Poder Judiciário, que, como já salientei, tem, em regra, *direto acesso à Constituição* para constante e plena salvaguarda dos direitos fundamentais do homem como indivíduo e como cidadão, ou seja, como titular de direitos subjetivos privados e públicos.

Não se deve olvidar, com efeito, que quanto mais o legislador amplia o campo das normas protetoras dos valores sociais, maior deve ser o equilíbrio entre os três Poderes do Estado, sob pena de ser o indivíduo esmagado pelo poder estatal convertido em instrumento do social ou do ecológico.

Por outro lado, para que a Constituição seja uma realidade efetiva a serviço da sociedade e não mera promessa, temos ainda o mandado de injunção, que deveria

ter sido outorgado aos juízes de qualquer instância, tal como foi proposto pela Comissão Revisora da Constituição, nomeada pelo Governador do Estado de São Paulo e por mim presidida, cujos empenhos e esperanças, como a de tantas outras, foram malogrados devido à inépcia do Congresso Nacional que não esteve à altura da missão revisional que lhe foi atribuída pela Assembléia Nacional Constituinte.

O mandado de injunção, infelizmente, ainda não tem sido outorgado pelos Tribunais Supremos com o descortínio político que esse novo instituto jurídico requer, visando a não se adiar indefinidamente o cumprimento dos mandamentos constitucionais exigidos pelo Estado Democrático de Direito, que não é senão o Estado da Democracia Social. Esse constitui um dos serviços primordiais do novo Poder Judiciário. No fundo, o mandado de injunção marca a generalização e a potenciação da competência já atribuída ao juiz para suprir lacunas ou omissões da lei, a fim de poder atualizar *in concreto* seu poder jurisdicional, caso em que ela se converte em fonte primordial do Direito.

Nem se diga que com essa e outras medidas o Judiciário se politiza, comprometendo a sua isenção ou neutralidade, peça mestra da antiga teoria da divisão dos Poderes. Na realidade, a sociedade contemporânea reclama um novo conceito de neutralidade do juiz, o qual, como órgão de Estado, só por hipocrisia pode ser concebido como politicamente asséptico. Não há como confundir o ato político do Judiciário com o do Executivo ou do Legislativo. A diferença consiste no fato de que, enquanto o Legislativo e o Executivo instauram e dão início a processos políticos, visando os mais diversos interesses e fins, ao juiz, fazendo seus os valores políticos consagrados na Constituição, cabe assegurar a validade das normas e decretos, quando constitucionalmente legítimos, mas declará-los nulos ou ineficazes se atentarem contra os dispositivos constitucionais. Esse é talvez o maior dos serviços que o Judiciário presta à sociedade.

Além do mais, casos há em que a atual Constituição às vezes exige do juiz uma tomada de posição, não só política, mas também ética. É o caso previsto no art. 37, segundo o qual a Administração Pública deve obedecer, entre outros, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Se o que reza a Carta não é letra morta, ao juiz cumpre verificar a licitude moral dos atos administrativos que atentem contra os direitos fundamentais dos indivíduos, assim como das associações e empresas por eles fundadas, no exercício na "*liberdade empresarial*" consagrada pelo preciso parágrafo único do Art. 170 da Lei Maior.

Não me parece, no entanto, que, em virtude da politicização do juiz, nos limites e para os fins da Constituição, haja abandono da teoria de três Poderes distintos, como receita Tércio Sampaio Ferraz Júnior. O que ocorre é antes a revisão e o superamento da teoria liberal clássica, para se situarem os três Poderes numa mais íntima interdependência de funções, não só porque o Judiciário se pronuncia sobre conflitos entre o Executivo e o Legislativo, mas também porque, com o mandado de injunção, supre a omissão da norma legal que deveria ter sido oportunamente promulgada.

Nem nos esqueçamos, além do mais, que a Medida Provisória importa em inversão do processo legislativo, podendo significar a substituição temporária da decisão do Congresso Nacional, graças à reiteração múltipla daquela medida, como está ocorrendo com o Plano Real...

IV

Não é só no plano constitucional, porém, que o juiz contemporâneo é chamado a tomar posição perante valores que interessam à sociedade.

Estão aí, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, as leis de defesa do meio ambiente, bem como as destinadas à proteção contra os abusos do poder econômico.

São diplomas legais cujo alto escopo não pode nem deve ser contestado, mas que, nem por isto, deixam de exigir uma atitude especial dos magistrados, nem sempre coincidente com os aplicadores dessas leis, não raro tão empenhados em seus objetivos sociais que entram em conflito com direitos individuais fundamentais. Vou ser breve no trato desse assunto, pois o presente *Forum* destina sessões especiais a ele, dando ênfase às leis que se destinam a preservar interesses e valores "transindividuais e de natureza indivisível, de que sejam sujeitos pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato" (e são os interesses difusos), ou, então, "de que seja sujeito um grupo, uma categoria ou uma classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica", e são os direitos coletivos tal como estatui, com admirável precisão, o art. 81, parágrafo único da Lei nº 8.878 de 11.09.90 (Código de Defesa do Consumidor).

Não resta dúvida que a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos — para a qual foi criada uma nova ação, a "ação civil pública", disciplinada pela Lei nº 7.347, de 24.07.85, põe *in esse* uma nova categoria de julgamento, no qual considerações de natureza sociológica, ecológica, ética e política não podem ser abstraídas, importando, ao contrário, um juízo concreto de valor, através do qual se faz o balanceamento entre o que exige a sociedade e aquilo que é salvaguardado constitucionalmente aos indivíduos e suas entidades associativas.

Mais uma vez, em suma, em se tratando de um serviço a ser prestado à sociedade pelo Judiciário, refulge a norma geral de início por mim lembrada, no sentido de dar à sociedade o que é da sociedade e ao indivíduo o que é do indivíduo, graças a um balanceamento axiológico norteado pelo imperativo da eqüidade.

O que disse a respeito dos interesses difusos ou coletivos, diria no que tange aos problemas postos pelos diplomas legais que visam atualizar os preceitos constitucionais que preservam a sociedade do abuso do poder econômico, o qual a Constituição expressamente restringe a três, e a não mais de três categorias de infrações complementares, a saber:

a) dominação dos mercados;

b) eliminação da concorrência;

c) aumento arbitrário dos lucros.

Isto posto, o juiz presta relevantes serviços à sociedade quando não permite essas ofensas à ordem econômica, mesmo porque, se a Constituição erige a iniciativa privada a princípio do Estado Democrático de Direito, não é menos verdade que também "o direito do consumidor" é proclamado um dos fundamentos da ordem econômica. Daí a necessidade de balanceamento de valores a que já fiz referência.

Em verdade, se na salvaguarda dos direitos do consumidor o Judiciário presta relevantíssimo serviço à sociedade, não presta menores serviços a ela ao reconhecer

que o acusado é vítima de uma pretensão infundada da Administração Pública. Neste, como em tantos outros casos, merece ênfase a lição deixada por Cervantes através da palavra de Sancho Pança. Foi este escudeiro nomeado governador da ilha de Barataria, por certos fidalgos que queriam se divertir à sua custa, mas acabaram recebendo inesperados ensinamentos, ao traçar Sancho seu plano de governo. Entre suas magníficas diretrizes figura uma que bem poderia ser o lema do Judiciário: "não negar justiça ao pobre, mas não a negar também ao rico se este tiver razão".

Como se vê, o serviço que o Judiciário pode e deve prestar à sociedade se verifica sempre à luz de um princípio de justiça, sem o qual não caberia admitir *o monopólio dos juízes*, o único monopólio que, a meu ver, pode e deve ser considerado legítimo, por ser instituído com o objetivo exclusivo de salvaguarda suprema da Constituição. Inestimável serviço será prestado à sociedade se o Judiciário não deixar escapar de suas mãos o poder de suspender o exercício de qualquer dos direitos que a Carta Magna confere aos indivíduos e as suas associações e empresas! Nesse sentido, nossos Tribunais Superiores têm proibido, em boa hora, que o Ministério Público ou os Agentes da Fazenda Pública suspendam, por exemplo, o sigilo bancário, e outros semelhantes, com o fito de instruir processos por eles mesmos instaurados.

V

Poucas palavras desejo acrescentar, ponderando que a prestação dos serviços do Judiciário à sociedade somente será plenamente adequada se houver mudança de atitude por parte daqueles juízes que ainda se consideram presos à letra da lei, sem dar atenção às finalidades sociais, políticas e econômicas que as informam.

O Direito é, fora de dúvida, o instrumento e valor essencial na tarefa de julgar, mas não a única, pois a grandeza da norma jurídica consiste exatamente em disciplinar todas as modalidades e expressões da vida de relação, utilizando-se de critérios éticos, políticos, econômicos, ecológicos e técnicos de toda natureza. Isto posto, sem que se possa pretender que o magistrado seja especialista em todos os ramos do saber, certo é que dele se exige uma soma geral de conhecimentos que o auxilie a conduzir supremamente o processo desde a tomada dos depoimentos ao exame das perícias técnicas.

Foi dito com grande sabedoria que a dúvida está para o juiz como a fé está para o crente. Todo julgamento pressupõe uma interrogação dubitativa que vai se tornando cada vez mais apurada quanto maior a experiência, mas, qualquer que seja a dificuldade da lide, o juiz não pode deixar de sentenciar, valendo-se de seus critérios e conhecimentos. Daí a importância das Escolas de Magistratura, quer para a formação inicial do juiz, para além dos ensinamentos ministrados pelas Faculdades de Direito, não raro tão precárias, quer para a sua reciclagem, graças à fecunda freqüência aos Cursos de Doutoramento, sem se esquecer a contribuição de congressos como o que agora se realiza.

Como se vê, o que estou postulando, como velho servidor do Direito, é que este seja compreendido em todo o leque de suas projeções axiológicas, a fim de haver

julgamento concreto, só possível em função das exigências existenciais que a norma jurídica consubstancia. Para tanto, a lei (e quando me refiro à lei, estou me reportando a todas as fontes do Direito, da legal à negocial) deve ser interpretada tanto retrospectiva como prospectivamente, isto é, como medida do que já ocorreu e ficou provado, e o imperativo de justiça que, a partir da sentença, deve valer no futuro. É a razão pela qual, hoje em dia, só serve à sociedade o magistrado que exerce criteriosamente suas atividades à luz das fontes e dos modelos do Direito, prolatando uma decisão que entrelace, com certeza e segurança, o passado ao futuro, a justiça pedida e a justiça outorgada. Tanto como o próprio Direito, o Judiciário pode e deve ser concebido como *constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, diretriz que adquire maior força e sentido novo em nossos dias, por se situar na visão axiológica unitária da sociedade civil e do Estado.