

2

A função do Poder Judiciário no estado contemporâneo *The social function of the Judiciary in the contemporary state*

VIVIEN RACY

Advogada; bacharel em Direito, pela Fundação Armando Álvares Penteado – Faap; mestre em Direito Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

RESUMO

O modelo de sociedade do Estado contemporâneo é tema de extrema relevância para o Direito. Sua influência na atuação do Poder Judiciário resulta em um cálculo de custo e benefício a ser realizado pelo juiz no momento de seus julgamentos, tornando a função social deste Poder uma atuação desviada da ética e voltada ao controle dos riscos da sociedade de massas, o que gera descrença da população nos processos empregados e na própria finalidade do Judiciário.

Palavra-chave: ética e poder, lógica do Estado, função do Poder Judiciário.

ABSTRACT

The society model of the Contemporary State is an issue of high importance to Law matters. Its influence in Judiciary results in a calculation of costs and benefits to be accomplished by the judge in his judgments, making the social function of this Power an activity deflected of ethics and turned to the control of risks in the mass society which creates incredulity of people in the process applied and in the purpose of Judiciary itself.

Keywords: ethics and power, State logic, judiciary.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade contemporânea vê a Justiça brasileira como morosa, ultrapassada e de difícil acesso, dentre outros adjetivos negativos. Em uma pesquisa realizada em 2003, pelo Instituto Toledo & Associados, a pedido da OAB, das 1,7 mil pessoas entrevistadas em 16 capitais do Brasil, 41% revelaram não acreditam na Justiça¹.

Apesar da criação de juizados como os especiais, na tentativa de atender a um número crescente de cidadãos, é notório que muitos ainda não recebem essa proteção que é o próprio acesso à Justiça. Na pesquisa mencionada, o Judiciário ficou em **quinto** lugar na lista das instituições mais confiáveis, quando deveria ser uma das primeiras.

A impressão popular não é de todo errada, porém seus fundamentos nem sempre são reais. A era da comunicação de massas muitas vezes transmite informações que induzem a população a tirar conclusões precipitadas.

Em razão de estar todo o sistema judiciário sujeito à opinião pública, não é possível deixar de lado a análise de seu funcionamento e, principalmente, de seu papel, de sua meta dentro da sociedade, ou seja, de sua função social.

Como parte desse estudo, as técnicas processuais devem ser consideradas, pois constituem instrumento de atuação do juiz de Direito. Esta figura exerce papel fundamental ao manejar o veículo processual, o que lhe traz responsabilidade pelos fins alcançados. Para Walter Ceneviva², um dos motivos que levaram à crise do Judiciário é o fato de que as pessoas que o incorporam para dar-lhe vida se esqueceram de cumprir “duas tarefas diversas, mas fundamentais no quadro constitucional”, conforme segue:

- a) Com observância da garantia da ampla defesa, construir o Direito, livrando-se da atitude tecnicista de intérprete indiferente da lei posta, segundo regras formais da ciência jurídica. O povo sabe pouco da técnica, mas tem noção do justo. Respeitar a lei, para o jurista não é dar-lhe exegese que estiole o sistema que a integra e fira a realidade social na qual se aplica.
- b) Não afastar o Poder Executivo, mas também não se compor com este, em troca de vantagens para os juízes, sempre sob a desculpa do interesse público.

¹ BARBOSA, Henrienne. Poder Judiciário e comunicação democrática. Disponível em: <<http://www.comtexto.com.br/convicomartigoHenriannepoderjudiciario.htm>>. Acesso em: 10 de outubro de 2005.

² CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o povo: uma reavaliação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 260.

O processo não pode afastar juiz e sociedade, mas sim ser meio pelo qual o poder estatal é exercido pelo Judiciário. É através dele que a jurisdição será prestada para direcionar esta ou aquela conduta social, isto é, para levar a sociedade onde o Estado desejar.

Para Cândido Rangel Dinamarco:

(...) o bom processo é somente aquele que seja capaz de oferecer justiça efetiva ao maior número de pessoas – universalizando-se tanto quanto possível para evitar ilegítimos resíduos não jurisdicionalizáveis e aprimorando-se internamente para que a ideia de ação não continue sobreposta à de tutela jurisdicional³.

Como, no entanto, nem sempre foi assim, é fundamental que as etapas enfrentadas pelo Poder Judiciário ao longo dos tempos sejam vistas e discutidas. Somente em um quadro histórico é possível obter informações e conclusões a respeito do que ocorre na atualidade.

Outro elemento fundamental nesse contexto é o próprio juiz. Ele não deve temer agir, lembrando-se da máxima *pás de nulité sans grief*. Um exemplo interessante dessa teoria, ainda que referente ao direito material, é o reconhecimento da união estável, que primeiro foi aceita nos tribunais e, depois, se tornou instituto previsto no Código Civil. O motivo pelo qual isto foi e deve continuar a ser feito, no entanto, será abordado ao final do trabalho quando se fizer referência ao Estado como o gestor da economia.

É fato que as decisões inovadoras nessa linha podem encontrar obstáculos nas instâncias superiores. Por isso, cabe também aos tribunais verificar a situação fática dos casos e da sociedade como um todo. Ninguém pode se dar ao luxo dessa distância em favor de um tradicionalismo que nem sempre tem cabimento.

A efetividade das decisões não depende apenas da morosidade trazida pela sobrecarga do sistema, mas também do “potencial de alcance não apenas em face da dimensão total do conflito social, mas principalmente em frente a demandas originárias de situações sociais novas e/ou de natureza complexa”⁴.

As duas questões devem ser unidas, ou seja, a instrumentalidade efetiva do processo e a atuação prática e realista dos magistrados para que seja alcançada a função social que cabe ao Poder Judiciário. Resta, agora, definir o que é essa “função social”.

³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Nasce um Novo Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 2.

⁴ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. *Poder Judiciário no Brasil*. Crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2004. p. 100.

2. PRESSUPOSTOS POLÍTICOS DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS

No que diz respeito à compreensão da função social do Poder Judiciário na sociedade atual, uma análise prematura parece indicar para o registro da ineficácia da atuação do processo na sociedade em que se vive.

A questão, no entanto, tem um alcance mais amplo. A compreensão da função social do Poder Judiciário exige o entendimento da evolução histórica do processo, bem como a percepção da relação íntima entre as técnicas processuais e o desenvolvimento político e econômico de cada época, ou seja, a ligação entre o instrumento processual e o quadro político e econômico de cada época, isto é, com o quadro político que o rege.

Na Grécia Antiga, por exemplo, o ser humano, visto como indivíduo político, tinha direitos desde que, dentro da *polis*, isto é, tinha direitos políticos sem qualquer discussão sobre os meios de garantias de tais direitos. O Estado (no sentido moderno da palavra) não podia julgar o que cabia à política, sendo competente a própria *polis* para tanto, nas palavras de Vicente Greco Filho:

A concepção filosófica grega, todavia, é evidente que, historicamente condicionada, não concebeu sistema de garantias dos indivíduos contra o Estado ou os governantes porque a violação da personalidade do cidadão merecia a reprovação da *polis*, por força de um julgamento ético e político, e não juridicamente institucionalizado.

Isto não ocorria por simples condição natural, mas porque havia, naquele dado lugar e tempo, uma divisão entre público e privado, na qual o primeiro sofria o império da igualdade, e a institucionalização do poder, mencionada por Vicente Greco, traria tirania (em função da submissão de um pelo outro).

Os árbitros responsáveis pela solução dos conflitos eram iguais às partes. Socialmente iguais, pois tratavam das “questões que afetavam a vida da comunhão política”⁶. Tais árbitros eram eleitos desde que maiores de 30 anos, sem dívidas para com a cidade e os cidadãos. Os processos não eram vistos como causas particulares em si, mas públicas.

As decisões extraídas dos processos afetavam a vida da *polis*, devendo, portanto, ser realizadas por seus elementos políticos, ou seja, pelos seus cidadãos. Desta forma, tanto o processo como a própria jurisdição não eram prerrogativas

⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil*. Vol. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18.

⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (coord.). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 399.

de um órgão ou entidade específica, mas de qualquer cidadão politicamente capaz. Eram, assim, essencialmente políticos, sendo impossível separar uma coisa da outra. Perceptível se torna a conexão entre técnicas processuais e a filosofia política adotada em certo momento.

Quanto a Roma, a princípio, a jurisdição também não existia de forma institucionalizada e o juiz sequer representava o Estado (novamente, no sentido moderno), sendo um particular. A figura do magistrado somente apareceu na terceira fase do Direito Romano (sendo as duas primeiras a da *legis actiones* e da *per formulas*) sob o governo de Diocleciano, em 294 d.C., e perdurou até a codificação justiniana. Este período foi chamado de *cognitio* extraordinária. Segundo Moacyr Amaral dos Santos, “o mesmo juiz, agora oficial, conhecia da causa, dava-lhe andamento processual, decidia-a e executava a sentença, a qual era um ato de autoridade”⁷.

Esta fase romana, bem como na Grécia, decorreu da mesma divisão entre a vida pública e a privada. Enquanto para os gregos não cabia ao Estado julgar, e sim à *polis*, entre os romanos também não cabia ao Estado (tanto é que o juiz não o representava), mas a um cidadão.

No início da civilização romana, a figura mais próxima do juiz, como se conhece hoje, era a do pretor, cuja obrigação consistia apenas em organizar o processo até seu julgamento por um cidadão escolhido *ad hoc*. Foi o primeiro passo para o nascimento do processo, pois o pretor exercia atos para lhe dar andamento, no sentido de colher provas, expor os fatos e requerer a fórmula cabível até o julgamento por outro cidadão. Quando à execução da decisão, esta era realizada pela parte, por não haver poder de polícia como o conhecido no Estado moderno. A opção pela escolha de cidadãos comuns como juízes decorria do simples fato da posição que eles ocupavam, igual à dos demais, a posição política.

Com o passar do tempo, o número de causas cresceu muito e os juristas precisaram se envolver mais, até que o magistrado tornou-se oficial e passou, além de administrar o processo e conhecê-lo, a julgá-lo. Isto não retirou a característica política da jurisdição, centralizou-a e começou a representar o imperador, ou seja, o poder político. Tanto é que ele, ao mesmo tempo, se envolveu nas causas por meio da figura do recurso, ao qual lhe cabia o julgamento.

Isto posto, percebe-se que, para os antigos, política e jurisdição caminhavam juntas tranquilamente, porque a atividade do juiz era tida como uma ação política. Logo, jurisdição era sinônimo de ação política.

⁷ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 13-14.

Indicou Francesco De Marino⁸ que o conceito romano inicial de jurisdição era declarar o Direito. Disto é possível notar a característica da ação no presente. Declarar, imperativamente, dar sentido a algo no mundo político.

Não havia, neste período, a figura de um órgão responsável por dizer o Direito. O magistrado era quem tinha a responsabilidade sobre isso, fosse ele simples cidadão ou jurista. Quando questionado, dizia o Direito, que tinha sentido político por ser exercido neste âmbito. A atividade, a ação de julgar, por conseguinte, era ela própria uma ação de natureza política, como se jurisdição e política possuíssem relação de equivalência.

Conforme já foi dito, não cabia a algo especificamente jurisdicional o ato de julgar, mas à *polis*, ou ao cidadão, os elementos políticos da Antiguidade. Portanto, o ponto principal da questão jurisdicional desta época era a **politização da jurisdição**.

A Idade Média manteve essa política jurisdicional por intermédio do absolutismo, isto é, por meio do detentor do poder político, de sua centralização. O monarca absoluto era o juiz, o que correspondia automaticamente a uma aplicação política das leis em razão do mesmo, reter em si o poder político.

Em função da separação do Estado e da Igreja neste período, a jurisdição foi repartida sem perder sua característica política, pois seus divisores disputavam justamente o poder político. Disto decorreram as primeiras regras de competência para estabelecer se a causa pertencia à jurisdição do rei ou do papa.

A dificuldade que se criou a partir de então exigiu uma organização melhor do sistema até o momento utilizado, introduzindo-se a burocracia e o formalismo nos processos (refinando-os), além da manutenção da possibilidade de recorrer das decisões, o que gerou o chamado processo canônico.

Durante a Idade Média até a Revolução Francesa, o processo canônico se desenvolveu assim, em uma disputa pelos agentes políticos existentes. A jurisdição era uma questão de poder, sendo seu exercício, desta maneira, de cunho político. Mais uma vez, jurisdição e política caminhavam juntas.

Somente após a Revolução Francesa, no século XVIII, com o surgimento do Estado moderno, a política foi retirada da jurisdição. Mas isso será analisado posteriormente.

⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 26.

Depois dessas breves explicações, resta frisar a importância da distinção da posição da jurisdição em dados momentos históricos e, conseqüentemente, do processo civil. Principalmente na Antiguidade, onde jurisdição e política andavam lado a lado, sem divergências, pois a primeira constituía uma ação, uma atividade complementada pela segunda de forma intrínseca sem a qual ela não poderia existir.

Toda ação de dizer o direito era ligada à política, porque só podia agir quem pertencesse à *polis*, quem fosse cidadão romano ou detentor do poder político advindo do rei ou da Igreja. Não havia para esta regra uma exceção, restando-lhe caráter político, o que talvez permita dizer que a função social da jurisdição era, neste quadro social, uma função eminentemente política.

O advento do Estado liberal de direito, contudo, modificou toda essa compreensão.

3. A NEUTRALIZAÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DO ESTADO LIBERAL

Até a Revolução Francesa, não havia divisão de funções estatais que conferissem ao Judiciário a autonomia que hoje ele conhece. Ele fazia parte do poder absoluto do rei, que, mesmo delegando a jurisdição, podia avocá-la a qualquer tempo e modificar decisões já tomadas.

Quando Montesquieu demonstrou a necessidade inerente ao Estado liberal da separação dos poderes é que o Judiciário se destacou. Essa necessidade derivava do culto à livre iniciativa, ou seja, da liberdade (política) de poder fazer somente o que a lei permitia, mas não o que ela proibia, caso contrário, todos poderiam fazer tudo e não haveria segurança.

Para que essa segurança fosse realmente observada pelas pessoas, Montesquieu criou a Teoria da Separação dos Poderes, cujo cerne é a limitação do poder pelo poder no quadro político. Ela permitiu que a política influenciasse totalmente o Poder Legislativo, parcialmente no Executivo e em nada o Judiciário.

A repartição política era, para ele, uma forma de limitação, de inibição de um poder pelo outro. Sua fundamentação estava na busca pela liberdade, pela possibilidade de fazer o que era permitido pela lei, tudo o que ela não impedia (liberdade negativa) e a única forma de alcançar este fim era evitando arbitrariedades. Ao separar os Poderes evitava-se que se reunissem em um só órgão todas as funções, como vinha acontecendo na Idade Média (juiz e legislador existentes na pessoa do rei).

Dividindo-se os poderes, permitia-se que um controlasse o outro e vice-versa, impedindo abusos e excessos. É possível perceber isso por meio do exemplo dado pelo próprio Montesquieu:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça as leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto do Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria legislador. Se estivesse junto com no Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor⁹.

Como, para Montesquieu, julgar não era algo dotado de política, esta atividade foi teoricamente repartida entre os outros dois poderes. Isto porque a sociedade hierárquica que se pretendia eliminar necessitava de uma atuação neutra e imparcial do juiz.

A dita neutralização do Judiciário começou com o distanciamento da política e chegou a um distanciamento ético. Assim, como se pode ver, a imparcialidade do juiz foi conferida por meio da positivação do Direito, isto é, uma legislação organizada na qual ele simplesmente submetesse o fato à norma que lhe correspondia e a aplicasse. Os interesses das partes pouco importavam, mas apenas o cumprimento da lei. A lei, neste sentido, “não se vincula a nenhum direito sagrado ou natural nem exige um conteúdo ético”¹⁰.

Neste contexto, era necessária a universalização da jurisdição, sendo a função jurisdicional no Estado moderno exercida por órgãos através de uma atividade institucionalizada. O Poder Judiciário era o possuidor monopolístico desses órgãos, cabendo a ele exercer seu poder de fazer cumprir as leis nos termos da Constituição¹¹. Ocupando tal posição, o Judiciário era capaz de obrigar, por força, o cumprimento das leis quando o indivíduo assim não procedesse espontaneamente.

Uma vez que o Estado perdeu seu monopólio econômico para a iniciativa privada, dominada pela burguesia que estava em ascensão, ele necessitava de outra forma de controle que agisse tão somente em áreas que o mercado não

⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 169-170.

¹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP – Dossiê Judiciário*, n. 21, p. 15, São Paulo, março/abril/maio, 1994.

¹¹ BOITEX, Elza Antonia Pereira. *O significado perdido de julgar*. 1990. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP. p. 23.

alcançava, e exercendo atividades que o mesmo não podia exercer sozinho. Somente a existência de um órgão estatal (o Judiciário) capaz de coagir os cidadãos no sentido de cumprirem as leis, ou seja, dominando essa violência possível e aceitável, permitia que o Estado moderno administrasse a justiça e sua distribuição.

Tal situação gerou para o processo judicial duas funções, as instrumentais e as expressivas. As normas abstratas da lei consistiam na função instrumental por ser o caminho para que, no caso concreto, tivessem garantia de segurança jurídica. E a aplicação do fato à norma para a obtenção das necessidades do caso específico (condenação, absolvição etc.) consistia na função expressiva.

Somente um juiz imparcial e neutro era capaz de utilizar as duas funções. Foi a primeira vez que o processo apareceu como mero instrumento cuja meta era a segurança jurídica (princípio do devido processo legal; princípio do contraditório; publicidade; ação do juiz apenas mediante provocação). As pessoas aceitavam as decisões por conhecerem a imparcialidade do juiz e saberem que os meios (processos) usados existiam exatamente para garantir segurança, sendo universais (igualdade de todos perante a lei) e de conteúdo abstrato (generalidade da lei). Isto lhe dava legitimidade e permitia que as partes aceitassem perdas em nome da segurança. O poder político obviamente ainda existia, mas distante da jurisdição. Ele subsistia na **administração da justiça**.

Para um melhor entendimento sobre essa questão, deve-se diferenciar ausência de distanciamento político. O Estado liberal distanciou a jurisdição – e, portanto, o Judiciário – da política, mas sem retirá-la em absoluto.

A primeira fundamentação para esse fato está nos entendimentos norte-americanos relacionados ao controle de constitucionalidade. Eles entregaram aos juízes o controle do federalismo e, depois, em 1803, no famoso caso *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte tomou para si o papel de guardião da Constituição. Dessa forma, passou a caber aos juízes decidir o que era a Constituição¹² a qual todos se submetiam.

A supremacia da Constituição e a submissão de todos a este documento, inclusive dos Poderes, era mais forte do que a lei, que, por sua vez, também era submissa ao documento maior. Ao Judiciário cabia proteger o povo dos abusos dos demais Poderes nos termos da Constituição.

Sendo assim, a Constituição, o maior diploma legal, e o Judiciário, como seu intérprete, possuíam capacidade para controlar os outros Poderes (dotados, estes

¹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 16.

sim, de política). Logo, o Direito estava em um patamar superior, comandando o poder político.

No fim, era o Judiciário o responsável pela utilização do poder político, isto é, por regular, limitar e evitar que o político a usasse conforme seus interesses. Dessa maneira, era necessário o afastamento político da jurisdição para que o Direito controlasse o poder político, a força, o jogo de interesses e, obviamente, o fizesse em um plano neutro.

Os abusos a serem evitados por todo esse sistema de afastamento e neutralização política se referiam à livre iniciativa. O Estado liberal contra o intervencionismo estatal na vida econômica defendia a iniciativa privada livre.

A política que regia o Estado moderno era a política econômica. Para que não houvesse abusos do Legislativo, ele não deveria editar leis que diminuíssem essa liberdade, essa possibilidade de agir conforme o mercado. Caso o fizesse, caberia ao Judiciário excluir a norma do ordenamento em razão de sua contradição em face dos dispositivos constitucionais de essência liberal.

Neste sentido, o Judiciário e a jurisdição eram politicamente neutros, pois a política dominante sob a qual ele exercia limites era econômica, regida pela livre iniciativa. Não cabia ao Estado definir a política, mas ao mercado.

A neutralização política da jurisdição, portanto, no Estado moderno, foi resultado da adoção da política econômica liberal, acompanhando as determinações do mercado, e não exclusivamente do Estado em si. A distinção entre função jurisdicional e função política foi resultado de uma política de não intervenção e de livre iniciativa.

4. A TRANSFORMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DO ESTADO INTERVENTOR

O liberalismo, discutido no item anterior, gerou a neutralização política do Poder Judiciário. Porém, este modelo econômico não perdurou intocavelmente até os dias de hoje. Sendo assim, o presente artigo se prenderá agora à forma que lhe procedeu, ou seja, ao Estado de bem-estar social, iniciado no final do século XIX e começo do século XX.

Ao pregar o distanciamento do Estado no sentido de proteger o indivíduo contra as “ingerências do poder”¹³, e assim manter a ordem social com o regular

¹³ LEBRUN, Gerard. *O que é poder*. Tradução de Renato Ribeiro e Silvia Lara. São Paulo: Brasiliense, 1999. p. 77.

funcionamento do mercado econômico, o Estado liberal criou uma contradição. Ao mesmo tempo que requisitava a ausência de intervenção estatal, precisava crescer em função do “tipo industrial de sociedade”¹⁴. Dessa forma, a intervenção tornou-se algo inevitável.

O Estado social, também chamado de Estado providência, trouxe em sua essência o fornecimento, o provimento dos bens necessários à vida dos cidadãos. Caso ele desejasse se manter dentro do mercado para que, mesmo que parcialmente independente, mantivesse sua soberania, precisava dos indivíduos ativos, e isto só era possível se eles tivessem condições para tanto. O Judiciário como parte deste Estado não poderia, a partir deste momento, se excluir de tal responsabilidade, devendo atuar com esse novo enfoque.

O crescimento populacional impediu a possibilidade de serem previstas todas as situações para que o direito se realizasse sobre elas. Não era possível para o legislador prever todos os interesses e ações dos homens. Tornou-se imprescindível, no entanto, que as maneiras pelas quais ele poderia se realizar fossem previstas. Ou seja, deveria existir eficiência independentemente da previsão material do caso concreto ou não.

O aumento da complexidade da vida humana devido ao crescimento econômico foi um dos aspectos que fez com que muitos direitos individuais se tornassem coletivos, isto é, que muitas pessoas exigissem do Estado proteções específicas.

O que ocorreu, portanto, não significou que o mercado e a economia tenham sido deixados de lado em favor da questão social, mas a associação desses dois elementos. A política socioeconômica exigia que o Estado ampliasse sua área de atuação para ser capaz de oferecer bens e serviços à população e para, ao mesmo tempo e conseqüentemente, aquecer os motores do mercado.

A liberdade negativa (de não impedimento) que vinha regendo o Estado liberal foi substituída pela liberdade positiva (igualdade) no Estado providência. Para que houvesse essa liberdade, contudo, era necessário que os cidadãos participassem da economia, sendo esta a cobrança deste modelo estatal.

Diante do novo quadro, o Judiciário adquiriu outra função. Não bastava que ele julgasse conforme a lei, mas que, em face das disposições legais, levasse “à concretização dos resultados objetivados”¹⁵. Esses resultados estavam contidos,

¹⁴ LEBRUN, Gerard. *O que é poder*. Tradução de Renato Ribeiro e Silvia Lara. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 84.

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, 1994. p. 18.

ainda que em linhas gerais, nas Constituições através de princípios. Os direitos individuais até então invocados tornaram-se direitos fundamentais, e isso bastava para sua proteção e para guiar o Judiciário.

O Judiciário voltou a se envolver na política, mas agora com o dever de entregar um direito, uma liberdade positiva que tivesse ou não sido prevista pelo Legislativo ou que tivesse sido tolhida pelo Executivo. A própria política passou a fazer parte da jurisdição, ocorrendo, assim, a judicialização da política.

Dessa forma, o que interessava para o indivíduo dentro do Estado de bem-estar social era o acesso à justiça. Possível este acesso, estaria assegurada sua liberdade e seus direitos sociais, uma vez que o Judiciário existia para isso, para atuar com esta finalidade.

Como a iniciativa privada defendida pelos liberais não era capaz de resolver questões sociais e, aliada ao capitalismo, deixava os indivíduos desprotegidos e vulneráveis, era preciso que alguma figura os acolhesse. Qual mais senão o próprio Estado?

O Estado se transformou em um prestador de serviços, sendo um deles a jurisdição. Daí a ideia de prestação jurisdicional. Como qualquer prestador de serviços, o Judiciário deveria ser eficiente. Sua atuação deveria ser proporcional ao aumento dos direitos abstratos, utilizando-se da hermenêutica para atender às novas demandas. Ele precisava adotar uma nova postura, inserindo no seu exercício a política estatal do momento.

A obrigatoriedade do Estado de atuar a todo instante para prover as necessidades populacionais aumentou o número de instituições com este fim – muitas, com poder normativo próprio dentro de seu campo de trabalho, decorrendo na proliferação normativa, característica de um Estado interventor.

Em função da proliferação de várias regras que visavam à administração da enorme máquina na qual o Estado se transformara, o Judiciário passou a proteger o cidadão e seus interesses. Contudo, a mera presença de um órgão com este propósito não era suficiente para (como ocorria no Estado liberal). Era preciso que os fins justificassem os meios, ou seja, que os fins sociais fossem alcançados sem o que a jurisdição seria mera formalidade. Toda essa argumentação encontrava fundamento nos postulados constitucionais.

Devido a todos estes fatores, e principalmente à impossibilidade de criação minuciosa de cada lei em virtude da pressa proveniente do Poder Executivo, a legislação trazia apenas linhas e critérios gerais de orientação. Quanto mais geral e abstrata a lei, maior o espaço de criatividade do juiz. Por isso, de acordo com

Mauro Cappelletti, acentuou-se o “ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”¹⁶.

Nesta fase, o processo também foi visto como meio para um fim e, por isso, foram criados novos mecanismos que proporcionavam a busca de um resultado, tais como a ação civil pública. Também foram dados aos juízes “maiores poderes de direção e condução”¹⁷ do processo com a mesma meta.

A função jurisdicional no Estado de bem-estar social foi marcada pela ideia, ou melhor, pela realização do Estado como um prestador de serviços do qual se exigia eficácia. Esta, no sentido de que todo e qualquer cidadão tivesse acesso à justiça para que fossem garantidos os direitos fundamentais que o próprio Estado se comprometeu a entregar-lhes na Constituição, como forma indireta de alimentar o mercado.

A partir da aceitação desses elementos, a política voltou à jurisdição. Desta vez, porém, sob um novo aspecto: a política econômica. Ocorreu a judicialização da política, e não a politização da jurisdição (como para os antigos), de maneira que, na prática, o Judiciário incorporou as determinações estatais e se viu vinculado a agir para o bem econômico do mesmo via decisões estruturadas por princípios e diretrizes sociais.

5. A LÓGICA DO ESTADO GESTOR DA ECONOMIA E SEUS REFLEXOS NA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Conforme foi analisado até agora a respeito dos modelos econômicos, sua evolução histórica e uma simples observação da atualidade, é possível concluir que a sociedade cujo crescimento explodiu durante o Estado de bem-estar social só aumentou, tornando-se ainda mais complexa, e se transformou em uma sociedade de consumo de massas.

No Estado interventor, já havia uma complexidade social que o obrigava a cuidar dela, a dar-lhe o mínimo de condições para que cada indivíduo se encarregasse de sua vida. Isto foi um pouco alterado no momento seguinte.

No Estado gestor da economia, a sociedade de massas já existe e exige produções em larga escala em todos os aspectos cotidianos. Dessa forma, o cidadão se ocupa mais com essa produção necessária e não tem tempo para cuidar dos fatores

¹⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. Disponível em: <<http://www6.ufrj.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em: 27 de maio de 2005.

¹⁷ BOITEX, Elza Antonia Pereira Cunha. *Op. cit.*, p. 39.

inerentes à sua sobrevivência. Essa é uma diferenciação fundamental entre Estado interventor e Estado providência. Enquanto o segundo se ocupou da entrega de condições mínimas, o primeiro deveria garantir a própria sobrevivência do corpo social.

Três fenômenos levaram o Estado a esse estágio. O primeiro foi o crescimento populacional não refreado que dotou a sociedade de uma característica grupal, de um todo, e não apenas de núcleos familiares. O segundo foi a transformação da população em “sujeito de necessidades”¹⁸ e instrumento do Estado ao mesmo tempo, isto é, meio para a obtenção de seus próprios anseios. E terceiro, para que o Estado possa governar neste ambiente, ele precisa seguir uma ciência política, que, neste período, se baseia na economia. Esta economia introduz os cálculos de custo e benefício que são a lógica do Estado gestor da economia.

Dessa forma, o Estado gestor da economia torna-se um ente que pode ser analisado sob dois pontos de vista, o jurídico e o econômico. Quanto ao primeiro, deve atingir sua meta de preservação da sociedade por meio das leis. Sob o ponto de vista econômico, suas escolhas devem se basear em cálculos de custo e benefício no momento de dispor de determinados bens (sejam eles coisas, sejam pessoas).

O Estado a que este texto faz referência agora tem uma determinação, a sobrevivência da sociedade, mas sua busca se dá pela legislação na qual está incorporada a ciência política dominada pela economia que não é, senão, a responsável pelos cálculos de custo-benefício que geram a disponibilidade ou não de bens sociais. Ou seja, o Estado gestor da economia cria mecanismos que permitem seu governo dentro do contexto econômico no qual ele mesmo está inserido.

Nesta nova sociedade, a autonomia da vontade foi substituída pela autonomia privada, o que significa dizer que deve ser direcionada de forma a colaborar com o objetivo do Estado gestor, caso contrário ele pode intervir na relação para “corrigi-la” neste sentido.

O dogma da autonomia da vontade como “princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”¹⁹, de caráter muito mais psicológico e subjetivo, sofre uma releitura para adquirir outra conotação, de uma vontade “funcionalizada”. A vontade deixa

¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. As origens do Estado contemporâneo ou o leviathan gestor da economia. *Arquivos do Ministério da Justiça* – Fundação Petrônio Portella, ano 41, n. 171, p. 3-16, Rio de Janeiro, janeiro/março, 1988.

¹⁹ FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada. Uma distinção necessária. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de & NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil*. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 61.

de ser pura e simples manifestação volitiva do agente, devendo ter uma função. Parece surgir um querer qualificado por uma função que vai além desse simples querer e que, se não existisse, obrigaria o Estado a imputar os efeitos desta função no intuito de gerir os riscos criados.

As garantias de liberdade positiva e negativa (autonomia e não impedimento) oferecidas pela figura do contrato na era moderna foram extintas atualmente. O que antes era definido pela liberdade de utilização dos meios de trocas (contratos), hoje, é feito pelo acesso a tais meios de acordo com a posição ocupada na sociedade. Posição esta determinada pela economia, isto é, pelo poder econômico que cada indivíduo exerce dentro da sociedade de massas.

Evidente que, neste tipo de sociedade, a difusão de propagandas influencia, senão determina as atividades humanas, gerando uniformidade de atuações, estandardização. Daí a proliferação dos chamados contratos de adesão.

No Estado gestor da economia, não há outra opção que não a intervenção nessa situação, uma vez que ela não é individual, e sim coletiva. Dessa maneira, o Estado atuante, presente na vida dos cidadãos desde o modelo interventor, se manteve.

O interesse estatal é o corpo social e como fazer para prolongar ao máximo sua existência, para se perpetuar. Como gestor, o Estado distribui funções, cada qual no sentido de instrumentalizar situações e relações que respondam ao fim acima prescrito.

Há, sem dúvida, uma liberdade privada, isto é, uma liberdade no sentido de que é possível, a princípio, escolher o que e com quem contratar. Essa liberdade, contudo, é limitada. Apesar de tudo o que é oferecido pelos meios de comunicação e do fato de que o indivíduo pode escolher se quer ou não contratar com tais ofertas, a decisão depende de restrições econômicas. Nem todos podem comprar determinados bens ou serviços. A escolha, enfim, também é estandardizada.

Sendo assim, a possibilidade de contratar depende da posição ocupada pelo indivíduo dentro das relações sociais, que são, por sua vez, reguladas pelo Estado gestor. Foi o que Tércio Sampaio Ferraz Júnior estabeleceu como o papel do sujeito “nas estratégias econômicas que movem os interesses econômicos”²⁰.

A importância que antes era dada à liberdade individual foi transferida para a utilidade econômica ou utilidade para o Estado gestor. A sociedade deixou de ser a soma das individualidades e se tornou a soma de objetos, quer dizer, de coisas homogêneas.

²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. Reflexões sobre o poder, a liberdade a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002. p. 121.

Ainda que seja clara essa uniformização, no entanto, umas partes são mais fortes do que outras. Em contratos de adesão, uma parte determina os termos e a outra apenas escolhe aceitá-los ou não, quando ambas têm realmente essa opção (o que nem sempre acontece). Não apenas em contratos de adesão, mas em qualquer espécie de acordo, se deve atentar para o fato de que, é livre para contratar aquele que reúne condições mínimas necessárias para agir.

Quer dizer, em função da posição econômica e social de cada indivíduo, é certo que alguns terão condições mínimas (de instrução e conhecimento) para se autodeterminar e outros, não. Neste sentido, o Estado gestor, como interventor que é, precisa equilibrar essa balança, institucionalizado a segurança dos riscos.

Como uma parte é mais forte do que a outra, a mais fraca também corre mais riscos, e isto não é bom para a economia na qual o Estado está inserido. É do seu interesse, na medida em que ele faz parte da economia, como uma empresa, objeto e simultaneamente construtor dos mecanismos de controle, das leis. Ele precisa planejar, ser gestor dos interesses internos com os quais ele próprio se confunde, ou seja, subordina suas atividades aos preceitos do direito que ele mesmo declara. É o administrador e criador do seu campo de trabalho, de seus instrumentos e recursos e daí advém sua preocupação.

Para regular esses riscos, ele implementa responsabilidades além dos limites estabelecidos pelo contrato. A máxima contratual gerada na Roma Antiga, de que o vínculo produzido pelas escolhas das partes era o que as obrigava²¹, cai por terra.

O vínculo, inclusive sobre o qual trabalha o magistrado nos casos concretos, depende agora da importância relevante para a economia de massas. Sendo assim, quando demandado sobre um contrato específico em litígio, ele precisa fazer um cálculo de custo e benefício. Isto é, do que é mais necessário, manter o contrato mesmo que as partes já não tenham mais vontade de realizá-lo, ou extingui-lo, também contra a vontade de uma delas ou dos próprios termos acordados e, por fim, a quem responsabilizar na segunda hipótese.

Ao Poder Judiciário restou a função de se colocar no lugar dos contratantes para recriar a situação e supor quais os riscos mais baixos do acordo. Mais baixos dentro do quadro econômico geral e não apenas dos envolvidos.

A questão deixa de ser a subjetividade dos envolvidos e é direcionada aos cálculos. Aos hipossuficientes são concedidas proteções quando visam a reequilibrar certas condições, mas novamente dentro do contexto dos interesses do Estado gestor.

²¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. Reflexões sobre o poder, a liberdade a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002, p. 119.

Ainda que se pugne pela dignidade da pessoa humana e se coloque em voga dos direitos fundamentais, de fato, reduzem-se dos indivíduos à categoria de coisas, objetos, meros bens manipuláveis pelo Judiciário, deixando-se de lado sua individualidade. Não por culpa deste que recebe tal função, mas como resultado de uma cultura de massas, econômica, que o Estado gestor assim determina e no qual atua.

Neste contexto, percebe-se que o Poder Judiciário adquiriu nova essência política, de gestão, ou seja, de disciplina e governabilidade. A preservação da propriedade como garantia da liberdade foi substituída pela privação da própria liberdade, no Estado interventor, e agora pela distribuição de riscos mínimos no Estado gestor da economia.

Não há, para o Judiciário, possibilidade de agir politicamente senão nos termos do Estado gestor, o que significa que a sua ação está predeterminada pela função exercida por este sistema, pela distribuição dos riscos.

Os poderes, sendo o da jurisdição um deles, devem manter a linha de desenvolvimento adotada pelo Estado para os indivíduos e para eles próprios, com o intuito de permitir que este governe. Este ou aquele caso concreto que, sem dúvida, envolve diferentes cidadãos não tem importância no que concerne a tais diferenças, resumindo-se mais a uma matéria de cálculo.

Portanto, a participação política do Poder Judiciário está limitada à de consumo de massas cuja linha mestra é a relação de custo e benefício, e o processo civil, bem como o contrato, são os instrumentos que lhe foram entregues para tanto.

Com estes instrumentos, o órgão competente, no caso, deve exercer sua função típica de maneira a permitir que o Estado gestor se mantenha soberano, o que quer dizer que ele possa governar e que as decisões de suas instituições sejam legítimas e os indivíduos a elas se submetam espontaneamente.

A governabilidade do Estado gestor depende, também, de sua situação econômica. Logo, o Judiciário deve agir de maneira a não colocá-lo em situação de risco, distribuindo este para os particulares de acordo com sua posição econômica.

6. A FUNÇÃO SOCIAL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Dentro de um Estado existem certas obrigações que este tomou para si. Elas são a de legislar, administrar e julgar. A divisão dos poderes surgiu como instrumento de realização dessas funções. Ela é a forma pela qual o Estado determina que tais funções sejam exercidas, ou seja, as funções, a especialização de tarefas existiria ainda que não fosse dada a órgãos diferentes.

A jurisdição é uma função, a de dizer o Direito com o intuito de solucionar conflitos de interesses no mundo real e manifesta-se na atuação de seu respectivo órgão, isto é, o Judiciário. Ela é, portanto, poder, atividade e função estatal.

Vicente Greco Filho desdobrou essa três características, afirmando que a jurisdição é poder por se manifestar como Estado de forma cogente e definitiva; função porque faz valer a ordem jurídica atacada pelas pretensões das partes; e atividade ao se resumir em atos e expressões que declaram direitos e concretizam obrigações²². Nestes termos, se encontra o que a doutrina chama de funções típicas e atípicas²³.

Sua manifestação através de seus órgãos se dá pelo respeito a princípios fundamentais, tais como os da inércia e da indeclinabilidade, e, pela aplicação de leis abstratas produzidas por outro poder, o Legislativo. Ou seja, em função da divisão de poderes, aos órgãos judiciais não é permitido, a princípio, produzir norma individualizada em face do caso concreto, pois isso invadiria o campo de outro poder.

Porém, como demonstrou José Afonso da Silva²⁴, essa função nem sempre foi monopolizada pelo Poder Judiciário (a função precede à tripartição do poder). Os senhores feudais tinham jurisdição dentro do seu feudo. Ou, ainda, a Igreja detinha jurisdição eclesiástica principalmente no que concernia a direito de família antes da separação do Estado da Igreja.

Após esta observação é possível perceber que a principal característica da jurisdição, a partir do Estado moderno, é a substituição da atividade de particulares para o Estado, evitando a famosa “justiça com as próprias mãos”. Isto tornou a função jurisdicional una, uniforme, com meras divisões organizacionais no intuito de facilitar o funcionamento da atividade (neutralização política).

Resta perceptível que a questão da interferência entre o exercício das atividades estatais, atualmente, delimita-se aos poderes, isto é, um órgão deve ter autonomia dos demais, mas, enquanto exercer função estatal, deve buscar fins idênticos.

O poder jurisdicional é o guardião da Constituição Federal que, por sua vez, é o documento primordial de manutenção da sociedade. Os fins sociais nela estabelecidos dizem respeito, na sociedade contemporânea, como foi demonstrado no capítulo anterior, à sobrevivência dos indivíduos como cidadãos dentro do corpo social.

²² GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 167.

²³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 387.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Ática, 1991. p. 551.

Há, portanto, relação jurídica entre as partes e a entidade que representa o Poder Judiciário, incumbido da jurisdição, é dizer, o juiz. Segundo Oscar Von Bulow²⁵, já em 1868, na Alemanha, havia uma relação jurídica de direito público, na qual o juiz tinha a obrigação de decidir e realizar o direito e as partes, de colaborar e submeter-se ao resultado. Tendo a relação essência pública, fica reforçada a ideia de que o juiz tem a obrigação de prestar a jurisdição de modo a garantir aquela vontade geral (manutenção da vida) primeiramente invocada.

O espírito de qualquer povo na persecução jurisdicional não é outro senão o de justiça. O cálculo a que o magistrado deve submeter as demandas faz parte do clamor social, uma vez que inserido no ente estatal como o ar que lhe dá vida.

Função social é a que provém da sociedade, que dela emana e que, como se viu até agora, é mutável. Enquanto no Estado liberal consistia na segurança e no Estado de bem-estar social no acesso à justiça, no Estado contemporâneo, ela se define pela manutenção da sobrevivência do todo.

A moralidade da função descrita está na sua legitimidade. Um juiz ético é aquele que realiza a prestação jurisdicional de acordo com a finalidade estabelecida por seus cidadãos. Sanches Viamonte bem resumiu essa atividade da seguinte forma:

(...) sua função não consiste somente em administrar a justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios²⁶.

A função social do Judiciário no Estado contemporâneo, portanto, é a de preservar a sociedade, de prolongar sua existência a partir do sistema de consumo de massas. De fazer cálculos de custo e benefício para garantir que, em um quadro geral, o conjunto seja o verdadeiro beneficiado.

Tendo em vista a devida adoção pelo Poder Judiciário da política do Estado gestor, que agora não é mais de ação ou econômica, mas de manutenção, não há que se duvidar de que sua função social é mais política do que nunca.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme os pontos expostos durante este trabalho, não há como se afirmar que o Poder Judiciário sempre exerceu uma atividade política no corpo de suas atribuições e, portanto, que sua função social estivesse necessariamente a ela atrelada.

²⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 36.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 463-464.

Em um primeiro momento, na Grécia e na Roma antigas, o exercício da jurisdição não era algo inerente a um poder estatal, este na forma conceitual conhecida atualmente. O exercício da jurisdição estava, sem dúvidas, ligado à política na medida em que pressupunha uma ação, e toda ação era essencialmente política, pois só podia partir de quem pertencesse à sociedade no exercício da cidadania. Por ser realizado pelos cidadãos, e não por um órgão ou grupo de pessoas em representação ao Estado, a função social dessa atividade era restritamente política.

Isto quer dizer que o caráter social era, inevitavelmente, político. Não havia como separar as duas coisas. No entanto, a política era determinada pelos próprios cidadãos; logo, os interesses sociais eram diretamente por eles apontados e realizados.

A Idade Média, apesar de ter centralizado o poder político e, consequentemente, o jurisdicional, manteve inevitavelmente essa característica da respectiva função. Os detentores do poder jurisdicional eram os mesmos detentores do poder político, que determinavam os rumos da sociedade.

Também neste momento a função social era determinada diretamente por algumas personalidades (monarca e clérigos), exatamente aquelas que detinham o poder político e o aplicavam conjuntamente às decisões dos litígios que lhes eram submetidos.

Com a chegada do Estado moderno, a política foi retirada da jurisdição. Isto foi possível por meio da divisão clássica dos poderes. A função já existia, mas foi entregue a um órgão específico de monopólio do Estado.

Como forma de dar segurança aos cidadãos de que os abusos até então cometidos em função da centralização excessiva de poder nas mãos de poucos elementos sociais que o utilizavam arbitrariamente não continuasse a ocorrer, decidiu-se que aos juízes não caberia tal domínio. Não caberia determinar as diretrizes que regeriam o Estado.

A partir de então, o Poder Judiciário, agora como um poder de fato e de direito (porque passou a ser previsto nas Constituições, e, portanto, como uma das linhas mestras da formação dos Estados) foi neutralizado politicamente. Sua função passou a ser defender os preceitos constitucionais definidos politicamente pelos outros poderes do Estado, mas sem fazê-lo caso a caso.

Os magistrados, no exercício de sua profissão, deveriam proteger a Constituição sem entrar no mérito do caso específico fugindo dos dizeres constitucionais. Sua função social neste período, portanto, era fornecer segurança jurídica aos cidadãos no sentido de proteger a Carta Magna, sem qualquer vínculo político nas decisões.

O crescimento populacional que gerou a diferenciação nítida dos núcleos sociais obrigou o Estado a intervir no caminho trilhado pela sociedade. Apesar da relutância dos tradicionalistas liberais, a participação estatal neste âmbito era inevitável.

Para se manter economicamente ativo no mercado, o Estado precisava da iniciativa privada e da atuação dos cidadãos. Uma coisa sem a outra não era capaz de promover seu desenvolvimento. Com o objetivo de garantir que os indivíduos fossem contemplados com fatores mínimos que lhes proporcionassem meios de trabalhar, viver, consumir e assim por diante, aquecendo o mercado, o Estado passou a intervir na sociedade.

A maneira escolhida para essa intervenção foi a proliferação normativa. A criação de inúmeras normas e o aumento de elementos competentes para tanto tornou o Estado onipresente, regulamentando quase, senão todos, os aspectos da vida humana, sempre no sentido de prover direitos mínimos, fundamentais à vida social.

Nota-se que, outra vez, a função social foi modificada em razão do modelo econômico e político adotado. O Judiciário foi transformado no recurso responsável pelo controle efetivo dos direitos mínimos. Houve a judicialização da política, isto é, ela passou a ser jurídica quando ao Judiciário foi entregue o dever de aplicá-la.

Neste particular, o Poder Judiciário deveria, além de respeitar as normas, respeitar os direitos fundamentais acima de tudo, porque somente estes direitos permitiam a eficiência do Estado providência.

A complexidade das sociedades nesta fase da história humana gerou desigualdades que perduram até hoje, mas que não levantavam tanto questionamento por ser crível que todos, independentemente da posição econômica ou social ocupada, tivessem acesso à prestação jurisdicional.

Sendo assim, a função social do Judiciário era a garantia do acesso à justiça porque, desta forma, seria garantida, inexoravelmente, uma prestação do Estado, que não podia divergir dos parâmetros políticos por ele adotados e registrados em um documento formal.

Na lógica do Estado gestor da economia, por fim, os juízes detêm o poder político na medida do poder próprio do Estado. Quando este passou a agir em favor da comunidade de massas, admitindo que, para sua sobrevivência, só há um meio viável, o do cálculo de custo e benefício, atribuiu-lhes instantaneamente a mesma missão.

Não significa que as evoluções obtidas ao longo do tempo tenham sido esquecidas. O Poder Judiciário continua sujeito à Constituição e devendo defendê-

la sempre (como ocorria no Estado liberal), bem como sua prestação deve ser universal, ou seja, seu acesso a todos deve ser garantido.

Conjuntamente a esses pontos, contudo, ele deve realizar cálculos nos quais, de um lado, figure toda a sociedade e, de outro, os envolvidos nos casos concretos.

Ocorre que, apesar de este sistema estar preestabelecido, existe uma questão de ordem moral e ética que envolve a situação de aplicação do Direito. Segundo Sebastião Feltrin, o juiz “na aplicação da lei não pode deixar de ser criativo e perturbador, na medida em que, sem descumprir o texto da lei, questiona-o e coloca-o em confronto com todo o sistema, dele extraindo a justa regra para cada caso concreto”²⁷.

Faz parte da função social do juiz, além da aplicação da política gestora utilizada pelo Estado contemporâneo, a compatibilização com os preceitos constitucionais fundamentais. Uma vez identificada a função social, fica mais hábil ao magistrado questioná-la, vez que há uma insatisfação da sociedade diante das decisões tomadas.

O Estado gestor não representa apenas a intensificação da redução da política à economia no campo judiciário, pois, caso representasse, não haveria necessidade da existência do magistrado. A política não foi eliminada, transformada em economia pura, mas elas foram aliadas. Se isso tivesse ocorrido, o seguimento ao positivismo seria suficiente para abolir quaisquer problemas relativos aos cálculos aplicados a casos concretos.

Uma legislação que trouxesse raciocínio matemático para casos concretos seria a forma perfeita de solução de controvérsias. Ocorre que, no entanto, para realizar a função jurisdicional, é preciso interpretar os dispositivos legais, o que, segundo Kelsen, é um “ato de vontade”²⁸, e todo ato de vontade é uma atividade política, porque determinada “por valores morais, sociais, religiosos etc. daquele que a exerce”²⁹, conforme demonstrou Michel Troper.

Por essa razão, a jurisdição era neutra no Estado moderno, porque não tinham seus aplicadores autorização para interpretar as normas, mas apenas aplicá-las literalmente.

A orientação atual, contudo, é divergente. Ao juiz cabe usar da hermenêutica para resolver os litígios. Cabe conciliar a política estatal de gestão econômica e manutenção da sobrevivência humana com a política social de dignidade dos cidadãos

²⁷ FELTRIN, Sebastião. As ansiedades do juiz. *Revista dos Tribunais*, v. 77, n. 628, p. 277, São Paulo, fevereiro 1988.

²⁸ BOITEX, Elza Antonia Pereira Cunha. *Op. cit.*, p. 42.

²⁹ *Idem*, p. 42.

de acordo com a Constituição, que não representa outra coisa senão a vontade destes. Isto sem retirar do próprio Estado a responsabilidade que lhe cabe na qualidade de protetor dos cidadãos, e não somente de gestor da economia.

Basta constatar que a Constituição Brasileira de 1988 foi publicada no período do Estado social pelo qual passava o País, tanto é que o documento é chamado de Constituição Cidadã. Por isso, a Carta trouxe os princípios sociais que têm sido mantidos e com os quais o Estado contemporâneo é obrigado a conviver. Não se pode esquecer que, sob o âmbito jurídico, as leis são fundamentais para que o Estado possa governar na atualidade.

Repetindo, o Estado gestor da economia busca a sobrevivência da sociedade no contexto da política econômica, mas, para tanto, deve criar mecanismos de adaptação às circunstâncias reais, dentre elas os dispositivos constitucionais remanescentes do Estado brasileiro de 1988.

Enquanto a dignidade mínima dos cidadãos, presente na Carta Maior de 1988, não for extirpada do ordenamento, o Estado deve conciliá-la à política econômica, inclusive sob pena de perder condições de governabilidade. O juiz, como executor dessas obrigações estatais, deve ter este tipo de atuação, no sentido de evitar uma crise já que o desgosto popular com o Judiciário é grande e capaz de culminar em uma onda de desobediência civil de enormes proporções, impossibilitando a atuação governamental.

Realmente, o Estado é agora agente econômico e, inevitavelmente, o Judiciário deve agir como tal. Mas não só como agente econômico, pois, perante a população, isso geraria um problema de legitimidade da atuação dos órgãos judiciais.

As decisões baseadas somente na economia nem sempre são justas, podendo tender para o lado melhor posicionado economicamente. Apesar de serem mais aptas a atingir o objetivo do Estado, que é a sobrevivência do todo, nem sempre são satisfatórias para as partes das demandas. Uma insatisfação, que vem aumentando e gerando falta de credibilidade no sistema e em suas instituições, o que é muito perigoso para o próprio Estado. Também não é possível que as pessoas possam sempre ser dispensáveis em função dos resultados de cálculos. E, da mesma forma, não se deseja que a parte mais fraca seja sempre favorecida devido à sua posição econômica.

A mescla entre economia e justiça é essencial para que uma equilibre a outra. Só a economia como base para as decisões impossibilita a legitimidade e só os valores morais e éticos podem levar à falência do Estado gestor. Gerir, afinal, não é outra coisa a não ser administrar as decisões com os recursos disponíveis, sendo um deles o Judiciário e seus fins específicos.

A política de manutenção da sobrevivência é uma política econômica, mas que só poder ser realizada se balanceada com valores (pressupondo a existência de ética nesse meio) capazes de legitimar as decisões e manter um ambiente propício à governabilidade, à gestão estatal.

A função social do Poder Judiciário hoje deve ser, portanto, uma função ética, política, de valores (em decorrência dos atos de vontade a que se referiu Kelsen), combinada com a política estatal como um todo, com a gestão necessária ao Estado para que mantenha sua soberania e seus órgãos funcionando legitimamente.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas D. Moniz. As tendências do processo civil contemporâneo. *Revista dos Tribunais*, v. 346, p. 55-61, Rio de Janeiro, abril/junho, 1999.

BARBOSA, Henrienne. Poder Judiciário e comunicação democrática. Disponível em: <<http://www.comtexto.com.br/convicomartigoHenriennepoderjudiciario.htm>>. Acesso em: 10 de outubro de 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOITEX, Elza Antonio Pereira Cunha. *O significado perdido da função de julgar*. 1990. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP.

CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o povo: uma reavaliação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 260.

COUTINHO, Heliana M. de A. *O juiz agente político*. Campinas: Copola, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada. Uma distinção necessária. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de & NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil*. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FELTRIN, Sebastião Oscar. As ansiedades do juiz. *Revista dos Tribunais*, v. 77, n. 628, p. 275-278, São Paulo, fevereiro, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. As origens do Estado contemporâneo ou o Leviathan gestor da economia. *Arquivos do Ministério da Justiça* – Fundação Petrônio Portella, ano 41, n. 171, p. 3-16, Rio de Janeiro, janeiro/março, 1988.

_____. *Estudos de Filosofia do Direito*. Reflexões sobre o poder, a liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Introdução ao estudo do Direito*. Técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP: Dossiê Judiciário*, n. 21, p. 12-21, São Paulo, março/maio, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em: 27 de maio de 2005.

LEBRUN, Gerard. *O que é poder*. Tradução de Renato Ribeiro e Silvia Lara. São Paulo: Brasiliense, 1999.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Tradução de Anoir Aiex e Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Coleção Os Pensadores.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (coord.). *Fundamentos de história do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. *Poder Judiciário no Brasil*. Crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. *Revista Forense*, v. 331, p. 139-148, Rio de Janeiro, julho/setembro, 1995.

SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo Civil e o interesse público*. O processo como instrumento de defesa pessoal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

WEFFORTT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1991.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: De