

DIREITO, DESENVOLVIMENTO E IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS

José Reinaldo de Lima Lopes*
Fernando Rister de Sousa Lima**
José Marcos Lunardelli***

RECEBIDO EM:	13.10.2022
APROVADO EM:	1º.11.2022

CONVIDADOS

* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. *E-mail*: jrlopes@usp.br

** Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *E-mails*: fernando.lima@mackenzie.br e frslima@pucsp.br

*** Professor do Mestrado da Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados. Desembargador Federal da 3ª Região. *E-mail*: jmlunard@trf3.jus.br

• JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
• FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA
• JOSÉ MARCOS LUNARDELLI

- **RESUMO:** O artigo retrata um debate entre os autores sobre o Direito, Desenvolvimento e Impacto das Decisões Judiciais em evento organizado pela ENFAM, cujo objetivo foi discutir sobre qual o papel do Poder Judiciário no julgamento de demandas judiciais que tenham como fundamento o desenvolvimento social. A partir de uma perspectiva histórica e da realidade social brasileira, os autores, nas devidas proporções das falas, questionam e propõem formas de atuação do Judiciário, a fim de lidar com tal desafio institucional.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Direito; desenvolvimento; decisões judiciais.

LAW, DEVELOPMENT AND IMPACT OF JUDICIAL DECISIONS

- **ABSTRACT:** The article presents a discussion between the authors about the Law, the Development and the Impact of Judicial Decisions in an event organized by ENFAM, whose objective was to discuss the role of the Judicial Branch in the judgment of justice demands that are based on social development. From a historical perspective and a Brazilian social reality, the authors, in due proportion to the lines, make questions and propose ways for the Judiciary to deal with such an institutional challenge.
- **KEYWORDS:** Law; development; judicial decisions.

1. Introdução

O texto reconstrói um importante debate entre os autores, que, a partir da fala inicial do Professor José Reinaldo de Lima Lopes em seminário realizado pela ENFAM, trava uma interessante discussão sobre o impacto das decisões judiciais no desenvolvimento social. O debate foi transcrito por Eunice Remondini e revisado por Samantha Benedetti.

O seminário ocorreu de 30 de maio a 1º de junho de 2022 pela modalidade remota, realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). A mesa ora retratada ocorreu em 31 de maio, tendo a palestra do Prof. José Reinaldo de Lima Lopes como fala central, em seguida, como debatedor, o Prof. Fernando Rister de Sousa Lima e com a moderação e comentários do Prof. José Marcos Lunardelli.

A mesa pode ser vista pelo link <https://www.youtube.com/watch?v=b00imRAXxkA&list=PLa640FVOEaOi0oN3Yc57-WLDK6jE3ZJ43&index=2>. Os autores agradecem a prestigiosa *Revista Direito Mackenzie* pela sua publicação, bem como esperam que o texto possa estimular novos debates sobre o tema da atuação judicial e desenvolvimento social, com escopo de (re)pensar a missão e os limites do Poder Judiciário na temática do desenvolvimento social.

2. Da exposição de José Reinaldo de Lima Lopes

De início, é apresentada uma ideia não muito comum no Brasil: a de que a justiça é o sentido do direito, ou seja, a justiça é inerente ao direito, e não é possível pensar adequadamente os temas jurídicos ou o sistema jurídico como um todo sem falar de justiça e sem conceber a justiça. No Brasil, a palavra justiça é muito degradada, e, como todos nós que passamos pela faculdade de direito sabemos, não há disciplinas de justiça no curso jurídico; nós temos uma opinião ou uma ideia infantil a respeito da justiça. Penso que nós juristas, eventualmente, nos tornamos adultos em muita coisa, menos na justiça. Minha intenção aqui é explorar um pouco das ideias elementares a respeito da justiça e em seguida tentar ver como o sistema de justiça brasileiro lida com temas que procedem da própria tradição filosófica da justiça. Justamente pela falta de amadurecimento intelectual das nossas escolas e dos nossos cursos, o sistema lida mal com esse assunto. Para isso, em seguida, vou fazer um percurso histórico, muito breve também, do que foram os anos 1980, que para mim são os anos que marcam uma virada do Judiciário brasileiro. Naqueles anos, questões de justiça distributiva e justiça geral ou política começaram a chegar aos juízes e tribunais brasileiros.

Começo então a projeção dos meus slides, porque me ajudam a seguir em ordem. Esse primeiro slide é interessante, na minha opinião, porque mostra uma ideia de justiça, uma das dimensões da justiça, a ideia de justiça chamada de *particular*. Ele é tirado de um afresco que está no Palazzo Comunale, em Siena, na Itália, um afresco muito famoso, chamado “Alegoria do bom governo”, e mostra a justiça fazendo duas coisas diferentes: de um lado ela está dando um prêmio a alguém, e de outro ela está punindo alguém. Essa figura da justiça, que a tradição filosófica chama de justiça em *particular*, é uma justiça das trocas, é uma justiça da retribuição ou da comutação, e é mais ou menos fácil de entendermos. Desse trono da justiça sai uma corda, que vai unir os diversos

- JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
- FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA
- JOSÉ MARCOS LUNARDELLI

cidadãos; a alegoria que está nesse afresco é que a justiça ao dar a cada um o que é seu, promove a união entre os cidadãos.

A justiça, em particular, não é só uma justiça de trocas: é uma justiça também de divisões e partilhas. É perfeitamente compreensível que eu promova as trocas, o “toma lá, dá cá”, o *doo ut des*, mas é também compreensível que eu faça as distribuições. Isso está espalhado no nosso sistema jurídico; sociedades, consórcios, casamentos, muitas e diversas relações são interações não de troca, mas de partilha. O condomínio é muito curioso, porque por vezes a jurisprudência trata casos de condomínio como se fossem trocas: de um lado estaria o *condomínio* e de outro, o *condômino*. É um equívoco monumental. O condomínio é tipicamente o caso de partilha: o condômino não está fora do condomínio, assim como o sócio não está fora da sociedade, e essas relações, troca, de um lado, e partilha, de outro, são, portanto, diferentes. Essa é uma primeira ideia. No restante do afresco, o resultado de um governo justo é a prosperidade, no campo e na cidade, tudo funciona melhor quando a justiça funciona bem.

No mesmo afresco, porém, há uma outra figura da justiça. É bem interessante: esses pintores dos séculos XIV, XV e XVI pintavam orientados por filósofos, mas quando eram quadros religiosos, pintavam orientados por teólogos. E, nesse caso, à direita do soberano, está outra justiça, uma justiça que tem a cabeça do tirano cortada no colo, e na mão direita uma espada; essa outra justiça representa aquilo que na filosofia clássica chamava-se de *justiça geral*, *justiça política*. A justiça geral é a que se dá na convivência de qualquer um com qualquer um, e não há relações eventualmente pessoais entre as pessoas debaixo da justiça geral. Trata-se da convivência com qualquer um: é anônima e os clássicos chamavam-na de justiça legal ou política.

Um exemplo que pode ser dado é o uso da lei para ordenar o trânsito na cidade. Cada indivíduo que está dirigindo na cidade pratica um ato de justiça quando mantém a mão de direção, quando mantém o limite de velocidade e quando segue as regras de trânsito. A gente não está numa relação particular com ninguém, a gente está numa relação geral; é isso o que eles chamavam de justiça geral. Essa coisa comum, que pode ser o trânsito na cidade, eventualmente pode ser o meio ambiente. Há muitas coisas em comum que compõem a nossa vida política. Mas são relações submetidas à lei e a lei, neste caso, tem como finalidade as coisas comuns, como o trânsito na cidade, ou a proteção do meio ambiente, coisas que não podem ser divididas nem apropriadas por ninguém.

Então é interessante que o afresco mostre, do lado direito do soberano, a justiça em particular, e do lado esquerdo, a justiça geral. Há uma teoria da justiça intrínseca nesse

quadro, a teoria da justiça clássica. A justiça geral é a justiça da vida de qualquer um sob a lei; preservar a lei é um ato fundamental para o soberano. Se ele não preserva a lei, cai no mau governo e na parede oposta a esse afresco onde se encontra, justamente, a alegoria do mau governo. O mau governante faz o quê com a justiça? Ele a espezinha, a despreza, pisa sobre a justiça e ele a acorrenta; em vez de justiça unir os cidadãos por meio de sua corda, que sai da mesa da *Concórdia*, ela é amarrada. Essa é a figura que eles apresentam.

Eu acho que isso, no Brasil, tem muito a ver com a forma presente nas ditaduras. A ditadura de 1964 a 1985 acabou com os mecanismos que uniam os cidadãos entre si: acabou com a representação, o parlamento foi cortado, os partidos foram proibidos, os partidos de oposição foram perseguidos, as pessoas foram afastadas de seus cargos por suas ideias e mortas nas mãos do Estado.

O conhecido caso do Vladimir Herzog¹ é um marco também na história da justiça, porque foi justamente um juiz federal, muitos anos atrás, quem condenou o Estado por responsabilidade civil pela morte do Herzog. A pessoa estava nas mãos do Estado e foi devolvido apenas um cadáver para sua família e amigos. Na época, foi um jovem juiz federal quem tomou a decisão e esse foi um ato importante e simbólico para aqueles que viviam as primeiras reações à ditadura. Dessa forma, a ditadura havia acabado com a representação, com a representação política no parlamento, com a liberdade de expressão, cassou professores, matou jornalistas e assim por diante, mas acabou também com a participação. Acabou com a vida dos sindicatos e, apenas lentamente, começou a aparecer o movimento social nos anos 1980.

Primeiramente, houve um em específico, o movimento dos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), cujo papel foi simbólico e importante. O movimento dos mutuários, de 1984 a 1986, até o fim do Sistema Financeiro da Habitação, começou a procurar a justiça. E é, justamente, nesse momento que surge uma relevante questão. Eles procuravam a justiça individualmente para resolver os seus contratos em particular, mas a resposta que a justiça dava não poderia ser sistêmica, já que o que estava em crise era o mecanismo de financiamento em geral, que envolvia não apenas o mutuante e mutuário, mas sim o mutuante, o mutuário, o depositante, o poupador, os empreendedores, as construtoras. Os recursos do SFH vinham da poupança, uma vez que o financiador emitia letras de câmbio cujo lastro era exatamente o empreendimento (envolvendo construtora e incorporadora), por isso se chamavam letras imobiliárias.

1 Jornalista, professor e dramaturgo nascido na então Iugoslávia, naturalizado brasileiro (1937-1975).

- JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
- FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA
- JOSÉ MARCOS LUNARDELLI

E a remuneração dessas letras estava atrelada à remuneração dos poupadores e ao pagamento dos mutuários. Os mutuários e os poupadores não tinham contratos entre si, mas o sistema dependia dessa relação. Em outras palavras, na justiça parecia um conflito eventualmente bilateral, entre banco e mutuário, mas se fosse dado um passo para trás, perceberia que se tratava de um conflito distributivo sobre o custo generalizado da habitação no Brasil, conflito este que envolvia muita gente. As soluções que poderiam ser dadas, revendo as cláusulas contratuais, caso a caso, jamais atingiriam o problema. Ora, o Judiciário não tinha que atingir o problema como um todo, sistêmico, já que não tinha e não tem recursos suficientes, nem a capacidade de representação e de integração para resolver o problema. O problema foi resolvido legalmente pelo parlamento e pelo Executivo, que reestruturaram, por fim, a experiência do BNH. Mas eram movimentos assim que começaram a bater às portas da justiça.

Em segundo lugar, houve uma outra onda de movimentos, no final dos anos 1980, que se originaram da hiperinflação. O movimento aqui não foi propriamente organizado socialmente, foi apenas um fenômeno social de massa. A chamada “Hiperinflação Brasileira”, que teve início em 1982. Ressalta-se que em 1982, ainda debaixo da ditadura e ainda sendo Ministro da Fazenda o professor Antônio Delfim Netto, a inflação atingiu 100% ao ano no Brasil, e a partir daquele momento ela desandou. O problema estrutural da economia brasileira, e de muitas economias, era generalizado. E a partir desse momento, os anos da crise da dívida externa e os anos da hiperinflação em todos os países da América Latina mostraram que se optou por uma forma de desenvolvimento financiado com recursos abundantes, baratos e externos. Sem capacidade de poupança interna, recorreu-se aos recursos externos; quando vieram as crises do petróleo, primeiro em 1973 e, em seguida, em 1979, o sistema como um todo foi desabando. Como é sabido, isso só terminou muito mais tarde, quando o Fundo Monetário Internacional (FMI) assumiu o papel de coordenador dessas reestruturações dos débitos dos países subdesenvolvidos endividados.

Nesse contexto estrutural, o Judiciário foi chamado a intervir novamente. E o fez com os recursos institucionais e intelectuais de que dispunha. Tratou da moeda como um problema contratual e bilateral, ou seja, não apenas como moeda, mas como o dinheiro de cada um.

Nesse ponto, considera-se que a intervenção foi desastrosa, já que o Judiciário começou a arbitrar o valor da moeda para cada caso e para cada indivíduo. Evidentemente, isso tinha origem na desconfiança pública a respeito da maneira como o Executivo

manipulava os índices para fechar as contas do Estado, enquanto não conseguia estancar a inflação nem renegociar internacionalmente a dívida (pública e privada, lembremos). O Judiciário foi provocado e aceitou essa provocação sem perceber que os interesses eram muitos, eram divergentes, e que o que estava em disputa era um bem comum, a própria moeda. Como os interesses eram muito diferentes e como a justiça é normalmente um poder conservador na República, as decisões judiciais eram contraditórias. De um lado, aceitava o controle de um preço da economia – os salários, o preço do trabalho –, mas de outro não aceitava a limitação dos preços do capital. De um lado, aceitava a desindexação, o desatrelamento da correção monetária dos créditos do Estado (tributos em geral), mas de outro lado não aceitava a desindexação das dívidas do Estado. O Estado recebia em uma moeda e pagava em outra. Nessa época, houve uma coisa muito curiosa. O Supremo Tribunal Federal, naquela altura, se recusou a intervir. Ele permitiu que milhares de juízes espalhados pelo Brasil inteiro decidissem, cada um por sua própria cabeça, qual o valor da moeda. Isso, de fato, significava o desaparecimento da moeda, que já vinha desaparecendo com a crise da hiperinflação. Por isso, para mim, foi uma intervenção desastrosa.

Em terceiro lugar, já nos anos 1990, outra intervenção curiosa e desastrosa, na minha opinião, foi no processo de privatização. Não se defende, aqui, a privatização, nem se diz como deveriam ser decididas as causas surgidas. Na verdade, examina-se a intervenção institucional, já que também ela me pareceu desastrosa. As diversas ações contra as privatizações, as telecomunicações e diversas outras foram feitas no período FHC² e surgiam pelo Brasil afora; era uma estratégia, é claro, dos advogados. Não tem nenhum problema nisso: os advogados têm a liberdade de fazer isso, mas os juízes se recusavam a ver, nas ações que lhes caíam, um interesse, ou um direito difuso, que, uma vez apresentado numa jurisdição, deveria prevenir todas as outras, porque o bem em disputa era indivisível.

Se o bem é indivisível, se o bem é comum, uma vez iniciado um processo em uma das instâncias, qualquer processo apresentado em outra instância induz a litispendência ou, eventualmente, a conexão – teriam que ser reunidos. Então, nós passamos semanas, às vezes meses, com liminares contraditórias, e isso faz surgir um problema: os advogados são livres para fazer, mas os juízes não deveriam ser livres para escolherem a sua jurisdição.

2 Governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, de 1995 a 2003.

- JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
- FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA
- JOSÉ MARCOS LUNARDELLI

Tratando da história dos anos 1980 e 1990, vê-se uma tentativa de resposta do Judiciário, já que ele é provocado, mas não possui consciência adequada dos problemas conceituais envolvidos nessas diversas questões. Ou, pode-se supor, com uma vontade de interferir nos assuntos e ditar os rumos das políticas. De um período ditatorial, em que os cidadãos não tinham a quem recorrer, passa-se a um período semidemocrático, em que há a oportunidade de recorrer ao Judiciário. Este, no entanto, habituado a conflitos bilaterais, não lidou bem com as questões gerais e distributivas que lhe chegavam.

A Lei de Ação Civil Pública de 1985 e, particularmente, o artigo 81 do Código do Consumidor em 1990 mostram que o legislador teve um certo cuidado ao separar os bens chamados de comuns – os bens difusos, os quais na linguagem do Código Civil são os bens indivisíveis – dos outros bens, objeto de direitos coletivos ou homogêneos. Ao interferir no trânsito da cidade, uma rua que mude de direção por exemplo, muda-se, na verdade, toda a circulação, que vai afetar a cidade inteira. Deve-se olhar para o trânsito na cidade como um bem só. A prefeitura tem que fazer manter a circulação, e cada intervenção feita deve estar articulada com outras intervenções. Ora, o Código do Consumidor fala desses bens difusos, que são algo semelhante ao bem comum de que falavam os antigos ou ao objeto da justiça geral e legal.

O Código do Consumidor é muito feliz ao distinguir todos os bens coletivos, isto é, aqueles que afetam as pessoas que estão ligadas juridicamente. Nesse caso, entende-se ligadas como no caso de uma falência, de um inventário, de um consórcio, ou seja, por uma relação jurídica e não factual entre elas. A lei fala que os bens difusos pressupõem uma *ligação de fato* entre as pessoas. Isso tem relação com o que foi supramencionado sobre a primeira forma da justiça ou a forma da justiça geral, ou, ainda, política. No caso do trânsito, não há nenhuma ligação jurídica, a não ser a lei e o fato de compartilhar a rua com os concidadãos – não há nenhuma outra ligação com uma pessoa que atravessa o sinal na frente de outra ou que aquela que está transitando ao lado. Não se tem nenhuma outra relação jurídica. Essa relação no trânsito é apenas geral, impessoal, anônima, legal e política se os próprios cidadãos quiserem. Por esse motivo, a filosofia clássica fala de uma relação de justiça geral ou legal.

Finalmente, o Código do Consumidor refere-se aos direitos individuais homogêneos. Nesse ponto, os bens são homogêneos e os interesses são iguais, mas são paralelos e não há nenhuma ligação entre os portadores do direito ou os titulares dos bens. Essa distinção feita no Código de Defesa do Consumidor é muito importante e precisa ser articulada com uma teoria da justiça, como foi apresentado.

Há poucos anos, o Professor Kazuo Watanabe, já aposentado, disse: “José Reinaldo, eu não me conformo com o que fizeram com o Código do Consumidor, com as categorias das ações coletivas”. E eu, naturalmente, respondi: “Professor, isso é falta de teoria e filosofia. As pessoas acham que basta estudar processo e decorar as formas do processo, mas para entender o processo, é preciso entender de teoria e de filosofia do direito”.

De fato, toda essa confusão e despreparo resultou numa coisa que também é desastrosa, denominada, por mim, de fenômeno dos juízes tagarelas. Isso porque, os juízes possuem opinião para tudo, como qualquer indivíduo, mas eles não se conformam em serem obrigados a se calar. Os juízes, em verdade, são obrigados a se calar, porque eles próprios possuem o poder da caneta. Como os militares que portam armas não podem participar de discussões políticas, os juízes também perdem o poder, a liberdade de falar o que querem em troca de poderem condenar os cidadãos.

Por exemplo, há 12 anos, as manifestações de Gilmar Mendes³ na imprensa mostravam que ele dava palpite na maior parte dos assuntos e em casos que certamente iriam para o Judiciário e, fatalmente, no Supremo e, por esse motivo, foi seguido por Marco Aurélio⁴ e por outros. De fato, pouco são os juízes discretos e que possuem o pudor e a liturgia do cargo, no Supremo, no Judiciário e, em geral, no Brasil. Posteriormente, tem-se a situação atual de um juiz, ministro da Suprema Corte, achar que deve se sentar com o Presidente da República para negociar projetos e políticas. A função do juiz, certamente, não é ser o promotor da justiça geral e política, não é fazer planos de governo nem para a justiça como um todo. Os juízes decidem da maneira que lhes cabem, justamente porque entraram em um acordo com o Presidente da República, mas, nos dias atuais, são coisas absurdas vistas – por exemplo, o juiz Sérgio Moro é visto conversando alegremente com o opositor de alguém que tinha acabado de condenar – e isso mostra, justamente a perda desse pudor.

Por fim, recorda-se o discurso do “The State of the Union Address”⁵, do qual participam todos os parlamentares e os juízes da Suprema Corte. Mas, em determinado ano, o próprio presidente Barack Obama diz algo e é aplaudido ora por uma bancada, ora por outra. Os juízes da Suprema Corte não se levantam nem aplaudem durante todo o discurso, já que a liturgia do cargo lhes impõe que não tenham lado e várias das questões

³ Ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁴ Marco Aurélio de Mello, ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁵ OBAMA, 2016.

- JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
- FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA
- JOSÉ MARCOS LUNARDELLI

políticas que estão no discurso, finalmente, podem cair no banco da Suprema Corte. Observa-se, em verdade, que há uma distância e esta é respeitada.

No último ano, quando houve a invasão do Capitólio, perguntei a uma ex-aluna, hoje professora na Universidade de Columbia, o que os ministros da Suprema Corte americana falaram sobre os eventos do Capitólio. Ela respondeu “nada, nenhum deles se manifestou”. Ao contrário do Brasil, onde os juízes se manifestaram como se manifestam sobre qualquer coisa.

Isso é um equívoco e atrapalha o desenvolvimento da justiça e da vida institucional, por falta de compreensão de seu papel, de compreensão teórica do papel da justiça e da teoria da justiça. Não que haja má-fé, mas parte do que é visto no Brasil seria mais bem resolvido se houvesse uma ideia mais clara da justiça como virtude e sentido do direito, e da justiça como aparelho de Estado. As faculdades de direito não colaboram para que essas ideias sejam claras, na minha opinião. Era isso, muito obrigado.

3. Da exposição de Fernando Rister de Sousa Lima

Primeiramente, ao pensar no Direito, Desenvolvimento e papel do Judiciário, o papel do Poder Judiciário é buscar o equilíbrio entre o ativismo e uma autocontenção. Isso porque o maior desafio da atualidade é buscar esse equilíbrio entre o protagonismo, uma certa forma de ativismo, e a autocontenção.

Ao olhar a história do Judiciário e a história da separação dos poderes, especialmente Montesquieu que escreveu em 1748 “o juiz é a boca da lei”⁶, tem-se um discurso retórico, algo distante do que é visto e vivenciado, ou até mesmo esperado. Mas esse foi um momento histórico importante, vindo da esteira, a partir de 1517, de uma reforma protestante. As reformas protestantes de Lutero, de Calvino e de tantos outros se desenvolveram abrindo espaço para a interpretação; abrindo margem para a história da humanidade, a história da Europa, a história ocidental. Dessa maneira, por assim dizer, os filhos do Ocidente quando olham para essa história conseguem perceber que a própria reforma protestante e outros fenômenos históricos e culturais abriram a forma de se pensar, de se interpretar.

6 MONTESQUIEU, 1996.

Atualmente, tem-se uma filosofia da linguagem, uma hermenêutica, uma forma de razão e de construir sentido, que se formou muito graças à reforma protestante. Se olhar para a Europa, para a Idade Média, no tocante à reforma protestante, há uma antiga estrutura canonizada de uma relação muito estrutural de poder. Dessa forma, uma relação estrutural de interpretação das escrituras sagradas, e Lutero quebra esse paradigma e começa, naquele momento, em que todos, de certa forma, começam a interpretar e a produzir conhecimento. Contestou-se a autoridade do papa e isso leva a guerras e perseguições entre protestantes e católicos.

No entanto, a ideia, de Montesquieu, de que o juiz era a boca da lei é algo que ficou no imaginário dos indivíduos. Se for feita uma análise de manuais ou de livros que são publicados, até os dias de hoje, pode-se perceber que o Judiciário está lá. Entretanto, isso é uma ingenuidade gigantesca e que não reflete a realidade do cotidiano do Poder Judiciário.

Por exemplo, se pensar em temas como fidelidade partidária, células-tronco, reservas indígenas, uso de algemas e, mais precisamente, a pandemia, houve situações em que até o Judiciário teve que arbitrar, como nos casos de quem poderia legislar, deixar pessoas usarem máscara ou não. Dessa forma, essa ideia de que o juiz é a boca da lei ou essa ideia da separação dos poderes como uma algema, em verdade, não existe. Se um dia existiu, está muito longe da realidade dos dias atuais. Entretanto, não significa que se pode tudo ou que se está no afã do desenvolvimento, no afã de potencializar políticas públicas e de buscar um plano de governo, como disse agora o Professor José Reinaldo. Isso não significa que se pode tudo, nem que seja o melhor do próprio Judiciário.

Se focarmos o modelo institucional atual, é possível verificar a estrutura da separação dos poderes. Entretanto, há um problema, já que a separação de poderes atual e brasileira corresponde a um modelo bem diferente da separação de poderes pensada e construída no modelo europeu. As palavras, apesar de idênticas, não possuem o mesmo fundamento histórico-social. Nesse sentido, o próprio Professor José Reinaldo possui, em diversos livros, essa contestação.

No modelo europeu, a separação dos poderes surge, propriamente, como fruto de uma revolução com uma mudança de ordem. As classes que estavam em baixos estratos da sociedade mudam de posição. No entanto, com medo dos abusos do poder, há uma revolução que coloca a separação dos poderes, justamente, como uma tentativa válida de evitar o abuso de poder. A separação dos poderes no modelo europeu é o modelo de abuso, isto é, de contenção de abuso de poder. Entretanto, não foi essa a realidade do Brasil.

- JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
- FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA
- JOSÉ MARCOS LUNARDELLI

No Brasil, quando foi implementada a separação dos poderes, não havia uma revolução, ou seja, não houve uma mudança de estrato social ou da pessoa que estava no poder, mas sim uma adoção dessa separação dos poderes para garantir uma estabilidade social. Dessa maneira, quem estava no poder, a elite, de certa forma ligada à produção rural, à política e, também, a elite militar continuou no poder, isto é, não houve uma troca. Foi adotado um modelo que é o modelo de origem revolucionária para controlar uma sociedade que não teve troca de poder.

Assim, foi importado um modelo importantíssimo, que faz parte do direito estrutural que, embora seja necessário, faz parte de um contexto muito diferente, ou seja, enquanto na Europa houve uma troca de estrato social, uma mudança de pessoas no nível social, no Brasil foi adotado o mesmo modelo, mas para manter quem estava em uma camada inferior no mesmo lugar e garantir que quem estava no poder continuasse no poder. Assim, foi adotado o mesmo instrumento, mas em contextos sociais distintos.

Essas disputas percorridas pelo Professor José Reinaldo estão ligadas anteriormente à Constituição, mas o momento próximo à Constituição já possuía um movimento pró-democracia, pró-liberdades, e que vai desembarcar na Assembleia Nacional Constituinte e na própria Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, traz um leque de direitos de uma promessa de igualdade nunca vista no ordenamento jurídico brasileiro, e você potencializa ali, você cria um Judiciário com garantias, que devem existir. Obviamente, é potencializado um poder, justamente para, em tese, efetivar aqueles direitos; ou seja, há uma mudança estrutural muito grande pós-constituição de 1988. Lógico que é uma mudança que já vinha sendo conduzida pelas relações sociais, pela política, pelas relações sociais de um modo geral, mas há uma ruptura trazida pela Constituição.

A Constituição coloca o Judiciário como um ator muito importante nesse novo jogo político. Esse novo ator vai ter que lutar não só para ser protagonista desses direitos ou para procurar defender esses direitos, mas também para tentar procurar uma autocontenção, ou seja, esse equilíbrio é fundamental para o jogo que ainda possui como regra a separação de poderes.

O problema é que muitas dessas demandas giraram, giram e futuramente girarão em torno das políticas públicas. As políticas públicas levam à discussão de um direito de distributividade, ou seja, quando se olha para as políticas públicas, se fala de distributividade e riquezas. Não de adjudicação, mas de distribuir recursos, distribuição de riquezas.

A distribuição de riquezas leva à necessidade de uma postura mais proativa dos magistrados e magistradas no Brasil, porquanto se está lidando com carência de políticas públicas ou de políticas públicas malfeitas. De repente há milhares, possivelmente milhões, de demandas judiciais pedindo uma distribuição desses recursos. Aí é que começa o problema da ideia do Judiciário em desenvolvimento.

A sociedade atual possui uma grande variedade de escolhas, há uma complexidade social gigantesca. E, justamente, é essa complexidade social que levará à possibilidade de cada indivíduo mudar suas próprias escolhas. Portanto, se o indivíduo possui muitas escolhas, poderá alterá-las e, assim, todas as vezes que o Judiciário é provocado por milhares de ações judiciais poderá haver uma mudança de sentido.

Esse evento, particularmente, gera uma enorme dissonância na jurisprudência, levando a uma enorme confusão, por vezes conceitual, de decisões muito conflitantes. Assim, há a variedade de escolhas e, conseqüentemente, a possibilidade de contingência social, que levará à mudança de sentido, isto é, a decisões conflitantes dentro do próprio tribunal que gerará, aos poucos, uma credibilidade do próprio sistema da justiça, o que, claramente, não é interessante para nenhum indivíduo.

O problema, entretanto, ocorre quando o indivíduo passa a obrigar os juízes a lidarem com o desenvolvimento, com políticas públicas ou com a distributividade, fenômeno este que é realidade na sociedade brasileira. Certamente, os juristas não foram preparados para isso, independentemente de boas ou más intenções, não houve uma formação teórica própria nesse sentido.

Ocorre que o ensino do direito no Brasil, já de longa data, vem se confundindo muito com a prática. A prática, a má prática advém de uma tendência que é fruto tanto da necessidade econômica quanto da própria cultura, que fazem os alunos irem muito cedo para os estágios e deixarem a teoria de lado. A sociedade brasileira possui uma formação de jovens que vão ser juízes e promotores com uma formação deficiente, porque não ficaram tempo suficiente em sala de aula, não ficaram o dia inteiro na universidade, pouco participaram de grupos de estudo e de pesquisa e, por consequência, pouco estudaram os conceitos. Dessa forma, o que se vê atualmente e, de maneira gradual, é a formação acadêmica sendo substituída pela formação profissional.

De fato, atualmente, se o foco for direcionado para a universidade em si, os alunos acabam por valorizar mais os chefes de seus estágios do que os próprios professores. Por exemplo, se for perguntado a um aluno de 4º ano da faculdade de direito quantas vezes ele consegue ver seu professor preferido, certamente é incomparável com as horas passadas

- JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
- FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA
- JOSÉ MARCOS LUNARDELLI

com o seu chefe de estágio; além disso, o próprio aluno, por vezes, não aparece em aula, porque está tentando cumprir prazos do escritório e ser efetivado. Tal fenômeno reflete, certamente, não apenas uma questão de fragilidade econômica, mas também cultural.

O autor Eugen Ehrlich, pouco conhecido no Brasil, teve um debate muito acalorado, e em certa medida até ofensivo, com Hans Kelsen, quando escreveu *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Ehrlich questionava a razão de um médico ou engenheiro terem muitos anos de formação teórica e apenas depois realizarem atividades práticas, enquanto o aluno de direito já procurava estágio em seu primeiro ano. Isso leva a uma carência, a um déficit teórico, já que essa busca de produzir conhecimento novo, de desenvolver ciência, de pensar, refletir e construir soluções, é feita dentro do escritório e não construída em termos teóricos. Por consequência, há um sério déficit na formação desses alunos, uma vez que eles se tornarão atores dentro da advocacia sem ter, propriamente, uma formação teórica que lhes dê condições necessárias para enfrentar problemas que assolam a ideia de desenvolvimento do Judiciário.

Essa pouca preocupação com a formação teórica leva o indivíduo a aprender apenas o necessário para o escritório e para o cliente desse escritório. Dessa maneira, o que é preciso para passar em um concurso, em termos teóricos, fica de lado e, com isso, constrói-se uma cultura de resolver problemas prontamente, de maneira que são resolvidos da maneira que chegam, perdendo-se, assim, a possibilidade de construir uma cultura interna no Judiciário, de construção de conteúdo ou de decisão que seja menos conflitante. Em uma sociedade como a atual, lamentavelmente, é dado espaço para oportunistas que querem aparecer e ganhar votos a partir de um litígio, isto é, de um conflito com o sistema de justiça. E para tanto, o melhor remédio talvez seja a maior preocupação com a construção teórica em termos de justiça.

4. Da moderação de José Marcos Lunardelli

Foi citado o conflito dos movimentos de moradia, e em 1987 e 1988 eu era membro do grupo de moradia do departamento jurídico da Faculdade de Direito, do Centro Acadêmico XI de Agosto, e este grupo quis propor uma ação em nome de uma associação de moradores contra a Companhia Metropolitana de Habitação (Cohab), discutindo o problema estrutural do reajuste dos contratos. E, ao consultar um professor de Processo Civil, ele disse prontamente: “Meu filho, esquece isso, onde passa um boi, não passa uma boiada, se você entrar com uma ação coletiva, você vai se dar muito mal”.

Eu nunca me esqueci desse comentário, porque estava muito empolgado com os novos instrumentos processuais, enquanto ele estava profundamente cético. Ele não integrava o grupo dos professores que defendiam as novas tendências no Processo Civil, como o Kazuo Watanabe, a Ada Grinover, o Cândido Rangel Dinamarco, que eram mais empolgados com a possibilidade de ações coletivas para resolver determinados tipos de conflito.

Isso é mencionado, porque muitos anos depois, já na magistratura, na época eu era estudante do 4º ou 5º ano da faculdade, voltei a me defrontar com esses conflitos envolvendo problemas de financiamento habitacional. Eram conflitos intermináveis e mais um problema de descasamento no processo de financiamento entre o saldo devedor e correções das parcelas, que sempre eram tratados como conflitos comutativos entre credor e devedor. Era um conflito comutativo, mas com uma base profundamente distributiva, já que havia um problema estrutural no sistema.

Esse problema só foi resolvido nos anos 2000, quando os grandes agentes resolveram repactuar esses conflitos. O credor percebeu que a garantia que possuía era infinitamente inferior ao saldo devedor, por isso a dívida era repactuada com termos naquela garantia, levando em consideração o valor de mercado do bem, já que retomar e alienar o bem seria mais demorado, lento e complexo do que repactuá-lo com o mutuário. Havia, assim, um conflito eternizado na justiça, já que valores eram depositados com uma liminar que impedia a execução.

No entanto, o Judiciário teve um papel de criar uma espécie de empate e, assim, o conflito não foi resolvido, mas sim empatado. De fato, o conflito só veio a ser resolvido quando as partes conseguiram, por meio de novas bases econômicas de reestruturação do sistema, equacionar por acordo.

Essa pequena história possui relação com a exposição do Professor Fernando, já que, se naquela época o ingresso de ações coletivas, ou seja, de ações que tragam conflitos distributivos e plurilaterais para o Judiciário era uma exceção, nos dias atuais se tornou algo quase frequente; hoje há litígios estruturais. No ENFAM, há uma disciplina para pensar como atuar perante esses litígios estruturais e, a partir disso, pode-se perceber a inadequação do modelo adversarial, uma sentença do juiz para resolver um conflito estrutural. Por vezes é resolvido parcialmente, mas fica uma série de outros problemas para serem consertados na fase de execução, já que aquela sentença do processo de conhecimento é absolutamente insuficiente.

- JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
- FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA
- JOSÉ MARCOS LUNARDELLI

Dessa forma, há uma teoria da justiça que reconhece a natureza plurilateral, para utilizar a expressão de Tullio Ascarelli, e distributiva desses conflitos – o que já é difícil, uma vez que muitos magistrados são treinados para resolver conflitos comutativos, clássicos ou então aplicar a lei penal e, mesmo mal treinados, criar problemas inclusive na resolução desses conflitos bilaterais e individuais. Assim, tal evento levanta a seguinte questão: qual seria o papel para o Judiciário nesses litígios estruturais? Haveria um papel ou os indivíduos deveriam adotar uma postura de autocontenção para que volte ao parlamento? Tanto no parlamento como no Executivo e em outras arenas há uma dificuldade muito grande de vocalização desses conflitos; eles acabam vindo para o Judiciário por falta de espaço de diálogo, de construção de decisão em outros setores, e o Judiciário aceita. Poderia até recusar e ter uma postura de autocontenção extremamente conservadora, mas não faz isso. A tendência dos juízes é querer resolver todos os conflitos que existem na sociedade brasileira, sem ter condições para isso; alguns fazem até uns esforços, são profundamente criativos, outros se denominam ativistas, mas, mesmo tendo por base a teoria da justiça e reconhecendo esse caráter distributivo do conflito, haveria um papel do Judiciário para cumprir a resolução desse tipo de demandas, que hoje são chamadas de litígios estruturais?

De outra forma, Antonio Carlos Sales deve ter se lembrado desse grupo de moradia, já que ele foi um dos partícipes nos anos 1980 quando estava na faculdade mencionada.

5. Das conclusões de José Reinaldo de Lima Lopes

Os indivíduos são treinados para conflitos comutativos. E o são erradamente, uma vez que uma falência não é um conflito comutativo, da mesma maneira que uma disputa no consórcio não é um conflito comutativo e uma disputa de casamento não é um conflito comutativo. Eventualmente, há duas partes, mas o conflito, em si não, é comutativo – na verdade, é como uma sociedade em que houvesse dois sócios apenas. O conflito é distributivo, consórcio, condomínio e tal, mas os cursos não chamam a atenção para isso. É por isso que mesmo na lei de falência ou nos processos de falência é possível ver quantos equívocos são cometidos em razão da falta de consciência de que a falência é um processo distributivo e não comutativo. Nesse sentido, a lei de falência é reformada frequentemente, porque os juízes continuam decidindo mal em razão da falta de uma formação ou de uma formação já dominada por uma forma de conflito.

Em segundo lugar, este é um ambiente de discussão honesta e crítica. O Professor Fernando usou uma expressão que precisa ser analisada e empregada com muita cautela. Ao dizer que o Judiciário é um ator, deve-se ter em mente que é um ator, mas não um promotor e, por essa razão, ter um indivíduo com iniciativa num sistema político qualquer ou que arbitre conflitos a que ele não dá origem e nos quais ele não tem interesse, na minha opinião é fundamental. Essa ideia de juiz é uma ideia clássica, não histórica.

Pode-se contestar dizendo que, por exemplo, um fato foi descoberto na matemática e, portanto, foi historicamente descoberto. Mas, não se deve deixar de lembrar que foi descoberto a partir de instrumentos universais do pensamento matemático e essa mesma ideia vale para o direito. Se o juiz não pode ter um papel ativo, realmente não poderá o ter, pois passará a ser parte do conflito, isto é, passa a ser uma das partes.

A ideia da neutralidade e da imparcialidade de ser alguém que não tenha interesse no conflito é fundamental e é justamente para isso que existem as regras. Por exemplo, no Código de Processo Civil, essas regras são tratadas, há muitos séculos, como regras de direito natural – regras de suspeição e impedimento. Se o juiz tem alguma relação com alguma das partes ou alguma relação com o interesse de uma das partes, deve se afastar. Os antigos diziam: “isso é de direito natural”. E no caso de Portugal, poderia impugnar até os desembargadores da Casa da Suplicação, que era o maior tribunal; poderia impugnar os desembargadores da Casa de Suplicação e do Desembargo do Passo, chegar ao rei e falar: “Eu tenho direito a um juiz isento e imparcial”.

A ideia segue essa linha. Dessa forma, realmente o Judiciário teria esse papel, que não deveria se confundir com o papel de promotor desses direitos e dessas políticas. O segundo ponto é que esses direitos e essas políticas não deveriam ser entregues a uma parte só. Eu acho que esse é um dos erros que deve ter acontecido no nosso sistema, então o Ministério Público se apresenta como representante desses direitos.

Nos Estados Unidos, houve um caso famosíssimo no Colorado, em que um grupo de negros, na época, pediu na justiça a dessegregação da escola. No sistema norte-americano, existe uma fase na ação civil pública em que o juiz abre para os outros participarem, a fim de verificar se aquele que está apresentando o caso representa adequadamente o universo – mas ele pode não representar. Foi, justamente, o que aconteceu nesse caso do Colorado, porque vieram os chicanos, afirmando que não são apenas os negros que possuem direito à dessegregação da escola, já que também os chicanos vivem numa situação segregada. Depois vieram os indígenas, afirmando que também são segregados no Colorado. Dessa maneira, o juiz chegou à conclusão de que aquele

- JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
- FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA
- JOSÉ MARCOS LUNARDELLI

primeiro grupo que deu início à ação não representava todos e, portanto, não poderia decidir a questão apenas com aqueles representantes. O caso foi transformado quase que em um parlamento, em que se deve ouvir todos, mas é claro que nos Estados Unidos são levadas mais a sério as questões de litispendência, conexão e de prevenção. Assim, iria tratar do caso da segregação das escolas apenas no distrito Colorado.

Em razão disso, eu sou cético pela prática que eu vejo. E, finalmente, os textos que eu produzi já nos anos 1990 diziam que o Judiciário, dado que àquela altura o Brasil tinha impedido a participação e a representação, tinha se convertido no canal em que se dava visibilidade a essas questões, mas eu, particularmente, não acreditava que já naquela época havia um canal que resolveria essas instituições.

O exemplo dado por você confirma a minha tese. Você vê que a solução realmente pode ser encontrada quando há um empenho do Executivo, do Legislativo, que são os poderes capazes de fazer isso. Eu penso que esses poderes podem até serem levados em consideração, mas é necessário ter capacidade de colocar uma política pública no lugar.

Uma de minhas alunas, Carolina Marinho, fez um belíssimo trabalho sobre a judicialização da educação em São Paulo. Ela mostrava exatamente como, naquela altura, os juízes estavam querendo colocar uma política de educação na cidade de São Paulo, substituindo-se ao prefeito e assim por diante, mas só tiveram sucesso quando eles se deram conta do que eles tinham que fazer, que era muito mais limitado e possível.

Soube, um tempo atrás, de uma notícia curiosíssima: uma juíza aqui em São Paulo, Vara da Fazenda Pública, achava que tinha que redesenhar a política de habitação em São Paulo e, para isso, marcou uma audiência convocando praticamente todo o secretariado do prefeito para passar uma tarde discutindo.

Isso não é o papel de juiz, paralisaria o andamento das secretarias para discutir a política. Eu, particularmente, penso que ela não tem preparo, assim como nenhum dos juristas possui o preparo para discutir essas questões, já que possuem o preparo jurídico. Assim, foi bem apontado, pode-se suspender alguma coisa e ter o poder de veto. Se não seguir o processo legal, formalmente nem substancialmente, poderá interferir nesses termos, mas não colocar no lugar de outra coisa.

Isso está ocorrendo no Brasil. O Ministério Público, de repente, se apresenta como o representante da sociedade civil. No entanto, a sociedade civil, como dizia Hegel⁷, é o campo das contradições e não o campo da unanimidade. Se o povo for

7 HEGEL, 1990, p. 178.

empiricamente todos os que habitam o território brasileiro, será um critério, mas se for o conjunto dos interesses, será muito diversificado. Esses fatos me tornam um tanto cético. Não cético a ponto de dizer que não pode ser apresentado, porque eu acho que a apresentação dá visibilidade e cria eventualmente a necessidade de uma outra solução.

Foram reunidos vários desses meus textos em um livro chamado *Direitos Sociais, Teoria e Prática*, em que aparecem as minhas reflexões dos anos 1990, final dos anos 1980. Um de meus alunos falou: “Professor, tem que reunir isso, está tudo espalhado”. Eu concordei, então publicamos na forma de um livro já tem alguns anos. Um outro livro interessante é a minha *História da justiça e do processo no Brasil do século XIX*. Ora, aquela história mostra a espécie de conflito que havia no sistema brasileiro, na transição da colônia para o Império, e há realmente uma repugnância generalizada ao juiz do rei. Dessa forma, a criação do Judiciário brasileiro no Império é uma criação de Judiciário que fosse democrático, em razão do júri, e que fosse liberal, em razão da própria Constituição. E é uma história muito difícil e demorada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

DIREITO, Desenvolvimento e Impacto das Decisões Judiciais. Publicado pelo canal da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). 2022. 1 vídeo (188 min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=b00imRAXxkA&list=PLa640FVOEaOi0nN3Yc57-WLDK6jE-3ZJ43&index=2>. Acesso em: 12 out. 2022.

EHRlich, E. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Tradução René Ernani Gertz. Brasília: Editora da UnB, 1986. Disponível em: <https://fiquesursis.files.wordpress.com/2011/09/euger-ehrlich-fundamentos-da-sociologia-do-direito-1986.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2022.

ESTADOS Unidos da América. Suprema Corte. *Keyes v. School District No. 1, Denver, Colorado*, 1973.

HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução O. Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

LOPES, J. R. L. *Direitos Sociais, Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2006.

LOPES, J. R. L. *História da justiça e do processo no Brasil do século XIX*. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

MONTESQUIEU, C. L. S. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OBAMA, B. *The State of the Union Address*. Capitólio. Washington, DC. 12 jan. 2016. Disponível em: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/01/12/remarks-president-barack-obama-%E2%80%93-prepared-delivery-state-union-address/>. Acesso em: 12 out. 2022.