

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

MARCELO VARGAS PINTO

**A CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA À LUZ DE JOÃO BAPTISTA
HERKENHOFF: O DIREITO PARA ALÉM DA LEGALIDADE**

CRICIUMA

2014

MARCELO VARGAS PINTO

**A CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA À LUZ DE JOÃO BAPTISTA
HERKENHOFF: O DIREITO PARA ALÉM DA LEGALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Caetano Cherobin

CRICIUMA

2014

MARCELO VARGAS PINTO

**A CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA À LUZ DE JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF:
O DIREITO PARA ALÉM DA LEGALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Filosofia Jurídica.

Criciúma, 12 de Novembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rafael Caetano Cherobin – Doutor – Orientador – (UNESC)

Prof. Maurício da Cunha Savino Filó – Mestre – (UNESC)

Prof. Carlos dos Passos Paulo Matias – Mestre – (UNESC)

Dedico este trabalho ao meu pai, Luiz Cândido pelo apoio incondicional e ilimitado e à minha mãe Márcia por ter sido minha principal influência jurídica desde quando era mais jovem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, Luiz Cândido e Márcia pelo apoio que superou dificuldades financeiras, falta de tempo e as demais inúmeras barreiras que surgiram nestes cinco anos de graduação, sendo que, graças aos esforços destes meus pais nunca me impediram de frequentar as aulas por qualquer motivo, sempre tendo o apoio ilimitado e incondicional de ambos.

Principalmente à minha mãe advogada, por ter sido minha principal influência na área jurídica e permanecendo até os dias de hoje sanando muitas das minhas dúvidas, inclusive aquelas que não possuem caráter jurídico.

Da mesma forma, agradeço a todos os professores, não sendo possível enumerar cada um deles, mas podendo afirmar com muita tranquilidade de que cada um deles possui uma parcela significativa, não apenas em minha pessoa formada enquanto bacharel em direito, mas sim como cidadão. Professores estes que sempre me impulsionaram a me aprimorar cada vez mais nos estudos e, além de ministrar os conteúdos necessários das grades curriculares, ensinaram-me valores éticos e morais referentes às profissões jurídicas os quais levarei para a minha vida eternamente.

Aos amigos que da mesma forma, não posso enumerá-los, mas devo lhes agradecer pela compreensão de muitas vezes que lhes deixei de dar atenção em virtude dos compromissos acadêmicos, e principalmente pelo apoio que recebi de todos estes amigos nos momentos deste ano em que abdiquei de suas companhias para estudar para o Exame da Ordem, ainda posso me recordar de referências de incentivo que muitos fizeram a mim como “advogado da galera”.

Agradecimentos também a todos os demais que, apesar de não citados expressamente, contribuíram para minha formação pessoal e profissional.

“Direito, na acepção de justo, é o bem devido por justiça ou a conformidade com as exigências da justiça. Direito, nesse significado, é a ideia ou o ideal de justiça, é o Direito legítimo.”

João Baptista Herkenhoff

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar, primeiramente, alguns problemas judiciários de diversas naturezas que se apresentam diariamente não somente nos órgãos da Justiça brasileira como também na vida de todos os cidadãos, aqui compreendidos como os jurisdicionados, e os reflexos que estes mesmos problemas judiciários apresentam para além dos juízos e tribunais de todo o País. Através do método bibliográfico, onde se pode extrair as experiências e constatações presentes nas obras do autor João Baptista Herkenhoff, é possível obter principalmente uma compreensão mais completa e adequada sobre os referidos problemas que afetam o Poder Judiciário tal como uma proposta para as resoluções dos mesmos. Na presente monografia, serão compreendidos tais problemas e será possível verificar que, em sua essência, tais problemas encontram amparo na legalidade, mas também podem ser solucionados através da própria legalidade desde que o intérprete da lei se mostre hábil para manuseá-la de forma que reduza as consequências de todo e qualquer eventual problema judiciário ou social que se apresente.

Palavras-chave: Reforma judiciária. Legalidade. Poder Judiciário. Atuação judicial. Atividade jurisdicional.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
arts.	artigos
CPC	Código de Processo Civil
Dec.	Decreto
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
PDU	Plano Diretor Urbano
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – A ATIVIDADE JURISDICIONAL E DEMAIS ELEMENTOS DO PODER JUDICIÁRIO	10
2.1 ASPECTOS LEGAIS E CONCEITOS DE LEI	10
2.1.1 Concepções e finalidade da lei	12
2.2 ASPECTOS META JURÍDICOS	13
2.3 O OFÍCIO DO MAGISTRADO	16
2.4 SOBRE A NECESSIDADE DE UMA NOVA MAGISTRATURA.....	17
2.5 UMA MAGISTRATURA COM MAIOR ENTENDIMENTO SOBRE A FILOSOFIA JURÍDICA	19
3 DOS PROBLEMAS JUDICIÁRIOS.....	22
3.1 NOÇÕES INICIAIS.....	22
3.2 ASPECTOS CORPORATIVISTAS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO	22
3.3 ASPECTOS POLÍTICOS E IDEOLÓGICOS DO MAGISTRADO	28
4 A JUSTIÇA DE JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF.....	33
4.1 COMO MODELO IDEAL DE JUSTIÇA: NOÇÕES INICIAIS, CAUSAS E EFEITOS.....	33
4.2 HERKENHOFF E O DIREITO ALTERNATIVO	39
4.3 HERKENHOFF E O ABSOLUTISMO DAS DECISÕES DOS JUÍZES.....	41
4.4 POR QUE NÃO SE DEVE SEGUIR A LEI DE FORMA ABSOLUTA E ESTRITA?.....	42
4.4.1 A “culpa” da legalidade na legitimação das injustiças.....	45
4.5 POR QUE SE FAZER O POSSÍVEL PARA EVITAR A “PETRIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA”?	46
4.6. DA NECESSIDADE DE SE DESCONSTITUIR A JUSTIÇA ELITISTA E APLICAR A JUSTIÇA A PARTIR DOS INTERESSES POPULARES	48
4.7 A NECESSIDADE DE SE PROMOVER UMA FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	49
4.8 UM EXEMPLO DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA IDEALIZADA POR HERKENHOFF	50
5 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, o sistema jurídico brasileiro encontra-se em uma fase de descontentamento por parte da população, sendo que os cidadãos cada vez mais se veem na necessidade e no direito de exigir das autoridades o cumprimento e a efetivação não apenas de direitos fundamentais básicos como saúde e educação, mas acima de tudo de verem concretizada a Justiça.

Assim, será discutido e exposto no capítulo inicial a descrição do Poder Judiciário assim como da magistratura em si, abordando-se seus aspectos legais e objetivos e também seus aspectos meta jurídicos e subjetivos.

Na mesma oportunidade serão apontados pontos de mudança necessários à magistratura e ao Poder Judiciário nacional ao juiz que possui como objetivo concretizar a Justiça que Herkenhoff idealizou.

Em seguida, o capítulo segundo exporá e detalhará os problemas judiciários, aqui compreendidos não somente como aqueles problemas que afetam exclusivamente o Poder Judiciário, mas sim os problemas sociais em geral como a desigualdade social, que afetam – além dos demais poderes federativos - o Poder Judiciário, e em seguida, serão vistos os problemas exclusivos do Poder Judiciário que dizem respeito ao exercício da magistratura e à administração do Judiciário.

Por fim, no capítulo final, será vista a tese de Herkenhoff e seus fundamentos, os motivos e justificativas para tais fundamentos, onde – de um modo geral – se configura o “dever ser” do Poder Judiciário e dos juízes, principalmente aqueles que pretendem a concretização da Justiça idealizada pelo autor, e as razões para tal, contrapostas em vista dos problemas sociais e judiciários.

Na mesma oportunidade, será apresentado ao final, o exemplo mais categórico da aplicação da Justiça que o autor idealiza, com base em um julgamento de processo criminal por parte do autor, onde expõe seus motivos não necessariamente jurídicos, para determinar a sentença.

2 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – A ATIVIDADE JURISDICIONAL E DEMAIS ELEMENTOS DO PODER JUDICIÁRIO

2.1 ASPECTOS LEGAIS E CONCEITOS DE LEI

Os aspectos legais, aqui podendo ser compreendidos como legislação ou legalidade, em um primeiro momento, quando se aborda o poder judiciário têm apenas o objetivo de delimitar competências jurisdicionais, realizando-se uma parte exclusivamente descritiva, somente: busca-se, neste momento, as fontes de direito relacionadas ao poder judiciário, observando, tão somente a fonte legal, ou seja, busca-se, aqui, por características descritivas do mesmo poder judiciário, embasando-se tão somente em textos legais.

Quando se emite o comando de mencionar os “aspectos legais” dentro do assunto “poder judiciário”, é importante salientar que tais aspectos compreendem a legislação como um todo, ou seja, todo e qualquer texto normativo que se submeteu a um processo formal de elaboração, realizado por parlamentares de quaisquer entes federativos dotados de competência para tal, ou seja, portadores do dito poder legiferante, os quais, no âmbito da República Federativa Brasileira, obedecem ao processo legislativo previsto na Constituição da República, tal como os demais comandos normativos que retiraram a competência para legislar desta mesma Constituição.

O Poder Judiciário Brasileiro – reconhecido como poder independente e harmônico (art. 2º da Constituição Federal de 1988) - encontra suas fontes legais, primeiramente, na Constituição Federal de 1988, porém trata-se, sobretudo de normas e dispositivos meramente burocráticos, ou seja, de organização e administração dos órgãos judiciários. Tem seu conteúdo nos arts. 92 e seguintes, descrevendo aspectos como a composição, competências, princípios norteadores e procedimentos dos tribunais e juízos nacionais (BRASIL, 1988).

Como por exemplo, temos no Código de Processo Civil (CPC), o qual em seu art. 126 nos dá uma ideia semelhante ao que está sendo abordado, o qual nos diz que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

E, ainda, conforme Calamandrei (1995, p.185) “[...] não basta que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como são escritas; seria necessário que conhecessem igualmente a sociedade em que essas leis devem viver”.

No entanto, no tema que nos interessa, é carente a Carta Magna no que tange os modelos de Justiça a serem seguidos pelos magistrados, assim como inexistem garantias ao magistrado de não dever vincular-se à vontade do texto legal.

Porém, esta garantia de o juiz poder escolher por tornar mais dinâmica aplicação já se encontra garantida na própria lei, no caso, conforme o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, quando se diz que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” (BRASIL, 1942).

Dispositivo legal que apresenta maior relevância e interesse já fora citado antes, no caso o art. 5º da Lei de Introdução ao Ordenamento Jurídico Brasileiro:

Não especificando as fronteiras dos fins sociais a que se destina a lei, deixa a critério do juiz o exame da questão. Mas qual espada de Dâmoles, pendente sobre a cabeça do julgador, estão os princípios gerais do Direito, garantidores do status quo e das vigas mestras do regime. Teoricamente, o juiz tem liberdade de pesquisar os fins sociais da lei, perquirindo, como filósofo e como sociólogo, a verdadeira ratio legis. No entanto, ao fazê-lo, há ele de esbarrar, fatalmente com os institutos jurídicos preestabelecidos (e que não podem ser por ele mudados), que têm ser seguidos e mantidos, sob pena de ser apontado como uma ameaça à segurança nacional (CARREIRO, 1976, p. 266).

Diferente de Carreiro, que demonstra uma visão pessimista e conservador no que tange à abstração estabelecida pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Ordenamento Jurídico Brasileiro e a subjetividade do conceito em questão, Herkenhoff mostra-se mais otimista ao interpretar o mesmo dispositivo, de forma a ver o mesmo como uma ferramenta judicial a qual – aparentemente, se mostra como único dispositivo legal capaz de mencionar o bem comum como prioridade do magistrado, o qual Herkenhoff demonstra tanta devoção:

De independência e coragem os juízes sempre precisarão, caso queiram ser úteis ao povo, e não dóceis instrumentos da dominação de poucos. Independentes e corajosos, ao aplicarem teleologicamente o Direito, tendo em vista as exigências da finalidade social e do bem comum, os juízes não poderão obscurecer que o bem comum é, até etimologicamente, felicidade coletiva, bem geral, e nunca o individualismo, a opressão, que uma lei particular ou artigo de lei consagrar. (HERKENHOFF, 2004, p.1).

Em suma, os demais textos normativos brasileiros, tais como os códigos vigentes como o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal descrevem – ainda que de alguma forma – o poder judiciário brasileiro, retirando para tal sua competência da Constituição de 1988, criando-se, do ponto de vista imaginário e idealizador, um conjunto de órgãos jurisdicionais tendentes a “fazer justiça”.

2.1.1 Concepções e finalidade da lei

Ainda, dentro do âmbito dos aspectos legais, cumpre salientar, no conceito de Herkenhoff (1986, p.6), o que é a lei quando abordam-se os aspectos legais:

A lei é uma forma de comunicação humana. Forma imperativa de comunicação, destinada a regular a conduta de um grupo social e emanada de um homem, de um grupo de homens, de uma classe, ou da totalidade do grupo social, para traduzir os interesses absolutos da classe minoritária dominante, numa sociedade de opressão ilimitada, ou para expressar soluções de compromisso, numa sociedade onde os domina dos tenham possibilidade de fazer valer sua força, ou para estabelecer a igualdade e o direito de todos, numa sociedade que tenha superado, ou esteja em vias de superar, qualquer forma de dominação e exploração.

Obviamente, o autor já expõe seu viés de repulsa à legalidade, elaborando assim um conceito crítico de lei o qual aborda a própria lei, suas funções típicas (comunicação humana e estatal) e atípicas (favorecimento de elites e controle social), analisando-se o contexto com base na realidade atual para a utilidade da lei, vendo esta como um instrumento de dominação.

Diferentemente de Herkenhoff, Kelsen (2000, p.51) em sua realidade europeia de um conceito antigo, vê que “[...] o Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma” de forma a garantir a legitimidade somente ao que se encontra amparado na legalidade, sendo que este pressupõe e prescinde daquele, capaz de colocar a própria lei como sinônimo do próprio direito, traduzindo a ideia de que o direito só pode ser criado através da legalidade.

Já, os autores brasileiros, em um contexto mais recente, como Poletti (2000, p.62), em sua obra “O controle de constitucionalidade das leis” reafirma tais dizeres afirmando que o: "sistema romanístico coloca sua ênfase na dogmática

jurídica, quer ela se manifeste na norma positivada (a lei), quer ela aflore da Doutrina e se consagre na evolução histórica do Direito".

Porém, em aspectos legais, é de importância tremenda afirmar que eles, respeitosamente falando, não nos assistem, visto que por esta perspectiva de justiça adotada por João Baptista Herkenhoff, o qual considera que não se constrói o Direito nem se concretiza a própria Justiça tendo como ponto principal de aplicação o texto da lei.

Fragmento este, de sua obra "Bem comum e interpretação da lei", que sintetiza com clareza seu pensamento que não é exclusivo deste autor no Brasil, mas também adotado por Nalini (1996, p.185), conforme:

Conhecer leis e códigos auxilia, mas não torna ninguém um juiz. Reclama-se-lhe visão enciclopédica. Não para memorizar conhecimentos, mas para aprender a sentir. Não para doutrinar, mas para repartir. Não para ditar regras, mas para intuir onde se encontra o segredo da verdadeira Justiça.

Sendo assim, o juiz deve levar em conta os aspectos legais, ou seja, os dispositivos de lei, – por óbvio – em seus julgamentos, porém, não deve interpretá-los de forma como se fosse à única fonte de direito possível e nem se utilizar de sua aplicação ao caso quando esta se mostrar em desfavor do Direito. Estes aspectos legais podem ser vistos como contrários ao Direito quando – ainda que estejam dentro da legalidade – sua aplicação ao caso concreto pode não atender aos fins sociais que ela se destina e nem observar as exigências do bem comum (Art. 5º do Dec. Lei 4.657/42) sendo então a criatividade e o dinamismo do juiz diante do caso, considerados um instrumento para que concretize a Justiça adotada por Herkenhoff.

2.2 ASPECTOS META JURÍDICOS

Agora, no estudo dos elementos meta jurídicos no âmbito da atuação do magistrado, estes vem mostrar, de um certo modo, como a legalidade (ou os aspectos legais) não podem ser vistos de forma absoluta e única no que diz respeito ao Poder Judiciário, e assim, interessa salientar por que seriam de considerável importância quando se trata em concretizar a Justiça no modelo de Herkenhoff (1997, p.11):

O novo salto que penso deva ser dado, corajosamente, pelo aplicador do Direito, sobretudo pelo juiz, impõe que este não se enclausure na sua ciência, causadora de rigidez perceptiva, mas que se abra às outras ciências, à economia, à Política, à Sociologia, à Psicologia, e que se deixe tocar pela influência das correntes fenomenológica e existencialista, bem como das escolas sociológicas.

Ora, vez que trabalhamos com os aspectos metajurídicos, caímos exatamente no que nos diz Herkenhoff que o juiz deve abusar de sua criatividade e ter, antes de tudo, olhos extraprocessuais, como nos presenteia em sua obra “Lei, Direito, Ética”. A aplicação do Direito envolve aspectos éticos e políticos que o saber jurídico sozinho não é capaz de enfrentar. Por este motivo, o debate do tema não se limita àqueles que integram o mundo jurídico.

Assim como os aspectos legais podem ser lidos como “legislação”, “legalidade” ou até mesmo “fonte de direito aplicado ao poder judiciário”, a melhor maneira para se exemplificar o termo “aspectos meta jurídicos” parece ser tratá-los como um sinônimo de “aspectos subjetivos do poder judiciário”.

O aspecto subjetivo primário e essencial à judicatura, dentro de uma regra geral, é a capacidade interpretativa do magistrado, ou seja, de ser capaz de extrair a essência, o imperativo de um dispositivo legal, ou seja, aplicar ou deixar de aplicar a vontade do legislador aos atos judiciais, sendo que esta vontade estaria sendo interpretada como o sinônimo do que é “certo” ou “justo”.

A interpretação da norma deve levar em conta as suas finalidades, os seus objetivos e a sua vocação para resolver problemas que precisam de efetiva solução. A postura do julgador, ao dizer qual a regra aplicável ao caso concreto, é mais séria e jurídica quando inicia pela busca no sistema jurídico de normas aptas à solução da contenda. Após essa etapa escolhe-se dentre as regras qual aquela que realmente se ajusta à situação apresentada. Assim, a interpretação parte da lei e pressupõe a boa-vontade do intérprete para com ela, pois como diz PONTES DE MIRANDA, "com a antipatia não se interpreta — ataca-se; porque interpretar é pôr-se do lado do que se interpreta". (MOTTA, 2002, p1).

Entre os meios de exemplificação (e também aplicação) dos aspectos meta jurídicos ao entendimento do magistrado está a oralidade, ou seja, o juiz adepto desta matriz deve priorizar o diálogo com o seu jurisdicionado, uma vez que no contato pelos autos, através das qualificações das partes, não é possível ao juiz enxergar elementos que possam determinar o julgamento da demanda:

A Justiça não lida com objetos, mas com pessoas, dramas humanos, dores. O contato das partes com o juiz é indispensável, principalmente nos casos das pessoas mais humildes que ficam aterrorizadas com a engrenagem da Justiça. Kafka desenhou com genialidade o sufocamento do ser humano pelas artimanhas do processo judicial. O apelo de ser escutado é um atributo inerente à condição humana. Tratar as partes com autoritarismo ou descortesia é uma brutalidade inaceitável. (HERKENHOFF, 2013, p.1).

E o autor conta-nos suas vivências profissionais: - quantas vezes, na minha vida de juiz, a face do acusado revelou-me o imponderável, a lágrima que rolou espontânea indicou-me o caminho. Não se trata de desprezar os autos, mas de ir além dos autos.

As partes, sobretudo as pessoas humildes ou em grande aflição, têm necessidade psicológica de falar com o juiz. Não importa se, nesse contato pessoal, alguma coisa de relevante é, ou não, acrescentada. Se algum ponto novo é colocado, cabe ao juiz orientar: "diga isso a seu advogado, para que conste dos autos". Se nada de relevante foi dito, o juiz terá proporcionado o direito à palavra, ao Verbo, que é o princípio de tudo, na interpretação cósmica do Gênesis. A Justiça adquire rosto humano quando o juiz tem ouvidos para ouvir o clamor dos pleiteantes. (HERKENHOFF, 2014, p.1)

Os aspectos metajurídicos são, por excelência, um dos prismas, um dos alicerces da desvinculação judicial excessiva ao texto da lei, pelo fato que nem sempre esta é homogênea (ou seja, não age de formal igual para todos) e sua aplicação não pode ser uniforme e equitativa em todo o território nacional, visto que este é naturalmente heterogêneo, ou seja, seus aspectos externos, aqui também os meta jurídicos são diversos, mudam de local para local, cabendo ao juiz identificá-los antes de aplicar a lei.

Quando há um atrito entre a Lei e o Direito, têm-se uma questão ética, um choque de valores e não uma questão meramente jurídica e muito menos uma questão apenas legal. As decisões valorativas não estão no domínio da lei, estão no domínio da Ética. Entre dois valores, - a Ética nos guia, - devemos decidir pelo valor de maior hierarquia. Entre o culto da lei e o culto do Direito, o valor de maior hierarquia é o culto do Direito (HERKENHOFF, 2014, p.1)

Neste contexto, o autor salienta: "A Justiça adquire rosto humano quando o juiz tem ouvidos para ouvir o clamor dos pleiteantes" (HERKENHOFF, op. cit). Esta é a base, a gênese da matriz Herkenhoffiana, assim como a fundamentação para que sejam os aspectos metajurídicos analisados em plano de valor hierarquicamente superior aos diplomas legais.

Assim, os aspectos meta jurídicos ou subjetivos, são inúmeros por excelência, pois cada indivíduo – ao exercer a função de intérprete jurídico – emanará de si um comando subjetivo diferente, sendo moldadas pelas individualidades de cada pessoa de acordo com suas tendências, características culturais, filosóficas e demais aspectos determinantes.

2.3 O OFÍCIO DO MAGISTRADO

Constitucionalmente é garantido aos magistrados o poder jurisdicional, ou seja, são portadores do poder de julgar, de aplicar o direito correspondente à demanda, ao caso concreto. Poder Jurisdicional este que – para que possa cumprir com segurança a sua função - é dotada de certas garantias que lhe são inerentes como a indelegabilidade da função de julgar, a aderência ao território, a inafastabilidade do controle jurisdicional e entre outros.

Mas antes, ressaltemos um ponto já discutido: Será a magistratura apenas mais um cargo, um ofício? Ou seria uma atividade que transcende às características jurídicas e laborais e tende a uma função muito maior que isso?

Declina-se para o segundo questionamento: o ofício do magistrado é muito maior que o simples fato de julgar processos, prolatar sentenças e exercer o poder jurisdicional.

O juiz enquanto julgador exerce função de responsabilidade imensa por natureza, e estaimensidão se torna mais densa e concreta na medida em que o juiz busca de fato a concretização da Justiça, pois, para que o faça, o juiz deverá “driblar” a lei que distancia o caso concreto do Direito e da Justiça, de forma que ignore o medo de – por agir desta forma – cair na ilegalidade, sendo que as leis não são puramente dotadas do sentido justo, podendo ser injustas, pois e deve o juiz “Nunca julgar contra a lei, mas sim julgar interpretando a lei com razoabilidade” e ainda “Uma lei ruim pode ser melhor interpretada por um bom juiz; este é um ponto fundamental: não há razões para se preocupar com uma lei má se ela for aplicada por um bom juiz.” (MENEZES, 2014, p. 1).

Sintetizando os dizeres de Menezes (2014), o bom magistrado não encontrará na lei uma barreira para o direito, não verá a legalidade como uma corrente que algema a Justiça, pois terá em seu íntimo a capacidade de interpretar a lei de forma diversa daquela que trará os piores efeitos e consequências ao

sentimento de justiça: o bom juiz não permitirá a ocorrência de uma injustiça (que ocorre no mundo fático) com base numa suposta justiça amparada pela legalidade (presente no mundo jurídico).

Trata-se de um ofício o qual se resolve um litígio, a lide de uma pessoa, lides estas que possuem naturezas e importâncias que ao jurisdicionado ultrapassam até mesmo os entendimentos dos magistrados, não podendo, pois, se resumirem meramente a um caderno processual.

O bom intérprete busca encontrar caminhos para harmonizar a roupagem da lei com o bem comum e as exigências de Justiça que devem ser seu escudo. Jamais chegará a conclusão de que a lei o obriga a ser injusto. (HERKENHOFF. 2014, p.1)

Eis apenas mais uma das razões pela qual, ressaltamos, que a vinculação excessiva do juiz ao texto da lei, o legalismo, ou seja, o juiz que só consegue criar o direito através da lei, e muitas vezes os sinonimiza: nem sempre a lei vai amparar intimamente e com justa precisão os interesses e pretensões dos jurisdicionados.

2.4 SOBRE A NECESSIDADE DE UMA NOVA MAGISTRATURA

É necessário, acima de tudo, formar uma nova magistratura, que possua capacidades interpretativas mais desenvolvidas e cuja área de abrangência não esteja restrita aos textos legais e/ou fontes jurisprudenciais, mas sim, juízes que possam interpretar a realidade dos casos, que possam enxergar além do que os processos mostram sobre as partes.

A legalidade tem sua função de base de direito, ou seja, o ponto de vista inicial e básico para se fundamentar, interpretar e até mesmo criar um direito, sendo que o excesso à legalidade e às formalidades legais se mostram um retrocesso, como qualquer outro excesso judicial, seja de um imoderado apego à doutrina ou à jurisprudência e qualquer outra forma de direito.

O excesso de apego à legalidade formal pretende, consciente ou inconscientemente, que as pessoas sirvam à lei, invertendo a proposição razoável e lógica, segundo a qual as leis são instrumentos da humanidade e como tais devem basear-se na realidade social e serem conformes a esta. (DALLARI, 1996, pp. 83-84.)

Até certo ponto, a legalidade pode ser considerada uma tendência moderna na magistratura, havendo, porém o entendimento de que:

[...] o novo juiz é aquele que está em sintonia com a nova conformação social e preparado para responder, com eficiência e criatividade, às expectativas da sociedade moderna, tendo em consideração as promessas do direito emergente e as exigências de uma administração judiciária compromissada com a qualidade total (ATAÍDE JUNIOR, 2006, p.67).

Nesta capacidade interpretativa, não se busca aumentar somente o campo de visão jurídica, filosófica ou social do magistrado, mas também os aspectos que lhes são estranhos ao exercício da profissão jurídica, como a sensibilidade, a qual se mostra ponto essencial para a concretização daquela Justiça social e progressista mencionada por Herkenhoff.

Vamos deixar bem claro: não se deseja o ser humano perfeito para Juiz. Se fosse perfeito, não seria humano e estaríamos a falar de outro Juiz, incumbido de outra Justiça. [...] Um bom Juiz não será um ser perfeito, mas basta que seja perfeito modelo de ser humano, com o feixe de virtudes a largamente ultrapassar o elenco de defeitos e que, na atividade jurisdicional, dedique-se com afinco à busca da Justiça (BENETI, 1997, p. 226).

Não está se defendendo que os juízes sejam infalíveis, ou simplesmente, desejando magistrados com conhecimento jurídico em nível superior ao comumente apresentado nos juízos e tribunais, mas sim um julgador que tenha convicção dos aspectos humanos que circundam os jurisdicionados, as consequências fáticas do ato de sentenciar alguém: um juiz que possa compreender o sentenciado e ser capaz de se questionar em relação ao o que leva uma pessoa a processar outra, enfim, aspectos que fogem aos textos legais, mas devem ser levados em conta pelos operadores jurídicos, principalmente pelo julgador:

Contudo, mesmo nesses casos difíceis, em que escolhas precisam ser feitas ainda que com sacrifício de convicções e práticas relevantes, o problema que se oferece não é o de decidir em conformidade com a lei ou em conformidade com a justiça, mas sim de saber qual interpretação da lei permitirá realizar melhor certo ideal de justiça ou qual ideal de justiça vale mais à pena ser perseguido. (COELHO, 2007, p. 1).

É necessário que este juiz possua a “astúcia” para identificar as injustiças disfarçadas nas formas legítimas garantidas, muitas vezes pela legalidade, como diria Nalini, é necessário que o juiz seja “rebelde”:

[...] Um juiz rebelde - leia-se juiz ético - não se conforma com esse estado de coisas. E muitos deles já existem. [...] Para afirmar-se como Poder do Estado, O Judiciário precisa dos bons rebeldes. Aqueles que se não recusem a um plus. Além da produtividade na solução dos problemas, a formulação de soluções novas para a justiça. [...] É por isso que se insiste num juiz rebelde, revoltado, teimoso e desobediente. Rebelde com causa; revoltado com a justiça; teimoso em reformar o mundo; desobediente em relação a regras superadas, formalismos estéreis e preconceitos alimentados pelo arcaísmo (NALINI, 2000, p.154).

Sendo assim, por esta perspectiva, torna-se prioridade a eliminação daquele papel do juiz-carrasco, aquele que aplica a lei ao caso independente de ser ela injusta para o próprio magistrado (por mais doloroso que lhe seja) e, assim se procede com a adoção de juízes dotados de sensibilidade, para que não hajam mais julgamentos na modalidade “*dura lex, sed lex*”, que não podem mais ser aplicados na realidade brasileira por se distanciarem da Justiça:

Para que o Poder Judiciário garanta os direitos e realize a justiça é necessário que ele seja materialmente bem aparelhado, mas isso apenas não é suficiente, sendo extremamente relevante que os juízes tenham preparo adequado e sejam conscientes de suas responsabilidades. (DALLARI, 1996, p.44).

Encontra-se o problema em tempos que é necessário que se abandone o modelo judicial mais conservador (aquele que tem o direito dogmático como única fonte de direito) e que o novo juiz seja aquele com tendências e características mais amplas e capacidade interpretativa com visão extralegal e processual, e sensibilidade (não somente jurídica) desenvolvida a ponto de poder compreender os aspectos humanos da demanda e comover-se com o ato jurisdicional: o juiz deve ser ao mesmo tempo um julgador e um ser humano, capaz de sentir a pressão que o Poder Judiciário impõe sobre os jurisdicionados (uns mais, outros menos) e – no exercício de sua função – amenizá-las para que se promova a visão de um Poder Judiciário mais democrático e dotado de segurança.

2.5 UMA MAGISTRATURA COM MAIOR ENTENDIMENTO SOBRE A FILOSOFIA JURÍDICA

Um dos aspectos que deve ser trabalhado no âmbito de uma magistratura progressista e militante de uma justiça social, como defende Herkenhoff, é interessante o aprimoramento do estudo filosófico na área jurídica, principalmente no

exercício das atividades jurisdicionais: a filosofia serve como instrumento interpretativo não somente das questões jurídicas, como também da realidade e da história como um todo.

Por que não uma nova geração de magistrados cujas suas escolas da magistratura ou até mesmo os bacharelados jurídicos nacionais com uma maior ênfase de estudos no ramo da Filosofia Jurídica? Encontra-se no âmbito da Filosofia Jurídica um instrumento de auxílio à interpretação de termos jurídicos e políticos para melhor produção da decisão judicial assim como outras peças jurídicas.

Primeiramente, a necessidade de uma valorização da filosofia jurídica no âmbito da magistratura encontra justificativa nos já salientados problemas com a legalidade ou o apego excessivo do magistrado a esta mesma legalidade, servindo, assim a filosofia jurídica como instrumento hermenêutico, capaz de aprimorar a produção de mais de um entendimento sobre os textos legais, visto que estes já não mais apresentam uma solução adequada e homogênea às demandas judiciais, sendo devido esclarecer que:

[...] demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo tornaram-se obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraproduativas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir, e muitas, ainda, criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei (CAPPELLETTI, 1993, p.44)

Quando diz Reale (1999, p.41) que “[...] o jurista constrói a sua ciência partindo de certos pressupostos, que são fornecidos pela lei e pelos códigos, o filósofo do direito converte em problema o que para o jurista vale como resposta ou ponto assente e imperativo [...]”. Este nos elucida a importância que traria o estudo mais aprofundado da Filosofia Jurídica no Poder Judiciário Brasileiro, assim como em todas as demais profissões jurídicas:

[...] quando um juiz prolata a sua sentença e a apoia cuidadosamente em textos legais, tem a certeza de estar cumprindo sua missão de ciência e de humanidade, porquanto assenta a sua convicção em pontos ou em cânones que devem ser reconhecidos como obrigatórios. O filósofo do direito, ao contrário, converte tais pontos de partida em problemas, perguntando: Por que o juiz deve apoiar-se na lei? Quais as razões lógicas e morais que levam o juiz a não se revoltar contra a lei, e a não criar solução sua para o caso que está apreciando, uma vez convencido da inutilidade, da inadequação ou da injustiça da lei vigente? Por que a lei obriga? Como obriga? Quais os limites lógicos da obrigatoriedade legal? (REALE, 1998, p. 41).

Logo, vê-se que o juiz deve estar aberto, atento aos fatos atuais e contexto histórico em que se encontra a sociedade que ele julga: Não deve analisar o Direito como um expectador e nem analisa-lo de forma restrita e fechada, mas sim dotar-se da capacidade de incluir-se como um jurisdicionado, poder verificar os aspectos estranhos ao Direito que influenciam o caso e desempenhar o papel de transformador progressista da sociedade quando diz Herkenhoff (2004, p.79):

O juiz pode assumir uma filosofia progressista e pode desempenhar, a meu ver, um papel progressista dentro de uma sociedade. Para exercer esse papel progressista, o desafio que lhe será apresentado aparecerá na medida de cada situação, na emergência de cada problema. Talvez não pudesse ser uma regra geral. E como o juiz responderia esse desafio de ser uma força progressista dentro da sociedade? A gente poderia talvez fixar umas balizas gerais. Um juiz para exercer uma força progressista dentro da sociedade tem de ser aberto ao mundo, tem de se esforçar por ampliar sempre uma cultura multidisciplinar.

Com segurança pode-se dizer que a Filosofia Jurídica é um método que auxilia o jurista não apenas no estudo como na aplicação e produção do Direito, razão pela qual quando se fala em “repensar” a magistratura a fim de dar às normas presentes uma nova forma de se abordar e interpretar os fenômenos jurídicos, políticos e sociais das demandas judiciais, sendo a Filosofia Jurídica um dos caminhos mais convincentes, senão o mais correto para que se siga esta tendência.

3 DOS PROBLEMAS JUDICIÁRIOS

3.1 NOÇÕES INICIAIS

Inicialmente, faz-se mister salientar que os problemas que afetam diretamente o poder judiciário brasileiro não são, necessariamente, originados pelo mesmo poder, uma vez que em todos os Estados Democráticos de Direito, as autoridades do Estado são submetidas à ordem jurídica, ou seja, a submissão à vontade da lei, que nos dizeres de Ferreira Filho (2012, p.189), na obra "Do Processo Legislativo", diferentemente de Herkenhoff fala que "é até redundante mencionar a importância da lei no Estado de Direito, dado que este se caracteriza fundamentalmente pela sujeição de tudo e todos à lei".

Assim, retorna-se ao problema da legalidade, sendo possível concluir que, por exemplo, em um Estado com um poder legislativo problemático poderá ter também o seu poder judiciário contaminado pelos mesmos problemas legislativos que aquele poder passa, isso quando seus magistrados se permitirem quedarem-se inertes às possíveis injustiças ocasionadas pela legalidade.

Da mesma forma que os problemas legislativos, independente de qual setor do Estado esteja sendo alvo, qualquer ente público será passível de sofrer com os problemas sociais e econômicos tais como a desigualdade social e as diferenças regionais, a pobreza e entre outros.

Destes referidos problemas, o principal deles se reveste na hipossuficiência (em todos os sentidos) das vítimas dos mesmos problemas, ou seja, tanto a carência de recursos financeiros como a falta de conhecimento acerca do ofício do poder público, dificultando a essas pessoas fazerem valer seus direitos perante o Poder Judiciário.

3.2 ASPECTOS CORPORATIVISTAS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

Entre os problemas a serem trabalhados com enfoque avançado nas consequências referentes ao Poder Judiciário, por mais polêmico que seja o assunto é necessário que se fale sobre eles, inclusive sobre o problema do corporativismo. Primeiramente é necessário que se explique de forma clara alguns possíveis conceitos de corporativismo no âmbito do Poder Judiciário.

Gomes (2012, p. 1) exemplifica a existência do corporativismo judiciário no Brasil de forma moderna, em sua publicação “Judiciário: pouco honesto e não independente (?)”:

A confiança do brasileiro no Judiciário está baixa e, pior, está caindo. Nossa jovem e instável democracia, que se define como um projeto de civilização igualitária, para amadurecer, necessita reformular sua vulgaridade e construir bases morais e costumes típicos da convivência cidadã. Seguindo em linhas gerais o filósofo Gomá Lanzón (Ejemplaridad pública), cabe sublinhar que nossa polis carece de um corpo unitário e sólido de crenças coletivas que orientem a socialização da cidadania. Ohomo democraticus precisa aceitar sua autolimitação para se ver livre da sua espontaneidade e dos seus instintos (sobretudo corporativistas) pouco urbanizados.

Muito crítico é Kelsen (1998, p.83) com a questão do corporativismo, conforme se observa, em um conceito mais amplo de corporativismo:

A manipulação da chamada consciência coletiva, a inobservância intencional do sistema legal aliada aos interesses escusos, são as principais estratégias que o sistema corporativista se utiliza para desmobilizar e corromper, que deveria encontrar resistência em primeiro plano no exercício prático da ética individual e legal.

Corporativismo seriam todas aquelas condutas as quais um membro de um determinado grupo (de qualquer que seja a sua natureza) visa a proteção de seu semelhante, indivíduo pertencente ao mesmo grupo em que se encontra, de modo que, ao adotar esta postura, acaba por agir em confronto a lei e ferindo a moralidade.

Mesmo hoje existindo os órgãos de controle que objetivam o livre acesso da sociedade civil como forma de controle externo do judiciário, as denúncias que lhe chegam na maioria das vezes resultam em nada ou quase nada, visto que logo caem no esquecimento jurídico, esbarrando mais uma vez nos interesses políticos envolvidos. Vários fatores além da corrupção contribuem para dificultar ainda mais o acesso da população ao judiciário [...] (GRINOVER, 1991, p.19)

Quando se fala em corporativismo no Poder Judiciário, estamos falando que os juízes possuem uma tendência a proteger e a resguardar os interesses da classe judicial, mesmo que tenham de fazê-lo no próprio exercício da função e no gozo das garantias que lhes são constitucionalmente elencadas.

Os membros do Judiciário, por seus atos, são inatingíveis pelos demais poderes, embora, sem mandato da soberania popular, possam cassar – e como cassam! – mandatos eleitorais. Julgam-se a si mesmos e, quando as evidências impedem a impunidade, ‘condenam’ o colega com o prêmio da aposentadoria integral, independentemente do tempo de ofício. A isto se chama corporativismo (AMARAL, 2011, p. 1).

O principal pilar do corporativismo judicial é a burocratização do próprio Poder Judiciário, que pode ocorrer tanto formalmente através dos procedimentos e atos processuais como materialmente na própria realidade física (estrutural) das instituições e edificações judiciárias.

Muitas vezes, o corporativismo age em conformidade com a lei, ou seja, algumas atitudes corporativas possuem amparo jurídico legal, e muitas vezes o referido embasamento legal se dá em cima de uma daquelas “leis injustas” antes mencionadas, o que torna difícil evitar a ocorrência mesmo corporativismo, pois uma vez legalmente fundamentado, o ato judicial presume-se dotado de uma certa perfeição hígida aparente.

Pode-se falar que um dos mais evidentes limitadores do direito de acesso à justiça são as custas judiciais e as eventuais despesas processuais, as quais possuem natureza tributária e são necessárias para o devido processamento da demanda, sob pena de arquivamento.

Em “Acesso à Justiça”, Cappelletti (2002, p.15/16) informa:

A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais.

A necessidade arrecadatória do Judiciário brasileiro vem se mostrando como um “pedágio judicial” seja pelo alto valor das custas, seja pelo receio de um litigante ao ajuizar uma ação e – em caso de improcedência – ser condenado ao pagamento das mesmas custas, tal como ônus sucumbenciais, previstos no art. 20 do Código de Processo Civil, o qual, segundo Cappelletti (2002, p.16/17):

[...] agem como uma barreira poderosa sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido os ônus da sucumbência. Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo – ele deve

enfrentar um risco ainda maior [...]. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes.

Apesar de a Lei 1.060/50, em seu primeiro dispositivo, conceder a assistência judiciária gratuita aos necessitados desde que comprovados os requisitos necessários, a mesma não é vista como garantia de forma absoluta da isenção de custas judiciais: é tratado como um “benefício” e não como um direito, sendo muitas vezes indeferido pelo juiz nos casos em que fosse devido, e o mesmo ocorre ao inverso, ou seja, quando o postulante não cumpre os requisitos da lei, mas, por inobservância ou até mesmo por erro judiciário, é deferida a benesse da justiça gratuita.

Uma possível prova disso é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que se extrai do julgado abaixo, podendo-se concluir que tais injustiças ocorrem a ponto de criar-se muitas vezes ao litigante que postula pela gratuidade da justiça o imbróglio de recorrer da decisão que indefere o mesmo, muitas vezes recolhendo custas para tal, conforme verificamos na ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TOGADO A QUO QUE INDEFERE A BENESSE DA JUSTIÇA GRATUITA. INCONFORMISMO DA DEMANDANTE. GRATUIDADE PROCESSUAL. PRETENSÃO DA RECORRENTE EM TER A BENESSE CHANCELADA POR ESSE AREÓPAGO. DOCUMENTOS QUE COMPROVAM SUA RENDA MENSAL, ALÉM DA PRESENÇA DE DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. PERMISSIVIDADE DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PARA GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA. HIPÓTESE FÁTICA QUE SE COADUNA COM O DISPOSTO NO INCISO XXXV DO ART. 5º DA "CARTA DA PRIMAVERA" E NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA LEI N. 1.060/50. REBELDIA PROVIDA. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.085034-0, de Joinville, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 11-03-2014).

As custas judiciais, ademais, possuem valores relativamente altos, que acabam por comprometer o sustento pessoal e familiar do litigante, autor da ação, o qual corre o mesmo risco de indeferimento da gratuidade de custas, onde “[...] de qualquer forma, torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça” (CAPPELLETTI, op. cit. p.18).

Quando falamos na realidade física do poder judiciário nos referimos ao fato de o Poder Judiciário ser estruturalmente intimidador, seja pelas posturas as

quais possam constranger o jurisdicionado, tal como as estruturas fechadas e protegidas dos órgãos da justiça.

Pelo que se verifica na prática, muitos juízes não apreenderam a advertência de Ruy Barbosa [...]: “A tradição não deve significar o governo dos vivos pelos mortos”. No Judiciário o passado determina o presente, influenciando tanto na forma das solenidades, dos rituais e dos atos de ofício quanto no conteúdo de grande número de decisões. Esse é um dos principais motivos pelos quais há evidente descompasso entre o Poder Judiciário e as necessidades e exigências da sociedade contemporânea. (DALLARI, 2008, p.08)

Já em relação aos aspectos formais, o problema reside na própria compreensão da máquina judiciária, a qual se caracteriza pela incapacidade de um leigo conseguir interpretar e compreender algum ato processual ou administrativo-forense, sem intermédio de algum intérprete jurídico:

Compreende-se que um juiz sobrecarregado de trabalho não tenha muita disposição para ouvir com paciência ou para traduzir em termos da linguagem comum as expressões técnicas. Mas em grande parte, essa dificuldade de compreensão e diálogo está ligada a uma atitude de superioridade em relação às pessoas comuns e à falta de percepção de que, muito mais do que um aparato formal, a magistratura bem exercida é um serviço relevante para o povo. Essa inconsciência de seu papel social influi para que o juiz fique longe do povo e, em última análise, prejudica a apuração da verdade e a realização da justiça, reduzindo a utilidade e o prestígio do Judiciário (DALLARI, 1996, p.146).

A burocracia, aqui entendida como um formalismo, excesso de procedimento dificulta uma capacidade da pessoa leiga de se auto localizar no âmbito judiciário, pois normalmente desconhece os ritos processuais, não entende o glossário jurídico e também, não obstante, desconhece totalmente os seus direitos:

[...] a burocracia é uma estrutura social na qual a direção das atividades coletivas fica a cargo de um aparelho impessoal hierarquicamente organizado, que deve agir segundo critérios impessoais e métodos racionais. Esse aparelho dirigente, isto é, esse conjunto de burocratas, é economicamente privilegiado e seus membros são recrutados de acordo com regras que o próprio grupo adota e aplica. (MOTTA, 2001, p.21).

E ainda:

[...] devemos nos aproximar da “população”, devemos aplicar em nosso vocabulário diário, no contato com a população, com os nossos clientes, na elaboração de nossas peças jurídicas, nos diálogos entre os profissionais com a presença de pessoas leigas, juridicamente, o vocabulário correto, mas simples, simplificado, sem a utilização de verbetes menos utilizados,

mas que em nada denigrem o trabalho ético e moral do operador do direito, pelo contrário, aproxima os indivíduos, torna mais simples a compreensão dos fatos, fatos que são tão importantes à elaboração das nossas teses jurídicas, estas que permitiram a defesa dos direitos da população. (MACHADO, 2014, p. 1).

Parece demasiadamente burocrático o nosso Judiciário quando se impõem barreiras ao entendimento do direito de forma que somente alguns grupos, dotados de saber jurídico conseguem penetrar nas questões atinentes ao exercício do poder jurisdicional, formando assim um Poder Julgador

O jurisdicionado – quando carente do saber jurídico - dificilmente compreende como o Judiciário procede em relação às suas demandas.

Para que o Poder Judiciário garanta os direitos e realiza a justiça é necessário que ele seja materialmente bem aparelhado, mas isso apenas não é suficiente, sendo extremamente relevante que os juízes tenham preparo adequado e sejam conscientes de suas responsabilidades. (DALLARI, 1996, p.44).

Entre outros aspectos corporativistas comuns no âmbito do Poder Judiciário, Herkenhoff explica que também estão relacionados com as promoções de cargos – a oralidade e a (im)personalidade – nas avaliações orais dos juízes, desde os recém aprovados em concurso público como os pendentos a serem promovidos à instância superior, de forma que motiva o autor a defender um “sufrágio” judicial, senão vejamos:

Sou a favor do voto aberto e motivado na promoção dos juízes. O voto secreto, por mera simpatia ou antipatia, ou por critérios ainda mais censuráveis, deslustra a Justiça. Quem vota deve sempre declarar pública e limpamente o seu voto. O processo de democratização do país, a que estamos assistindo, com o debate público de todas as questões, não pode encontrar no aparato judicial uma força dissonante. (HERKENHOFF, 2014, p.01)

Não apenas defende Herkenhoff que o Poder Judiciário deve se eximir de posturas corporativistas como também de posturas antiéticas e corruptas, por assim dizer.

Não se busca apenas eliminar o corporativismo que leva à corrupção sem necessariamente ser ilegal (como quando o Poder Judiciário adota uma postura a fim de garantir privilégios aos seus membros) como também eliminar o

corporativismo burocrático, o formalismo e acima de tudo legalista extremado (que busca amparo na lei ainda que esta não cumpra sua finalidade social).

Assim, Poder Judiciário se torna corporativo através da burocracia na medida em que, apesar de ter de justificar seus atos e decisões, a compreensão destas decisões está num plano além da compreensão popular (em sua maioria), fazendo com que o Poder Judiciário se torne um órgão de caráter hermético, ou seja, trata-se de uma instituição pública que se utiliza de um discurso que se localiza à parte da população.

Já a população, por sua vez, possui um certo receio de compreender os provimentos em face da própria burocracia, tornando assim o Poder Judiciário mais fechado, reservado e restrito aos olhares leigos, tornando-se, pois, corporativo.

3.3 ASPECTOS POLÍTICOS E IDEOLÓGICOS DO MAGISTRADO

Faz-se fundamental, antes de adentrar ao tema, salientar (e relembrar) o mito da neutralidade do juiz: uma vez que o magistrado é uma pessoa que não pode ser integralmente previsível nem estável, pois é um ser humano, sendo impossível a este que realize um julgamento de forma pura, sem que seus valores internos, pessoais e da própria experiência profissional interfiram.

Segundo Wolkmer (2000, p.187):

[...] não só o Judiciário, mas a própria estrutura jurídica como um todo intermedeia impasses sociais através da óptica ideológica de um intérprete ou legislador que, por sua vez, representa os intentos do grupo legiferante hegemônico. Não há como se delinear a neutralidade do ordenamento jurídico, pois o Direito, tanto na esfera da judicatura, quanto no âmbito legiferante, traduz a ideologia da fração do bloco de poder dominante.

Aristóteles já descrevia o homem como um “animal político”, logo, uma vez estando os juízes também inclusos nesta descrição aristotélica do homem, e ainda acrescidos de uma consciência política adquirida com as experiências acadêmicas e jurídicas, conclui-se necessariamente que a pessoa do magistrado é dotada de aspectos políticos em seu íntimo, o que se confirma mais categoricamente com os dizeres de Oliveira (1997) e Nalini (2000), respectivamente:

O juiz é, necessariamente, um ser político, carrega para os autos todas as suas angústias, seus preconceitos, suas convicções, sua ideologia. Não há

juiz neutro, a neutralidade é incompatível com a só condição de ser alguém integrante de uma comunidade. (OLIVEIRA, 1997, p.97).

Indiferente de qualquer atividade profissional, o magistrado também possui convicções e opiniões que, em razão da natureza do dever jurisdicional, se caracteriza por impor e determinar tais valores, desmistificando a antiga e errônea imagem de um julgador frio que somente aplica a vontade da lei:

Imbuir-se do espírito de juiz que se propõe a ampliar o ingresso das pessoas à proteção da Justiça é resultado de desforço meramente pessoal. É o íntimo de suas convicções, a cena de batalha em que se contrapõem argumentos propendentes à visão clássica do julgador passivo e neutro e a assunção de um compromisso real com a concretização da Justiça. (NALINI, 2000, p.83)

Da mesma forma é do entendimento do próprio Herkenhoff, que se faz necessário para a concretização da Justiça, que o juiz possua e aplique seus próprios valores morais, éticos e políticos. Assim também salienta, Coelho (2007, p. 1), porquanto defende que a decisão de um juiz “seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos” e que possuem aplicação somente quando concretizem a Justiça. Além disso, ainda é seguro dizer que “[...] os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político”, que, confirmando-se com Nalini (2000, p.117):

Quando da aplicação da lei ao caso concreto, não poderá se afastar o juiz, nem frustrar, nem tergiversar com o princípio fundamental que lhe impõe assegurar a igualdade – de maneira efetiva e não formal – com o objetivo de erradicar a pobreza e construir uma sociedade livre, justa e solidária. [...] O juiz já não pode ser o inflexível aplicador da letra de uma lei estratificada, mas alguém provido de consciência a respeito das consequências concretas de sua decisão. O juiz não apenas conhece da demanda, mas atua no sentido de realizar o justo.

Ora, um dos meios que o juiz se utiliza para “aliviar a pressão” da lei sobre a atividade judicial é justamente o método de se utilizar de seus valores internos e pessoais para dar ao dispositivo (seja lei, seja súmula) um norte diverso da injustiça, um rumo que aproxime a aplicação do Direito à própria Justiça.

Eros Grau (2006, p.01) que afirma que “nem a ‘vontade do legislador’, nem o ‘espírito da lei’ vinculam o interprete” e que “o direito – e, muito especialmente, a Constituição – é não apenas ideologia, mas também nível no qual

se opera a cristalização de mensagens ideológicas”, sendo possível concluir que “somente poderão ser tidas como corretas quando e se adequadas e coerentes com a ideologia constitucionalmente adotada”.

A ideologia dos julgadores é utilizada como instrumento de interpretação, o qual dará à aplicação da lei rumos distintos, conforme Bourricaud (2001, p.277):

Um ator com “sensibilidade” política de esquerda, por exemplo, confiará mais facilmente numa teoria que associe as desigualdades à inflação e considere as primeiras causas da segunda, do que um ator com sensibilidade oposta. [...] Ao contrário, o ator com sensibilidade de direita e que considera as desigualdades “normais” terá dificuldade em conceber que elas sejam a causa de um fenômeno indesejável.

Em seguida, Alf Ross (2000, p.62) complementa o entendimento supramencionado, em sua obra Direito e Justiça:

Nada se obtém, pois, mediante uma interpretação comportamental. O comportamento de mudança do juiz somente pode ser compreendido e predito mediante interpretação ideológica, isto é, por meio da hipótese de uma certa ideologia que anima o juiz e motiva suas decisões. [...] Essas técnicas de argumentação são recursos integrantes do equipamento de todo jurista experimentado. Ele tem que saber como justificar tecnicamente, mediante argumentos interpretativos, a solução jurídica que considera justa ou desejável. Seria, porém, um erro aceitar os argumentos técnicos como se fossem as razões verdadeiras. Estas devem ser buscadas na consciência jurídica do juiz ou nos interesses defendidos pelo advogado. A função dos métodos de interpretação é estabelecer limites à liberdade do juiz na administração da justiça, os quais determinam a área de soluções justificáveis.

É necessário que aquelas características internas do julgador sejam interpretadas conforme o bem comum de forma que o que for útil a este, que seja aplicado; já o que se distanciar do mesmo não deverá ser aplicado, devendo o juiz utilizar-se dos outros elementos que possuir dentro e fora dos autos.

Bem comum este que deve ser interpretado nos mesmos moldes do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual garante ampla e extensiva interpretação, sendo que este conceito de bem comum será “animado” nos conformes dos aspectos políticos e ideológicos de cada magistrado, podendo se imaginar que, de certa forma, o legislador quis traduzir na referida expressão do dispositivo em questão a ideia de um bem comum que se aproxime mais do bem estar de todos, coletivamente, e se afaste do produto das vontades individuais.

Segundo Herkenhoff (2004, p.17), em sua publicação “Como aplicar o Direito”, aplicar a lei em conformidade com o bem comum e aos fins sociais a que ela se destina, compreende tanto dizer que bem comum “[...] é aquele que a norma, objeto da interpretação, está orientada a satisfazer;” quanto dizer que “[...] deve o juiz atender as exigências últimas e gerais do bem comum, afastando a incidência da lei ao caso concreto, quando dessa incidência resulte obstrução àquele desiderato” devendo o juiz propor soluções jurídicas alternativas á aplicação da lei injusta quando esta se afasta do bem comum, o que concorda Oliveira (1997, p. 69) quando diz:

O que o juiz pode fazer é procurar participar ativamente, em termos políticos, para alterar sua própria realidade. Não mais pode ficar neutro, como pretendem os outros órgãos de exercício do poder. Tem que apresentar propostas alternativas de solução dos problemas brasileiros. Não pode ser apenas juiz, porque tem a dimensão de cidadão, inserido em determinado contexto histórico.

Assim, não pode (não deve) o magistrado interpretar a norma e a lide da forma que lhe bem entender, deve fazê-lo de forma que elabore um entendimento que busque a concretização da Justiça, que se elabore um julgamento que reflita as saliências sociais demandadas e se utilize da jurisdição para proporcionar um andamento progressivo e justo da sociedade.

Então, é importante que o juiz – antes de ser um membro do Poder Judiciário – seja um cidadão, um ser humano, o que impossibilita que este, fuja de seus próprios valores no momento de julgar:

[...] se as pessoas humanas estão condenadas a fazer valorações a respeito de tudo que as rodeia, principalmente sobre a realidade social, os magistrados, enquanto seres humanos, não escapam à política nem às pressões ideológicas (ROCHA, 1995, p.31).

No entanto, merece o destaque a questão religiosa dos juízes, mais especificamente, no que tange a interpretar e decidir à luz de entendimentos religiosos, pois tal questão merece encontrar um freio na laicidade do Estado, sendo assim, não se aplica a mesma lógica a argumentos religiosos, pois estes encontram muita subjetividade, não possuem uma compreensão lógica capaz de ser aceitável em um meio objetivo como o processo, e desta forma podem se mostrar perigosos quando se inserem no contexto de aplicação de uma justiça.

Porém, uma interpretação religiosa iluminada pelo bem comum, que concretize a Justiça progressista e social, tendente a reduzir as desigualdades sociais poderá ser bem vista pelo aplicador da Justiça que Herkenhoff idealizou.

O juiz deve utilizar-se de seus valores internos valores internos, sejam eles valores ideológicos, éticos, políticos ou morais para conferir à aplicação da norma (seja justa ou injusta) uma finalidade social e fazer com que esta mesma finalidade social caminhe em direção ao bem comum, sendo que, para isso ocorrer, os valores internos do juiz devem estar em conformidade com a Justiça Progressista e Social estudada por Herkenhoff, ideia esta reproduzida nas palavras de Marques (2014, p. 1):

Assim, no momento em que o juiz decide de forma ideológica, na verdade, repete a vontade da lei e dos aparelhos governamentais ideológicos e repressivos, estes condicionados ao modo de produção econômico presente. De outro lado, quando rompem esta barreira para decidir de forma a aplicar conceitos de justiça e de igualdade, agem de forma utópica. Estas decisões, contudo, ainda assim têm o respaldo na Constituição, sendo, portanto, ideológicas. Se não se pode fugir da ideologia imposta pelo estado e que tem por base a segurança jurídica extrema, pode-se limitar seus efeitos, dando a ela um colorido de igualdade e humanidade, a fim de que se tenha uma sociedade pautada no ser humano, na intersubjetividade, no trabalho e na justiça social.

Deste modo, pode-se sintetizar o pensamento de Herkenhoff (2005, p.100): “A lei estará sempre subordinada ao Direito. Esta submissão da lei ao Direito deve ser a diretriz que ilumina a vida jurídica”. Posto de outro modo, o juiz deve colocar presentes nos autos os seus valores para que estes guiem o julgador a uma sentença justa, desvinculada de injustiças, as quais – em determinados casos de aplicação - seriam consagradas e garantidas pelo texto legal.

4 A JUSTIÇA DE JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF

4.1 COMO MODELO IDEAL DE JUSTIÇA: NOÇÕES INICIAIS, CAUSAS E EFEITOS

João Baptista Herkenhoff propõe tanto em sua atividade de julgador quanto em suas outras atividades vinculadas ao magistério, um novo modelo de justiça o qual entende ser ideal por se mostrar capaz de “driblar” os problemas antes mencionados como a legalidade exacerbada e o corporativismo, e para isso fundamenta sua tese com base em experiências práticas ocorridas no tempo de judicatura do mesmo autor e nas demais atividades em sala de aula por ele ministradas, e assim nos mostra o motivo pela qual deve ser aplicada como modelo ideal. O Direito aqui é visto como um meio para aplicar a justiça ideal, defendida pelo mesmo autor.

O autor não defende um ordenamento jurídico diverso do existente e vigente no Brasil, mas sim tem o intuito de aprimorar este direito já existente, consolidando-se em uma justiça progressista, cujo foco é a atividade judicial, como é dito em “Fundamentos de Direito” que: “Este Direito é um Direito libertador, iluminado por uma utopia, endereçado à transformação social” (HERKENHOFF, 2014, p.01)

Desse modo, a tese de Herkenhoff (2000) se caracteriza, primeiramente, pela desconsideração e não utilização da aplicação dogmática do direito positivo, ou seja, inicia-se pelo questionamento do ponto de partida das principais fontes de direito aplicadas, não sendo mais abordados de forma absoluta e inquestionável, principalmente no que tange aos textos legais, sendo que Herkenhoff também se mostra contrário à petrificação dos entendimentos jurisprudenciais em geral, entendendo ser o dinamismo uma das principais técnicas do jurista que pugna por aquela justiça por ele sugerida.

Ainda se caracteriza por conceder ao juiz não uma liberdade maior do exercício do poder de julgar, mas sim uma liberdade para o magistrado se utilizar de uma criatividade jurídica maior em cima do ofício de julgador, ou seja, segundo Herkenhoff, é necessário que o juiz crie e desenvolva muito mais o direito em seu ofício, tendo esta característica o intuito de encontrar um denominador comum para que se resolva de fato o litígio, mas, com os devidos cuidados, pois a esta mesma

criatividade jurídica encontra limites no próprio bem comum presente no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual servirá como barreira para evitar os excessos e a discricionariedade judicial.

De certa forma, outro dos aspectos é que Herkenhoff vê em seu ideal uma justiça aplicada a partir dos interesses e perspectivas populares, visto que também apoia movimentos e causas populares (sendo um deles o Direito Alternativo) com o intuito de eliminar a visão que até então vigora de que o Direito é “[...] um instrumento de opressão contra os marginalizados”. (HERKENHOFF, 2014, p.01)

Outra característica defendida por Herkenhoff é o próprio e clássico problema do acesso à justiça, onde se propõe uma simplificação da Justiça como um todo, desde a natureza da linguagem utilizada nos instrumentos jurídicos (textos legais e jurisprudenciais, processos judiciais e administrativos, contratos e entre outros) como também proporcionar uma maior popularização da própria estrutura física do Poder Judiciário, de forma que este se torne menos corporativo, e mais democrático, acessível e aberto ao cidadão.

Esta mesma popularização judiciária somente será possível quando se ocorrer uma aproximação da figura do juiz ao jurisdicionado, não sendo mais visto como uma figura de autoridade que beira a divindade, como imaginam algumas das pessoas que se submetem ao Judiciário, e esta referida aproximação não se limita somente ao juiz, mas sim, aos demais intérpretes e profissionais jurídicos, sejam eles promotores de justiça, serventários judiciais, procuradores, advogados, defensores públicos e os demais.

Ora, se aqueles que são hipossuficientes – aqui compreendidos como pessoas leigas e carentes de recursos – temem o judiciário, pois creem na ilusão de que a justiça somente assiste às classes mais favorecidas, estes devem quebrar tal ilusão conhecendo juízes como Herkenhoff que tinha em sua essência de juiz esta aproximação do julgador com o jurisdicionado, e o mesmo comportamento deve se estender aos demais operadores do direito referidos.

De fato é carente o Poder Judiciário (assim como boa parte do Estado) em seu dever de publicidade e informação no que tange às camadas menos favorecidas da população, pois, muitas vezes, estes desconhecem seus próprios direitos e, conseqüentemente, os respectivos procedimentos para efetivar e aplicar estes mesmos direitos que desconhecem o que pode ser exemplificado por uma analogia a um problema social específico: milhares de jovens brasileiras chegam a

engravidar na adolescência por falta de informação a respeito do uso e forma de administração dos métodos contraceptivos.

Sendo o problema da falta de um efetivo e integral acesso à justiça um problema análogo ao problema supramencionado da gravidez precoce, ambos coincidem em sua origem, qual seja a falta de informação, esta originada dos problemas sociais existentes como a desigualdade social.

De certa forma, sobre o problema que Herkenhoff vê no seio do acesso à justiça, é conferir ao juiz – através da ampliação da sua criatividade jurídica – uma forma de tornar proporcionais os conflitos no judiciário quando, principalmente, for possível verificar personagens da luta de classes sociais em litígio, onde caberá ao magistrado analisar a demanda de forma ampla e equilibrar a relação, que, segundo Cappelletti (2002, p.01), em sua obra clássica *Acesso à Justiça* traduz como garantir a aqueles litigantes uma verdadeira “igualdade de armas”.

Ainda, o autor Herkenhoff (2014, p.01) preocupa-se com conceitos de Direito, e assim, utiliza-se de São Tomás de Aquino o qual diz ser o “Direito é o que é devido a outrem, segundo uma igualdade [...]” e acaba por colocar – em determinado momento – o próprio Direito como sinônimo de Justiça, senão vejamos: “Direito, na acepção de justo, é o bem devido por justiça ou a conformidade com as exigências da justiça. Direito, nesse significado, é a ideia ou o ideal de justiça, é o Direito legítimo”.

Uma Justiça que se utiliza do Direito como base para se concretizar, e não vê as fontes dogmáticas de direito (leis e súmulas, por exemplo) como forma-meio única e exclusiva de aplicar um direito legítimo: é um juiz que possui um entendimento de se ponderar os textos normativos apenas quando estes tiverem aplicabilidade justa ao caso, sendo que, quando não for possível, deve o juiz analisar os demais aspectos do caso a fim de sentenciar de forma justa e equilibrada, fazendo com que o Estado-juiz aja de forma que reduza as desigualdades sociais e de fato produza uma sociedade justa e solidária com respeito à dignidade da pessoa humana, estes, fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira, afirmados na Constituição Federal, ou como o próprio autor Herkenhoff (2001, p.01) afirma, uma justiça social ou progressista:

Justiça social entre nós é vencer a fome, as brutais desigualdades, é impedir que a infância seja destruída antes mesmo que a vida alvoreça, é reconhecer às multidões oprimidas o direito de partilhar os dons e as grandezas da Criação. Justiça social entre nós é exigir Justiça nas relações internacionais, é denunciar como iníquos os mecanismos que nos mantêm eternamente em dívida para com os ricos do mundo.

Herkenhoff (2001, p.01) nos explica de forma sucinta os fundamentos básicos de uma justiça social e progressista que entende por ideal e ainda expõe o que não é a justiça, através de exemplos, assemelhando-se à realidade judiciária brasileira, senão vejamos:

Não há Justiça Social onde a sociedade, como um todo, não proporciona a satisfação dos direitos das pessoas em particular e, sobretudo das pessoas mais credoras de proteção como a criança, o velho, o doente. Não há Justiça Social se a sociedade global não dá condições de existência às microssociedades como a família e os diversos pequenos grupos sociais. Não há Justiça Social se a família humana renega famílias nacionais ao abandono ou, pior que isso, se perduram no mundo relações de exploração e espoliação internacional. Também não há Justiça Social se os particulares, as empresas, as microssociedades não contribuem, cada um na medida de suas possibilidades, para o bem da sociedade global. Não há Justiça Social onde vigoram as leis do egoísmo, da sonegação fiscal, do peculato, e o Estado, longe de cumprir o desiderato distributivista, constitui, ao contrário, instrumento de acumulação em favor das minorias privilegiadas.

E ainda, corroborando o posicionamento de Herkenhoff, Klippel (2005, p.

1) aduz que:

Conforme dissemos alhures, há uma estreita relação entre direito e justiça, de forma que sempre nos referimos ao justo quando da aplicação do direito. Aplicar o direito corretamente implica dizer aplicá-lo com justiça, ou seja, da forma correta. Direito é o conjunto de normas tendentes à disciplinar as relações entre as pessoas, aplicando suas sanções quando as regras são desrespeitadas. A aplicação dessas sanções estará (ou pelo menos deverá estar) diretamente ligada à ideia de justo exposta, ou seja, aquilo que a sociedade considera e prega como correto. Por isso afirmamos que os dois institutos – direito e justiça – não podem caminhar a passos disformes, e sim, devem estar sempre lado a lado.

O objetivo do autor é criar um modelo de justiça dentro dos parâmetros da realidade fática e jurídica brasileira de forma que o julgador – dentro de seus limites – possa atuar como um agente jurídico transformador da realidade e que veja o juiz também como um funcionário público que trabalhe pelo Estado e auxilie no cumprimento de seus objetivos.

Dentro deste modelo, é necessário que o juiz cumpra uma função social, garantidor de direitos e sua arma para que o cumpra é a decisão judicial, cuja munição compreende o Direito, tendo como alvo a ser alcançado a Justiça.

É clássico o pensamento de Herkenhoff que via o Direito e a Justiça dessa forma mais dinâmica, mais viva, quando Ihering (2004, p.27) já fazia comparações de natureza semelhante:

O direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso, a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é fraqueza do direito. Ambas se completam e o verdadeiro estado de direito só existe onde a força, com a qual a Justiça empunha a espada, usa a mesma destreza com que maneja a balança.

Segundo Herkenhoff (2004, p. 7), o direito deste modelo de justiça possui três perspectivas para a sua aplicação: axiológica, fenomenológica e sociológico-política, as quais devem ser observadas de forma simultânea:

A perspectiva axiológica afirma que o juiz é portador de valores de que impregna suas sentenças. Há de ser o varão digno que julgue o povo com retidão e veja sempre a Justiça a serviço do homem. A perspectiva fenomenológica levará o julgador a descer ao homem julgado, buscar seu mundo, compreender suas circunstâncias. A perspectiva sociológico-política possibilitará ao juiz a pesquisa dos valores do povo, a identificação do seu sentimento do justo, a consideração do homem comum, o desempenho de uma função renovadora e progressista, à frente da lei.

Assim, o autor pretende incluir no interior do juiz os aspectos humanísticos, noções de sensibilidade e ética, mas não com o objetivo de superar o conhecimento jurídico técnico e processual, mas sim e forma que fiquem equilibrados, quando o autor conclui que as três perspectivas mencionadas “[...] vão afinal embasar uma visão humanística do ofício judicial. Essa visão humanística, a meu ver, é a única que pode possibilitar a libertação da lei” (HERKENHOFF, 2004, p.07).

Abaixo, como é possível extrair do pensamento do autor (2004, p.11), extraído de sua obra “Como Aplicar o Direito”, verifica-se que há um problema entre o mesmo e os textos normativos (principalmente as leis) quais sejam, segundo Herkenhoff instrumentos insuficientes para que o juiz concretize uma justiça progressista e encaminhe-se para a construção de uma sociedade justa e solidária:

A lei é a forma, o Direito é o conteúdo: a interpretação recai sobre a forma, buscando o conteúdo. Já a aplicação é do Direito. Ante o fato concreto a tarefa do aplicador, revelado o conteúdo da lei, sua substância, é fazer prevalecer esse conteúdo.

Assim, o julgador herkenhoffiano usa o direito como meio para auxiliar na hermenêutica do texto legal (ou qualquer que seja o aspecto analisado na lide) para que recorra à interpretação extensiva e ampliada e aos seus sentimentos e demais conhecimentos internos (pessoais) como institutos que darão vida ao instrumento jurídico em tela e não tenha receios de aplicar a sentença progressista:

A lei não evolui. Segue com passo tardo a mudança social. O Direito, entretanto, pode acompanhar as transformações econômicas, políticas e sociais. Ao intérprete e ao aplicador cabe responder ao desafio de dinamizar a lei, para que não seja força retrógrada dentro da sociedade. (HERKENHOFF, op. cit, p.11).

Dentro desta justiça progressista idealizada por Herkenhoff (1994, p.30), este também usa como base para a mesma justiça progressista, uma hermenêutica e uma visão de mundo baseada nos direitos humanos compreendidos como:

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.

Sendo assim, Herkenhoff (1994) nunca buscou por um juiz “decisionista” (extremamente discricionário, autoritário), mas também caminhou em oposição ao juiz limitado que somente consegue aplicar o direito quando em conformidade à lei, apenas propõe que o magistrado dê aos textos normativos uma interpretação que caminhe de mãos dadas em direção ao caminho da Justiça por ele priorizada, conforme é sintetizado nos dizeres de Boaventura (2014, p. 1), adepto da matriz herkenhoffiana em seu artigo intitulado “Império da Lei x Império da Justiça à luz do Alternativismo”:

De forma sintética, pode-se dizer que a lei será injusta quando sua aplicação no caso concreto quedar-se contrária aos princípios gerais do Direito e da justiça, sobretudo os insertos no texto constitucional. A patente divergência entre o comando legal aplicado e o indeclinável fito pela minoração das desigualdades sociais existentes é clara prova de que o prestar jurisdicional que se efetivou no passar dos tempos não privilegiou a justiça.

A importância de quebrar este vínculo quase que absoluto e irracional da sentença à lei mostra-se como um elemento libertador do juiz, primeiramente, sendo que este após “libertado” da lei, tem o dever humano e estatal de libertar os seus subordinados.

Desta forma, acrescenta-se que as barreiras de contenção a um possível autoritarismo de um juiz que segue a matriz jurídica de Herkenhoff são, primeiramente, a não utilização da legalidade quando esta afastar-se do bem comum do art. 5º da LINDB, ao lado de uma interpretação dos direitos sob o prisma dos direitos humanos, fundamentais, inerentes ao homem por sua natureza, que se aproximam do próprio direito natural.

Sendo assim, é considerado como justo o juiz que deixa de aplicar ao caso individual um texto normativo que entende como injusto naquela ocasião, assim como o juiz que aplica a mesma lei de forma diversa, extraindo-se desta a essência, que é o Direito, elemento que concretiza e efetiva a Justiça Social ou Progressista, defendida por Herkenhoff.

4.2 HERKENHOFF E O DIREITO ALTERNATIVO

Diante de todas as perspectivas apontadas por João Baptista Herkenhoff há aqueles que confundem sua matriz jurídica com aquela defendida pelos militantes do Direito Alternativo Brasileiro, principalmente aqueles da Região Sul, tais como as associações de juízes gaúchos que iniciaram os estudos sobre o tema, assim como Lédio Rosa de Andrade.

E nessa situação, Herkenhoff (2014, p.01) viu-se na obrigação de escrever em relação ao tema do Direito Alternativo a fim de evidenciar sua posição e evitar as confusões e divergências feitas pelos intérpretes e estudiosos do Direito no que tange à matriz defendida por Herkenhoff e o Direito Alternativo. Assim surge seu artigo “Direito Alternativo a quê” onde defende sua exclusão da rotulação que recebeu de ser um alternativista:

Nunca tive consciência de ser um “alternativista”. Judicando num estado pequeno (Espírito Santo), o que sempre busquei fazer, no ofício de julgar, foi proporcionar ao povo a melhor justiça possível, segundo os ditames de minha consciência.

Neste escrito, Herkenhoff (2000) explica os motivos os quais o fazem não aderir à titulação alternativista que ora lhe foi concedida por Amílton Bueno de Carvalho o qual chamava Herkenhoff de “avô do Direito Alternativo”, apesar de o mesmo não concordar com tal denominação.

Quando se fala na proposta do Direito Alternativo deve-se observar os dizeres do Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (USFC), Lima (1992, p. 23), quando – no começo da década de 90:

O que se deseja é que o Direito e os juristas em geral (pensadores, professores, Juizes de Direito, Promotores de Justiça, Advogados, etc.), passem por um processo de humanização, baixando ao nível das ruas, das fábricas, das favelas, dos cortiços, das prisões, das quilométricas filas da Previdência social, caminhando com os que sofrem o peso da opressão tantas vezes legitimada por um Direito que se apresenta como neutro e justo para ocultar a violência institucionalizada. Essa mudança de atitude trará o Direito e os juristas para o meio do povo: o povo que clama por saúde, por escola, pelo fim da tortura nas delegacias de polícia, pelo fim da impunidade dos criminosos do “colarinho branco”, por terra para plantar, por moradia, por alimento acessível, pela proteção da criança e do adolescente contra qualquer forma de negligência, de opressão, de violência e crueldade, por garantia de emprego e segurança social, [...].

Muito se confunde com a proposta de Justiça de Herkenhoff (op. cit., 2014, p.01), porém este se defende quando diz que “[...] as opiniões sobre o Direito Alternativo não são forjadas num debate sério e consequente” de modo que:

A culpa pelos equívocos e pela má informação não cabe, a meu ver, apenas àqueles que pretendem denegrir as novas correntes. Também entre os chamados “alternativistas” vejo desvios e omissões. Há muito chão a percorrer, muito debate a travar, muita reflexão a fazer. E tudo realizar com muita seriedade, dentro dos mais rigorosos princípios da metodologia jurídica. (HERKENHOFF, op. cit. p.01)

Quando se fala em Direito Alternativo, se fala em uma ordem jurídica oposta ao direito posto (presente) e uma forma de construir o direito a partir de um ponto de vista diverso daquele que está constituído no presente. Herkenhoff (op. cit., 2014, p.01) discorda dizendo que “O Direito Alternativo, a meu ver, não é uma escola. Porque escola supõe estratificação de conceitos. O Direito Alternativo está e estará em permanente construção”.

Parece-nos que a expressão Direito Alternativo não é um conceito absoluto, que se esgota nele mesmo. Pelo contrário, é um conceito relativo, referido a uma realidade histórica. Pretende ser um conceito de contradição, dentro de um sistema que se arroga a posse da verdade absoluta, a titularidade do

dogma. Em outras palavras: o Direito Alternativo não é alternativo em relação ao nada, mas alternativo em relação ao existente, ao posto. (HERKENHOFF, 2000, op. cit., p.01).

Porém, ao final, Herkenhoff (2000, op. cit., p.01) se mostra neutro em relação ao mesmo Direito Alternativo e age de forma a não deixar clara a sua posição quanto a este “novo” direito ou direito “reinventado”, mas sim acabando por deixar certo incentivo aos alternativistas:

O Direito Alternativo é um convite para tudo ver com novos olhos, talvez com olhos de criança. Com olhos não contaminados pelos interesses envolventes. Mas com cérebro adulto, capaz de enfrentar as incertezas e não se perder, enredado pelos sofismas dos que, muitas vezes, não defendem apenas uma concepção teórica e acadêmica de Direito. Com seus dogmas, defendem a ordem a que esse Direito serve, uma ordem-desordem. É ordem-desordem porque excludente de seres humanos. É “ordem” marginalizadora de vidas que têm, em si mesmas, um valor transcendente.

Assim sendo, não obstante o autor entender ser devida a aplicação do Direito Alternativo, posto seu caráter progressista em relação às mazelas sociais do país.

4.3 HERKENHOFF E O ABSOLUTISMO DAS DECISÕES DOS JUÍZES

Outra questão que merece ênfase é a posição de Herkenhoff (ano) é perante o modo como os juízes devem decidir. Sua teoria não deve ser interpretada de modo se deva conferir ao magistrado um poder de se proferir qualquer sentença com base na prerrogativa de que a decisão foi justa e, portanto, legítima e juridicamente acertada.

Há de se considerar a presença de aspectos políticos em uma decisão judicial, sem dúvidas. Como já afirmou Vieira (1994, p.01):

[...] a decisão do magistrado será sempre uma decisão política, pois, assim como o legislador age politicamente ao elaborar uma lei que complemente a Constituição, o magistrado, ao manifestar sua decisão, estará, num patamar inferior, implementando a lei.

Porém, a presença destes deve estar condicionada aos aspectos que migrem em direção a aquela justiça que Herkenhoff defende como social ou progressista, onde o magistrado interpreta a lei - podendo optar por não aplica-la

quando entender necessário - guiando-se para um Direito que vise à proteção do hipossuficiente da relação, ou seja, amplia-se o leque de “poder” do juiz na medida em que este poder se aproxima do sentimento de Justo.

Desta forma, nunca foi a intenção de Herkenhoff inspirar um juiz que beire às margens do abuso e do autoritarismo judicial, mas sim um juiz que exerça este poder jurisdicional quando favorável à concretização de direitos daqueles menos favorecidos socialmente, resultando-se num direito e numa justiça que geram igualdade.

4.4 POR QUE NÃO SE DEVE SEGUIR A LEI DE FORMA ABSOLUTA E ESTRITA?

No âmbito de um Estado democrático de Direito, o principal fundamento é a submissão à vontade da lei, sendo que a lei deve ser elaborada pelas autoridades dotadas de competência garantida pela própria Constituição.

Para que se tenha uma noção maior da sua amplitude e importância do problema, podemos citar Kelsen (2000, p.281), que comenta o diálogo platônico, pelos dizeres de Trasímaco:

Após esse êxito altamente discutível da dialética socrática, Trasímaco adentro o diálogo, no curso do qual apresentará uma tese sofística, veementemente combatida por Sócrates. Diz: sustento que o justo nada mais é do que a conveniência do mais forte – e especifica sua tese partindo do pressuposto de que o justo é o que é legal, sendo justiça e direito positivo a mesma coisa. Todo governante elabora suas leis para sua própria conveniência – a democracia, leis democráticas, as tiranias, leis tirânicas, e assim por diante. Com esse tipo de legislação anuncia que justo para os governados é o que lhes é vantajoso (aos governantes), e quem a transgredir será punido como infrator e criminoso.

A imagem de um juiz que segue o texto da lei de forma cega e irrestrita pouco se difere do governante tirano almejado por Trasímaco, onde se traduz que só será justo o que é legal, confundindo-se os conceitos do direito positivo e justiça.

Como se observa, a lei tem se mostrado como um instrumento de repressão que serve à garantia dos interesses das elites e daqueles que são socialmente favorecidos em desfavor das minorias oprimidas.

Ainda, Herkenhoff (2014, p.01), de forma didática e direta, explana o problema legislativo:

A Constituição, como todas as leis, está condicionada a certos fatores que a antecedem. As classes economicamente dominantes têm instrumentos para fazer valer seus interesses. Qualquer pessoa, que acompanha a vida de nosso país e seja capaz de ler a realidade, vê as formidáveis pressões que são colocadas pelos poderosos na defesa de seus privilégios.

Por conseguinte, na atualidade as casas legislativas brasileiras, sejam elas federais, estaduais ou municipais, não mais possuem tanta credibilidade e confiança quanto possuíam na época em que fora promulgada a Constituição de 1988, porquanto eram vistas como o principal meio de manifestação da vontade popular. Assim o autor Herkenhoff (2014, p.01) adverte que:

Num município podemos ler, mais facilmente, a realidade, e verificar, por exemplo, que os interesses da indústria da construção civil, dos proprietários de fábricas, dos donos de empresa de transporte coletivo prevalecem sobre os interesses da minoria do povo. Então, em nome dos interesses do poder econômico impede-se que a cidade tenha, ou, quando tem, que seja respeitado, o plano diretor urbano (PDU), que se livre a população de indústrias poluentes, que se assegure a prevalência do coletivo sobre o individual em matéria de transporte urbano etc.

Além disso, é possível enxergar o fenômeno do lobby e outras práticas semelhantes no interior das casas legislativas brasileiras, podendo se exemplificar com o caso de um parlamentar que apenas irá propor projetos de lei os quais favoreçam os responsáveis pelo patrocínio de sua campanha (em sua grande maioria pessoas jurídicas) e impõe empecilhos no processo legislativo, divergindo dos projetos que desfavoreçam aos mesmos.

Nesta linha de pensamento, a lei acaba por perder parte de sua integridade e até mesmo, parte de sua legitimidade, visto que quando é editada para institucionalizar a opressão e garantir a manutenção da desigualdade social.

Assim, com uma função de libertação, aparece o Direito como o único meio pelo qual se poderá efetivar uma justiça progressiva (aqui defendida pelo autor), sendo os intérpretes jurídicos os seus principais agentes, principalmente o magistrado.

Herkenhoff (2010, p.01), ao explicar o Direito e seu eventual papel de libertação:

De longa data os estudiosos afirmam que as leis de um país expressam os interesses da classe dominante desse mesmo país. Num país capitalista, como o Brasil, as leis, grosso modo, legitimam o sistema de produção capitalista com todas as opressões que ele encerra. Se o princípio geral

acima enunciado é verdadeiro, faz-se necessário observar certas nuances que a realidade apresenta. Mesmo num país que consagra um rígido sistema de classes, como no caso brasileiro (enormes privilégios em favor das classes dominantes), as leis não constituem um bloco monolítico que só atua em favor dos poderosos. Há, sem dúvida, no sistema legal, brechas que podem servir à luta das classes populares.

Assim sendo, Herkenhoff (2014, p.01) conclui que:

O Direito não é, assim, obrigatoriamente, um instrumento de opressão dos marginalizados. Juristas progressistas, juristas populares podem trabalhar com as brechas da lei, no sentido dos interesses das maiorias oprimidas. O Direito pode ser usado para o avanço das causas populares.

Então, de uma lei elaborada por inúmeros parlamentares, com um número determinado de artigos, a qual pode ter sofrido emendas no âmbito do processo legislativo e veto presidencial parcial, existe a possibilidade de apresentar contradições, lacunas, imprecisões e incoerências, sendo que é, até certo ponto, previsível que ocorram.

Ademais, também não se deve petrificar o entendimento sobre determinada lei uma vez que, a qualquer momento, a mesma poderá ser revogada pela mesma autoridade que a editou e até mesmo ser considerada como inconstitucional pelo órgão jurisdicional competente, quebrando assim toda e qualquer cadeia de pensamento que entenda como absolutamente legítima a letra da lei.

Assim, a lei é elaborada pelas casas legislativas através de seus agentes que, em conjunto, formam a figura fictícia de serem “o legislador” o qual, pelo sistema atual, não representa de forma proporcional os interesses de todas as camadas da população, pois em sua maioria representam os interesses das classes sociais a que pertencem, sendo possível observar uma representação precária das mazelas sociais menos favorecidas, e a lei então elaborada por aqueles mais privilegiados virá a traduzir os interesses dos mesmos grupos sociais.

Então, diante de tais informações, o juiz que procura o Bem Comum e almeja a vontade de justiça traduzida por Herkenhoff (2000) procura extrair a essência e as finalidades sociais das referidas leis e procura aplicá-las da maneira que se mostre justa e não traduz somente os interesses de certas camadas sociais, mesmo quando tenha que escolher por não aplicá-la.

4.4.1 A “culpa” da legalidade na legitimação das injustiças

Hoje em dia, não nos parece mais ser tão satisfatório acreditar na solução através da legalidade: Há quem busque, dentro da legalidade, uma reforma tributária, sob o argumento de haver uma tributação excessiva; ou quem pugne por uma reforma trabalhista e, entre outros casos, as reformas almejadas resumem-se a reformas legislativas.

Em outras palavras, pode-se dizer que a lei, uma vez estabelecida no plano jurídico, não sempre encontra no plano fático os efeitos desejados ou antes idealizados pelo legislador, ou seja, a intenção legislativa, mesmo quando visando o bem comum, não obtém êxito em converter o comando imperativo em ações humanas, demonstrando seu claro problema de aplicabilidade no contexto da realidade.

Um exemplo de como a legalidade acaba promovendo as desigualdades sociais é no que tange ao salário mínimo, esta que é a remuneração mínima que um brasileiro pode receber em uma atividade laboral, nos conformes do art. 7º, em seu inciso IV da Constituição onde diz que a menor remuneração que aqueles trabalhadores receberem deverá ser “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Então, é dever do empregador pagar ao seu empregado sempre um salário mínimo definido pela lei e deverá atender as necessidades supramencionadas, tais quais saúde, educação, lazer, higiene, e entre outros.

Ora, atualmente, no ano de 2014, nos conformes do decreto 8.166/13, a mesma legalidade diz que o salário mínimo corresponde à cifra de R\$ 724,00 (setecentos e vinte e quatro reais), porém a realidade destes valores não correspondem às realidades de gastos correspondentes ao previsto no inciso IV do art. 7º da Constituição Federal.

No entanto a mesma legalidade não opõe ao empregador o dever de pagar remuneração correspondente às necessidades vitais e básicas ao trabalhador e de sua família, porém não obriga o mesmo empregador a remunerar de forma maior que a prevista no salário mínimo vigente.

A legalidade se contradiz, pois impôs uma solução pra um problema mas não o fez de forma completa e correta: a lei disse quais as necessidades básicas

que o salário mínimo deve ser capaz de cobrir e sustentar, contudo, a lei atual impõe o salário mínimo em valor muito inferior ao valor necessário para tais necessidades consistentes em direitos sociais e básicos.

Não cabe aqui discutir os problemas do salário mínimo e suas peculiaridades, apenas a título ilustrativo de que, apesar de a vontade do legislador constituinte ser representada por estabelecer um mínimo de remuneração capaz de garantir a dignidade do trabalhador, visando o Bem Comum, tal ideia não encontrou êxito no âmbito da realidade.

Assim, o legislador torna-se uma figura abstrata que emite um comando imperativo que representa uma vontade, em tese, orientada pelo Bem Comum, no entanto, o êxito na aplicação deste comando e a concretização de seus efeitos práticos no âmbito da realidade nem sempre são possíveis de se observar com clareza, pois a lei impõe limites e paradigmas que não serão observados simplesmente pela força da legalidade, mas somente serão respeitados com o estabelecimento de uma consciência individual e coletiva tanto nos setores públicos quanto privados capaz de extrair a essência e a finalidade da lei para assim observá-la e não mais dever obediência cega e imotivada à mesma.

4.5 POR QUE SE FAZER O POSSÍVEL PARA EVITAR A “PETRIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA”?

Assim, seguindo os delineamentos apontados por Herkenhoff, como a lei, a jurisprudência – como fonte de direito – não deve permanecer estática frente ao desenvolvimento da sociedade, visto o aspecto dinâmico presente na natureza do Direito (e conseqüentemente da Justiça), que assim Herkenhoff também entende. Um juiz de qualquer instância que “copia e cola” entendimentos jurisprudenciais aos processos aos quais estão sob sua jurisdição acaba por agir da mesma forma que o juiz legalista dogmático, apenas diferindo entre as fontes de direito que estes utilizam, seja o texto legal, seja a jurisprudência.

Desta forma, combate-se a petrificação da jurisprudência tanto atuando em favor de posturas que abominem institutos jurídicos como a súmula vinculante como também em desfavor de posturas que garantam a manutenção de um entendimento perante os juízos e tribunais. Apesar de serem boas as intenções da súmula vinculante (art. 103-A da Constituição Federal) por agir de forma que a

Suprema Corte iria “pacificar” um entendimento de toda a legislação nacional sob o enfoque constitucional, estão simplesmente se criando novos dispositivos legais na forma de entendimento jurisprudencial pacificado na medida em que novas súmulas são publicadas no Diário Oficial, colocando fim a importantes discussões constitucionais e aos poucos a divergência é ceifada.

Do mesmo modo, a Constituição Federal, apesar de ser a lei máxima do ordenamento jurídico de qualquer estado democrático de direito, não deve ser interpretada de forma absoluta (verifica-se aqui o retorno ao problema da dogmática legalista) podendo conter erros ou equívocos assim como qualquer outro texto legal, e consolidar uma interpretação constitucional na forma de súmula não acompanhará a evolução jurídica do Brasil, até o momento em que o próprio Supremo entender por derrubá-las, lembrando a ideia de Herkenhoff de que o Direito é dinâmico e está em constante atualização e evolução, já a lei é estática e fria.

Além disso, garantir tamanha soberania às decisões de uma só corte pode ser visto como uma concentração quase que absoluta da justiça, o que não está de acordo com qualquer intenção de se democratizar o Judiciário, como ilustra Margraf (2014, p. 1):

Com a existência de um enunciado de efeito vinculativo tem-se que o princípio da motivação das decisões não necessitará ser obedecido, tendo em vista que a autonomia interpretativa está limitada, basta o juiz de primeiro grau citar a existência de uma súmula vinculante para providenciar o arquivamento do processo.

A jurisprudência nada mais é do que a aplicação da lei interpretada por um julgador, e assim, surge a necessidade da hermenêutica destas fontes de direito para que se evitem as falhas dos imperativos legais, razão pela qual deve manter-se em constante evolução e atualização, podendo-se dizer, inclusive, que pretende dar “vida” ao silente texto legal, exercendo uma função orientadora, um vetor interpretativo.

Por isso a jurisprudência deve incidir – principalmente – naquilo que a normal legal deixou de prever, razão pela qual não devem ser adotadas quaisquer tendências de padronizar e mecanizar cada vez mais a máquina do Poder Judiciário, deixando de incentivar as mudanças necessárias, como propugnam Streck (2011 apud MARGRAF, 2014, p. 1):

Diante disso, a criação brasileira deve ser considerada uma “camisa-de-força” que impede a livre atuação dos juizes de primeiro grau, primeiros receptores das mudanças sociais, podendo, num futuro próximo, verificar a petrificação da jurisprudência e o engessamento do Judiciário.

Indiferente é o entendimento de Herkenhoff (2000, p.36/37) ao defender seu modelo quando diz que a aplicação das súmulas vinculantes dão a ideia de que “[...] querem fechar o Judiciário aos avanços, ao novo, ao desafio de criar; querem podar toda e qualquer tentativa de prática de um Direito mais aberto e mais crítico”, senão vejamos:

Mas tais súmulas vinculantes vão também amordaçar as lutas populares na direção da crescente e dialética ampliação dos direitos humanos. Já temos as súmulas não vinculantes e estas prestam serviço ao Direito. Constituem indicativos para os juizes que, em muitas hipóteses, se servem delas nos seus julgamentos. Bem diferentes serão as súmulas vinculantes, porque retirarão dos juizes parte substancial de seu papel social, em nome de uma eficiência a qualquer custo, mesmo que o preço seja a estagnação do Direito.

Então, finalmente o combate ao engessamento dos entendimentos jurisprudenciais incorpora-se ao modelo de João Baptista Herkenhoff uma vez que a jurisprudência é o produto da atuação judicial por excelência, sendo o local onde irão refletir alguns fundamentos do Modelo de Herkenhoff, tal como o exercício da criatividade jurídica, a facilitação do acesso à justiça e a capacidade de análise dos aspectos meta jurídicos.

4.6. DA NECESSIDADE DE SE DESCONSTITUIR A JUSTIÇA ELITISTA E APLICAR A JUSTIÇA A PARTIR DOS INTERESSES POPULARES

Neste tópico, é necessário – como em todos os demais pilares Herkenhoffianos – inserir e aplicar simultaneamente aqueles aspectos da justiça de Herkenhoff ao problema, ora título do presente tópico.

Se identifica aqui a necessidade de uma democratização do poder judiciário, ligado à ideia de facilitação do acesso à justiça defendida pelo autor, ora que no mesmo poder jurisdicional é quase que inexistente a participação popular não apenas no que tange ao ajuizamento de novas ações relacionadas à defesa dos interesses populares mas também é necessário que haja uma participação maior do povo no próprio funcionamento da máquina judiciária.

No momento em que um juiz julga uma causa relacionada aos interesses das camadas populares ele não deve – como já antes mencionado – verificar apenas os aspectos processuais e a fundamentação jurídica da demanda, mas sim verificar também os aspectos meta jurídicos, ou seja, aqueles que transcendem o ambiente forense.

Deverá considerar aspectos como a hipossuficiência dos litigantes de ambos os lados, os efeitos da sentença – seja procedente ou improcedente – ao final do processo, ou seja, quais os prejuízos e ganhos que as partes terão, para, ao final, verificar se a aplicação do direito cumpriu sua função social, devendo a justiça atuar de forma solidária, tendente a colocar em prática, por exemplo, os fundamentos da República tais como a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º. II e III da Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

Muito se encaixa na perspectiva de Herkenhoff a redação do art. 3º da Carta Magna de 1988, quando enuncia em seus incisos os objetivos da República Federativa do Brasil, senão vejamos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988, p. 1)

Tal dispositivo constitucional serve como uma verdadeira e perfeita bússola para guiar o julgador à justiça solidária visto que, conforme a redação do mesmo verificamos a intenção do constituinte a eliminar os problemas sociais massificados, conforme é visto em seu inciso III.

4.7 A NECESSIDADE DE SE PROMOVER UMA FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

No presente momento, não importa entrar no mérito da discussão que tange os problemas sociais ocasionados pelo acesso à justiça (ou a falta deste) tal como descabe também discutir o acesso à justiça como um todo, assunto este que

já fora debatido com a devida maestria por Capelletti (2002) e vem sendo tema de inúmeras discussões na academia e também no âmbito estatal.

Sendo a facilitação do acesso à justiça um dos alicerces da justiça defendida pelo autor Herkenhoff (2000), é necessário que se direcione – dentro das milhares vertentes problemáticas que circundam o tema “Acesso à Justiça” – ao objetivo de promover sua facilitação.

De forma geral, quando se fala em promover a facilitação do acesso à justiça, é necessária a adoção um condão informativo ao jurisdicionado que desejar exercer tal acesso, seja para instruir quanto à existência de um direito muitas vezes desconhecido (por aquele que teria legitimidade para propor a ação), tal como esclarecer normas básicas processuais, tal como o procedimento, custas, atos processuais, e demais formalidades que fogem da área de conhecimento do homem médio, os quais, se devidamente esclarecidos ao domínio público e ao conhecimento popular, trarão uma ampliação do acesso à justiça.

4.8 UM EXEMPLO DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA IDEALIZADA POR HERKENHOFF

Entre os inúmeros julgados do autor, o mais famoso e também o que com certeza mais deixa clara a forma de sua aplicação de Justiça é o caso da concessão de liberdade pelo delito de tráfico de drogas a uma mulher esta grávida.

Na decisão supramencionada proferida no final dos anos 70, Herkenhoff emite um sincero e claro voto em favor do Direito e da Justiça, sendo que analisa as partes, as causas e efeitos da aplicação da lei ao caso concreto, elaborando uma verdadeira abordagem garantista.

Analisemos de forma fragmentada a decisão:

A acusada é multiplicadamente **marginalizada**: por ser **mulher**, numa **sociedade machista**; por ser **pobre**, cujo latifúndio são os sete palmos de terra dos versos imortais do poeta; por ser **prostituta**, desconsiderada pelos homens, mas amada por um Nazareno que certa vez passou por este mundo; por **não ter saúde**; **por estar grávida**, santificada pelo feto que tem dentro de si, mulher diante da qual este Juiz deveria se ajoelhar, numa **homenagem à maternidade**, porém que, **na nossa estrutura social, em vez de estar recebendo cuidados pré-natais, espera pelo filho na cadeia.**(grifos nossos) (HERKENHOFF, 2014, p.01)

Verificamos, ressaltados os grifos no texto inicial da sentença que, Herkenhoff analisou aspectos de natureza totalmente extravagante à relação jurídica processual que, porém, não deveriam ser desconsideradas pelos julgadores, tal como o fato de estar à margem da sociedade, por ser carente de recursos financeiros, ou seja, hipossuficiente, e ressalta o fato de que a gravidez desta não deveria ocorrer em ambiente prisional.

Herkenhoff, em outras palavras, fala que a acusada não teve escolhas ao cometer o crime, mas sim que o crime é fruto, produto de toda uma estrutura social baseada na desigualdade e opressão entre as classes, não cabendo, então, ao juiz garantir legitimidade a esta injustiça através do poder estatal e jurisdicional que lhe é garantido.

São raras, quase que inexistentes as sentenças judiciais que, em seu início elaboram considerações como estas que o autor fez, pois de forma sucinta, verificou os aspectos sociais que determinam a vida atual e pregressa da acusada, pois infelizmente, os juízes atuais se limitam a analisar o fato criminoso como determinante penal e, a conduta social do agente apenas para fins de dosimetria da pena, deixando de verificar alguns elementos inerentes às partes que serão essenciais à resolução do litígio e, posteriormente, da questão de Justiça em geral.

Em seguida, na mesma decisão, Herkenhoff (2014, p.01) expõe suas razões de forma quase que poética e literária:

É uma dupla liberdade a que concedo neste despacho: liberdade para Edna e liberdade para o filho de Edna que, se do ventre da mãe puder ouvir o som da palavra humana, sinta o calor e o amor da palavra que lhe dirijo, para que venha a este mundo tão injusto com forças para lutar, sofrer e sobreviver.

Observa-se que o juiz Herkenhoff, além de livrar a mãe do encarceramento, teve a intenção de promover condições para que o filho pudesse nascer fora do ambiente carcerário sendo que tal hipótese não seria maléfica apenas para esta, mas principalmente, ao filho da mesma que adentra ao mundo “injusto com forças para lutar, sofrer e sobreviver”, ou seja, já foi possível ao autor julgador prever que as mesmas condições que foram impostas com base na injustiça à mãe Edna serão, possivelmente, aplicadas da mesma forma ao seu filho.

A previsão legal jamais garantiria a um julgador concretizar a Justiça de forma que Herkenhoff concretizou no presente caso, cujo intuito foi não de apenas

aplicar a lei ao caso, mas sim, - nas palavras do autor – de fazer com que o nascituro “sinta o calor e o amor da palavra que lhe dirijo”.

Logo em seguida, Herkenhoff (2014, p.01) expõe as razões de convencimento eis que segue a linha de análise do caso de forma a verificar as injustiças presentes na realidade como um todo e não somente aquelas intrínsecas ao caso Edna, que vejamos:

Quando tanta gente foge da maternidade; quando milhares de brasileiras, mesmo jovens e sem discernimento, são esterilizadas; quando se deve afirmar ao mundo que os seres têm direito à vida, que é preciso distribuir melhor os bens da Terra e não reduzir os comensais; quando, por motivo de conforto ou até mesmo por motivos fúteis, mulheres se privam de gerar, Edna engrandece hoje este Fórum, com o feto que traz dentro de si.

O entendimento de Herkenhoff (2014, p.01) é que não cabe ao juiz garantir a manutenção das injustiças sociais e políticas que empurram os injustiçados à competência do poder judiciário, assim, não pode o julgador se utilizar do poder que lhe é garantido para manter este fim injusto e desconforme ao Direito, mas sim para elaborar um direito contrário à ordem repressiva social da desigualdade e da miséria.

Por fim, Herkenhoff (2014, p.01) expõe suas razões morais e pessoais que resolvem o caso de forma simples:

Este Juiz renegaria todo o seu credo, rasgaria todos os seus princípios, trairia a memória de sua Mãe, se permitisse sair Edna deste Fórum sob prisão. Saia livre, saia abençoada por Deus, saia com seu filho, traga seu filho à luz, que cada choro de uma criança que nasce é a esperança de um mundo novo, mais fraterno, mais puro, algum dia cristão. Expeça-se incontinenti o alvará de soltura.

Não se verifica, apesar dos votos e menções à cristandade, que a sentença proferida por Herkenhoff teria violado a laicidade do Estado, pois apenas profere juras de esperança à mãe acusada e ao seu filho ainda não nascido.

Em conclusão, o objetivo da justiça que Herkenhoff propugna se consubstancia em princípios que, aliados à técnica jurídica, garantam ao magistrado a possibilidade de julgar os casos de maneira a contemplar a realidade social dos jurisdicionados, como ilustrado na decisão citada.

5 CONCLUSÃO

A legalidade tem se mostrado um grande problema não somente no que tange ao Poder Judiciário como a todos os jurisdicionados sejam eles de direito público ou privada, sendo possível extrair a ideia atual de que a finalidade da lei não mais corresponde à mesma finalidade nem possui mais os mesmos objetivos que possuía quando a ideia de lei fora criada.

Antigamente, fora criada a ideia de legalidade de Montesquieu de que o juiz deveria julgar somente dentro da vontade determinada pela lei uma vez que este era o único meio de se driblar e erradicar os traumas e males originados pelo absolutismo dos reis, ideia esta que já não mais se aplica na atualidade visto que a lei hoje alcançou um caráter mais popularizado e abrangente em relação a aquele.

Hoje a legalidade torna-se um meio hábil para legitimar injustiças sociais, garantir a manutenção das desigualdades sociais, defender interesses das classes econômicas que fazem parte da composição esmagadora maioria dos órgãos estatais legislativos e atribuir validade a atos não correspondentes ao direito, ao passo que também, a lei torna-se um instrumento útil para que se torne a base para a criação ou o desenvolvimento do direito propriamente dito, evidenciando-se que o problema não reside necessariamente na legalidade, mas sim na vinculação excessiva à mesma, ou seja, a obediência cega à lei e até certo ponto imotivada: cumprir, aplicar ou executar a lei sob a única justificativa de que possui força de lei.

Tal justificativa de aplicar a legalidade justificada pela legalidade já não mais serve na atualidade uma vez que a lei vem perdendo sua essência originária de ser utilizada como um instrumento mediador de justiça tal como pelo fato de a lei não ser a única fonte de direito existente, prova disso que o direito arcaico era única e exclusivamente consuetudinário e sem a ideia de um direito positivado em normas formais como apresentados hoje, fora o fato de existirem inúmeros outros ordenamentos jurídicos baseados no *commom law*, sistema esse que não prevê a aplicação de dispositivos legais da mesma forma que os demais sistemas: a lei não é sinônimo de direito, tão pouco de justiça.

Em face do princípio da legalidade que obriga todos a cumprirem a vontade da lei, quando esta se caracteriza como inadequada mesmo inexistindo a opção de escusa à própria lei, deve neste momento agir o juiz tendo uma certa

“liberdade” para determinar a não aplicação da mesma uma vez que existem meios para tal com base no art. 5º da Lei de introdução ao direito brasileiro.

Assim, um juiz – ao ver-se diante de uma injusta hipótese de aplicação da lei – possui inúmeras alternativas para que a referida injustiça não ocorra, no entanto, o julgador deve ser dotado de sensibilidade e percepção o suficiente para se fazer notar da possibilidade do cometimento de uma injustiça, vez que é carente de credibilidade e confiança um judiciário que homologa no plano jurídico as injustiças ocorrentes no mundo fático.

Aliando-se aos referidos problemas decorrentes da vinculação indevida à aplicação da legalidade e os problemas naturais da prestação jurisdicional, o poder judiciário brasileiro conta com uma série problemas sociais e estruturais e até mesmo políticos, como, por exemplo, o corporativismo entre os membros do judiciário, o que gera impunidade pelas injustiças cometidas causando desconfiança e que – aliado às falhas presentes no próprio direito universal do acesso à justiça – causa a queda da credibilidade do mesmo poder judiciário em relação aos seus jurisdicionados.

Assim, partindo-se da ideia de que os problemas acima citados (tal como os demais problemas ocultos e não mencionados) não possuem, pois, uma forma simples e clara para a sua resolução – uma vez esgotados os esforços da legalidade para tal – é possível afirmar que o meio mais confiável para que se cumpram os objetivos, fundamentos e princípios da Constituição Federal é propor uma nova ideia de magistratura tendente a realizar uma atividade jurisdicional para além da própria legalidade fundada em uma justiça social e progressista, comprometida não mais com as formalidades, mas sim comprometidos assumidamente com as causas sociais, os interesses das minorias e a aplicação da justiça com base no direito, tendo o estímulo do sentimento de justiça para a prática dos atos judiciais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Roberto. **A crise do poder judiciário**. Dez., 2011. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/democracia-versus-corporativismo-a-crise-do-poder-judiciario/>>. Acesso em: 22 de setembro de 2014.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **O novo juiz e a administração da justiça**. Curitiba: Juruá, 2006.

BENETI, Sidinei. **Da conduta do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOAVENTURA, Luis Camões de Lima. O império da lei x império da justiça à luz do alternativismo. **Via Jus** [online]. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3399&idAreaSel=1&seeArt=yes>>. Acesso em: 14 de setembro de 2014.

BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. **Dicionário Crítico de Sociologia**. São Paulo: Ática, 2001.

BRASIL, **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Decreto-lei 4.657, de 04 de Setembro de 1942. (LICC)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2014.

BRASIL, Presidência da República. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2014.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

_____. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARREIRO, Porto C. H. **Introdução à Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

COELHO, André. **Dworkin e o problema da lei injusta**. 2007. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2007/03/dworkin-e-o-problema-da-lei-injusta.html>>. Acesso em: 12 de setembro de 2014.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Judiciário: Pouco honesto e não independente. **Jus Brasil**, 2012. Disponível em:
<<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928233/judiciario-pouco-honesto-e-nao-independente>>. Acesso em: 02 de setembro de 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 11.ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. **Revista de Direito Público**, São Paulo, 1991.

HERKENHOFF, João Baptista. **Para onde vai o direito?**: reflexões sobre o papel do direito e do jurista. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Justiça, direito do povo**. 12.ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2000.

_____. **Como Aplicar o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Curso de Direitos Humanos**: Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo : Ed. Acadêmica, 1994.

_____. **Para gostar do Direito**: carta de iniciação para gostar do direito/João Baptista Herkenhoff – 6. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **O Direito dos Códigos e o Direito da Vida**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. **Bem comum e interpretação da lei**. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/textos1/jbh09_bem_comum_i_nterpretacao_lei.htm> Acesso em: 12 de setembro de 2014.

_____. **Dez medidas são possíveis para aprimorar a justiça**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-24/joao-herkenhoff-dez-medidas-sao-possiveis-aprimorar-justica>>.) Acesso em: 01 de setembro de 2014.

_____. **A Justiça e os dramas humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/textos1/justica_dramas_h.htm > Acesso em: 15 de setembro de 2014.

_____. **Justiça, Família, Direitos Humanos**. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/textos1/jbh49_justica_familia_dh.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2014.

_____. **Lei, Direito e Ética**. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/textos1/jbh51_lei_direito_etica.htm> Acesso em: 18 de setembro de 2014.

_____. **Justiça e Humanismo**. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/textos1/justica_humanismo.htm> Acesso em: 12 de setembro de 2014.

_____. **Repensar o Direito.** Disponível em: <<http://jobbj.blogspot.com.br/2010/09/repensar-o-direito.html>>. Acesso em: 16 de setembro de 2014.

_____. **O que é o direito.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/textos1/oq_direito.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2014.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito.** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KELSEN, Hans. **A ilusão da Justiça.** 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLIPPEL, Bruno Avila Guedes. **Considerações sobre a Justiça platônica para Hans Kelsen.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.563, jan., 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6196>>. Acesso em: 29 de abril de 2014.

MACHADO, José Augusto de Souza. **A sociabilização do “direito” deve ser o mote do operador do direito contemporâneo.** Via Jus [online]. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3478&idAreaSel=21&seeArt=yes>>. Acesso em: 02 de setembro de 2014.

MARGRAF, Alencar Frederico. Súmula Vinculante: um equívoco para a jurisprudência brasileira. **Revista Crítica do Direito**, n.3, v.56, jan/fev., 2014. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-3---volume-56/sumula-vinculante-um-equivoco-da-jurisprudencia-brasileira>>. Acesso em: 25 de setembro de 2014.

MARQUES, Rafael da Silva. **Magistrados ideológicos e ideologias.** Jus Navigandi, jul., 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30025/magistrados-ideologicos-e-ideologia>>. Acesso em: 29 de junho de 2014.

MENEZES, Rafael José de. **O Juiz e a razoabilidade na aplicação da lei.** Disponível em: <<http://rafaeldemenezes.adv.br/artigo/O-Juiz-e-a-razoabilidade-na-aplicacao-da-lei/27>>. Acesso em: 08 de setembro de 2014.

MOTTA, Artur Alves da. **A Crise do Princípio da Legalidade.** 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_42/artigos/art_artur.htm>. Acesso em: 02 de setembro de 2014.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O Juiz e a Cultura. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, 1996.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **O juiz na sociedade moderna.** São Paulo: FTD, 1997.

POLETTI, Ronaldo. **O controle da constitucionalidade das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

TJSC, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n. 2013.085034-0**, de Joinville, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 11-03-2014. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24987147/agravo-de-instrumento-ag-20130850340-sc-2013085034-0-acordao-tjsc/inteiro-teor-24987148>>. Acesso em: 13 de setembro de 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Discricionariedade judicial e Direitos Fundamentais**. Jurisprudência Política, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.