

Antoine Garapon

O juiz e a democracia

O guardião das promessas

Tradução:

Maria Luiza de Carvalho



Editora Revan

Capítulo II

O PODER INÉDITO DOS JUÍZES

Como evitar que o bem comum da justiça seja desviado por uma nova casta de assessores tão ameaçadora para a democracia quanto os burocratas de ontem? Não nos arriscaríamos assim a aumentar o número de processos de que se alimenta essa corporação? Como evitar os aproveitadores, os "caçadores de ambulância"? Como se precaver contra o espectro de uma sociedade de litigantes? Nos Estados Unidos, há plena consciência da ameaça que o excesso de direito e de justiça faz pesar sobre a democracia. Não deveríamos inspirar-nos, então, neste exemplo e agir, antes que seja tarde demais? Muitos se recusam, na França, a levar a sério esse risco, acreditando estarem protegidos por sua própria cultura. Não seria prudente anteciparmos o mal e procurar imunizar-nos? E de que maneira?

Em nosso país, o papel de guardião da moral pública cabe, hoje, aos juristas e, mais especialmente, aos juízes, que passaram a representar, claramente, a consciência moral da vida social, política e econômica. Eles constataam que o distanciamento da política e do dinheiro, que ainda ontem era motivo de queixas amargas, transforma-se subitamente em vantagem. Almejam ser considerados como o último refúgio da moral e do desinteresse em uma República abandonada pelos seus servidores. Essa demanda desperta o velho demônio inquisitório, sempre presente no imaginário latino. São novas expectativas que surpreendem uma magistratura ainda pouco preparada para o exercício desse papel, provocando os exageros, em número reduzido, é verdade, mas que ainda assim merecem ser analisados, ao menos para que sejam conjurados.

Governo de juízes, ativismo jurídico, protagonismo judiciário, tentação de uma justiça redentora... Palavras não faltam para designar os novos perigos que a justiça pode fazer a democracia correr. Como progredir nesse debate passional, por vezes despropositado, entre justiça e democracia? O

termo inglês *judicial discretion* — literalmente, “o que é deixado à discrição do juiz” — parece mais apropriado para designar o poder do juiz, poder que, se é que existe, nunca foi pleno. O atual presidente do Supremo Tribunal israelense, Aharon Barak,¹ observa com propriedade que não se pode falar em ativismo do juiz se a sua escolha é feita entre uma solução juridicamente correta e uma outra que não o é. Nesse caso, não se trata de ativismo, mas de incompetência. O ativismo evidencia-se quando, entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la.

O juiz pode intervir na vida política de duas maneiras: diretamente, com uma decisão, e indiretamente, por intermédio de sua corporação. O juiz não existe, na realidade, fora de uma instituição. As formas de intervenção não são homogêneas e variam de uma cultura para outra. O “protagonismo judiciário” dos *petits juges* que floresce na Europa latina (França, Espanha, Itália, Bélgica) não existe nas culturas em que a justiça há muito tempo se enraizou. Nos países da *Common Law*, a influência política dos juízes é talvez menos visível, por ser mais antiga. O ativismo assume então duas formas: a de uma nova ordem de juristas, se o corpo de juízes é poderoso, ou, ao contrário, de personalidades forjadas pela mídia, caso a magistratura não tenha grande tradição de independência.

Excesso de distanciamento do poder soberano, abolição de qualquer mediação institucional: esses dois caminhos têm algo de simétrico. Percebem-se mais facilmente os perigos de uma justiça em que falta independência do que os de uma justiça muito distante do poder. Denunciar uma justiça escrava do poder é, na verdade, sempre criticar o Estado. Mas como limitar as ameaças advindas do próprio contrapoder? Continua-se a dispor as garantias do Estado democrático segundo a hipótese implícita de um risco proveniente do centro (pressão sobre os juízes, invasão do executivo no judiciário, etc.), quando, na verdade, o perigo vem igualmente, de maneira absolutamente inesperada, dos *excessos da descentralidade*.

O desvio aristocrático

As relações entre justiça e política podem ser organizadas segundo dois modelos. O primeiro, burocrático, é difundido sobretudo na

¹ A. Barak, *Judicial Discretion*, New Haven, Yale University Press, 1989.

Europa continental, enquanto que o segundo, profissional, é adotado nos países da *Common Law*. Esses dois modelos tomam formas diversas nos países em que se desenvolvem e se encontram, hoje em dia, em plena evolução.

No modelo burocrático, os juízes são escolhidos por concurso aberto a estudantes em geral, logo após o diploma universitário. A organização é hierárquica. A promoção, geradora inclusive de uma certa competição ao longo da carreira, se faz sobre a antiguidade e o mérito. No segundo, que podemos qualificar de aristocrático, os juízes são recrutados quando no meio de carreira, dentro de um pequeno número de advogados (*barristers*), para ocupar diretamente postos elevados que, na maioria dos casos, nunca mais deixarão. Este modelo desconhece quase sempre a hierarquia interna e, portanto, a promoção.

O dualismo francês

O sistema francês parece, portanto, à primeira vista, encarnar o modelo burocrático mais puro. Na realidade, esse monolitismo de fachada esconde uma combinação bastante original dos modelos burocrático e aristocrático. Em última análise, a justiça administrativa, composta pelo Conselho de Estado, pelos tribunais de recursos e pelos tribunais administrativos, se revela muito mais próxima do modelo aristocrático do que do burocrático.

As características comuns à justiça inglesa e ao Conselho de Estado são inúmeras. A começar por sua história: os caminhos partindo do centro para o interior (a criação de tribunais administrativos de recursos é muito recente) contrastam com o processo inverso seguido pelo judiciário (o Supremo Tribunal só tendo surgido séculos depois dos Parlamentos do Antigo Regime). Sua participação na construção do Estado de direito também foi determinante.² Em ambos os sistemas o recrutamento é idêntico, uma

² Para B. Barret-Kriegel, o Estado de direito na França foi obra da administração, enquanto que na Inglaterra foi fruto da ação centralizadora dos juízes itinerantes. "A Inglaterra é um Estado de direito 'puro', a França é apenas um Estado de direito aproximado. A centralização no nosso país ocorreu muito tarde pela via administrativa dos comissários reais e dos intendent de finanças, contra o pessoal da justiça que passou a formar um corpo intermediário, rebelde à autoridade central; a centralização na Inglaterra realizou-se de forma precoce pela via jurídica através dos juízes reais, agentes zelosos da autoridade monárquica. Também não é o juiz que detém, na França, a autoridade; é o funcionário e, entre todos os funcionários, o coletor." B. Barret-Kriegel, *L'État et les esclaves*, Paris, Payot, 1989, p. 128.

vez que a alta jurisdição administrativa incorpora igualmente, além das melhores cabeças da Escola Nacional de Administração, alguns membros da elite do funcionalismo público em meio de carreira, ao final de um processo — o turno externo — isento, até data recente, de qualquer transparência e explicitamente político.³ Tal proximidade com uma casta profissional — os *barristers* para os juízes ingleses, a alta função pública para o Conselho de Estado — ensejará o aparecimento de duas sensibilidades opostas: a origem dos juízes da *Common Law* — a prática liberal — torna-os mais sensíveis aos problemas dos governados do que com relação aos governantes, ao contrário dos juízes do Palais-Royal, que se identificam mais com o administrador do que com o administrado. Em consequência, num caso, a justiça aparece como amparo contra a invasão do Estado, e no outro, como a correção do poder benfeitor e tutelar do Estado. Nos dois casos, o pequeno número de membros, que permite a cada um conhecer pessoalmente todos os seus colegas, proporciona uma autodisciplina bastante eficaz. A hierarquia interna é, nesse caso, muito fraca, quase inexistente, devido aos poucos escalões a serem transpostos e à ausência de promoções por outro motivo além da antiguidade (não se faz carreira no Conselho de Estado; ou se é ou não se é...). A natureza do direito, enfim, é bastante similar, a saber, um "*judge made law*".

Esses dois corpos de juízes definem os critérios racionais de uma boa justiça: em vez de um obstáculo à independência, é justamente o contrário que ocorre. Não existem juízes mais independentes em relação aos *barristers* do que os juízes ingleses, nem árbitros mais imparciais para os funcionários do que os conselheiros de Estado. A autoridade do Conselho de Estado parece não sofrer com a ausência quase total de estatuto, nem com o fato de contar, entre seus membros, com alguns políticos de envergadura nacional, nem tampouco com a confusão entre a função contenciosa e a consultiva com que um observador distante pudesse, com todo direito, comover-se: ao contrário, essa proximidade com a coisa política parece dar-lhe um conhecimento íntimo sobre a matéria, e essa fragilidade orgânica se converte em força política. Ninguém fala do ativismo do Conselho de Estado e no entanto ele foi decisivo na construção do estado de direito francês.

Dois traços caracterizam esse modo de funcionar: de um lado, o controle é mais sociológico que político; e de outro, quando a independência externa é bastante proclamada, é quase sempre às custas de um forte controle interno na corporação.

³ Por exemplo, três antigos ministros socialistas e de grande importância (Finanças, Interior e Justiça) foram nomeados para o Conselho de Estado, quando da mudança da maioria em 1992.

Controle sociológico e ligação política

As relações entre justiça e Estado não geram apenas tensões políticas, expõem também diferentes categorias sociais. Essas relações devem, portanto, ser encaradas de maneira orgânica e sociológica. Como pano de fundo das competências, o conflito do juiz com o poder político expressa a rivalidade de forças sociais diferentes. "A burocracia da monarquia francesa defendia não apenas a prerrogativa real, mas, através dela, seu próprio poder e prestígio social contra o corpo de parlamentares. Debates comparativos opunham, na Inglaterra do século XVIII, de um lado, a burguesia rural à coroa e aos lordes; de outro, a classe média comercial e intelectual às cortes de justiça."⁴

No modelo aristocrático, o controle sobre os juízes é mais de natureza sociológica. Ele se exerce de duas maneiras: primeiro, pela intermediação de um corpo judiciário muito restrito e homogêneo, e, em seguida, pelo recrutamento de juízes dentro de uma mesma classe social, na alta burguesia, até mesmo na aristocracia. A proporção de pessoas provenientes do mesmo "molde" é grande em qualquer um dos dois casos: os *Inns of Court* na Inglaterra, a *École Nationale d'Administration* na França. Esse duplo controle — pouco visível — garante, entretanto, ao mundo político a homogeneidade da corporação e a previsibilidade de suas orientações gerais.⁵ A neutralidade política fica assegurada, mas ao preço de um recrutamento opaco e pouco democrático. A nomeação de juízes na Grã-Bretanha era, até data recente, absolutamente secreta, ao contrário da França, onde eles são selecionados através de concurso aberto.

O grande reconhecimento de que gozam os juízes ingleses ou os membros do Conselho de Estado francês talvez venha da comunicação privilegiada com as suas elites, a saber, os advogados na Grã-Bretanha, os altos funcionários na França. O aumento de poder do juiz na França, que não pertence propriamente a essas elites, poderia ser analisado como a reivindicação de uma nova burguesia de executivos que não se sente representada nem na classe política, nem entre os altos funcionários, aliás, bem próximos. Alguns acabam por ver nos "negócios" que floresceram nestes últimos anos na França a ação de um terceiro Estado movido por uma nova moral e por um desejo de promoção social, pro-

⁴ G. Lavau, "Juge et pouvoir politique", *La Justice*, Paris, PUF, 1961, p. 65.

⁵ C. Guarnieri, "Justice et politique: le cadre institutionnel", *Les Cahiers français*, Paris, La Documentation française, 1994, n° 268, p. 58.

curando seus porta-vozes — como em 1789 — na aristocracia togada encarnada pelo poder judiciário. Os juízes estariam na vanguarda de uma revolução social que visa tornar-se política. Ambição, primeiramente, dos magistrados em seguida, mas eventualmente se volta contra eles, como todas as revoluções, prontas a devorar suas próprias crias. “É em parte a revolta de uma nova burguesia intermediária, de uma nova classe que emerge, assustada e voluntariosa. Uma burguesia que não confia mais nos partidos clássicos depois que a ameaça externa do comunismo desapareceu. A classe média expressa desse modo seu medo pela perda de status, da mesma maneira pela qual seus filhos perseguem os imigrantes nas ruas: através disso, é o mesmo medo que se exprime, o medo de rebaixamento. É, portanto, a revolta de uma parte da burguesia contra outra.”⁶

Independência externa e independência interna

Tradicionalmente, distinguem-se a independência externa, qual seja, a liberdade de que goza globalmente a magistratura em comparação com outros órgãos políticos, e a independência interna, aquela de que gozam os membros dentro de sua corporação. Nas magistraturas da *Common Law*, como a inglesa, a independência externa está bem garantida, mas a independência interna é muito fraca. A independência da magistratura é muito grande... em detrimento da do juiz! A coesão do direito é assegurada de duas maneiras: pela homogeneidade do corpo de juízes e por uma centralização judiciária muito forte. A influência do Tribunal de Recursos, colégio único situado em Londres, é preponderante, especialmente em matéria penal, pois as sentenças são pronunciadas de modo cominatório pelos famosos *Guidelines*.⁷ O juiz na Europa continental é muito mais livre: se, em certos aspectos, tem menos prestígio, ele tem, no entanto, maiores poderes.

Na França, é inconcebível a mesma unidade sociológica num corpo de quase oito mil magistrados recrutados por concurso anônimo. As disparidades sociais, ideológicas e geográficas são muito mais evidentes. Toda a magistratura, disse Rousseau, “se enfraquece, como o gover-

⁶ B. Spinelli, “Edouard Balladur et les quarante voleurs, une révolte du tiers état contre les énarques et les notables”, *La Stampa* (Turim), reproduzido em *Le Courier international* de 8 de dezembro de 1994.

⁷ Trata-se de compilações de jurisprudência que indicam precisamente o quantum de penas a ser sentenciado de acordo com as características do caso.

no, pela multiplicação de seus membros".⁸ Uma corporação respeitada deve ter uma cultura única, forte e homogênea, o que explica o fato de que uma magistratura numerosa e heterogênea deve compensar, com uma hierarquia forte e um controle interno rigoroso, suas disparidades culturais, contrapartida inevitável de um recrutamento democrático, tanto através de concurso, como de eleição. Nos Estados Unidos, onde muitos juízes são eleitos, essa disparidade se faz sentir, ainda que de maneira mais sutil, e o juiz assume, de preferência, o papel de árbitro.

Um funcionamento aristocrático

O risco que ronda a justiça e que se origina desse modelo é o de constituir uma espécie de funcionalismo novo que foge a qualquer controle democrático. Tocqueville já havia pressentido o surgimento, na democracia, de uma nova casta de juristas vindo substituir a aristocracia, destinada ao desaparecimento. Os juristas dividem com esta casta diversas características: o gosto pela ordem, o apego às formas e o conservadorismo, a prática do direito que leva a preferir naturalmente a ordem estabelecida à aventura. "Sem essa combinação do espírito judicialista com o espírito aristocrático", diz Tocqueville, "duvido que a democracia possa governar a sociedade por muito tempo, e eu não poderia acreditar que, em nossos dias, uma república possa pretender conservar sua existência se a influência dos juízes não crescer na mesma proporção que o poder do povo."⁹ Essa característica é mais forte nos países da *Common Law*, nos quais o direito é indecifrável para os não-juristas. O direito na Europa continental, mais claro e acessível a todos, predispõe menos a tal corte.

O risco de desvio da soberania por uma elite de funcionários é hoje em dia multiplicado por dez, seja qual for a cultura jurídica do país, pela globalização da economia, que situa o direito em seu âmago. Tal abertura, anota Lucien Karpik,¹⁰ não apanha os juristas desprevenidos, os quais são descritos na história, quase sempre, como dispostos a jogar o universal contra o particular, a exemplo do desempenho da aristocracia togada no momento da unificação do poder real na França.

⁸ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Gallimard, 1964 (texto estabelecido, apresentado e anotado por Robert Derathé), p. 277.

⁹ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. 366.

¹⁰ L. Karpik, *Les Avocats*, Paris, Gallimard, 1995.

Não são mais os altos funcionários do Estado que aparecem como modernizadores, nem mesmo os intelectuais, como no início do século, durante o caso Dreyfus, mas os juristas que se situam como os novos artesãos do universal.

Ao recorrermos ao direito para tudo, arriscamo-nos a considerar os atores da vida democrática como técnicos encarregados de produzir normas, em interação com grupos de pressão sempre mais especializados na defesa de seus interesses. Ao submettermos tudo ao juiz, ligamo-nos a novos sacerdotes que tornam o objetivo da cidadania sem efeito. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou um litigante. O risco é de se evoluir para uma organização clerical do poder. E de confiscar a soberania.

Controle político da magistratura francesa

O modelo burocrático funciona de maneira quase simétrica, porém inversa. Em inúmeros países de *Common Law*, o recrutamento dos juízes é político, como nos Estados Unidos (lembramo-nos da dificuldade de certos presidentes americanos em obter o aval do Congresso em casos de suspeita de alguns juízes), ou antidemocrático, como na Inglaterra, mas o poder político perde, em seguida, qualquer controle sobre a carreira. No modelo burocrático, da França, é o inverso que ocorre: o recrutamento de juízes por concurso é absolutamente democrático, mas a carreira é política. Como se exerce esta influência? Tanto pela hierarquia como pela fragilidade política da magistratura. Essa influência vindo de cima é tão marcante quanto é forte a coesão do corpo judiciário e respeitada sua hierarquia.

A magistratura judiciária perdeu toda influência política com a Revolução. Uma maneira de anular a importância dos parlamentos do Antigo Regime foi dividir a justiça em muitos corpos e dar-lhes domínios precisos de ação. O Estado isolou todas as matérias suscetíveis de atingi-lo, transferindo-as às suas elites e confiando o resto, isto é, essencialmente a família, a propriedade e o penal, ao judiciário. Tal divisão de tarefas, que não recupera a distinção entre direito público e direito privado (o que existe de mais público do que o penal?), é essencial para se compreender a maneira pela qual a França procedeu à separação de poderes. Isso explica por que a magistratura judiciária forma,

desde essa época, um corpo provincial, desvinculado dos problemas do Estado e voltado para si mesmo, não oferecendo muita resistência à influência política. O poder político não encontra na ordem jurídica nenhuma elite tão poderosa quanto o Conselho de Estado.

O modelo profissional do juiz deve ser procurado junto ao Supremo Tribunal, assim como à doutrina, quer dizer, junto à elite universitária para os “comentaristas”,¹¹ e sobretudo junto à alta função pública. Durante muito tempo os juízes dividiram com seus primos da função pública a mesma identificação, na figura tipicamente francesa do alto funcionário. O “grande preposto” colbertiano, acima de partidanismos políticos, garantia as elites francesas contra a autocracia partidária existente em outros países latinos, como a Itália. A ligação entre a classe política e a magistratura se realizava, tradicionalmente, por intermédio de altos magistrados que se equiparavam à classe política, quando ocupando temporariamente os gabinetes ministeriais ou outras funções administrativas importantes. Esse fenômeno foi acelerado pela ausência de uma corporação pública de juristas do direito privado e pela idéia — contestável — de que os juízes só podem ser regidos por outros juízes.

A própria hierarquia abre caminho à influência política. “A ambição dos magistrados”, explica Tocqueville, “está continuamente em suspense e faz com que dependam naturalmente da maioria ou da pessoa encarregada da nomeação para os cargos vagos; as promoções nos tribunais se passam como nas forças armadas. Este estado de coisas é totalmente contrário à boa administração da justiça e às intenções do legislador. Deseja-se que os juízes sejam inamovíveis para que se mantenham livres; *mas qual a importância de não haver ninguém capaz de arrebatá-los sua independência, se eles próprios, voluntariamente, dela se sacrificam?*”¹² Uma brilhante carreira de juiz não se faz — ou raramente — em jurisdição, mas através de passagens pelo Ministério da Justiça, ou de uma requisição para outra administração, até pela passagem — via nobre — por um gabinete ministerial. A maioria dos chefes de jurisdições importantes também passou por tais “aceleradores de carreira”. É paradoxal ver um corpo de juízes manter um certo desdém, mais ou menos disfarçado, a respeito da jurisdição que é, no entanto, sua razão de ser. “Todo o tempo passado em jurisdição é perdido para a carreira”, é o que os juízes se apressam em dizer. Hoje se constata, na França, que a afiliação política é melhor e em breve tempo remunerada do que o profissionalismo.

¹¹ Quer dizer, os magistrados experientes que redigem decisões bem argumentadas e que serão comentadas nas revistas jurídicas.

¹² A. de Tocqueville, *op. cit.*, t. I, p. 373. (Grifo do autor.)

Por causa da distinção entre os direitos público e privado, foi através do Conselho de Estado que se realizaram, durante quase dois séculos, os contatos entre justiça e política, período em que o judiciário foi mantido afastado dos negócios do Estado. Os riscos atuais de confronto entre os juízes judiciais e a classe política — inclusive a classe econômica — são tão altos quanto são ausentes os mediadores potenciais, devido à separação radical entre justiça administrativa e judiciária. Marginalizando a justiça e frustrando assim os juízes, tanto material como politicamente, o Estado arrisca-se a aumentar os atritos *corporativistas* e os *desvios populistas*.

O controle por uma hierarquia que não funciona mais

A entrada da justiça na cena política subverteu seu funcionamento tradicional. A hierarquia judiciária que assegurava a coesão do corpo e garantia a unidade da jurisprudência perde importância. O controle interno da hierarquia é cada vez mais percebido como um atentado à independência. O poder da hierarquia se torna mais incerto. Principalmente porque, nos modelos burocráticos inquisitoriais, as funções de responsabilidade se concentram no início da carreira (juiz de instrução, juiz de menores, substituto especializado etc.) e tendem a decrescer, à medida que se sobe de posto. Numa época em que tanto se valoriza o desempenho pessoal no trabalho, a colegiatura é frustrante, a margem de iniciativa, quase nula, as oportunidades de valorização pessoal, praticamente inexistentes, e a inovação jurídica, enfim, muito rara. Daí a atração pelas funções de juiz único, mais gratificantes e mais visíveis, como a instrução.

O grupo de referência dos juízes franceses, quer dizer, as pessoas às quais os juízes, conscientemente ou não, referem seu comportamento, e que comprova sua excelência profissional, se transforma. Hoje, ele deixa de lado a figura do alto funcionário e do político e volta-se para aquela do advogado comercial ou do juiz como produto da mídia. Ele se volta mais para a jurisdição, para os juízes estrangeiros, para os juízes que têm sob sua responsabilidade dossiês importantes (terrorismo, corrupção). Este movimento faz com que a justiça francesa evolua do modelo burocrático para um modelo sem hierarquia, como na *Common Law*. Encontramo-nos assim num período intermediário, no qual os juízes não são mais tão rigorosamente contidos, como antigamente, pelos

freios do sistema europeu (leis precisas e coercitivas, uma hierarquia forte), não se submetendo, no entanto, às restrições do outro sistema (legitimidade profissional confirmada, exigência de transparência, neutralidade política...). Essas evoluções inspiram dois temas de reflexão que, provavelmente, parecerão fundamentais nos próximos anos: como conceber uma outra hierarquia para as magistraturas do continente europeu nesse novo contexto? Como tornar a promoção na carreira menos sensível à influência política?

A tentação populista

A hierarquia na justiça não é apenas uma ameaça à independência do juiz, ela é também a garantia de uma certa unidade no direito, essencial à democracia. O ativismo jurisdicional nos sistemas burocráticos revelou um novo risco, o da desagregação da justiça. A magistratura fica parecendo menos um poder instituído do que uma soma de individualidades. Esse relaxamento da pressão hierárquica é sensível na França, onde se constata que a pirâmide atual afasta, para a grande maioria de juízes, qualquer perspectiva de promoção significativa.

Nem toda a magistratura sucumbe à tentação populista, longe disso. A decisão recente do promotor de Paris de não processar o primeiro-ministro é, neste sentido, muito interessante. Não somente a decisão não é subversiva, como também é surpreendente por sua profunda legalidade, o que torna sem objeto a simples denúncia do governo dos juízes. Não se trata de um *petit juge* que dá uma interpretação extensa e tendenciosa a um texto, mas de um promotor que parece embaraçado por ter de aplicar a lei. Como censurá-lo por querer que a lei seja respeitada? Não é este o próprio fundamento de sua missão? Ora, ele exerce seu poder de maneira negativa, pela abstenção motivada de prosseguir. A justiça pode, e ela entretanto não o faz. Pode-se então falar de ativismo judiciário? Essa decisão se parece mais com o que os anglo-saxões chamam de *judicial self-restraint*, que é o contrário do ativismo judiciário. É, aliás, sob essa forma negativa que muitas vezes nasce o controle de juízes (pensamos, certamente, no célebre julgamento *Marbury versus Madison* com o qual o Supremo Tribunal dos Estados Unidos marcou sua entrada na cena política nos princípios do século XX): a justiça afirma seu poder deixando de exercê-lo, o que é hábil, mas nem por isso irresponsável. O magistrado leva em consideração as consequências de sua decisão sobre o plano co-

letivo. Essa espécie de "consequencialismo" político, e mesmo econômico, não seria típico da prudência? A atitude do promotor reflete bem o estado de espírito do corpo de juízes que, contrariamente a um sentimento muito enraizado em nossa classe política, demonstra, no conjunto, uma grande reserva e um grande profissionalismo, apesar de algumas exceções que, aliás, foram mais vantajosas para a atual maioria do que para a esquerda, e que ocorreram já há algum tempo.

Um acesso direto à verdade

A tentação populista se caracteriza, antes de mais nada, por sua pretensão a um acesso direto à verdade. Alguns indivíduos aproveitam a mídia para se emancipar de qualquer tutela hierárquica. Ela lhes oferece um acesso direto, conforme expressão de Perelman, ao "auditório universal", quer dizer, à opinião pública. Um juiz considera-se prejudicado por sua hierarquia? Ele apela imediatamente para a arbitragem da opinião pública. Todas as anulações processuais são purgadas por essa instância de recurso selvagem que a mídia representa, e os argumentos técnicos do direito ou processuais não tardam a revelar-se para a opinião pública como argúcias, astúcias, desvios inúteis, que impedem a verdade de "vir à tona". A busca direta da aprovação popular por intermédio da mídia, acima de qualquer instituição, é uma arma temível à disposição dos juízes, o que torna muito mais presente o desvio populista. O populismo, com efeito, é uma política que pretende, por instinto e experiência, encarnar o sentimento profundo e real do povo. Esse contato direto do juiz com a opinião é proveniente, além disso, do aumento de descrédito do político. O juiz mantém o mito de uma verdade que se basta, que não precisa mais da mediação processual.

Esses juízes destacados pela mídia, saídos do anonimato devido a um caso, ou a um acusado célebre, reagem de formas diferentes. Alguns são tentados a ver no exemplo de seus colegas italianos a prova de que, quando o Estado é corrupto, eles representam o último recurso. O desvio populista ocorre com a liberação da regra pelos próprios juízes. O caso do juiz Thierry Jean-Pierre é interessante, apesar de aparentemente isolado. Não é o primeiro magistrado a disputar um mandato eletivo, mas o primeiro a estabelecer uma ligação direta entre suas fun-

ções precedentes — às quais freqüentemente faz-se menção (sem suscitar, aliás, a menor reação de ordem deontológica) — e sua ação política. Seu programa apoiava-se na denúncia de corrupção política e na “criminalização do Estado”.

O enfraquecimento do Estado e a fantástica tribuna que a mídia oferece despertam uma *mentalidade de Cruzadas* numa parte da magistratura: é a ética que o promotor de Valenciennes invoca para justificar a divulgação que deu ao caso de corrupção do time de futebol de sua cidade pela equipe de Marselha. O recurso à mídia foi a única maneira de evitar interferências políticas.¹³ “Existem juízes que, pela pretensão de se mostrarem incorruptíveis, expõem-se à injustiça”, já dizia La Bruyère. Os juízes, efetivamente, justificam seus contatos com a mídia no superior interesse da justiça. Alguns reivindicam abertamente o recurso à estratégia da mídia para lutar contra o “engavetamento” de alguns casos.¹⁴ Mas seria esse o papel de um juiz, ter uma “estratégia”? Enquanto não se esclarecer, através de uma reforma, o papel do juiz instrutor num processo penal renovado e moderno, definindo claramente se ele é protagonista ou árbitro, os juízes continuarão a fazer uso de “estratégias de mídia”. Não é tanto o manejo hábil da mídia por personalidades como Bernard Tapie ou Jacques Vergès que é chocante e sim o fato de não encontrarem quem, com armas iguais, possa fazer o mesmo. Certamente não é esse o papel de um magistrado — seja ele juiz ou promotor —, sob pena de acrescentar parcialidade à ilegalidade.

A pressão da mídia devolve o centro de gravidade do processo à sua origem, quer dizer, sua parte mais vulnerável: a instrução. Ela é, realmente, o trabalho de um homem praticamente só e que, além disso, não se cerca de garantias suficientes. As relações entre a imprensa e a justiça são exacerbadas pelo arcaísmo de nosso sistema inquisitório, que cede muito espaço ao juiz de instrução e pouco à audiência. Em inúmeros casos, a verdadeira sentença pronunciada não é decidida pelo tribunal, mas *ab initio* pelo juiz de instrução, quando da prisão preventiva. Esta, na maioria das vezes, será coberta pela jurisdição de julga-

¹³ O procurador de Valenciennes não justificaria suas declarações à imprensa devido a uma “certa ética de ofício”?

¹⁴ A. Vogelweith, “La stratégie médiatique du juge”, *Libération* de 21 de maio de 1994.

¹⁵ Esta polarização na investigação atinge também as redações: o caso do sangue contaminado foi acompanhado em diversos jornais desde a audiência em torno da rubrica médica. Algumas manipulações de advogados não teriam tido lugar se tivessem sido feitas por especialistas da justiça. A importância da audiência é incessantemente descoberta pela imprensa — como no caso da menina Céline (por exemplo, M. Peyrot, “Grandeur et richesse de l’audience publique”, *Le Monde* de 20-21 de dezembro de 1992). Porém, quantos cronistas judiciários ainda restam?

mento. O *momento* da justiça, o único em que as garantias processuais correspondem ao que está em jogo, é a audiência.¹⁵

O pretenso arcaísmo do nosso processo penal justifica todos os exageros da mídia. Por que todos achincalham o segredo da instrução e a presunção de inocência? Porque os próprios magistrados não os respeitam, afirmava recentemente um jornalista. "Na França, começa-se por destruir a reputação dos suspeitos, ao encarcerá-los primeiro para somente depois proceder à investigação. Tudo começa quando o juiz de instrução e a mídia colocam o suspeito no pelourinho. Tudo é público, mesmo nas piores condições, porque no final das contas é a imprensa que diz quem é culpado e quem é inocente. E essa, evidentemente, não é a sua função."¹⁶ A mídia justifica sua intervenção, cada vez mais indiscreta, pelo fato de que a justiça não exerce — ou exerce mal — seu papel. A imprensa intervém no trabalho da justiça, e a recíproca é verdadeira: juízes e policiais juntam-se à imprensa em seu desempenho institucional, inclusive em sua estratégia. Cada um acredita estar manipulando o outro. A mídia vem em socorro aos *petits juges* quando estes enfrentam os poderosos. A imprensa justifica a repercussão dada a um dossiê que coloca em questão um político, pelo receio de que os juízes de primeira instância sejam afastados do processo, em benefício da câmara criminal da Corte de cassação. Já que a justiça não pode abordar de frente a dimensão política do caso, a imprensa ocupa esse lugar, realizando as investigações que a lei impede.

Nos dois casos — dos juízes e da imprensa — as infrações à regra do segredo da instrução são justificadas pelas falhas do sistema jurídico. Eis por que o jogo atual entre justiça e mídia é *perverso*: cada um encontra a absolvição de sua transgressão na transgressão do outro — a mídia se faz juiz, alguns juízes se aventuram sobre o terreno político, e os políticos denunciam a conspiração... para se isentarem. O político se defende, não no terreno do direito, porém querendo assumir o lugar de vítima, denunciando o encarnecimento dos juízes e o conluio da imprensa. As queixas contra os magistrados por parte dos políticos se multiplicam,¹⁷ dando a impressão de um corpo-a-corpo que ninguém mais pode arbitrar, e uma das partes é o próprio mediador.

O direito começa aí a ser esquecido, na transgressão da regra em nome de uma pretensa moral superior. A justiça passa a ser feita em praça pública, fora da mediação da regra e de um espaço adequado à discussão, quer dizer, sem o auxílio de um profissional sensível e inte-

¹⁶ *Le Monde*, suplemento Radio Télévision, semana de 2 a 8 de abril de 1990.

¹⁷ Como a do ex-ministro do Interior Charles Pasqua contra dois dirigentes do Sindicato da Magistratura.

lectual. A força da regra no direito sai duplamente enfraquecida: na sua característica coercitiva e no princípio ético que encerra. A possibilidade de se colocar imediatamente como oportuna priva a regra do direito de sua primeira virtude, qual seja, a de dever ser aplicada por si mesma, sem a possibilidade de que seja disso desobrigada pelo reexame de seus méritos. Tal atitude, raramente denunciada por aqueles que deviam sancioná-la — os magistrados, dela participam —, se revela extremamente perigosa, inclusive para a moral: ela incentiva o cinismo, a hipocrisia e a tartufice. De nada adianta invocar a ordem jurídica a torto e a direito, quando se tomam tais distâncias com respeito ao puro e simples direito.

Inclinação cultural dos sistemas inquisitórios

Por que este desvio populista ameaça mais os países que adotam um processo inquisitório? Os sistemas jurídicos não são mais do que a expressão de um núcleo cultural que precisa ser decifrado. É preciso, como nos sugere Paul Ricoeur, cavar até chegar à camada de imagens e símbolos que constituem as representações básicas de um povo, que são como “o sonho desperto de um grupo histórico”.¹⁸ O processo é um dos baluartes da cultura nacional, o que explica a resistência que a França demonstra em reformá-lo. Instrução, confissão e segredo são os três pilares do processo inquisitório, em oposição ao tríptico acusatório da audiência, do confronto e das “rules of evidence”. A audiência celebra o advogado, o inquérito valoriza o juiz. Prefere-se o processo na terra da *Common Law*, desconfia-se dele na França, onde aparece como um obstáculo à verdade. Num caso, ele conduz ao verossímil; no outro, impede que a verdade apareça. Para um latino, a verdade é revelada, mais do que demonstrada ao final de uma argumentação. A tradição francesa da colegiatura é reveladora dessa concepção indivisível da verdade, que não suporta mostrar à luz do dia suas dissidências.

¹⁸ P. Ricoeur, *Histoire et vérité*, Paris, Éd. du Seuil, 3ª edição, 1964, p. 296.

Sacralização da verdade, desconsideração do processo

Essa oposição entre a *verdade* transcendental e o *verossímil* desloca o centro de gravidade do processo para o inquérito ou para a audiência e explica a concepção lúdica do procedimento na terra da *Common Law* e a denúncia permanente do processo como um *jogo*, na Inglaterra. Pode-se verificar essa diferença de percepção da verdade na imagem respectiva do advogado e do juiz que o cinema francês apresenta.

No cinema francês, o advogado é mostrado como um homem fútil, sem palavra, sem honra, um homem mulhereiro, que usa sem pudor todas as malhas do processo para fazer triunfar interesses particulares. Os argumentos levantados por ele são facilmente considerados como artifícios que impedem a manifestação da verdade. Essa situação é muito diferente no cinema americano, em que, ao contrário, a condução sutil do processo é a marca do grande advogado. O advogado é representado no cinema francês como um ser venal, interesseiro e sem escrúpulos, dominado por seu cliente. Ele somente é simpático quando decaído ou alcoólatra, como no filme *Les Inconnus dans la maison*.¹⁹ Enredador profissional, ele passa, sem hesitação, de um lado ao outro da barra do tribunal,²⁰ amparando sem preconceito o ladrão ou a viúva e o órfão. Como estamos distantes da Inglaterra, onde a acusação é sempre sustentada por advogados! O advogado é visto como um parasita, e não será surpresa alguma ver-se o fantasma revolucionário de uma justiça sem processos, a utopia de uma relação direta do Estado com seus sujeitos sem a mediação do direito. Os revolucionários tinham, com efeito, imaginado num momento suprimir os advogados: aí também estamos diametralmente opostos à concepção inglesa.

A imagem do juiz se constrói em contraposição à do advogado: ele é, na maioria das vezes, representado como um homem austero, viúvo ou solteiro. O personagem atinge sua dimensão plena quando sacrifica sua vida a serviço da verdade.²¹ O filme *Les Bonnes Causes*²² introduz um elemento recorrente do cinema francês contemporâneo: "a oposição maniqueísta entre o advogado decididamente interessado (Pierre Brasseur) e o juiz de instrução decididamente desinteressado,

¹⁹ Henri Decoin, 1941.

²⁰ Em *La Poison* (Sacha Guitry, 1951), quando um advogado festeja sua centésima absolvição, o promotor o convoca para dele solicitar que pegue uma parte civil.

²¹ Nos últimos anos, na França, dois juízes foram assassinados e dois filmes foram realizados imediatamente sobre esses crimes cometidos por bandidos. Os dois juízes tinham em comum práticas no limite da legalidade, contestadas, aliás, por seus colegas.

²² Christian-Jaque, 1962.

exercendo a justiça (Bourvil). O cúmulo é atingido em filmes apresentando, de um lado, os juízes íntegros, e de outro, o advogado ligado seja ao seu próprio meio, seja ao meio político, e até mesmo à máfia (*L'Homme qui trahit la mafia*), o advogado receptador em *Un aller simple*, de José Giovanni (1970), advogado pouco escrupuloso e que cede às pressões políticas (*Les Assassins de l'ordre*, de Marcel Carné, 1971), advogado que impede, com sua habilidade, a justiça de ir fundo e que defende os meios políticos duvidosos ou traficantes de droga (*Le Juge Fayard*, de Yves Boisset, 1976; *Cap canaille*, de Juliet Berto, 1982, e *Le Juge*, de Philippe Lefebvre, 1983)".²³ O juiz de instrução toca o imaginário francês. A imprensa reaviva periodicamente a imagem tipicamente francesa do *petit juge*, os outros juízes parecendo não ter cara. Talvez o *petit juge* e o jornalista se identifiquem ambos com o mesmo arquétipo: o caçador da verdade, o puro, o pequeno contra o poderoso, a força da caneta e da lei contra a do dinheiro e do poder. Ao *petit juge* é creditada uma vontade sem limite: ele irá até o fim, ao contrário dos políticos que estão sempre a cercá-lo. Pode-se opor assim facilmente o juiz à sua hierarquia: isso faz com que seu combate seja feito junto ao povo, pleno de bom senso contra a hierarquia, suspeita de ser mais sensível às pressões políticas.²⁴ Não são as competências jurídicas que lhe trazem glória, mas a integridade que encerra a mentalidade de justiceiro: paradoxalmente, o *petit juge* será tanto mais valorizado quanto mais transgredir a lei e se opuser à sua própria hierarquia.

Idealização da regra, ocultação dos arranjos

A lei, na França, assemelha-se a algo de *transcendente*, enquanto que no universo da *Common Law* o direito parece mais uma regra do jogo. O fato de que "processo justo" seja traduzido para o inglês como *fair trial*, quer dizer, literalmente, um processo "leal", não é estranho. Uma regra do jogo é leal se a lei é justa: uma insiste no caráter recíproco

²³ R. Cherel e L. Pellerin, "L'avocat pris au piège de l'imaginaire. Le cinéma de fiction comme source de l'histoire de la profession d'avocat 1920-1990", *Revue de la société internationale d'histoire de la profession d'avocat*, 3, 1991, pp. 133-134.

²⁴ Por exemplo, podemos ler os seguintes títulos na imprensa: "Les ailes coupées du juge Rousseau" (juiz designado para o caso do estádio de Furiani), "Paul Weisbuch évolue sous la haute surveillance du parquet général". "Sera-t-il prochainement l'objet d'une mutation-promotion?" (chapeau); "La hiérarchie judiciaire, quant à elle, se méfie de ce magistrat un peu trop 'accessible'" (*Le Figaro* de 16 de dezembro de 1992).

da regra, a outra, na dimensão metafísica da justiça. Assim, também a justiça como instituição judiciária se traduz por *judges*, *judiciary*, *courts* ou *administration of justice*, nunca por *justice*, termo reservado à virtude. Comparemos a disposição da sala de audiências: na França, fala-se do “palácio” de justiça, termo intraduzível para o inglês e o alemão. Aqui, o luxo de símbolos surpreende; lá, o pretório se organiza em um espaço de discussão. A função de árbitro, expressa pela altura da cadeira do juiz inglês, contrasta com o colégio dos juízes franceses, que ficam à mesma mesa com o promotor. Em processo acusatório, são as partes — acusação e defesa — que ficam no mesmo nível.²⁵ Isto porque a lei na França é objeto de uma espécie de religião laica: inscreve-se seu nome no frontispício dos palácios de justiça, às vezes até em latim. Ela tem qualquer coisa a ver com a *identidade*. Não é exagero afirmar que, para os franceses, a lei é provedora de identidade. Porque, na França, foram o Estado e a lei que pacificaram a sociedade e instituíram os laços sociais. Esta identidade parece ser mais vinculada à *community* para os anglosaxões, ou à *gemeinschaft* do além Reno.

Da mesma forma que o sagrado, a justiça na França atrai e rejeita. Aí também a sétima arte diz mais do que todos os manuais de direito. O cinema francês não se cansa de denunciar o paradoxo trágico de uma instituição que destrói mais do que conserta, que mais encoraja a reincidência do que a desencoraja. Ela irrompe em vidas tranqüilas (designações como jurado, delito menor cometido por alguém que se conhece, acusação injusta etc.) e acaba por tudo devastar. Na França, a compaixão pelo inocente, esmagado pela máquina judiciária, é um tema recorrente. No cinema francês, salvo em alguns raros filmes,²⁶ não se vê o tema da vingança: é verdade que o Estado adquiriu, há muito tempo, o monopólio da violência legítima. Nele não se verão cenas de linchamento, tão freqüentes no cinema americano. A violência é completamente interiorizada. Daí a importância do tema da culpabilidade e do remorso presente nos filmes de Claude Chabrol.²⁷ Quando a justiça oficial não pode expressar-se, a justiça interna toma a frente... A lei, na França, tem qualquer coisa a ver com a interioridade, e não apenas com o comportamento social.

Isso explica a aprovação de uns e o ceticismo de outros com relação à confissão. Talvez a presença da Igreja católica, do “pontífice”, diria Pierre Legendre,²⁸ não seja indiferente... Se o imaginário inquisitório busca toda

²⁵ A propósito, ver A. Garapon, *L'Ane portant des reliques, essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Le Centurion, 1985.

²⁶ Como em *Panique*, de Duvivier (1946).

²⁷ Especialmente *Juste avant la nuit* (1971).

²⁸ P. Legendre, *L'Amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Éd. du Seuil, 1974.

a verdade, o imaginário acusatório acomoda-se perfeitamente a uma verdade convencional. É difícil compreender uma instituição como a do juiz de menores e o papel da imagem paterna que ele representa, se não mantivermos na lembrança essa dimensão organizadora da lei na cultura francesa. O juiz, pelo seu papel pedagógico e pelo contato pessoal com a criança, deve permitir "interiorizar" a lei, segundo a expressão dos assistentes sociais. Não se pensaria nunca em dizer a um jovem delinqüente que ele deve respeitar o contrato social, mas sim que ele deve "integrar a dimensão da lei".

Uma total irresponsabilidade política

Desvio aristocrático ou tentação populista têm em comum a possibilidade de emancipar o juiz da autoridade do soberano. Inclusive porque o juiz goza necessariamente de uma total irresponsabilidade política. As restrições econômicas ou de política internacional lhe são estranhas. Uma política que não é sancionada pela discussão periódica sobre seu poder poderá ser qualificada como democrática?

Não se devem necessariamente emprestar aos juízes intenções maquiavélicas. Uma tentação, muito mais difundida do que o espírito partidário, paira em cada um deles: a de inovar, de mudar a jurisprudência, de tornar-se o campeão de tal liberdade ou tal direito. Será preciso ver aí um ciúme em relação ao poder? E supor uma paixão partidária? Não se trataria mais do desejo humano de marcar sua época, de deixar sua marca? Mas o risco seria, então, o de conduzir a jurisprudência a um superlance que ignora a realidade social e despreza as restrições econômicas. Um juiz resolve indenizar tal ou qual risco terapêutico? Com isto, ele imputaria, uma vez que são inúmeros os casos registrados na França com os quais ele não se preocupa, vários bilhões de francos ao orçamento do Estado. Nem mesmo os deputados têm esse poder, sendo proibidos de propor leis que diminuam a receita do Estado ou que aumentem sua despesa. Tal indenização poderia verificar-se ruínosa, até mesmo insuportável, para as companhias de seguro ou para o Estado. Diz-se na Itália, como também nos Estados Unidos, que todo recurso acaba sempre por encontrar um juiz favorável. Isso explica a centralização e o poder do Supremo Tribunal, sem os quais o direito americano seria ainda mais louco. Este perigo não é novo. D'Aguesseau já se colocava em guarda contra "o magistrado que só

relewa suas razões e se submete, sem pensar, à incerteza e ao capricho de seu temperamento. Como a ciência não é mais regra comum dos julgamentos, cada um determina sua regra e, se ousamos dizer, uma justiça conforme o seu caráter".²⁹

Ainda que a magistratura tome a forma de um corpo reacionário ou de juízes incontroláveis, o caráter "intocável" do juiz continua preocupante. O juiz faz com que a democracia corra o risco do ativismo quando cria um direito pretoriano ou, ao contrário, um risco de imobilismo, impedindo reformas desejadas pela maioria. Em ambos os casos, ele causa danos a uma virtude cardeal de todo o sistema de direito, ou seja, a segurança jurídica. Uma jurisdição não dispõe dos meios para legislar, o juiz não dispõe dos instrumentos para isso e se vê incapaz de "substituir uma dinâmica da qual ele suprime as manifestações por uma outra verdadeira dinâmica política".³⁰ Os casos que lhe são submetidos são necessariamente descontínuos e sem coerência entre si.

O juiz torna-se o novo anjo da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia...

Eis a promessa ambígua da justiça moderna: os *petits juges* nos livram dos políticos venais, e os grandes juízes, da própria política. A justiça participa dessa repulsa ao político tanto pelo desvio aristocrático como pela tentação populista. Mas, poderia o ativismo judiciário ser concebido sem o elemento novo que nossa democracia não consegue incorporar: a mídia?

²⁹ Citado por F. Gorphe, *Les Décisions de justice, étude de psychologie judiciaire*, Paris, Sirey, 1952, pp. 176-177.

³⁰ S. Rials, "Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme", *Le Débat*, 1991, pp. 163-182.