

## A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA DISTRIBUIÇÃO DA JUSTIÇA<sup>1</sup>

ADALBERTO PASQUALOTTO

Procurador de Justiça no Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito  
na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Professor na Escola Superior da Magistratura e na Escola Superior do Ministério Público (RS).

### Introdução

Fazer e aplicar as leis: em suma, esta é a função do Estado, de acordo com a concepção de Hans Kelsen, que afirma: "só a criação e a aplicação do direito são designadas como funções jurídicas num sentido estrito específico".<sup>2</sup> A aplicação do direito tanto é feita pela administração quanto pelo Judiciário, apenas que tendo em vista momentos e objetos diferentes. Enquanto o primeiro faz aplicação de ofício e geral, o segundo age por provocação e sobre os limites de um litígio. Ao que tudo indica, a função dual já era pensamento de Locke, a quem alguns atribuem o crédito que a maioria, sem embargo, concede a Montesquieu, ou seja, a criação da separação tripartite das funções estatais.<sup>3</sup>

Isolada ou compartilhadamente com o Poder executivo, é certo que o Judiciário exerce uma das três funções do Estado, qual seja, a de distribuição da justiça.

Esse mister exige uma determinada organização, que é variável conforme o país, sua história e tradições.

A figura central de todo sistema de distribuição da justiça é o juiz, que cumpre duas funções básicas: a condução do processo e a decisão do litígio.

1. Trabalho elaborado a pedido do Centro de Estudos e pesquisas de Direito Sanitário, da Universidade de São Paulo, preparatório a oficina de trabalho realizada naquele órgão no dia 24.7.95, sobre o grau de vinculatoriedade das decisões de órgãos da administração compostos por representantes de organizações sociais. O presente texto deteve-se especificamente nas formas de participação da sociedade no Poder Judiciário.

2. *Teoria Pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Armênio Amado, 1976, p. 327.

3. V., a propósito, J. W. Gough, *A separação de poderes e soberania, in o Pensamento Político Clássico*, org. por Célia Galvão Quirino e Maria Teresa Sadek R. de Souza, São Paulo, TAQ, 1980, pp. 183/205.

A condução do processo diz respeito à instauração da instância, ouvida das alegações das partes e coleta de provas. Trata-se de uma fase preparatória à decisão, que significa o desate da controvérsia.

Essas duas funções podem coexistir cumuladamente no mesmo juízo ou serem atribuídas a juízos distintos.

O juízo pode ser singular ou coletivo, conforme seja integrado por apenas um ou por mais julgadores.

Em muitos sistemas, há um juízo singular na primeira instância e um juízo coletivo na segunda.

A existência de duas instâncias representa uma garantia de qualificação do julgamento. A segunda instância funciona como órgão de revisão, podendo emitir juízos de cassação e reenvio da matéria a novo julgamento pela primeira instância ou de substituição do primeiro julgado.

A forma de recrutamento dos juízes também é variada. Alguns países adotam o sistema de seleção qualitativa, escolhendo os seus juízes dentre os cidadãos considerados mais qualificados para o cargo. A aferição pode ser feita por concurso público, também ocorrendo a nomeação direta. Outros países preferem a escolha dos próprios jurisdicionados, sendo os juízes extraídos de uma eleição, com maior ou menor representatividade do colégio eleitoral.

Os sistemas de seleção qualitativa estabelecem requisitos para a investidura dos juízes, sendo o mais elementar a exigência de formação jurídica. Este requisito também é comum nos sistemas eletivos, mas alguns o dispensam, admitindo juízes leigos.

A maioria dos sistemas não são puros. Pode haver seleção qualitativa em alguns casos e eleição em outros; juízes técnicos e juízes leigos; juízes singulares e colegiados etc.

Em qualquer sistema, transparece a relevância da função judicial, destinada a dar solução aos conflitos sociais, na busca do ideal da justiça, valor inerente à natureza humana.

Há outras formas de participação do homem comum na administração da justiça, quando o papel que lhe é reservado limita-se a causas menores, à chamada jurisdição voluntária ou quando exerce funções auxiliares.

O presente trabalho propõe-se a analisar em sua primeira parte, ainda que sucintamente, alguns modelos de organização judiciária, lançando os dados que permitirão uma comparação com o sistema brasileiro, ao qual é dedicado a segunda parte.

## 1. Organização judiciária comparada

Todo estudo de direito comparado deve levar em consideração a classificação dos sistemas jurídicos em agrupamentos de países identificados por suas influências históricas. Convencionou-se fazer uma divisão básica entre dois grandes sistemas: o da família romano-germânico, que reúne os países caudatários da experiência romana, acrescida da germânica, esta especialmente por obra da chamada pandectística,<sup>4</sup> e o do *common law*,

4. Movimento acadêmico que transformou a Alemanha do séc. XIX no principal centro europeu de estudos do direito romano, dando origem à terceira sistemática, ou

que derivou de decisões das jurisdições reais na Inglaterra do séc. XII e que atualmente comporta a variante do direito norte-americano. Além desses dois grandes sistemas, é mencionado a seguir também o dos países socialistas, sem embargo da existência de outros, de interesse mais remoto.<sup>5</sup>

### 1.1 O sistema romano-germânico

O prestígio do direito romano floresceu na Europa continental em razão direta do atraso do direito consuetudinário, que dominara os povos bárbaros e ainda prevalecia nas diversas comunidades e países durante o séc. XII. Nesse período iniciaram-se estudos na Universidade de Bolonha, que viriam a se propagar por toda a Europa ocidental. A compilação de Justiniano facilitava o conhecimento daquele que era considerado um sistema jurídico exemplar. Essa hegemonia cultural prevaleceu durante séculos. Só muito mais tarde o direito nacional obteve ingresso nos currículos acadêmicos. Em 1620, o direito sueco começou a ser ensinado em Upsala; em 1679, foi criada uma cadeira de direito francês na Sorbonne. Na maior parte dos países, isso só aconteceu a partir do séc. XVIII.<sup>6</sup>

Ao longo do tempo, o direito romano foi sofrendo modificações, determinadas pela aplicação dos seus preceitos às realidades locais. Essas modificações davam-se com base na opinião dos doutos (*communis opinium doctorum*), ao arrepio de circunstâncias políticas. O fundamento do sistema era uma comunidade de cultura.<sup>7</sup> O Estado ainda não havia despertado o seu interesse por legislar. O direito avançava no campo privado, onde Roma se revelara desenvolvida. O direito público só brotou por obra da escola de direito natural, que deu origem à segunda sistemática, decisiva para o advento posterior das codificações.

As raízes romano-germânicas apontam decididamente para um direito erudito, acessível apenas aos cultos. Por conseguinte, é natural que os seus aplicadores sejam selecionados por critérios qualitativos, havendo pouco espaço para a participação popular. No nível das camadas populares, praticava-se um direito atrasado, advindo da barbárie. Já em Roma, o pretor peregrino levava o direito aos povos conquistados.

### 1.2 O *common law*

Na Inglaterra, a história do direito seguiu caminhos bem diversos. Seu desenvolvimento ocorreu quase sem contato com o direito continental, nem recebeu influência marcante do direito romano, não obstante os quatro

seja, à recepção da cultura jus-romanista, sucessiva a outras duas. A primeira, ocorrida a partir de estudos das universidades medievais, especialmente a de Bolonha; e a segunda, a chamada recepção humanista, patrocinada pela França no séc. XVI.

5. Para uma perspectiva ampla, v. John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1979. No presente estudo, também não foi considerado o direito dos povos da antiguidade.

6. *Apud* René David, *Os Grandes Sistemas de Direito Comparado*, trad. de Hermínio A. Carvalho, Lisboa, Meridiano, 1972, p. 50.

7. David, cit., p. 47.

séculos de domínio de Roma, em época, porém, muito remota, nos albores da era cristã. Por consequência, o direito inglês não sofreu a ruptura representada pelas codificações no sistema romano-germânico. Enquanto os códigos destronaram a *communis opinium doctorum* e instauraram a supremacia da lei escrita, no *commom law* manteve-se a continuidade histórica, que vem até os dias presentes.

A história do direito inglês é dividida em quatro períodos: o primeiro é o período anglo-saxônico, que perdura até a invasão normanda, ocorrida em 1066, e que marca o fim da era tribal e a instalação do feudalismo. Começa a formar-se então o *commom law*, ou seja, o direito comum a toda Inglaterra, por oposição aos costumes locais, e para cuja implantação influíram decisivamente os Tribunais Reais de Justiça. Sua competência, inicialmente restrita a questões relacionadas com as finanças reais, com a propriedade imobiliária e com a posse, além das causas criminais, foi alargando-se e restringindo a importância das "County Courts" e das jurisdições senhoriais e eclesiásticas. O declínio dessas jurisdições deflagrou o ingresso no terceiro período, que é o do surgimento da *equity*, a partir de 1485. Deve-se o fato à rigidez do *commom law* para absorver a variedade de casos que antes eram resolvidos nas instâncias locais. Decepcionados ou chocados com as decisões dos tribunais reais, os cidadãos passaram a dirigir-se diretamente ao rei, rogando sua intervenção para *tranqüilizar a consciência e fazer uma obra de caridade*.<sup>8</sup> Essa forma de decisão era uma prerrogativa real, usada especialmente nas causas criminais e deixada nas questões civis ao exercício do Chanceler, que assim passa cada vez mais a ser um juiz, empregando regras próprias e rivalizando com o *commom law*. A conciliação entre as duas vertentes de direito operou-se no auge de uma onda de insatisfação contra o crescente arbítrio do Chanceler, que passou a obedecer os próprios precedentes. O período atual do direito inglês é o que se iniciou no séc. XIX, com o prestígio crescente da legislação. No campo do processo e da organização judiciária ocorreram reformas importantes, atendendo-se mais às questões de fundo e suprimindo-se a distinção formal entre os tribunais de equidade e de *commom law*. A equidade corporificou-se num conjunto de regras, cujo elenco os tribunais resistem em aumentar.

Quanto à seleção de juízes, os tribunais superiores ingleses são constituídos através da escolha de advogados de reconhecido sucesso profissional, o que para eles representa uma alta honraria. Os órgãos de cúpula do Judiciário são a Câmara dos Lordes e a Suprema Court of Judicature. Nas jurisdições inferiores, há juízes singulares, juízes colegiados e o júri. O juiz singular (*magistrate*) é chamado de Juiz de Paz e sua indicação recai sobre cidadãos comuns. Eles são assessorados por um jurista (*clerk*). Geralmente o cargo não é remunerado, exceto nas grandes cidades. A jurisdição dos juízes de paz, de natureza criminal, foi limitada às infrações menores, com a criação moderna de juízes profissionais itinerantes. O julgamento pelo júri é um direito do cidadão que se considera inocente. As questões civis são da competência de County Courts. Em matéria

8. David, cit., p. 359.

administrativa, diversos organismos atuam para evitar o congestionamento dos tribunais, para os quais cabem recursos de suas decisões. Alguns desses organismos são independentes da administração pública e são constituídos normalmente por não-juristas. Considera-se, porém, que os únicos detentores do Poder Judiciário na Inglaterra são a Supreme Court of Judicature e a Câmara dos Lordes.<sup>9</sup>

### 1.3 A escolha de juízes nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, o respeito pela autonomia dos Estados-membros da Federação dificulta uma análise geral. No entanto, existe uma jurisdição federal comum a todos. Os juízes federais são escolhidos dentre os advogados de prestígio. Nas jurisdições estaduais, quarenta dos cinquenta Estados optou pela eleição dos juízes através de sufrágio universal, sistema implantado em 1828 e que causou algumas decepções iniciais. Sobrevieram providências corretivas, como a transformação da eleição em simples ratificação popular de uma indicação feita pelo governador, e o aumento do período de mandato.

O sistema americano é radicalmente diverso do romano-germânico, porque está ligado à convicção vitoriosa do Presidente Andrew Jackson (1828-1836), que exaltava o homem comum, considerando que todos dispõem de um direito natural de praticar o direito. Por isso, as profissões jurídicas nos Estados Unidos jamais estiveram confiadas a uma elite,<sup>10</sup> contrastando flagrantemente com a *communis opinio doctorum*.

### 1.4 O direito dos países socialistas

Na antiga União Soviética, havia quatro graus judiciários: os tribunais populares, os tribunais provinciais, os Supremos Tribunais das extintas Repúblicas Socialistas Soviéticas e o Tribunal Supremo da URSS.<sup>11</sup> No primeiro grau, atuavam um ou vários juízes e adjuntos populares; nas instâncias superiores, apenas juízes. Todos os juízes eram recrutados por meio de eleição e não constituía requisito ser jurista. Os candidatos, porém, eram indicados pelo Partido Comunista (não sendo necessariamente filiados) e a eleição era apenas homologatória. As listas de candidatos apresentavam número crescente de portadores de títulos universitários ou de experiência jurídica anterior. Esses juízes contavam com assessores populares, retirados de listas de cidadãos, nos moldes de jurados. No julgamento, a voz dos assessores populares tinha o mesmo peso do juiz, mas normalmente aderiam à sua orientação técnica.

## 2. O sistema brasileiro

O Brasil, como se sabe, herdou a experiência jurídica do mundo romano-germânico. Inicialmente, tiveram vigência no território nacional as

9. David, cit., p. 411.

10. V., E. Allan Farnsworth, *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*, trad. de Antonio Carlos Diniz de Andrada, Rio, Forense, s/d/, p. 22.

11. *Apud* David, cit. p. 269. Não dispomos de dados posteriores à extinção da URSS.

Ordenações portuguesas. Com a República, preparou-se o Código Civil, na esteira das codificações tardias européias, caudatárias do *Code* francês e do BGB alemão.

A influência romano-germânica é decisiva para a estruturação da figura do juiz. De um lado, exige-se dele alta qualificação, sendo descendente cultural dos *doctores* que na Idade Média diziam o direito. De outro lado, na melhor tradição do liberalismo francês, é muito limitada sua liberdade de julgar, devendo ser apenas *la bouche de la loi*. Tem-se como pressupostos o princípio da completude do ordenamento jurídico, de modo que sempre haverá uma regra para cada caso concreto, não podendo o juiz omitir-se no julgamento sob o pretexto de lacuna da lei, estipulando o Código Civil francês a responsabilidade pessoal do juiz neste caso.<sup>12</sup> Esse grilhão refletiu-se freqüentemente na timidez da jurisprudência. Não é o caso francês em alguns setores, como no direito administrativo e na responsabilidade civil. Também não é o caso brasileiro no direito de família. Nesses âmbitos, a jurisprudência desses países sempre se mostrou arrojada. Mas seguramente é o caso da jurisprudência nacional no direito das obrigações, por exemplo, através de uma aplicação via de regra acanhada do Código Civil. Nunca se consolidou, por exemplo, a primazia da boa-fé, apesar da redação do art. 4.º, da Lei de Introdução<sup>13</sup> e do art. 1.443, do Código Civil.<sup>14</sup> O juiz, de modo geral, foi fiel ao rígido princípio da separação de poderes, emanado da doutrina de Montesquieu.

Essa timidez no julgar provoca numa aplicação rígida da lei, ocasionando, muitas vezes, perplexidade e insatisfação dos jurisdicionados, o que alimenta um descontentamento latente e a impopularidade do Judiciário, visto como burocrático e conservador.

De outra parte, o próprio Judiciário reage. Setores mais inquietos tentam mudar esse panorama através de sentenças ousadas, originando-se movimentos chamados de direito alternativo, que nada mais são do que a adesão a doutrinas radicais, plenamente reconhecíveis no seio da filosofia do direito.

Outra consequência desse estado de coisas é a conjectura, que vez por outra é lembrada, de se mudar o sistema de escolha dos juizes, implantando-se o sistema eleitoral.

O que em verdade se persegue é uma efetividade maior do sistema judiciário, aproximando-o dos anseios populares de justiça, bem compreendida a expressão como a necessidade inerente ao ser humano de ver realizado o valor do justo nas questões que lhe dizem respeito.

A solução seria uma participação mais direta do próprio povo na administração da justiça?

12. Art. 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

13. Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

14. Art. 1.443. O segurador e o segurado são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

## 2.1 Formas de participação da sociedade na justiça brasileira

A nossa lei prevê determinadas formas de participação da sociedade na administração da justiça. A mais conhecida provavelmente seja a dos jurados no júri popular.

O tribunal do júri é competente para julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 5.º, inc. XXXVIII, letra *d* da Constituição), o que compreende os delitos de homicídio, induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, infanticídio e aborto (arts. 121 a 124, do Código Penal). A participação popular é feita através da indicação de sindicatos, associações de classe, repartições públicas e outros organismos (art. 439, do Código de Processo Penal). Os nomes indicados compõem listas anuais, das quais são sorteados 21 integrantes para cada reunião. Destes, sorteiam-se, a cada sessão, os sete jurados.

Os jurados são os juízes do fato levado a julgamento. Através de uma série de perguntas formuladas pelo juiz, definem a culpabilidade ou não do réu. O juiz fica adstrito ao veredicto, podendo apenas modular a pena, no caso de condenação. A decisão do júri, portanto, é sobre mérito da causa e é soberana (art. 5.º, XXXVIII, *c*, CF). O tribunal de apelação pode cassar a decisão, mandando o réu a novo julgamento, mas não pode modificá-la ou substituí-la, como é comum nos efeitos recursais. E não é admitida uma segunda apelação com o mesmo fundamento, ou seja, uma decisão no segundo julgamento igual à do primeiro, torna-se definitiva (art. 593, § 3.º, CPP).

Outras leis criminais já previram o julgamento através do júri. Foi o caso da Lei 1.521, de 26.12.51, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular. O júri seria integrado, de preferência, por donas de casa e chefes de família. Desde o processo legislativo, porém, levantaram-se dúvidas sobre a sua constitucionalidade. Na época, a Constituição vigente, de 1947, não definia expressamente a competência do tribunal do júri. A criação legislativa serviu-se dessa imprecisão, que se manteve na Constituição de 1967. Mas a emenda de 1969 limitou a competência do júri aos crimes dolosos contra a vida e o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestara pela sua extinção.

Também a repressão aos crimes de imprensa já foi entregue ao julgamento do júri, experiência que vinha da legislação portuguesa. A legislação precedente à que hoje vigora — Lei 2.083, de 12.11.53 — previa o júri de imprensa, composto de quatro cidadãos e do juiz de direito, todos com voto. Discutiu-se durante muito tempo se as decisões do júri de imprensa, também chamado de pequeno júri, eram soberanas, decidindo afinal o STF que não. A Lei atual, n.º 5.250, de 9.2.67, aboliu o júri de imprensa, que é ignorado pelo projeto-lei que há muitos anos tramitava no Congresso sobre a matéria.

No âmbito civil, é tradicional a celebração do casamento perante o juiz de paz, ato administrativo, que não implica em prestação jurisdicional.

A mais expressiva participação direta da sociedade na jurisdição ocorre atualmente nos Juizados Especiais de Pequenas Causas, que são objeto da Lei 7.244, de 7.11.84. O autor da demanda pode optar livremente por eles ou pela jurisdição convencional nas causas de valor econômico não

excedente a vinte salários mínimos. Os Juizados Especiais funcionam sob a presidência de um juiz de direito, que é auxiliado por conciliadores e árbitros. Os árbitros são advogados indicados pela OAB. Os conciliadores são recrutados preferentemente (mas não obrigatoriamente) dentre bacharéis em direito, na forma da Lei Estadual (art. 6.º, da Lei 7.244/84). A sua função é obter composição negocial do litígio (art. 22), evitando os custos, os riscos e a demora de uma demanda comum.

Sendo facultativa a criação dos Juizados Especiais, nem todos os Estados o possuem. Em outros, a experiência mostra-se exitosa, como no Rio Grande do Sul, onde encontra-se instalado em todas as comarcas, ajudando a desafogar o Judiciário e decidindo a maioria das causas em que não é obtida a conciliação no prazo médio de 60 dias.

Na Justiça do Trabalho, as juntas de conciliação e julgamento são compostas de um juiz e de dois vogais, sendo um representante dos empregados e outro dos empregadores (art. 647, da Consolidação das Leis do Trabalho). Os vogais são nomeados pelo presidente do Tribunal Regional do Trabalho e servem por três anos (arts. 662 e 663, CLT). Representantes classistas também compõem os Tribunais Regionais (art. 670, CLT), por nomeação do Presidente da República, após a elaboração de listas pelas respectivas entidades (arts. 684 e 685, CLT).

Na Justiça Eleitoral existe a investidura de juizes temporários nos Tribunais Regionais Eleitorais, mas eles devem ser juristas.

## 2.2 A análise crítica

Os resultados da experiência brasileira de participação social na administração da justiça não são favoráveis.

O tribunal do júri é constante alvo de críticas e muitas são as vozes que se levantam em favor de sua reforma. Algumas apregoam mudança na forma de participação dos jurados. Entendem que os quesitos que eles devem responder são muito complexos. Uma fórmula sempre lembrada é a do quesito único, em que os jurados responderiam simplesmente se o réu é culpado ou não, sem necessidade de manifestação explícita sobre todas as circunstâncias do fato em julgamento, como a caracterização de legítima defesa, por exemplo, cuja alegação impõe a formulação de pelo menos quatro quesitos. Outros, mais radicais, defendem a pura e simples extinção do tribunal popular. Lembram casos célebres de julgamento em flagrante desacordo com a expectativa da opinião pública, apontando como causas a volubilidade dos jurados, seu despreparo técnico e suscetibilidade à retórica.

O júri de economia popular não deixou recordações positivas. Depois de um início de atividades extremamente rigoroso, tornou-se complacente e caiu em descrédito, merecendo a seguinte observação: "*O povo, quando consultado, por meio de inquéritos, sobre o destino dos seus exploradores, responde pela condenação, mas, quando os vê na posição de acusados, no banco dos réus, afrouxa moralmente, e absolve*".<sup>15</sup>

15. Souza Neto, *Júri de economia popular*, Ed. Revista Forense, Rio, 1952, *apud* Manoel Pedro Pimentel, *Legislação penal especial*, São Paulo, RT, 1972, p. 29.



O júri de imprensa não chegou a firmar tradição, porque é menor a incidência de delitos apurados nessa área. Também não trouxe contribuição favorável.

A CLT, que se encontra em vias de reforma, segundo o noticiário atual, pode perder os juízes classistas, aos quais é atribuída pouca contribuição.

A experiência mais positiva é a mais recente de todas, qual seja, a dos Juizados Especiais de Pequenas Causas. A função exercida pelos conciliadores é jurisdicional, como define a lei. Existe atuação direta sobre o conflito material da partes. A decisão, seja através da conciliação, do arbitramento ou do julgamento, tem força cogente e pode ser executada. O processo obedece ao princípio da oralidade e afasta-se da solenidade das audiências. As partes sequer precisam de advogados. É prestação jurisdicional acessível e rápida.

Em conta do êxito, a experiência pode ser ampliada. Em primeiro lugar, tomando o juizado de criação obrigatória para os Estados. Em segundo lugar, ampliando a sua competência, que se limita, atualmente, a algumas causas obrigacionais. Poderiam ser incluídas muitas questões relativas ao direito de família, ao direito de vizinhança, à posse, sempre que estivessem em disputa interesses disponíveis das partes.

Outra experiência atual é a do Estatuto da Criança e do Adolescente, que criou duas espécies de Conselhos: os Conselhos nacional, estaduais e municipais dos direitos das crianças e adolescentes e os Conselhos Tutelares. Os primeiros são órgãos deliberativos e controladores das ações em favor da criança e do adolescente, integrado paritariamente por representantes de órgãos administrativos e participação popular (art. 88, II, ECA). O Conselho Tutelar, de existência prevista para cada município, é órgão não-jurisdicional, inserido na execução do atendimento às crianças e adolescentes. É integrado por cinco membros, eleitos por voto direto e universal para mandato de três anos (art. 131 e ss. ECA).

O êxito dos Conselhos Tutelares dependerá basicamente do grau de interesse e participação da sociedade. Ao início da vigência da lei, parece que eles estão empolgados por militantes políticos e alguns poucos abnegados. É desejável a ampliação do raio de interesse.

Uma questão crucial é a concernente à efetividade das decisões desses Conselhos. Tanto os Conselhos de direitos quanto os Tutelares têm existência obrigatória, inclusive com dotação orçamentária específica (art. 134, parágrafo único, ECA). E a política de atendimento dos direitos das crianças e adolescentes é formulada através de um "conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais", conforme o art. 86, ECA, residindo aí a relevância dos Conselhos de direitos, que fazem parte das diretrizes básicas elencadas no art. 88.

Não são imprevisíveis nem incomuns os conflitos entre a administração pública e as orientações e decisões dos Conselhos, cabendo a estes recorrer à ação civil pública como forma de assegurar a efetividade de sua atuação. A ação civil pública pode ter objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer (art. 3.º, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985), podendo o juiz determinar a execução específica, mediante cominação de multa diária (art. 11). O próprio Conselho, na qualidade de entidade da administração

pública *lato sensu*, pode promover a defesa dos seus interesses em juízo, legitimidade que se extrai do art. 82, inc. II, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 por extensão do art. 117 desta mesma lei (Código de Defesa do Consumidor), que integrou as suas disposições processuais com as da Lei 7.347, de tal modo que ambas compõem um sistema processual único para proteção coletiva dos interesses difusos.

### **3. À guisa de conclusão: diretrizes para uma participação social mais efetiva na administração da justiça**

Como é fácil concluir pelos elementos históricos, o critério de escolha de juízes numa dada sociedade tem íntima ligação com o sistema de direito que ela pratica ou com a opção política do próprio Estado.

No caso do sistema romano-germânico, a seleção qualitativa está visivelmente vinculada à *communis opinio doctorum*, uma forma elitista de consulta aos mais cultos.

O que impede definir em primeiro lugar é se a justiça depende ou não de erudição e conhecimentos especializados.

Quanto à realização do valor do justo, a resposta é certamente negativa. Todavia, não é possível ignorar que a complexidade das relações sociais impõe a necessidade de especialização. Nem tudo pode ser resolvido singelamente por um inspirado sentimento de justiça. Não é por outra razão que os juízes soviéticos tendiam para a tecnicidade e que suas escolhas derivavam da eleição livre para a homologação induzida. Também por isso o sistema norte-americano, baseado na eleição, é severamente restringido pelo princípio do *stare decisis*, que significa a vinculatividade da decisão dos juízes inferiores aos precedentes dos tribunais superiores.

A eventual proposta de eleição dos juízes no Brasil deveria levar em conta essas circunstâncias e também o fato de que uma das instituições nacionais mais criticadas é o Congresso e o Poder Legislativo em geral, cujos membros são eleitos pelo voto popular. Provavelmente a eleição dos juízes só agravaria os problemas já bastante sérios do Judiciário.

A eleição de juízes, porém, não é a única — e pensamos que não é a melhor — maneira de aproximar o Judiciário e a sociedade. Isso pode ser obtido pela já apontada ampliação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e, no âmbito criminal, redefinindo-se a função do júri.

Com efeito, o processo comporta dois níveis de consideração: o dos fatos e o do direito. O primeiro é meramente empírico e o segundo, eminentemente técnico. No processo do júri, diz-se que os jurados são juízes do fato, mas existe uma contradição intrínseca: a qualificação do fato é procedida na fase instrutória, quando o juiz colhe as provas (à revelia do júri) e com base nelas decide sobre o tipo penal: tratando-se de crime doloso contra a vida, remete o julgamento aos jurados. Estes deverão decidir basicamente diante do debate em plenário, quando as partes discutem as teses jurídicas que podem determinar a condenação do réu ou sua absolvição. Normalmente, a pendenga fica em torno de ter havido ou não legítima defesa. Discute-se o que é legítima defesa em tese e como ela teria acontecido no caso concreto. É inevitável o contágio técnico do debate ou, o que é pior, o completo desprezo às provas, em favor de argumentos puramente

emocionais e retóricos. Ao final, os quesitos causam perplexidade a quem não está familiarizado com a terminologia jurídica.

Aparenta-se mais apropriado o sistema do grande júri americano, reunido para assistir a coleta de prova, sob a presidência do juiz, que pode excluir as provas consideradas irrelevantes, inclusive aplicando a regra do *ouvi-dizer*, ou seja, inadmitir como provados fatos dos quais a testemunha não tem conhecimento direto.<sup>16</sup> A prova torna-se mais definida, com delimitação prévia do seu âmbito e delimitadora do debate posterior, apto então a uma discussão mais conseqüente.

Aos jurados se poderia dedicar, portanto, uma função reconstitutiva do fato, estabelecendo-se a sua participação na fase empírica do processo, sobre cujos assentamentos o juiz deverá pronunciar uma decisão jurídica.

Resgatada a sua credibilidade, o júri popular estaria apto a reivindicar uma ampliação de competência, dando margem a uma maior participação da sociedade no setor criminal do Judiciário, da mesma forma que já pode hoje fazê-lo o Juizado Especial de Pequenas Causas.

Deposita-se, finalmente, justificada esperança nos Conselhos criados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais, todavia, necessitam de participação política dos cidadãos, sem o que se transformarão em instrumentos de manipulação de interesses.

16. V. E. Allan Farnsworth, cit., p. 145.