



Fernando Rabello

A FUNÇÃO SOCIAL DA MAGISTRATURA NA CONTEMPORANEIDADE

42

SOCIAL FUNCTION OF THE CONTEMPORARY BENCH

Oriana Piske

RESUMO

Observa que aos tribunais, em geral, compete, além do controle da constitucionalidade, a garantia direta contra lesões dos direitos fundamentais, a defesa de interesses difusos e o enfrentamento da obscuridade e ambiguidade dos textos legislativos. Considera que a essência da independência e da legitimação democrática da atividade judicial encontra-se na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de “garante” dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; juiz – função social; independência, legitimidade, magistratura; liberalismo; imparcialidade; Estado democrático de Direito.

ABSTRACT

The author considers that, besides instituting the constitutionality control, the courts are entitled to directly safeguard against basic rights violation, to stand up for diffuse interests and to deal with obscurity and ambiguity in legal texts. She thinks that the essence of independence and of democratic validation of the legal activity lies both in the judge’s subordination to the Constitution and in his role as a keeper of basic rights.

KEYWORDS

Constitutional Law; judge – social function of; independence; validation; Bench; liberalism; impartiality; Democratic rule of Law.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente ensaio é tecer algumas reflexões sobre a função social da magistratura na atualidade, para tanto abordamos a essência da legitimação democrática da atividade judicial no Estado democrático de Direito. Analisamos os pressupostos constitucionais da independência dos juízes, em termos da Constituição, que estão assentados na independência funcional, política, orgânica, na inamovibilidade, na responsabilidade e na imparcialidade. Procuramos, finalmente, delinear os desafios da magistratura contemporânea, destacando dentre eles a necessidade da concretização dos direitos de cidadania, do fortalecimento da cultura de direitos humanos e a discussão da própria atuação do juiz na implementação dos direitos fundamentais.

O debate proposto acerca da legitimidade da atividade jurisdicional é próprio do paradigma do Estado democrático de Direito. No paradigma liberal, o isolamento político-social do Poder Judiciário reduzia a legitimidade de suas decisões a um momento que antecedia a própria atividade jurisdicional. Cabia ao Judiciário aplicar normas já previamente dotadas de uma legitimidade advinda do processo legislativo.

Tal legitimidade era transferida diretamente para a decisão judicial pelo seu vínculo à lei. Entretanto, a atividade jurisdicional, como aponta Baracho Júnior, não está reduzida a uma legitimação derivada, mas tem o seu próprio momento de legitimação, que se identifica no grau de adequação do comportamento judicial aos princípios constitucionais. Esse tema, também presente na obra de Dworkin e Habermas, indica para o juiz a necessidade de solucionar o caso de forma adequada, considerando a norma positiva, os aspectos morais e éticos, bem como os pragmáticos (BARACHO JR., 2000, p. 157-158).

A legitimidade dos juízes deve ser orientada para o grau de adequação do comportamento judicial aos princípios e valores que a soberania nacional consi-

dera como fundamentais. Sua legitimidade democrática expressa-se nas decisões judiciais, enquanto amparadas nas aspirações da comunidade, plasmadas no ordenamento constitucional e legal (BARACHO, 1995, p. 27).

No que tange à legitimação democrática da jurisdição no controle de constitucionalidade das leis, Mauro Cappelletti destaca que *já não se pode negar que na atividade jurisdicional existe criatividade normativa (adequação da lei à Constituição), de qualquer modo, impõe-se notar que o judicial law-making é lento, gradual e indutivo (emerge de casos concretos); é um processo experimental, um trial-and-error process of law-making e, por isso mesmo, mais flexível e adaptável às necessidades concretas da sociedade; resta mencionar a lição histórica no sentido de que nenhum regime ditatorial ou opressivo jamais aceitou um sistema eficaz de justiça constitucional. A jurisdição constitucional, em suma, possui plena legitimidade e é absolutamente necessária num regime de liberdade e democracia* (CAPELLETTI, 1994, p. 66 e ss.)

A legitimidade dos juízes deve ser orientada para o grau de adequação do comportamento judicial aos princípios e valores que a soberania nacional considera como fundamentais.

Com efeito, a essência da legitimação democrática da atividade judicial e de sua independência está na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de “garante” dos direitos fundamentais.

2 A MISSÃO DO JUIZ

O Estado democrático de Direito não mais aceita uma postura omissa e passiva do Poder Judiciário. Este deixou de ser um Poder distanciado da realidade social, para tornar-se um efetivo partícipe da construção dos destinos da sociedade e do país, sendo, além disso, responsável pelo bem da coletividade (TEIXEIRA, 1999, p. 182).

Trata-se de uma revolução de enver-

gadura. É, em suma, a substituição do Estado Legal pelo Estado de Direitos. A positividade dos direitos já não está, em última instância, nas mãos do legislador, mas nas do juiz, a quem cabe concretizar o significado dos enunciados constitucionais para julgar, a partir deles, a validade ou invalidade da obra do legislador, mediante uma atuação judicial criativa e pragmática.

O Estado constitucional de Direito caracteriza-se por ser direito e limite, direito e garantia. Cabe ao juiz assegurar o seu reconhecimento e a sua eficácia. Deve concretizar o significado dos enunciados constitucionais para, a partir deles, julgar a validade ou invalidade da obra do legislador. É na observância estrita da Constituição, assim como na sua função de garante do Estado constitucional de Direito, que assenta o fundamento da legitimação e da independência do Poder Judiciário (GOMES, 1997, p. 116-117).

O juiz, como agente político (não partidário), deve estar atento às transformações do mundo moderno, ao aplicar o Direito, valorando os aspectos sociais, políticos e econômicos dos fatos que lhe são submetidos.

Cabe ao juiz exercer a atividade recriadora do Direito pelo processo hermenêutico, bem como a de adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social e, com responsabilidade, deve buscar as soluções justas aos conflitos, visando à paz social.

Verifica-se que a politização do juiz deriva do fato de que ele soluciona litígios aplicando normas, que são condutoras de valores e expressões de um poder político. Não existe, assim, norma neutra. Logo, se o juiz é um aplicador de normas, não existe juiz neutro. Em verdade, no marco do Estado constitucional de Direito, a atividade política e a atividade

judicial estão estreitamente unidas pelo império do Direito.

Um outro aspecto da politização do juiz está no fato de que as constituições modernas contemplam normas de conteúdo poroso, a ser complementado pela *práxis*. E o Poder Legislativo derivado, em muitas situações, não só não se esforça para preencher o vazio, mas prima por seguir a mesma técnica da legislação aberta e indeterminada. Incapaz de solucionar alguns megaconflitos modernos, muitas vezes o legislador acaba atribuindo ao Judiciário a responsabilidade de moldar a norma final aplicável.

Verifica-se que a politização do juiz deriva do fato de que ele soluciona litígios aplicando normas, que são condutoras de valores e expressões de um poder político.

O Judiciário não somente passou a solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, além de implementar o conteúdo promocional do Direito contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram direitos sociais. De qualquer forma, *essa politização do juiz, que é inegável dentro do Estado Constitucional de Direito, concebido como fonte e limite do direito, não pode, no entanto, chegar ao extremo de lhe permitir a substituição da racionalidade jurídica pela racionalidade política. Esse é hoje um problema que ronda a legitimação democrática da jurisdição, [...].* (GOMES, 1997, p. 47)

3 LEGITIMAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DO JUIZ

A proibição de “politização partidária” do juiz guarda certa coerência com a tradição brasileira, que nunca admitiu eleição direta (popular) para esse cargo. Com a finalidade de resguardar sua independência, prevê a Constituição a impossibilidade de o juiz dedicar-se à atividade político-partidária (CF, art. 95, parágrafo único, inc. III) ou de pertencer a partidos políticos. Por outro lado, diante da proibição de politização partidária do juiz, já não se pode discutir que o constituinte pretendeu assegurar para a função jurisdicional outro tipo de legitimação democrática distinta da representativa: trata-se da legitimação legal, ou racional ou formal. Ambas as modalidades de legitimação derivam da vontade (soberana) popular. Entre elas não há nenhuma hierarquia. E, dentre as múltiplas garantias oferecidas pela legitimação formal, uma delas deve ser destacada neste momento: a que impede que o juiz, no exercício de sua função, utilize para a solução dos conflitos outros critérios que não sejam os emanados do ordenamento jurídico.

Com isso, não só se garante uma certa objetividade na atuação do juiz, senão também se evita sua politização ideológica. Não queremos dizer que o juiz não tenha suas convicções, suas crenças e sua visão própria do mundo. Cada um tem suas preferências ideológicas, políticas, filosóficas etc., porém, para se alcançar um alto nível de objetividade na função jurisdicional, o que constitui uma garantia para todos, devemos reconhecer que as convicções ou critérios pessoais do juiz só são válidos para a solução dos conflitos na medida em que estejam de acordo com as normas, princípios e valores do ordenamento jurídico.

A seguir serão examinadas as principais características nas quais se embasava a estrutura do Poder Judiciário no contexto do surgimento e da consolidação do Estado Moderno. Visamos, deste modo, ao melhor entendimento das novas demandas que foram colocadas perante a atuação criativa dos juizes como fruto das mudanças da natureza do Estado, que se tornaram mais visíveis a partir da segunda metade do século XX.

4 O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO MODERNO

A teoria clássica da separação dos poderes tinha por objetivo fundamentar a existência e a atuação dos órgãos estatais em contraposição ao exercício do poder na época medieval, caracterizado como autoritário e arbitrário. Na base dessa teoria estava contida a ideia de separação entre Política e Direito, que determinou a neutralização da política no exercício da jurisdição. A finalidade precípua da divisão do poder estatal basicamente em duas funções – criação e execução de direito –, correspondia à ideia da inibição recíproca dos poderes que impedia, em última instância, o exercício do poder (FERRAZ JR., 1994, p. 15-41).

Nesse contexto, o Poder Judiciário tinha que orientar a sua atuação de acordo com o princípio da legalidade, que transformava a aplicação do direito em subsunção racional-formal dos fatos às normas, desvinculada de referências políticas. Desta maneira, o funcionamento do Judiciário era retroativo e retrospectivo, e visava garantir a recomposição das situações de ilegalidade do passado de acordo com o quadro normativo pré-constituído (SANTOS; MARQUES, 1996, p. 32-33).

No período do Estado Liberal atribui-se máxima importância ao princípio da segurança jurídica, cuja aplicação deveria proceder de forma automática de modo que os imperativos nela contidos chegassem sem distorção até seus destinatários. Também nesse período a atuação dos juizes era circunscrita dentro dos limites da litigiosidade interindividual, o que correspondia, no plano do Direito, ao advento da ideologia do individualismo que marcou o início da Era Moderna e que objetivava a extinção das hierarquias e dos grupos na sociedade.

A função social dos juizes, ao longo do século XIX, estava orientada no sentido de legitimar a atuação do legislador, que possuía um lugar de destaque político no contexto da distribuição dos poderes constitucionais. O distanciamento da atuação do juiz do campo da política e da ética visava assegurar a reprodução fiel do direito positivo legislado na resolução dos conflitos individualizados, garantindo, desta maneira, os direitos e as liberdades individuais. Em síntese, esse tipo de configuração das funções dos magistrados correspondia ao entendimento de legitimidade e de distribuição do poder político em um sistema democrático orientado pelos imperativos do liberalismo.

A partir do final do século XIX, devido às transformações políticas, econômicas e culturais que marcam o desenvolvimento do Estado moderno, começa também a ser modificado o significado sociopolítico das funções dos magistrados. No entanto, segundo Boaventura de Sousa Santos, foi só após a Segunda Guerra Mundial que, nos países centrais, consolidou-se uma nova forma de Estado, o Estado-Providência.

No que diz respeito aos países periféricos e semiperiféricos, o referido autor observa a não adequação dessa cronologia às realidades históricas desses países, nos quais até os direitos de cunho liberal, chamados também de “direitos de

primeira geração” ou “direitos clássicos”, são constantemente desrespeitados. Na opinião do referido cientista português, a precariedade dos direitos nos Estados caracterizados pelas drásticas desigualdades sociais é o outro lado da precariedade dos regimes democráticos (SANTOS; MARQUES, 1996, p. 34-43).

No Brasil do final do século XX, a questão da implementação plena das bases do Estado de Bem-Estar Social continua sendo um tema polêmico. Não obstante, a cultura jurídica e as práticas de aplicação do direito apresentam, nas últimas duas décadas, modificações significativas que as aproximam às características do Direito Social, base de sustentação jurídica e política do Estado-Providência (MACEDO JR., 1995, p. 51).

Com o aumento da complexidade do Estado e o surgimento de novos grupos e atores sociais, fruto da atuação acentuada dos movimentos sociais no final da década de 70, a Sociologia do Direito constatou que o modelo liberal, no qual se embasava o exercício da magistratura, entrou definitivamente em crise, determinando a erosão da legitimação clássica da atuação dos juizes. Em termos empíricos, essa constatação comprovou-se pelo alto índice de resolução de conflitos por vias extrajudiciais, que, de acordo com os dados obtidos por José Eduardo Faria, em 1983 e 1988, foi de 67% (FARIA, 1994, p. 57). Também nos anos 90, os sociólogos Maria Tereza Sadek e Rogério Bastos Arantes, em análise dos dados obtidos pelo IBGE, demonstraram que esse índice continuava o mesmo (SADEK; ARANTES, 1994, p. 39).

Verifica-se, naquele período, a perda da importância do sistema judicial na resolução dos conflitos e o incremento de mecanismos privados de solução de litígios de caráter antissocial, tanto entre as camadas mais pobres da população, com o extermínio de moradores de rua, como entre as mais ricas, que, valendo-se do seu poder econômico, nem sempre se submetem à normatividade estatal.

Foi consagrado no plano constitucional brasileiro, a partir da Carta de 1988, o elenco de direitos sociais de natureza coletiva (direitos de moradia, educação, saúde e trabalho), cuja positivação repercutiu na mudança do modelo liberal e positivista de produção e aplicação do direito. A natureza diversa dos direitos

sociais, em comparação com os direitos individuais, decorre do fato de aqueles não serem somente normas com um *a priori* formal, mas porque possuem um sentido promocional prospectivo que pressupõe a implementação de políticas públicas (FERRAZ JR., 1994, p. 18).

A caracterização dos direitos sociais em direitos das desigualdades e das coletividades foi sintetizada no pensamento de José Eduardo Faria (1994, p. 54), que enfatiza o fato de os direitos sociais serem formulados mais na perspectiva dos grupos e comunidades a que pertencem do que na perspectiva da figura do indivíduo livre e autônomo, visto como sujeito individual de Direito. O autor observa que os direitos sociais não fomentam o Direito de igualdade, entendido sob o prisma do tratamento formalmente igual dos cidadãos. Em vez disso, eles contribuem para a constituição de um direito discriminatório, que leve em consideração as desigualdades reais entre os cidadãos, objetivando socializar os riscos e neutralizar as perdas.

Em decorrência desse quadro, a aplicação do Direito passa a ser determinada pelo conflito, às vezes inconciliável, entre os interesses coletivos dos vários grupos e atores sociais, ficando superada, aos poucos, a oposição entre interesse geral e universal *versus* interesse particular. Nesse contexto, a ideia de interesse social emerge em um meio capaz de equilibrar as diversidades dos interesses coletivos em confronto.

A proibição de “politização partidária” do juiz guarda certa coerência com a tradição brasileira, que nunca admitiu eleição direta (popular) para esse cargo.

O advento dos direitos sociais repercutiu de forma visível no âmbito da legislação, tanto constitucional como infraconstitucional, com a promulgação de leis que visam à proteção específica de determinados grupos sociais, desprivilegiados do ponto de vista da justiça material, tais como as crianças e adolescentes, consumidores, idosos e trabalhadores. Essa mudança do modelo de juridicidade moderno resultou da ruptura que os direitos sociais provocaram no paradigma liberal de igualdade formal de todos perante a lei, pouco sensível ao equilíbrio material das partes na relação jurídica

(APOSTOLOVA, 1998).

O modo de efetivação dos direitos sociais não coincide com o dos direitos individuais. A eficácia dos primeiros pressupõe, por um lado, a implementação de políticas legislativas e políticas públicas que requerem investimento significativo de finanças por parte do Poder Executivo; e, por outro, a concretização dos direitos sociais exige a alteração das funções clássicas dos juizes, que se tornam corresponsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação no sentido de possibilitar e fomentar a realização de projetos de mudança social.

A orientação das sentenças nesse sentido levaria à politização do exercício da jurisdição, o que constitui uma ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo jurídico, que fundamenta a separação do Direito da Política. Para reforçar essa colocação, recorreremos ao pensamento de José Eduardo Faria, para quem a aplicação desse novo tipo de legalidade (a legalidade pensada em termos concretos) acarreta a realização política de determinados valores, afetando, em consequência, a realidade socioeconômica a partir de um projeto relacionado com a implementação do direito social (FARIA, 1996, p. 52).

O processo de positivação dos interesses concorrentes e até conflitantes dos novos atores sociais resultou no colapso da ideia de legalidade, caracterizada pela sistematicidade, coerência e unidade do

ordenamento jurídico. O abandono de um ordenamento jurídico hermético, sem lacunas e de estrutura piramidal que possibilitava a aplicação da subsunção lógica de forma mecânica, legado das teorias positivistas do direito, provocou um impacto decisivo nas funções sociopolíticas dos magistrados. A consagração das reivindicações pelas quais lutam os Novos Movimentos Sociais teve como consequência o fortalecimento dos interesses coletivos, o que levou a uma explosão de litigiosidade no Estado-Providência (SANTOS et alii, 1996, p. 34).

À medida que essa nova e comple-

xa conflituosidade chegava aos tribunais, ela contribuía para o aumento da visibilidade política do sistema judiciário, ao qual se dirigiam as expectativas sociais de garantia dos direitos. José Eduardo Faria destaca que o aumento da procura pelo Judiciário, incrementando sua importância, também decorre da crise fiscal do Estado nos anos 90, que impossibilitou a implementação dos serviços públicos efetivadores dos direitos sociais, o que transformou o sistema judicial em canal institucional de obtenção de decisões que obrigassem à negociação política (FARIA, 1996, p. 37).

A função social dos juízes, ao longo do século XIX, estava orientada no sentido de legitimar a atuação do legislador, que possuía um lugar de destaque político no contexto da distribuição dos poderes constitucionais.

A (re)politização do juiz, corresponsável pelos planos do legislador, o advento da dimensão não somente reativa mas também prospectiva da sua atuação, e o fato de as decisões judiciais extrapolarem o âmbito de repercussão interindividual, para influir no destino de determinados grupos sociais, deu maior visibilidade social aos tribunais (SANTOS et alii, 1996, p. 36) e transformou o Judiciário num *locus* político privilegiado como espaço de confronto e negociação de interesses (FARIA, 1992, p. 39).

O panorama político-jurídico descrito acima tem dado ensejo a um debate acerca da possibilidade de os magistrados legitimarem a sua atuação com base em uma nova função social, determinada pelas exigências dos legítimos interesses sociais na Era Pós-Moderna.

5 OS JUÍZES CRÍTICOS

Os estudos da Sociologia jurídica no Brasil, realizados na década passada, apontavam para a dificuldade de os conflitos atuais serem absorvidos pelos “mecanismos judiciais” em vigor (JUNQUEIRA, 1993). Acrescento mecanismos judiciais tradicionais em vigor. Os dados usados, no período de 1983 e 1988, na pesquisa dirigida por Maria Tereza Sadek, denominada “A crise do judiciário vista pelos juízes”, demonstravam que os direitos reconhecidos na Constituição Federal de 1988 não se refletiam no cotidiano de 70% dos brasileiros, e os setores marginalizados encontravam no Estado e nas suas instituições impedimentos centrais para a efetivação dos seus direitos. Como uma das causas do alto índice de descontentamento da população com relação ao desempenho do Judiciário, a pesquisa ressaltava a mentalidade dos juízes, marcada pelo espírito corporativo, pouco sensível à evolução dos valores sociais e caracterizada pela tendência de localizar em fatores externos à magistratura os obstáculos ao bom funcionamento da instituição (SADEK; ARANTES, 1994, p. 40).

Também nesse sentido, José Eduardo Faria (1994, p. 48-49) ressaltou que o imaginário dogmático dos juízes constituía uma barreira à implementação dos novos instrumentos legislativos, dada a tendência desse tipo de mentalidade em identificar os direitos humanos e os direitos sociais como ameaça à certeza jurídica. Por sua vez, Boaventura de Sousa Santos

anotou a grande distância entre o Direito Constitucional e o direito ordinário nos países periféricos e semiperiféricos, e observou a atuação tibia dos tribunais na tentativa de encurtá-la, já que não assumiam a sua corresponsabilidade na realização da política providencial do Estado. Entre os fatos que determinavam a atuação insatisfatória dos tribunais, o autor apontou a formação conservadora dos juristas e a cultura cínica que subjazia à sua atuação, levando-os a desprezarem a questão dos direitos dos cidadãos.

Para Bistra Stefanova Apostolova, o sinal de uma *práxis* judicial adequada à demanda pós-moderna por direitos surgiu na época da transição democrática dos anos 80, protagonizada pela atuação do movimento Juízes Alternativos e da Associação Juízes para a Democracia (APOSTOLOVA, 1998).

Boaventura de Sousa Santos, em pesquisas sobre *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, destacou o Brasil como o país no qual, apesar do predomínio de uma cultura jurídica cínica e autoritária, multiplicavam-se os sinais do ativismo dos juízes comprometidos com a tutela judicial eficaz de direitos, referindo-se nesse contexto ao Movimento Direito Alternativo (SANTOS et alii, 1996, p. 45).

Eliane Botelho Junqueira interligou o surgimento dos juízes alternativos com o processo de democratização que tornou visível o confronto entre a ordem jurídica liberal e os conflitos de natureza coletiva, processo esse derivado da necessidade de garantia de direitos sociais mínimos para a maioria da população (JUNQUEIRA, 1993, p. 127).

Os juízes desses movimentos entendem o Direito na sua função transformadora da sociedade, orientada pelos valores jurídicos do Estado democrático de Direito, positivados na Constituição Federal. Não é diversa a essência do uso alternativo do Direito, cujos adeptos se posicionam no sentido da defesa da parte mais fraca numa relação jurídica, na tentativa do resgate da dimensão social da atividade do juiz. Os referidos movimentos de juízes críticos visavam oferecer respostas adequadas à demanda por direitos dos Novos Movimentos Sociais, que questionavam a racionalidade formal do ordenamento jurídico, colocando em xeque o paradigma que está na base da atuação tradicional do Judiciário, abrindo a discussão sobre a função social da atuação do juiz no contexto da perda da legitimidade das funções clássicas das instituições estatais.

José Eduardo Faria sintetizou três linhas fundamentais para a compreensão da atuação dos adeptos ao direito crítico, que explicitam os termos da ruptura dos movimentos de juízes críticos com o paradigma positivista-legalista dominante na cultura jurídica brasileira. Em primeiro lugar, esses juízes percebem o ordenamento jurídico como um sistema incompleto e aberto, levando em consideração que ele reproduz as contradições sociais, econômicas e políticas da complexidade da sociedade brasileira. Em segundo lugar, os juízes críticos procuram a justiça substancial e não a justiça formal, valorizando as relações concretas dos homens e enfatizando, nesse sentido, a importância da contextualização da lei. E, por último, esses juízes veem a sentença judicial não como fruto da subsunção lógica e obrigatória, mas como compromisso político entre exigências inconciliáveis (FARIA, 1992, p. 73).

As interpretações divergentes dos textos legais começaram a transformar paulatinamente o processo jurídico, acentuando

uma visão contemporânea do processo, segundo a qual o espaço do Judiciário transformou-se em uma minirreprodução do atual cenário político-social brasileiro marcado pelas ações coletivas e conflitivas dos vários atores sociais. Os conteúdos das sentenças sobre uma mesma questão variam em função das inclinações ideológicas e doutrinárias dos magistrados, fato revelador da luta simbólica entre os profissionais do campo (Idem, p. 103).

O jurista José Geraldo Sousa Júnior, no seu livro *Para uma crítica da eficácia do Direito*, estudou o pluralismo jurídico sob uma perspectiva sociológica, entendendo que, no mesmo espaço geopolítico, podem existir diversos sistemas jurídicos, decorrentes da multiplicidade das fontes do direito. O cientista considera necessário fazer algumas diferenciações no conceito do pluralismo, já que percebe a insuficiência da convivência plural sob os critérios da liberdade formal e da tolerância *para a superação da desigualdade real subjacente às conotações sócio-econômicas dos diferentes sistemas de valores*; nesse sentido, o pluralismo valorativo deveria fomentar o desenvolvimento da consciência crítica dos homens, visando à superação da desigualdade real (SOUSA JR., 1984, p. 22).

A reflexão sociojurídica de Sousa Júnior desenvolve-se no sentido de afirmar a importância da organização de um consenso baseado numa proposta de hegemonia que visa à instauração de um efetivo poder popular (Idem, p. 136).

Nesse contexto ideológico, os juízes críticos consideram a sua *práxis* judicial mais justa em comparação com a atuação dos juízes "tradicionais", tendo em vista que aquela tem por referência os direitos humanos e as demandas dos segmentos marginalizados que, no cenário do capitalismo brasileiro, são reflexo das reivindicações da maioria do povo.

6 CRIATIVIDADE JUDICIAL

No Brasil, o movimento crítico dos juízes surgiu num momento em que as demandas dos setores da sociedade por direitos sociais e coletivos superavam as possibilidades da oferta dos códigos, inspirados em uma visão liberal-individual do mundo, e essas demandas exigiam do juiz uma interpretação crítica do Direito em condições de dar maior legiti-

dade à sua atuação de acordo com as aspirações dos novos movimentos sociais.

Esses juízes, indo de encontro às rígidas rotinas burocráticas presas a exigências formais, procuraram a realização da justiça substantiva, atendendo às peculiaridades de cada caso concreto. Posicionando-se jurídica e eticamente ao lado da parte mais fraca da relação jurídica, eles opuseram-se ao predomínio do valor econômico.

Até que ponto essa *práxis* crítica sinaliza a emergência de um novo imaginário dos juristas? Em que medida esse movimento de juízes, que opera na margem do sistema jurídico, infringindo os valores predominantes do seu funcionamento, responde à necessidade de se pensar um Estado alternativo ao Estado-Dominação? Afinal para Nietzsche, os infratores dos valores são os verdadeiros criadores, no caso, de condições para o surgimento de uma associação adequada para o convívio respeitoso de atores sociais autônomos.

É possível que os magistrados atuem ao mesmo tempo na superação das desigualdades de oportunidades, assim como na organização de um sistema judiciário, reconhecido por todos os atores sociais em confronto como o espaço institucional adequado para a discussão racional das diferenças? Na literatura jurídica há inúmeras críticas e indagações em relação à atuação dos juízes críticos, as quais refletem a complexidade do tema e a importância do debate para explicitar as consequências jurídicas, políticas e sociais do agir desses magistrados.

O processo de positivação dos interesses concorrentes e até conflitantes dos novos atores sociais resultou no colapso da ideia de legalidade, caracterizada pela sistematicidade, coerência e unidade do ordenamento jurídico.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior indaga: *em que medida, no contexto da sociedade pós-moderna, os adeptos ao uso alternativo do direito, que politizam o exercício da profissão, não contribuem para a transformação do Direito em um simples bem de consumo, fomentando uma relação pragmática do jurista com o mundo, típica do agir político?* (FERRAZ JR., p. 21) Não concordamos com esse posicionamento, visto que o juiz que observa a concepção pragmatista de

Direito avalia comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista os seus efeitos. De todas as possibilidades de decisão, ele tenta supor consequências e, do confronto destas, busca escolher aquela que melhor corresponde às necessidades humanas e sociais, em vez de se fechar dentro de seu próprio sistema, ou subsistema jurídico. Essa concepção de Direito implica a adoção de recursos não jurídicos em sua aplicação e contribuições de outras disciplinas em sua elaboração.

É de fundamental importância que a especialização dos juristas seja complementada com novas sínteses que permitam obter as perspectivas necessárias para a concretização do Direito, dentre elas a concepção filosófico-pragmática. Não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, experiencial, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos nos quais os atores sociais estão inseridos.

Para Luis Alberto Warat, os juízes críticos são portadores de discursos ideológicos que não dão conta de pensar criativamente a realidade. Na opinião do autor, os juízes críticos invocam um "simulacro de vocação totalizante do saber" que esconde um "uso do direito para os próprios propósitos de poder", o que levaria esses juristas a estarem mais preocupados em seduzir do que em elaborar uma argumentação racional (WARAT, 1994, p. 169-171).

Boaventura de Sousa Santos, quando reflete sobre os perigos de uma

magistratura culturalmente esclarecida, considera necessário aceitar os riscos do seu surgimento. O autor afirma que: *por um lado, ela reivindicará o aumento de poderes decisórios, mas isso, como se viu, vai no sentido de muitas propostas e não apresenta perigos maiores se houver um adequado sistema de recursos. Por outro lado, ela tenderá a subordinar a coesão corporativa à lealdade a idéias sociais e políticas disponíveis na sociedade. Daqui resultará uma certa*

fratura ideológica que pode ter repercussões organizativas. Tal não deve ser visto como patológico, mas sim como fisiológico. Essas fraturas e os conflitos a que elas derem lugar serão a verdadeira alavanca do processo de democratização da justiça (SANTOS *apud* SOUSA JR., 1993, p. 125).

Em face do processo de definição da função social do juiz contemporâneo, é oportuno destacar que, a despeito das referidas críticas aos juízes que conferem um uso alternativo ao Direito, e apesar de não compartilhar com várias de suas ideias, dentre elas a da incompletude do ordenamento jurídico, dada, ao meu sentir, a possibilidade de sempre haver uma resposta efetiva de cunho social, educativo e pedagógico por meio das decisões judiciais, dentro do ordenamento jurídico, inclusive, com uma concepção pragmatista de direito, bastando para tanto observar os princípios e valores constitucionais.

Não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, experiencial, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos nos quais os atores sociais estão inseridos.

Contudo, entendo relevante e valorosa a busca dos juízes críticos em dar uma resposta efetiva de cidadania, principalmente durante os anos 80, época em que os valores e princípios democráticos estavam começando a se estabelecer como fundamentais à dignidade da pessoa humana.

48

7 CONCLUSÃO

A missão do juiz não se esgota nos autos de um processo, mas está, também, compreendida na defesa do regime democrático, sem o qual a função judicial é reduzida à rasteira esterilidade. O Judiciário precisa democratizar-se urgentemente em suas práticas internas, além de procurar maior legitimidade na alma do povo brasileiro – ao mesmo tempo fonte e destinatário único do poder do Estado.

Os juízes tratam das questões concretas, da vida dos seres humanos e a realidade que bate à porta do Judiciário supera qualquer abstração. Recebe-se da sociedade o conflito humano mais doloroso e, com ele, homens e mulheres divididos pela disputa com seus semelhantes.

O Judiciário enfrenta a articulação de um direito positivo, conjuntural, evasivo, transitório, complexo e contraditório, numa sociedade de conflitos crescentes, e, por isso, impõe-se a diversificação do Judiciário para atender às necessidades de controle da norma positiva.

A sociedade vem clamando uma postura cada vez mais ativa do Judiciário, não podendo este ficar distanciado dos debates sociais, devendo assumir seu papel de partícipe no processo evolutivo das nações. É também responsável pelo bem comum, notadamente em temas como a dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais e a defesa dos direitos de cidadania.

As alterações produzidas no exercício da função jurisdicional não só denunciam um crescimento inédito da sua influência social como, decididamente, arrancam os juízes do elenco de figurantes do Estado moderno, atribuindo-lhes um protagonis-

mo a que, relutantes, acabaram por aceder.

De outra face, é de se observar que inúmeras críticas têm sido feitas recentemente à atuação do Poder Judiciário no Brasil. Contudo, carece o Judiciário de melhores instrumentos de trabalho. A legislação nacional, além da técnica deficiente, é hoje de produção verdadeiramente caótica. Deficientes são os instrumentos disponíveis ao Judiciário, porque já não se aceita a verdadeira liturgia do processo, o amor desmedido pelos ritos, que quase passaram a ter fim em si mesmos, numa inversão de valores.

É certo que a entrega da prestação jurisdicional não pode deixar de transitar por um processo, previamente regrado, no qual os interessados possam ser ouvidos. Trata-se de elemento essencial para a legitimação da atividade do juiz. Mas, este processo deve ser caminho de realização da Justiça desejada pelos cidadãos, não estorvo incompreensível e inaceitável.

Estamos passando, atualmente, por uma revolução na forma de fazer justiça, caminhando, com a reengenharia do processo, para uma modificação estrutural e funcional do Judiciário em si. Procura-se remodelar o seu perfil no sentido de adequá-lo ao da Justiça que se espera na nova era pós-industrial, que vem sendo constituída principalmente nas três últimas décadas, na qual a informática transforma o conhecimento no instrumento de satisfação das necessidades da sociedade e é ferramenta de trabalho hábil para encurtar o tempo e a distância.

Esses fatores, em uma sociedade que anda à velocidade da luz e em constante competição globalizada, assumem destaque como a espinha dorsal da qualidade de todo e qualquer serviço. A Justiça, como serviço e instrumento de pacificação social, precisa comungar das ideias que estão modificando a civilização, sob pena de perder-se no tempo e no espaço.

A necessidade de adaptar o Poder Judiciário às múltiplas demandas do mundo moderno, a premência de torná-lo mais eficiente, de definir suas reais funções, sua exata dimensão dentro do Estado constitucional e democrático de Direito, a incessante busca de um modelo de Judiciário que cumpra seus variados papéis de modo a atender às expectativas dos seus usuários, tudo isso tem contribuído para que a tão esperada reforma do Judiciário ganhe efetiva prioridade.

O Estado constitucional de Direito caracteriza-se por ser direito e limite, direito e garantia. Cabe ao juiz assegurar o seu reconhecimento e a sua eficácia. Deve concretizar o significado dos enunciados constitucionais para julgar, a partir deles, a validade ou invalidade da obra do legislador. Para tanto, urge que o juiz investigue a constitucionalidade da lei. Já não tem sentido a sua aplicação automática e asséptica. Não existe lei que não envolva valores.

O juiz deve questionar o seu significado, bem como sua coerência com as normas e princípios básicos da Lei Magna. O Estado constitucional de Direito permite o confronto direto entre a sentença e a Constituição. É na observância estrita da Constituição, assim como na sua função de garante do Estado constitucional de Direito, que assenta o fundamento da legitimação e da independência do Poder Judiciário.

Dentro do sistema jurídico-constitucional vigente, deve a magistratura desempenhar as seguintes funções básicas: solução de litígios, controle da constitucionalidade das leis, tutela dos direitos fundamentais e garante da preservação e desen-

volvimento do Estado constitucional e democrático de Direito, contemplado na Constituição de 1988. Mas para que cumpra suas funções, a magistratura deve ser independente e responsável.

O Poder Judiciário brasileiro depara-se, nos últimos tempos, com o desafio da concretização dos direitos de cidadania. Para tamanho desafio, não há fórmula pronta. É preciso estar sempre disposto para essa luta. É importante não esmorecer ante a adversidade do volume de serviço crescente, mas recusar-se a entregar uma jurisdição de papel, alienada, sem a necessária e profunda reflexão sobre os valores em litígio, em que as partes sejam vistas somente como números.

É preciso que os juizes tenham o propósito de realizar uma jurisdição que proporcione pacificação social. É preciso reconhecer que a maior parte dos brasileiros ainda não tem acesso à Justiça e que é preciso reverter esse débito de cidadania.

O juiz contemporâneo, seja porque só está vinculado à lei constitucionalmente válida, seja porque enfrenta frequentemente conceitos jurídicos indeterminados, principalmente quando deve solucionar conflitos modernos relacionados com relações de consumo, com o meio ambiente, interesses difusos etc., é integrante do centro de produção normativa, logo, é um juiz politizado (o que não se confunde com politização partidária).

O juiz, no nosso sistema judicial, sem extrapolar o marco jurídico-constitucional, pode e deve desempenhar sua tarefa de dirimir litígios de modo socialmente mais justo cumprindo papel inteiramente distinto do juiz legalista-positivista, criado pela Revolução Francesa para ser *la bouche de la loi*.

O Judiciário, nos tempos atuais não pode se propor a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, visto que é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude.

O desafio do juiz contemporâneo está em julgar com justiça, pois ele deve valer-se dos princípios jurídicos num balanceamento dos interesses em conflito, observando sempre os fins sociais da lei e as exigências do bem comum

na fundamentação de suas decisões. É indispensável que o magistrado tenha prudência, pois ao aplicar a lei em cada caso, ele interpreta o fenômeno jurídico. A interpretação e aplicação possuem um conteúdo eminentemente prático da experiência humana, vez que se espera uma decisão não apenas jurídica, mas também de conteúdo social. Afinal, muda a sociedade, a forma de pensar o Estado, surgem novas tecnologias, a globalização econômica passa a ser uma realidade; tudo isso conduz à emergência de novos direitos que merecem a sua proteção.

O juiz deve estar atento às transformações do mundo moderno, porque, ao aplicar o Direito, não pode desconhecer os aspectos sociais, políticos e econômicos dos fatos que lhe são submetidos. Cabe ao juiz exercer a atividade recriadora do Direito mediante o processo hermenêutico, bem como adaptar as regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social e, com responsabilidade, deve buscar soluções justas para os conflitos, sempre com a observância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Finalmente, a prestação jurisdicional deve ser exercida como instrumento de pacificação social e afirmação da cidadania, o que é facilmente verificado quando da ocorrência de sua aplicação célere e justa, consubstanciando-se, dessa forma, como um poderoso instrumento a serviço da população. Esta sim, é a razão primordial da existência do Poder Judiciário. Esse é o papel social que, historicamente, lhe é reservado.

REFERÊNCIAS

- APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 1998.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático*

- e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CAPPELETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, c 1994.
- CARVALHO, Ivan Lira de. Eficácia e democracia na atividade judicante. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 171, p. 53-63, jul./ago. 1999.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.
- DALARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. Os desafios do judiciário. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 46-57, 1994.
- _____. *O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1996.
- FERNANDES, Raimundo Nonato. Justiça e ideologia. *Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte*, Natal, v. 19-24, n.1, p. 12, 1965.
- FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. *Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 4, p. 5, set. 1988.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-41, 1994.
- _____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *A sociologia do direito no Brasil: introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público Brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo: Sumare, 1995.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.
- _____. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e Direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.
- SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do judiciário e a visão dos Juizes. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 34-45, 1994.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; AGUIAR, A. R. A. (Orgs.). *Introdução crítica ao direito do trabalho*, Brasília: UnB, 1993. p. 104-125. (Série O Direito Achado na Rua, v. 2).
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 29-62, fev. 1996.
- SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 741, p. 38-57, jul. 1997.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Para uma crítica da eficácia do direito*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1984.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.

VIANNA, Luis Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. A condição transmoderna: o desencanto na cultura jurídica. *Revista Humanidades* 32, Brasília, v. 9, n. 2, p. 169-171, 1994.

Artigo recebido em 21/12/2009.

Artigo aprovado em 5/3/2010.