

PERSPECTIVAS DA MAGISTRATURA NA CONTEMPORANEIDADE

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto,
Gabriela Jardon Guimarães e Thaissa de
Moura Guimarães*

Sumário: Introdução. 1. Crítica que o novo modelo da Ciência pós-moderna traz para a Ciência do Direito. 2. Insuficiência do normativismo jurídico. 3. Produção legislativa e o reflexo na atividade judicial. 4. Direitos civis e políticos ante a globalização econômica. Conclusão. Referências.

Introdução

O desafio do juiz moderno está em julgar com Justiça, eis que ele deve se valer dos princípios jurídicos, como o da razoabilidade e da proporcionalidade, 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, mudam a sociedade e 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 civis e políticos que merecem a sua proteção.

Vale lembrar que, após a proclamação da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, temos o grande marco do princípio do processo de internacionalização dos Direitos Humanos. A partir daquela data consideram-se cidadãos, não apenas os detentores dos direitos civis e

* Juízas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT).

políticos, mas todos aqueles integrantes do âmbito da soberania de um Estado e deste Estado recebem uma variedade de direitos e, também, deveres. Trata-se de uma nova concepção de Direitos de cidadania que buscou se afastar do conceito de soberania estatal absolutista, com o escopo de salvaguardar os Direitos Fundamentais de todos os cidadãos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se afirma a cada dia como um novo ramo do Direito, dotado de princípios e regras, tendo como objetivo maior a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito nacional e internacional. O “direito a ter direitos”, segundo Hannah Arent (2000), passou a ser a base primordial de todo o processo internacionalizante portanto, não seria diferente com relação ao processo de transnacionalização dos mercados que, na regulação desses direitos, a proteção dos Direitos Humanos, sejam civis ou políticos, na atualidade, envolvesse um exame interdisciplinar.

Dois grandes desafios advêm da globalização econômica – investir em fatores econômicos que tragam competitividade internacional, ou investir em fatores sociais, que permitam o exercício da cidadania e o fortalecimento de uma cultura de Direitos Humanos –, e representam duas faces de uma mesma realidade de aparente incompatibilidade e de difícil coexistência, para muitos, eis que demanda a construção de um modelo econômico que, simultaneamente, contemple a promoção social-econômica e a necessária preservação do meio ambiente.

1 Crítica que o novo modelo da ciência pós-moderna traz para a Ciência do Direito

Pode-se dizer que os cânones da ciência pós-moderna, quando aplicados à Ciência do Direito, implicam em sua concepção como uma ciência cultural-normativa, emprestando destaque ao seu caráter ético. Sob o viés da pós-modernidade, não há mais como se compreender a Ciência Jurídica como limitada à mera conjugação de aspectos fáticos e normativos, eis que está em foco, em verdade e em última análise, a dinâmica, diversificada e instável experiência da vida humana.

Nesta medida, a crítica que estes novos paradigmas da ciência pós-moderna trazem para a Ciência Jurídica atual diz respeito à insuficiência da concepção Kelseneana do Direito, fundada na Teoria Pura do Direito, a lume no início do século XX, e que tinha por grande

objetivo eliminar do pensamento e da argumentação jurídica, os elementos sociológicos, dados da realidade social, considerações sobre valores, como a Justiça, o bem comum, etc. remetendo tais questões à Filosofia do Direito. Para esta concepção, não deveria importar o conteúdo ou o valor das normas, mas tão-somente sua vinculação formal ao sistema normativo.

É evidente que a tese de Kelsen teve imenso valor para a Ciência Jurídica. Como assinala Miguel Reale (2003), a valorosa contribuição de Kelsen está na determinação da natureza lógica da norma jurídica. Já para Karl Larenz (1996), o extraordinário mérito da Teoria Pura do Direito foi o de ser o primeiro notável ensaio de uma teoria que visou conferir-lhe cientificidade.

O equívoco, talvez, é que, em considerável medida, o mundo do direito está aí “estacionado”. Não é exagero dizer que esta concepção Kelseneana ainda se encontra impressa na espinha dorsal do pensamento e na cultura jurídica da atualidade. Não obstante a maioria dos juristas hodiernos considere que o conceito do Direito não pode identificar-se como o de norma, no dia-a-dia dos tribunais e das salas-de-aula do direito o que se sente vibrar ainda é a veneração à letra da lei. Outras fontes e outras inspirações de argumentação e de decisão são colocadas ainda com suspeita e desconfiança e, quase sempre, de um modo auxiliar e secundário.

Há polarização. É que, por outro lado, é notório o movimento de juristas, em vários países, no sentido de querer libertar da letra da lei o julgador, pelo menos quando da aplicação rigorosa dos textos resulte injusta dureza ou até mesmo simples antagonismo com os ditames da equidade. Carlos Maximiliano destaca a célebre oração proferida por Ballot-Beaupré, primeiro Presidente da Corte de Cassação, de França, ao solenizarem o centenário do Código Civil, depois de afirmar o caráter obrigatório do texto legal, ressaltou:

Porém, quando o dispositivo apresenta alguma ambigüidade, quando comporta divergências acerca de sua significação e alcance, entendo que o juiz adquire os poderes mais amplos de interpretação; deve dizer a si mesmo, que em face de todas as mudanças que há um século se têm operado nas idéias, nos costumes, nas instituições, no estado econômico e social da França, a justiça e a razão mandam adaptar liberalmente, humanamente, o texto às realidades e às exigências da vida moderna (MAXIMILIANO, 1995, p.171).

Os ideais pós-modernos, no que tange aos juízes em especial, os arrancam do elenco de figurantes do Estado moderno, atribuindo-lhes um protagonismo, ao qual, historicamente, não

estavam acostumados. Na qualidade de agente político (não partidário), este juiz pós-moderno deve estar atento às transformações do mundo, porque, ao aplicar o Direito, não pode desconhecer os aspectos sociais, políticos e econômicos dos fatos que lhe são submetidos. Cabe a ele exercer a atividade recriadora do Direito através do 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.

Assim, o pensamento pós-moderno vem asseverar inexistir a tal pureza do Direito de Kelsen – ou, ao menos, ser ela é insuficiente havendo, por isso, de se abrir caminho para a compreensão e a operação de um Direito que vai muito além da normatividade.

2 Insuficiência do normativismo jurídico

É comum achar no pensamento do Direito a noção de que fazer Justiça se resume a conseguir a exata subsunção do caso concreto à lei. Feito isto, não importa o resultado prático, não importam os pormenores do caso, a Justiça, idealmente, seria realizada. Esta é a Justiça, em outras palavras, da concepção normativista-legal de Hans Kelsen.

O nascedouro desta corrente de pensamento certamente está correlacionado às filosofias jurídicas que concebiam a injustiça como um estado de desigualdade. O postulado de justiça equivaleria, assim, a uma exigência de igualdade na distribuição ou partilha de vantagens ou cargas e isto sob um prisma relativo, pois, a igualdade aqui é a igualdade entre iguais, o mesmo valendo para a desigualdade. Sendo assim, como um pré-requisito para a aplicação da igualdade, necessário seria existir algum critério prévio para determinar o que seria considerado igual: a lei. Assim, desemboca-se na idéia de que a Justiça cinge-se ao resultado da aplicação correta de uma norma.

Como ressalta Alf Ross (ROSS, 2000, p. 326-330), a congruência das tomadas de decisões na operação do Direito é uma idéia fundamental do pensar jurídico, mas não é única, pois a regra jurídica formalizada nunca é capaz, nem nunca será, de expressar exhaustivamente todas as considerações e circunstâncias relevantes ou, em termos diversos, de fazer Justiça.

Diz ele ser toda administração da Justiça determinada por um conflito dialético entre duas tendências opostas. Por um lado, a tendência à generalização e à decisão em conformidade com critérios objetivos e, por outro lado, a tendência à individualização e à decisão à luz das

valorações e apreciações subjetivas da consciência jurídica ou, mais sumariamente, por um lado, a tendência para a Justiça formal, e, por outro, a tendência para a equidade concreta (p. 330).

Desta forma, se impossível escapar a este conflito, importante tê-lo em mente para abrir os olhos e não encerrar a noção de Justiça à mera aplicação da lei, como supõe a concepção normativista-legal do Direito, sabendo que a lei é apenas um dos instrumentos de aproximação da Justiça não pode ser esquecida tanto quanto não pode se manter absoluta.

3 Produção legislativa e o reflexo na atividade judicial

Certo é que, atualmente, a produção legislativa não consegue acompanhar as demandas de velocidade e intensidade extremas das transformações econômicas e sociais. Como conseqüência, tende a não atender as situações sociais novas, ainda não estruturadas, e que surgem incessantemente da imbricada dinâmica social atual.

O Poder Legislativo, vendo-se incapaz de solucionar alguns megaconflitos modernos, muitas vezes se vale da legislação aberta e indeterminada para atribuir ao Judiciário a responsabilidade de moldar a norma final aplicável. Abandona-se, portanto, a crença na auto-suficiência de um mero processo lógico-dedutivo que reduz a interpretação a uma exegese do texto, passando a ganhar destaque, em paridade com o texto da lei, a *applicatio*, pela qual qualquer ato de interpretação constitui um aditamento de sentido.

Atualmente, observa-se que aos tribunais, em geral, compete, além do controle da constitucionalidade, a garantia direta contra lesões dos Direitos Fundamentais, a defesa de interesses difusos, com o enfrentamento da obscuridade e ambigüidade dos textos legislativos (por vezes deliberada, em face dos difíceis processos de negociação). Observa-se, da mesma forma, que o paradigma pós-positivista vigente investe na juridicidade dos princípios ante a insuficiência da concepção jurídica normativista-legal, diante da dinâmica da realidade social em contínua mutação e complexidade.

Não haja mais pudores em se dizer: o Judiciário também cria o Direito, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico.

Nesta toada, 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 construir, lado a lado com os outros Poderes, as bases de regulação das novas ordens sociais.

Só com esta conjugação de esforços parece ser possível ao Poder Estatal – não importando muito aqui qual de suas tripartições – ser ágil o bastante para dialogar com as incessantes transformações dos hábitos, dos pensamentos, do homem em geral. No entanto, apesar das novas técnicas legislativas e das ações constitucionalmente previstas que, nesta particular, empoderam o Judiciário, tal idéia ainda é tímida, aferrado que se encontra o pensamento político-jurídico ainda à tripartição clássica de Montesquieu, hoje em grande medida infactível.

4 Direitos civis e políticos ante a globalização econômica

O “direito a ter direitos”, segundo Hannah Arendt (2000), passou a ser a referência fundamental de todo o processo internacionalizante, não seria diferente com relação ao processo de transnacionalização dos mercados.

A internacionalização da economia é um processo que se acentuou, ao longo da 2ª metade do século XX, tendo como características marcantes a instantaneidade das informações e da comunicação, a padronização dos meios técnicos e a interconexão das economias de diferentes países. Embora a globalização econômica seja um fator preponderante, responsável pelo desenvolvimento das relações internacionais, por agir sob a égide das forças livres, ela acaba, muitas vezes, comprometendo os recursos naturais e o meio ambiente como um todo.

Quando se falou em globalização econômica pela primeira vez, a idéia foi colocada como uma panacéia: novas tecnologias e métodos gerenciais promoveriam, por si só, o aumento geral da produtividade, o bem-estar de todos e a redução do abismo social dentro e fora das nações. Entretanto, passados poucos anos, verificou-se situação diversa, com o acúmulo de riqueza nas mãos de poucos e o aumento das desigualdades sociais. Ao lado dessa trágica realidade gerada pela globalização econômica, observou-se também a crescente degradação do meio ambiente e o uso descontrolado dos recursos naturais.

Portanto, indispensável se faz que esta mesma globalização se conjugue com a não só regulação de direitos mas com a proteção e efetivação dos mesmos. Inegável, no entanto, haver um choque entre as fontes do ordenamento interno e as fontes externas.

Gustavo Tepedino (1988) sustenta que esse contraste normativo não pode aniquilar os valores internos que garantem a estabilidade social e o respeito aos princípios constitucionais nacionais. Lembra, ainda, que “prevalece, em todo esse complexo processo, a ótica e a lógica da maximização dos resultados e da minimização dos custos.” Nesse quadrante, nota-se que os Direitos civis, políticos e sociais dos países subdesenvolvidos passam a ser vistos como “custo econômico da produção, no panorama da competição internacional” (TEPEDINO, 1988, p. 115).

Há dois grandes desafios: a implementação de investimentos em fatores que tragam competitividade internacional e os investimentos sociais, que garantam o exercício da cidadania e uma cultura de Direitos Humanos. Sustenta Gustavo Tepedino (1988, p.115) que, a busca da competitividade

acaba por significar uma importação de produtos já elaborados – a melhores preços de produção – e a exportação dos empregos necessários a produzi-los, já que outros países se encontram mais preparados tecnologicamente para a competição, resultando em ulteriores fatores de desemprego, exclusão social, atentados a valores existenciais, sendo certo que, no caso brasileiro, os modelos anteriormente adotados de protecionismo interno não trouxeram competitividade, senão a consolidação de grandes cartéis e monopólios.

É imperioso reconhecer a necessidade de se construir um modelo econômico que gere, ao mesmo tempo, riqueza e bem-estar, concomitantemente à promoção da coesão social e da preservação da natureza.

Conclusão

O grande desafio da humanidade no século XXI está em desenvolver estratégias que garantam a sustentabilidade requerida, seja no âmbito social, econômico, jurídico, ecológico e cultural, a fim de resguardar os Direitos de cidadania. Nesse contexto, marcado pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas, verifica-se que a produção legislativa não consegue acompanhar tais demandas, a despeito de serem utilizadas técnicas como as cláusulas gerais que conduzem à acolmatação, pelo órgão julgador, dos fatos sociais frente à norma legislada, no sentido da concretização do Direito e da atualização da norma.

O contínuo crescimento e diversificação das necessidades da sociedade, no que concerne à regulação pelo Poder Legislativo, tornou insustentável o monopólio parlamentar; por conseguinte, a partilha da competência legislativa com o Poder Executivo vai implicar a extensão das competências próprias do órgão de controle da lei – o Poder Judiciário.

As alterações produzidas no exercício da função jurisdicional não só denunciam um crescimento inédito da sua influência social como, decididamente, arrancam os juizes do elenco de figurantes do Estado moderno, atribuindo-lhes um protagonismo a que, relutantes, acabaram por aceder. Em decorrência, o Judiciário enfrenta a articulação de um Direito positivo, conjuntural, evasivo, transitório, complexo e contraditório, numa sociedade de conflitos crescentes, envolta na globalização econômica e, por isso, impõe-se a diversificação do Judiciário para atender às necessidades de controle da norma positiva.

De outra face, inúmeras críticas têm sido feitas recentemente à atuação do Poder Judiciário no Brasil; contudo, carece esse Poder de melhores instrumentos de trabalho. A legislação nacional, além da técnica deficiente, é hoje de produção igualmente caótica, bem como 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.

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 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 através do 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, sempre com a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

O modelo pós-positivista vigente investe na juridicidade dos princípios ante a insuficiência da concepção jurídica normativista-legal diante da dinâmica da realidade social em contínua mutação e complexidade. Verifica-se que, de um lado, há o Direito instituído formalmente e, de outro, a normatividade que emerge das relações sociais, o que leva à

necessidade da compreensão das novas condições sociais e teóricas a orientar a cognição do Direito e a atuação de seus operadores.

Nesse contexto, percebe-se a emergência de novos movimentos sociais e de novos sujeitos de Direito neles constituídos, em decorrência do surgimento de novos conflitos e da ocorrência de um efetivo pluralismo jurídico. Trata-se de uma crise decorrente do esgotamento dos fundamentos que atinge todas as instituições sociais, não sendo diferente com relação à Ciência do Direito e ao Sistema Judiciário, que não podem mais servir-se do referencial da cultura legalista que os construíram.

Esse processo oportuniza o espaço de crítica sobre o próprio pensar e o agir dos juízes e assegura condições para o debate aberto sobre o Direito e a Justiça. Cuida-se de um apelo ao poder criativo dos juízes e, também, à renovação das instituições para abertura de novos espaços públicos e condições para o debate e a construção de novos consensos, visando à formação de uma nova cultura agregando uma nova função social, no sentido da plena concretização dos Direitos de cidadania e do fortalecimento da cultura de Direitos Humanos.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

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.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, 1988.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os Juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- 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.
- 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: Lúmen Júris, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Forense, 2003.
- LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.
- MACEDO JUNIOR, R. P. A Evolução Institucional do Ministério Público Brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da Justiça*. São Paulo: Sumare, 1995.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro, 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.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.
- SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos Juízes. *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, p.104-125.1993. (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.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Para uma crítica da eficácia do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1984.

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

TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, v. 4, n.7, jan./jun., p. 103-116, 1998.

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