



UNIVERSIDADE DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO  
DOUTORADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
DISCIPLINA: TEORIA GENERAL DEL DERECHO  
PROFESSOR: DOUTOR MARIO F. FEDERICI  
ALUNA: ORIANA PISKE DE A. M. PINTO

**O DESAFIO DA MAGISTRATURA ANTE AS MUDANÇAS  
SOCIAIS E ECONÔMICAS**

**Brasil-Argentina**

**2008**

**Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto**

**O DESAFIO DA MAGISTRATURA ANTE AS MUDANÇAS  
SOCIAIS E ECONÔMICAS**

Trabalho apresentado a “Universidad del Museo Social Argentino” – UMSA como requisito para aprovação na disciplina Teoria General Del Derecho do Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais.

**Brasil-Argentina**

**2008**

## SUMÁRIO

Introdução.....	03
1. A noção de Justiça e a concepção normativista-legal do Direito.....	03
1.1. Concepção normativista kelseneana.....	04
1.2. O pensamento de Alf Ross.....	05
2. Direitos civis e políticos <i>versus</i> Internacionalização da Economia.....	08
3. As mudanças sociais e econômicas, a produção legislativa e o reflexo na atividade judicial.....	11
4. Crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para a Ciência do Direito....	14
Conclusão.....	19
Referências.....	22

## Introdução

O objetivo do presente ensaio é tecer algumas reflexões sobre os desafios da magistratura na atualidade, para tanto abordamos o conceito de Justiça, com vista a uma análise do normativismo jurídico e sua insuficiência na aplicação do Direito; adentramos a seara dos direitos humanos com o breve exame do conceito moderno de cidadania nos seus aspectos civis e políticos, analisando os desdobramentos dos processos de internacionalização dos direitos humanos e da economia; apresentamos o fenômeno da globalização dos mercados e sua decorrência no contexto legislativo e judicial; enfocamos a crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para a Ciência do Direito, demonstrando a necessidade de obter novas abordagens pela via multidisciplinar.

Nesse sentido, buscou-se responder às seguintes indagações: 1. Em que medida podemos relacionar a concepção normativista-legal do Direito com a própria noção de justiça? 2. Como regular os direitos civis e políticos frente à transnacionalização dos mercados? 3. Como é possível a produção legislativa em contextos marcados pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas? 4. Qual a crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para o campo da ciência jurídica? Qual ordem do discurso está produzindo o conhecimento jurídico hoje?

Procuramos, ao fim, delinear os desafios da magistratura moderna, destacando dentre eles a necessidade da concretização dos direitos de cidadania, do fortalecimento da cultura de direitos humanos e do debate sobre a própria atuação do juiz na implementação dos Direitos Fundamentais.

### 1 A noção de Justiça e a concepção normativista-legal do Direito

Hans Kelsen, ao formular uma Teoria Pura do Direito, no início do século XX, objetivou eliminar do campo da ciência jurídica os elementos sociológicos ou dados da realidade social, estabelecendo que caberia à filosofia do Direito as considerações sobre valores, como a Justiça, o bem comum, etc.

Para o formalismo kelseneano, teríamos como objeto da ciência jurídica a cognição das normas e não sua prescrição. Para essa concepção, ao operador do Direito não importa o conteúdo ou valor das normas, mas tão-somente sua vinculação formal ao sistema normativo. Para Miguel Reale (2003), a valorosa contribuição de Kelsen cinge-se na determinação da natureza lógica da norma jurídica. Enquanto 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 Direito, na atualidade, é visto como uma ciência histórico-cultural e compreensivo-normativa. É uma ciência normativa ética. Não há como depurar os aspectos fáticos e valorativos na ciência jurídica, eis que são aspectos significativos da experiência humana que devem ser considerados na argumentação e na fundamentação das decisões. Desta forma, os elementos normativos, sociológicos e axiológicos são essenciais para a interpretação e aplicação do Direito.

Neste trilhar, verifica-se que, para a realização da justiça, é fundamental que as decisões sejam razoáveis e justas. O Direito é um meio para atingir os fins colimados pelo homem em atividade; a sua função é eminentemente social, construtora; logo, não mais prevalece o seu papel antigo de entidade cega, indiferente às ruínas que inconsciente ou conscientemente possa espalhar.

### 1.1 Concepção normativista kelseneana

Para compreender a concepção normativista-legal do Direito temos que, inicialmente, examiná-la à luz do pensamento de seu maior expoente – Hans Kelsen. Este jusfilósofo apresentou a Teoria Pura do Direito como uma crítica às concepções dominantes existentes no início do século XX. Tal Teoria é decorrente da decadência do capitalismo-liberal. Ela é também oriunda de um mundo em que as ideologias totalitárias nascentes e suas primeiras experiências concretas conviviam com um liberalismo democrático em sua fase conservadora.

O positivismo jurídico da teoria kelseneana foi marcante para a Ciência do Direito em todo o mundo. A Teoria Pura do Direito considera que o método e o objeto do direito deveriam ter enfoque normativo, desprendido de qualquer fato social ou valor. Em seus ensinamentos, na referida obra, Kelsen admitiu a possibilidade da existência de considerações axiológicas, somente não permitiu que tais aspectos fossem aplicados à Ciência do Direito, e, em sua metodologia jurídica, baseada no axioma da pureza, dispõe, ao lado da Ciência do Direito, uma Teoria da Justiça e uma investigação sociológica do Direito.

É inconteste que a partir de Kelsen houve o surgimento de diversas teorias, ou para se filiarem a essa concepção normativista-legal, ou para se contraporem a ela. Exemplos de teorias opostas à teoria kelseneana são: 1) a teoria sistêmica deduzida por Niklas Luhman, que investiga o fenômeno jurídico a partir do âmbito social, numa perspectiva interdisciplinar; 2) a teoria tridimensional do Direito, que examina o direito sob a óptica do fato, valor e norma, foi consagrada pelo jusfilósofo brasileiro Miguel Reale.

Kelsen entende que o jurista deve caminhar de norma em norma, até a norma hipotética fundamental. Ele considera a estrutura lógica da ordem jurídica como piramidal, ou seja, o legislador, ao elaborar a lei, está aplicando a norma constitucional e o juiz, ao sentenciar, está aplicando a lei. A maioria dos juristas da atualidade considera que o conceito do direito não pode identificar-se com o de norma, apresentando objeções à Teoria Pura do Direito de Kelsen diante do seu caráter fragmentário e da própria insuficiência da concepção normativista-legal diante da complexidade das mudanças sociais.

## 1.2 O pensamento de Alf Ross

Para Alf Ross, há uma conexão entre o direito vigente e a idéia de justiça. Dentro deste pensamento pode-se distinguir dois pontos: primeiro, a exigência de que haja uma norma como fundamento de uma decisão; segundo, a exigência de que a decisão seja uma aplicação correta de uma norma. E, por isso, o problema pode ser formulado de duas maneiras, a saber:

a) Podemos nos indagar sobre o papel desempenhado pela idéia de justiça na formação do direito positivo, na medida em que é entendida com uma exigência de racionalidade, isto é, uma exigência de que as normas jurídicas sejam formuladas com a ajuda de critérios objetivos, de tal maneira que a decisão concreta tenha a máxima independência possível diante das reações subjetivas do juiz e seja, por isso, previsível.

b) Pode-se perguntar, então, que papel desempenha a idéia de justiça na administração da Justiça, na medida em que essa idéia é entendida como uma exigência de que a decisão do caso individual aplique corretamente o direito vigente. (ROSS, 2000, p. 326-330).

Respondendo à primeira indagação, Alf Ross destaca que, sem um mínimo de racionalidade (previsibilidade, regularidade), seria impossível a existência de uma ordem jurídica. Por outro lado, sustenta que a regularidade objetiva ou racionalidade formal é uma idéia fundamental em todo direito, mas não é única. Estabelecidas em categorias determinadas por critérios objetivos, as normas se apresentam como valorações formalizadas da tradição cultural. Entretanto, a regra jurídica formalizada nunca pode expressar exhaustivamente todas as considerações e circunstâncias relevantes. Inevitavelmente, quando se aplica ao caso individual, é possível que a norma conduza a resultados que não podem ser aprovados pela consciência jurídica como a expressão espontânea, não articulada, daquelas valorações fundamentais. Todo direito e toda administração da Justiça, portanto, estão determinados, em aspectos formais, 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 (ROSS, 2000, p.330).

No que tange à segunda indagação, quanto ao papel que desempenha a idéia de justiça na administração da Justiça, na medida em que essa idéia é entendida como uma exigência de que a decisão do caso individual aplique corretamente o direito vigente, responde Alf Ross que

A justiça, concebida desta maneira como um ideal para o juiz (para todo aquele que tem que aplicar um conjunto determinado de regras ou padrões), é uma idéia poderosa na vida social.

Representa o que se espera de um bom juiz e é aceita pelo próprio juiz como padrão profissional supremo. No que toca a isto, a idéia de justiça faz sentido. Refere-se a fatos observáveis. Qualificar uma decisão de injusta quer dizer que não foi realizada de acordo com o direito e que atende a um erro (injusta em sentido objetivo), ou a um desvio consciente da lei (injusta em sentido subjetivo) (ROSS, 2000, p. 330).

Entretanto, é oportuno destacar que é difícil delimitar precisamente a palavra injustiça, mormente tendo em vista que nenhuma situação concreta enseja uma aplicação única da lei. Isto é verdade, inclusive, naqueles casos nos quais existe uma regra definida, expressa em termos fixos; e é verdade, certamente, num grau ainda maior, quando o caso é julgado de acordo com padrões jurídicos. Nesse passo, quais seriam os princípios de interpretação corretos? E que liberdade se deve proporcionar ao juiz? Para Alf Ross,

Talvez a única maneira de responder a questão seja por meio de uma referência ao típico e normal na aplicação efetiva da lei. Decidir com objetividade é fazê-lo de forma típica normal; decidir subjetivamente é incorrer em desvios excepcionais. A decisão é objetiva (justa em sentido objetivo) quando cabe dentro de princípios de interpretação ou valorações que são correntes na prática. É subjetiva (injusta em sentido objetivo) quando se afasta disso (ROSS, 2000, p. 330-331).

Atualmente a maioria absoluta dos juristas, em vários países, quer 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).



Julgar com justiça apresenta-se como o desafio constante do juiz moderno, uma vez 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. Também, é necessário 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 a emergência de novos direitos civis e políticos que merecem a sua proteção.

## 2 Direitos Civis e Políticos *versus* Internacionalização da Economia

Com o surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e com a aprovação e proclamação da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, temos os grandes marcos da internacionalização dos direitos humanos. A partir daquela data considera-se cidadãos não apenas aos detentores dos direitos civis e políticos, mas a todos aqueles integrantes do âmbito da soberania de um Estado e deste Estado recebem uma variedade de direitos e, também, de deveres.

O processo de internacionalização dos direitos humanos traça uma nova concepção de direitos de cidadania que, outrora, com a Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789, sob o influxo da burguesia do liberalismo econômico, expressavam o conjunto dos direitos individuais e políticos. Antes disso, a proteção aos direitos do homem limitava-se a apenas algumas legislações internas, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789.

A nova concepção de cidadania buscou afastar-se do conceito de soberania estatal absolutista, que concebia os Estados como únicos sujeitos de direito internacional público, com o escopo de salvaguardar os direitos fundamentais de todos os cidadãos. Nesse contexto, os indivíduos passam a ser sujeitos de direito internacional, que é dotado de mecanismos processuais eficazes para o resguardo desses direitos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos vem se consolidando após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), oriundo dos horrores do nazismo, foi construído a partir de uma normatividade internacional, até então inexistente. A estrutura normativa de proteção internacional aos direitos humanos, além dos instrumentos de proteção global, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, abrange, ainda, os instrumentos de proteção regional, pertencentes aos sistemas europeu, americano, asiático e africano. Os referidos sistemas são complementares, sendo que fica ao alvitre do cidadão que sofreu vulneração de direitos a escolha do aparato que mais o beneficie. 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 referência fundamental de todo o processo internacionalizante, e não seria diferente com relação ao processo de transnacionalização dos mercados. A internacionalização da economia é um processo que se acentuou ao longo da segunda 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 a sociedade recorra à pesquisa científica e tecnológica para auxiliar o almejado desenvolvimento sustentável.

A globalização propicia, em tese, um dinamismo econômico, da qual decorre a aceleração do progresso devido ao intercâmbio de conhecimento e às tecnologias. Entretanto, ainda existem países que se recusam a cumprir protocolos assinados para a preservação do meio ambiente. Nesse contexto, como regular os direitos civis e políticos frente à transnacionalização dos mercados? Na regulação desses direitos é preciso encampar o pensamento de que a proteção dos direitos humanos, sejam civis ou políticos, na atualidade, envolve um exame interdisciplinar, “concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformula, em definitivo, o conceito de ordem pública, que se expande para os domínios da atividade econômica privada” (TEPEDINO, 1988, p. 107).

Verifica-se duas tendências contraditórias:

de um lado, o intervencionismo supranacional sobre o direito interno da maior parte dos países europeus e americanos, a implicar rigoroso planejamento e pouquíssimo espaço para a soberania, valendo-se os centros de decisão de práticas notadamente autoritárias, na fixação das metas a serem alcançadas por cada país; e, de outro, um excessivo liberalismo entre as transferências de tecnologia, mão-de-obra e investimentos, com a derrubada das barreiras alfandegárias nas relações internacionais, como forma de formar mercados supranacionais. Daí decorrem diversas conseqüências em termos hermenêuticos, no que tange aos direitos humanos na atividade econômica privada. (TEPEDINO, 1988, p. 114).

Portanto, há 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. 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 e obter justiça social.

### 3 As mudanças sociais e econômicas, a produção legislativa e o reflexo na atividade judicial

A humanidade vem se defrontando com diversos problemas típicos da sociedade pós-industrial, dentre eles a dificuldade em compatibilizar o crescimento econômico com a proteção ao meio ambiente. Verifica-se que não há uma divisão eqüitativa dos benefícios do desenvolvimento tecnológico e econômico-financeiro entre as nações. Na verdade, há uma assustadora concentração de capital nos países desenvolvidos em detrimento dos demais, levando a um desequilíbrio socioeconômico e tecnológico, daí decorrendo a miséria, a pobreza, o subdesenvolvimento, as graves injustiças sociais, a corrupção, as epidemias. Esses problemas afetam todo o globo, gerando efeitos que se refletem em todas as direções, sendo mais sentidos no âmbito do consumidor e do ambiente, despertando a consciência de que urge implementar um consumo e um desenvolvimento sustentáveis. Nessa trajetória de descompassos econômicos e sociais, os direitos do consumidor e do meio ambiente foram alçados à categoria de novos direitos humanos fundamentais. Desta forma, indaga-se: como é possível a produção legislativa em contextos marcados pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela

proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas? A produção legislativa não consegue atender a essas exigências da sociedade contemporânea.

Atualmente, observa-se que, além do controle da constitucionalidade, aos tribunais, em geral, compete, a garantia direta contra lesões dos direitos fundamentais, a defesa de interesses difusos e o enfrentamento da obscuridade e ambigüidade dos textos legislativos, por vezes deliberada, em face dos difíceis processos de negociação. O juiz, como agente político (não partidário), é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude. 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 *praxis*. E o Poder Legislativo derivado, por sua vez, em muitas situações, não só não se esforça para preencher o vazio, senão prima por seguir a mesma técnica da legislação aberta, indeterminada. Incapaz de solucionar alguns megaconflitos modernos, muitas vezes o legislador acaba atribuindo ao Judiciário a responsabilidade de moldar a norma final aplicável.

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. (... *omissis*). ” (GOMES, 1997, p. 47).

No que tange ao contexto antinômico, percebe-se que o produto legislado não está, também, imune a antinomias, ou seja, duas ou mais normas podem apresentar-se

conflitantes. Nesse conflito de normas, a doutrina desenvolveu critérios mediante princípios jurídico-positivos para solucionar as antinomias aparentes. Quanto ao contexto lacunoso, verifica-se que o produto legislado está impregnado dos problemas relativos à incompletude do sistema jurídico, na visão de Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 127).

É importante registrar que não há unanimidade na doutrina quanto à questão de existirem ou não lacunas na ordem constitucional. Cuida-se de questão aberta, jungida à concepção jurídica de sistema. Para Bulos (1997, p.127), se entendermos o sistema jurídico como sendo aberto, dinâmico, incompleto, abrigando normas, fatos e valores, “não há como considerar o dogma da plenitude hermética da ordem constitucional, do mesmo modo como não há uma plenitude da ordem jurídica em geral.” Com a devida *venia* ao aludido mestre, filio-me ao pensamento sistemático e ao conceito de sistema na Ciência do Direito na visão de Claus-Wilhelm Canaris (1996), no que concerne à ordem e à unidade como características do conceito geral de sistema, e, principalmente, à Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio (1999), no sentido de pensar o sistema como uma unidade, com coerência e completude lógicas.

O princípio da unidade do sistema do Direito positivo é homólogo ao princípio da unidade no conhecimento jurídico-dogmático. A unidade de um sistema de normas é decorrente de um superior fundamento de validade desse sistema – a Constituição positiva, ou, em nível epistemológico, a Constituição em sentido lógico-jurídico, ou seja, a norma fundamental. A unicidade decorre da possibilidade também gnoseológica (lógico-transcendental) de se poder conceber todo o material jurídico dado como um só sistema. O sistema da Ciência do Direito é dotado de critérios que permitem decidir se uma dada proposição pertence ou não ao sistema, bem como se ela apresenta coerência interna, ou seja, compatibilidade entre os elementos proposicionais integrantes dos subsistemas e, ainda, completude.

A experiência demonstra que há contradições entre as proposições normativas de um mesmo nível, entre leis constitucionais, entre leis ordinárias, entre regulamentos e entre outros atos normativos. Tais contradições são elimináveis pelo princípio extralógico da norma de nível mais elevado sobre a norma de nível inferior, ou pelo critério, também extralógico, da sucessão temporal (norma de mesmo nível revoga norma anteriormente promulgada); da norma geral que admite a contraposição contraditória de uma norma

especial, estatuindo para todos os casos compreendidos num conjunto, menos para alguns que se excetua.

Dentro do sistema jurídico é possível encontrar solução para qualquer problema, pois, nos casos de aparente incompletude da norma, os princípios do ordenamento jurídico apresentam a resposta para essas antinomias. Ainda que existam vazios normativos dentro do sistema, tais lacunas podem ser preenchidas ou colmatadas mediante a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade, com a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. Nota-se que o novo paradigma pós-positivista baseia-se na juridicidade dos princípios.

#### 4 Crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para a Ciência do Direito

A crítica que o novo paradigma da ciência na pós-modernidade apresenta para a Ciência do Direito reside na própria crise do Sistema Judiciário no sentido da busca de uma nova função social da magistratura e na construção de um novo perfil rente à pós-modernidade. A magistratura consciente dessa crise e da necessidade da sua superação deve, segundo Bistra Stefanova Apostolova (1998), “questionar os imperativos da cultura jurídica liberal, que se constitui como fator impeditivo de sua transformação em mediadores qualificados das novas formas de conflituosidade”.

Nesse contexto de crise institucional, o Poder Judiciário, mediante uma atuação criativa, pragmática e social do juiz, pretende superar tais desafios. Neste mister, se de um lado, o magistrado passa a ser protagonista ativo na efetiva concretização dos direitos fundamentais e de cidadania, por outro, deve embasar suas decisões numa visão humanista, multidisciplinar – melhor dizendo, transdisciplinar –, e pragmática, buscando novos espaços para o consenso.

A função 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. O distanciamento da atuação do juiz do campo da política 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 num sistema orientado pelos imperativos do liberalismo.

A partir do final do século XIX, devido às transformações políticas, econômicas e culturais que marcaram o desenvolvimento do Estado moderno, começou também a ser modificado o significado sociopolítico das funções dos magistrados. No entanto, consoante Boaventura de Sousa Santos, foi só após a Segunda Guerra Mundial que, nos países centrais, se consolidou 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 (SANTOS, 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 JUNIOR, 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 juízes. Verifica-se, naquele período, a perda da importância do sistema judicial na resolução dos conflitos e o aumento de mecanismos privados de solução de litígios de caráter anti-social, 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.

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).

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).

Os juízes desse Movimento 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 vêem a sentença judicial não como fruto da subsunção lógica e obrigatória, mas como compromisso político entre exigências inconciliáveis (FARIA, 1992).

As interpretações divergentes dos textos legais começaram a transformar paulatinamente o processo jurídico, acentuando uma visão contemporânea do processo, segundo o qual o espaço do Judiciário transformou-se em uma reprodução 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 (FARIA, 1992).

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 político podem existir diversos sistemas jurídicos, decorrentes da multiplicidade das fontes do direito. Ele 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 JÚNIOR, 1984).

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 legitimidade 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.

Será possível que os magistrados atuem ao mesmo tempo na superação das desigualdades de oportunidades e 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 conseqüências jurídicas, políticas e sociais do agir desses Magistrados.

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 JÚNIOR, 1994). 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 as suas conseqüências. De todas as possibilidades de decisão, ele tenta supor conseqüências e, do confronto destas, busca escolher aquela que melhor corresponde às necessidades humanas e sociais, ao invés 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.

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 idéias, 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 através das decisões judiciais, dentro do ordenamento jurídico, inclusive com uma concepção pragmatista de direito, bastando para tanto observar os princípios e valores constitucionais. 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.

Desta forma, verifica-se que a nova ordem do discurso que está produzindo o conhecimento jurídico, atualmente, segundo Bistra Stefanova Apostolova (1998), centra-se na compreensão do juiz como “agente político ativo na construção de uma nova ordem legal adequada aos tempos pós-modernos, nos quais o Direito e a Justiça são objetos de permanente luta, discussão e contextualização”. Para tanto, faz-se necessário obter novas abordagens pela via multidisciplinar, de forma humanista e pluralista.

## Conclusão

O desafio do juiz moderno está em julgar com justiça, eis que ele deve valer-se 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 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 Arendt (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.

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. Portanto, abandona-se a crença na auto-suficiência de um processo lógico-dedutivo que reduziria a interpretação a uma exegese do texto, e passa-se a destacar a importância decisiva da *applicatio* pela qual qualquer ato de interpretação constitui um aditamento de sentido. 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 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 adaptar as 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 de novas condições sociais e teóricas para 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 para a construção de novos consensos, 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.

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: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *A Sociologia do Direito no Brasil: introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 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.