

CRÍTICA QUE O NOVO PARADIGMA DA CIÊNCIA PÓS-MODERNA TRAZ PARA A CIÊNCIA DO DIREITO

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto*

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

* Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Pós-graduação em: Teoria da Constituição; Direito do Trabalho; e Direito Civil pelo CESAP – UniCEUB.

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino* (UMSA).

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.

O Poder Judiciário contemporâneo 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.

Portanto, 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.

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.

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.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

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.

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