

MAGISTRATURA, RESPONSABILIDADE SOCIAL E DEMOCRACIA

Edihermes Marques Coelho¹

1 Prólogo

O presente trabalho busca abordar a magistratura dentro do universo social, tendo em vista identificar os limites e o perfil de sua atuação. Assim sendo, as análises aqui feitas têm dois objetivos fundamentais: **(a)** aquilo que o magistrado deve levar em conta no exercício jurisdicional e **(b)** como ele deve exercer seus deveres sociais.

Para tanto, parte-se de um ponto fundamental, pressuposto das reflexões aqui expostas: *a defesa do sistema democrático de poder.*

A Democracia é tida aqui como “um valor universal”, nos moldes dos argumentos expostos por Coutinho². O que indica que mesmo (ou principalmente) o socialismo deve ancorar-se no sistema democrático de gestão do poder. Mas, para além disso: faz-se da democracia um imperativo para qualquer sistema político-econômico.

O fato é que o Poder Judiciário é um Poder ‘sui generis’ no contexto institucional, devido às funções que potencialmente pode exercer frente à população e frente aos outros Poderes. Tal especificidade gera dois compromissos muito especiais - com o próprio sistema democrático de poder e com a transformação da sociedade em termos da construção e consolidação da cidadania.

Primeiramente, o magistrado (órgão do Poder Judiciário) deve pautar sua conduta em torno da manutenção e fortalecimento do sistema democrático de poder. Neste intuito, sua conduta decisional ou administrativa de conflitos precisa estar atenta à igualização material do tratamento dado às diferentes pessoas de diferentes camadas sociais que a ele recorrem.

De outra parte, no que respeita ao próprio conteúdo de sua conduta jurisdicional, são axiologicamente imperativas as garantias de cidadania inseridas no sistema jurídico (cabe aqui salientar que a idéia de sistema jurídico não é compreendida, ao longo das linhas seguintes, de um modo fechado, acabado, mas sim dialeticamente). Garantias como, por exemplo, os fundamentos da República Federativa do Brasil, constantes no artigo 1º da Constituição Federal, ou os seus objetivos fundamentais, constantes no artigo 3º. São elementos jurídicos cuja aplicação mais e mais deve ser maximizada, por imposição axiológica ou como censor de conteúdo da aplicação de leis.

¹Prof. da UNISUL

² COUTINHO, Carlos Nelson. A Democracia como Valor Universal. Rio de Janeiro: Salamandra, 1984.

A conduta hermenêutica dos magistrados é algo forte nas sociedades atuais, mormente em sociedades periféricas como a brasileira. Valorização que aumenta seu compromisso e responsabilidade perante a sociedade, principalmente junto às massas populares, que são os setores mais sensíveis (e carentes) em relação à construção de uma cidadania democrática.

2 O juiz e a lei

Propugna-se já desde o século passado a vinculação do juiz às normas estatais. O magistrado exerceria suas funções subsumido ao poder da norma, sendo limitado seu poder interpretativo e valorativo na atuação decisional.

Linhas mais fortes dizem o juiz como a “boca da lei”, como um aplicador daquilo que estiver positivado. Neste sentido, o juiz se enquadraria quase como uma engrenagem asséptica de um sistema operacional. A função do julgador seria de aplicação silogística “pura” do estabelecido em lei para os conflitos concretos da sociedade.

Linhas intermediárias dizem o juiz como um representante do “espírito da lei”, um intérprete do conjunto originário de ideais que as leis apresentam. Aqui, mais do que uma subsunção objetiva, o papel do julgador seria o de operar uma subsunção de sentido, ou seja, identificar o sentido do mandamento legal e condicionar os casos concretos a um tal sentido.

Linhas mais fracas dizem o juiz como um identificador do “espírito do legislador”, como um intérprete dos motivos originais das normas. O julgador haveria de identificar os motivos e os objetivos que guiaram o legislador na construção normativa.

Traço comum, porém, entre essas várias faces de pensamento é sua vinculação à norma. A norma não simplesmente como uma referência de conteúdo, mas como **um mandamento de conteúdo**. A ação decisória judicial viria dependente da norma, viria subsumida apoditicamente à normatividade estrita.

Argumento forte a favor de tais posturas é aquele que as defende como uma garantia cidadã contra o arbítrio. A ascensão do positivismo jurídico veio, efetivamente, num sentido histórico, como uma reação ao poder absoluto monárquico, antes imperante. A afirmação da lei como a força máxima vinha, assim, como uma forma de situar os direitos populacionais num campo além do poder de governo. Por outro lado, a ‘deusificação’ do legal preparava o terreno para a consolidação de um poder de classe novo, que precisava assumir um aparente caráter extra-classe na sociedade. Isto porque, enquanto o poder monárquico se fundava em mandamentos divinais e na tradição, o poder burguês fundava-se na reação ao poder monárquico e na “democratização” geral dos direitos individuais.

Ora, assim sendo, necessitava a burguesia que os direitos dos quais ela se dizia defensora (formal) fossem aparentemente garantidos, sem que isso representasse, no entanto, um comprometimento dos seus interesses de classe. O caráter neutral e o legalismo vinham, assim, como um isolamento formal do jurídico em relação ao poder constituído. Essa exclusão (aparente) da política do universo jurídico possibilitava que a classe burguesa manobrasse num campo

de ações políticas onde a manipulação das aparências era mais tranqüila para os seus interesses.

A atuação do magistrado, para que o Direito pudesse satisfazer aos interesses da classe ascendente, precisava se dar nos limites de uma normatividade estrita. Assim, o Judiciário, como sumo aplicador do Direito, estaria idealisticamente posicionado acima dos conflitos sociais, fora deles, e desconectado de complexidades axiológicas do Direito.

Cabe-nos hoje, porém, questionar tal vinculação. O juiz subsumir-se à norma no exercício de sua função jurisdicional é um tipo de postura que gera determinadas dificuldades a ele individualmente como magistrado e como órgão de Poder de um sistema pretensamente democrático. Dificuldades como, por exemplo, o afastamento dos juizes da realidade social sobre a qual atuam; a falta de legitimação do Judiciário como Poder institucional; a mera formalização (e problematização) do acesso à justiça por parte das camadas populares mais pobres.

AS DIFICULDADES DO LEGALISMO

A humanidade entrou em uma fase de sua história cuja maior característica pode ser definida como a constante alteridade. As dimensões espacial e temporal estão num estágio de mudanças altamente velozes. Fatores como a comunicação de massa, a informática, a biotecnologia, alteram completamente os parâmetros de organização, convivência e controle sociais.

Realidades dimensionais positivas se alternam com carências e crises sociais. Avanços cada vez mais sensíveis em termos de conhecimento, tecnologia, modernização, contato entre pessoas, grupos, povos, contrastam com alarmantes níveis de desnutrição e subnutrição, marginalidade social, política e legal.

A lei do Estado não funciona mais como A LEI. Nas grandes cidades, cada grande favela tem parâmetros de vida moldados segundo um paralelismo entre a legalidade estatal e uma legalidade “marginal”.

Os casuismos das matrizes de organização social demonstram um fator decisivo para o posicionamento da atuação do Judiciário. Isto porque o magistrado está constantemente posto frente a frente com essas dimensões plurais da realidade social. Seu poder jurisdicional igualmente recai sobre indivíduos que vivem plenamente sob a ordem estatal e indivíduos que vivem parcialmente sob tal ordem estatal.

Dois principais linhas de questões surgem a partir disso: *existe possibilidade da legislação acompanhar o ritmo às vezes frenético das mudanças sociais? pode conseguir a lei estatal regular todo um universo de situações multifacetadas da realidade social? Por outro lado: como pode a magistratura posicionar-se em relação aos casos concretos que lhe são postos sob análise de um modo tal que sua intervenção não se dê distanciada da concretude social? deve um magistrado ignorar a concretude social em que estão inseridos os indivíduos em conflito judicial?.*

Tem-se, pois, que o legalismo não permite o adequado acompanhamento do complexo de transformações sociais. Com Juarez Freitas, pode-se dizer que a lógica da vida é dinâmica e a lógica da lei é estática. De modo que o magis-

trado só conseguirá acompanhar o universo social a que sua prestação jurisdicional atinge à medida em que seu parâmetro lógico-hermenêutico não se restrinja ao formalismo legalista, alçando vãos na direção de uma atuação dialética comprometida com transformações sociais e intencionada para a resolução das carências sociais (como instrumento de concretização dos vetores axiológicos constitucionais).

LEGALIDADE E LEGALISMO

Essencial neste ponto que se faça uma distinção fundamental: aquilo que representa o legalismo e aquilo que representa a legalidade.

Isso porque o **legalismo** parte da idéia de exclusividade ou absoluta prevalência da lei para fins da atuação dos juristas em geral e especialmente dos magistrados. Extrapola-se a dimensão de respeito a direitos civis positivados ínsitos à democracia para adentrar-se à restrição dos parâmetros de intervenção do jurista. O que, dependendo das forças que tiverem hegemonia no país, pode mesmo significar a desintegração de certos níveis de organização democrática.

A **idéia de legalidade**, por sua vez, nos traz a dimensão concreta de que há necessidade de evitar (tanto quanto possível a uma sociedade multifacetada) a dispersão das garantias sociais inseridas no sistema jurídico. Garantias de democracia que atingem o plano político, o plano de direitos civis individuais e coletivos, o plano de direitos sociais, consolidam o perfil de uma sociedade democrática (a democracia possível) para o presente e possibilitam a construção institucional de uma democracia plena para o futuro.

Enquanto a idéia de legalismo é totalizante, a idéia de legalidade é umcomponente de um contexto de intervenção jurídica. Neste sentido, a legalidade é instrumental democrático que posiciona o jurista em sua atuação, sem no entanto atrelá-lo a uma subsunção restritiva, funcionando mais como referência decisional.

Assim o sendo, o magistrado que pretende pensar sua atividade jurisdicional em parâmetros de responsabilidade transformativa para com a sociedade em que vive há de ter em conta a legalidade.

Não se faz aqui a apologia do julgamento “contra legem”. Até porque, dificilmente uma decisão de cunho socializante deixaria de encontrar guarida em diretrizes legais de cunho aberto, mormente nas diretrizes constitucionais (que, bem preleciona José Afonso da Silva, são normas jurídicas).

Não obstante se tenha feito nas linhas anteriores a defesa da idéia de legalidade, é essencial que se tenha claro que a legitimidade não se confunde com ela. Certamente que em um sistema democrático, idealmente concebido, o jogo institucional de poder é o palco referencial para a conquista dos espaços de legitimação. E, nesse jogo institucional, já na feitura de leis temos um campo privilegiado.

Havemos de ter claro, entretanto, alguns fatores: a sociedade é contraditória por si só, tanto em termos econômicos como em termos políticos; suas dimensões culturais são multifacetadas; o “jogo do poder” se dá sob a forma de uma disputa de interesses ideológicos (e, quando não, sob uma disputa de

interesses grupais que, mal ou bem, refletem fatores de classe).

Por conseguinte, a concretude democrática é falha em relação à sua idealidade. E a concreção das leis traz alguns problemas em relação às carências do corpo social, por refletir de alguns modos esses problemas.

Num tal quadro, os magistrados, como componentes de um Poder institucional especial (porque age inclusive sobre certas condutas dos outros Poderes), têm tarefas ímpares no contexto de uma sociedade democrática. Uma delas é de primar por uma conduta atenta às carências gerais mais prementes da população em geral, de modo a não desconsiderá-las em suas decisões. Outra é de, sob a perspectiva de reforço democrático (que deve estar sempre presente para todos aqueles que compõem os Poderes institucionais), reportar-se aos valores (constitucionais) do sistema mais adequados a atender as expectativas geradas pelo conjunto de carências sociais. Ainda, devem eles ter claras as disparidades culturais e econômicas de nossa sociedade, com o que sua postura seja de facilitação do acesso à justiça.

Afinal, *“democracia é um jogo dialético em que todos podem assumir o seu próprio poder e efetivá-lo à medida em que cada um contribua para a realização do autêntico poder dos demais (...). Neste enfoque, deve o julgador assumir sua parcela de poder antes que o arbítrio o faça. Referimo-nos ao poder de criar, isto é, poder jurisdicional em amplo sentido: poder, em suma, de aproximar, hermeneuticamente, legalidade e legitimidade.”*(2) .

3 Aplicadores, intérpretes ou criadores?

A lei, os precedentes jurisprudenciais, as normas constitucionais, são formas institucionais de comunicação humana. Juridicamente, há um constante caminho de compreensão e definição de sentido de tais formas. Caminho que busca objetivar o sentido no prisma das situações específicas que haverão de ser atingidas pelo conteúdo de tais formas comunicantes. Este processo de definição de sentido logicamente precede as enunciações decisórias dos magistrados.

A definição de sentido dos textos jurídicos, mormente os legais, é um processo de interpretação chamado de hermenêutica. Sua aplicação se dá, por vezes, de modo geral (uma súmula, por exemplo); regra geral, no entanto, tem-se o processo hermenêutico aplicado de forma amíuade, na concreção jurídica, e especificamente, caso a caso.

É possível identificar três linhas básicas de pensamento a respeito da atividade hermenêutica jurisdicional: os que propugnam o juiz como aplicador da lei; os que propugnam o juiz como intérprete do Direito; e aqueles para os quais o juiz é um efetivo (e amplo) criador de Direito.

Na idéia do juiz como aplicador da lei, temos já a imposição de limites (mais ou menos rígidos) ao próprio significado do que seja o Direito. Limi-

³ FREITAS, Juarez. A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989 - p. 73.

tes que estariam postos com a normatividade estrita. Tal linha de pensamento não retira do juiz a atividade interpretativa, mas a restringe consideravelmente no alcance através da vinculação ora à própria lei, ora a um onipotente sentido legal, ora à intencionalidade do legislador.

Na idéia do juiz como um intérprete *do Direito*, temos antes de mais nada a idéia de sistema complexo. O Direito é compreendido na amplitude de suas lacunas e antinomias, abarcando um conjunto de valores e princípios como ápices no sistema jurídico. A tarefa do juiz seria, então, uma interpretação ampla, que preenchesse os espaços vagos e solucionasse os conflitos contingentes a partir de um conjunto de elementos consagrados no sistema. A idéia do juiz criador parte da mesma noção do que seja o Direito que a idéia do juiz intérprete. Vai, porém, mais longe: o juiz não meramente assumiria valores insertos no sistema jurídico, mas buscaria a construção de intervenções jurisdicionais inovadoras, que atendessem especificidades concretas das situações e indivíduos abrangidos pela prestação jurisdicional.

Foram já apresentadas ao longo das linhas anteriores razões suficientes para demonstrar a insuficiência do legalismo como linha de pensamento para o Judiciário como Poder. Cabe neste ponto se existe realmente efetiva distinção ou incompatibilidade entre a idéia do juiz intérprete e a idéia do juiz criador.

O ato de interpretação jurídica nos diz por si só algumas coisas: que o Direito enquanto previsão de situações é incompleto, é carente, limitado em abrangência e finito temporalmente. Suas incompletudes, pois, precisam ser supridas para que ele cotidianamente tenha efetividade e, mesmo, eficácia. O encarregado de tal tarefa, normalmente, é um órgão do Poder Judiciário - o magistrado. Para proceder ao suprimento das incompletudes, limitações, finitudes, o magistrado há de realizar a adequação das previsões abstratas legais às situações concretas do mundo da vida que sejam postas sob sua batuta.

Mesmo assim, tal adequação se mostrará, muitas vezes, deficiente e/ou insuficiente. Por um singelo motivo: a realidade concreta do mundo da vida é dinâmica, movimenta-se, redimensiona-se constantemente; enquanto isso, as previsões legais, por mais que possam ser alteradas de modo revisional com frequência, são originalmente estáticas.

Assim sendo, o magistrado precisa galgar horizontes interpretativos novos⁴. O juiz intérprete há de avançar em relação ao texto legal, num sentido que, por um lado, inove a norma legal abstrata em seu sentido (conectando-a com a valoratividade constitucional) e supere a moldura legal do Direito para adentrar

⁴ Mesmo em Kelsen pode-se dizer que o juiz é por essência um criador de Direito. Segundo ele, “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.(...) Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito é importante notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, pela interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” (HANS KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987 - p. 369).

na sua especificidade na realidade social.

Certamente, o juiz intérprete não precisará recorrer a vastos campos de liberdade interpretativa (talvez já deva aqui se falar em liberdade criadora) do Direito em todos os casos que lhe são submetidos. Mas várias são as situações em que sua atuação decisional ou de administração de realidades avança na perspectiva criadora (não ilimitada).

Isso vem ao encontro da idéia de que a previsão legal estará latente até que o juiz lhe dê vida e sentido em um caso concreto; e, ao assim proceder, estará ele criando *normas em concreto*. Vê-se, então, que as zonas de separação entre interpretação e criação são em verdade bastante nebulosas no Direito.

Como diz Capelletti, “(...) *com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana...* Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre - porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaços para variações e nuances, para a criatividade interpretativa.⁵”

4 Dever e poder (considerações finais)

Descritos os diversos setores de influência sobre a prestação jurisdicional dos magistrados; feitas as devidas distinções entre o significado de elementos como legalismo e legalidade; atenuando as (incertas) diferenças entre interpretação e criação; deve-se, enfim, ressaltar as tarefas dos magistrados frente às necessidades de cidadania e democracia.

Tendo-se em conta o fato de que vivemos em um país periférico, com problemas crônicos de desenvolvimento e distribuição sociais, por onde deve o magistrado começar a pensar seu posicionamento frente ao compromisso com a cidadania?

Os níveis de subalimentação, analfabetismo e semi-analfabetismo existentes em nosso país (além da questão da saúde, do desemprego, do subemprego rural etc) são fatores efetivamente críticos e emperrantes - quando não impeditivos - da efetivação da cidadania. Quanto melhores forem as condições de vida da população em geral, quanto melhor for o nível de distribuição dos bens sociais, mais estarão habilitados os habitantes de um país a exercerem sua cidadania. Quanto maior for a habilitação material (objetiva) para a cidadania, mais complexas tornam-se as possibilidades de manipulação política, e maiores são as potencialidades de construção de práticas político-sociais de democracia.

Conseqüentemente, a preocupação primeira de qualquer indivíduo que represente um órgão dos Poderes institucionais - caso do magistrado - há de se dar em torno das carências sociais. O fator básico de referência administrativa e decisional, portanto, deve ser a minimização e até supressão de tais carências.

⁵ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

O caminho percorrido dirige-se, num fluxo interpretativo dinâmico, a uma fundamentação jurídica em função dos elementos normativos constitucionais conducentes à dignidade humana. A dignidade é, por excelência, o princípio jurídico constitucional imperativo para os aqui preconizados fins de uma jurisdição democratizante. Princípio positivado que eleva as potencialidades da legalidade como um fator positivo do perfil da prestação jurisdicional.

O magistrado ocupa um espaço ímpar no contexto político e intelectual, e sua atividade enquanto profissional confere-lhe poderes sociais fortes. Cabe que pense fundo suas responsabilidades sociais, comprometendo-se organicamente com o perfil do seu atuar profissional.

5 Bibliografia consultada

1. ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
2. _____. *Lições de Direito Alternativo 1*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
3. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
4. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
5. CARVALHO, Amilton Bueno de (diretor). *Revista de Direito Alternativo - nº 1*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
6. COELHO, Edihermes Marques. *Justiça (a racionalidade social e o Direito)*. In: *Álter Ágora - Revista do Curso de Direito da UFSC*, nº 2. Florianópolis, 1994.
7. COUTINHO, Carlos Nelson. *A Democracia como Valor Universal*. Rio de Janeiro: Salamandra, 1984.
8. FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça - a Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.
9. FREITAS, Juarez. *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: EDIPUCRS - 1989.
10. HERKENHOFF, João Batista. *Como Aplicar o Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
11. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
12. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.