

A Necessidade de (re)Pensar a Realização do Direito em Tempos de Protagonismo Judicial – Um Percorso Possível em Busca de uma Reflexão Refundadora de um Novo Sentido

Mírian dos Santos¹

Ana Carolina de Faria Silvestre²

Resumo: O Direito é uma ciência dinâmica, isso implica considerar que novas questões podem vir a ser objeto de interesse do Direito ou que velhas questões podem demandar atuais e comprometidas reflexões.

Uma das questões mais recorrentes no âmbito da Filosofia e da Teoria do Direito ocidentais tem sido a compreensão do papel do juiz e os limites da atividade que ele desempenha. O juiz já foi perspectivado como um mero aplicador de leis, uma figura radicalmente imparcial, cujo papel se restringia a pronunciar a verdade substancial-ontologicamente encerrada na lei (enquanto texto de autoridade). Ao Poder Legislativo cabia a criação das leis e ao Poder Judiciário a aplicação dessas mesmas leis – concebia-se uma divisão

Abstract: Law is inserted in the world of life. It is therefore inextricably linked to social, cultural, economic and political contingencies. Law is a dynamic science, which implies considering that new issues may become object of its interest or old issues may require current and committed reflections.

One of the most recurrent issues in western philosophy of law and legal theory has been the understanding of the judge's role and the limits of his activities. The judge has already been viewed as a mere law enforcer, a neutral figure, radically impartial, whose role was restricted to pronouncing the truth ontological-substantially provided in the law (viewed as an authoritative text). The legislative branch was in charge of making laws and the

¹ Doutora em Comunicação e Semiótica pela PUC/SP. Prof^a da Universidade do Vale do Sapucaí-Univás, Pouso Alegre/MG e da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre/MG. *E-mail:* miriandossantos@hotmail.com

² Mestre e Doutoranda em Ciências jurídico-filosóficas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora-pesquisadora na Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pesquisadora do DJDH-NEV/USP. *E-mail:* fariasilvestre@yahoo.com.br

Recebido em: 17/03/2011.

Revisado em: 11/04/2011.

Aprovado em: 02/09/2011.

asséptica entre órgãos, funções e poderes estatais, ancorada na compreensão clássica do princípio da separação dos poderes. A criatividade se restringia ao âmbito da função legiferante, exercida exclusivamente pelo Poder Legislativo, em contraposição à natureza executória da jurisdição. Não obstante, há como separar radicalmente criação de “aplicação” do direito? Sustenta-se aqui que não; que a atividade jurisdicional é iniludivelmente criativa, cabendo aos Tribunais e aos juristas, a obrigação de (re) pensar a função jurisdicional e o papel do juiz, especialmente em tempos de protagonismo judicial.

judicial branch was in charge of enforcing such laws – an ascetical division among government agencies, functions and authorities was conceived, grounded in the classical understanding of the principle of separation of powers. Creativity was restricted to the scope of the legislative function exclusively performed by the legislative branch in contrast to the enforceability of jurisdiction. Nevertheless, is there a radical way to separate creation of law from “law enforcement”? We claim there is not, that the court activity is unmistakably creative, and the obligation to (re) think the judicial function and the role of judge is due to Courts, law professionals and legal scholars, especially in times of judges playing the leading role.

Palavras-chave: Protagonismo Judicial. Poder Judicial. Realização Direito.

Keywords: Judges Playing. Leading Role. Judicial Power. Law Realization.

1 Questões Introdutórias

A palavra crise traduz – negativa substancialmente – a quebra anômica que se sofre e se lamenta. À crise se sucede o silêncio eloquente que brada a perda de sentido das referências, até então regulativas, nos convocando a pensar o momento atual como a consumação histórico-cultural de um paradigma; e o futuro não apenas como um devir histórico-dialético, mas como o resultado de um exercício crítico-refundante que exige essencialmente a convocação de um novo paradigma.

Para pensar hoje a função jurisdicional e o papel do juiz há que se assumir, epistemologicamente, como marcos teóricos de um exercício crítico superador, a recuperação da autonomia normativo-intencional do direito perante a legalidade, o atual reconhecimento de princípios normativos como fundamentos normativos da juridicidade, que a própria lei terá de respeitar e cumprir, e a compreensão de que o sentido de uma proposição normativa, perspectivado como critério hipotético de solução para o caso-problema, apenas se concretiza autenticamente na sua realização (NEVES, 2008, p. 161-163).

Em tempos de protagonismo judicial – tempos em que o Direito passa a ocupar um iniludível papel protagônico na esfera comunitária e

política – há que se pensar comprometidamente o exercício jurisdicional – como realização criativa do direito – comprometido eticamente com a dignidade absoluta do homem-pessoa, comunitariamente assumido.

2 Protagonismo dos Tribunais e a Judicialização da Política

Segundo Boaventura de Souza Santos (2007, p. 15), “[...] nunca, como hoje, o sistema judicial assumiu tão forte protagonismo”.

O protagonismo judicial é um fenômeno cuja intensidade, complexidade e características variam segundo a cultura jurídica dos países e seus diferentes processos históricos que culminaram na criação dos Estados. A análise do fenômeno deve ser, portanto, individualizada. Pensar a questão do protagonismo judicial no Brasil – um país historicamente marcado por desigualdades sociais, econômicas, culturais, escândalos de corrupção, etc. – será um exercício compreensivo que demandará a convocação de variáveis radicalmente diferentes daquelas necessárias à compreensão do mesmo fenômeno na Alemanha, por exemplo. No entanto, esclarece Boaventura que, na maioria dos casos, o protagonismo dos Tribunais está relacionado com o desmantelamento do estado intervencionista³.

O estado intervencionista-paternalista deu lugar a um estado de intervenção mínima, cujo modelo de desenvolvimento estava assentado na liberdade e na propriedade privada. O Estado liberal estava ancorado no dogma da liberdade do homem, perspectivado como indivíduo universal – todos os homens são dotados de um patrimônio mínimo comum, reconhecido e tutelado, agora, pelo Direito. Devem ser, portanto, livres para o exercício de direitos e deveres.

A hipertrofia da dimensão formal do conceito-preceito liberdade, como arcabouço ideológico do Estado burguês-capitalista resultou, não obstante, na acentuação de um processo histórico de reprodução “esta-

³ “Deve-se compreender sob a égide do conceito de ‘estado intervencionista’, tanto os Estados providência, quanto os Estados desenvolvimentistas.” (SANTOS, 2007, p. 15-16).

mental-classista”⁴ de uma sociedade profundamente desigual. Os reflexos sociais desse novo modelo foram, entre outros, a precarização dos direitos econômicos e sociais, o crescimento desordenado e desestruturado das cidades e o aumento da criminalidade; a barbárie experimentada, agora, na floresta de pedra.⁵

O não cumprimento dos contratos [a impossibilidade mesma de fazê-lo por ser ele (o contrato) um instrumento que não expressa um efetivo acordo de vontades livremente manifestadas, mas apenas legitima formalmente a exploração da classe operário-trabalhadora pela burguesia; detentora dos meios de produção e do capital], a inefetividade dos direitos e as garantias constitucionalmente asseguradas; o descompasso entre o mundo da vida e o mundo do direito [se é que tal separação asséptica se pode conceber, ainda que idealmente] culminou na acentuação do deslocamento da discussão da esfera pública para a dimensão judiciária. O poder judiciário passou, gradativamente, a ocupar um papel protagônico dentro do arranjo societário, não apenas em momentos de urgência⁶.

O recrudescimento da discussão cívica na esfera legislativa e a diminuição do seu papel na formulação de uma agenda política revelam uma verdadeira assimetria entre os Poderes Legislativo e Executivo. Ao estreitamento da esfera pública de discussão segue-se, em reação, o aumento no número de demandas submetidas à apreciação pelo poder judiciário⁷.

⁴ Para uma análise compreensiva e assumidamente pessimista quanto à possibilidade de se romper com esse processo de reprodução estatal-classista do Estado burguês através de seus aparelhos ideológicos de Estado (ALTHUSSER, 2003).

⁵ Segundo Almeida e Bittar (2009, p. 8), a sociedade contemporânea é uma sociedade de controle, ou sociedade “Big Brother”. O autor se refere à figura – quase mítica – do grande irmão, de Orwell. Essa sociedade, onde há forte predomínio da razão instrumental (razão orientada a fins imediatistas), seria a prova de que não é possível estabelecer uma relação de necessidade entre desenvolvimento material e maior consciência, maior moralidade, mais justiça social e democracia.

⁶ Uma primeira intervenção do juiz se fez necessária em momentos de urgência, como a primeira e segunda guerra mundial, não obstante, essa tendência se manteve mesmo em períodos de estabilidade econômica e social (NUNES, 2008, p. 179).

⁷ Segundo Boaventura, há uma relação direta entre litigância e o desmantelamento do estado social. A fim de sustentar essa afirmação, o autor nos convoca a analisar o exemplo

Os motivos desse protagonismo judicial, já mencionados, são variáveis; e a compreensão do fenômeno deve atentar para as especificidades histórico-político-jurídico-cultural de cada país. No tocante ao caso brasileiro, Boaventura destaca, dentre outros motivos, a exultante construção jurídico-institucional⁸ e a execução ineficiente ou inexistente daqueles direitos e garantias previstos na Constituição.

Constitui-se, exemplarmente, o crescente número de ações judiciais demandando a concretização do direito constitucional à saúde, pleiteando tratamentos e medicamentos não disponibilizados pelo sistema único de saúde⁹. “Temos, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social”. (SANTOS, 2007, p. 19)

Outro motivo destacado por Boaventura é a ampliação, a partir da Constituição de 1988, de estratégias e instituições [para] com acesso potencial aos Tribunais, como, por exemplo, a ampliação do rol de legitimados a propor ações diretas de inconstitucionalidade, a consagração da autonomia e independência do Ministério Público – nenhuma outra instituição saiu tão fortalecida da Constituinte (SANTOS, 2007, p. 18) – e a constitucionalização dos institutos da ação civil pública e da ação popular, dando-lhes maior abrangência. Segundo Werneck Vianna (2002, p. 7-16), a Carta Magna redefiniu as relações entre os três poderes, convocando-nos à premente necessidade de investigar, hoje, o sentido de democracia e as suas possibilidades de concretização.

O novo Poder Judiciário passa a ocupar um papel de destaque na organização societária e na vida privada dos cidadãos, que ao invés de

da Holanda e Suécia; dois dos melhores sistemas de Estado de bem-estar da Europa onde se verificam baixíssimas taxas de litigância social. Para maiores considerações sobre o tema, consulte Santos (2007, p. 16-17).

⁸ Boaventura alinha de “curto-circuito histórico” o movimento característico das sociedades semiperiféricas e periféricas de consagração, em um mesmo ato constitucional, de direitos conquistados nos países centrais através de um longo processo histórico. Para maiores esclarecimentos sobre o tema, consulte Santos (2007, p. 20-21).

Boaventura relata que, em conversa com um magistrado brasileiro, este lhe afirmou que grande parte de seu trabalho se resume a conceder medicamentos. (SANTOS, 2007, p. 19).

esperarem passivos pela estabilização de direitos que alterem reflexivo-positivamente as suas condições de vida, eles vislumbram agora a possibilidade de ver algumas de suas reivindicações mais imediatamente [e individual-especificamente consideradas] atendidas por meio da via judicial. Em torno do direito, de suas instituições e procedimentos surge um lugar privilegiado de discussão. Um *locus* que não pretende estabelecer uma relação de concorrência com o sistema de representação política, mas sim de complementaridade, com vistas a suprir um déficit democrático funcional¹⁰.

Podemos convocar, exemplarmente, a luta pelo reconhecimento de direitos civis às uniões homoafetivas. A busca pelo reconhecimento de tal direito não é uma questão atual – tramita há quase 15 anos no Congresso Nacional um projeto de lei que pretendia disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo¹¹. O projeto nunca foi levado à votação em plenário e apesar de, à época, ter representado um verdadeiro avanço, comparativamente a outros países, quanto ao tratamento da matéria, tal projeto pode ser considerado, nos dias atuais, ultrapassado, uma vez que não trata de questões fundamentais e prementes como a adoção ou o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar.

A aprovação de uma lei federal requer a observância de regras e de procedimentos constitucionais específicos, o que demandará, necessariamente, um razoável decurso de tempo, mas esse argumento não justifica tamanha “morosidade” – para se dizer o mínimo. Discussões acerca do tema têm esbarrado em argumentos morais, éticos e religiosos que desqualificam visceralmente discursos contemporâneos ancorados no respeito à diferença, na tolerância e na necessidade-urgência de se construir uma sociedade orientada para a busca da felicidade assumida como *eu-*

¹⁰ Werneck Vianna (2002, p. 7-10) chama a atenção para a necessidade de se pensar o processo de consolidação da democracia brasileira segundo as perspectivas institucional e funcional. Institucionalmente, a democracia brasileira se encontraria em franco processo de consolidação, no entanto, ela experimentaria um déficit no modo do seu funcionamento. A predominância do executivo sobre o legislativo seria um indicativo de tal déficit. Para desenvolvimentos comprometidos acerca do tema.

¹¹ Refere-se ao Projeto de Lei n. 1.151/95 de autoria da então deputada federal Marta Suplicy.

daimonia; ancorada axiológico-historicamente nos princípios da igualdade, da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

A grande dificuldade de se discutir legislativamente questões como essa está em certa postura moral-religiosa assumida por políticos que se reconhecem como baluartes incansáveis em defesa dos valores de uma ideia estigmatizada de “família brasileira”. Eles se esquecem, tais como Dons Quixotes, que sob o título “família brasileira” estão tipos diversos de arranjos familiares (voltemos os nossos olhos para o mundo da vida em movimento-realização). Dados mais recentes do IBGE revelam profundas mudanças na ideia-conceito “família”¹². Infelizmente, não há números confiáveis sobre a quantidade de famílias constituídas por pessoas de mesmo sexo no Brasil¹³, no entanto, a inexistência de dados não altera a realidade de sua existência¹⁴.

Certamente, não há como se falar em uma discussão ideologicamente neutra – todo discurso, mesmo aquele que assim se reconhece, nunca o será (ORLANDI, 2001) – mas talvez seja possível conceber uma esfera de discussão legislativa que alcance, com relação a um mesmo assunto, conhecimentos objetivos convergentes¹⁵. No entanto, até o momento, a discussão legislativa sobre a união civil entre pessoas de mesmo sexo encontra-se pálida, tímida e covarde. Percebe-se, pois, conclusivamente, um claro descompasso entre as demandas do mundo da vida, sempre

¹² A síntese dos indicadores sociais do IBGE de 2006 revela mudanças no perfil da família brasileira. De 1995 a 2005 constatou-se, por exemplo, um aumento de famílias chefiadas por mulheres, aumento significativo de residências unipessoais, redução no número de filhos por mulher, etc. Fonte: www.ibge.gov.br/presidencia/noticias/12062003indic2002.shtm. Acesso em: 28 jan. 2010.

¹³ Para fins específicos dessa nossa tentativa, nos limitamos a assumir que sob o título família estão incluídas as uniões homoafetivas, a par da sabida controvérsia acerca do tema.

¹⁴ O censo 2010 pretende compreender-estimar o número de pessoas que mantêm uniões homoafetivas no Brasil.

¹⁵ Segundo a teoria convergente da verdade, de Kaufmann, não é o consenso o verdadeiro critério de correção de um enunciado, mas a circunstância de que muitos sujeitos independentes entre si alcancem, com relação a um mesmo objeto, conhecimentos convergentes objetivos. É, pois, a convergência e não o consenso, o verdadeiro critério da verdade. Para o desenvolvimento em pormenor dessa breve afirmação. (KAUFMANN, 1998).

dinâmico, e a capacidade-disponibilidade-vontade do sistema legislativo de oferecer às novas questões problemáticas uma resposta genericamente adequada com vistas ao bem comum.

O fenômeno que se alcunhou como judicialização da política¹⁶ nasce, em grande medida, como um efeito mediato do silêncio das esferas legislativa e executiva. Santos (2007, p. 20) afirma que, em alguns Estados, tem se assistido a um verdadeiro deslocamento de legitimidade dos poderes legislativo e executivo para o poder judiciário. Essa transferência – que se dá de forma gradual – gera um fenômeno de características antagônicas a que se alcunhou de politização do judiciário¹⁷.

Segundo Santos (2007), o combate à corrupção pela via judicial colocou o sistema judicial em uma situação quase dilemática. De um lado, há uma maior legitimidade social dos Tribunais e de outro, um aumento exponencial da controvérsia política acerca dos mesmos.

A evidência midiática dos Tribunais desembocou, dentre outras consequências, no aumento das expectativas acerca dos mesmos. Um número cada vez maior de pessoas tem buscado a via judicial, com o objetivo de colocar fim às suas mazelas esperançosas de que os direitos, garantias e valores declarados na Constituição Federal serão, finalmente, concretizados. Juízes, promotores e demais serventuários da justiça são mitificados, perspectivados como semideuses, capazes de promover a tão sonhada proporcionalidade aritmética – alguns deles, se afastando de um paradigma positivista-normativista, se assumindo, em última análise, como efetivos ativistas. Cumulando as atividades de invenção¹⁸ e concretização de direitos.

¹⁶ Conceitua-se o fenômeno como a tendência de se transferir poder decisório, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, para o Poder Judiciário. (TATE; VALLINDER *apud* NUNES, 2008, p. 179).

¹⁷ Dentre as consequências desse movimento, Boaventura destaca as seguintes: maior visibilidade social do sistema judicial, expectativas elevadas em torno dos Tribunais, alteração do lugar do sistema judicial dentro da sociedade e eventual frustração. (SANTOS, 2007).

¹⁸ Convoca-se a distinção estabelecida por Vila que, ao analisar a interpretação enquanto modo de conhecimento, afirma que, segundo uma visão semântica realista, inventar é criar um novo objeto ou porque não se interpretou corretamente ou porque não se tem

Se a judicialização da política é um fenômeno universal e em expansão, há que se refletir acerca do papel do juiz e dos Tribunais em tempos de protagonismo judicial. Será possível compreender a realização do direito como um momento não criativo? Assumir que a atividade jurisdicional é iniludivelmente criativa nos leva, necessariamente, a perspectivar o juiz como um ativista judicial e a entender a realização do direito como um momento de invenção (em moldes assemelhados ou idênticos à invenção-criação) legislativa?

Sustenta-se neste trabalho que há de se enfrentar comprometidamente os objetivos da função jurisdicional e o papel do juiz, especialmente em tempos de protagonismo judicial. Assume-se, desde já, que se estabelece entre sistema jurídico e casos-problema uma verdadeira relação dialética.

Os casos-problema demandam uma resposta prático-prudencialmente adequada que não está disponível em um sistema estático de normatividade. O Direito não se confunde com o ordenamento jurídico, não pode, pois, ser perspectivado como um sistema fechado e finito de normatividade – o desejado corte asséptico entre o mundo da vida e o mundo do Direito pretendido pelo(s) positivismo(s) jurídico(s) não [mais] se sustenta. O sentido das normas e do Direito está eivado de faticidade, apenas pode ser “compreendido”¹⁹ no mundo do ser²⁰ e sob a interrogação problemática do caso-problema jurídico concreto e irrepetível.

a intenção de interpretar. Já segundo uma concepção semântica antirrealista, inventar é constituir um objeto a partir de algum critério que se oferece como parâmetro para a atividade criativa e com a convicção de estar criando algo. O sentido do vocábulo “invenção” convocado no texto se alinha à concepção semântica antirrealista. (VILA, 1999, p. 167-169).

¹⁹ Há que se esclarecer que essa compreensão trata-se, sempre, de uma pré-compreensão. O sentido da norma, como critério de resolução do caso, apenas se concretiza na perspectiva do caso e para o caso-problema, como será explorado mais adiante. Assume-se, explicitamente, a concepção jurisprudencialista de Castanheira Neves.

²⁰ Lênio Streck, assumindo explicitamente o legado gadameriano, explora, ao longo de suas obras, a necessidade da atividade jurisdicional colocar no modo de ser e na faticidade o *locus* da compreensão. (STRECK, 2007).

Há, pois, que se (re)convocar metodologicamente a instância do caso quando se quer pensar a realização prático-prudencial do Direito. Não mais um Direito pensado categoricamente, mas um direito pensado como justiça e somente como realização prática do justo.

O sistema jurídico, sob essa luz e orientação nomeadamente jurisprudencialista²¹, nunca sai incólume da convocação problemática do caso. É ele, também, assumido como uma tarefa (também ele um problema) e não um dado. O sistema, ao ser interpelado pelo caso-problema em busca de uma resposta que contenha justeza prática, é necessariamente convocado a rever o seu sentido; a se (re)significar.

A normatividade sistematicamente prévia traduz apenas a assimilação intencional (em termos de respostas constituídas) de uma certa experiência feita e é correlativamente limitada por essa experiência. (NEVES, 1993, p. 158)

A dimensão do sistema não pode ser sobrevalorizada porque se é correto afirmar que os problemas possíveis começam por ser aqueles que a normatividade sistematicamente prévia admite e que o modo de os pôr seja inicialmente correlativo das soluções que o sistema ofereça, há que se compreender a experiência problemática, como experiência histórica, em constante aprofundamento, alargamento.

A dimensão do problema é uma dimensão autônoma. Novos problemas surgem colocando questões para as quais a normatividade estabilizada pode não ser capaz de oferecer respostas e isso não quer dizer, necessariamente, que não se trate de um problema jurídico. O mesmo pode se dar com velhos problemas, que à luz das exigências e apelos de um momento histórico situado, podem demandar outro sentido orientado pela busca de uma resposta prático-prudencialmente justa.

O sistema jurídico apenas pode ser compreendido como o resultado [certamente provisório e circunstancial] da assimilação das perguntas colocadas pelos casos problemas jurídicos surgidos no mundo da vida.

²¹ Denomina-se como “jurisprudencialismo” a proposta metódica de realização do direito concebida pelo jus filósofo português (1993).

Essa circularidade hermenêutica está ancorada na compreensão de que se estabelece entre as dimensões do sistema e do problema – perspectivadas como dimensões autônomas – uma relação mais do que dialógica, mas, efetivamente, dialética.

Juízes e Tribunais não podem se assumir como simples exegetas – buscando a resposta objetivo-substancialmente disponível no ordenamento jurídico – ou, reconhecendo a sua inexistência, se lançar ao exercício de um poder discricionário fraco ou forte²², agindo, em última análise, como se legisladores fossem. Não cabe, aqui, tratar em pormenor essa questão. Restringe-se a relevar somente que, implicitamente a tal afirmação, está a perspectivação da prestação jurisdicional como uma atividade subordinada à atividade legislativa que deveria ser perspectivada como parâmetro para aquela, o que fere, sensivelmente, a autonomia do Direito em sentido *lato*.

Juízes e Tribunais devem, ao contrário, mergulhar nas contingências do mundo da vida, reconhecer a singularidade dos casos e se comprometer a oferecer uma resposta “correta²³” a esse caso-problema irrepetível e singular. Não há, pois, respostas prontas disponíveis para casos fáceis. Casos jurídicos são, simplesmente, casos surgidos na complexidade do mundo da vida e que convocam (muitas vezes, aflitivamente) uma resposta prático-prudencialmente “construída” para o caso e pelo caso. Não faz sentido distinguir casos jurídicos em subtipos; fáceis, difíceis, intermediários, trágicos etc. no âmbito de uma tentativa que pretende superar o esquema sujeito-objeto e que entende ser a interpretação jurídica não apenas um problema exegético-hermenêutico de determinação signi-

²² O modelo da discricionariedade forte postula a necessidade técnica da discricionariedade, ainda que secundariamente (supletivamente) à aplicação do Direito.

²³ Ao afirmar que os juízes devem oferecer aos casos-problemas uma resposta correta, não se pretende aderir à teoria dworkiniana de que há uma única resposta correta para cada caso jurídico. Objetiva-se, apenas, salientar que os juízes devem se comprometer a oferecer uma resposta que contenha justeza prática à luz do caso-problema e que esse exercício prático-racional-metodológico não se restringirá, certamente, à busca de resposta objetivo-substancialmente disponível no ordenamento jurídico.

ficante de textos, mas um problema normativo primordial da realização do direito em concreto²⁴.

Não obstante, uma certa concepção da função jurisdicional e do papel do juiz não nos conduziria à insegurança jurídica, a um infernal casuismo? Há como perspectivar a realização do direito como uma atividade não criativa?

2 Criatividade Judicial e a Realização do Direito – Duas Dimensões Cindíveis?

Não há como escapar à criatividade. A realidade, a par do mal-estar que essa afirmação possa causar, não é objetiva. Não há um único mundo pronto e acabado [criado e garantido, talvez, por uma razão universal], apreensível pelo sujeito cognoscente à pura prospecção racional. Um mundo perspectivado, em suas profundezas, como racional, *more geométrico*, assimilável pelo sujeito do conhecimento que se assumia como *homo sapiens*, crédulo no potencial desvelador e transformador do intelecto, desde que metodicamente orientado.

A separação da realidade em mundo subjetivo, mundo objetivo e mundo simbólico, tão popular e (*en passant*) desde o surgimento da filosofia ocidental, teve as suas bases estremecidas especialmente no Século XVII – quando o homem, buscando superar a crise instaurada pela dúvida, no Século XVI, volta a sua atenção para o sujeito do conhecimento, para a dimensão do intelecto e para a capacidade compreensiva de um ser racional que se assumia constituído por uma dimensão espiritual e por uma dimensão material. O sujeito do conhecimento, a fim de superar a dúvida quase aporética à qual se via confrontado, afirma que o real é somente aquilo que pode ser reduzido a um conceito ou a uma ideia (expresso, portanto, simbolicamente) – e, desde então, aquela banalizada tripartição não mais se sustentou acriticamente, demandando um exercício comprometido de justificação.

²⁴ “A interpretação jurídica é sempre uma interpretação normativo-jurídica «integral» em que o próprio direito, no seu axiológico-normativo sentido fundamental, se afirma em, judicativa realização”. (NEVES, 2003, p. 366)

Entre sujeito e objeto não se estabelece uma relação de ocultação-desvelamento, não há uma “essência” qualquer a ser descoberta e aplicada por meio de um raciocínio lógico-substantivo a um caso tipo. A interpretação de cariz tradicional compreendia ser o texto o objeto da interpretação – a interpretação jurídica deveria incidir sobre o texto (compreendido em termos expressivos ou constitutivos) – o que conduzia à compreensão do universo jurídico como um universo linguístico e, conseqüentemente, à assunção da análise da linguagem como método de pensamento jurídico.

A teoria do direito e da interpretação jurídica, as tradicionais, têm como pedra basilar a ideia de um sistema de normatividade finito, acabado e, por isso, é possível pensar em lacunas da lei, lacunas do direito e na urgência de se conferir ao juiz um poder discricionário, quer seja em sentido forte ou em sentido fraco²⁵. Não obstante, a juridicidade não se esgota na *lex* e “o todo da ordem jurídica” vigente não pode ser pensando como um “dado” previamente constituído; fechado. O sistema jurídico é um sistema aberto à intencionalidade problemática dos casos surgidos no mundo da vida, aos problemas que emergem nesta vasta e infindável rede relacional de seres em coordenação e subordinação.

Compreender o que vem a ser o certo e o errado, o justo ou o injusto, o útil ou o inútil, o constitucional ou o inconstitucional é um exercício normativo-jurídico situado, que se concretiza à luz do caso problema. A realização do direito demanda a assunção de um espírito sempre aberto à interrogação perscrutante da intencionalidade problemática do caso-problema, único e irrepetível, que exige uma resposta. Demanda, pois, um exercício (re)construtivo infindável que, para ser efetivo, não pode se furtar a (re)visitar criticamente respostas assentadas como verdades.

Uma dessas afirmações assentadas e perpetuadas acriticamente pela tradição jurídica é a de que a lei possui um sentido único e acabado, apreensível pelo juiz por meio de um comprometido exercício racional. Uma vez apreendido-encontrado tal sentido, o juiz deveria aplicá-lo subsuntivamente.

²⁵ Para um estudo extremamente estimulante acerca da possibilidade-necessidade epistemológica de se distinguir entre discricionariedade fraca e forte e suas conseqüências. (VILA, 1999, p. 70-158).

vamente ao caso concreto, colocando fim – de forma imparcial – ao caso problema jurídico. No entanto, qual será o verdadeiro sentido de uma norma? Será possível defini-lo convocando, por exemplo, a disposição mental ou os estados psicológicos dos congressistas ou dos “fundadores” de determinada lei? Ou será mais correto, para além de uma pura investigação histórica, convocar características mais objetivas, como, por exemplo, a leitura “natural” do documento ou o conjunto de valores ou propósitos que o documento como um todo supõe ou promove? Investigações desse tipo serão capazes de nos conduzir a tão sonhada intenção original da norma e a uma perspectiva enxuta-tímida de criatividade judicial?

Inicie-se nossa busca por tal sentido investigando as raízes histórico-político-sociais de determinada norma ou de um determinado conjunto de normas. Qual terá sido a disposição mental ou os estados psicológicos dos “fundadores” da lei? Será premente definir quais são os indivíduos cujos estados psicológicos devem valer, uma vez que, como adverte Dworkin, “os fundadores” não passa de uma personificação perigosa²⁶.

Deve-se considerar, para tal efeito, todos os membros do congresso que propuseram emendas, aqueles que falaram com mais frequência nos debates ou, independentemente de sua maior ou menor atuação; ou de sua presença; ou ausência no momento da votação, de todos os congressistas? Estados psicológicos posteriores serão desprezados ou assimilados? De quem? Deverão ser incluídos os estados psicológicos de juizes do Supremo Tribunal? E quanto a determinados seguimentos que tomaram decisões políticas como, por exemplo, a decisão de não fazer campanha por emendas? Adverte Dworkin que a exclusão ou inclusão de qualquer um desses grupos não pode ser feita de forma injustificada, e essa iniludível decisão poderá alterar substancialmente a resposta alcançada.

²⁶ “Infelizmente, os juristas usam vários tranquilizantes intelectuais para se convencerem de que responderam pelo menos a algumas dessas questões, embora não o tenham feito. Trata-se geralmente de personificações, como, por exemplo, na expressão “a intenção do Congresso”. Os juristas constitucionais têm uma personificação ainda mais perigosa à mão, na terrível expressão “Os fundadores” [...] Li inúmeros artigos em que se debate vigorosamente, ao longo de páginas, qual era a intenção dos “Fundadores” sobre determinada questão, sem nenhuma tentativa de indicar quem eram – ou são – essas pessoas, e por quê”. (DWORKIN, 2005, p. 58)

Superada a questão do “quem” (uma resposta fatalmente fruto de escolhas²⁷), haveria que se problematizar o que significa investigar o estado psicológico ou os processos mentais envolvidos no processo de elaboração da norma. Deve-se buscar as esperanças ou as expectativas desses indivíduos²⁸? Essas duas dimensões podem caminhar separadas e, nesse caso, haveria que se escolher qual delas deveria ser desprezada ou priorizada. Para além, todas as expectativas ou esperanças contariam ou somente aquelas que foram institucionalizadas? Uma conversa informal, fora do Congresso, deveria ser considerada? Uma carta? Por que não? Salta aos olhos, novamente, a necessidade de escolher quais dessas perguntas seriam ou não compreendidas como questões pertinentes e a consequente condicionalidade da resposta “encontrada”.

Outra questão tormentosa radica na análise da intenção. Uma análise tradicional da intenção convoca uma estrutura de três valores: o constituinte pretendia proibir, o constituinte não pretendia proibir ou deixou a questão propositalmente em aberto, delegando a decisão a outras instituições. Não obstante, revela Dworkin, a realidade pode ser mais ricamente problemática do que esse esquema concebe; ele não leva em conta a possibilidade de todas as três afirmações serem falsas²⁹.

²⁷ Segundo Dworkin, a busca por uma intenção constitucional original – que evitaria ou minimizaria drasticamente a liberdade dos juizes ao declarar direitos – esconderia, ingenuamente, uma variedade de escolhas. (DWORKIN, 2005, p. 43)

²⁸ Dworkin problematiza essas duas dimensões envolvidas no discurso. Expectativas e esperanças – nos diz o autor – normalmente caminham juntas, ou seja, as expectativas do falante são também suas esperanças sobre o que será compreendido. No entanto, “[...] quando um legislador vota como membro de um corpo legislativo, sua intenção de falante e suas esperanças podem separar-se [...] suponha que ele vota a favor da Décima Quarta Emenda como um todo porque lhe oferecem apenas a escolha de votar a favor ou contra ela como um pacote. Ele espera que a emenda seja compreendida como abolindo a segregação na escola, mas lamenta muito isso e conta com que não seja compreendida dessa maneira. Ou suponha que vote a favor dela principalmente porque espera que seja compreendida como abolindo segregação, embora tema e, na ponderação, pense que não será”. (DWORKIN, 2005, p. 59).

²⁹ “Suponha que o congressista cogitou da possibilidade de maneira ativa. Suponha que disse a si mesmo: Pergunto-me o que o Supremo Tribunal fará a respeito das escolas segregadas quando o caso surgir, como deve acontecer um dia. Acho que há duas possibilidades. Os juizes podem pensar que, já que pretendíamos proibir a discriminação em questões referentes a interesses fundamentais, exige-se que decidam se a educação

Superadas as questões problemáticas supra (se é que podem ser), haveria ainda que se pensar acerca da intenção desses indivíduos determinados *a priori*. Deveríamos voltar, agora, nossa atenção para o que se pode chamar de intenção majoritária ou preferir uma abordagem de intenção representativa; do legislador médio, ainda que essa perspectiva não corresponda efetivamente ao pensamento de nenhum dos congressistas identificados? Não pretende-se, aqui, levar a cabo o desenvolvimento dessas questões, nossa intenção é, declaradamente, a de embasar nossa afirmação inicial; a de que a atividade judicial não é um exercício de busca por um sentido estabilizado e disponível *a priori*, mas radica na assunção fundamental da normatividade como construção-reconstrução dialeticamente orientada pelo caso-problema.

Não há como se falar em realização do direito sem criatividade – o que não deve nos conduzir, advirta-se, à compreensão do sistema jurídico como o produto das decisões dos juízes; como o palco de um exercício criativo, orientado por interesses externos como a economia, a política, etc. ou, em última análise, como o fruto de uma atividade inventiva livre.

Ainda que se assuma ser possível falar em um núcleo de sentido provisório da norma, certa zona de conforto no seio da qual o sentido da norma se apresentaria estabilizado, há que se relevar ser este “certo sentido estabilizado” efeito e não causa. Efeito, certamente, das perguntas colocadas pelos problemas jurídicos surgidos no mundo da vida.

é, na verdade, um interesse fundamental. Ou podem pensar que devem ser guiados por nossas intenções mais específicas a respeito das escolas segregadas, caso em que podem tentar decidir se a maioria de nós pensou ativamente que a cláusula que estávamos aprovando proibiria a segregação. Ou podem pensar que o efeito do que fizemos foi delegar-lhes a questão como uma questão nova de moralidade política, de modo que têm o poder de decidir por si mesmos se, todos os aspectos considerados, seria melhor permitir ou proibir a segregação. Espero que não façam essa última escolha porque penso que os tribunais devem decidir o que fizemos, não o que eles querem. Mas não sei qual é a resposta certa para a questão do que fizemos. Isso depende da concepção correta de constitucional a ser usada, e, não sendo um jurista constitucional, nem ao menos pensei muito sobre isso. Na verdade, tampouco tenho nenhuma preferência, num sentido ou em outro, quanto a escolas segregadas. Também não pensei muito sobre isso”. (DWORKIN, 2005, p. 62)

É a partir das perguntas suscitadas pelos casos que o sistema de normatividade se (re)constitui; num devir dialético infundável. Procurar, pois, pelo sentido da norma, um tal sentido fixo da norma, terá alguma serventia se a intenção for a de reconstrução histórica desse devir. Não obstante, não pode ser essa a tarefa do juiz no momento da realização do direito, uma vez que se compreenda comprometido com os ideais da justiça, compreendida como justiça pragmática.

Conclui-se brevemente, portanto, que a realização do direito deve ser compreendida como um momento de construção dialógica entre falantes intermediado pelo Estado-juiz, que deve se assumir não como um semideus, limitado apenas pela própria vontade e gênio; não como um mero aplicador de leis, desprovido de emotividade [o elemento pático estaria castrado pela razão que tudo penetra, luminosa e asséptica] e criatividade. O momento da realização do direito se estrutura segundo duas dimensões capitais (a dimensão do sistema e a dimensão do problema) e opera por meio de uma particular dialética que integra e dinamiza essas dimensões estruturais.

3.1 O Sentido se Constrói no Caso e para o Caso-Problema

Problematizado e vencido o dogma da aplicação de um qualquer sentido da lei, há que se (re)pensar o exercício da função jurisdicional. Se, tendo em vista os argumentos explicitados supra, não estaria correto afirmar ser o juiz um passivo operador do direito, deveria ser ele perspectivado como um artesão?

Um artesão é, *lato sensu*, um sujeito-criador livre para tratar de qualquer tema de seu interesse, segundo a perspectiva que melhor lhe aprouver e usando a linguagem que achar mais conveniente. A sua obra nasce da manipulação livre de um certo número de matérias primas, rearranjadas e transformadas segundo a habilidade e, principalmente, o gênio do artista. A observação de uma tal obra nunca poderá ser compreendida como um momento de pura assimilação do dito, mas um processo de interação-construção que envolverá, sempre, o *pathos*. A apropriação de uma obra de arte será sempre um momento singular; reconvocar uma obra ou

uma lembrança é revivê-la e esse contato será sempre inédito. Passa-se a vida toda (re)significando signos e seus significados³⁰.

Assim como o artesão, o juiz tem acesso a um certo número de “matérias-primas”, que serão convocadas no processo de construção da resposta para o caso. No entanto, há que se esclarecer, as “matérias-primas” convocáveis no juízo judicativo-decisório não estão prontas e acabadas.

A norma – um dos estratos do sistema jurídico³¹ – deve ser compreendida sempre como um critério jurídico hipotético cuja determinação – sempre provisória – apenas se dará no juízo judicativo-decisório. (NEVES, 1993)

Enquanto, para o artista, madeira será sempre madeira, para o juiz-jurista o sentido da lei, exemplarmente, está aberto à intencionalidade problemática dos casos jurídicos surgidos na (da) intrincada e complexa rede das relações humanas e naturais constitutivas do “mundo da vida”.

O sistema jurídico não é um dado, acabado ainda que circunstancialmente, do qual se possa simplesmente extrair uma resposta previamente determinada para tipos exemplares de casos; os chamados casos fáceis. Não há certo sentido estabilizado da norma ou do sistema, convocável de forma imediata (núcleo de sentido³²) ou à custa de um processo racional lento, ainda que comprometido³³ – qualquer núcleo duro de

³⁰ “Quando pensamos discursivamente a linguagem, é difícil traçar limites estritos entre o mesmo e o diferente. Daí considerarmos que todo o funcionamento da linguagem se assenta na tensão entre processos parafrásticos e processos polissêmicos [...] essas são duas forças que trabalham continuamente o dizer, de tal modo que todo discurso se faz nessa tensão: entre o mesmo e o diferente. Se toda vez que falamos, ao tomar a palavra, produzimos uma mexida na rede de filiação dos sentidos, no entanto, falamos com palavras já ditas. E é nesse jogo entre paráfrase e polissemia, entre o mesmo e o diferente, entre o já-dito e o a se dizer que os sujeitos e os sentidos se movimentam, fazem seus percursos, (se) significam [...] nem os sujeitos nem os sentidos, logo, nem o discurso, já estão prontos e acabados”. (ORLANDI, 2001)

³¹ Para compreender o sentido de “sistema jurídico” assumido pelo jurisprudencialismo de Castanheira Neves. (NEVES, 1993, p. 155-159)

³² “As regras jurídicas podem ter um núcleo central de sentido indiscutível, e em alguns casos pode parecer difícil imaginar que surja uma discussão acerca do sentido de uma regra”. (HART, 2005, p. 17)

³³ “La facilità e la velocità della digestione sono esattamente da prova della legerezza del cibo”. (TEDESCHI *apud* BARAK, 1995, p. 42)

sentido apreensível à pura atividade intelectual de compreensão do dito. Assumir essa afirmação como verdadeira implica assentir, em alguma medida, com a possibilidade efetiva de se separar o mundo da vida e o mundo do Direito, como duas dimensões estruturalmente desconectadas ou desconectáveis empiricamente.

Sustenta-se, pois, que apenas será possível falar em um sentido da norma, se essa “busca” estiver dialeticamente imbricada à dimensão do problema [para e nos limites da sua específica intencionalidade problemática] e, portanto, como um sentido experimentado e construído provisoriamente à luz da dimensão do caso-problema único e irrepetível surgido em um determinado momento histórico-político-econômico-social-cultural.

O sistema jurídico deve ser perspectivado, conclusivamente, como uma tarefa que se constrói e se reconstrói a partir das perguntas colocadas pela dimensão problemática do caso-problema-jurídico.

A sentença judicial, diferentemente da obra artística, não deve ser o fruto livre do gênio e da habilidade, da simples manipulação criativa de um certo número de materiais. A resposta prático-normativa construída criativamente pelo juiz deve ter como norte necessário a intencionalidade problemática do caso jurídico. Tal resposta apenas será conclusivamente correta se for prático-normativamente adequada à concreta problematidade do caso-problema que objetiva resolver³⁴.

4 Conclusões

Comprendemos, pois, que a atividade jurisdicional é iniludivelmente criativa, o que não nos conduz, necessariamente, a afirmar que o juiz, em tempos de protagonismo judicial, deve ser um juiz ativista. Um

³⁴ Dworkin (1999) radicaliza a concepção de justiça-pragmática da resposta para o caso, ao afirmar que haveria uma única resposta correta para cada caso-problema. Os juízes deveriam se esforçar comprometidamente, à luz do exemplo de Hércules, em buscar construir essa única resposta correta para o caso singular e irrepetível. Em sua teoria da interpretação jurídica existem dois pontos fundamentais: há a ideia de “one right answer” e a ideia de que essa única resposta correta reside no contexto da coerência do sistema normativo.

juiz ativista, segundo Barroso, é aquele que escolhe proceder a uma interpretação progressista da Constituição. O ativismo é uma atitude que reflete uma escolha proativa de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance³⁵. Não obstante, a afirmação supra traz implícita a assunção da interpretação jurídica como um problema essencialmente hermenêutico. Um momento de assimilação do dito, ainda que esse dito não se restrinja à literalidade do texto, ultrapassando-o. Há, claramente, ainda que de forma velada, a compreensão do sistema jurídico como um dado, como um sistema de normatividade fechado e do juiz como um verdadeiro “redentor”, capaz de diminuir abismos sociais e promover, inclusive, justiça distributiva.

Ao juiz não cabe a tarefa de promover políticas públicas segundo a sua concepção pessoal das urgências que uma tal empresa demandaria, cabe, certamente, a árdua tarefa de se comprometer com os casos-problema com os quais se defronta cotidianamente, buscando uma resposta correta – ainda que não necessariamente “a” única resposta correta para o caso. Resposta esta que não será o fruto livre do gênio e da habilidade deste juiz, mas fruto de um exercício pático-racional-normativo fundado na assunção do caso-problema como o *prius* metodológico da realização do direito – do qual toda a investigação nasce e para o qual esta mesma investigação converge. Em tempos de protagonismo judicial, em que o judiciário ganha notoriedade na esfera pública e, conseqüentemente, visibilidade midiática, o juiz é chamado de forma ainda mais cogente à responsabilidade de um exercício jurisdicional comprometido e responsável comunitário-socialmente.

Referências

ALMEIDA, Guilherme Assis; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de estado**. 9. ed. São Paulo: Graal, 2003.

³⁵ O conceito de ativismo judicial explicitado foi parcialmente extraído do texto de Barroso (2008).

BARAK, Aharon. **La discrezionalità del giudice**. Milão: Dott. A. Giuffrè editore, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em <<http://oab.org.br/oabeditora/users/revista/123506667017421818190.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOULCAUT, Michel. **Vigiar e punir – história da violência nas prisões**. 35. Ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del derecho en la posmodernidad**. Bogotá: Editorial Themis, 1998.

NEVES, A. Castanheira. **DIGESTA – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros**, v. 1 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 1993.

_____. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

ORLANDI, Eni. **Análise de discurso: princípios e procedimentos**. 3. ed. Campinas: Pontes, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. Tese para inscrição em concurso público. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez editora, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VILA, Marisa Iglesias. **El problema de la discreción judicial: una aproximación ao conocimiento jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.