

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

1

CONTEMPORANEIDADE, DEMOCRACIA E DECISÃO JUDICIAL

Karina Schuch Brunet¹

SUMÁRIO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 1 DEMOCRACIA, CONFLITO E COOPERAÇÃO; 2 DECISÃO JUDICIAL, ATIVISMO E ALTERIDADE; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

RESUMO

Este artigo trata da atuação do magistrado enquanto agente de decisão em uma sociedade contemporânea e democrática, com uma conflituosidade imensa oriunda da ineficiência do Estado. Para o seu desenvolvimento, fez-se uso de uma metodologia de abordagem dedutiva, usando métodos de procedimento histórico e comparativo, por meio de uma pesquisa bibliográfica e descritiva. Partindo-se da ideia de democratização de direitos, chegou-se à necessidade de democratização do processo e revisão do *modus operandi* do juiz, que, agora, deve estar em diálogo permanente com os demais sujeitos da relação processual, em permanente cooperação. Tal atitude cooperativa e dialógica são fundamentais para uma decisão legítima e íntegra, de modo que o ativismo judicial não se coadune com a arbitrariedade e que as partes possam se perceber em estado de comparticipação e fraternidade para um resultado efetivo e concreto da decisão judicial.

Palavras-Chave: alteridade; conflito; cooperação, decisão; democracia; alteridade

ABSTRACT

This article deals with the role of the judge as decision maker in a modern and democratic society, with a huge conflictual arising from the inefficiency of the state. For its development was made using a deductive approach methodology, historical methods and comparative procedure by means of a descriptive and bibliographic. Starting from the rights democratization idea came to the need for democratization process and review of the *modus operandi* of the judge, which must now be in permanent dialogue and cooperation with the other subjects of the procedural relationship. Such cooperative and dialogic attitude are essential for a legitimate and honest decision, so that judicial activism not go with arbitrariness and that the parties to realize a state of sharing and brotherhood for an effective result and concrete of the court decision.

KEY WORDS: conflict; cooperation, decision; democracy; otherness.

¹ Professora do Curso de Direito da FAMES. Mestre em Direito pela UNISINOS. Endereço eletrônico: karina.brunet@metodistadosul.edu.br

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

2

Considerações iniciais

A evolução global da sociedade, o fim dos regimes totalitários e ditatoriais e as novas tecnologias impuseram ao Estado uma nova configuração que desafia à dinâmica da atividade jurisdicional. Tem-se, hoje, um Estado Democrático de Direito, com perspectivas constitucionais de democratização e garantia das liberdades e dos direitos fundamentais, individuais e sociais, de modo que a atuação do Poder Judiciário deve se preocupar com a inclusão social². O processo, neste contexto, passa a ser um instrumento de que os cidadãos dispõem para a salvaguarda de seus direitos, sejam individuais ou coletivos, inclusive contra o próprio Estado que deveria protegê-los. E esta nova configuração estatal repercute no procedimento e no *modus operandi* do juiz.

Assim sendo, o sistema processual deve superar a dicotomia morosidade/celeridade, compreendendo que o tempo não é o único problema de sua efetividade e concretização de direitos democráticos. Impõe-se a reflexão sobre os contextos sociais, a necessidade de diálogo, o poder simbólico da linguagem jurídica, a falta de autoridades tradicionais, fatores que acabam gerando uma crise identitária do juiz e comprometem o exercício de sua atividade enquanto julgador. É preciso compreender o papel do juiz na resolução de conflitos, como sendo aquele que tem o monopólio legítimo da decisão vinculante, atividade complexa e de muita responsabilidade.

E é sobre estes temas que este trabalho se debruça, sobre a atuação do magistrado enquanto agente de decisão em uma sociedade contemporânea e democrática, com uma conflituosidade imensa oriunda da ineficiência do Estado. E para o desenvolvimento do estudo, fez-se uso de uma metodologia de abordagem dedutiva, usando métodos de procedimento histórico e comparativo, por meio de uma pesquisa bibliográfica e descritiva.

² A partir do momento que o Estado elenca direitos e liberdades fundamentais ele deve fornecer meios para a proteção dos mesmos e faz isto através do Direito. Assim sendo, quando pela tutela jurisdicional tais direitos e liberdades têm seu exercício assegurado, seus titulares, ao poder desfrutá-los, são incluídos na dinâmica social como cidadãos.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

3

1. DEMOCRATIZAÇÃO, CONFLITO E COOPERAÇÃO

Inicialmente é preciso compreender que a democracia suscita o conflito, sendo este um dos elementos que a distingue do sistema totalitário (GARAPON, 1997). Nesta linha, Fabiana Marion SPENGLER, Caroline BITENCOURT e Luciana TURATI (2012), afirmam que somente em uma sociedade democrática é possível que existam conflitos, uma vez que em um sistema de governo totalitário não há como se disseminar qualquer tipo de movimento ou embate gerado pela autonomia e liberdade de expressão entre os indivíduos da sociedade, pois qualquer divergência ou discordância entre os grupos é reprimida por meio de força.

Assim sendo, a expansão dos regimes democráticos, juntamente com a transacionalização dos mercados³, possibilitou uma conscientização de direitos que, numa sociedade de conflito e embate, sempre que não são atendidos são reivindicados. E esta reivindicação ocorre perante o Poder Judiciário, especificamente, uma vez que ainda não se tem consolidada na sociedade brasileira a cultura jurídica de meios complementares para o tratamento de conflitos⁴.

O Estado, em seu processo de democratização, conferiu aos cidadãos uma gama de direitos que não tem condições de efetivar integralmente, o que gera uma frustração de expectativas em relação às promessas da democracia. Neste sentido, o próprio ente estatal que confere direitos e que deve garanti-los, gera o conflito ao frustrar a sua concretização.

³ Ao se falar da transnacionalização do mercado, oportuno referir a obra de Julie ALLARD e Antoine GARAPON sobre os juízes no contexto de mundialização, na qual apresentam o direito como um bem intercambiável, como se fosse um produto de exportação. Afirmar que “a comunicação entre os juízes intensificou-se nestes últimos anos e as fronteiras políticas já não limitam tão facilmente a circulação do direito. (...) O novo comércio entre juízes não é um espaço legislativo à revelia, mas sim um fórum informal de intercâmbios situado, na maior parte das vezes, à margem dos mecanismos institucionais” (2005, p. 15).

⁴ A mediação e a conciliação, por sua vez, parecem ter alcançado um status de maior relevância à medida que o Código de Processo Civil de 2015 as inseriu como etapa do procedimento comum. Passa-se a ter, no novo sistema processual, um caminho para a valorização e consolidação da jurisconstrução.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

4

Dessa forma, o que se viu – e ainda se vê - no Brasil, em relação à frustração de expectativas, é o que Boaventura de Sousa SANTOS (2007) chamou de curto-circuito histórico, pois ao mesmo tempo em que se procurou constitucionalizar e positivizar direitos, não houve o lapso temporal suficiente para a adaptação social e estatal das medidas necessárias a concretizá-los. O que aconteceu foi uma democratização instantânea e verticalizada de direitos, em um momento pontual na história do país. E o Estado, por sua vez, não se preparou para lidar com a reação dos cidadãos a esse novo modelo de sociedade, resultando em um desajuste jurídico-social, o que colocou o jurídico no político.

Observa-se que as regras do jogo do Estado Liberal Ditatorial foram implicitamente modificadas pela complexidade normativa do Estado Liberal Democrático de Direito, sendo necessário um exercício construtivo da interpretação e aplicação da lei, o que fragilizou o papel do Poder Judiciário na resolução de conflitos, pois não podia concretizar direitos autonomamente. Para José Eduardo FARIA (1998), esta impossibilidade de eficácia plena de muitas sentenças e, por conseguinte, das próprias normas e leis em que se fundamentam, depende tanto do empenho quanto da eficiência com que o Executivo cumpre suas obrigações, em matéria de políticas públicas.

Na tentativa, então, de cumprir suas funções, o Poder Judiciário viu-se na contingência de buscar outras formas de atuação, chegando ao que se costuma chamar do fenômeno da judicialização da política que decorre da incapacidade do Executivo e do Legislativo em legislar e desenvolver políticas públicas adequadas às exigências da crescente globalização econômica.

Neste contexto, houve, então, uma redefinição das relações entre os Poderes estatais, colocando o Judiciário no espaço da política, o que, segundo Luiz Werneck VIANNA (et. al., 1999), é facultado pelo próprio Estado ao lhe confiar a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. O autor, inclusive, faz uma distinção nesta forma de intervenção do Judiciário na política em judicialização da política e judicialização das relações sociais. Entende que a primeira ocorre por meio do controle abstrato da

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

5

constitucionalidade das leis (VIANNA, et. al., 1999) e a segunda por um contexto em que o social desestruturado, na ausência estatal, se identifica com a bandeira do direito, que procura organizá-lo.

A respeito do assunto, Mauro CAPPELLETTI (1992) traz alguns temas de reflexão, dentre os quais está a politização da justiça, refletida na responsabilidade do juiz por suas escolhas e decisões, bem como a participação e cooperação as partes e do juiz, o que foi recepcionado no novo Código de Processo Civil.

A nova legislação processual busca um processo efetivo e democrático, sendo que para isto traz em seu art. 6º a consagração do princípio da cooperação processual entre os sujeitos da relação processual – partes e juiz. A cognição é compartilhada, porém a decisão segue sendo ato exclusivo do magistrado, como fruto da atividade processual desenvolvida em cooperação (DIDIER, 2014, p. 90). Neste contexto, inclusive, o contraditório assume nova roupagem, devendo ser compreendido como “direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação de decisões” (THEODORO JUNIOR, at al, 2015a, p. 93).

Humberto THEODORO JUNIOR afirma que este modelo cooperativo de processo evidencia uma substituição da lógica dedutiva pela lógica argumentativa, fazendo com que o contraditório passe da mera informação para a efetiva influência. O autor afirma, também, que neste novo sistema a ideia de democracia representativa é complementada pela democracia deliberativa no âmbito processual (2015b, p. 82).

Vê-se que a nova codificação processual civil se propõe a uma forma diferenciada de atuação judicial e relacionamento com o conflito, a partir do momento em que a cooperação processual compreende os deveres de esclarecimento, lealdade e proteção (DIDIER, 2014). A magistratura precisa, agora, pautar sua atividade em três valores fundamentais: a cooperação, a independência e a responsabilidade. O juiz deve, assim, ter autonomia para decidir-se de forma imparcial, responsável e com certo grau de abertura e sensibilidade à sociedade e

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

6

aos indivíduos que a compõem (CAPPELLETTI, 1989), atuando como instrumento da democracia.

A este respeito, Antoine GARAPON (1999) faz uma abordagem sociológica da democracia contemporânea, analisando este fenômeno a partir de uma visão externa ao direito. Entende que a democracia é um fenômeno social em que se investe mais no direito enquanto imaginário democrático do que no direito em si mesmo. O autor trata da crise valorativa e moral nas sociedades contemporâneas, sendo esta a principal causa do grande e diversificado volume de causas submetidas diariamente ao Judiciário⁵, esgotando-o tanto técnica quanto politicamente.

Os cidadãos transferem para o juiz os conflitos para que, com o peso da caneta que assina a sentença, possa resolver tudo aquilo que eles, nem o Executivo, nem o Legislativo conseguiram resolver. Evidencia-se uma falta de responsabilidade e de responsabilização, pois transferindo ao magistrado o poder de decisão, o cidadão se exime da responsabilidade sobre a decisão que é tomada. E o mesmo acontece com os demais poderes do Estado.

A jurisdição, então, passa a ser a última instância moral da sociedade, uma vez que a igualdade de condições forjada pela democracia aniquilou as autoridades tradicionais⁶. Antonie GARAPON afirma que “a instabilidade crescente dos laços familiares, a mobilidade profissional e a diversidade cultural modificaram a demanda de justiça, convertendo o direito na última instância moral comum numa sociedade desprovida dela” (GARAPON, 1999, p. 141).

Nesse contexto, a democratização brasileira ao mesmo tempo em que trouxe direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, gerou também a necessidade de adaptação dos poderes estatais para implementá-los, uma vez que o Poder

⁵ Segundo dados do “Justiça em Números”, do Conselho Nacional de Justiça, em 2014 tramitaram, no Brasil, 99,7 milhões de ações (relatório 2015 – ano base 2014). Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>, acesso em 17 de abril de 2016.

⁶ Conforme Antoine GARAPON, o paradoxo da justiça na democracia é justamente a incerteza das autoridades ditas tradicionais, tais como o professor, os pais, os religiosos, os sindicatos, pois a igualdade de condições e a liberdade fragilizam os laços sociais e paralisam a influência de uns sobre os outros.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

7

Executivo, visando cumprir as garantias constitucionalizadas, passou a ver a necessidade de promover políticas públicas nesse sentido. Já o Poder Judiciário, em meio a uma infinita demanda de novos litígios, gerados por essa democratização, se viu esgotado, porém sem poder ignorar estas demandas incipientes, evidenciando-se um verdadeiro protagonismo judicial. Nessa linha, Boaventura de Sousa SANTOS (2007, p.15) ensina que:

As pessoas, tendo consciência dos seus direitos, vendo colocadas em causa as políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos Tribunais para protegerem ou exigirem sua efetiva execução. Como me referiu um magistrado brasileiro, uma boa parte do seu trabalho é dar medicamentos. As pessoas vão a tribunal exatamente para poderem ter acesso a medicamentos ou a tratamentos médicos que de outra maneira não teriam. Essa informação é facilmente corroborada em qualquer breve análise que se faça dos noticiários jurídicos no Brasil onde, cada vez mais, são publicitadas vitórias de cidadãos que, através do poder judiciário, obtêm o acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos. Temos assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social. (SANTOS, 2007, pg. 15)

Nota-se que a fragilidade do Poder Executivo no que tange à promoção de políticas públicas, acarreta um problema que reflete na ineficiente prestação de serviços públicos à sociedade, a qual responde negativamente a isso, litigando cada vez mais. E isto gera um ciclo vicioso de fomento ao conflito e judicialização das relações políticas e sociais. O juiz passa, então, a ser agente positivo na definição de políticas públicas e dotação orçamentária, ainda que às avessas, o que fere, inegavelmente, princípios de representatividade e legitimidade política, colocando o magistrado num dilema ético e de identidade⁷ quanto à sua função de julgador.

⁷ José Luís AZEVEDO (2009), ao tratar do perfil do juiz na experiência portuguesa, diz que a crise de identidade da magistratura surge do aparecimento de novos atores no cenário judiciário, do declínio de referências históricos, do esfacelamento de normas comportamentais e da desagregação de discursos sólidos e fixos.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

8

Esta situação agrava-se no universo de um Judiciário esgotado pelas demandas oriundas da democratização de direitos, em que os processos se multiplicam, gerando um descontentamento social em virtude da morosidade na tramitação processual. Demora que decorre da falta de estrutura do setor Judiciário para atender à sociedade ansiosa por resolver seus conflitos advindos dos novos direitos constitucionalizados, bem como da falta de iniciativa dos magistrados em usar os instrumentos de que já dispõem na técnica processual, numa atitude de proatividade. No primeiro caso, tem-se o que se chama de morosidade sistêmica, a qual decorre da sobrecarga de trabalho, excesso de burocracia, do positivismo e do legalismo (SANTOS, 2007). No segundo, observa-se a morosidade ativa, tida como aquela em que os obstáculos são impostos pelos operadores do sistema judicial (magistrados, funcionários ou partes), para impedir a sequência normal dos procedimentos que levem ao desfecho do caso, recusa em enfrentar a questão, casos de não decisão, por exemplo, engavetamento, ações protelatórias, recursos desnecessários...

Diante desta constatação de consciência popular democrática, inflação de processos judiciais e crise de autoridade tradicional, reforça-se a necessidade de atuação do Judiciário, pois é preciso julgar, em especial diante da dificuldade do legislador em regulamentar e do Executivo em executar políticas públicas de concretização de direitos

2. DECISÃO JUDICIAL, ATIVISMO E ALTERIDADE

A partir dos contextos de democratização, globalização e enfraquecimento da moralidade social, a justiça ascende à condição de autoridade moral e simbólica, reguladora de conflitos sociais, sendo o juiz a figura central da satisfação de direitos democráticos, de modo que foi preciso reinventar sua atuação.

Bendito Cerezzo PEREIRA FILHO e Daniela MORAES fazem um estudo sobre o juiz do (código) Estado e Direito Liberal, identificando-o com um historiador, por ser magistrado neutro e equidistante, postura adotada pelo código de processo

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

9

civil brasileiro de 1973, com exceção em um ou outro procedimento especial. Contrapõem, no entanto, este modelo, com a necessidade de um juiz do (direito) Estado Constitucional. Afirram, então, que:

O juiz do Direito não é o juiz do Código. Este é o historiador, aquele o “interventor”. Em outras palavras, essa intervenção é o contraponto ao juiz “neutro”, “sem poder”, simplesmente reproduzindo “a vontade da lei”, ou seja, “a boca da lei”. Precisamos de um juiz e não de um historiador! A dinamicidade do direito e os valores que permeiam a vida na sociedade não coadunam com a insensibilidade e com a indiferença. (...) Um novo modelo de Estado e de Direito, por lógica, exige, igualmente, outro modelo de juiz (2012, p. 49)

Esta intervenção (ou ativismo⁸, ou protagonismo) do juiz, embora necessária face à ausência do Estado, pode ser perigosa, pois o que está em jogo são a justiça e a democracia. Conforme afirma Antoine GARAPON (1999), o magistrado ocupou o espaço deixado pelas autoridades tradicionais, pois representa a consciência moral da vida social, política e econômica numa sociedade desorientada. Acontece, porém, que há um limite a ser observado. O juiz não pode, sob o manto do monopólio estatal da violência legítima, exercer indistintamente e sem critérios bem definidos a atividade de julgar e decidir, sob o risco de convertermos autoridade em autoritarismo⁹, pois quando a “justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social” (MAUS, 2000, p. 186-187).

Antoine GARAPON (1999, p. 56) afirma que o ativismo se evidencia quando, dentre muitas opções, “a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la”. Legitima-se, portanto, a teoria

⁸ Tássia Aparecida GERVASONI e Mônia Clarissa Hennig LEAL tratam do tema da judicialização da política e do ativismo judicial, chegando a afirmar que a “própria judicialização constitui-se elemento propulsor do ativismo na medida em que reúne uma série de condições favoráveis a uma atuação ampliada da jurisdição constitucional”(2013, p. 112)

⁹ É bom lembrar que Hannah ARENDT explica que “a autoridade sempre exige obediência, ela é comumente confundida com alguma forma de poder ou violência. Contudo a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção; onde a força é usada, autoridade em si mesmo fracassou. (1992, p. 129)

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

10

das teses ou correntes jurídicas, dentre as quais o juiz faz um exercício de escolha para alterar a realidade social.

Acontece, porém, que a atividade de intervenção deve ser pautada na interpretação ¹⁰ ou na criação ¹¹, numa construção de teses e correntes fundamentadas e vinculadas, e não na escolha arbitrária de uma ou outra, devendo ser compatível com as bases do constitucionalismo democrático ¹². Uma coisa é certa, o juiz é chamado a intervir quando há espaço marcado pela ausência, podendo-se afirmar que, pelo menos com o legislador, a sua relação é dinâmica e não se faz em sentido único, sendo atravessada pela tensão entre a aptidão de lançar uma jurisprudência criativa e construir seus próprios limites de atuação. (RIGAUX, 1997, 289). Limites esses que devem ser resguardados pela preferência pela lei e pela regra, conforme preceitua Luís Roberto BARROSO (2009, p. 392), pois “a Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado democrático de direito”, sob o risco de que a discricionariedade jurídica conduza a um decisionismo judicial ofensor à segurança e à justiça.

Assim sendo, em contraposição à passividade do juiz moderno, juiz do código, o que se espera do juiz constitucional é que assuma um protagonismo diante

¹⁰ Conforme Castanheira NEVES (1995, p. 48), “a interpretação jurídica não é mais fim em si mesma, mas momento normativa e metodologicamente subordinado, ao serviço de aplicação do direito”. Assim sendo, a atividade interpretativa tem a função metodológica de aplicação concreta do direito, o que o juiz deve fazer com autonomia e independência. Segue o autor afirmando que “as soluções de juridicidade se não obtêm num impessoal deduzir, antes impõem um esforço de fundamentado construir” (p. 50), no qual o sentido histórico e dinâmico do Direito devem se encontrar com a eticidade humana.

¹¹ Mauro CAPPELLETTI (1993, p. 42) diz que “é manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação de dos direitos sociais. Deve retirar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional do juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional”.

¹² A respeito deste tema, interessante a leitura de Lênio Luiz STRECK em O que é isto – decido conforme a minha consciência?. Na obra, o autor (2010, p. 106) diz que a “a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade jurídica constrói como direito”, sendo que a “resposta correta (adequada à Constituição e não à consciência do intérprete) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*” (p. 107), pois os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões devem ser aplicados em casos idênticos

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

11

de casos extremos de violações de direitos fundamentais, sem, no entanto, agir arbitrariamente, sob pena de se configurar uma tirania do Judiciário.

Exige-se, então, uma postura mais atuante e cooperativa do juiz dentro do próprio processo, como expressão do Estado Democrático de Direito, com fundamento constitucional para a concretização dos direitos de cidadania outorgados pelo processo de democratização. Assim sendo, os contextos processuais contemporâneos indicam uma tendência em se admitir que o magistrado tenha uma postura mais positiva, pois negá-la seria a expressão da ficção da neutralidade do juiz oriunda da dogmática arcaica do Estado Liberal Moderno clássico.

Conforme refere Antoine GARAPON (1997, p. 327), na construção da democracia, o “combate pela justiça não passa por um combate contra qualquer rito, mas sim por uma luta por símbolos mais verdadeiros”, o que se pode alcançar com técnicas adequadas da prestação jurisdicional aptas à efetivação de direitos fundamentais, o que coloca aos magistrados mais um desafio, qual seja, o de não mais se vincular apenas à formalidade da lei, mas sim à análise crítica de seu significado, como meio de legitimidade constitucional (CAMBI, 2009).

Neste sentido, o novo sistema processual civil brasileiro impõe ao magistrado a fundamentação analítica das decisões judiciais, como “mecanismo de fiscalização ao exercício dos micropoderes exercidos ao longo do *inter processual*” ” (THEODORO JUNIOR, et al, 2015a, p. 301).

Coloca-se, então, a questão de se o Judiciário e, por conseguinte, os juízes, estão em condições de assumir a condição de terceiro cooperativo e interveniente na resolução de conflitos de direitos fundamentais, o que leva José Eduardo FARIA, a afirmar que (1994, p. 50):

Preparado somente para lidar com questões rotineiras e triviais, nos planos cível, comercial, penal, trabalhista, tributário e administrativo, por tratar o sistema jurídico com um rigor lógico-formal tão-intenso que inibe os magistrados de adotar soluções fundadas em critérios de racionalidade substantiva, o Judiciário se revela tradicionalmente hesitante diante das

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

12

situações não-rotineiras; hesitação essa que tende a aumentar à medida que, obrigados a interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, os juízes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional. É aí, justamente, que se percebe como os direitos humanos e sociais, apesar de cantados em prosa e verso pelos defensores dos paradigmas jurídicos de natureza normativa e formalista, nem sempre são tornados efetivos por uma Justiça burocraticamente inepta, administrativamente superada e processualmente superada; uma Justiça ineficiente diante dos novos tipos de conflito – principalmente os “conflitos-limite” para a manutenção da integridade social; ou seja, os conflitos de caráter inter-grupal, inter-comunitário e inter-classista; uma Justiça que, revelando-se incapaz de assegurar a efetividade dos direitos humanos e sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação. É aí, igualmente, que se constata o enorme fosso entre os problemas socioeconômicos e as leis em vigor.

É fundamental se compreender que o magistrado tem a prerrogativa da decisão, do decidir-se. Conforme Francesco CARNELUTTI (1981, p. 521): “La decisión se impone al juez con la necesidad de la acción...En suma, al final, para *decidir* es necesario *decidirse*. Lo que se encuentra en la decisión, más allá del juicio, es la *elección*”. O juiz, antes de qualquer atividade cognitiva e decisória, deve sentir o direito e o processo. Nesse sentido Piero CALAMANDREI (1960, p. 77) diz que:

La verdad es que el juez no es un mecanismo, no es una máquina calculadora. Es un hombre vivo, y su función de individualizar la ley y de aplicarla al caso concreto, que in vitro puede representarse como un silogismo, es en realidad una operación de síntesis que se cumple misteriosa y calurosamente en el crisol sellado del espíritu, en el cual la mediación y la soldadura entre a ley abstracta y el hecho concreto tienen necesidad, para realizarse, de la intuición y del sentimiento ardiente de una conciencia laboriosa.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

13

Assim sendo, a consciência e técnica devem ser usados para se imprimir uma característica mais democrática à prestação jurisdicional. A ousadia e o ativismo da magistratura são formas mais iminentes de se alcançar a efetividade do processo, à medida que a jurisprudência está aí para confirmar o poder criativo dos juízes.

Neste contexto, o novo código de processo civil, ao exigir a fundamentação analítica da sentença, pretende que a criação jurisdicional seja pautada por critérios definidos, dialogados e devidamente informados aos sujeitos processuais numa relação democrática entre partes e juiz. Pretende-se, no novo sistema processual, que a decisão seja legítima e íntegra (DWORKIN, 2003) e não conforme a consciência do magistrado enquanto intérprete da lei (STRECK, 2010).

Juan Ramón CAPELLA (2006, p. 227), ao tratar do Estado intervencionista, diz que o juiz passa a exercer uma função de ajuste social ou ajuste político econômico, realizada pela via administrativa à margem da via jurisdicional, sendo necessário, em certos casos, criar o direito. Admite, no entanto, a atuação de outros agentes não jurisdicionais para a resolução de conflitos, face à complexidade das relações, tais como o árbitro privado ou o jurista administrador público, o que demonstra a insuficiência da jurisdição para o tratamento dos conflitos na sociedade cosmopolita.

É urgente, assim, se reconhecer que pode haver outras formas de se tratar os conflitos, por vezes externas ao próprio Judiciário, resgatando-se o esquecido ideal de fraternidade, pois como afirma Eligio RESTA (2014), na história do constitucionalismo moderno, a ele foi reservado o papel de parente pobre, de primo do interior se comparado à liberdade e à igualdade. E talvez esse resgate seja imprescindível tanto para que juiz possa exercer com efetividade o seu papel de decisão na resolução de demandas, quanto para que se concretizem alternativas mais eficientes de tratamento de conflitos.

No sistema tradicional em que o juiz fica equidistante às partes e decide, de modo que os indivíduos não se percebem em relação de amizade e fraternidade, mas sim de adversidade e inimizade, o que é reforçado pelo poder simbólico da

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

14

autoridade judicial¹³. Tal situação pretende-se minimizar com a posituação do princípio da cooperação processual, com a exigência da fundamentação analítica da decisão e com a inserção da mediação e conciliação como etapa do procedimento comum, pois a sentença separa as partes em conflito, reconhecendo o espaço que cada um ocupa na sociedade na condição de ganhador e de perdedor no processo. Nesse sentido, Paul RICOER (1995) apresenta o ato de julgar como um horizonte de equilíbrio frágil em que divide a parte de um em relação ao outro, bem como faz com que ambos tomem parte na sociedade.

Precisa-se, então, discutir a relação entre o Direito e a fraternidade, assim como a visão reducionista de que a natureza do direito é sempre conflituosa e que a fraternidade é sempre harmônica (SPENGLER, p. 2012). Apresenta-se, assim, o grande desafio contemporâneo, tanto no âmbito político quanto jurídico, qual seja, o estabelecimento de uma articulação dialética dos três princípios integrantes da tríade da Revolução Francesa, superando a lógica meramente igualitária e liberal para se caminhar em busca de um reconhecimento efetivo e eficaz da alteridade, diversidade e reciprocidade (SPENGLER, 2012).

Importante, então, se conceber um Direito cosmopolita que se preocupe com os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais) e que busque um desenvolvimento universal, ultrapassando fronteiras e superando a lógica do pertencimento para proteger a lógica do humano. Deve-se, a partir das experiências vividas no direito e na práxis judiciária, construir soluções emancipadoras para uma sociedade futura que se pretenda fraterna e plural.

¹³ Pierre BOURDIEU (2012) trabalha com o poder simbólico como um poder invisível que se legitima pelo uso da linguagem, precipuamente, e com a cumplicidade inconsciente daqueles que estão sujeito aos poder e mesmo daqueles que o exercem, podendo gerar uma violência simbólica, dissimulada e não percebida a olhos vistos. No campo jurídico, em razão da cientificidade que sistematiza e racionaliza as regras do jogo, teríamos uma violência simbólica controlada e, por conseguinte, ordem e eficácia (simbólica). No entanto, o monopólio do recurso lingüístico no campo jurídico afasta os interlocutores não letrados e exclui da compreensão e da legitimação da lei e da decisão o seu maior interessado que é o cidadão jurisdicionado. Assim, há violência pela exclusão da ignorância praticada pelo detentor do poder que, devendo proteger, não percebe que está cada vez mais excluindo ao institucionalizar espaços que deveriam ser popularizados para efetivamente ser acessíveis.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

15

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma perspectiva tradicional do processo, por meio da atividade jurisdicional, transfere-se o conflito para o Estado para que o juiz profira uma decisão que, pretensamente, irá resolver o problema dos conflitantes. A jurisdição é, nestes termos, compreendida como a outorga ao juiz do poder de dizer qual a melhor solução para a situação conflitiva. Acontece, porém, que em um contexto de globalização, democratização de direitos e mais acesso ao Poder Judiciário, verificou-se o exaurimento desta atividade jurisdicional tradicional, eis que o magistrado está cada vez mais vinculado a decisões de conflitos oriundos da ineficiência do Estado na concretização de direitos fundamentais.

Tal situação exigiu novos contornos para a atividade jurisdicional, pois o seu modo de produção, vinculado a uma tradição oriunda dos dogmas do Estado Moderno, vive uma exaustão paradigmática na qual o próprio juiz está em conflito, pois precisa decidir individualmente sobre direitos coletivos não concretizados por políticas públicas. Na tentativa, então, de cumprir suas funções, o Poder Judiciário se viu na contingência de buscar outras formas de atuação, chegando ao que se costuma chamar do fenômeno da judicialização da política que decorre da incapacidade do Executivo e do Legislativo em legislar e desenvolver políticas públicas adequadas às exigências da crescente globalização econômica e democratização de direitos.

A judicialização da política, por sua vez, acabou gerando o fenômeno do ativismo judicial, o que trouxe riscos para a legitimidade da decisão. Não se nega o poder criativo e interpretativo no juiz, mas o agir do magistrado deve ser pautado por uma racionalidade hermenêutica sob pena de se confundir autoridade com autoritarismo.

Diante destes riscos, como forma de se ter uma decisão legítima e íntegra, o novo código de processo civil disciplinou a fundamentação analítica da decisão judicial, de modo que não se pode apenas motivar a decisão, devendo fundamentá-

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

16

la com critérios racionais de integridade do direito. E para que se chegue a esta condição, o novel sistema processual trouxe como norma fundamental a cooperação processual, imprimindo um caráter democrático ao processo, em que os sujeitos processuais – juiz e partes – estão em permanente relação dialogada e de alteridade.

Assim sendo, a alteridade e a cooperação processual devem ser vistas como alternativas para a prestação jurisdicional, eis que permitem uma revalorização do outro no conflito em detrimento dos privilégios outorgados pelos modos tradicionais de dizer e fazer o Direito, possibilitando-se, inclusive, a intervenção de outros terceiros na resolução de conflitos que não apenas o juiz que decide pelas partes, sem que elas se responsabilizem pela composição de seus próprios dilemas

REFERÊNCIAS

- ALLARD, Jullie e GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito.** Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.
- ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro.** Trad.: Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 5º ed, 1992
- AZEVEDO, José Luís. Perfil do juiz: da modelação à crise de identidade, in Instituto de História do Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Conselho Superior da Magistratura (org). **O perfil do juiz na tradição ocidental – Seminário Internacional.** Lisboa: Almedina, 2009
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: 2009.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** Tradução de Fernando Ferraz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia.** Traducción de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1960.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

17

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta Prohibida. Una aproximación históric-teórica al estudio del derecho y del estado.** Madrid: Editorial Trotta, 2006

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

_____. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas, tradução de José Carlos Barbosa Moreira, in **Revista de Processo.** Ano 17, nº. 65, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso.** Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1981.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. **GARCIA MANIBARDO c. ESPANHA.** Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/sumariosTEDH.pdf>. Acesso em 28 de Janeiro de 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. Salvador:

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIA, José Eduardo. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais, in FARIA, José Eduardo (org.) **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros, 1998.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário.** Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. **O juiz e a democracia. O guardião de promesas.** Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

GERVASONI, Tassia Aparecida e LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal.** Curitiba: Multideia, 2013.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

18

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio de Lima e Paulo Albuquerque, in **Revista Novos Estudos**, CEBRAP, São Paulo, nº 58. nov. 2002.

NEVES, A. Castanheira. Digesto. **Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico e da sua metodologia e outros**. vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo e MORAES, Daniela Marques de. **A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça**. Pensar, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 33-56, jan./jun. 2012, disponível em <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Meus%20documentos/Downloads/2276-7490-1-PB.pdf>, acesso em 17 de agosto de 2014.

RESTA, Eligio. **O tempo e o processo**. 1ª Ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel mundo, 2014.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 ed. São Paulo: Editora Cortez, 2007.

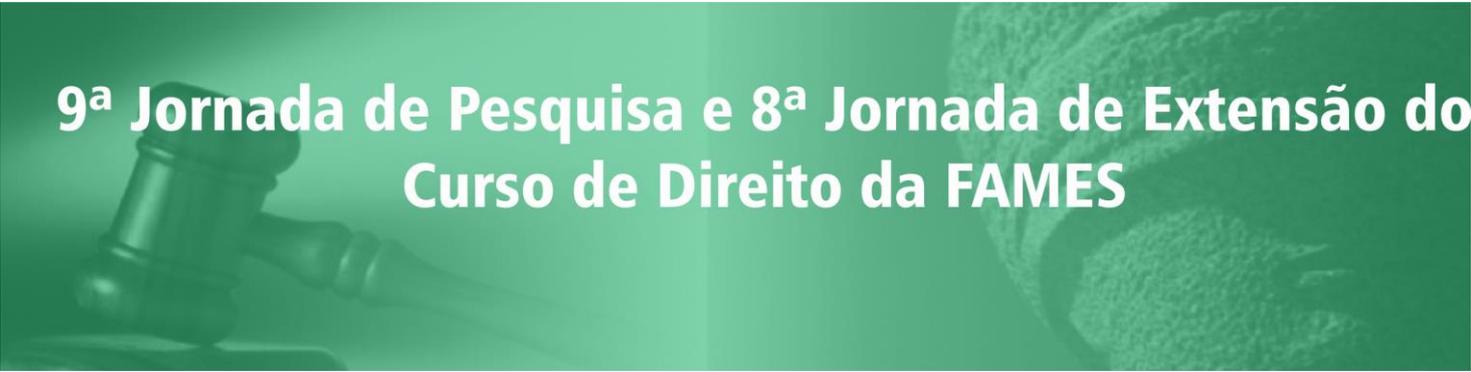
SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária**. Ijuí: UNIJUÍ, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion.; BITENCOURT, Caroline M.; TURATI, Luciana. **Políticas Públicas no tratamento dos conflitos: um novo olhar para a jurisdição**. Editorial Académica Española, Alemanha: 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015a.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. Rio de Janeiro, 2015b.



9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

19

VIANNA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice Rezende de. MELO, Manuel Palácios Cunha, BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.