

O AUMENTO DA COMPETÊNCIA E A LEGITIMIDADE DO JUIZ EM UMA SOCIEDADE FRAGMENTADA À PROCURA DE UM ELO SOCIAL *

por Sabine Malengreau **

O *paper* apresentado no seminário do Centro de Direito Público intitulado *É o juiz ou o legislador: ¹ quem governa?* junto a Universidade Livre de Bruxelas da Bélgica ² aborda sobre o nível de reflexão que se encontram os teóricos do direito sobre as causas da redefinição do papel do juiz e do reequilíbrio dos poderes que se faz necessário.

Para Malengreau repensar a relação que mantinha o poder judiciário com os outros poderes nos leva a defender a tese de que o juiz poderia se encaixar antes de tudo como a expressão do desenvolvimento de um novo ideal democrático em nossas sociedades surgindo como uma forma de *governo dos juízes*.

O papel elastecido do juiz suscita polêmicas quanto à legitimidade desse poder que não se limita mais a sua função, qual seja, a uma aplicação estrita e automática de uma lei pretensamente clara e unívoca, mas a de realizar uma obra criadora do direito, ao final de um procedimento contraditório e argumentativo nos quais ambas as partes tiveram oportunidade de intervir no processo.

I – Duas causas principais relacionadas ao aumento da competência do juiz: a judicialização da sociedade e o pluralismo jurídico:

A sociedade contemporânea se caracteriza pela pluralização de suas referências morais e culturais. A pós-modernidade poderia assim se traduzir pelo fato de que a verdade absoluta se substitui pela absoluta divergência de opiniões.

Esse pluralismo de valores e a complexidade das relações econômicas e sociais provocam uma individualização crescente da sociedade.

Disso resulta, em seu aspecto positivo, uma emancipação do indivíduo dos elos que o ligavam às referências e autoridades tradicionais.

Em seu aspecto negativo, essa crescente individualização se traduz pelo isolamento progressivo do indivíduo seguido pelo declínio dos meios de socialização primários (fragilização do meio familiar, abandono das práticas religiosas) e os meios coletivos de socialização dos indivíduos (baixa afiliação política, decréscimo da verticalização das relações no seio da instituição escolar).

Dentro desse contexto, ligado a uma coisificação das relações sociais, nós observamos efetivamente uma *tendência do indivíduo à representação de si mesmo como sujeito de direito e a tradução simultânea dessa representação de identidade no contexto social. (...) Os contextos sociais fazem de agora em diante o objeto de uma redefinição geral em termos de direitos e deveres individuais*, conclui Malengreau.

O direito aparece como o último regulador das relações sociais. Nós falamos de judicialização da sociedade, fenômeno que se define como *o processo do qual ele (o indivíduo) se apropria do direito que rege o seu meio (...) o integra ao seu sistema de representação e de conhecimento*, ou melhor, *a solicitação do direito como modelo interpretativo dominante dos contextos sociais*.

* Traduzido do francês por Deilton Ribeiro Brasil para uso acadêmico no Laboratório de Análise Jurisprudencial - LAJ do PPG/UGF/RJ. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

** Professora assistente junto ao Centro de Direito Público da Universidade Livre de Bruxelas, Bélgica.

¹ Nota de tradução: Para fins didáticos o termo *parlamentar* foi substituído por *legislador*.

² O *paper* pode ser localizado em <http://www.ulb.ac.be/droitpublic> . Acesso em < 03.02.2008 >.

II – Pluralismo jurídico, desformalização do direito e a mudança do modelo de racionalidade: apanhados teóricos:

A inflação legislativa constatada desde o final do século passado é uma fonte crescente de conflito entre diversas legislações e conseqüentemente de litígios que são levados junto ao juiz.

Fabrice Hourquebie nesse sentido escreve que

*a ascensão do juiz se explica conseqüentemente pelo papel que lhe é conferido pelo pluralismo jurídico proveniente da multiplicação dos contextos normativos. Dentro dessa lógica pluralista, concerne ao juiz de coordenar essa complexidade de articulação jurídica. O juiz é, portanto, o garante dessa junção estruturada dessas peças pluralistas do puzzle jurídico.*³

O pluralismo cultural e moral contemporâneo é acompanhado de um processo de pluralização das ordens normativas. A sociedade se compõe de diversos grupos ou organizações sociais que tendem a produzir suas próprias referências normativas independentemente do Estado. Tal pluralismo jurídico gera inevitavelmente incertezas e indeterminações ao nível das referências normativas, e aciona a desformalização da norma estática devolvendo sua relatividade, sua contingência. Em outras palavras, a desformalização do direito pode se compreender como a perda da confiança na capacidade das regras e papéis formalmente definidos pelos atores tradicionais que personificam os valores compartilhados uma vez que aqueles não são mais tidos como comuns ou universais.

Para Berten a desformalização do direito reenvia em definitivo ao *progressivo abandono de um ideal formalista que tem estruturado a analogia à norma na modernidade*.⁴

Desde uma quinzena de anos já se elabora um novo modelo de racionalidade conhecida como *procedimentalista* que integra a finitude da razão humana e, portanto, a impossibilidade do acesso direto ao real. Esse modelo racional se funda na idéia de que

*a razão moderna não encontra mais do que a retomada indefinida de um debate argumentado hipoteticamente garantido em um sentido tido como verdadeiro. Isto desencadeia um outro contexto do juiz para com a norma e sobre uma teoria de julgamento jurídico que se faz um direito melhor em face da irredutível finitude da razão humana.*⁵

Uma racionalidade procedimentalista por outro lado não pretende conhecer de antemão a boa ordem da ação, que não pode ser determinada independentemente de uma deliberação contínua dos próprios atores.⁶

³ HOURQUEBIE, F. *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*. Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 119.

⁴ BERTEN, A. Preface, in J. de MUNCK et M. VERHOEVEN (dir), *Les mutations du rapport à la norme*. Bruxelles : De Boeck et Larcier, 1997, pp. 6-9.

⁵ LENOBLE, J. «Introduction», in *La crise du juge*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 4.

⁶ DE MUNCK, J. Normes et procédures: les cordonnés d'un débat, in *Les mutations du rapport à la norme*. Bruxelles : De Boeck et Larcier, 1997, pp. 62-63.

III – Redefinição consecutiva do princípio da separação dos poderes

Para Malengreau a nova percepção do papel do juiz anteriormente esboçada demonstra evidentemente a visão organicista do princípio da separação dos poderes e nos conduz ao seu inevitável reequilíbrio.

Paradoxalmente, quando reexaminamos o princípio da separação dos poderes, na medida da mudança atual de racionalidade evocada acima, o papel conferido ao juiz contemporâneo produz eco nas referências teóricas de Montesquieu, que nos permite então de inscrever esse fenômeno em um processo definitivamente democrático. Assim,

*a crise do Estado provedor, longe de acarretar um refluxo (do direito), contrariamente assume o aspecto de um retorno ao direito, que testemunha eloquentemente o sucesso do assunto, qual seja, o Estado de Direito, que produz uma nova explosão jurídica (...) mas esta crítica do Estado providência foi paradoxalmente benéfica, reativando a visão liberal do direito a serviço da liberdade e concebido como dispositivo de proteção contra o Estado.*⁷

Esta visão liberal do direito coloca o juiz no centro da regulação social, tanto quanto guardião instituído, junto ao poder, dos valores fundamentais de liberdade e igualdade.⁸

Para Malengreau a função jurisdicional assim repensada não se reduz, contudo, a um papel de contra poder. Abandona-se a ilusão de um texto de lei claro e unívoco, e admite-se assim as virtudes criadoras da interpretação, que nós podemos integrar pouco a pouco a característica paradoxal de um juiz que, mais do que um simples contra poder, executa no exercício de sua função jurisdicional um verdadeiro poder normativo.

Fabrice Hourquebie expõe de maneira precisa que

*o juiz contra poder não se limita somente a controlar os poderes; ele participa também de um diálogo normativo entre eles (...) A análise da ação reguladora do juiz autoriza então um desdobramento funcional de qualquer modo. Em sua função de controle, o juiz tem a possibilidade de moderar, freiar, de se fazer opor aos outros poderes; ele utiliza plenamente a sua faculdade de abster-se. Paralelamente, no exercício de sua função de interpelação (ou “faculdade de decidir”) nas outras instâncias do poder, o juiz participa da elaboração da lei, ao completar ou suprir o legislador; isto ilustra perfeitamente a realização de sua faculdade de julgar. Nos dois casos, tanto quanto ao poder autêntico, o juiz deve fazer escolhas. Em as fazendo, ele participa indubitavelmente do exercício de sua função política, pela realização de um verdadeiro poder de julgar, elemento determinante no processo de afirmação da jurisdição como poder comparável aos outros dois.*⁹

Esse reposicionamento do poder judiciário marca assim a sua ascensão ao *status* de *poder* de modo completo, o que desmistifica a visão reticente da separação dos poderes que o relegava ao posto de servidor do poder legislativo assevera Malengreau.

Como desde então convencer aqueles que, em nome da democracia, temem que a aparição de um *governo de juízes* e que esta revalorização do papel do juiz se deve em realidade a um resultado do processo de democratização?

⁷ CHEVALLIER, J. «Vers un droit postmoderne», in *Les transformations de la regulation juridique*, Paris: L.G. D. J. 1998, p. 44.

⁸ LENOBLE, J. Crise du juge et transformation nécessaire du droit, in *La crise du juge*, Bruxelles : Bruylant, 1996, p. 142.

⁹ HOURQUEBIE, F. *op. cit.* pp. 207-209.

Com efeito, essa figura singular do juiz, simultaneamente poder e contra poder, não aparece em definitivo do que uma justa aplicação da teoria exposta em seu tempo por Montesquieu segundo o qual *para aqueles que nós não podemos abusar do poder, é necessário que, pela disposição das coisas, o poder contém o poder*.

Bem compreendido que o princípio da separação dos poderes coloca então, desde a sua origem as referências de uma *teoria de interferência dos poderes, tendo em vista seu controle recíproco e a manutenção das liberdades*.¹⁰ Dentro dessa perspectiva, o reequilíbrio dos poderes estáticos, significa pela afirmação mais clara do poder judiciário, talvez considerada como um avanço positivo.¹¹

IV. O poder assim (re)conquistado pelo juiz coloca necessariamente a questão de sua legitimidade... À qual responderia a teoria procedimentalista

O papel conferido ao juiz no contexto de desformalização do direito suscita novos debates quanto à legitimidade desse poder cuja função não implica não menos sua imparcialidade e a conservação de certa fidelidade à lei.

É sabido que a aplicação da lei está ligada indissociavelmente à interpretação da lei pelo juiz cuja tentativa comporta irremediavelmente de sua parte a imprevisibilidade, como restaurar a confiança do jurisdicionado, que espera sempre que o juiz *aplique a lei* de maneira imparcial.¹²

A resposta habermasiana, fundada na ética da argumentação, propõe uma procedimentalização dos debates tendo como efeito de relativizar toda crença e confiança às partes, sob o controle do juiz, a produção de um direito negociado, flexível e revisável. O risco do arbitrário se diminuiria dessa maneira ante uma concepção *procedimentalista* do juiz cuja intrusão na ação política seria compensada por uma transformação de seus critérios de julgamento.

Dessa maneira, para Malengreau, o juiz *procedimentalista* não teria vocação de determinar unilateralmente as regras que ele aplicaria. Seu papel seria antes de qualquer coisa de assegurar o respeito das *forças argumentativas*, pelas hipóteses aptas a proporcionar uma solução negociada.¹³

A procedimentalização coloca o juiz, e não mais o legislador, no centro do sistema regulador que permite aos críticos de levantarem suas vozes em face do espectro do *governo de juízes*. Os pilares atuais do poder do juiz, tais como a obrigação de fundamentar, a publicidade dos atos processuais e da sentença, o duplo grau de jurisdição, a responsabilidade civil dos atos judiciais e o controle externo pelo Conselho Superior da Justiça, (...) são entre outros elementos um quadro *procedimental* para sua intervenção, própria para sua legitimação, conclui Malengreau.

Nesse sentido conclui Paul Martens

Se nós podemos bem admitir que o juiz não possua nenhuma legitimidade para decidir autoritariamente os conflitos de valores; aquilo que determina a verdade hoje em dia de um enunciado não é mais o seu conteúdo, mas o respeito pelas

¹⁰ OST, F. «Juge-pacificateur, juge-arbitre et juge-entraîneur. Trois modèles de justice», in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire* (dir. Ph. GERARD, Fr. OST et M. van der KERCHOVE), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 71

¹¹ ALEN, A. «Séparation ou collaboration des pouvoirs?», A.P.T. 1990, p. 235.

¹² OST, F. *op. cit.* p. 39.

¹³ DE MUNCK, J. et LENOBLE, J. «Droit négocié et procéduralisation», in *Droit négocié, droit imposé?* Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, p. 186.

*condições procedimentais de sua confecção e suas técnicas de certificação; que a comunicação deve assegurar uma abertura constante do discurso pelo processo de intersubjetividade de uma troca argumentativa, senão nós teremos a consciência de ingressar em um tempo onde o procedimento é mais importante do que as normas, a felicidade jurídica não é mais do que tributária da metodologia da argumentação e da retórica de sua expressão.*¹⁴

V – A procedimentalização poderia ela (re)instituir o elo social?

Com efeito, se esse contexto se traduz como uma emancipação da sociedade no que tange ao funcionamento da hierarquia, vertical, tradicional, que integra as condições de um desenvolvimento e enfraquecimento pessoal do indivíduo, ele é também indissociável à profunda mudança social ligada à desorganização dos padrões normativos e a criação de um indivíduo anímico e sem ligações sociais.

Essa segunda análise pode servir de alibi a um discurso tradicionalista que prescreve o retorno de uma autoridade forte, discurso que nós poderíamos injustamente conceber-lo como marginal. Alguns defendem, com efeito, uma *resubstanciação* da norma, ou melhor dizendo, a necessidade de se dar um conteúdo às normas, e depois aos valores coletivos realizando *uma referência quase mítica a alguma coisa sagrada, que escapa de toda reflexão, retornando como uma coisa proibida.*¹⁵

Em fase com a interpretação positiva o que se percebe nessa conjectura de desformalização do direito uma forma de emancipação do indivíduo, o modelo procedimental, teria a vantagem de levar em conta a emergência no novo modelo de racionalidade que prejudica a visão ilusionista científica segundo ao qual a verdade é diretamente acessível, e notadamente pela regra do direito.

Jean de Munck e Marie Verhoven constatarem que

*nada dentro do modelo “procedimentalista” não assegura por ele mesmo a constituição de um universo de sentidos consistentes e vivos. Se as negociações não começarem por compromissos pragmáticos estritamente locais, se eles não interiorizarem mais do que certo número de exigências regulatórias globais, se os compromissos são unicamente justificáveis em termos estratégicos, então, é pouco provável que as trocas interativas possam produzir sentido e uma integração mais forte da sociedade. Nós poderíamos ir aos procedimentos de “problem-solving” que se imunizam contra as questões de sentido. O modelo “racional-negociado” conduziria então a uma nova fragmentação das significações, e a “perda do sentido” que acreditava Max Weber. Igualmente, o modelo não assegura por ele mesmo uma igualdade das fontes de controle, quer sejam elas monetárias, simbólicas ou por lei.*¹⁶

Para Malengreau esta colocação nos poderia permitir pressentir uma função (nova?) de um direito público que seria pensado como regulador que instituiria os direitos procedimentais.

¹⁴ MARTENS, P. *Theories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles: Larcier, pp. 214-215.

¹⁵ BERTEN, A. op. cit. p. 9.

¹⁶ DE MUNCK, J et VERHOVEN, M. «Conclusion: les métamorphoses de la raison», in *Les mutations du rapport à la norme – un changement dans la modernité?* Bruxelles: De Boeck et Larcier, 1997, pp. 273-274.

V – Quais as perspectivas para o direito público?

Malengreau evoca a hipótese segundo ao qual se poderia fazer uma ligação entre a judicialização crescente dos contextos sociais e a procedimentalização como modelos emergentes em relação à norma, que seria uma forma de emancipação crescente do indivíduo.

Se o objeto do direito público é de colocar as regras de funcionamento das instituições e de organizar a vida política,¹⁷ o seu papel hoje em dia *mais modesto e não menos essencial*, não seria ele necessário, de uma parte, para garantir a emancipação *de todos e não dos mais fortes*, e de outra forma, de regulamentar as regras fundamentais da (re)institucionalização de uma sociedade cada vez mais fragmentada?¹⁸

Em outras palavras, o Estado não poderia ele assumir uma atitude voluntarista que tenderia a re(criar) o elo social colocando como balizas normativas assegurando uma *função cognitiva coletiva*¹⁹ necessária à aprendizagem do cidadão.

¹⁷ UYTENDAELE, M. *Précis de droit constitutionnel belge – regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles: Bruylant, 2005, p. 7.

¹⁸ OST, F. *op. cit.* p. 19.

¹⁹ DE MUNCK, J. Normes et procédures: les cordonnés d'un débat. *op. cit.* pp. 54 et 55.