

RECEBIDO EM: 23/07/2017

APROVADO EM: 28/11/2017

DA ONIPOTÊNCIA DO LEGISLADOR AO PROTAGONISMO JUDICIAL: REFLEXÕES SOBRE O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

*FROM THE LEGISLATOR ONIPOTENCE TO JUDICIAL
PROTAGONISM: REFLECTIONS ON THE PROBLEM OF THE
EFFECTIVENESS OF RIGHTS IN CONTEMPORARY SOCIETY*

André Galvão

Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP

*Pós Graduado em Direito Tributário pela Faculdade de Direito do Recife da
Universidade Federal de Pernambuco – FDR/UFPE. Professor e advogado*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Notas sobre o percurso histórico até o protagonismo judicial; 2 O juiz no centro do sistema jurídico e os riscos do excesso do protagonismo judicial; 2.1 O problema da legitimidade (democrática) do direito judicial; 2.2 A questão do acesso à justiça; 2.3 Disfuncionalidade Institucional (sistêmica); 3 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo descrever e analisar, a partir de uma perspectiva histórica e contextual, o caminho percorrido pelo sistema jurídico até o protagonismo judicial atual e, posteriormente, promover uma reflexão crítica acerca dos seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, fez-se imprescindível, inicialmente, traçar o panorama histórico que culminou nesse protagonismo, tendo como ponto de partida os movimentos iluministas/liberais baseados na supremacia da lei. Posteriormente, foram analisadas as limitações estruturais e funcionais do poder judiciário, no contexto da busca por efetivação de direitos fundamentais, face a um novo desenho institucional que o coloca no centro do sistema jurídico. A partir dessa perspectiva, são trazidos à tona pontos polêmicos que envolvem a atuação do poder judiciário na contemporaneidade, tais como: a questão da legitimidade democrática do direito judicial; o problema do acesso à justiça; e os efeitos da disfuncionalidade institucional que atinge as estruturas do Estado Democrático de Direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Onipotência do Legislador. Protagonismo Judicial. Legitimidade. Acesso à Justiça. Disfuncionalidade Sistêmica.

ABSTRACT: The present work aims to describe and analyze, from a historical and contextual perspective, the path taken by the legal system to the current judicial protagonism and, later, to promote a critical reflection about its impacts in the Brazilian legal order. To do so, it was essential, initially, to draw the historical panorama that culminated in this protagonism, starting with the illuminist / liberal movements based on the supremacy of the law. Subsequently, the structural and functional limitations of the judiciary were analyzed, in the context of the search for effective fundamental rights, in the face of a new institutional design that places it at the center of the legal system. From this perspective, controversial points are raised that involve the acting of the judiciary in contemporary times, such as: the question of the democratic legitimacy of judicial law; the problem of access to justice; and the effects of institutional dysfunctionality that affects the structures of the Brazilian Democratic State of Law.

KEYWORDS: Omnipotence of the Legislator. Judicial Protagonism. Legitimacy. Access to Justice. Systemic Dysfunction.

INTRODUÇÃO

Para alcançar um modelo ideal de organização e de resolução de conflitos, a sociedade buscou situar as bases de suas estruturas em um sistema feudal, na relação divina sob o domínio da igreja, depositou a centralização do poder no sistema personificado da monarquia e, julgando romper com o transcendentalismo e com a arbitrariedade de sistemas anteriores, acreditou ter encontrado no positivismo iluminista a solução para todos os seus “males”.

No entanto, com a chegada da sociedade moderna (ou pós-moderna, como preferem alguns) e sua hipercomplexidade, nos deparamos com a insuficiência dos modelos tradicionais de absorção e resolução dos conflitos sociais e, conseqüentemente, o questionamento da fidelidade irrestrita à lei como único instrumento de regulação de condutas e estabilização de expectativas normativas.

A partir desse cenário, viu-se surgir um poder teoricamente capaz de acompanhar os anseios dessa nova sociedade globalizada: o “novo” poder judiciário. O juiz, antes um “ser inanimado” que se limitava apenas a exprimir a vontade do legislador (*bouche de la loi*), passa a se posicionar no centro do ordenamento jurídico e assume o papel de coprodutor de normas jurídicas. As decisões jurídicas passam a ser o lugar para onde são direcionadas as expectativas normativas e, dessa forma, o poder judiciário passa a ocupar um papel de protagonista em comparação com sua atuação no século XIX.

O presente trabalho, portanto, se propõe a descrever o caminho percorrido até esse protagonismo judicial e, posteriormente, observá-lo de forma crítica, trazendo à tona as limitações estruturais e funcionais do poder judiciário, bem como os pontos mais problemáticos que decorrem desse novo desenho institucional.

1 NOTAS SOBRE O PERCURSO HISTÓRICO ATÉ O PROTAGONISMO JUDICIAL

Com o advento da modernidade, a partir do século XVIII, sobretudo com a decadência dos regimes absolutistas, inaugurou-se um processo de fragmentação da vida social e o direito, assim como outros sistemas sociais (tais como, arte, ciência, educação, economia, política etc.), na busca por uma maior autonomia, certamente impulsionado pelo processo de codificação e racionalização, se despreendeu do “direito sagrado”,

sustentado pelo transcendentalismo eclesiástico e se transformou em um direito dogmatizado/positivado. Passou-se, então, a apostar em uma racionalidade crescente e a dedicar-se a combater velhos fundamentos ab extra com instrumentos claros e objetivos para regular “coisas próprias do ser humano” (OLIVEIRA, 2009, p. 461).

O próprio significado da palavra positividade nos remete a uma contraposição à ideia de tudo aquilo que é transcendental. Lembra João Maurício Adeodato, que a positividade como característica do direito moderno é radicada em “fatos externos e objetivos, perceptíveis, positivos e independentes de qualquer base de outra ordem” (ADEODATO, 2009, p. 147). Essa transição, de um direito provido de uma ordem superior para uma ordem empírica, fruto da razão dos homens, deu-se, com maior ênfase, com o surgimento do movimento iluminista, influenciado pelos movimentos liberais.

O iluminismo foi um movimento de cunho liberal ocorrido, predominantemente, na Europa do século XVIII e sofria forte influência do racionalismo¹. As ideias iluministas surgiram em contraposição aos Estados absolutistas, que representavam uma teoria de poder único, onde a autoridade do Rei seria sagrada e emanava de Deus. Além de antidemocrático, esse tipo de governo absoluto gerava incerteza e insegurança jurídica na população que não sabia ao certo que normas seguir, já que elas eram produzidas pelo soberano e ele tinha o poder de ditá-las ao seu livre arbítrio. Dessa forma, antes tinha-se um Estado autoritário e absoluto onde o soberano exercia o comando das funções dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário).

Muito embora o fim desse regime autoritário e pessoal tenha sido um dos efeitos positivos dos movimentos liberais, é importante ressaltar que suas ideias, ao contrário do que pode-se imaginar, não foram lastreadas em uma busca pela proteção aos direitos humanos, fundamentais e coletivos, tal como conhecemos hodiernamente. O movimento liberal foi apoiado pelos comerciantes e burgueses que precisavam de segurança jurídica para praticar suas atividades e garantir direitos mínimos. Fala-se, então, de direitos típicos de primeira geração, tais como direito à vida, à liberdade e, principalmente, à propriedade.

1 Através do racionalismo buscava-se uma verdade necessária, absoluta e universal. O racionalismo buscava a verdade única através da representação de um mundo objetivo.

A ideia principal do movimento liberal seria garantir direitos individuais, ou seja, direitos privados. E para garantir esse modelo, o Estado deveria ser invisível e inofensivo, domesticado. Daí surge a ideia de que o liberalismo deveria promover o desenvolvimento do Estado através de um governo mínimo, atuando como uma “mão invisível que regulasse o mercado”. Esse cenário se tornaria propício para o desenvolvimento da burguesia comerciante e serviu de substrato para o processo de industrialização e globalização que viriam anos depois.

Assim, é possível afirmar que incerteza e a insegurança jurídica foram fatores imprescindíveis para o fim dos Estados absolutistas e o início de Estados baseados no respeito à legalidade estrita. A ideia era buscar a limitação da discricionariedade de uma pessoa e passar a pregar a submissão de todos à lei (TEIXEIRA, 2009, p. 97). Representava, portanto, um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder e, conseqüentemente, um novo modo de pensar o direito. Surge, portanto, o “dogma da onipotência do legislador” (BOBBIO, 2006, p. 119). Esse foi, certamente, um dos aspectos mais importantes das teorias iluministas e desse novo modo de pensar o direito.

Toda essa teoria tem como base o racionalismo. Entendia-se que através da razão poder-se-ia deduzir todo e qualquer comportamento humano e, por conseguinte, regulá-lo. Foi o que convencionou-se chamar de processo de “racionalização do direito”. Postulava-se a ideia do legislador racional, capaz de produzir um direito que se impõe e se legitima por sua própria racionalidade, ao mesmo tempo simples, coerente e unitário, e, portanto, facilmente compreensível.

Nesse sentido, Norberto Bobbio observa que:

[...] a concepção racionalista considerava a multiplicidade e a complicação do direito um fruto do arbítrio da história. As leis velhas deviam ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem (BOBBIO, 2006, p. 119).

Numa tentativa de impedir o risco da volta dos regimes autoritários, buscava-se neutralizar todo tipo de discricionariedade por parte de qualquer agente público através da previsão legal para os mais diversos tipos de conduta. A lei era universal e, teoricamente, deveria prever todas as situações. Conforme relata Paulo Bonavides, “Na doutrina do liberalismo,

o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade” (BONAVIDES, 2001, p. 40).

Como a ideia era manter o novo regime e evitar o arbítrio, buscou-se limitar a atuação do juiz que, de acordo com uma interpretação radical do modelo de separação dos poderes, idealizada inicialmente por Montesquieu, deveria limitar-se apenas a exprimir a vontade do legislador. Ou seja, o juiz seria apenas a “boca pela qual fala a lei” (*bouche de la loi*).

Assim, o aspecto mais importante caracterizador da transição do Estado absolutista para o Estado liberal/iluminista foi o fortalecimento do poder político/legislativo.

Nesse cenário, surge uma forma de interpretação jurídica chamada Escola da Exegese, que compreendia o direito a partir de esquemas lógico-formais criados para interpretar a lei de forma literal. Após o triunfo dos movimentos liberais, o desafio seria criar mecanismos que garantissem a manutenção do novo regime e neutralizar as ações características do regime anterior, marcado pelo alto grau de discricionariedade do juiz.

De acordo com as diretrizes dessa nova forma de hermenêutica, não deveria haver direito fora dos códigos, as soluções propostas pelas leis seriam justas para todos os conflitos. As palavras e os conceitos jurídicos seriam tão claros que não comportariam interpretações equívocas, e, por isso, dispensaria conclusões contrárias à intenção do legislador, devendo a lei ser tão-somente aplicada. A interpretação do texto legal, com sua exegese pura e simples, nisso fica reduzida a tarefa do intérprete (MELO, 2001).

Pensar tais os fatos do passado com olhos da sociedade atual, certamente desperta a configuração de uma forma autoritária de interpretação jurídica. Porém, de acordo com o contexto histórico em que as ideias iluministas foram fomentadas, tal método de interpretação foi considerado um ponto alto de garantia do cidadão que assim estaria protegido do arbítrio dos juízes, que em sua maioria eram partidários do antigo regime e os principais violadores dos direitos fundamentais. Aliás, essa é uma das principais características que diferenciam os sistemas jurídicos de natureza anglo-saxônica daqueles de natureza romano-germânica. Enquanto nos primeiros o papel de garantidor dos direitos fundamentais era atribuído aos juízes, já que a desconfiança se direcionava ao poder político e ao legislador colonizador; no segundo, a situação se

inverte, pois a garantia dos direitos humanos e fundamentais era depositada na atuação do poder político e nos legisladores que se protegiam do arbítrio dos juízes através de um catálogo rígido de regras pretensamente claras, objetivas e imutáveis².

Vale destacar ainda a importância do legado deixado pelo princípio da separação dos poderes, tal como idealizado pelos Estados liberais, conforme ressalta Paulo Bonavides:

[...] nas origens de sua formulação [o princípio da separação dos poderes] foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei Fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política – já não oferece, em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental. Representou seu papel histórico. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredutível dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento do que, na doutrina política consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz (BONAVIDES, 2011, p. 64). Esclarecimentos nossos.

Porém, quando essa ideia foge do propósito de rompimento com o antigo regime e passa a ser utilizada como forma de controle e manipulação social, transforma-se numa “verdade” muito perigosa, dando margem ao

² Abriremos um parêntese, nesse ponto, para destacar que muito embora seja claro que os movimentos liberais iniciados no século XVIII deram corpo e aprimoraram o princípio da legalidade estrita, é importante lembrar que a ideia de supremacia e respeito às leis, reunidas em um documento “fundamental”, teve início com a Magna Carta inglesa assinada pelo Rei John Lackland (João “Sem-Terra”). Assinada em 1215, a carta tinha uma aceção meramente formal. Neste período, o Rei John vivia uma crise política por conta das arbitrariedades promovidas pelo seu governo e a legalidade (que nesse momento, confunde-se com o surgimento do devido processo legal) foi concretizada para que os barões tivessem a tutela da “law of the land”, ou seja, a regência das “leis da terra” sobre suas condutas. Os senhores feudais queriam, com isso, segurança jurídica e conhecer qual a lei seria aplicada diante de um fato concreto. Tratava-se, basicamente, do princípio da legalidade formal. Posteriormente, a evolução desse princípio iria resultar no princípio do devido processo legal (formal e substancial) tal qual conhecemos hoje). Uma das cláusulas de maior importância foi seu artigo 39, que assim dizia: “Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela *lei da terra*”. (Destaque nosso). Significa que o Rei devia julgar os indivíduos conforme a lei estabelecida, seguindo o devido processo legal, e não segundo a sua vontade, até então absoluta. Nessa época, não se falava em direitos humanos e fundamentais tal como conhecemos hoje, mas imposições de “meras tolerâncias” do soberano. Sobre o assunto, ver: COMPARATO, 1999.

surgimento de Estados totalitários. A obediência cega à lei seria, no futuro, a justificativa para o cometimento de vários crimes contra a humanidade, como por exemplo: o nazismo.

Observe-se ainda que escola da exegese, ao contrário do que propunha, tratou de enfraquecer a teoria da separação dos poderes, pois reduziu o poder judiciário e figurou-se como uma teoria hermenêutica lastreada por ideias totalitárias sob a justificativa de cumprir o princípio da legalidade. Tornou inócua a ideia de freios e contrapesos em que um poder deve regular o outro. O Estado iluminista, acreditando romper com um regime autoritário, na verdade estava substituindo o poder de um e transferindo-o para outro.

Porém, assim como o momento de rompimento com o Estado absolutista foi imprescindível para o desenvolvimento do Estado de Direito, também cumpre-nos observar outro momento importantíssimo que foi a decadência das próprias ideias liberais, baseadas no puro positivismo jurídico, e a transição para um caminho de conciliação entre cumprimento da legalidade e aplicação de princípios lastreados na dignidade da pessoa humana, qual seja: o período pós-segunda guerra mundial.

O mundo passou por um segundo conflito de proporções mundiais e conheceu os horrores praticados contra diversas minorias durante esse conflito. A descoberta dos campos de concentração e dos meios empregados para a eliminação de uma “raça” pelo Estado nazista reforçou ideia de que não bastava apenas o cumprimento da lei, seria necessário que a lei fosse alinhada aos valores morais e ao respeito à dignidade da pessoa humana. Inicia-se, aqui, um processo flexibilização da legalidade estrita e a lei, enquanto único meio de estabilização de expectativas normativas, passa a dividir lugar com princípios constitucionais baseados nos direitos humanos. Trata-se da aproximação entre o direito e a moral, inaugurando a ideia do pós-positivismo.

Aliado a tais fatos, após a consolidação dos Estados liberais, o setor privado contou com um cenário confortável e seguro para promover o desenvolvimento econômico. Iniciou-se o processo de industrialização e a população que antes era rural passou a migrar para as grandes metrópoles e trabalhar nas indústrias. Em busca de uma vida melhor, homens, mulheres e crianças passaram a trabalhar em igualdade de condições e com cargas horárias sobre-humanas. Essa explosão demográfica e a falta de estrutura dos Estados fez eclodir a busca por direitos que antes eram inimagináveis.

Nesse cenário, surgem os Estados sociais, o chamado Estado proativo e as suas Constituições garantistas, com normas programáticas que dependem da atuação do Executivo para sua realização. É o que Mauro Cappelletti chama de “transição gradual de welfare state em estado administrativo” (CAPPELLETTI, 1999, p. 39).

Com o processo de globalização impulsionado pela revolução industrial, houve a necessidade de satisfazer as demandas desse novo mundo de forma mais eficiente, as sociedades se tornaram mais complexas e aquele ser “iluminado” que antes se supunha prever e controlar o futuro através das normas universais e imutáveis se mostrou cada vez mais insuficiente.

Porém, condições políticas, econômicas e sociais dificultaram (e dificultam) a eficácia plena desses novos direitos, até mesmo em razão da carência de recursos e das limitações orçamentárias. Em decorrência disso, houve uma explosão de litigiosidade, pois os cidadãos recorreram aos tribunais para buscar a efetividade desses direitos que antes lhes foram assegurados pelos Estados sociais.

Além disso, é possível observar os problemas que o poder legislativo vem apresentando com o passar dos tempos, como por exemplo: inflação legislativa com produção de leis inúteis e em grande quantidade, causando uma desvalorização normativa; a morosidade excessiva, cooptação de parlamentares por grupos de interesses, corrupção sistêmica, submissão ao executivo em troca de benefícios variados etc.

Todos esses fatores provocaram a flexibilização do princípio da legalidade estrita, que antes tentava apreender com métodos estáticos (a lei dita universal e imutável) uma ciência dinâmica que é o direito.

Dessa forma, com os Estados modernos do século XX pode-se falar em legislador tutelado e controlado. Agora, a lei deixa o papel de protagonista que exercia no século XIX e passar a viver à sombra da Constituição e de seus princípios.

2 O JUIZ NO CENTRO DO SISTEMA JURÍDICO E OS RISCOS DO EXCESSO DO PROTAGONISMO JUDICIAL

Visualizada toda essa problemática no contexto hipercomplexo dos nossos dias, potencializa-se a dificuldade em continuarmos a dizer que o juiz simplesmente aplica com literalidade lei a fatos ou que reduz fatos à lei, como antes previa a escola da exegese. Instala-se uma crise

jurídica provocada pelo questionamento da lei como único instrumento de regulação e a dogmática torna-se cada vez mais “desestruturada” pela realidade fluida e complexa do mundo moderno.

“A expansão do poder legislativo e da supremacia da lei, surgiu sob o manto da indiferença praticada pelos regimes antigos. Estabeleceu-se como antítese da instabilidade da interpretação judicial no Estado pré-moderno” (CAPPELLETTI, 1999, p. 39). No entanto, agora, percebeu-se que a letra pura e fria da lei não é suficiente para estabilização das expectativas normativas. O momento e a ocasião de sua feitura são, na maioria das vezes, diversos do momento e ocasião da sua aplicação, seja pela massificação e dinamismo da vida social, seja pela individualidade de cada caso. Busca-se, então, no poder judiciário, a solução para adequar a aplicação da lei às situações concretas. Transfere-se a importância da legalidade estrita, traduzida em segurança, outrora cerrada nos códigos, para a pretensão de um ideal de “justiça”, agora construída no âmbito processual. Assim, a atuação do juiz, que antes se resumia a exprimir apenas a vontade do legislador, passou a ser a de particularizar a lei através da interpretação e da decisão, afirmando o que é certo, o que é “justo”. A lei aplicada pelo intérprete já não é mais a mesma lei do legislador, é a lei “aperfeiçoada”, “condensada” e “confirmada”.

Neste sentido, Carlos Aurélio Mota de Souza afirma que:

[...] toda vez que um caso é julgado este acresce um plus à lei; é um acréscimo valorativo. Um dos efeitos da Jurisprudência, como doutrina originária e exclusiva dos Tribunais, é precisamente o de valorizar a lei. A lei provada justa; só será aceita como justo legal passando pela prova do caso individual, em que será contrastada com os fatos, as circunstâncias de tempo, lugar, valores econômicos, sociais, em um processo de adequação geral-particular, passado-futuro (SOUZA, 1996, p. 89).

Tendo em vista o desenvolvimento das relações institucionais e a transformação na função dos poderes do Estado, temos, portanto, que o poder judiciário assumiu um papel de protagonista na arquitetura do Estado Democrático de Direito moderno. A decisão jurídica se transforma em meio de comunicação jurídica por “excelência” e o juiz assume o papel de corresponsável por garantir a estabilização das expectativas normativas de comportamento. Essa função, tão importante em nosso ordenamento jurídico, está explícita através do princípio da proibição de denegação da justiça: o non liquet. Conforme afirma Adeodato (2009, p. 248), não

é opção de um juiz que vive sob um sistema dogmatizado dizer: *jus non liquet* (“o direito não está claro”). “A atitude de Pilatos, lavando as mãos, não é opção admissível para um juiz dogmatizado”. Assim, a própria positividade serviu como ponto de partida para promover a necessidade do sistema jurídico evoluir enquanto programa de decisão, o qual se destina a solução dos conflitos.

Diante do exposto, parece ser inequívoca a ideia de que a flexibilização do princípio da legalidade estrita direcionada para a o fortalecimento do poder judiciário é uma saída mais eficiente para o problema da efetivação dos direitos na sociedade contemporânea. Porém, quando são analisadas as suas limitações estruturais e funcionais vemos que a ideia de “criação judicial do direito” deve ser tratada com o máximo de cautela.

Cuida-se, aqui, não de firmar posicionamento contrário a importância de uma atuação mais ativa do judiciário que, em diversas ocasiões, diante do vácuo deixado pelos outros poderes, figura-se como a *ultima ratio* na concretização dos direitos fundamentais, mas de ressaltar os riscos que a utilização demasiada desse expediente pode causar à estrutura do ordenamento jurídico brasileiro. É o que veremos a adiante.

2.1 O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE (DEMOCRÁTICA) DO DIREITO JUDICIAL

Apesar de nítidos esforços para ampliar a capacidade de participação social no processo de construção da decisão jurídica, através da possibilidade de inclusão de terceiros “(des)interessados” no processo, tal como o *amicus curiae* (“amigo da corte”), e da possibilidade de instauração audiências públicas no processo decisório dos tribunais, subjaz, ainda, o problema da ausência de legitimidade e representatividade democrática do direito coletivamente vinculante produzido no âmbito judicial.

Ao falarmos em representatividade na atuação criativa do poder judiciário, podemos indagar se tal criação seria inaceitável, por ser antidemocrática e pouco tendente a ouvir as vozes das ruas. O juiz, além de atuar com direção ao caso concreto e, portanto, pautado em grande parte pela atuação das partes no processo, possui (deve possuir) um alto grau de independência funcional na medida em que pode decidir de acordo com o seu convencimento, ainda que devidamente fundamentado e de acordo com as provas e argumentos levantados nos autos. Tal grau de independência acarreta, necessariamente, em diminuição do dever de prestar contas de suas decisões diretamente à sociedade.

O fato é que a democracia tem como pilar de sustentação a representatividade e, conseqüentemente, a possibilidade de responsabilização dos representantes perante seus representados. Ou seja, dentro dos parâmetros básicos de um Estado Democrático de Direito, o povo deve ser protagonista da sua própria história, inclusive, da sua história normativa. Nesse sentido, é de se questionar se o juiz, atuando como criador do direito, ou seja, como legislador positivo, se transformaria em um legislador *sui generis*, que estaria livre fiscalização direta da sociedade? Poderia o povo, em última análise, ser o juiz dos juízes? O STF deve ouvir a voz da opinião pública ou, ainda, pode produzir decisões meramente consequencialistas? Em outros termos: a partir dessa nova arquitetura institucional, como fica a relação entre autonomia/consistência do direito e intervenção social, no caso da produção de decisões coletivamente vinculantes produzidas pelos tribunais?

Além disso, lembremos as lições de Mauro Cappelletti que, ao comentar sobre as debilidades do excesso de protagonismo judicial, aponta as dificuldades da legitimação do juiz para atuar como legislador positivo, pois, segundo o autor, os juízes não teriam as possibilidades de desenvolver pessoalmente ou, ainda, institucionalmente o tipo de investigação requerida ao poder legislativo ou executivo (CAPPELLETTI, 1999, p. 87). Isso porque que os juízes estão adstritos a inafastabilidade da jurisdição (proibição do pronunciamento do *non liquet*), ao contrário dos agentes dos outros poderes, conforme exposto anteriormente. A obrigatoriedade de decidir representa a necessidade de fechamento operacional, autonomia e consistência do subsistema social do direito e é uma operação central e exclusiva do poder judiciário moderno (LUHMANN, 1990, p. 161-165). E é no centro do sistema jurídico que se faz necessário um pronunciamento consistente sobre o que é e o que não é direito, ou melhor, sobre o que está em conformidade ou não com o direito.

Nas palavras de Guerra Filho (2014, p. 7-25):

Por ser o Judiciário a única unidade que opera apenas com elementos do próprio sistema jurídico - o qual, ao prever a proibição do *non liquet*, o força a sempre dar um enquadramento jurídico a quaisquer fatos e comportamentos que sejam levados perante ele -, postula-se que essa unidade ocuparia o centro do sistema jurídico, ficando tudo o mais em sua periferia, inclusive o Legislativo, em uma região fronteira com o sistema político.

Nesse sentido, como bem lembra Misabel Derzi (2009, p. 13), “o direito da sociedade moderna se transforma em um sistema cujas funções de

redução de complexidade e solução de conflitos da sociedade têm como forte esteio o juiz que se posta em seu centro”. Em sentido oposto, a legislação passa a se posicionar na periferia do sistema, amortecendo as demandas do ambiente e produzindo programas de decisão em direção ao centro.

Ou seja, enquanto os juízes e tribunais atuam sob a obrigatoriedade de decidir e, portanto, com limitada capacidade cognitiva, inclusive no tocante aos aspectos estruturais e funcionais, os demais poderes, sobretudo o Legislativo, possuem outros tipos de instrumentos mais amplos e flexíveis, podendo observar a forma e o momento mais conveniente para dar início ao processo de produção normativa.

2.2 A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Observe-se que o excesso de protagonismo judicial também tem forte ligação com o problema do acesso à justiça. Isso porque, na sociedade contemporânea, conforme exposto anteriormente, a decisão se transforma em meio de comunicação jurídica por “excelência” para onde são direcionadas as expectativas normativas. O juiz, no centro do sistema, compelido pela obrigatoriedade de decidir, promove a interiorização das contingências sociais em alto nível e com isso faz aumentar a complexidade interna do sistema.

De fato, quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial (MARINONI, 2011).

A sociedade, portanto, pressiona o sistema jurídico para que este abarque proporções cada vez maiores de sua complexidade e o poder judiciário é alçado à condição de superpoder sem, no entanto, possuir condições estruturais para absorver toda essa demanda social, potencializada ainda pelo enfraquecimento das demais instituições públicas.

A promoção de um protagonismo judicial em detrimento das demais instituições pode aumentar as suas deficiências estruturais e potencializar a dificuldade de acesso à justiça por parte da população. Nesse sentido, é possível identificar que existem diversos fatores sociais determinantes para afastar a população hipossuficiente do crivo do poder judiciário. A falta de consciência do cidadão comum em relação a seus direitos, os altos

custos de um processo judicial, a burocracia excessiva e a morosidade da justiça, são apenas algumas razões que impossibilitam o acesso à jurisdição.

Marinoni identifica outros obstáculos à efetiva prestação da tutela jurisdicional, tais como a longa duração dos processos, o problema cultural de afastamento de parte da sociedade dos órgãos jurisdicionais e a não estruturação destes para fazer frente às novas demandas que surgem com as novas relações sociais (MARINONI, 2000, p. 29).

Além disso, conforme ressalta Cappelletti, a criação do direito a partir do poder judiciário quase sempre está adstrita ao caso concreto, devendo o juiz reportar suas ações às partes e aos advogados, e estes servem aos interesses de seus clientes que estão interessados na decisão do seu caso e não, necessariamente, no desenvolvimento do direito. Ademais, é importante lembrar que o processo judicial em que será extraído do direito judicial é, via de regra, iniciado pelas partes e não pelo juiz. Nesse ponto, efetivação da justiça também esbarra nos fatores sociais, econômicos e culturais que permeiam o problema do acesso à jurisdição (CAPPELLETTI, 1999, p. 87).

Observe-se, portanto, que por mais que o Estado tenha tomado providências para garantir o amplo acesso à justiça, é facilmente perceptível que apenas uma pequena parcela mais favorecida da sociedade consegue ter efetivo acesso a ela.

A ‘capacidade jurídica’ pessoal, se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que o direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário. Muito (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem – ou, ao menos, não conseguem – superar essas barreiras na maioria dos tipos de processo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.22).

Essas diversas formas de negar acesso à jurisdição passam a gerar insegurança e incerteza nas expectativas do cidadão jurisdicionável. Incerteza não apenas pela ausência de legalidade no conteúdo das decisões, mas pela ausência da própria decisão. Isso porque se na contemporaneidade o direito é o que o juiz diz que ele é, ou melhor, o que o STF diz que ele é, então como fica o cidadão que sequer consegue ter acesso à jurisdição? Qual é o referencial de legalidade que esse cidadão comum terá, o que está nos códigos ou o que está nas decisões, as quais ele sequer teve acesso?

Declara-se que a justiça é feita para todos, ampliando as possibilidades teóricas de garantir acesso a ela, porém o que se observa na prática é que o cidadão comum vive na espécie de um hiato jurídico. Instala-se diante do princípio da legalidade, cada vez mais enfraquecido, onde a lei por si só não diz mais muita coisa sobre seus direitos e, ao mesmo tempo, se vê diante de uma justiça que chama para si a prerrogativa de assegurar, constituir e declarar tais direitos, porém não garante o acesso efetivo a ela.

O fato é que esse processo histórico que “decantou” o poder judiciário não pode ser distanciado de uma análise crítica que justifique a importância que deve ser atribuída aos demais sistemas sociais. Todos os sistemas da sociedade devem se condicionar mutuamente. Isso quer dizer que a própria evolução da sociedade depende do fortalecimento das operações específicas de cada um de seus sistemas e que eles construam estruturas capazes de promover inclusão a partir de sua perspectiva.

O fortalecimento do sistema jurídico apenas pode ser saudável quando concatenado com o fortalecimento dos demais sistemas sociais, em um processo de coevolução constante. O que se quer dizer é que o poder judiciário, embora imprescindível, pode não ser a melhor ou a única solução para todos os problemas. Não se pode exigir do poder judiciário algo que não lhe é alcançável por suas próprias limitações estruturais e funcionais. A solução dos problemas sociais depende muito mais da própria sociedade como um todo do que do sistema jurídico, que é apenas uma parte desse todo.

2.3 DISFUNCIONALIDADE INSTITUCIONAL (SISTÊMICA)

Destaque-se, ainda, que por trás do excesso de protagonismo judicial é possível verificar uma disfuncionalidade sistêmica generalizada que não só contribui para aumentar a sobrecarga do Judiciário, como também provoca o enfraquecimento da tutela dos próprios direitos fundamentais nos mais diversos níveis institucionais.

Embora seja louvável a utilização de mecanismos de abertura do processo decisório na busca por maior legitimidade democrática das decisões judiciais produzidas nos tribunais, conforme relatado anteriormente, tais mecanismos apenas atenuam o problema da ausência de legitimidade de algumas decisões, deixando ainda evidente uma disfuncionalidade institucional que atinge todos os atores envolvidos na concretização do direito no ordenamento jurídico brasileiro. É de ressaltar, ainda, o esvaziamento do efeito pedagógico exercido por essa disfuncionalidade, não apenas na relação entre Estado e Sociedade, mas também na relação

entre as próprias instituições que compõem o corpus do nosso Estado Constitucional Democrático de Direito.

A própria inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, que nos últimos anos tem se dedicado mais em estancar os efeitos colaterais de um estado de corrupção sistêmica do que propor ações que visem os interesses da coletividade, é sintomática dessa disfuncionalidade.

Da mesma forma, outras instituições responsáveis pela tutela de direitos coletivos e individuais também apresentam problemas semelhantes.

Apenas para se ter uma ideia, a partir da análise da atuação das demais instituições e atores políticos no âmbito de atuação do controle de constitucionalidade, sobretudo em relação aos legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante ao STF, é possível observar a ausência de interesse na proteção dos direitos e garantias fundamentais. Cita-se, por exemplo, o resultado do estudo realizado por pesquisadores da UNB (Universidade de Brasília) (COSTA; BENVINDO, 2014) sobre a atuação dos legitimados para propor ADI perante o STF e, surpreendentemente, verificou-se que o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos, atores que sequer precisam comprovar pertinência temática para atuar nesse tipo de ação, ficam abaixo da média quando o assunto é proposição de ações que visem a proteção dos direitos fundamentais. A maioria das ações proposta por tais legitimados visam a proteção de garantias institucionais, de grupos de pressão ou de interesses políticos-eleitorais (no caso dos partidos políticos).

Os fatos acima listados apenas mostram que o problema do excesso de protagonismo judicial é decorrente de um vício institucional pluralizado. O funcionamento das instituições no Brasil ocorre às avessas e isso reflete no poder judiciário, que ocupa o centro do sistema jurídico. É de se ressaltar, ainda, que essa disfuncionalidade generalizada provoca uma reação viciosa entre Sociedade, poder judiciário e as demais instituições, distorcendo a pedagogia das suas funções, com a conseqüente “colonização” equivocada do senso comum do ambiente social que passa a acreditar que Democracia passou a ser sinônimo, simplesmente, de promover o ajuizamento de uma ação na justiça ou da repercussão das decisões do Supremo Tribunal Federal.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo inicial descrever e analisar, a partir de uma perspectiva histórica e contextual, o caminho percorrido pelo sistema jurídico, desde a onipotência do legislador até o protagonismo judicial

experimentado na contemporaneidade. Posteriormente, buscou promover uma reflexão crítica acerca desse protagonismo, sobretudo no tocante às questões mais sensíveis relacionadas ao tema. Os resultados mais expressivos dessas reflexões apontam no sentido de que o poder judiciário não pode ser alçado à condição de superpoder e que o excesso de protagonismo judicial caminha no sentido oposto aos princípios básicos de um Estado Democrático de Direito. Além disso, diante da necessidade cada vez maior de interiorização das contingências sociais por parte de um poder judiciário enfraquecido estruturalmente, destaca-se a potencialização das dificuldades de acesso à justiça e a ausência de referências normativas que estabilizem as expectativas do cidadão comum. Por fim, ressalta os sintomas de uma disfuncionalidade sistêmica generalizada que provoca uma distorção das funções das instituições públicas, com a conseqüente colonização equivocada do ambiente social.

Ainda, a propósito dessas considerações finais, é inegável reconhecer desde já, que, a não ser que vivêssemos em um mundo utópico, a sensação de representatividade do sistema democrático brasileiro não corresponde à vontade efetiva da maioria da população. O quadro atual da política brasileira mostra que a maioria dos parlamentares representam apenas a eles mesmos na busca por interesses pessoais e, na maioria das vezes, escusos. Além disso, sabemos que no mundo atual, democracia não quer dizer apenas a vontade da maioria, mas, também, o respeito às minorias, à liberdade, à tolerância e à diversidade, de modo que o poder judiciário atua como órgão contramajoritário, promovendo o equilíbrio na balança das expectativas sociais. Como já dito anteriormente, nem sempre a vontade da maioria corresponde aos valores morais que permeiam a proteção da dignidade da pessoa humana. É importante lembrar que governos totalitários já assumiram o poder através de meios democráticos e utilizaram leis aprovadas pela maioria para promover violências contra a dignidade das minorias.

Porém, como dito, o fato é que a solução dos problemas sociais e institucionais enfrentados na contemporaneidade depende muito mais da sociedade como um todo do que apenas do judiciário, que é simples parte desse todo. A evolução da sociedade está ligada ao fortalecimento das operações específicas de cada um de seus sistemas sociais. O excesso de protagonismo judicial aliado ao enfraquecimento dos demais poderes, especialmente do poder legislativo, apenas gera outros tipos de absolutismos e provoca o esvaziamento da função pedagógica das instituições que compõem o corpus de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, vale ressaltar as palavras do Ministro Luiz Roberto Barroso, quando afirma que o ativismo judicial é um antibiótico poderoso e que seu

uso deve se dar de forma eventual e controlada. “Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes” (BARROSO, 2011, p. 19).

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica - Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista do Conselho Federal da OAB*, Brasília, p. 19. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 119.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Pesquisa financiada pelo CNPq. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A Crise Autoimunitária da Nova Ordem Internacional. *Poliética. Revista de Ética e Filosofia Política*, v. 2, n. 1, p. 7-25.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da AJURIS*, v. 49, p. 149-168, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 29.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/120-o-precedentenadime-nsao-da-igualdade>> Acesso em: 20 out. 2017.

MELO, Liana Holanda de. Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031>. Acesso em: 25 jul. 2012.

OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de. Dogmatização do direito e sua conformação enquanto tecnologia da decisão. In: SILVA, Artur Stamford da; SANTOS, Gustavo Ferreira. Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann. *Congresso internacional em homenagem a Cláudio Souto*. Recife. 2009.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTR, 1996.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Dois modelos de legalidade: Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco, ADEODATO, João Maurício (Coords.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

