

ISSN 0104-785X

CEJ

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL  
Centro de Estudos Judiciários

**O PODER JUDICIÁRIO  
NO BRASIL:  
PARADOXOS, DESAFIOS  
E ALTERNATIVAS**

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ

**3**

## **CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL**

### **Presidente**

Ministro Romildo BUENO DE SOUZA

### **Vice-Presidente**

Ministro AMÉRICO LUZ

### **Coordenador-Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários**

Ministro Jacy GARCIA VIEIRA

### **Membros Efetivos**

Ministro Luiz VICENTE CERNICCHIARO

Ministro WALDEMAR ZVEITER

Juiz Mauro LEITE SOARES

Juiz NEY Magno VALADARES

Juiz Sebastião de OLIVEIRA LIMA

Juiz Pedro Máximo PAIM FALCÃO

Juiz José LÁZARO Alfredo GUIMARÃES

### **Membros Suplentes**

Ministro Luiz Carlos FONTES DE ALENCAR

Ministro Francisco CLÁUDIO de Almeida SANTOS

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO Teixeira

Juiz Nelson GOMES DA SILVA

Juíza TÂNIA de Melo Bastos HEINE

Juiz JORGE Tadeo Flaquer SCARTEZZINI

Juíza ELLEN GRACIE NORTHEFLEET

Juiz NEREU Pereira dos SANTOS Filho

### **Secretário-Geral do Conselho da Justiça Federal**

Alcides Diniz da Silva

### **Diretora-Executiva do Centro de Estudos Judiciários**

Neide Alves Dias De Sordi

**O Poder Judiciário no Brasil:  
paradoxos, desafios e alternativas**

## EDITORAÇÃO

### **Subdiretoria-Executiva de Estudos, Pesquisas e Informação do Centro de Estudos Judiciários**

Neide Alves Dias De Sordi — Subdiretora-Executiva

Milra de Lucena Machado Amorim — Gerente de Edição de  
Textos

Lucinda Siqueira Chaves — Servidora da Gerência de Edição  
de Textos

Mari Lúcia Del Fiaco Rocha — Servidora da Gerência de Edição  
de Textos

Jane Santos da Silva Veras — Seção de Composição Gráfica  
da Secretaria de Administração do CJF

347.991 Faria, José Eduardo  
F 231 p O Poder Judiciário no Brasil : paradoxos,  
desafios e alternativas / José Eduardo Faria.  
— Brasília : Conselho da Justiça Federal,  
1995.

88 p. - (Série Monografias do CEJ ; v. 3)

ISBN 85-85572-24-8

ISSN 0104-785X

1. Poder Judiciário 2. Justiça - Dados estatís-  
ticos I. Centro de Estudos Judiciários II. Título

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL  
Centro de Estudos Judiciários

**O Poder Judiciário no Brasil:  
paradoxos, desafios e alternativas**

Brasília-DF  
1996

Copyright © Conselho da Justiça Federal

ISBN 85-85572-24-8

ISSN 0104-785X

Tiragem: 1.250 exemplares

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que indicada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

# SUMÁRIO

1	— Introdução .....	07
2	— Eficiência e identidade: as crises do Judiciário .....	11
3	— O Judiciário e a crise estrutural do Estado e da sociedade .....	16
	3.1 — As crises de racionalidade e hegemonia .....	17
	3.2 — As conseqüências sociais da crise .....	20
4	— Cultura profissional e estrutura organizacional: o impacto da crise nas instituições judiciais .....	24
	4.1 — O paradigma normativista .....	26
	4.2 — A estrutura organizacional do Judiciário .....	29
	4.3 — O novo perfil dos conflitos e as transformações do direito positivo.....	33
5	— Os dilemas do Judiciário e o isolamento da instituição	37
6	— O futuro das instituições judiciais, entre a globalização econômica e os direitos sociais .....	44
	6.1 — O caráter centrifugador da globalização econômica.....	45
	6.2 — O caráter centrípeto dos direitos sociais.....	51
7	— Mudança sócio-econômica <i>versus</i> mudança jurídica: as concepções estática e dinâmica de justiça.....	56
8	— O “dilema hamletiano” do Judiciário: política judicial e controle externo .....	65
9	— Alternativas e possibilidades: da Justiça corretiva à Justiça distributiva.....	73
	9.1 — O caráter “distributivo” da Justiça corretiva....	73
	9.2 — A Justiça distributiva e as regras de julgamento .....	77
	9.3 — Dogmática jurídica e princípios gerais de direito .....	82
10	— Conclusão .....	85

# O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas<sup>(\*)</sup>

José Eduardo Faria<sup>(\*\*)</sup>

## 1 — Introdução

Poderia o Judiciário brasileiro ser considerado uma instituição potencialmente “descartável”? Para um leitor situado profissionalmente no universo jurídico, ou seja, um advogado, um promotor ou um magistrado, esta é, evidentemente, uma hipótese insólita. No âmbito da sociedade, contudo, mais precisamente entre os cidadãos não afeitos à complexidade técnica, aos ritos e aos prazos do direito, esta indagação traduz um misto de frustração, descrença e ceticismo com relação à eficácia desse poder, aos critérios de “justiça” por ele adotados em suas sentenças e à sua capacidade de impor a vontade da lei sobre os interesses dos mais ricos, influentes e poderosos — sentimentos esses que, como se pode ver no quadro abaixo, não têm passado despercebido dos institutos de avaliação da opinião pública.

**Quadro nº 1**  
**Percepção da Justiça e da Lei**

<b>A base moral do brasileiro</b>	<b>Concorda</b>	<b>Discorda</b>	<b>Não Sabe</b>
Quando uma pessoa desobedece à Lei, mas não prejudica ninguém, não deve ser punida.	51%	43%	6%
No Brasil, quando uma pessoa tem a oportunidade de conseguir uma vantagem fazendo algo errado e sabe ter poucas chances de ser descoberto, ela age ilegalmente.	64%	27%	9%

<sup>(\*)</sup> Trabalho preparado a pedido do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

<sup>(\*\*)</sup> Professor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo; pesquisador do Centro de Estudos Direito e Sociedade (Cediso) da USP; autor de *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, São Paulo, Ática, 1989; *Justiça e Conflito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 192, e *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo, Malheiros, 1994.

A maioria dos brasileiros sempre tenta dar uma "caixinha" para se livrar de multa.	93%	4%	3%
Se os supermercados não vigiassem as prateleiras, sofreriam muito mais roubos do que hoje.	81%	15%	4%
Uma pessoa que passa fome tem o direito de roubar.	36,5%	59%	4%
O brasileiro é um povo desonesto	65%	27%	7%
<b>Como o brasileiro vê a lei</b>			
	<b>Concorda</b>	<b>Discorda</b>	<b>Não Sabe</b>
A finalidade das leis é garantir o bem-estar das pessoas	79%	16%	5%
As leis são essenciais para controlar o que as pessoas fazem	77%	18%	6%
A maioria das leis não é obedecida	82%	14%	4%
Cumprir as leis no Brasil não traz nenhuma vantagem para as pessoas	51%	42%	6%
As leis devem ser cumpridas, independentemente de se concordar com elas.	82%	12%	5%
No Brasil, existem mais leis do que o necessário	68%	26%	6%
Uma sociedade justa é uma sociedade melhor.	92%	4%	4%
O Brasil está caminhando para uma sociedade mais justa.	67%	24%	8%
<b>Como o brasileiro vê a Justiça, a Polícia e a fiscalização</b>			
	<b>Concorda</b>	<b>Discorda</b>	<b>Não Sabe</b>
O problema do Brasil não está nas leis, mas na Justiça, que é muito lenta	87%	8%	5%
No Brasil, existem certas pessoas que mesmo que façam coisas erradas nunca são punidas pela Justiça	86%	10%	4%
No Brasil, a grande maioria das pessoas que desobedecem às leis é punida.	37%	57%	6%
No Brasil, as leis só existem para os pobres	80%	17%	3%
A Justiça brasileira trata os pobres e os ricos da mesma maneira	16%	80%	4%
De maneira geral, as sentenças dos juizes são justas.	53%	37%	10%
De maneira geral, os advogados são pessoas honestas.	34%	59%	8%
De maneira geral, os policiais são pessoas honestas.	29%	64%	7%
A maioria dos guardas rodoviários deixa de multar quando recebe uma boa "caixinha".	63%	27%	7%
A maioria dos fiscais deixa de multar uma empresa quando recebe uma boa "caixinha".	64%	27%	8%
<b>Fonte: Ibope, 1993.</b>			
* Os números foram aproximados, com a eliminação das casas decimais, o que explica o fato de a soma de alguns itens não dar 100%.			

Para se ter uma idéia de que a pergunta sobre a descartabilidade do Judiciário não é de todo descabida, é importante retomar uma importante pesquisa do IBGE realizada entre outubro de 1985 e setembro de 1988, com a finalidade de avaliar a imagem da instituição perante a população a partir de conflitos corriqueiros, como questões trabalhistas, problemas criminais, separação conjugal, desocupação de imóvel, pensão alimentícia, litígios de vizinhança, posse da terra, cobrança de dívida e herança. De todos os brasileiros que estiverem envolvidos com algum desses conflitos, como se observa no próximo quadro, 67% optaram por resolvê-los por vias extrajudiciais<sup>1</sup>. Indagados dos motivos dessa opção, alegaram (a) não confiar nos órgãos policiais e judiciais, (b) temer represálias das outras partes envolvidas, (c) desconhecer seus direitos, (d) julgar as provas insuficientes e (e) ter contato com a intermediação de terceiros. Diante daquele percentual e destas justificativas, fica evidente que se o Judiciário não souber despertar em tempo para a realidade social, política e econômica do país, aprendendo a lidar com os conflitos coletivos de natureza corporativa, grupal, comunitária e classista nela existentes, ele cada vez mais passará a ser considerado uma instituição irrelevante ou "descartável", por parte da sociedade. O

---

<sup>1</sup> Cf. IBGE, *Participação político-social: 1988*, vol I, "Justiça e Vitimização", Rio de Janeiro, 1990. Alguns analistas consideram baixo o número de brasileiros que reconhecem ter estado envolvidos nesses conflitos. Segundo Wanderley Guilherme dos Santos, um dos motivos pelo qual muitos teriam sonogado informações ao IBGE decorreria do fato de que "a admissão do estado conflitual impõe uma decisão sobre o que fazer, e essa decisão tem custos. Três possibilidades surgem de imediato: não fazer nada e conformar-se ao papel de vítima intermitente do conflito; resolver por si mesmo (a própria definição do estado de natureza hobbesiano); procurar as instituições estatais competentes, arcando com as conseqüências. Ao explorarmos a incidência dos três tipos de atitudes, entre os que admitem a existência do conflito ou de algum problema social, entenderemos simultaneamente a cultura cívica da dissimulação e da legislação e códigos formais" Segundo o autor, "o Estado brasileiro desperdiça quantidade de regulamentos, normas, comandos e diretivas, dos quais enorme contingente populacional sequer se preocupa em tomar conhecimento, e ainda menos usar ou usufruir" Cf. Wanderley Guilherme dos Santos, "Fronteiras do Estado mínimo, indicações sobre o híbrido institucional brasileiro", in *Razões da desordem*, Rio de Janeiro, Rocco, 1993, pp 100-104 O mesmo autor também analisa os mesmos dados em outro texto igualmente importante. "Mitologias institucionais brasileiras: do Leviatã político ao Estado de natureza", in *Estudos Avançados*, São Paulo, USP, 1993, nº 17, pp. 101-116. Comparando esta pesquisa com uma outra promovida pelo DataFolha e publicada pelo jornal *Folha de S Paulo* na edição de 12 de março de 1994, indicando que 35% dos brasileiros consideram o Judiciário como "regular", 28% como "ruim e péssimo" e apenas 26% como "ótimo" e "bom", Maria Tereza Sadek e Rogério Arantes afirmam que elas revelam "uma surpreendente regularidade nas avaliações, independentemente da região, do grau de escolaridade e de renda dos entrevistados, ou de sua preferência partidária; pelos dados disponíveis, nada sugere que a insatisfação com o organismo encarregado de aplicar a justiça seja específica de algum grupo social". Cf. "A Crise do Judiciário e a visão dos juizes", in *Revista da USP*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1994, nº 21, p.36

grau de descartabilidade corresponderá, nesse caso, ao grau de fraqueza do Estado de Direito tão arduamente conquistado.

### Quadro nº 02

#### População com mais de 18 anos e mais (1985-88) envolvidos em conflito, por tipo de reação — Brasil e Regiões (N=8.641.761)

Porcentagem da população	Brasil	N	NE	SE	S	CO
Não buscaram a Justiça	67,9	60,0	65,0	64,0	68,0	67,0
Resolveram por conta própria	43,0	41,0	34,2	42,0	50,0	55,0
Temeram represálias	1,5	1,2	1,8	1,8	0,8	0,5
Não buscaram a Justiça por custar menos ser indiferente ao conflito	28,7	35,5	36,0	28,4	21,8	22,8
Recorreram a outras pessoas ou entidades	6,0	7,0	6,3	6,0	6,2	5,0

Fonte: IBGE, Participação política e social, v.1, 1990 e W. Guilherme dos Santos, op. cit.

Eis, em termos muito diretos e objetivos, o desafio do Judiciário brasileiro: terá ele, no âmbito de uma sociedade altamente complexa, desigual e contraditória, onde sua imagem de "confiabilidade" encontra-se posta em questão por uma parcela significativa da população (quadro nº 03), as condições técnicas, operacionais e institucionais necessárias para assegurar a continuidade de seu monopólio em matéria de resolução dos conflitos? Ou então, por estar cada vez mais obrigado a competir com a lei do mais forte, com os crescentes mecanismos para-estatais de mediação e arbitragem e com as formas emergentes de auto-regulação forjadas por determinados setores sociais e econômicos, como sugerem os números dessa pesquisa do IBGE, acabará a instituição perdendo inexoravelmente esse monopólio, justificando, desta maneira, a pergunta com relação à sua "descartabilidade"?

**Quadro nº 3**  
**Índice de confiabilidade das instituições**

Confiabilidade Instituições	Confia	Não confia	Não sabe/Não opinou
Igreja Católica	77%	20%	3%
Meios de Comunicação	62%	34%	4%
Sindicatos Trabalhistas	61%	34%	5%
Justiça	53%	43%	4%
Militares	52%	43%	5%
Congresso	32%	60%	8%
Empresariado	28%	65%	7%
Partidos	19%	76%	5%
Políticos	15%	82%	3%

Fonte: IBOPE, 1993.

## 2 — Eficiência e identidade: as crises do Judiciário

A dúvida suscitada pela indagação acima é alimentada pelas duas crises mais notórias ou evidentes que o Judiciário brasileiro atualmente vem enfrentando: as crises de **eficiência** e a de **identidade**. Os aspectos óbvios da primeira crise dizem respeito à crescente inefetividade desse poder, o que pode ser ilustrado pelo flagrante descompasso entre a procura e a oferta de serviços judiciais, em termos tanto quantitativos quanto qualitativos. Como estão superados organizacionalmente os tribunais costumam ser lentos e excessivamente burocratizados. Por este motivo, eles se destacam, conforme se pode observar no quadro nº 4, por apresentar uma "produção judicial" feita num ritmo bastante inferior ao da entrada de novos processos: em 1990, levando-se em conta todo o país, entraram na primeira instância da Justiça Comum 4.209.623 processos, tendo sido julgados, nesse mesmo ano, apenas 57,8% deles, ou seja, 2.434.842 processos<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Embora os números disponíveis não permitam fazer uma série histórica do ritmo dos julgamentos nos últimos anos, afirmam Maria Terza Sadek e Rogério Arantes, mesmo assim é possível supor que eles traduzem "o desempenho médio do Judiciário em tempos recentes, dado que as mudanças no aparelho judicial são sempre muito lentas; (...) se pensarmos que o número de processos entrados tende a aumentar anualmente e que o resíduo de um ano para outro tende a se acumular, a precariedade da situação pode bem ser explicada pela imagem de uma bola de neve que vem crescendo em ritmo

**Quadro nº 4**  
**Processos entrados e julgados na Justiça Comum de 1º grau**  
**no ano de 1990**

Região	Proc. entrados	Proc. julgados	Resíduo
Norte	79.880	50.173	29.707
Nordeste	785.164	150.061	635.103
Centro-Oeste	184.231	123.747	60.484
Sudeste	2.610.605	1.629.894	980.711
Sul	549.743	480.967	68.776
Brasil	4.209.623	2.434.842	1.774.781

Fonte: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário

Consolidando-se na década de 80, a abertura política e a democratização progressivamente despertaram na população a consciência de seus direitos, mas, como se pode constatar no quadro acima, esbarraram num Judiciário despreparado para responder ao desafio da ampliação do acesso à Justiça no âmbito de um país "reconstitucionalizado". Esse ilustrativo descompasso entre a oferta e a procura, além de gerar uma natural frustração decorrente da morosidade e da ineficiência dos serviços judiciais, quando não de sua simples negação aos segmentos desfavorecidos da população<sup>3</sup>, também é fortemente afetado por

---

assustador". Levando-se em conta que "a maior parte dos litígios sequer chega a uma corte de justiça", como revela a pesquisa do IBGE, os números do quadro acima são "extremamente preocupantes", pois revelam "tanto um descrédito na Justiça quanto o fato de que, se a maior parte daqueles que supostamente deveriam recorrer ao Judiciário o fizessem, o sistema estaria próximo do colapso". Cf. "A crise do Judiciário e a visão dos juizes", op. cit., p. 39. Sobre os conceitos de efetividade e inefetividade em todo o universo jurídico, ver François Rangeon, "Reflexions sur l'effectivité du droit", in *Les usages du savoir juridique*, Danièle Loschak org., Paris, Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, 1989.

<sup>3</sup> Desde os trabalhos pioneiros de Boaventura Santos, no Rio de Janeiro, e Joaquim Falcão, em Recife, na década de 70, tornou-se conhecida a tendência das parcelas mais pobres da população de realizar práticas "não-oficiais" de justiça, dadas as dificuldades — falta de recursos materiais, desorganização dos serviços públicos e gratuitos de assistência judiciária etc. — enfrentadas para levar suas demandas aos tribunais. Em trabalho considerado paradigmático na Sociologia do Direito brasileiro dos anos 80, Luciano de Oliveira identificou, descreveu e estudou as "práticas judiciais" exercidas pela polícia na resolução de pequenos casos de natureza penal protagonizados pelas classes populares. Segundo ele, há uma prática informal de resolução de conflitos realizada pela polícia que se harmoniza com "as normas substantivas do direito oficial e a ideologia aí subjacente — aquela que individualiza e despolitiza os conflitos, permitindo abstrai-los da leitura econômico-estrutural onde estão inseridos"; a preferência pela polícia, em relação aos tribunais, decorre de três motivos: no nível da estratégia usada pelos policiais, que sabem valer-se da violência e da retórica de modo diferenciado, conforme o *status* sócio-econômico da "clientela"; no nível da expectativa da comunidade submetida a essas práticas (quando a polícia, ao receber as queixas, age da maneira como dela esperam os que a procuram); e em nível estrutural, já que a aplicabilidade da sanção penal oficial fiscal não seria viável porque implicaria, em princípio, o encarceramento de um significativo número de pessoas "Essas práticas judiciais, assim,

outro problema: o natural hiato entre a singeleza da concepção de justiça do cidadão comum e a extrema complexidade dos ritos processuais que ele, cidadão, não consegue compreender por carecer de devida formação jurídica (como explicar aos correntistas e poupadores que moveram ações reclamando o expurgo dos índices inflacionários imposto pela Medida Provisória nº 168/90 que seus processos, segundo informa a *Gazeta Mercantil*, de 9 de fevereiro de 1995, estão sendo rejeitados pelo Superior Tribunal de Justiça, cinco anos depois de impetrados e à véspera da prescrição para o ingresso de novas ações, por “endereçamento incorreto”?). A conjugação desses dois problemas, evidentemente, termina reforçando o sentimento de descrença — quando não de desprezo — da população com relação ao Judiciário.

A crise de identidade de nossas instituições judiciais, por sua vez, é expressa por três outros importantes tipos de problemas. Embora o país tenha evoluído de uma sociedade agrário-exportadora para uma sociedade urbana de massas no curto espaço de apenas quatro décadas (quadro nº 05), o que modificou profundamente a natureza, a intensidade e o alcance dos conflitos, muitas de suas leis básicas não foram modernizadas, obrigando assim a magistratura a aplicar normas e inúmeros casos ultrapassados. Do vetusto Código Comercial de 1850 ao Código de 1917, passando pelo Código Penal (parte especial) e pelo Código de Processo Penal, que datam de 1940 e 1941, respectivamente, um setor significativo do ordenamento jurídico nacional se encontra em total desconexão com a atual realidade social, econômica e cultural. Esses textos foram concebidos a partir de valores, motivações e interesses que simplesmente desapareceram com o veloz processo de industrialização ocorrido em 1940 e 1980.

---

longe de serem uma aberração jurídica. constituiriam exatamente as práticas jurídicas exigíveis pela sociedade que aí está”. Cf Sua Excelência: o comissário. Recife. dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Pernambuco. 1984 Ver, também, o relatório da pesquisa “Judiciário e Cidadania”, coordenada e executada pela equipe do Centro Luiz Freire de Olinda, em 1992, mostrando como os diferentes obstáculos para o acesso à Justiça dos segmentos desfavorecidos da população alimentam a impunidade e desgastam a imagem das instituições judiciárias.

### Quadro nº 5

#### Indicadores referentes ao mercado de trabalho para os pobres e não-pobres nas regiões metropolitanas — 1981 e 1990.

Indicador	Categoria	(Em %)	
		1981	1990
Trabalho precoce	Total	7	7
	Pobre	8	8
	Não-Pobre	7	7
Trabalho informal	Total	25	28
	Pobre	36	36
	Não-Pobre	23	26
Trabalho informal por conta própria	Total	59	66
	Pobre	75	84
	Não-Pobre	53	61
Subemprego	Total	16	19
	Pobre	18	19
	Não-Pobre	16	19
Desemprego	Total	7	5
	Pobre	16	13
	Não-Pobre	4	3
Taxa de participação	Total	53	55
	Pobre	42	45
	Não-Pobre	57	59
Taxa de participação feminina	Total	35	38
	Pobre	33	35
	Não-Pobre	36	39
Subemprego feminino	Total	29	30
	Pobre	34	29
	Não-Pobre	28	30

Fonte: Sonia Rocha, IPEA, com base em dados primários da PNAD

Acontece, no entanto, que os textos legais editados a partir de concepções mais contemporâneas de direito, aptas a lidar com os conflitos coletivos e com os que envolvem questões distributivas ou de natureza "social", como é o caso do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) ou das políticas urbanas formuladas com base no artigo 182 da Constituição de 88, têm esbarrado numa cultura profissional da magistratura que padece de um excessivo individualismo e formalismo em sua visão-de-mundo. Esse individualismo se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e

econômicas são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas sócio-econômicas onde elas são travadas. Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em nome da certeza jurídica e da “segurança do processo”. Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos. Tendo sido educada e organizada para atuar na perspectiva de uma justiça corretiva, a magistratura se revela contida, inibida e temerosa quando estimulada a atuar na dimensão de uma justiça distributiva. Por causa disso, os esforços modernizadores do legislador muitas vezes esbarram na insuficiente sensibilidade social e mesmo sociológica dos juizes.

Por fim, levado a julgar conflitos de competência entre um Legislativo que teve ampliadas suas funções fiscalizadoras e controladoras pela Constituição de 88 e um Executivo que — graças à figura jurídica das “medidas provisórias” introduzida pela mesma Carta — tem conseguido aumentar de modo pragmático seu poder regulamentar, especialmente em matéria econômica e tributária, o Judiciário parece perplexo. Desafiados a fazer a mediação entre esses dois poderes e a exercer o controle da constitucionalidade tanto dos atos governamentais quanto das leis votadas pelo Congresso, os escalões superiores da instituição — como ocorreu após os julgamentos do Finsocial, do Imposto Provisório sobre Movimentações Federais, do Cadastro de Inadimplentes, das tentativas da Receita Federal de eliminar o sigilo bancário em nome do combate à sonegação, do caso Collor e do episódio Lucena — sistematicamente vêm-se acusados de “tribunalizar” decisões políticas; por causa de sua estrutura descentralizada e do “duplo grau de jurisdição”, o que permite aos seus escalões inferiores conceder liminares contra a União, proferir

decisões sem uniformidade e suspender medidas de amplitude nacional, a instituição mantém-se enleada frente às críticas de ter “jurisdicizado a política”. Como dela sempre foram exigidas — segundo a concepção liberal clássica de equilíbrio dos poderes — decisões meramente formais, restritas à letra da lei, e como a formação de seus integrantes é tradicionalmente muito mais próxima do direito privado do que do direito público, o que tende a levá-los a uma leitura “enviesada” desse tipo de problema, eminentemente político-institucional, o fato é que essa perplexidade do Judiciário o tem levado a agir de modo desconectado tanto com os imperativos e o tempo da racionalidade econômica quanto com o *ethos* e a lógica do processo parlamentar.

### 3 — O Judiciário e a crise estrutural do Estado e da Sociedade

É evidente que as crises de eficiência e identidade do Judiciário exercem um impacto negativo nas crises econômica e política do país, do mesmo modo como também são por elas alimentadas. Há uma interação sistêmica entre todas essas crises, cujo resultado concreto tem sido a manutenção do círculo vicioso da pobreza, a distribuição desigual dos direitos adquiridos, a ampliação da concentração de renda, o agravamento das disparidades setoriais e regionais, o esgarçamento do tecido social, a expansão desordenada das normas dispositivas, programáticas e de organização, o aumento incessante de regras editadas por fatores meramente conjunturais, a expansão irracional das matérias submetidas a controle jurídico, a diluição das fronteiras entre o público e o privado, a emergência de um sem número de fontes materiais de direito abrindo caminho para um efetivo pluralismo jurídico e a tendência ao esvaziamento das funções básicas do direito positivo. Numa sociedade com essas características, é impossível ter a dimensão exata do valor jurídico tanto das inúmeras (e muitas vezes contraditórias) regras editadas pelo Legislativo ou pelo Executivo quanto de todos os atos que elas, ambiciosamente, visam disciplinar. Eis aí a verdadeira dimensão dos atuais desafios do Judiciário brasileiro: eles são resultantes de

uma ampla e profunda crise estrutural da sociedade e do Estado — crise essa aqui entendida, conceitualmente, como a circunstância na qual um determinado sistema histórico vai expandindo-se progressivamente até o ponto em que os efeitos acumulativos de suas contradições internas o impedem de resolver seus dilemas por meio de simples ajustes em suas instituições governamentais.

### 3.1 — As crises de racionalidade e hegemonia

Essa crise estrutural se traduz pela flagrante incapacidade dessas instituições de exercer, de modo minimamente eficiente e congruente, seus papéis de provedor de serviços essenciais, planejador e promotor de novas relações sociais, produtor de bens estratégicos e executor de políticas macroeconômicas. A título de ilustração, entre 1940 e 1990, o país assistiu a três mudanças de regime político, duas grandes reformas administrativas e quatro significativas modificações no sistema de proteção social. Entre março de 1979, quando o governo então recém-empossado alterou o valor da moeda e dos salários, prefixando a correção monetária, desvalorizando o câmbio, controlando as taxas de juros e aumentando os níveis de indexação salarial, e fevereiro de 1990, quando o governo então em final de mandato estava às voltas com uma inflação mensal em torno de 100%, o país foi objeto de oito planos pragmáticos, ortodoxos e heterodoxos de estabilização, teve quatro moedas distintas e onze diferentes índices de cálculo da inflação e ainda contou com cinco congelamentos de preços, quatorze políticas salariais, dezoito alterações significativas das regras de câmbio, cinqüenta e quatro modificações das regras de controle de preços<sup>4</sup> — tudo isto sem se falar nas vinte e uma propostas de negociação de dívida externa e nos dezenove decretos do Executivo relativos a austeridade fiscal.

Este exemplo mostra a realidade (a) de um sistema político-decisório estigmatizado por um profundo déficit de representatividade, gerado pela perversão de proporcionalidade na

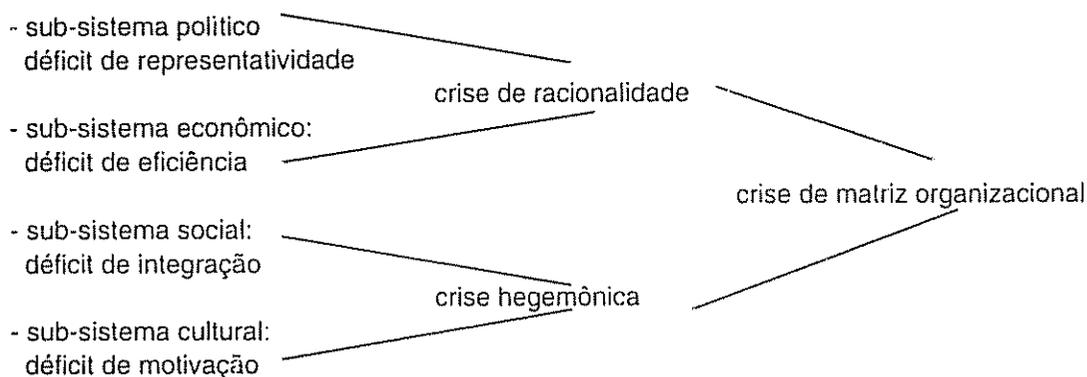
---

<sup>4</sup> Cf. José Luis Fiori, "Poder e credibilidade: o paradoxo político da reforma liberal". in *Lua Nova*, São Paulo, Cedec, 1992, nº 25, pp. 185-186

representação parlamentar no Congresso e pela incapacidade dos partidos de promoverem agregações de interesses; (b) de um sistema econômico minado pelo impacto desagregador e corrosivo da inflação; comprometido pela transferência financeira líquida negativa exigida pelo pagamento de juros e amortização da dívida externa; ineficiente na formulação, implementação e execução das políticas fiscal, monetária e cambial; e incapaz de equacionar o problema da dívida pública; (c) de um sistema social caracterizado por déficits cada vez maiores de integração, uma vez que a pauperização de amplos contingentes populacionais, o desemprego estrutural crescente e as oscilações da moeda comprometem os padrões de coesão social vigentes; e (d) de um sistema cultural marcado por um alto déficit de motivação, relevado pelo descrédito generalizado com relação às instituições e pela descrença com relação a uma pauta de valores éticos comuns. Se até os anos 80 cada um desses sistemas conseguia compensar com seu bom funcionamento o déficit operacional eventualmente ocorrido nos demais, a partir dos anos 90 isso já não é mais possível, pois esses quatro sistemas se tornaram disfuncionais, ao mesmo tempo, alimentando-se recíproca e continuamente numa seqüência irracional que liquida com o equilíbrio dos poderes, sobrepõe as estruturas burocráticas, fragmenta a lógica de ação das instituições, explode a unidade do ordenamento jurídico e compromete o "sentido de identidade coletiva" de toda a sociedade, convergindo para duas novas e enormes crises: a) no plano institucional, uma crise de racionalidade decisória, provocada pela confluência dos déficits de representatividade do sistema político e de eficiência do sistema econômico; b) no plano sócio-econômico, uma crise de hegemonia, formada pela confluência dos déficits de integração e motivação dos sistemas social e cultural, respectivamente, e expressa pela ausência de projetos políticos de mudança e transformação capazes de obter um mínimo de consenso e apoio entre os diferentes segmentos e setores da sociedade.

Com a ocorrência simultânea desses déficits em todas as esferas convergindo para a formação dessas duas grandes e graves crises, o Estado tende a perder seu poder de controle, regulação e direção (o que explica a recorrência do tema da

reforma constitucional na pauta das grandes discussões nacionais) e a sociedade a ser envolvida por comportamentos cada vez mais “hobbesianos” (como os que já se tornaram corriqueiros no Rio de Janeiro). Essa conjugação da inefetividade do Estado com o “hobbesianismo social” pode levar, como se vê no diagrama abaixo, ao risco da ruptura da própria matriz organizacional do país, em face do risco de fusão das crises de racionalidade e de hegemonia numa crise única, global e total.



Diante desse cenário, o Estado brasileiro parece estar chegando ao limite ou esgotamento de seu processo de intervenção fiscalizadora e reguladora na sociedade, na medida em que sua atuação tem sido pautada por diretrizes desordenadas e erráticas, que o impedem de corrigir as graves distorções sociais, regionais e setoriais, de assegurar um mínimo de organicidade e coerência lógico-formal em seu ordenamento jurídico e de formular um projeto jurídico-político minimamente consistente para a nação. Como as leis e os códigos são instrumento por meio do qual o Estado controla, disciplina e regula a sociedade, a fragmentação estatal e social entreaberta pelas crises de racionalidade e de hegemonia acarreta, juntamente com o risco de ruptura da matriz organizacional do país, o crescente esvaziamento dos padrões “oficiais” de legalidade — ou seja, do direito positivo. Nas palavras de um arguto e respeitado analista, “a ineficiência de comportamentos segundo normas provoca a deterioração da credibilidade das próprias normas, isto é, um número cada vez maior de pessoas passa a duvidar de que o comportamento alheio se pautará pelas regras conhecidas. Ao contrário, a expectativa

crescente é a de que os demais não obedecerão às normas consagradas, embora se desconheça o padrão de conduta a ser esperado. A crescente certeza na ineficiência das normas gerais como determinantes da conduta individual, associada à ignorância sobre os comportamentos possíveis, instaura a dinâmica de uma descrença e desconfiança generalizada, abarcando, inclusive, pessoas e instituições cuja destinação é a preservação das normas (polícia, Judiciário). A erosão das normas favorece a desconfiança que em breve se faz acompanhar do temor da convivência social. Os laços de solidariedade se diluem e os indivíduos voltam-se para si próprios, recusando-se ao convívio social. O privado se sobrepõe ao público”<sup>5</sup>.

### 3.2 — As conseqüências sociais da crise

É certo que o Estado tem tentado agir e reagir para neutralizar o potencial anômico desse cenário; até hoje, contudo, essa sua reação assume a forma de uma intervenção quase sempre disfuncional e contraditória, que parece atender de modo preferencial apenas alguns setores sociais minoritários localizados

---

<sup>5</sup> Cf. Wanderley Guilherme dos Santos, *Razões da desordem*, op. cit., pp. 108-109. Um bom exemplo do tipo de “diluição dos laços de solidariedade” discutido por este autor é o depoimento do frei David Raimundo dos Santos, pároco da matriz de São João do Meriti, publicado pelo *Jornal do Brasil* na edição de 2 de maio de 1990. “Os bandidos da Baixada seguem uma espécie de Código de Ética. Têm fé em Deus, mas num Deus distante, inacessível. O modelo de Deus que alimentam é o de um Deus vingativo. Acreditam no determinismo, nada acontece por acaso em sua compreensão machista de sociedade. O bandido pode namorar a mulher que quiser, mas à sua companheira ou esposa impõe fidelidade. Tentar seduzir a companheira ou esposa de um deles é pedir para morrer — e se desconfiam que a própria companheira “deu bola”, como dizem, ela também morre. Vingar a morte de um amigo é apenas a reprodução da crença em um Deus vingativo. Estuprar mulheres da vizinhança é inadmissível e quem desobedece é jurado de morte. Eles têm plena certeza de que são defensores do povo. Por isso, o comerciante que não paga taxa — pedágio que o deixa imune a assaltos — é visto como se estivesse questionando esta autoridade. Ter status de chefe é desejo que alimentam. Cultivam grande respeito por todos que freqüentam espaços religiosos. Do outro lado da guerra, as vítimas da violência têm idade entre 16 e 25 anos. Noventa e cinco por cento são de sexo masculino, filhos de pais que viveram pouco tempo juntos. Jamais tiveram casa própria, moravam em favelas ou periferias, não completaram o 1º grau e não participavam ativamente de nenhuma igreja (Católica, Metodista, Assembléia de Deus, Candomblé, Batista). Nunca participaram de associação de moradores, pastoral penal, movimentos negros, de defesa ao favelado etc. Nos seis últimos meses antes de morrer, estavam procurando emprego fixo. Um percentual significativo participava do comércio de drogas — muitos morreram por não prestar contas ao comando — e já havia praticado furtos na própria vizinhança. Pequena parcela roubava para comprar produtos anunciados na televisão ou contribuir para a renda familiar”.

nos segmentos econômicos monopolizados e oligopolizados, porém com grande capacidade de mobilização, articulação, confronto e pressão sobre a produção de decisões, no âmbito do Executivo, e de leis, no âmbito do Legislativo. Como exemplo sugestivo dessa “balcanização” do Estado, por meio da multiplicação dos *loci* de inserção de interesses privados no sistema de tomada de decisões públicas envolvendo mecanismos de pressão, cooptação e negociação, basta ver a extrema perversidade da distribuição dos gastos sociais governamentais por faixa de renda: 41% da população que vive nos domicílios mais pobres recebem apenas 20% dos gastos sociais do setor público, enquanto 16% da população que habita os domicílios mais ricos absorve 34% desses mesmos gastos; os gastos sociais *per capita* representariam hoje apenas US\$ 110 por ano para os segmentos mais pobres e US\$ 737 para os segmentos mais ricos<sup>6</sup>. Apesar das transferências de rendas promovidas pelo Estado nestes últimos anos girarem em torno de 18% do PIB, elas acabam não atingindo exatamente os grupos e setores sociais que mais precisam delas<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Ver, nesse sentido, as diferentes versões do *Brasil. relatório sobre a situação social do país*, editadas pelo Núcleo de Estudos em Políticas Públicas da Unicamp. Ver, também, Wilmar Faria e Maria Helena Guimarães Castro, *Política social e consolidação democrática no Brasil*. mimeo. 1988; e Wanderley Guilherme dos Santos, *Que Brasil é este? Manual de Indicadores Políticos*. Rio de Janeiro, Vértice/IUPERJ, 1990.

<sup>7</sup> Uma prova significativa da regressividade dessas transferências é dada no campo da educação. “O caráter regressivo — em termos distributivos — dos benefícios conferidos pelo governo aos estudantes de nível superior fica patente quando se observa que cerca de 50% dos alunos matriculados nas universidades públicas federais pertencem a famílias com renda mensal superior a dez salários mínimos, enquanto apenas 6% deles são de famílias com renda até dois salários e somente 1% com renda até um salário mínimo. Assim, são as famílias de renda mais alta que terminam conseguindo capturar, em benefício próprio, o elevado subsídio por estudante no ensino universitário público e gratuito. Ao mesmo tempo, o custo para a comunidade do subsídio público por aluno é 18 vezes maior no ensino superior (US\$ 2,5 mil por estudante/ano, em média), do que no primário (US\$ 149 estudante/ano) e secundário (US\$ 144 estudante/ano). A baixa qualidade do ensino público primário e secundário completa o circuito garantindo o virtual monopólio desses benefícios no topo do sistema educacional para as famílias de renda mais alta. Pois são apenas as famílias mais ricas — e que podem arcar com os custos de uma escola privada melhor no nível primário, secundário e curso pré-vestibular — que têm condições de competir efetivamente pelo acesso às vagas nas universidades federais e estaduais. O reduzido gasto público em nível secundário perpetua o quase-monopólio do ensino público superior por parte das famílias de alta renda. Como resultado, os alunos que logram ingressar nas universidades públicas brasileiras são já na sua maioria, oriundos dos domicílios mais ricos do país. Após passarem pelo ensino superior, eles obterão credenciais e qualificações profissionais valiosas que lhes permitirão tornarem-se membros da elite econômica brasileira, com rendimentos muito superiores aos recebidos pelos que não tiveram a mesma oportunidade. O que poderia justificar que, além dessas enormes vantagens, eles recebem ainda um generoso subsídio do governo para financiar sua educação? Paradoxalmente, são os membros de família de menor nível de renda que terminam frequentando (e pagando) as escolas privadas de nível superior, muitas das quais sem a menor condição de exercer esse papel. Na rede

Esses números constituem apenas um indicativo, entre tantos outros, de um dramático cenário de concentração de renda e distribuição desigual de "direitos". Entre 1981 e 1990, os 20% mais ricos conseguiram aumentar sua parte na renda nacional de 16% para 16,4%; os 5% mais ricos passaram de 31,9% para 34,4%, no mesmo período; e o 1% mais rico pulou de 12,6% para 14,2% (quadro nº 5). Em contrapartida, os 10% mais pobres reduziram sua cota de renda de 1%, em 1983, para 0,8%, em 1990. No começo da atual década, a razão entre a renda dos 20% mais ricos da população e os 20% mais pobres era de 27 vezes — superando até mesmo a razão de 23,6 estimada para um país africano altamente miserável, como Botswana; nesse mesmo período, os ricos das regiões Centro-Oeste e Sudeste apresentavam uma renda *per capita* acima de US\$ 20.800, superior à média dos ricos de países altamente desenvolvidos, como Estados Unidos e Japão<sup>6</sup>. Atualmente, os pobres e indigentes somam quase 60 milhões de pessoas, representando 42% da população brasileira, segundo as últimas estatísticas disponíveis da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, promovida pelo IBGE.

No que se refere especificamente aos indicadores de trabalho, eles apresentam no decorrer dos anos 80 uma evolução bastante adversa, tanto em termos de desemprego quanto em termos de

---

privada de ensino superior estão matriculados cerca de 60% dos estudantes universitários brasileiros. O resultado final desse sistema perverso de gastos públicos em educação, e particularmente da iniquidade associada ao ensino superior, é resumido no fato de que os domicílios mais pobres do país (até um quarto de salário mínimo per capita), onde vivem cerca de 19% da população brasileira, recebem apenas 15% do total de gastos do setor público com educação. Considerando os gastos públicos nos três níveis de educação, constata-se que, no agregado, as famílias mais ricas terminam com o dobro do que recebem as famílias de mais baixa renda. E como as últimas têm um tamanho médio bem maior que as primeiras, verifica-se que uma criança que nasce em família de alta renda recebe, em média, quatro vezes mais em subsídios do governo para sua educação, do que uma criança oriunda de família pobre". Cf. Eduardo Gianetti da Fonseca, *Liberalismo e Reforma Social no Brasil: Diagnóstico e Proposta de Ação*, mimeo, São Paulo, 1990.

<sup>6</sup> Esses indicadores revelam que os ricos, no Brasil, estariam mais favoravelmente posicionados na escala internacional do que os pobres do país: a renda média da região Nordeste, por exemplo, no valor de US\$ 396, é inferior à renda média estimada para os pobres do mundo (US\$ 500). Cf. Renato Baumann, "O Estado: salva-vidas na Índia, garantia de bem-estar na Bélgica ou motor de crescimento de Belíndia?", in *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, IPEA/PLAN, 1993, nº 9, pp. 220-221 e Sonia Maria Draibe, "Notas (desanimadas) sobre a política social na Nova República", in *Ciências Sociais Hoje*, Rio de Janeiro, Anpccs, 1989. Para uma análise comparativa em termos latino-americanos, ver o documento da Cepal, "El perfil de la pobreza en América Latina a comienzo de los años 90", Santiago, 1992, e os relatórios do Programa de Reconstrução Econômica da América Latina, especialmente, "América Latina: indicadores de empleo y salario". 1993

queda do rendimento mensal médio: o trabalhador particular não-urbano ganhava 5,1 salários mínimos, em 1980, passando a ganhar 4,3 em 1990; os empregados de nível superior foram os que mais perderam (de 18,4 para 14 salários mínimos). Nas áreas urbanas, o número de contribuintes caiu de 67,5%, em 1980, para 62,8%, em 1990. Esses números revelam que a crescente “informalidade” da mão-de-obra não qualificada e semi-qualificada (percentagem de empregados sem carteira profissional e não cobertos pela seguridade social) está intimamente ligada ao declínio do emprego no setor industrial e à “terceirização” no setor comercial e no de serviços não-especializados; e o aumento do subemprego e a maior participação das mulheres no total de força de trabalho, conforme se pode observar no quadro abaixo, são fatos reveladores de como a queda no rendimento da imensa maioria de trabalhadores leva à entrada de trabalhadores não-qualificados no mercado de trabalho, como forma de se tentar evitar a queda da renda familiar<sup>9</sup>.

Todos esses números, retratando a “dívida social” subjacente às crises de racionalidade e hegemonia acima mencionadas, ilustram bem as dificuldades de um Estado que, na sua prática decisória, acaba negando recursos à execução de políticas públicas a quem delas efetivamente necessita. Cada vez mais saturado em suas funções e papéis formalmente disciplinados por institutos jurídicos concebidos em total descompasso com a realidade do sistema produtivo, ou então ineficazes por carecerem de leis regulamentares e de investimentos especificamente destinados a viabilizar os “direitos sociais”, o Estado brasileiro se tem revelado incompetente para dar conta dos novos e complexos conflitos sócio-econômicos — e, por conseqüência, para assegurar as condições mínimas de equilíbrio social no país. Vitimado pelas suas próprias contradições organizacionais, estigmatizado por graus progressivos de ilegitimidade e atingido por uma profunda

---

<sup>9</sup> Cf. Sonia Rocha, “Fóbreza e governabilidade”, Brasília, IPEA. 1994, mimeo; e “Pobreza no Brasil: parâmetros básicos e resultados empíricos”, in *Pesquisa e Planejamento Econômico*, Brasília, IPEA; PLAN. 1992, vol. 22, nº 3, pp. 541-560. Ver, também, Roberto Cavalcanti de Albuquerque, “Pobreza e mobilidade social”, e Hamilton C. Tolosa e Sonia Rocha, “Políticas de combate à pobreza: experiências e equívocos”, ambos in *Pobreza e mobilidade social*. João Paulo dos Reis Velloso org., São Paulo, Nobel, 1993, e Jane Souto, “O traço da desigualdade social no Brasil”, Rio de Janeiro, IBGE. 1993

crise fiscal, esse Estado se torna marcado pelo estigma da "ingovernabilidade", ao perder sua capacidade de tomar oportunamente, em termos políticos, e de modo eficaz, em termos técnicos, decisões frente aos diferentes antagonismos sociais.

#### 4 — Cultura profissional e estrutura organizacional: o impacto da crise nas instituições judiciais

É nesse contexto que se deve analisar os desafios do Judiciário, tanto do ponto de vista da adequação da cultura técnico-profissional de seus magistrados à realidade social, econômica e política do país<sup>10</sup>, quanto do ponto de vista da efetividade de sua estrutura organizacional. Em que medida estará a instituição, em todos seus campos de especialização, em suas instâncias e em suas entrâncias, técnica e operacionalmente apta para lidar com os conflitos de natureza coletiva comuns a cenários como o acima descrito?<sup>11</sup>. Em face da explosão de litigiosidade registrada nos últimos anos, com os segmentos menos favorecidos aprendendo a exigir judicialmente de um Estado falido a prestação de determinados serviços básicos, e com os segmentos mais favorecidos questionando sistematicamente a constitucionalidade das sucessivas tentativas dos governantes de elevar a carga tributária, com o objetivo de financiar esses serviços, o que o Judiciário tem feito — e o que pode fazer — para desempenhar com um mínimo de eficácia suas funções de absorver tensões e dirimir conflitos? Diante da tendência de certos movimentos comunitários, sindicais, religiosos e corporativos de se apropriar política e discursivamente dos direitos humanos com o propósito de

---

<sup>10</sup> Para uma análise histórica e teórica da adequação da cultura da magistratura à realidade sócio-econômica, ver Lawrence Friedman, "Legal culture and the process of social change", in *Law and Society Review*, vol. 19, 1969; e "On legal development", in *Rutgers Law Review*, vol. 24, 1969; e Louis Assier-Andrieu, "Diversité culturelle. diversité juridique", e Nikolaos Intzessiloglou, "Système juridique et culture", ambos in *Normes Juridiques et Regulation Sociale*, F. Chazel e J. Commaille org., Paris. L.G.D.J., 1991.

<sup>11</sup> Esses desafios não são "privilégio" do Judiciário brasileiro; pelo contrário, como mostra a *L'Express*, de 25 de agosto de 1994, eles também podem ser encontrados na Europa e mesmo na África. Ver, também, Vincenzo Accattatis, "Giudici e nuovi conflitti", in *Crisi della giurisdizione e crisi della politica*, S. Mannuzzo e F. Clementi orgs., Milano, Centro Studi e Iniziative per la Riforma della State, 1988.

utilizá-los como sinônimo de direitos das maiorias marginalizadas, no plano judicial, devem os juízes continuar agindo como simples exegetas de uma legislação contraditória em grande parte anacrônica e carente de organicidade programática? Ou podem interpretá-la de modo *praeter legem*, adaptando-a às diferentes circunstâncias sócio-econômicas? Por fim, basta para a magistratura uma formação profissional normativista, apta a valorizar basicamente os aspectos lógico-formais do direito positivo, ou há necessidade de se complementá-la com uma formação menos dogmática, a fim de que os juízes possam preencher, na aplicação de normas abstratas a casos concretos, o hiato existente entre a igualdade jurídico-formal e as desigualdades sócio-econômicas? Neste caso, os dois tipos de formação são congruentes ou excludentes? Pondo-se a indagação em outros termos: em que medida uma formação menos dogmática e mais "realista" (na perspectiva, por exemplo, de uma "jurisprudência sociológica" nos moldes prevalentes no universo da Common Law) não colide com a formação normativista presente nos meios forensés nacionais?

Para serem examinados de modo detalhado, com base na premissa de que o direito sempre inclui um conjunto de normas, um conjunto de instituições e uma cultura<sup>12</sup>, esses desafios serão vistos em três ângulos analíticos: (a) o do paradigma jurídico prevalente no país; (b) o da estrutura organizacional do Judiciário brasileiro; e (c) o das transformações do próprio direito positivo. As hipóteses a serem aqui examinadas partem do postulado de que o Judiciário brasileiro, nos moldes em que hoje se encontra organizado, apresenta vários problemas funcionais, não conseguindo disciplinar os novos tipos de antagonismos oriundos das contradições sócio-econômicas nem sabendo como lidar com a emergência de comportamentos crescentemente desafiadores ou confrontacionais aos diferentes códigos e leis em vigor. Enrijecido, em termos organizacionais, excessivamente formalista, em termos

---

<sup>12</sup> Cf. Lawrence Friedman, *The Republic of choice. law authorit and culture*. Cambridge, Harvard University Press, 1990. Ver, também, Joel Grossman e Austin Sarat. "Political Culture and Judicial Research", in *Washington Universit Law Quaterly*. 1971, vol 169, pp 176-207; e Philip Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*. New Brunswick. Transaction Books. 1980

procedimentais, e fortemente preso a uma matriz hermenêutica de inspiração normativista, em termos culturais, a meu ver o Judiciário ou lidera, ele próprio, um amplo processo de auto-reforma, ou será levado, inexoravelmente, a se submeter aos projetos reformistas impostos pelo Executivo e/ou pelo Legislativo, quase todos tendendo a reduzir suas competências funcionais e a submetê-lo a algum tipo de controle externo

#### 4.1 — O paradigma normativista

Concebido à imagem de uma matriz disciplinar, um paradigma implica uma teoria básica, uma tradição científica e algumas aplicações exemplares, que são aceitas pelos cientistas ao ponto de suspenderem o esforço crítico de discussão de seus pressupostos e de suas possíveis alternativas substitutivas<sup>13</sup>. Expressando uma visão de mundo articulada sob a forma de explicações científicas, os paradigmas determinam os problemas investigados, os dados considerados pertinentes, as técnicas de investigação a serem utilizadas e os tipos de solução admitidos; eles impedem, assim, as discussões intermináveis em torno de problemas improdutivos e insolúveis, motivo pelo qual acabam estabelecendo o sentido e o limite das atividades científicas. Deste modo, o interesse da ciência volta-se quase exclusivamente para uma extensão do âmbito de aplicação de um determinado paradigma a questões por ele originariamente não tematizadas. No limite, pois, os cientistas tornar-se-iam indiferentes, quer no que se refere ao problema dos princípios teóricos quer no que se refere ao conteúdo material das proposições que submetem à sua consideração.

Por isso, no momento em que os paradigmas são aceitos unanimemente pelos cientistas, o trabalho intelectual se torna limitado à resolução dos problemas e à eliminação das

---

<sup>13</sup> Cf. Thomas Kuhn, *The structure of scientific revolutions*. Chicago. University of Chicago Press, 1970. São fundamentais, para a aplicação da teoria dos paradigmas ao âmbito das ciências sociais, de um modo geral, e da ciência do Direito, de modo específico, os textos de Boaventura Santos, "Da sociologia da ciência à política científica", in *Biblos*. Coimbra, Universidade de Coimbra, 1977, vol. LIV, e "Oração de sapiência: um discurso sobre as ciências", Coimbra, Universidade de Coimbra, 1986.

incongruências em conformidade com os esquemas conceituais teóricos e metodológicos universalmente aceitos. Nesta linha de raciocínio, a ciência progride quando os cientistas são treinados numa tradição intelectual comum, utilizando-a para resolver os problemas que ela própria suscita. Uma ciência “madura” é fruto de uma sucessão de tradições, cada qual com sua própria teoria e seus próprios métodos de pesquisa, cada qual guiando uma comunidade de cientistas durante certo período de tempo. As teorias científicas apresentam-se, assim, como um conjunto estratificado cujos elementos vão sendo incorporados ao todo em momentos diversos. Isso é possível na medida em que existe um compromisso dos cientistas com a comunidade científica a que pertencem e com os moldes aceitos de sua disciplina. Nesse sentido, do mesmo modo como um paradigma é uma crença partilhada pelos membros de uma comunidade científica, uma comunidade científica é um conjunto de homens reunidos em torno de um paradigma. Conseqüentemente, a autoridade de uma proposição científica passa a fundamentar-se, na realidade, em sua capacidade de gerar consenso no âmbito de uma dada comunidade. Tal consenso, por sua vez, não depende de que as proposições científicas proporcionem uma visão indiscutível da contextura íntima do real, mas, isto sim, de que sua elaboração tenha sido orientada por critérios de demarcação prevalecentes no âmbito dessa comunidade. Em suma: um determinado raciocínio ou argumento não é considerado como “científico” por ser resultante da aplicação global de um método qualquer, porém por ser produto da aplicação de modelos e enfoques consensualmente aceitos.

O paradigma jurídico prevalecente entre nós, como é sabido, tem uma matriz “hobbesiana”, na medida em que, ao instituir a lei como uma técnica disciplinar exclusiva das relações sociais, concebe o direito como um instrumento de cessação da guerra subjacente ao “Estado da natureza” e de afirmação da paz civil típica do “Estado de Direito”, de feição liberal-clássica. O que importa, aqui, não é a cooperação, mas a proteção, o reconhecimento e a institucionalização da liberdade negativa, por meio de normas com caráter geral e abstrato editadas pelo Estado com base num modelo técnico-racional. Entre os corolários deste

axioma destacam-se os princípios da legalidade, especialmente no campo penal, fiscal e administrativo, e do primado da lei, no âmbito do poder, da economia e da política. Nesse sentido, o Estado é a fonte central de todo o direito; este, enquanto técnica de organização da vida social, não é um fim em si, mas um simples meio; a lei é sua maior expressão, formando um sistema lógico, coerente e hierarquizado de normas; e estas, ao estabelecerem uma relação de imputação entre atos ilícitos e sanções, dão origem a uma sucessão de deveres jurídicos — o elemento de toda ordem normativa; esses deveres, por sua vez, não têm qualquer significado moral: como as idéias morais estão acima de toda experiência e como seu conteúdo varia ao infinito, ao direito positivo importa apenas o estabelecimento de sanções como consequência do descumprimento das prescrições normativas<sup>14</sup>. O fato ilícito não é, em si, um fato necessariamente imoral ou eticamente condenável; é, apenas e tão-somente, uma conduta contrária àquela fixada pela norma.

Ao encarar o direito como um "sistema de normas", o qual confere sentido jurídico aos fatos sociais à medida que estes são enquadrados no esquema normativo vigente, esta concepção formalista tende a valorizar basicamente os aspectos técnicos e procedimentais das leis e dos códigos. Ao privilegiar a axiomatização do material jurídico, os métodos lógico-dedutivos de interpretação, o princípio do *non liquet*, a intervenção contínua do legislador para regular com precisão "sistemática" os casos novos por ele anteriormente não previstos e as argumentações lógicas fundadas no princípio da não-contradição, tal concepção deixa de lado os aspectos políticos e históricos do fenômeno jurídico, por

---

<sup>14</sup> A versão mais completa e consistente desse paradigma é formulada por Kelsen; dele, ver especialmente *General Theory of Law and State*. Cambridge, Harvard University Press, 1949, e *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Armênio Amado, 1974. Apresento esse paradigma de modo mais aprofundado no meu texto *Justiça e Conflito*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992. 2ª edição. Para uma importante análise histórico-sociológica desse paradigma, ver Antônio Hespanha. "Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma". in *Justiça e Litigiosidade*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1993. Segundo o autor, "se submetemos este paradigma a um confronto histórico, damos-nos conta de que ele corresponde a uma estratégia paradoxal. Ao instituir a lei como forma única de controle social, ele leva a cabo, na verdade, uma enorme redução da panóplia das tecnologias disciplinares disponíveis noutras épocas, mesmo que não consideremos senão aquelas que podem ser subsumidas ao conceito de tecnologias jurídicas. Isso numa época em que, como nunca, tem vindo a crescer o âmbito de situações a regular. E, para além disso, a *forma legal* constitui uma técnica de controle exigente, requerendo a verificação de uma série de condições sociais, culturais e jurídicas."

considerá-los empiricamente contingentes, de um lado destacando o racional-jurídico como universal e necessário, e, de outro, reduzindo as condutas sociais às estruturas normativas. Graças a essa estratégia seletiva, expressa pelas categorias normativas forjadas pelo Estado liberal, (como as noções tradicionais de contrato, legalidade, constitucionalidade, hierarquia das leis etc) e operacionalizada pelo Judiciário nos casos de conflito concreto, esta concepção de direito atribui às regras jurídicas a responsabilidade de articular relações formalmente “igualitárias” entre os “sujeitos de direito”, garantindo o valor da segurança jurídica e, ao mesmo tempo, tornando tão previsíveis quanto controláveis os atos de autoridade emanados dos diferentes órgãos decisórios do sistema legal. Em nome de uma concepção legal-racional de legitimidade, que despreza as determinações genético-políticas de suas categorias, preceitos e procedimentos, este sistema é auto-limitado para resolver os conflitos jurídicos a partir de decisões estritamente legais — o que faz com que a ordem institucional seja encarada como uma estrutura formalmente homogênea, exclusiva e disciplinadora do comportamento dos cidadãos e do funcionamento do Estado.

#### **4.2 — A estrutura organizacional do Judiciário**

Do ponto de vista estrito da atividade judicial, o paradigma normativista a concebe como simples “administração da lei” por uma instituição tida como “neutra”, “imparcial” e “objetiva”, ficando o intérprete/aplicador convertido num mero técnico do direito positivo. Como o que importa não é a explicação, a compreensão e a orientação dos comportamentos jurídicos, porém a tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas, ao agir de modo “técnico”, isto é, sem preferências valorativas e imune às paixões políticas, o juiz não se limita a atuar tendo em vista apenas a consecução das garantias formais, da certeza jurídica e do império da lei, postulados fundamentais do modelo liberal-burguês do Estado de Direito; ele também desempenha o papel de um profissional “competente” na integração dos atores considerados

“disfuncionais” na vida social<sup>15</sup>. Sua neutralidade e sua imparcialidade, conjugadas com uma hermenêutica positivista que o obriga a interpretações restritivas e objetivas dos códigos, convertem-se em condição básica para a legitimação de uma concepção específica de ordem e segurança. Trata-se, pois, de uma concepção passiva de instituição judicial, expressa pela postura formal conferida a um magistrado enquadrado por uma relação de dimensão exegética com a legislação em vigor e de contato distanciado com os fatos, sobre os quais faz incidir estritos juízes de constatação, excluindo quase por completo os diferentes matizes de caráter histórico, ideológico e sociológico que particularizam o processo em julgamento. E, para assegurar tal “exclusão”, o Judiciário conta com tribunais superiores cujas funções básicas são: (a) uniformizar as decisões dos tribunais inferiores; (b) “calibrar” os critérios hermenêuticos; (c) preservar a disciplina e o profissionalismo de todo o corpo de magistrados; e (d) constituir-se numa espécie de “Fecho Lógico” de um sistema jurídico fechado, autônomo, completo e autofundamentador.

Embora o Judiciário brasileiro esteja profundamente afetado e condicionado por esse paradigma de caráter normativista, muito tempo antes de seu advento e de sua consolidação o formalismo a ele inerente já era um dos principais traços característicos das estruturas organizacionais desse poder. Desde seus primórdios no Brasil colonial, como uma instituição com feições inquisitórias construída pelo Estado português a partir das raízes culturais da Contra-Reforma, aos dias de hoje, com seu intrincado sistema de recursos movimentando papéis, serventuários, cartórios, advogados e magistrados sem conduzir objetivamente os processos a uma solução definitiva num prazo de tempo minimamente razoável, o Judiciário brasileiro sempre foi estruturado como um sistema de procedimentos escritos, impessoais e altamente burocratizados. O que nele até hoje prevalece, como influência tardia do ancestral procedimento romano formal, é mais o apego ao processo e ao rito do que a preocupação com as especificidades dos casos sub-judice; é mais

---

<sup>15</sup> Ver, nesse sentido, Maria Rosaria Ferrarese, *L'istituzione difficile: la magistratura tra professione e sistema politico*, Nápoles, E. Scienitifica Italiana, 1984.

a aversão à idéia de se desviar de qualquer procedimento rotineiro, com seus jargões obscuros e com expressões latinas exigindo das partes a contratação de advogados para defender seus interesses e atuar como tradutores da linguagem legal, do que o desejo de pacificação do conflito de modo rápido, direto e lógico, evitando que sejam "desvirtuados" na dinâmica processual pela manipulação sistemática dos recursos judiciais.

Por isso mesmo, além de arcaicas, as engrenagens burocrático-administrativas das instituições judiciais também se revelam ineficientes e, o que é mais grave, pródigas. Isto porque, se por um lado os tribunais costumam queixar-se da falta de recursos materiais para funcionar bem, por outro muitas vezes tendem a empregá-los — como têm reiteradamente noticiado os órgãos de comunicação — de maneira perdulária, com a construção de prédios luxuosos, superdimensionados e superfaturados; a aquisição de automóveis para ministros, desembargadores e juízes de alçada; aposentadorias com vencimentos integrais e contagem de tempo de serviço a partir de critérios absolutamente imorais etc. (exemplos extraídos de edições recentes da revista *Veja* e dos jornais *O Globo*, *Folha de S. Paulo*, *Jornal do Brasil*, *Gazeta Mercantil* e o *Estado de S. Paulo*, destacando-se, nesse último, a importante série de artigos da Oliveiros Ferreira sobre "os fatores reais de poder", cujo fio condutor é a tese de que "não há instituição que resista quando se recolhe dentro de si e diz que não responde a coisa alguma"). Entre as inúmeras conseqüências desta perversa simbiose entre prodigalidade com verbas públicas, ineficiência administrativa e anacronismo organizacional, três merecem destaque: a) a progressiva conversão dos cartórios de justiça em Kafkianas máquinas de fazer transcrições, emitir certificados e expedir notificações, levando o magistrado a transformar-se numa espécie de administrador de um escritório burocrático e inepto, em vez de poder exercer sua verdadeira função jurisdicional; b) a atuação excessivamente formalista dos escalões superiores da magistratura, especialmente no que se refere ao desempenho das instâncias inferiores, prendendo-se a minúcias processuais e desprezando problemas concretos de racionalidade substantiva; c)

a conversão dos recursos judiciais num sistema quase automático e repleto de formalidades de discutível utilidade, o que faz da atividade-fim da magistratura um trabalho digno de Sísifo e reduz as instâncias superiores dos tribunais ao papel de simples juntas administrativas de revisão dos processos. Como resultado inevitável, o Judiciário acaba produzindo um número quase insignificante de idéias novas, para o debate relativo à modernização das instituições, revelando-se sem iniciativa de criar mecanismos de contínua auto-avaliação e mostrando-se hesitante na adoção de medidas destinadas a reformar radicalmente suas estruturas organizacionais<sup>16</sup>.

Entre o paradigma normativista aqui apenas esboçado e as estruturas organizacionais do Judiciário, há, portanto, uma interação sistêmica. Como é possível mudar de paradigma sem uma alteração paralela nas anacrônicas engrenagens burocrático-administrativas dos tribunais? De modo inverso, como é possível modernizar tais engrenagens sem, ao mesmo tempo, reformar-se radicalmente a mentalidade da magistratura o que pressupõe um novo paradigma jurídico? A verdade é que, de um ponto de vista estritamente sociológico, tanto o paradigma normativista quanto a organização judicial por ele influenciada já tiveram sua época; ou

---

<sup>16</sup> Cf. Alberto Binder, *Perspectivas sobre a Reforma do Processo Penal na América Latina*, Buenos Aires, USIS Information Program, 1993. Na introdução desse instigante e respeitado ensaio, o autor faz uma análise objetiva e realista das estruturas organizacionais do Judiciário em todo o continente latino-americano, concluindo que a não-geração de idéias novas, a falta de vontade de mudar, o isolacionismo judicial, a prodigalidade, a ineficiência administrativa e o anacronismo organizacional têm levado este Poder a se distanciar perigosamente de seu meio ambiente "Toda vez que um juiz ou um advogado é solicitado a sugerir mudanças que eles próprios seriam capazes de adotar, ou que considerem necessário implementar, eles abordam apenas questões superficiais, ou seja, alteram um limite de tempo, eliminam uma ou outra exigência; em geral, não atingem o âmago da questão, nem mesmo dentro dos limites do sistema em vigor" (p 3). Dependendo do ângulo de análise que se adote, as alterações no Código de Processo Civil promovidas pelas Leis n<sup>o</sup>s 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, todas aprovadas pelo Congresso em 13 de dezembro de 1994, versando sobre recursos para o STJ e STF, ações de consignação em pagamento, processo de conhecimento, processo cautelar e processo de execução, parecem confirmar os argumentos de Binder. Seu potencial reformador e inovador é pequeno, na medida em que essas mudanças, em vez de enxugar, racionalizar e modernizar uma estrutura processual pesada e superada, limitaram-se a remendá-la. Pode-se, contudo, fazer uma leitura positiva dessas mudanças, como a efetuada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira ("A efetividade do processo e a reforma processual", in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 325, pp. 109-116): nesse sentido, como o peso dessa estrutura processual é tão grande e as dificuldades para mudá-la são de tal monta, qualquer alteração, por menor que seja, precisaria ser encarada como um significativo passo à frente. Para uma análise semelhante mas voltada à realidade francesa, ver Jean Pierre Mounier, "Du corps Judiciaire à la crise de la magistrature", in *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, Paris, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1986, n<sup>o</sup> 64.

seja eles se constituíram em resposta aos problemas e desafios típicos do Estado liberal e das sociedades estabilizadas, dotadas de uma efetiva unidade cultural (no sentido durkheimiano da expressão) e, por conseguinte, de concepções relativamente depuradas de direito, justiça e equidade. Nelas, o mercado competitivo funciona como mecanismo de integração, os contratos são a forma institucional básica de formalização das relações sociais, a produção legislativa do Estado se expressa essencialmente sob a forma de normas de conduta e, graças a um efetivo equilíbrio dos poderes, o Judiciário pode agir como uma instituição neutra, imparcial e acima de tudo reativa, ou seja, apenas quando devidamente provocado, levado — como *tertius super partes* — a dirimir litígios concretos entre partes claramente definidas e com objetos muito bem delimitados (uma obrigação contratual, uma separação, um crime etc). No entanto, serão esse paradigma e essa organização judicial eficazes em sociedades fracamente integradas, com enormes desníveis culturais, estigmatizadas pelos mais diversos “dualismos estruturais” e sujeitas a regimes de participação fortemente discriminativos? Sociedades que não podem ser vistas, interpretadas ou explicadas como uma simples soma de indivíduos, portanto regulável como uma soma de contratos?

#### **4.3 — O novo perfil dos conflitos e as transformações do direito positivo**

Essa indagação pode ser melhor compreendida a partir de um exemplo concreto. Entre nós, o paradigma normativista encontra um de seus marcos jurídico-positivos de referência na codificação do Direito Civil, em 1916 — o texto que serve de base para o advento de uma cultura técnico-profissional de caráter eminentemente privatista no âmbito dos operadores do direito. O que importa, nesta perspectiva, é o “justo” objetivado pela clareza conceitual e pela precisão lógica das regras sobre contratos, propriedade, sucessão e família, pois este modelo pressupõe que cada um, atuando livremente no seu próprio interesse, levaria todos

a viver em paz; afinal, cada indivíduo é um portador de vontade e razão, capaz de julgar o que fazer. A soma de tais juízos conduz ao bem-estar geral e à estabilidade social. No entanto, volto a repetir, como esse paradigma pode servir a sociedades estigmatizadas por profundas desigualdades sociais, setoriais e regionais, pela fraude generalizada da boa-fé e pela resistência dos operadores do direito em reconhecer que cada indivíduo é um feixe de relações sociais que o precedem e o constituem em grande parte? Nessas sociedades, como é o caso da brasileira, com seus precários laços de identidade comunitária, até que ponto é possível continuar separando-se o direito positivo conceitualmente encarado na perspectiva de um sistema fechado, coerente, abstrato e universal de todas as implicações políticas, econômicas, sociais e culturais inerentes ao seu real funcionamento? Essas questões nos conduzem ao fenômeno das transformações do direito positivo nos dias de hoje, e, por extensão, das mudanças no perfil dos conflitos.

Posto diante do desafio de ter de oferecer respostas a problemas novos e cada vez mais complexos, o Estado se vê obrigado a editar sucessivas normas de conduta, normas de organização e normas pragmáticas que, inter cruzando-se continuamente, acabam produzindo inúmeros micro-sistemas legais e distintas cadeias normativas. Por causa dessa produção desordenada de normas, a concepção do direito como um sistema fechado, hierarquizado e axiomatizado, típica do paradigma normativista, vai sendo substituída por uma ordem jurídica organizada sob a forma de "redes", dadas as múltiplas cadeias normativas com suas inter-relações brasileiras aptas a capturar, pragmaticamente, a complexidade da realidade sócio-econômica. Enquanto a concepção de sistema jurídico do paradigma normativista faz da completude, da coerência formal e da logicidade interna corolários básicos da ordem legal, o sistema normativo sob a forma "redes" se destaca pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes e pela provisoriedade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingências. Resultante do acirramento das contradições sociais, que não podem ser tratados de modo eficaz pelas matizes normativas genéricas de standardização da vida social, exigindo

do Estado respostas diferenciadas e tomadas em ritmos cada vez mais rápidos, esse sistema normativo vai crescendo desordenadamente a partir de uma intrincada pluralidade de pretensões materiais, o que acaba esvaziando a própria função de suas regras. Num sistema jurídico repleto de “leis de circunstância” e “regulamentos de necessidade” condicionado por conjunturas específicas e transitórias e por contextos heterogêneos, a generalidade da lei deixa de corresponder a uma equivalência das situações factuais a serem reguladas e a velocidade na produção normativa leva o Legislativo, Executivo e o Judiciário, como já foi dito anteriormente, a perder a dimensão exata da importância jurídica das regras que editam, dos comportamentos que regulam e dos casos que julgam, respectivamente.

Condicionado por princípios conflitantes, os da legalidade e do primado da lei (típicos do Estado liberal) e o da eficiência das políticas públicas nos campos social e econômico (típico do Estado-Providência), o Executivo passa a agir de modo paradoxal gerando, em nome da estabilização monetária e do combate à inflação econômica, uma corrosiva “inflação jurídica”. Esse tipo de inflação se traduz pelo crescimento desenfreado do número de normas, códigos e leis, de tal modo que a excessiva acumulação desses textos legais torna praticamente impossível sua aplicação de modo logicamente coerente e sistematicamente congruente, ocasionando, por conseqüência, a “desvalorização” progressiva do direito positivo e o impedindo de exercer satisfatoriamente suas funções controladoras e reguladoras. Tal processo, em outras palavras, leva à própria anulação do sistema jurídico, uma vez que, quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas, ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os devedores, num círculo vicioso cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas devedores — todos, evidentemente, sem direito algum. “No limite da extensão do direito”, como afirma um arguto observador desse fenômeno, “anuncia-se um regime de deveres legais sem que haja qualquer lugar para um direito (...); a inflação do direito traz em si a sua

própria morte"<sup>17</sup>. Esse potencial corrosivo da inflação jurídica é agravado pelas drásticas mudanças ocorridas no perfil dos conflitos.

Longe de se reduzirem exclusivamente a meras controvérsias interindividuais com um objeto bem definido, uma parte expressiva dos conflitos hoje identificáveis na sociedade brasileira tem feições marcadamente coletivas e classistas. Isto decorre, entre outros motivos, da organização de certos setores da sociedade civil, especialmente a partir da década de 70, quando alguns grupos explorados (economicamente) e oprimidos (social e culturalmente) começam a alargar um espaço público paralelo (e clandestino) em relação ao espaço político tradicional e formal<sup>18</sup>. Essa é a década em que se começam a sentir com nitidez os efeitos da industrialização via substituição de importações estimulada pelo Estado, como a aceleração do processo migratório, a metropolização da pobreza, o agravamento da miséria nas áreas rurais, a ruptura dos valores culturais tradicionais, maior agressividade de comportamento, novos modos de inserção sócio-política e o acirramento das disputas pelos recursos governamentais. Alguns movimentos comunitários, religiosos e corporativos foram especialmente constituídos, nesse período, para reivindicar benefícios sociais coletivamente fruíveis, nos campos da saúde, moradia, educação, transporte etc. Nestes casos,

---

<sup>17</sup> Cf. François Ewald. *Foucault, a norma e o direito*, Lisboa, Vega, 1993, pp. 186-191. Diante desse risco, a tendência dos juristas e operadores com formação normativista é enfatizar a má qualidade técnica da produção normativa e denunciar o "arbitrio" subjacente ao "intervencionismo" do Estado, fazendo prevalecer sua visão-de-mundo liberal clássica sobre uma análise mais isenta, axiologicamente, das transformações sociais, econômicas, política e culturais dos dias de hoje. Como afirma Hespanha, ao analisar essa questão, eles a invertem: começam por transformar a lei no modo único de revelação do direito; depois, assimilam todas as condutas não conforme a lei em condutas antijurídicas; finalmente, concluem que as dificuldades enfrentadas pelo sistema normativo vigente são os sinais da desagregação do direito — portanto, da própria ordem social. "Mais produtivo seria estudar, sem preconceitos e sem mitos, quais as atuais funções, limites e tecnologias disciplinares vicariantes da legalidade, ganhando consciência do pluralismo normativo e traçando, a partir daí, uma estratégia de desenvolvimento da ordem jurídica em que à lei não coubessem senão as funções a que ela hoje pode eficazmente dar realização". "Lei e Justiça: a prospectiva de um paradigma". op. cit. p. 23.

<sup>18</sup> Ver, nesse sentido, Vera da Silva Telles, "Movimentos sociais: reflexões sobre a experiência dos anos 70"; Eduardo Viola e Scott Mainwaring. "Novos movimentos sociais: cultura política e democracia"; e Paulo Krischke, "Movimentos sociais e transição política: contribuições da democracia de base", todos incluídos na coletânea organizada por P. Krischke e I. Scheren-Warren, *Uma revolução no cotidiano*. São Paulo, Brasiliense, 1988; Ilse Scheren-Warren, *Redes de Movimentos Sociais*, São Paulo, Loyola, 1993; e José Reinaldo de Lima Lopes, *Justiça, Identidade e Liberdade*. São Paulo. mimeo, 1994.

evidentemente a solução natural não é um ato de adjudicação (típico do Judiciário), mas a implementação de políticas públicas. Trata-se de uma solução que exige não só o reconhecimento de um direito subjetivo e de um dar/entregar ou obrigar a dar/entregar alguma coisa ou alguma quantia de dinheiro, mas um fazer ou prover um serviço público contínuo, ininterrupto e impessoal. Serviços públicos requerem meios, isto é, receitas para seu custeio e competência ou poder para sua efetividade (desapropriação, policiamento, fiscalização etc.). Como esses meios são escassos, dada a crise fiscal do Estado, esses movimentos comunitários, religiosos e corporativos encontraram no Judiciário um canal institucional para o encaminhamento de suas reivindicações, procurando criar impasses que obrigassem a negociação. Agindo desse modo, eles não só puseram em questão o dogmatismo do paradigma jurídico prevalecente e os procedimentos tradicionais das instituições judiciárias, mediante a instrumentalização política das ações e recursos previstos pelo Código de Processo Civil, com vistas à conquista de direitos concebidos numa perspectiva muito mais material do que formal, como também acabaram contribuindo para o alargamento dos mecanismos judiciais de ação coletiva (caso da ação civil pública criada pela Lei nº 7.347/85), amplamente utilizados por grupos organizados na defesa de interesses difusos, classistas e corporativos.

## **5 — Os dilemas do Judiciário e o isolamento da instituição**

Diante da generalização dos conflitos coletivos e das estratégias de instrumentalização do Direito Processual Civil e, por vezes, do Direito Processual Penal, como o deliberado propósito de gerar impasses no âmbito das instituições judiciais para obrigar o Executivo a negociar, acentua-se progressivamente o fosso entre o sistema jurídico e os diferentes interesses sociais e econômicos em confronto, o que exponencia as enormes dificuldades enfrentadas pelos tribunais, por causa da influência do paradigma normativista na cultura técnico-profissional da magistratura, para se adaptar aos novos tempos. Isso vai gerar, entre tantas outras, duas

conseqüências dignas de nota: a já mencionada deterioração da imagem do Judiciário e o empenho do Executivo de, em nome da manutenção da ordem responder com rapidez (e de modo pragmático) aos desafios provocados pelos movimentos sociais. Neutralizando em parte alguns conflitos coletivos (sem, contudo, resolvê-los efetivamente a partir de suas causas estruturais), essas respostas levaram o Executivo a apropriar-se de modo crescente, ainda que de modo não politicamente deliberado, das áreas de competência do Judiciário.

Não é difícil entender como isto ocorreu; afinal, enquanto o Executivo tem a discricionariedade para agir deliberando sobre o problema em si, visto em sua dimensão global e substantiva, o Judiciário, por causa das normas processuais que impõem as assim chamadas “condições da ação” (a possibilidade jurídica do pedido, o interesse para agir e a legitimidade *ad causam*), tende a tratá-lo de maneira fragmentária, conforme as reivindicações das partes interessadas em ações específicas, decidindo cada uma delas como se fossem questões isoladas entre si. Valendo-se de uma legislação dispositiva editada pragmaticamente sob a forma de resoluções, portarias, decretos, pareceres normativos e instruções técnicas e antecipando-se às decisões judiciais mediante concessões feitas às partes beligerantes para chegar a soluções negociadas, com o objetivo de abreviar a cessação dos conflitos, o Executivo vai, como já vimos, abrindo caminho para a diversificação interna das formas jurídicas e das estruturas institucionais em que elas operam, entreabrindo o caráter assimétrico, heterogêneo e fragmentário dos padrões de controle e direção inerentes ao funcionamento da sociedade. E quanto mais age nesta linha, mais conduz o Judiciário a um angustiante dilema: ao aplicar normas abstratas e gerais aos casos concretos, os juízes não podem contrariar o espírito e o sentido de um sistema legal crescentemente ineficaz — o que limita sua função adjudicante num contexto social contraditório e explosivo; todavia, por carecerem de liberdade criativa e de flexibilidade interpretativa, também não dispõem de condições institucionais para modernizar códigos esclerosados, motivo pelo qual muitas vezes vêm

descumpridas suas sentenças e vêm alimentada a imagem de que tratam ricos e pobres de maneira diferenciada.

No entanto, até que ponto a magistratura brasileira tem realmente consciência do alcance desse dilema e de suas inúmeras implicações sociais, econômicas, políticas e institucionais? A importante pesquisa do Idesp ("A crise do Judiciário vista pelos juízes") é a contribuição mais recente, mais completa e mais valiosa para o esclarecimento desta indagação<sup>19</sup>. Baseada em entrevistas feitas com 529 membros da Justiça Estadual e 41 da Justiça Federal, distribuídas em cinco expressivos estados da federação — Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo, Goiás e Pernambuco — de maneira rigorosamente proporcional ao total de magistrados em cada estado e à sua distribuição em instâncias e entrâncias (tabela nº 1), procurando cobrir dessa maneira a diversidade regional do país e as supostas singularidades no corpo funcional do Poder Judiciário, essa pesquisa empírica teve por objetivo ouvir e avaliar a opinião dos

---

<sup>19</sup> Financiada pela Ford Foundation e pela Fapesp, essa pesquisa foi coordenada pela Prof<sup>a</sup> Maria Teresa Sadek. Em seu primeiro relatório ela afirma que uma das dificuldades enfrentadas por sua equipe foi a resistência da magistratura em receber os entrevistadores. "O juiz sofre um processo de socialização *interna corporis* que o coloca em uma posição de inquiridor e não de entrevistado, de julgador e não de alguém a ser avaliado, de alguém que decide face aos outros, que tem respostas nos códigos(...). Muitos magistrados têm dúvidas sobre a conveniência de se exporem ao debate público, ainda que seja sob a forma impessoal de respostas a um questionário cujos resultados serão apresentados sob a forma objetiva de quadros estatísticos. A resistência em aceitar responder ao questionário apareceu de várias formas: da recusa pura e simples até a apreensão do material, com severas repreensões aos entrevistadores; pedidos de permissão à corregedoria; solicitação de cartas de apresentação; temor de uma possível identificação". Dificuldades semelhantes foram enfrentadas pela equipe do Centro Luiz Freire, por ocasião da realização da pesquisa "Judiciário e Cidadania", destacando-se, em seu relatório final, a seguinte afirmação: "O fato de se trabalhar no "Judiciário" parece conferir aos cidadãos uma "autoridade" a qual estes mesmos se designam; do simples funcionário da limpeza ao do mais alto escalão, observa-se a distância e dominação que estes deixam transparecer, com comportamentos hostilizantes (com suas exceções), com posturas formais para se ter acesso aos processos e às pessoas" (p. 17). Esta observação alimenta a suspeição da equipe do Idesp, de que a lacuna de trabalhos sobre o Judiciário decorre do deliberado isolacionismo de seus integrantes. "Os estudiosos do Judiciário, além de possuírem perspectiva multidisciplinar, vivem abundantes lentes internas, resultantes da falta de consenso sobre seu trabalho". Além disso, a legitimidade e as credenciais dos pesquisadores "são colocadas em questão", pois "são obrigados a trabalhar com o conceito de legalidade, reinterpretando noções típicas e reservadas ao saber jurídico; falando sobre o mundo das leis e do direito sem ser um jurista", esses pesquisadores "criam um espaço de interconexão entre áreas, no qual juristas e cientistas sociais sentem-se pouco confortáveis". Cf. Maria Teresa Sadek e Rogério B. Arantes, op. cit., p. 36. Para uma análise da imagem que a magistratura tem de si própria e do impacto nela causado por sua tendência ao "isolacionismo social" ver Roger Berkowitz, "The Judge as Tragic Hero: an arendtian critique of judging", in *The Graduate Review*, Berkeley, University of California, 1994, pp 34-52.

juizes em três áreas temáticas fundamentais: a institucional, a estrutural e a procedimental.

Tabela nº 01

Distribuição dos juizes da Justiça Comum e dos entrevistados entre os cinco Estados (números absolutos)		
Estados	Juizes (*)	Entrevistados
São Paulo	1520	297
Rio Grande do Sul	387	73
Paraná	318	48
Pernambuco	308	75
Goiás	170	36

Fonte: Idesp, 1993.

(\*) Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, 1992.

Na primeira das áreas temáticas, a institucional, as conclusões são surpreendentes. A começar pelo fato de que apenas 22,5% dos entrevistados admitiram a crise do Judiciário (54,4% deles concordaram, “em termos”, que esse Poder passa por dificuldades). Na autopercepção dessas dificuldades, a responsabilidade jamais é relacionada a problemas internos da instituição nem, muito menos, assumida plenamente pelos magistrados; ao contrário, formando uma corporação fechada, coesa e homogênea, que se destaca pela pouca sensibilidade às mudanças dos valores sociais e por sua aversão ao debate público, eles tendem a imputar tais dificuldades aos demais poderes e corporações de operadores do direito, sobre os quais teriam baixo poder de controle. Como se constata nas tabelas abaixo, 45,3% dos juizes afirmaram que o Congresso tem “interesse” em enfatizar a existência dessa crise; 48,2% disseram que o Executivo tem “interesse” em fazer com que a Justiça seja lenta; 53,5% atribuíram às partes “interesse” na vagareza dos tribunais; 58,4% manifestaram a opinião de que os advogados têm “interesse” nessa morosidade; 43,7% e 40,7% culpam, respectivamente, os órgãos de segurança pública e os cartórios pela lentidão das atividades jurisdicionais. Na área temática estrutural, a pesquisa identificou os diferentes obstáculos — administrativos, financeiros, jurídicos etc. — apontados pela magistratura ao eficiente funcionamento do Judiciário e à sua modernização institucional (tabela nº 2) enfatizando a falta de recursos materiais, o anacronismo da legislação, o excesso de

formalidades processuais e o despreparo dos advogados; inversamente, aparecem como itens menos problemáticos a “insuficiência na formação profissional do juiz” e a “curta permanência dos juizes nas comarcas”, ou seja, fatores sob controle direto da instituição.

Tabela nº 2  
Obstáculos ao bom funcionamento do Judiciário  
(em porcentagem)

Fatores	Importância(*)
Falta de recursos materiais	85,6
Excesso de formalidades nos procedimentos judiciais	82,3
Número insuficiente de juizes	81,1
Número insuficiente de varas	76,3
Legislação ultrapassada	67,4
Elevado número de litígios	66,5
Despreparo dos advogados (causas mal propostas etc )	64,0
Grande número de processos irrelevantes	59,3
Juizes sobrecarregados com tarefas que poderiam ser delegadas	59,1
Instabilidade do quadro legal	53,2
Insuficiência na formação profissional do juiz	38,9
Extensão das comarcas	26,8
Curta permanência dos juizes nas comarcas	25,3

Fonte: Idesp, 1993.

(\*) Soma das respostas “extremamente importante” e “muito importante”

Texto da pergunta: Na instância em que o Sr.(a) atual qual a importância dos seguintes fatores como obstáculos ao funcionamento adequado do Judiciário?

Diante desse diagnóstico, o receituário para os diferentes problemas estruturais que vêm impedindo o bom funcionamento do Judiciário, como se pode verificar na próxima tabela (nº 3), é de natureza basicamente financeira, mediante a reivindicação de mais recursos orçamentários para a contratação de novos juizes, para a criação de novas varas, para a expansão dos juzados especiais de pequenas causas, para a criação da Justiça Municipal, para a ampliação do número de serventuários, para a informatização dos serviços etc; e, também, de caráter eminentemente legislativo, por intermédio da eliminação das formalidades processuais, extinção dos “processos irrelevantes” e modernização dos textos legais — além da reciclagem de advogados “despreparados” (mais uma vez, portanto, fatores fora do controle direto da magistratura).

**Tabela nº 3**  
**Como agilizar o Judiciário**  
**(em porcentagem)**

Propostas	Importância(*)
Informalização dos serviços judiciários	93,2
Redução das formalidades processuais	90,2
Juizados Especiais de Pequenas Causas	83,5
Simplificação no julgamento dos recursos	73,9
Recurso mais freqüente à conciliação prévia extrajudicial entre as partes	69,1
Limitação do número de recursos às instâncias superiores por processo	67,5
Reforço da figura do árbitro, escolhido pelas partes, para julgar questões trabalhistas	36,0
Implementação da Justiça Agrária prevista na Constituição de 1988	26,8
Implementação da Justiça de Paz	13,9
Criação da Justiça Municipal	8,9

Fonte: Idesp, 1993.

(\*) Soma das respostas "extremamente importante" e "muito importante"

Texto da pergunta: Como o Sr.(a) avalia as seguintes propostas para agilizar o funcionamento do Judiciário?

Quanto aos problemas específicos da área temática procedimental, que se inter cruzam com os demais já mencionados, a tendência da magistratura é de destacar a incompetência, a má vontade e as resistências corporativas dos demais operadores do direito (tabela nº 4) e de atribuir a responsabilidade pela modernização das leis processuais ao Congresso; ou seja, a um poder soberano, autônomo e independente cuja função precípua é, justamente, a produção legislativa. Aparentemente sensata, pois o Judiciário brasileiro se auto-apresenta como uma instituição "passiva", limitando-se a aplicar as leis, enquanto o Legislativo é uma instituição "ativa", isto é, dotada de competência de iniciativa para criá-las, essa postura encerra, no entanto, uma contradição<sup>20</sup>. Afinal, se grande parte da crise do Judiciário é fruto de uma

<sup>20</sup> "Mais uma vez é notável", afirma a coordenadora de pesquisa do Idesp, "como os juizes não atribuem a si próprios um grande peso pelas deficiências na aplicação da justiça. Ao contrário, 60% dos entrevistados afirmaram que a lentidão dos juizes é um fator pouco importante na explicação da morosidade do Judiciário". Cf. Maria Teresa Sadek, relatório de pesquisa, op. cit., p. 8. Ela também chama atenção para outro aspecto importante: a versão da magistratura à ampliação das atribuições do Ministério Público, pela Constituição de 88, alargando suas atividades extrajudiciais e lhe concedendo poderes inéditos em matéria de inquérito civil, promoção de interesses sociais e controle da administração pública "Como o Judiciário só se manifesta quando provocado, o Ministério Público consagrou-se como um dos órgãos mais importantes no sentido de ativá-lo. Dessa forma, pode-se sustentar que o Ministério Público passou a compelir diretamente com o Judiciário na representação pública sobre as instituições que personificam a justiça. O fraco apoio manifestado pelos juizes ao aumento do poder do Ministério Público (37,2%) pode revelar um espírito corporativo, um mal-estar com o fortalecimento de uma instituição que passou a disputar com o Judiciário as tarefas de proteção e garantia dos direitos e interesses individuais e coletivos" (p. 12).

engrenagem processual ultrapassada, que não viabiliza as sentenças justas e posterga as sentenças necessárias, por que investir mais recursos materiais numa estrutura judicial fortemente comprometida por esse anacronismo? Não seria mais lógico promover a reforma processual antes de se ampliar o orçamento do Judiciário? Seria sensato aumentar o número de juízes, varas e serventuários para gastar (como a própria magistratura reconhece, segundo a pesquisa do Idesp) com formalidades excessivas, recursos desnecessários, litígios irrelevantes e julgamentos ineficientes? “Por que” — indaga um respeitado sociólogo do direito — “os juízes não fizeram este ajuste do direito processual há mais tempo, tão consensual e óbvio que é? Por que deixaram a crise chegar ao extremo de a sociedade clamar por um controle externo dos magistrados? Colocar a culpa nos outros poderes não é a resposta sincera. Por que os tribunais não simplificam logo os procedimentos que não necessitam de lei nem de revisão constitucional?”<sup>21</sup>.

Tabela nº 4  
Causas da morosidade da Justiça  
(em porcentagem)

Fatores	Importância(*)
Alto número de recursos	73,2
Interesse dos advogados	58,4
Lentidão dos Tribunais de Justiça	49,1
Interesse do Poder Executivo	48,2
Comportamento da polícia/delegacia	43,7
Comportamento dos cartórios	40,7
Morosidade dos juizes	35,6
Intervenção excessiva da promotoria	17,9

Fonte: Idesp, 1993.

(\*) Soma das respostas “extremamente importante” e “muito importante”

Texto da pergunta: Que peso o Sr.(a) atribui aos seguintes fatores como causa da morosidade da Justiça?

<sup>21</sup> Cf. Joaquim Falcão, professor da UFRJ e um dos pioneiros, entre nós, na promoção de pesquisas empíricas no âmbito do ensino jurídico e do próprio Judiciário. Suas observações foram feitas no seminário “Poder Judiciário e Cidadania”, patrocinado pela OAB e pela Universidade Federal do Espírito Santo e realizado em Vitória, em 21 de novembro de 1992, do qual também participaram o ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, o professor Sérgio Bermudes e eu. Quanto à proposta de adoção de controle externo sobre o Judiciário, mencionada em sua crítica, a pesquisa do Idesp revela que ela é recusada por esmagadora maioria (86,5%) da magistratura

## 6 — O futuro das instituições judiciais, entre a globalização econômica e os direitos sociais

Embora condição necessária, a auto-iniciativa para a simplificação dos procedimentos não é, evidentemente, condição suficiente para permitir ao Judiciário recuperar sua imagem perante a população, neutralizar a idéia de sua “descartabilidade” presente em vários setores da sociedade e exercer suas funções básicas com maior rapidez, objetividade e eficiência. A superação de seus desafios é condicionada, atualmente, por dois movimentos opostos e contraditórios no âmbito das instituições e da economia: um movimento de natureza centrífuga, decorrente de um processo de globalização econômica que, com seus novos centros de produção normativa e seus mecanismos auto-regulatórios, vem erodindo alguns dos princípios básicos forjados pelo Estado liberal (como o monismo jurídico e a soberania nacional); e um movimento de caráter centrípeto, resultante das pressões, demandas e lutas protagonizadas por setores sociais desfavorecidos em favor de programas governamentais implementados por um Estado “forte”<sup>22</sup>, ou seja, capaz de promover transferências de renda, por meio do direito tributário, com a finalidade tanto de impor um efetivo equilíbrio sócio-econômico quanto de assegurar padrões mínimos de igualdade social, condição *sine qua* para o restabelecimento de um sentido de identidade coletiva, para a reintegração de um tecido social esgarçado e para a plenitude de um regime democrático.

---

<sup>22</sup> Como lembra Lidia Goldenstein, citando Stephan Haggard e Chung -In Moon, “a distinção entre Estados fortes e fracos não pode ser confundida com diferenças entre tipo de regime; Estados democráticos exibem graus variáveis de autonomia, enquanto regimes autoritários podem ser penetrados por classes sociais dominantes, em fracos em sua habilidade para implementar políticas; um Estado pode ser considerado forte na medida em que as elites decisórias são capazes de se isolar organizacionalmente de pressões da sociedade, controlando canais de representação de interesses e definindo autonomamente tarefas nacionais. A força do Estado pode ser medida pela capacidade de extrair recursos e implementar políticas que mudem o comportamento dos atores privados e que podem, em última instância, levar a mudanças na própria estrutura social” Cf. *Repensando a dependência*, São Paulo, Paz e Terra, 1994, p. 158. Ver, também, José Luis Fiori. *Reforma ou sucata: o dilema estratégico do setor público brasileiro*, São Paulo, Fundap, 1991, p. 13.

## 6.1. — O caráter centrifugador da globalização econômica

O primeiro movimento tem sido alimentado por cinco fatores que muitos juristas e operadores do direito, por causa de sua formação rigidamente normativista, não costumam associá-lo à crise do Estado (e, por extensão, à crise de uma de suas principais instituições, ou seja, do próprio Judiciário). São eles: (a) o colapso do sistema financeiro mundial, ocorrido entre 1971 e 1973, com a erosão do dólar como moeda reserva internacional estável; (b) os choques do petróleo das décadas de 1973 e 1979, que mudaram o custo relativo da energia, levando os agentes produtivos a desenvolver fontes alternativas para ela; (c) as reações defensivas das grandes empresas à estagnação da produção de bens e à alta inflação de preços, desenvolvendo um intrincado conjunto de processos de trabalho, fabricação de bens e padrões de consumo; (d) a explosão de novos instrumentos e mercados financeiros associada à formulação de sistemas altamente solicitados de coordenação em escala global, propiciando a flexibilização geográfica da produção industrial e da prestação de serviços, e, por fim, (e) as subseqüentes mudanças tecnológicas e organizacionais, abrindo caminho para a substituição do padrão técnico-industrial de produção até então vigente e para o advento da "sociedade informacional"<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> A "sociedade informacional" tem sido definida como "o sistema social no qual a fonte da produtividade e da competitividade econômica, bem como do poder político, cultural e militar, reside, essencialmente, no controle e no processamento da informação". Cf. Manuel Castells, *The Informational City*, Oxford, Basil Blackwell, 1989. Quanto aos fatores responsáveis pelas mudanças acima apontadas, ver "Technology and Economy: The Key relationships", relatório de conclusão do *Technology and Economy Programme*, OECD, 1992; Robert B. Reich, *The Work of Nations*, New York, Alfred Knopf, 1991, especialmente as partes 2 ("The global web") e 4 ("The meaning of nation"); e Michael Porter, *The competitive advantage of nations*, New York, The Free Press, 1990; e Henrique Rattner, *O novo paradigma técnico-econômico: seu papel na reestruturação geo-econômica e política*, São Paulo, Faculdade de Economia e Administração da USP, 1993. Ver, também, Michael J. Piore e Charles F. Sabel, *The seconde industrial divide: possibilities for prosperity*, New York, Basic Books, 1984; H. Schmitz, *Technology an employment practices in developing countries*, London, Croom Helm, 1985; Jacques Mistral, "Régime international et trajectories nationales". Alain Lipietz, "Le Kaléidoscope des Sud", e Hugues Bertrand, "Modernisations et piélinements (France)". todos incluídos em *Capitalism fin de siècle*, Robert Boyer org., Paris, PUF, 1986; o debate entre Charles Sable, Michael J. Piore, M. Storper, Ash Amin e Kevin Robins no encontro "Neofordimo o especialización flexibe?", cuja integra foi publicada por *Sociologia del Trabajo*, Madrid, Sigilo XXI, 1991, número extra; ver ainda, em perspectivas teórica e analítica opostas, André Gorz, *Métamorphoses du travail. critique de la raison économique*, Paris, Galilée, 199, e H. Hirata, "Da polarização das qualificações no modelo de competência: a evolução do

Todos esses cinco fatores, conjugando-se entre si, constituem pontos de ruptura tanto na engenharia jurídica quanto nas estruturas institucionais legadas tanto pelo Estado liberal (baseadas nos princípios da legalidade e da segurança do direito) quanto pelo Estado-Providência (baseadas na utilização do direito como instrumento de controle, planejamento e gestão), forçando-as a “desmontar” seus esquemas normativos reguladores das liberdades negativa e positiva e obrigando-as a se limitar a fornecer os mecanismos processuais para as relações inter-organizacionais (ou seja, entre grandes corporações, empresas transnacionais, centrais sindicais etc). Algumas das rupturas mais importantes, nesse sentido, são as seguintes:

1 — mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária, tributária e previdenciária dos Estados nacionais;

2 — desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a “deslegalização” da legislação social;

3 — internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração formalizados pelos blocos regionais e pelos tratados de livre comércio e a subsequente revogação dos protecionismos tarifários, das reservas de mercados e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais;

4 — mudança da matriz da produção internacional; da divisão tradicional entre fornecedores de matérias-primas e fabricantes de manufaturados passa-se à produção de bens e serviços de nível tecnológico equivalentes em diferentes países, não importando onde o produto final seja montado, o que provoca o fenômeno da “deslocalização” da produção;

5 — desterritorialização, reorganização e homogeneização do espaço da produção, mediante a substituição das plantas

---

debate no contexto dos novos paradigmas de organização industrial”, 44ª reunião anual da SBPC (Gt “Trabalho e Educação”, 1992).

industriais rígidas surgidas no começo do século XX, de caráter “fordista”, pelas plantas industriais “flexíveis”, de natureza “toyotista”, substituição essa acompanhada pela desregulamentação da legislação trabalhista e pela subsequente “flexibilização” das relações contratuais;

6 — planejamento de atividades de nível tecnológico em escala mundial, por parte dos conglomerados multinacionais, acompanhado da fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que lhes permite praticar o comércio intra e interempresas, acatando seletivamente as distintas legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países onde elas lhe são mais favoráveis;

7 — expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (*lex mercatoria*), como decorrência da proliferação dos foros de negociações descentralizados estabelecidos pelas organizações empresariais transnacionais.

O denominador comum dessas rupturas é, como se pode ver, a perda da soberania e da autonomia dos Estados nacionais. Por um lado, o Estado já não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle, direção e planejamento. Por outro lado, é obrigado a compartilhar sua soberania com forças que transcendem o nível nacional. Ao promulgar suas leis, portanto, os Estados nacionais são obrigados a levar em conta o contexto internacional, para saber o que podem realmente regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. A consequência desse processo é paradoxal: ao mesmo tempo em que se observa um movimento de internacionalização dos direitos nacionais, também se constata a expansão de normas privadas no plano infranacional, na medida em que cada organização transnacional vai criando as regras de que necessita e jurisdicizando as áreas que mais lhe interessam, segundo suas próprias conveniências; deste modo, o direito positivo convencional tem sua estrutura lógico-formal quase inteiramente erodida, remete cada vez mais seu conteúdo normativo a cláusulas gerais e processos ulteriores de

concretização, perde a capacidade de operar por meio de categorias normativas válidas *erga omnes*, vê destruída a tradicional *summa divisio* entre direito público e privado, sofre a fragmentação deste último numa multiplicidade de ramos jurídicos especiais (o que liquida com a unidade conceitual de toda uma cultura legal privatística), e acaba sendo obrigado a responder às exigências de natureza “social” — proteção trabalhista, seguridade previdenciária, reajuste salarial etc. — apenas de forma meramente circunstancial, casuísta e *ad hoc*, ao sabor da capacidade de pressão e mobilização deste ou daquele sindicato ou movimento comunitário.

Incapaz de assegurar uma efetiva regulação da vida sócio-econômica, impotente diante da crescente multiplicação das fontes de direito e sem condições de deter a progressiva diluição de sua ordem normativa gerada pelo advento de um corrosivo pluralismo jurídico, o Estado nacional enfrenta, atualmente, uma crise inédita. Essa crise pode ser compreendida a partir de sua flagrante inaptidão estrutural com relação a fatos sociais complexos, que exigem do setor público a instrumentalização de um número cada vez maior de mecanismos de decisão e controle para tentar, com isso, assegurar o cumprimento de suas funções básicas. Tal inaptidão estrutural se expressa sob a forma de um “trilema regulatório”, ou seja, um tríplice dilema formado (a) pela progressiva indiferença recíproca entre o direito e a sociedade, (b) pelo desprezo de determinados segmentos sócio-econômicos às regras do direito positivo e (c) pela crescente autonomia das organizações transnacionais com relação aos Estados nacionais. Vejamos, ainda que rapidamente, as principais características de cada um desses dilemas.

O primeiro deles decorre do fato de que, por causa do alto grau de diferenciação estrutural e funcional das sociedades contemporâneas, cada subsistema social tenderia a respeitar basicamente as regras forjadas em seu interior e a desprezar as normas jurídicas emanadas do poder central do Estado. Ou seja: quanto mais complexos são os sistemas sociais, menor seria a autoridade institucional do Estado em termos de controle direito das inúmeras interações entre indivíduos, grupos, classes e

coletividades. Já o segundo dilema decorre do fato de que, por causa de sua dimensão cada vez mais teleológica e de sua natureza altamente especializada, o direito positivo tenderia a tratar com categorias excessivamente "particularizantes" as relações sociais básicas, destruindo sua autenticidade e minando sua identidade. Ou seja: quanto mais esse direito positivo substitui suas tradicionais normas abstratas, genéricas e impessoais por normas bastante técnicas e muito específicas, mais ele comprometeria as relações vitais da assim chamada *Lebenswelt*, que constituem a espinha dorsal de uma dada sociedade. Por fim, o terceiro dilema advém do fato de que, por causa da alta mobilidade social e das profundas mudanças ocorridas nos sistemas político-administrativos e sócio-econômico um direito positivo de caráter cada vez mais "finalístico" acabaria sempre enfrentando problemas de racionalidade sistêmica. Ou seja: quanto mais esse direito positivo multiplica suas normas e leis específicas para intervir "tecnicamente" na dinâmica de uma sociedade heterogênea e complexa, menor seria sua coerência interna e sua organicidade, o que revelaria, com o tempo, sua progressiva incapacidade de dar conta das tensões e dos conflitos sociais a partir de um conjunto minimamente articulado de "premissas decisórias"<sup>24</sup>.

Decorre daí, na dinâmica do movimento centrífugo responsável pela erosão do monismo jurídico e da soberania dos Estados nacionais, o advento de uma racionalidade legal nova, *in*

---

<sup>24</sup> É evidente, afirma o mais conhecido dos analistas desse processo de erosão do direito positivo tradicional, que, diante desse trilema, "as exigências de restauração da unidade (e da eficiência) do sistema jurídico correspondem a meros exercícios de retórica ou a expressões de uso tático, quando convém à ocasião. Tentativas de instaurar uma unidade conceitual e axiológica através da dogmática ou doutrina jurídica estão condenadas a falhar, mesmo em áreas nodais do Direito como o direito privado, ou em relação ao direito como um todo. Muito mais séria se aligura a estratégia oposta, que coloca a ênfase em especialização, insistindo na legitimidade da existência de princípios específicos e próprios em cada setor jurídico particular. É assim que, por exemplo, se explica a recusa dos juristas do Direito da concorrência em levar em conta princípios jurídicos reconhecidos por outros ramos do Direito. Todavia, semelhante isolacionismo jurídico não pode prevenir o aparecimento de conflitos intersistêmicos: as soluções constroem-se contingentemente, à medida das contradições trazidas pelos casos individuais, sem qualquer possibilidade de construção de uma doutrina geral de conflitos" Cf. Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, p. 180; e "The regulatory trilemma", in *Quaderni Fiorentini*, Florença, 1984, vol. 13; ver também, Vittorio Olgiati, *Positive law and socio-legal order: an operational coupling for Sociology of Law*, Oñati, International Institute for Sociology of Law, 1971; e Helmut Willke, "Trois types de structures juridiques: programmes conditionnels, programmes finalisés et programmes nationaux". in *L'État Propulsif: contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Charles Morand org., Paris, Publisud, 1991.

*fieri*, forjada com base na premissa de que as formas de relações sociais condicionadas pela interconexão entre as organizações complexas hoje exigem do Estado uma série de papéis originais de intermediação, que somente podem ser exercidos com a colaboração delas; uma racionalidade normativa responsável por uma legislação enxuta e pragmática, apta a renunciar à regulação exhaustiva dos processos sociais, voltando-se menos à consecução dos resultados concretos (mediante a regulação “padronizadora” e “tipificadora” dos comportamentos individuais) e mais à coordenação das diferentes formas de legalidade forjadas e desenvolvidas no interior dos vários subsistemas sociais. Também decorre daí, nesse contexto de “interlegalidades” gerado pelos diferentes poderes, procedimentos e valores das empresas transnacionais, das entidades sindicais, das corporações profissionais, dos grupos de interesse e das assim chamadas “organizações não-governamentais”<sup>25</sup>, a exigência de novas condições operacionais para o funcionamento de um direito inteiramente formulado na sua concepção e nos seus procedimentos; um direito cujas regras, à semelhança das normas e quase-normas utilizadas pelo Direito Internacional para possibilitar a negociação das bases de coexistência e cooperação entre as nações, sejam capazes de servir como técnicas de gestão e negociação para a neutralização das tensões, incertezas, contingências e indeterminações sempre presentes em todo processo social, econômico e político; portanto, um direito que é cada vez menos um ato unilateral a transmitir de modo imperativo a autoridade do Estado aos particulares, aproximando-se cada vez

---

<sup>25</sup> O fenômeno da “interlegalidade” é analisado por Boaventura Santos à luz do pluralismo jurídico. O que ele tem em mente não é o pluralismo jurídico “desenvolvido pela antropologia jurídica tradicional, onde as diferentes ordens jurídicas aparecem concebidas como entidades separadas coexistindo num mesmo espaço político, mas sim, uma concepção de diferentes espaços jurídicos sobrepostos, que se interpenetram tanto na nossa consciência como na nossa ação social, em ocasiões positivas ou negativas do nosso trajeto existencial, assim como na triste rotina da vida quotidiana. Vivemos num tempo de legalidade porosa, ou de porosidade jurídica de uma rede múltipla de ordens jurídicas que nos condenam a constantes transições e passagens. A nossa vida jurídica é constituída pela intersecção de diferentes ordens jurídicas, ou seja, pela interlegalidade. A interlegalidade é contrapartida fenomenológica do pluralismo jurídico; (...) ela relele um processo altamente dinâmico, porque os diferentes espaços jurídicos são não-sincrônicos, resultando daí uma mistura desigual e instável de códigos jurídicos”. Cf. “Law: a map of misreading (toward a postmodern conception of Law)”, in *Journal of Law and Society*, 1987, vol. 14, p. 293. Ver também, “On modes of production of Law and Social Power”, in *International Journal the Sociology of Law*, 1985, vol. 13

mais do “contrato”, ou seja, de um ato multilateral cujo conteúdo exprime uma vontade concordante; um direito, assim, resultante de um longo e intrincado processo de consultas e acordos, que se inicia antes de sua propositura parlamentar e, muitas vezes, apenas culmina no momento de sua aplicação; em suma, um direito em condições de promover o engate ou acoplamento estrutural (*structural coupling*) da pluralidade de sistemas jurídicos diferenciados e de seus respectivos “espaços sócio-legais”, com seu impacto social, cultural e institucional altamente diversificado, em termos setoriais, locais, regionais e nacionais.

Tendo em vista os propósitos específicos deste trabalho, a próxima questão a ser aqui enfrentada é óbvia: no âmbito desse direito altamente “flexibilizado”, para cujas formas pactadas ou negociais as técnicas de tratamento jurídico-dogmático válidas para o direito positivo tradicional — especialmente em matéria de interpretação e integração das leis — não são as mais adequadas, que papel relevante é reservado ao Judiciário? Recolocando a questão em outros termos: existiria no cenário acima esboçado, onde o direito atua cada vez menos como um mecanismo diretamente regulativo e cada vez mais como um papel significativo para o Poder Judiciário?

## 6.2 — O caráter centrípeto dos direitos sociais

Enquanto no primeiro movimento o Estado nacional é esvaziado em sua autonomia, em suas competências e em suas funções, o que evidentemente implica uma drástica redução no campo de ação das instituições judiciais, no segundo se observam tentativas de fortalecê-lo tendo em vista suas “atribuições sociais”, mediante leis com propósitos compensatórios e protetores. A formulação dessas leis, que mudam não só os conteúdos normativos do sistema jurídico vigente, mas também sua forma, sua estrutura e sua lógica, costuma ser justificada com base numa premissa bastante conhecida quer no debate constitucional quer nas discussões acadêmicas: se por um lado é impossível negar a existência de conflitos de massa potencialmente explosivos, por

outro seria possível desenvolver mecanismos jurídico-institucionais destinados a permitir que essa “explosividade” fosse canalizada por procedimentos decisórios a um só tempo “corretivos” e “compensatórios”, estimulando os segmentos sociais e os setores econômicos a negociar suas diferenças e obrigando-os a fazer concessões recíprocas. Enfatizando o caráter inexoravelmente coletivo dos conflitos da sociedade contemporânea e postulando que ela não pode mais ser vista como um conjunto de interesses agregáveis pelos procedimentos formais subjacentes à regra de maioria, os responsáveis por essas leis afirmam que só uma intrincada combinação de mecanismos normativos negociais e compulsórios permite neutralizar a explosão anômica de litígios, reduzir as desigualdades de poder efetivamente existentes e criar as condições para o desenvolvimento de linhas mínimas de solidariedade social.

Por causa desse tipo de objetivo, essas leis, uma vez promulgadas, invertem o raciocínio jurídico: para os operadores do direito, não se trata mais de “pensar uma situação em função das categorias jurídicas abstratas do direito civil”, mas, liberando-se do condicionamento da estrita legalidade e do horizonte exclusivamente retrospectivo por ela imposto, de pensá-la em função das suas características concretas; desse modo, “o sujeito de direito cede seu lugar ao assalariado, ao consumidor, ao profissional; a noção de contrato estilhaça-se numa multiplicidade de tipos de contratos susceptíveis de ser, cada um deles, regidos por uma regulamentação particular”; o que, por conseqüência, termina acarretando “o problema de uma racionalidade jurídica cujas categorias já não seriam definíveis *a priori*, mas tão só *a posteriori*”<sup>26</sup>. Aplicar judicialmente essas leis passa a ser, portanto,

---

<sup>26</sup> Cf. François Ewald. “Justiça, igualdade e juiz”, in *Foucault, a norma e o direito*, op cit, p. 153. Segundo o autor, essas leis com propósitos compensadores e protetores configuram um “direito social” que não se limita a tratar do trabalho e da seguridade social. Tal direito “não pode ser definido pelos objetos de que trata, mas antes por aquilo que fez como que tais objetos se tivessem tornado suscetíveis de um tratamento jurídico; direito social designa uma certa técnica, uma certa maneira de dizer o direito, articulada com um certo tipo de racionalidade jurídica, um tipo de jurisdição”; designa, também, uma determinada “maneira de pensar a questão das fontes do Direito, as relações entre o fato e o direito e a questão de juridicidade” (p. 218). Por esse motivo, diz Ewald em outro importante texto, o “direito social” não deve ser compreendido como um complemento do direito privado; pelo contrário, ele o esvazia na medida em que implica a substituição da adjudicação tradicional pela promoção de acordos baseados em sacrifícios e concessões mútuas, que são obrigadas a se renovar continuamente; antes de se

promover a realização política de determinados valores, moldando e afetando a realidade sócio-econômica a partir de um projeto específico expresso pelas leis com propósitos compensatórios e protetores. Consistindo em condição necessária, embora não suficiente, de legitimação do Estado, tais leis não se limitam a estabelecer competências, a fixar obrigações ou a assegurar direitos; pelo contrário, em vez de se cingir apenas à definição das "regras do jogo", elas são especialmente concebidas para modificar os resultados desse jogo, alterando implicitamente suas regras<sup>27</sup>.

Entre os diferentes traços característicos dessas leis, três, por causa de sua interconexão, merecem especial destaque. Em primeiro lugar, elas não têm uma dimensão exclusivamente normativa, na perspectiva de um *a priori* formal; como muitas vezes exigem a implementação e execução de determinadas políticas públicas, essas leis têm uma dimensão basicamente promocional<sup>28</sup>. Por essa razão, elas, em segundo lugar, alteram o horizonte temporal do Judiciário: em vez de aplicar regras gerais, abstratas e impessoais a fatos anteriormente ocorridos perante partes formalmente iguais perante a lei, os magistrados são condicionados por uma visão prospectiva dos casos *sub judice*; não se trata mais de julgar uma conduta tal como efetivamente ocorreu, porém como ela irá ser realizada; não se trata de responsabilizar as partes pelo que deixaram de fazer ou pelo que fizeram de certo ou errado nos termos da ordem jurídica vigente, mas, isto sim, de induzir uma delas a tomar uma dada iniciativa em face de sua "hipersuficiência"

---

preocupar com a certeza jurídica, o "direito social" enfatiza a solidariedade como um compromisso em torno do qual os comportamentos são socialmente aceitos. Cf. "A concept of social Law", in *Dilemmas of Law in the Welfare State*, G. Teubner org., Berlin, de Gruyter, 1985. pp. 40-75. Para uma análise das origens do direito social e da própria contribuição de Edwald, ver Antoine Garapon, *L'idée de droit social* in *La force du droit*, Pierre Bouretz org., Paris, Esprit, 1991.

<sup>27</sup> É por esse motivo que os juristas de formação normativista e formalista tendem a considerar os códigos, estatutos e leis de caráter social como "direitos imperfeitos", na medida em que a natureza e o alcance de sua realização estariam na dependência de opções políticas e de programas de governo; em outras palavras, tais direitos seriam "imperfeitos" porque ficariam com sua aplicação condicionada pela relação de forças antagônicas que lutam politicamente para influir nos critérios de distribuição dos recursos públicos.

<sup>28</sup> Veja-se, nesse sentido, o artigo 227 da Constituição de 88, estabelecendo ser um dever do Estado zelar pelas crianças e juventude; e o dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente ampliando os poderes do Ministério Público para permitir que os direitos e interesses deste grupo social sejam privilegiados em relação de outros grupos.

econômica ou de suas "obrigações sociais"; não se trata de penalizar e de obrigar a dar, entregar ou receber algo, porém de assegurar as condições de realização de determinadas pretensões da parte considerada materialmente débil, isto é, "hipossuficiente". Em terceiro lugar, como essas leis se caracterizam pela titularidade, reivindicação e exeqüibilidade coletivas, dirigindo-se não só a entidades privadas, mas também ao Estado, e demandando uma postura ativa por parte dos poderes públicos, quanto mais rápida é sua expansão, maiores são as responsabilidades exigidas tanto do Executivo quanto do Judiciário, compelindo-os a enfrentar os problemas da redistribuição dos recursos comuns da sociedade e da redução das diferenças de riqueza, poder de consumo e oportunidades<sup>29</sup>.

Por submeterem a tribunais acostumados a realizar apenas e tão-somente a justiça comutativa um extenso conjunto de questões novas e inéditas de justiça substantiva, convertendo-os dessa maneira em co-responsáveis dos objetivos almejados pelo legislador, esses problemas vão pôr em xeque o paradigma normativista subjacente à cultura técnico-profissional da magistratura; por exigirem a substituição da interpretação tradicional (que faz da certeza jurídica e da proteção da liberdade negativa sua condição de legitimidade) por uma hermenêutica assumidamente teleológica ou finalística (valorizando antes os resultados do que os meios e contrapondo a liberdade positiva à

---

<sup>29</sup> Atualmente em fase de reelaboração doutrinária, por causa das mudanças ocorridas na economia internacional, o paradigma dessas leis de natureza "social" tem sido desenvolvido a partir de distintas vertentes teóricas. Como nos períodos de transformação estrutural é comum a ampliação da interdependência entre diferentes campos de análise que poderiam ser examinados separadamente nos períodos de estabilidade sócio-política, a literatura jurídica vem salientando a importância de uma visão multidisciplinar cujo denominador comum é a inclinação por abordagens "realistas" do fenômeno jurídico, ou seja, abordagens que ultrapassam os limites daquelas condicionadas pelo positivismo normativista. Recusando o logicismo abstrato legado pelos codificadores do século XIX e reformulando os conceitos "cerrados" e as categorias tipificantes do liberalismo jurídico-político, essas abordagens enfatizam a necessidade de maior flexibilidade estrutural dos sistemas jurídicos, condição básica para que possam ser eficazes; ver, nesse sentido, Philippe Nonet e Philip Selznick, *Law and Society in transition: toward a responsive law*, New York, Harper and Row, 1978; François Wald, "A concept of Social Law", Alberto Febrajo, "The rules of the game in the Welfare State"; e Gunther Teubner, "Strategic models of post-regulatory law" todos in *Dilemmas of Law in Welfare State*, G. Teubner org., Berlin, de Gruyter, 1985; Helmut Willke, "The tragedy of the State: prolegomena to a theory of the State in polycentric society", in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1986, vol. LXXXII; e Boaventura Santos, "O Estado e o direito na transição pós-moderna", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, 1990, nº 30.

negativa), esses problemas vão levar os juizes, mesmo a contragosto, a ter de lidar com um fato inexorável: a emergência de um direito de feições “sociais — o direito típico das sociedades complexas<sup>30</sup>, em cujo âmbito interesses coletivos, classistas, corporativos e regionais são cada vez mais excludentes e, por conseguinte, irreduzíveis a uma medida universal e geral. Nessas sociedades, a tradicional oposição entre interesses comuns, por um lado, e interesses particulares, por outro, bastante valorizada pelo paradigma normativista por causa de suas origens contratualistas, vem sendo substituída pelo reconhecimento dos interesses coletivos, que transcendem os direitos individuais e impõem limites crescentes ao direito privado.

Na medida em que os interesses coletivos são, essencialmente, interesses de grupos, classes, regiões, corporações, entidades representativas e associações comunitárias, com distintos graus de poder, de recursos, de organização técnico-administrativa e capacidade tanto de mobilização quanto de confronto político, ou seja, como são interesses conflitantes e contraditórios, a idéia de “interesse comum, geral e universal” (tão valorizada pelo paradigma normativista) já não pode mais ser concebida como uma espécie de “princípio totalizador” destinado a compor, integrar, harmonizar e organizar os distintos interesses individuais; pelo contrário, tal idéia traduz uma realidade eminentemente política, a partir da qual esses diferentes grupos, corporações, entidades e associações definem seus próprios códigos e os instrumentos normativos e/ou simbólicos necessários à regulação de seu convívio social; ou seja, os instrumentos que os “enlaçam”, que possibilitam a comunicação e permitem as trocas entre eles. Como afirma um respeitado

---

<sup>30</sup> A plenitude desse direito, nas sociedades caracterizadas por uma intrincada dialética de transformações e ajustes de suas condições econômicas, de suas pautas culturais e das resistências sociais, só é possível quando ele se revela capaz de equilibrar uma dupla exigência. A primeira é de natureza sistêmica e diz respeito à elaboração de uma ordem jurídica aberta e flexível, mas minimamente coerente do ponto de vista de sua articulação interna; uma ordem apta a reconhecer e preservar a complexidade das diferentes racionalidades normativas dos múltiplos grupos e setores sociais, viabilizando assim, sem perder a capacidade diretiva das formas jurídicas, a formulação de estratégias de entedimento recíproco entre elas. A segunda exigência é de caráter programático e diz respeito à institucionalização de soluções “aceitáveis” no âmbito dos valores morais, econômicos e políticos comuns aos diferentes grupos e setores sociais. Discuto a efetividade desse direito com mais vagar em *Direito e economia na democratização brasileira*, São Paulo, Malheiros, 1993, caps 1 e 5.

analista deste tipo de direito, “o bem comum não é encarnado no Estado ou na sociedade: é uma condição concreta e ideal ao mesmo tempo; concreta porque não pode existir enquanto os homens estão juntos; ideal porque não corresponde a um estado, mas a um processo de produção de vida”<sup>31</sup>. Quanto maior a complexidade social, mais a idéia de interesse comum, geral e universal cede lugar assim à idéia de “interesse social”, aqui especificamente encarada como um procedimento por meio do qual se torna possível obter a mediação, a arbitragem e o equilíbrio dos diferentes interesses coletivos em confronto. No entanto, em que medida o Judiciário realmente dispõe de condições institucionais e *background* técnico-cultural para ser o eixo dessa mediação, dessa arbitragem e desse equilíbrio?

### 7 — Mudança sócio-econômica *versus* mudança jurídica: as concepções estática e dinâmica de justiça

Em sua dinâmica conflitiva e contraditória, ambos os movimentos apontam o paradoxo subjacente ao Judiciário — um poder que, por tudo o que vimos até agora, precisa mudar; mas como, e, o que é mais importante, em que perspectiva? Afinal, se por um lado a neutralização do risco de desintegração da sociedade depende da ampliação e aplicação dos direitos sociais, cuja efetividade requer uma atuação mais vigorosa nesse sentido por parte dos três poderes do Estado, por outro a globalização econômica, ao estimular o capital, a produção, a gerência, a informação e os mercados tanto de insumos quanto de trabalho a se organizarem de modo transversal às fronteiras nacionais, torna ineficazes os tradicionais instrumentos de regulação, controle e direção do Estado; ou seja, põe em questão sua capacidade de agir como formulador, implementador e executor de políticas redistributivas e compensatórias. Não é fácil para a magistratura enfrentar esse paradoxo; mas se ignorá-lo como um fenômeno

---

<sup>31</sup> Cf. José Reinaldo de Lima Lopes, “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”, in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. José Eduardo Faria org., São Paulo, Malheiros, 1994.

“metajurídico”, dentro do viés extremamente seletivo e restritivo típico do paradigma jurídico normativista, continuando presa à sua auto-imagem como uma corporação neutra, técnica, reativa e voltada somente à adjudicação de problemas de justiça comutativa ou corretiva, ela estará levando a instituição a que serve a ver agravadas suas crises de identidade e eficiência, convergindo para uma imensa e fatal *crise de legitimidade*, ou seja, a crise que está por trás da idéia de sua “descartabilidade”, mencionada logo no início deste trabalho.

A legitimidade diz respeito ao reconhecimento da validade das instituições básicas do Estado<sup>32</sup>. No caso específico do Judiciário, sua legitimidade depende da certeza de toda a sociedade de que suas sentenças serão pronunciadas, da disposição das partes de acatá-las e da confiança generalizada de todos os setores e segmentos sociais na firmeza da instituição como fator impeditivo da multiplicação dos conflitos. Ora, diante do esvaziamento de muitas de suas prerrogativas, em face aos múltiplos centros normativos emergentes, dos diferentes processos de negociação paraestatal e dos mecanismos auto-regulatórios comuns ao fenômeno da globalização econômica, bem como da timidez revelada até agora pela magistratura na aplicação dos direitos sociais, o Judiciário, evidentemente, tende a perder o reconhecimento da sociedade; a confiança dos atores sociais em sua atuação tende a se exaurir; e as partes, no âmbito de um processo judicial, tendem a acatar seletivamente as sentenças, cumprindo-as quando lhes são favoráveis ou negociando sua execução, quando desfavoráveis<sup>33</sup>. O que temos aí, portanto, é um caso exemplar de tensão entre mudança sócio-econômica e mudança jurídica, entre a concepção estática e uma concepção

---

<sup>32</sup> Ver, nesse sentido, Paul Bastid, “L’idée de Legitimité”. Alexandre Passerim D’Entrèves, “Legalité et Legitimité”, e Norberto Bobbio, “Sur le principe de legitimité”. todos in *L’idée de legitimité*. Paris, Annales de Philosophie Politique, 1967, vol. 7. Numa perspectiva menos formalista e mais funcionalista, ver Niklas Luhmann, *Legitimação pelo Procedimento*, Brasília. UnB. 1980, e *Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985.

<sup>33</sup> Discuto o problema do “acatamento seletivo” das sentenças em *Justiça e Conflito: os juizes em face aos novos movimentos sociais*, op. cit.

dinâmica de justiça<sup>34</sup>, entre a aplicação de leis tradicionais a situações novas e a necessidade de leis novas para conflitos tradicionais, entre conflitos envolvendo demandas por novos direitos (moradia e reforma agrária, por exemplo) e conflitos envolvendo demandas pela aplicação mais efetiva de antigos direitos em novos contextos (v.g., a luta contra as discriminações sociais, raciais, sexuais etc.).

Nas diferentes instâncias, entrâncias e ramos de especialização de nossos diversos tribunais, as medidas tributárias adotadas pelo Executivo para financiar suas políticas públicas e a crescente demanda por direitos sociais, colocando em questão os processos institucional e constitucional vigentes de apropriação e distribuição das riquezas, vêm criando situações difícilíssimas para os magistrados que acreditam que os conflitos trazidos à sua apreciação podem ser solucionados pelo simples apego a fórmulas lógicas e a ritos processuais. Nos processos judiciais relativos aos direitos sociais, por exemplo, quem é, de fato, a parte contrária? Mesmo que se apresentem réus determinados (um órgão governamental da administração direta, uma empresa pública, uma entidade representativa patronal, uma pessoa jurídica privada ou uma concessionária de serviços governamentais, por exemplo), esses processos cada vez mais dizem respeito à organização social como um todo. Como pelos mecanismos processuais tradicionais as discussões continuam sendo promovidas pelo signo do confronto de vontades, de interesses específicos e de atores individualizados (ainda que sob a forma de sindicatos, corporações etc), a magistratura revela-se sem saber como proceder diante das novas demandas por direitos sociais e pela reformulação do sentido

---

<sup>34</sup> A distinção entre Justiça estática e justiça dinâmica é de Agne Heller. "Minha definição do conceito formal de justiça significa a aplicação consistente e continua das mesmas normas e regras a todo e a cada um dos membros de um grupo social aos quais se aplicam as normas e as regras"; a justiça dinâmica" é o processo pelo qual normas e regras sociais e políticas (validamente) existentes são testadas, questionadas e invalidadas e, simultaneamente, normas e regras sócio-políticas alternativas são validadas". Cf. *Beyond Justice*, Oxford, Basil Blackwell, 1991, pp. 5 e 247. Em texto apresentado no encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais realizado em novembro de 1994, José Reinaldo de Lima Lopes, da Faculdade de Direito da USP, explora a distinção de Heller ao analisar o desempenho das instituições judiciais brasileiras. Ver, nesse sentido, "Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronto a instituição", mimeo. Muitos de seus argumentos, desenvolvendo idéias que formulamos originariamente em *Direito e Justiça: as funções do Judiciário* (São Paulo, Ática, 1989), são por mim aqui utilizados

e do alcance dos direitos originariamente forjados à luz do paradigma normativista, envolvendo disputas em torno de bens coletivos<sup>35</sup>. Convertida em árbitro de problemas que o Poder Legislativo por diversas razões não quis ou não soube equacionar, e tendendo a julgar com critérios de justiça corretiva ou comutativa questões de justiça distributiva, a ponto de muitas vezes acabar invalidando normas cuja razão de ser é coletiva e "social", a magistratura vai sendo levada, a contrágo, a conscientizar-se do fenecimento da cultura técnico-profissional formalista enraizada em todos os seus níveis e braços especializados.

Dois importantes fatos podem ser trazidos para ilustrar e justificar essa afirmação. O primeiro deles diz respeito ao tipo de resposta dado pelos magistrados às indagações formuladas pelos pesquisadores do Idesp, com relação aos limites do direito positivo e a determinados objetivos substantivos. O segundo diz respeito à maneira como os juízes da mais alta corte de nossas instituições judiciais reagiram ao advento do mandado de injunção, inovação processual destinada a ampliar suas prerrogativas em matéria de tutela jurisdicional dos direitos constitucionais. Em ambos os fatos, observa-se, com clareza, a perplexidade dos integrantes do Judiciário, poder esse em cujo âmbito hoje se desenvolvem interações conflitivas e convivências contraditórias entre uma superada concepção de ordem legal e concepções antagônicas de "ordem justa"; interações e convivências disfuncionais, que tendem

---

<sup>35</sup> Tal problema, é importante lembrar, não ocorre exclusivamente no âmbito da magistratura, mas, sim, em todo o universo jurídico nacional. Por causa do peso de uma concepção exclusivamente negativa de liberdade, em sua formação cultural e em sua visão do mundo, os juristas, em sua maioria, revelam uma certa indecisão ou uma significativa dificuldade na análise dos institutos jurídicos que organizam a "cooperação" na vida social ou econômica. Um bom exemplo é o do "contrato de sociedade". Aqui, "as regras do negócio social disciplinam a cooperação dos sócios, partindo do princípio de que o benefício de um é de todos e o prejuízo de um é o de todos, de modo que certas regras são necessariamente excluídas. O contrato de sociedade é o oposto de uma compra e venda, tipicamente chamada de contrato de oposição. Nele, o interesse das partes é oposto (contrário): um quer desfazer-se de uma coisa, outro quer a coisa, um quer o maior preço possível, outro quer o menor preço possível. Na sociedade os interesses não podem ser contrários, sob a pena de serem contraditórios: já que minha oposição (de sócio) é exatamente a mesma do outro, o benefício que desejo (o lucro, ou a atividade que só pode ser realizada em conjunto) para mim não posso desejar menos para o outro. Se assim faço, o que desejo, no fundo, é a exclusão do outro, ou o fim da sociedade. No fundo, são as regras do amor, (que intrinsecamente é não egoísta); são as regras da amizade, o que, aliás, levava Aristóteles a comparar justiça e amizade. Ora, qualquer jurista discorre facilmente sobre as regras dos contratos de oposição; mas, e sobre as regras do contrato de cooperação?" Cf. José Reinaldo de Lima Lopes. "Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição", op. cit. p. 28

a se multiplicar quanto mais os direitos sociais estiverem presentes no cotidiano dos tribunais, seja como reivindicação por parte dos novos consumidores de serviços judiciais, seja como objeto dos códigos e leis de caráter "social" que precisam ser adequados às singularidades de problemas estigmatizados por contradições e paradoxos. Em ambos os fatos constata-se, com nitidez, a indecisão dos operadores judiciais do direito no que se refere às "situações limite" e aos "casos difíceis", de enormes repercussões no universo macrojurídico<sup>36</sup>.

Inquiridos pelos pesquisadores do Idesp sobre os limites do direito positivo, uma expressiva maioria de magistrados afirmou que o juiz não deve ser "mero aplicador da lei", tendo de "ser sensível aos problemas sociais" (73,7%). Contraditoriamente, porém, apenas 37,7% confessaram aceitar que "o compromisso com a justiça social deve responder sobre a estrita aplicação da lei; isso significa, na prática, que 62,3% discordam dessa afirmação, contrariando, assim, a opinião manifestada no item relativo à "sensibilidade aos problemas sociais". Além disso, os percentuais de concordância com os demais itens decorrentes da primeira formulação ("o juiz não pode ser mero aplicador das leis" etc.), principalmente os relativos à dissociação do saber jurídico da realidade sócio-econômica, ao favorecimento dos privilegiados na aplicação das leis e à incompatibilidade do espírito crítico na atual ordem jurídica, também são, como se pode observar na tabela nº 5, significativamente decrescentes. Expressa pelo hiato entre a opinião em favor da "sensibilidade aos problemas sociais" e a reafirmação implícita dos postulados da neutralidade e da ortodoxia dogmática nas respostas aos três últimos itens, essas contradições

---

<sup>36</sup> A expressão "casos difíceis" é de Ronald Dworkin. Eles ocorrem, segundo o autor, quando, em face de um determinado litígio, não há regras jurídicas claras, unívocas e/ou auto-aplicáveis, exigindo do juiz um grau maior de discricionariedade para decidi-lo neste ou naquele sentido; para tanto, o aplicador é obrigado a se valer de "princípios gerais" — o que o leva, muitas vezes, a promover a "criação judicial" do direito. Ver, nesse sentido, "Hard cases", originariamente publicado pela *Harvard Law Review*, Cambridge, 1975, e posteriormente incorporado, como capítulo 4º, em seu clássico *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977. Para um exame crítico da contribuição de Dworkin, ver Pierre Bouretz, ver "Prende le droit au sérieux: de Rawls à Dworkin", in *La force du droit*, op. cit.

indicam o grau de enraizamento do paradigma normativista no *ethos* da magistratura<sup>37</sup>.

Tabela nº 5  
Opinião sobre os Limites do Direito Positivo  
(em porcentagem)

	Sim (*)
O juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser sensível aos problemas sociais	73,7
A maior parte da população não tem acesso à Justiça	48,1
O compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei	37,7
O saber jurídico está dissociado da realidade brasileira	23,3
A aplicação das leis sempre beneficia os privilegiados	14,2
O direito positivo não permite o espírito crítico	11,1

Fonte: Idesp, 1993.

(\*) Soma das respostas "concorda inteiramente" e "concorda muito"

Texto da pergunta: Em que medida o Sr. (a) concorda com as seguintes afirmações?

A mesma observação também pode ser feita a partir da resposta dada à indagação relativa à compatibilidade entre o direito positivo e determinados objetivos substantivos, especialmente no que se refere à superação dos "dualismos estruturais" da sociedade brasileira e à neutralização do esgarçamento de seu tecido social, em face da perversidade na distribuição de renda. Como se vê no quadro abaixo, embora a maioria dos magistrados (58,7%) tenha afirmado existir compatibilidade entre a ordem jurídica e a proteção dos direitos coletivos, a corporação, também contraditoriamente, acabou admitindo uma certa tensão quando perguntada sobre direitos difusos (45,6%) e, de modo mais amplo, sobre as carências e necessidades dos setores sociais menos privilegiados (as contradições vistas nestas duas tabelas conjugam-se com outra

---

<sup>37</sup> A título de ilustração, é curioso verificar que, submetidos a uma indagação semelhante à formulada pelos pesquisadores do Idesp, os juizes portugueses revelaram a tendência de "diminuir a importância da lei como fonte de decisão", manifestando a opinião de que "não é a lei escrita que deve ser considerada em primeiro lugar", mas, isto sim, o "senso comum". a partir de sua percepção dos valores e interesses em jogo na sociedade. Ver, nesse sentido, J. A. Oliveira Rocha. "Juizes portugueses", in *Sub Judice: justiça e sociedade*, Lisboa, Centro de Documentação e Informação Jurídica, 1993. nº 6, pp. 17-21

revelada pela tabela nº 2, onde se vê que 67,4% dos magistrados consideram a legislação ultrapassada, mas, ao mesmo tempo, 53,2% deles consideram negativa a mutabilidade do quadro legal, evidenciando, dessa maneira, que a maioria dos operadores do direito sente-se tolhida pela legislação antiga e insegura ante uma legislação nova).

Tabela nº 6  
Compatibilidade entre o Direito atual e certos objetivos substantivos  
(em porcentagem)

Direitos	Sim(*)
Coletivos (do consumidor, dos aposentados etc)	58,2
Difusos (meio ambiente etc )	45,6
Dos setores menos privilegiados	38,9

Fonte: Idesp, 1993.

(\*) Soma das respostas "inteiramente" e "muito".

Texto da pergunta: Em que medida os juizes têm conseguido compatibilizar a lei com a proteção dos direitos?

Quanto ao mandado de injunção, instituto processual introduzido pelo inciso LXXI do artigo 5º da Constituição de 88 e aparentemente muito bem recebido pela magistratura, como se pode observar na tabela nº 7, seu destino revela de maneira exemplar a perplexidade e a indecisão das instâncias superiores da corporação no que se refere à ampliação tanto de suas próprias competências quanto da tutela jurisdicional dos direitos sociais. A controvérsia doutrinária, neste caso específico, cinge-se à questão de se saber se esse novo instituto processual poderia ser aplicado à tutela de quaisquer direitos e liberdades constitucionais ou, então, apenas e tão-somente aos dispositivos legais referentes à soberania, à nacionalidade e à cidadania, sempre na hipótese de inexistência de uma norma regulamentadora que comprometa seu exercício, tornando-o inviável.

Tabela nº 7  
Opinião sobre modificações introduzidas  
pela Constituição de 1988

Modificações	Muito favorável
a) reforço da função de controle constitucional do STF	76,5%
b) legitimação de novos agentes para propor ação de inconstitucionalidade	70,7%
c) mandado de injunção	70,5%
d) mandado de segurança coletivo	81,8%
e) ampliação de atribuições do Ministério Público	37,2%

Fonte: Idesp, 1993.

(\*) Soma das respostas "inteiramente favorável" e "muito favorável"

Texto da pergunta: Considerando o funcionamento global das instituições do país, qual a sua opinião sobre as seguintes modificações introduzidas pela Constituição de 1988?

Embora o mandado de injunção fosse um instrumento processual importantíssimo para o Judiciário neutralizar sua má imagem perante a sociedade e reafirmar-se como um poder ativo, eficiente e "sensível aos problemas sociais" (ver, mais uma vez, a tabela nº 5), o que se verificou, na prática, foi uma recusa aberta à sua utilização por parte da mais alta corte de Justiça do país. "A conversão do pedido de injunção em pedido de declaração de inconstitucionalidade por omissão normativa, preenchido o requisito da mora em regulamentar, e sem que o Judiciário possa cobrar do órgão encarregado da regulamentação uma efetiva prestação, ou ainda, a pura denegação da ordem por ilegitimidade passiva *ad causa*, tem descaracterizado o instituto"<sup>38</sup>. Como, no mandado de injunção, a sentença pode implicar atribuição de regulamentar, possibilitando prever e suprir as omissões, o que requer do magistrado ou do tribunal práticas decisórias novas, na medida em que lhe caberia criar o regulamento exigido, ou, ao menos, suprir lacuna normativa tutelando efetivamente o caso concreto, essa inovação processual acabou sendo desprezada por não se coadunar com o princípio da divisão dos poderes e com o papel de "passividade" por ele atribuído às instituições judiciais. Basta ver

<sup>38</sup> Cf. Laurindo Dias Minhoto, *Dilemas do Judiciário na proteção dos direitos sociais*, São Paulo, 1994, mimeo. Ver, também, José Afonso da Silva, "A Constituição e sua revisão", in *Cadernos Liberais*, Brasília, Instituto Tancredo Neves, IV/XCI.

como o Pleno do Supremo Tribunal Federal firmou posição nesse sentido:

(i) “o mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, permite-lhe ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado; mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra” (MS n. 168-5 — RS).

(ii) o mandado de injunção é ação outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativas dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias (MI n. 107 — GO).

(iii) (...) se, como pretende o impetrante, seus benefícios devem ser revistos em face de norma já existente, o mandado de injunção é inadequado. Ainda mais, **pendente que seja de norma regulamentadora quanto à fonte de custeio**, como pretende a autoridade apontada como coatora, esta é encargo do Congresso Nacional, implicando, portanto, a ilegitimidade passiva do impetrado e redundando na falta de uma das condições da ação (MI n. 40 — DF)<sup>39</sup>.

É importante lembrar que essa rejeição jurisprudencial em tutelar plenamente o mandado de injunção, por parte do Supremo Tribunal Federal, vem ocorrendo, justamente, quando o Estado brasileiro — e, dentro dele, evidentemente, o Judiciário — está sendo posto em xeque como coordenador das condições da vida econômica e como garantidor das condições de socialibilidade;

---

<sup>39</sup> Esses entendimentos têm sido reiterados pelo STF. Ver, por exemplo, MI n. 176-6-PE, MI n. 107-3-DF e MI n. 195-2-DF. Ver, nesse sentido, Laurindo Dias Minhoto. op. cit.

quando enormes campos de relações sociais vão escapando ao alcance do controle jurídico-positivo; quando as instituições republicanas já não se mostram capazes de universalizar suas decisões e suas leis. Como pode então o Judiciário almejar sair das crises de identidade, eficiência e legitimidade em que hoje se encontra sem dar a devida atenção a esses fatos? Definitivamente, essas três crises vão muito além de um simples problema de insuficiência orçamentária ou de informatização. Originando-se, como se viu ao longo deste trabalho, a partir das transformações sofridas pela sociedade e pelo Estado contemporâneos, elas exigem, no âmbito do conhecimento técnico-profissional de seus integrantes, uma urgente mudança de paradigma jurídico para ultrapassar os bloqueios ideológico-culturais de sua formação; e requerem, no plano institucional, a definição de uma engenhosa **política jurídica** com a finalidade, entre outros objetivos, de assegurar coerência programática às mudanças organizacionais que precisam ser feitas e de estabelecer uma pauta hermenêutica comum às diferentes instâncias e entrâncias de um poder crescentemente convertido em arena de conflitos que o transcendem<sup>40</sup>.

## 8 — O “dilema hamletiano” do Judiciário: política judicial e controle externo

Esta é a encruzilhada do Judiciário brasileiro: na medida em que faz parte de um Estado cuja soberania, cujas iniciativas e cujas prerrogativas vêm sendo postas em xeque por fatores econômicos internacionais, em que está situado num contexto social fragmentário e contraditório que nada lembra aquela idéia de sociedade (típica do paradigma normativista) como uma pluralidade de cidadãos livres, independentes e encarados apenas a partir de sua individualidade, e, por fim, em que tem sido chamado a dirimir

---

<sup>40</sup> Sobre os problemas de uma política jurídica capaz de assegurar coerência programática, ver Peter Van Kopen e Jan Ten Kate, "Individual differences in Judicial Behavior: personal characteristic and Private Law decision making", in *Law and Society Review*, 1984, vol 18. nº 21.

conflitos que, cada vez mais, afetam o processo global de apropriação das riquezas e dos benefícios sociais, torna-se impossível aos seus magistrados continuar presos à forma como tem sido tradicionalmente pensado o julgamento *secundum legem*. Entre outros motivos porque (a) as questões triviais ou corriqueiras (comuns à justiça corretiva ou comutativa) estão sendo progressivamente contaminadas pelos conflitos distributivos, o que é evidenciado pela instrumentalização política de temas como inquilinato, aposentadoria, seguro-saúde ou mensalidade escolar, abrindo assim caminho para uma explosão de situações não-rotineiras; (b) e porque a própria lei tornou-se crescentemente polissêmica, repleta de conceitos tópicos, programáticos e indeterminados, como “justo equilíbrio”, vedação de “cláusulas contratuais abusivas” e “proibição da onerosidade excessiva” (art. 51, parágrafo 1º, inciso III da Lei nº 8.078/90) ou como “força maior social”<sup>41</sup>, obrigando o intérprete a definir seu sentido e seu conteúdo nos casos concretos submetidos à sua apreciação<sup>42</sup>.

A distinção entre aplicar regras para casos concretos específicos a partir de interpretação de normas tópicas e

---

<sup>41</sup> Sobre este conceito ver Thomas Wilhelmsson, *Critical Studies in Private Law*, Dordrecht, Kluwer Academic, 1992.

<sup>42</sup> O caráter polissêmico das leis se acentua na mesma proporção em que se amplia a complexidade social; ele é fruto de uma estratégia pragmática do legislador para enfrentar os problemas decorrentes dessa complexidade — como, por exemplo, o desafio de regular interesses excessivamente diversificados numa mesma norma ou o de conciliar mudança e permanência num dado texto legal. As leis passam a ser intrinsecamente polissêmicas porque seus *topoi* e seus conceitos programáticos são inerentes à relação entre uma proposição geral e outra particular, como a que se dá cada vez que o magistrado se defronta com a necessidade de aplicar normas abstratas a situações concretas. Quase toda particularidade cabe em mais de uma generalidade, enquanto as particularidades implicadas por cada generalidade jamais são exauríveis. A função da polissemia, deste modo, é ajudar a lei a permanecer estável ao mesmo tempo em que permite sua adaptação, por meio da interpretação judicial, às novas circunstâncias de uma sociedade complexa. O problema da polissemia é que, quanto mais o legislador dela se vale como instrumento retórico-pragmático para enfrentar as circunstâncias que se vão sucedendo umas às outras, maior a indeterminação do sistema normativo, o que leva determinados autores a considerá-la como fonte de uma “osteoporose do direito”. A polissemia também encerra outro problema: a necessidade de novas técnicas hermenêuticas para determinar as condições de ocorrência de determinadas palavras ou expressões num texto legal, com o objetivo de inferir as suas regras de utilização (suas ligações semânticas, os contextos pragmáticos, os sentidos denotados e conotados etc.). Ver, nesse sentido, Theodor Viehweg, *Topica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964; Genaro Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea/Depalma, 1973; Carlos Santiago Nino, *La Ciencia del Derecho y la Interpretación Jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1975; e Chaim Perelman, *L'empire rhétorique rhétorique et argumentation*, Paris, J. Vrin, 1977, e, com a colaboração de L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1976.

programáticas, como é sabido, corresponde à distinção novecentista entre justiça retributiva como questão de racionalidade lógico-formal (portanto, jurídica) e justiça distributiva como questão de racionalidade material ou substantiva (portanto, "metajurídica"); corresponde, também, à distinção que hoje se faz vulgarmente entre direito e política. Tais distinções, contudo, já não se sustentam. Em primeiro lugar, porque a crescente quantidade de normas com cláusula indeterminada e de regras com "textura aberta" (destinadas a dar ao sistema jurídico a aparência de acabamento lógico, harmonioso e uniforme para torná-lo mais facilmente acatado por seus destinatários) amplia de tal modo a discricionariedade dos intérpretes que sua efetiva "positivação" acaba sendo historicamente contextualizada e politicamente condicionada no momento de sua aplicação<sup>43</sup>. Um bom exemplo é o Código de Defesa do Consumidor, cujos (já mencionados) conceitos de "justo equilíbrio" e "proibição de onerosidade excessiva" permitem ao juiz, malgrado o princípio constitucional de livre mercado, estabelecer um equilíbrio concreto, levando em conta as especificidades do caso *sub judice*, entre consumidores e vendedores de bens e serviços<sup>44</sup>. Em segundo lugar, porque mesmo que o direito positivo fosse depurado dessas normas com conceitos tópicos e meramente programáticos, voltando a consistir num logicamente bem encadeado conjunto de normas gerais

---

<sup>43</sup> Influenciada por uma concepção de "justiça dinâmica" contraposta à concepção convencional de "justiça formal ou estática", para retomarmos a distinção de Agnes Heller, esta tendência contraria o que sempre foi enfatizado pelo paradigma normativista, segundo o qual o estabelecimento de uma determinada jurisprudência constituiria a "operação final" de um sistema normativo; com o recurso a conceitos tópicos, programáticos e indeterminados, pelo legislador, o estabelecimento de uma jurisprudência é um momento de fixação de sentidos e significados das normas com "textura aberta", fazendo parte, conseqüentemente, do próprio ato constitutivo das leis. O problema desta tendência está no risco de excessiva ampliação da discricionariedade do juiz, convertendo-o num verdadeiro legislador. Se é certo que esse tipo de norma alarga e flexibiliza o processo jurisdicional, modificando as formas ortodoxas de ação judicial, também é correto que a ausência de certos princípios gerais de direito harmonizadores e unificadores, evidentemente com um potencial de adaptabilidade às novas situações e aos novos conflitos, pode levar ao risco de uma esquizofrenia jurídica travestida de "direito livre". Daí a importância, como será visto logo à frente, da adoção de uma "política hermenêutica", por parte do Judiciário. Ver, nesse sentido, P. Draï, "Le délibéré et l'imagination du juge", Vaucresson, Centre de Recherches Interdisciplinaires, 1979; Mariane Saluden, "La jurisprudence, phénomène sociologique", in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1985; e Jacques Lenoble, "La crise du juge: mythe ou réalité", in *La Crise du Juge*, J. Lenoble, R. Andersen et alii, Paris. LGDJ, 1990.

<sup>44</sup> Ver, nesse sentido, Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, São Paulo. Revista dos Tribunais. 1992

unívocas e auto-evidentes, continuaria havendo uma esfera em que a fronteira entre o direito e a política se confundem: o campo do direito constitucional (fato esse claramente perceptível depois que a Carta de 88, além de organizar juridicamente o poder e estabelecer os diferentes direitos civis, políticos, econômicos e sociais, também estipulou tanto os objetivos quanto os princípios com base nos quais o Estado deve formular suas políticas públicas, inscrevendo-se no rol das **constituições dirigentes**). Afinal, saber o que diz uma norma constitucional em cada caso é uma tarefa a um só tempo de aplicação de *lege lata* (a Carta) e de formulação de uma nova regra (uma vez que, em caso de dúvida, a interpretação equivale à criação da norma). Se um órgão jurisdicional pode, em última instância, interpretar uma carta, sua prerrogativa é, portanto, constitutiva de direitos<sup>45</sup>.

Nos casos de apreciação judicial da constitucionalidade de decisões do Legislativo ou de atos do Executivo, especialmente, política e direito andam intimamente vinculados. Isso ficou evidente com a decisão do legislador constituinte de conferir *status* constitucional a diversos temas da legislação ordinária; as questões relativas à conversão de carências sociais em direitos sociais expressamente consagrados pela Constituição e à ampliação do acesso à Justiça são bastante ilustrativas, na medida em que explicitam os estreitos vínculos entre a política, o direito processual e a prestação jurisdicional, dada a pretensão dos constituintes de considerar os direitos sociais como uma das condições para o exercício dos direitos civis e políticos. O que passa a estar em jogo, a partir dessa iniciativa, são conflitos entre projetos distintos e conflitantes de instituição social. Nesse sentido, por exemplo, como conciliar o tradicional princípio jurídico do "direito adquirido", que muitas vezes é invocado para reforçar posições e proteger bens conquistados sob um regime politicamente ditatorial, com o

---

<sup>45</sup> Sobre este tipo específico de carta, ver José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Diferente e Vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982. Sobre a dimensão política da "prerrogativa constitutiva de direitos", ver Antonio Hespanha, "Leis e justiça: história e prospectiva de um paradigma", op. cit., pp. 31-32. Nesta perspectiva, diz o autor, "o direito não é senão uma forma — eufemizada e, logo, mais doce e eficaz de fazer política, cujas fronteiras com a política-assumida — como tal variam em função de estratégias conjunturais".

caminho aberto pelo legislador constituinte eleito democraticamente para que o Estado possa formular, implementar e executar políticas públicas compensatórias (cuja efetividade requer uma revisão nos critérios de apropriação de riquezas impostos de modo iníquo e autoritário)? De que modo conjugar o imperativo da “função social” da propriedade privada com a aplicação de tributos com cláusula de progressividade (a qual é justificada por alguns como instrumento imprescindível de justiça social e classificada por outros como mecanismo confiscatório)? Por fim, se o tipo de contraditório priorizado pelo direito processual vigente é o bilateral, como pode um juiz singular, cuja decisão vale somente para o caso para o qual foi provocado, não tendo assim como ser estendida automaticamente para os demais casos, toma por base as inovações da Constituição de 88 no âmbito das regras com propósitos “sociais” para fazer justiça distributiva (que é coletiva por definição)?

Na medida em que alguns dos importantes direitos individuais e sociais assegurados pela Constituição revelam-se de algum modo conflitantes entre si, por abrirem caminho para o confronto entre distintos projetos de organização da vida sócio-econômica, o caráter potencialmente “antinômico” desses dispositivos só pode ser neutralizado na esfera da discussão judicial, a partir de questões concretas<sup>46</sup>. Conseqüentemente, o difícil equilíbrio entre a distribuição dos benefícios sociais, o reconhecimento da propriedade privada e a afirmação de princípios como o do direito adquirido exige do Judiciário o estabelecimento de uma política hermenêutica capaz de harmonizar as interpretações discrepantes

---

<sup>46</sup> “Antinomia” é um conceito plurívoco, de caráter analógico, tradicionalmente utilizado pela Teoria do Direito para designar uma “relação que une duas normas incompatíveis pertencentes a uma ordem jurídica e dotadas do mesmo campo de aplicação ou domínio de validade”; uma “contradição entre duas leis ou princípios na sua aplicação prática a um caso particular”; “duas diretivas incompatíveis que não são possíveis de se ajustar simultaneamente na medida em que ou impõem obrigações com sentido oposto ou porque uma proíbe enquanto a outra permite, não havendo como se aceitar uma sem violar a outra”. Essas definições são, respectivamente, de Norberto Bobbio. “Sobre los critérios para resolver las antinomia”, in *Contribución a la Teoría del Derecho*, Alfonso Ruiz org., Valência, Fernando Torres, 1983, pp. 349-364; Paul Fofiers, “Les antinomies en droit”, in *Les Antinomies en Droit*, Chaim Perelman org., Bruxelles, Centre National de Recherche de Logique, 1965; e Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la Nueva Retórica*, Madrid, Civitas, 1979. Discuto com mais vagar o problema das antinomias na Constituição de 1988 em “Antinomias jurídicas da gestão econômica”, in *Lua Nova*, São Paulo, Cedec, 1992, nº 25, e *Direito e economia na democratização brasileira*. op. cit., pp. 79-82.

entre suas diferentes instâncias e entrâncias. Política, esclareça-se desde já para evitar confusões, é um conceito plurívoco, cujos sentidos são tão distintos que costumam levar a grandes equívocos. Um dos mais comuns decorre do fato de essa expressão traduzir duas palavras inglesas, cada uma delas com acepção precisa: *policy* e *politics*. A primeira é usada para designar um programa de ação (ou, então, a própria ação) de um indivíduo, um grupo, uma corporação, uma instituição ou mesmo um governo. Já a segunda expressão traduz o campo ou o domínio onde esses diferentes programas de ação se opõem, ou seja, onde os métodos de ação, os interesses e os objetivos dos indivíduos, grupos, corporações, instituições ou governos se chocam, requerendo, portanto, uma decisão seletiva e harmonizadora.

Embora sejam distintos, como lembra Raymond Aron em texto clássico<sup>47</sup>, esses dois sentidos da política — *policy* e *politics* — são conexos. “As políticas definidas como programas de ação sempre se arriscam ao choque com outras políticas”, diz ele. Desse modo, como a política jamais contém uma essência invariável, estando, pelo contrário, sempre condicionada por práticas sociais cambiantes e multiformes, os programas de ação invariavelmente encerram um potencial de conflito e outro de harmonização. As instituições de poder, conclui Aron, “definem-se pela composição de planos de ação parcialmente contraditórios e parcialmente compatíveis”<sup>48</sup>. Essa concepção, como se vê, define a política na perspectiva de um conjunto de metas claramente formuladas, conectada com os meios racionalmente adequados para atingi-las. Portanto, ao enfatizar a necessidade de uma política hermenêutica — e, mais do que isso, de uma “política judicial”<sup>49</sup> -, o que se

---

<sup>47</sup> Cf. Raymond Aron, *Démocratie et Totalitarisme*, Paris. Gallimard, 1965, pp. 21-35. Na mesma linha de argumentação, ver Bertrand de Jouvenel, “De las decisiones colectivas” e “Sobre la heterogeneidad de las preferencias en la elección de las decisiones públicas”. In *El Principado*, Madrid, Ediciones del Centro, 1974.

<sup>48</sup> Cf. Raymond Aron, *op. cit.* p. 22.

<sup>49</sup> Ver, nesse sentido, Lawrence Baum, “Judicial politics: still a distinctive field”, in *Political Science: the heart of the discipline*, Ada Finifter org., Washington. American Political Science Association, 1983; Eligio Resta “Giudice e autonomia del político” e “Eguaglianza e distribuzione delle risorse”, ambos in *L'ambiguo diritto*, Milano, Franco Angeli, 1984; James Gibson, “The social of judicial politics”, in *Political Science: the science of politics*, Herbert F. Weisburg org., New York, Agathan, 1986; Stefano Rodotà, *La politiche (del diritto, ieri e oggi): del diritto, ieri e oggi*, in *Crise della giurisdizione e crise della politica*, *op*

pretende é chamar a atenção da magistratura para a necessidade de tomar consciência tanto de seus dilemas e desafios, sem subterfúgios, preconceitos ideológicos ou idiosincrasias doutrinárias, quanto das alternativas possíveis para seu equacionamento e dos instrumentos hoje disponíveis na realidade social, econômica, legal e judicial do país. Ora, como o Judiciário tem diferentes braços especializados organizados em diferentes instâncias, é natural que cada um deles e cada uma delas sintam-se tentado a definir seu próprio programa de ação, o que, obviamente, torna de fundamental importância a criação de um órgão representativo de todos esses braços e instâncias capazes de atuar numa dimensão de política-domínio, responsabilizando-se pela uniformização dos diferentes programas “parcialmente contraditórios” e “parcialmente compatíveis” sob a forma de uma estratégia global da instituição.

Isso posto, quais devem ser os principais objetivos de uma política hermenêutica e de uma “política judicial”? Quais são, levando-se em conta as especificidades do país já examinadas ao longo deste trabalho, os critérios possíveis para a definição desses objetivos? Quais os meios disponíveis para concretizá-los? Como tornar coerentes os programas de ação em suas distintas instâncias e braços especializados, para evitar que a ausência de uma certa uniformidade entre eles comprometa a autoridade da instituição, globalmente considerada? Quais os limites à ação dos magistrados para restaurar a universalidade do direito positivo na sociedade brasileira e, no que for possível, em função do impacto da globalização econômica sobre a soberania nacional e do subsequente advento dos mecanismos auto-regulatórios, manter intocado o monopólio de sua atuação? Por fim, terão eles consciência do “dilema hamletiano” em que se encontram? Afinal, se continuarem presos ao normativismo formalista, de inspiração individualista e sensível apenas aos problemas de justiça corretiva, mantendo-se como uma instituição fechada e imune às mudanças e

---

cit.; Ronald Dworkin, “La politica dei giudici e il principio di legalità”, Michele Taruffo, “La giustificazione della decisioni fondate su standards”, ambos in *L'analisi del ragionamento giuridico*, Paolo Comanducci e Ricardo Guastini orgs., Turim, Giappichelli, 1989; e Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: can courts bring about social change*, Chicago, University of Chicago Press. 1991

às novas circunstâncias de seu meio ambiente, eles tendem a ver agravado o processo de deterioração de sua imagem e aumentado o risco de uma ruptura definitiva do monopólio de seu campo de atuação. No entanto, se, para neutralizar esse processo e esse risco, optarem por uma linha de ação menos normativista e mais (digamos) "realista", deixando de ver de modo "panglossiano" o caráter inexoravelmente coletivo dos conflitos e o desafio da supressão dos mais variados corporativismos convertidos em "direito adquirido", manifestando-se assim sensíveis aos problemas de justiça distributiva, os juízes serão obrigados a atuar numa perspectiva temporal prospectiva, tendo em vista a consecução de metas ou objetivos dos quais não podem eximir-se, em nome do princípio da estrita legalidade. Como, se essa for sua opção, a magistratura estará sob o fogo das discussões políticas, não tendo mais condições de se proteger com o manto diáfano da "neutralidade", da "imparcialidade" e da "frieza técnica", o problema inevitável a ser por ela enfrentado é o da tensão entre sua independência institucional e suas responsabilidades funcionais. No primeiro caso, portanto, ela assegura a "certeza jurídica" mediante uma interpretação meramente exegética das leis, mantém sua imagem de corporação "apolítica" e, em nome de suas funções exclusivamente "técnico-formais", preserva independência da instituição a que serve, revelando-se, porém, incapaz de tirá-la da crise da legitimidade em que se encontra e de resistir aos mecanismos extrajudiciais de resolução dos conflitos emergentes que vêm liquidando com o monopólio de seu campo de atuação. No segundo caso, ela pode vir a superar sua crise de legitimidade e a resgatar sua autoridade, mas dificilmente teria como escapar da cobrança de suas responsabilidades funcionais sob a forma, por exemplo, do "controle externo" — o que, evidentemente, representaria uma limitação em sua autonomia e soberania.

## 9 — Alternativas e possibilidades: da Justiça corretiva à Justiça distributiva

Não há, no contexto social, econômico, político e cultural que hoje envolve o Judiciário brasileiro, como fugir dessas indagações (e, por conseguinte, do “dilema hamletiano” acima apontado). De que modo respondê-las em termos inteligíveis, conseqüentes e práticos? A meu ver, as respostas podem ser formuladas a partir das duas linhas básicas de atuação do Judiciário: a da justiça corretiva ou comutativa e a da justiça distributiva<sup>50</sup>. Embora esta seja a principal, aquela não é menos importante, uma vez que diz respeito ao funcionamento dos tribunais como a prestação de um serviço público essencial.

### 9.1 — O caráter “distributivo” da justiça corretiva

Dadas suas responsabilidades na imposição do cumprimento de obrigações contratuais ou legais e de penas a infrações criminais, o Judiciário, na condição de serviço público, em hipótese alguma pode descuidar da modernização de sua infra-estrutura operacional, da ampliação dos juizados de pequenas causas, da promoção de novas experiências de descentralização e desburocratização da tutela jurisdicional (ignorando, por carecer de fundamentação empiricamente embasada, as resistências da OAB)<sup>51</sup>, da capacitação de seus serventurários, da reforma radical

---

<sup>50</sup> Os conceitos de justiça corretiva e justiça distributiva são de origem aristotélica (*Ética a Nicômano*, V, 12296), passando por Sto. Tomás de Aquino (*Suma Teológica*, II. II. q. LXI. art. I), ressurgindo na prática política das democracias liberais a partir do século XX, sendo reatualizados no debate contemporâneo que com a emergência do direito social, em seus diferentes matizes, quer com a retomada, no âmbito da filosofia jurídico-política, das tentativas de solução da disjuntiva igualdade/liberdade, das análises relativas à inserção histórica e social dos juizes éticos e dos esforços de construção de uma “nova” teoria da justiça.

<sup>51</sup> Cf. Joaquim Falcão, “Advogados: passo em falso”, in *Monitor Público*, Rio de Janeiro, Conjunto Universitário Cândido Mendes, 1994, nº 3, pp. 15-19. Segundo o autor, no momento em que se pretende expandir e libertar a cidadania de qualquer tutela, pretende-se também que o cidadão seja incapaz de se defender até nas pequenas causas; no momento em que se busca ampliar o acesso a um Judiciário mais democratizado, ágil, informal e rápido, dificulta-se, ainda que com as melhores intenções, esse acesso”.

do viciadíssimo sistema cartorário e dos (quase sempre) corruptos mecanismos de peritagem, da influência dos projetos de informatização e, por fim, da recuperação das escolas de magistratura, previstas pelos incisos II e IV do artigo 93 da Constituição, infelizmente em sua grande maioria reduzidas a aparatos caricaturais de reprodução do paradigma normativista (repetindo, neste aspecto, o trágico destino das faculdades de direito)<sup>52</sup>. Não pode a instituição, igualmente, deixar de influir nas iniciativas ora em andamento de reforma dos códigos processuais e da sistemática de recursos, com o objetivo de reduzir o número de audiências e pronunciamentos das partes, remover os obstáculos legais impeditivos da desformalização dos procedimentos e do alargamento dos casos passíveis de ritos sumários e ampliar as experiências de desformalização e descentralização iniciadas com

---

<sup>52</sup> Presas ao paradigma normativista, condicionadas por uma grade curricular ultrapassada, integradas por docentes insensíveis ao diálogo interdisciplinar e isoladas tanto da sociedade, da própria universidade, as faculdades de direito do país vêm perdendo, ao longo dos anos, seu triplice papel de transmissoras de cultura humanística, de conhecimento científico e de know-how profissional. Procurando sair da crise em que se encontram, alguns poucos cursos introduziram disciplinas novas, como Lógica e Informática Jurídica. Mas por causa do profundo enraizamento do paradigma normativista em sua grade curricular, essas disciplinas não se têm revelado capazes de integrar-se organizadamente com as demais. Isso porque foram criadas de modo "idealista", esquecendo seus proponentes que, "mesmo as aplicações práticas menos sofisticadas, como é a constituição de bancos de dados, exige um grau de estruturação do material jurídico que os textos legislativos atuais não conhecem. Uma triagem rápida e eficaz exige por exemplo, que a terminologia legal seja unívoca e que os elementos do *thesaurus* se deixem estruturar entre si. Já a resolução automática de casos jurídicos, num grau mais avançado de informatização do direito, exige que as normas obedeçam a modelos rigorosos de inferência lógica, que permitam a aplicação dos instrumentos de programação lógica hoje disponíveis. Legislar deixou de ser um trabalho apenas de juristas, para requerer contributos decisivos vindos da parte de ciências como a Linguística, a Lógica e a Informática". Acresça-se a isso a debilidade de disciplinas como Sociologia e Sociologia Jurídica, tradicionalmente desqualificadas como "perfumaria". Por causa disso, os alunos não são levados a compreender seu potencial analítico e as aulas, quando tratam especificamente do Judiciário, "acabam por se traduzir em estudos mais ou menos atomistas de indivíduos que confluem numa certa instituição, deixando de lado quer os mecanismos pelos quais a instituição atrai essa clientela e a transforma num corpo através de processos internos de socialização, quer os processos específicos de constituição de um *habitus* institucional (ritos, processos burocráticos, práticas discursivas, etc.) e de intervenção da instituição nos mecanismos sociais de poder". Cf. Antonio Hespanha, "Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma", op cit, pp. 39-41. Discuto essa questão em "Ensino jurídico: mudar cenários e substituir paradigmas teóricos", in *Ensino Jurídico: parâmetros para elevação de qualidade*, Brasília, Conselho Federal da OAB, 1993; "O ensino jurídico", in *Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas*, Brasília, Conselho Federal da OAB, 1992; e *A reforma do ensino jurídico*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1987. E aponto o impacto da má qualidade dos cursos jurídicos na formação dos magistrados em "O juiz na sociedade complexa", in *Curso de Deontologia da Magistratura*, José Renato Nalini org., São Paulo, Saraiva, 1992; e "A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação", in *Formação Jurídica*, José Renato Nalini org., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994. Sobre as dificuldades no recrutamento de juizes, ver José Renato Nalini, *Recrutamento e Preparo de juizes*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

os juizados especiais para causas cíveis de baixa complexidade e em fase de extensão para as infrações penais com reduzido potencial ofensivo. Essa influência modernizadora deve ser fundada com base na dupla consciência de que (a) o sistema processual em vigor encontra-se hoje completamente “divorciado da realidade”, refletindo “o hermetismo com que foi elaborado, sem a participação dos diversos segmentos da comunidade jurídica nacional”, o que explica “as notórias deficiências de sua aplicação na prática forense do dia-a-dia”<sup>53</sup>, e (b) o direito processual comparado vem, nos últimos tempos, enfatizando a necessidade de se reservar às formas sua função de garantia, mas sem prejuízo da celeridade e simplificação dos procedimentos<sup>54</sup>.

Aumentar sua capacidade de resposta no exercício de seu papel básico como prestador de um serviço público é, para o

---

<sup>53</sup> Cf. Sálvio de Figueiredo Teixeira, “A efetividade do processo e a reforma processual”, conferência proferida em 17 de agosto de 1993 no II Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado em Porto Alegre, e publicado na *Revista Forense*, op cit.

<sup>54</sup> Levando em conta o que diz A. Binder, na nota 16, o risco da presença de magistrado dos mais variados escalões nas comissões de reforma da legislação processual é o de limitarem sua atuação a propósitos meramente corporativos, procurando fortalecer a instituição às custas dos interesses da sociedade, resistindo, por exemplo, a sugestões engenhosas, modernas e conseqüentes que possam, eventualmente, representar alguma ameaça ao monopólio da decisão judicial. Esse risco foi identificado pelos pesquisadores do Idesp quando, ao analisar as propostas ora em discussão para a modernização da estrutura processual, constataram que o grau de concordância é alto no que se refere à redução das formalidades processuais e à multiplicação dos juizados especiais de pequenas causas, porém bastante baixo no que se relaciona à ampliação das iniciativas extrajudiciais (como a conciliação prévia entre as partes, o reforço da figura do árbitro por elas diretamente escolhido e a adoção da Justiça de Paz). “De qualquer forma, embora seja criticável esta postura dos magistrados, (...) não deixa de chamar a atenção o consenso em torno de pelo menos um dos eixos de reformas que estão sendo propostas: o relativo aos procedimentos. A justificativa do mau funcionamento baseada na falta de recursos materiais talvez seja tão antiga quanto o próprio Judiciário. Mas a convicção de que é necessário reformar os códigos e a legislação em vigor pode ser considerada uma novidade. Isso porque as garantias processuais compõem o campo de ação do juiz e não dizem respeito apenas ao direito de plena defesa dos indivíduos, mas também à parcela de poder de que dispõe o magistrado na relação com os demais agentes do aparelho judicial (promotores, delegados etc). E mais, os princípios básicos da atividade judicial moderna (a imparcialidade dos julgamentos, a segurança jurídica, a plena defesa) estão justamente ancorados nessas garantias e a sua conservação sempre foi defendida intransigentemente pelos magistrados. Não seria arriscado dizer que, entre os diversos setores envolvidos com o problema da justiça, os juizes são sempre os últimos a defender a reforma dos códigos e da legislação, em qualquer tempo e lugar. Se os magistrados brasileiros concordam quase unanimemente que este é um ponto fundamental para o aprimoramento da justiça no Brasil, isto deve ser ressaltado. Resta saber se esse entendimento decorre de uma real inadequação das leis à situação atual do país, ou se trata de uma posição de defesa — neste caso com sérias conseqüências — dos magistrados frente a outras possibilidades de reforma. Não se podendo também descartar a hipótese de que tais mudanças na legislação e nos procedimentos tenham por objetivo o fortalecimento do poder dos juizes”. Cf. Maria Teresa Sadek e Rogério B. Arantes, “A crise do Judiciário e visão dos juizes”, op cit, p 44-45.

Judiciário, uma oportunidade valiosa para assegurar efetividade às normas relativas à vida familiar, ao convívio social, às atividades econômicas e à segurança pública. Se esse tipo de serviço continuar ineficiente e insuficiente, fato esse agravado pelas debilidades crônicas das procuradorias de assistência judiciária e das defensorias custeadas pelos governos estaduais e municipais, o acesso à Justiça continuará limitado, com as conseqüências negativas quer para a sociedade, quer para as demais instituições do Estado. Uma delas é bastante perversa, bem como potencialmente desagregadora ou anômica. Trata-se do conhecido fenômeno da impunidade, que, ao ser exponenciado pelas aplicações meramente "seletivas" ou "lotéricas" das normas vigentes<sup>55</sup>, constitui um fator decisivo para a promoção da desigualdade perante a lei e, por conseguinte, para a deslegitimação do Judiciário e do próprio Estado de Direito<sup>56</sup>. Decorrente da primeira, outra conseqüência é o progressivo deslocamento dos conflitos "comutativos" específicos dos segmentos sociais mais desfavorecidos para o âmbito de justiças privadas manipuladas por líderes comunitários, por demagogos ou

---

<sup>55</sup> Sobre a aplicação seletiva ou lotérica das leis, ver Boaventura Santos, "Introdução à Sociologia da Administração da Justiça", in *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. José Eduardo Faria org., op. cit. e Wanderley Guilherme dos Santos, *Razões da desordem*, op. cit.

<sup>56</sup> A impunidade atenta contra o princípio formal de justiça: tratar igualmente os casos iguais. Ela pode significar que uns são punidos e outros não, pelos mesmos delitos, por delitos semelhantes ou por qualquer delito, gerando uma distinção perversa entre os membros de uma dada sociedade: os que estão submetidos às normas, cumprindo-as, e os que, apesar de igualmente submetidos, as descartam. Esse fenômeno vem ocorrendo nos mais diversos campos do direito, desde os crimes praticados contra as finanças públicas e contra a economia popular até as violações dos direitos fundamentais, sob a forma de torturas, extermínios, seqüestros etc. veja por exemplo, o número de pessoas detidas durante meses ou anos sem serem condenadas; de "causas" julgadas por "justiceiros"; de pessoas que são interrogadas sem ter acesso a advogados de defesa; e de menores chacinados. A pesquisa sobre "Judiciário e Cidadania", do Centro Luiz Freire, revela que dos 2.920 homicídios anualmente cometidos em Pernambuco, 201 resultam de grupos de extermínio, e que a lentidão na apuração dos fatos desperta o sentimento de que os culpados jamais serão punidos. O Núcleo de Estudos da Violência da USP mostra que, dos 1.681 assassinatos de trabalhadores rurais em função de conflitos no campo, ao longo dos últimos 28 anos, apenas 26 chegaram a ser julgados, dos quais somente 15 deram margem à condenação; mostra, também, a existência de três milhões de crianças menores de 14 anos trabalhando na economia formal e informal. Em São Paulo, a repressão policial é responsável pela morte de uma pessoa a cada seis horas; desde 1989 e 1990, a média tem sido de quatro mortes ao dia, ou seja, 120 mortes por mês e 1.460 mortes por ano, média essa três vezes superior à registrada entre 1983 e 1987. Cf. Sérgio Adorno, "Violência Criminal na Moderna Sociedade Brasileira", texto apresentado à Conferência Internacional sobre "Social Changes, Crime and Police", realizada em Budapest, entre 1 e 4 de julho de 1992.

mesmo pelo crime organizado<sup>57</sup>, de tal modo que, com o tempo, o Judiciário tenderia a se tornar prestador de um serviço público para uma determinada classe social, antes do que para todas (tomando-se como parâmetro de sua clientela aquela parcela da burguesia urbana que dispõe de recursos materiais para formalizar suas demandas e os contribuintes em condições de impugnar sistematicamente todo e qualquer novo imposto que lhes é lançado).

Creio ficar evidente, dessa maneira, que o problema da atuação quase sempre morosa, excessivamente burocratizada e muitas vezes ineficiente dos tribunais nos conflitos típicos de justiça comutativa ou corretiva acaba assim tornando-se, ele próprio, numa questão de justiça distributiva. Tendo por objeto a manutenção tanto da igualdade nas trocas quanto do equilíbrio entre os iguais, a justiça corretiva ou comutativa necessita passar a ser vista, pelos operadores do direito, como um princípio de ação a ser aplicado dentro do *frame*, armação ou moldura maior da justiça distributiva, por meio da qual se repartem, proporcionalmente, as oportunidades, o acesso aos serviços públicos básicos e os benefícios e os malefícios no âmbito da vida social.

## 9.2 — A justiça distributiva e as regras de julgamento

Tema fundamental da ética, da teoria política e da filosofia do direito, mas desprezada pelo paradigma normativista, por causa de sua obsessão metodológica pela “pureza” lógico-formal do direito positivo, a justiça distributiva é o maior desafio que o Judiciário tem pela frente<sup>58</sup>. Entre outros motivos porque obriga magistrados de

---

<sup>57</sup> O ex-ministro Olavo Setúbal chamou minha atenção para a inefetividade, em São Paulo, cidade que administrou entre 1974 e 1979, das instituições judiciais e dos institutos jurídicos (em matéria de propriedade e inquilinato) nos bairros mais distantes da periferia ou mesmo nos cortiços do centro velho, onde o que vale é antes a lei do mais forte do que a lei do Estado. Ver, nesse sentido, a coletânea organizada por Lucio Kowarick, *As lutas sociais e a cidade: São Paulo, passado e presente*, São Paulo, Paz e Terra, 1994; e Sergio Henrique Abranches, “A alienação da autoridade: notas sobre a violência urbana e criminalidade”, in *Governabilidade, sistema político e violência urbana*, João Paulo dos Reis Velloso org., Rio de Janeiro, José Olympio, 1994.

<sup>58</sup> Entre os textos recentes mais importantes sobre justiça distributiva, ver John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, Brasília, UnB, 1981, Alasdair Macintyre, *After Virtue*, Notre Dame, University of Notre Dame.

distintas instâncias e campos de especialização não apenas a ter de refletir, ponderar e decidir sobre carências, interesses e valores que guardam pouca correspondência com os da classe social a que pertencem, como também a ter de enfrentar as omissões do Executivo<sup>59</sup> e lidar com questões não monetarizáveis nem quantificáveis de modo rigorosamente objetivo. Direito de propriedade ou direito à moradia? Direito dos titulares de ativos financeiros remunerados pelos altos juros da dívida pública (e pagos com os recursos de todos os contribuintes, indistintamente, alimentando uma contínua transferência de renda de toda a sociedade para um segmento minoritário dela) ou o direito da sociedade como um todo (isto é, de poupadores e não-poupadores, investidores e trabalhadores com salário mínimo) a uma economia estabilizada? Direito da comunidade a um meio ambiente sadamente preservado, com o fechamento das fábricas poluidoras, ou direitos dos trabalhadores, num contexto estigmatizado pelo desemprego estrutural, ao emprego nessas mesmas fábricas? Direito ao trabalho dos lavradores sem terra ou a confirmação dos direitos dos proprietários de terras agrícolas que costumam

---

1984; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op cit ; *Ética privada y igualitarismo político*, Barcelona, Paidós /UAB, 1993; Brian Barry, *Theories of Justice*, Londres. Harvester/Wheatsheaf, 1989; John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press. 1992. Para uma análise desses autores e da polêmica por eles suscitada, ver Amartia Sen. "Rawls versus Bentham", in *Reading Rawls: Critical Studies of a Theory of Justice*, N. Daniels org., Oxford, Basil Blackwell, 1975; Allan Bloom, "Justice: John Rawls versus the tradition of political philosophy", in *American Political Science Review*, 1975, vol. 69, nº 2, pp. 648-662; A. Gewirth, *Reason and Morality*, Chicago. Chicago University Press, 1978; B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*. New Haven, Yale University Press, 1980; Maria Agra Romero, *El sentido de Justiça em sua sociedade democrática*, Universidad de Santiago de Compostela, 1985; Otfried Hoffe, *Justiça Política: fundação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*, Petrópolis, Vozes, 1991 e C. B. Macpherson, *Ascensão e queda da justiça econômica*, São Paulo, Paz e Terra, 1991; na literatura brasileira, ver Álvaro de Vita, *Justiça Liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo*, São Paulo, Paz e Terra, 1993.

<sup>59</sup> Este é um dos maiores problemas hoje enfrentados pelo Judiciário: para que sejam plenamente eficazes, muitas de suas sentenças (e, por conseguinte, as normas e as leis em que elas se fundamentam) passam a depender tanto do empenho quanto da eficiência com que o Executivo cumpre suas obrigações, em matéria de políticas públicas; e na medida em que esse poder, em suas instâncias municipais, estaduais, federal, revela-se incapaz de formulá-las e implementá-las. ou, então, as executa com propósitos meramente eleitoreiros, populistas e demagógicos. o Judiciário acaba sendo reduzido a uma posição secundária — como se fosse uma instituição subordinada. e não soberana, autônoma e independente. Não são poucos os casos em que a Justiça, nas suas diferentes instâncias, mostra-se absolutamente impotente diante de normas e leis que, apesar de inovadoras em seus objetivos e modernas em suas concepções, como os já mencionados Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei de Execuções Penais, não conseguem ser plenamente concretizadas por causa da omissão de um outro poder igualmente autônomo, soberano e independente.

imobilizar grandes áreas e esperar pela sua valorização por efeito dos investimentos governamentais, em vez de correr riscos e/ou enfrentar os esforços naturalmente exigidos pelas atividades produtivas? Quantos juizes levados a decidir conflitos de interesses em que se reivindica uma relação de propriedade ou de posse têm disposição e mesmo coragem de ir além de uma simples avaliação formal do litígio (para saber se existe um direito real e quem é seu titular), indagando, também, sobre a "sociabilidade" do uso que o proprietário ou o possuidor vem fazendo de seus bens? Em suma: se é certo, como aqui já foi insistentemente repetido, que a justiça distributiva diz respeito à divisão ou à apropriação do fundo social comum, quais os critérios possíveis que o Judiciário pode adotar para tornar suas decisões nesse âmbito mais equitativas?

Alguns conceituados teóricos e filósofos do direito contemporâneo responderiam a essa indagação afirmando que as discussões sobre justiça devem começar pela ênfase à igualdade como premissa e como princípio hermenêutico<sup>60</sup>. Não tem sido por acaso, dizem eles, que a busca de uma regra formal de justiça muitas vezes culmina na formulação da máxima de que "a justiça é um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria devem ser tratados da mesma maneira". Essa igualdade, no modo de ver desses teóricos e jusfilósofos, tem dois momentos: a igualdade no que se refere à **divisão das categorias** (aqui, as distinções devem ser efetuadas com base em critérios inteligíveis e justificáveis); e a igualdade no que diz respeito à **submissão das regras** (aqui, uma vez estabelecidas as diferenças e semelhanças, as disputas serão resolvidas segundo regras a serem aplicadas igualmente para os casos iguais). Evidentemente, como ao longo do tempo as condições materiais de vida vão sendo modificadas, as divisões entre iguais e semelhantes se alteram, passando, em determinados períodos, a ser incompreensíveis, injustificáveis e intoleráveis. Ora, como com o avanço do conhecimento (sob forma de disciplinas como a Etnologia, a Antropologia, a História, a

---

<sup>60</sup> Ver, nesse sentido, Rolf Kuntz, "A redescoberta da igualdade como condição de Justiça", e José Reinaldo de Lima Lopes, "Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito", in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. José Eduardo Faria org., op. cit. Esses dois textos são fundamentais para o aprofundamento da discussão travada neste e nos próximos dois parágrafos.

Sociologia e a Economia) tornou-se possível compreender melhor a natureza, o alcance e a origem dos fenômenos sociais, a ignorância passa a ser indesculpável e os critérios de ação racional, obviamente, mudam.

É este, por exemplo, o caso da pobreza, cujos processos de geração são hoje suficientemente bem conhecidos. A consciência desses processos e de suas conseqüências, é igualmente óbvio, já não pode mais justificar divisões sociais que a ela se reportem. Sendo o avanço do conhecimento etnológico, antropológico, histórico, sociológico e econômico amplamente disseminado, o princípio de ação que impõe tratar casos iguais de maneira igual continua valendo como regra racional; seu conteúdo, no entanto, passa a ser preenchido de forma nova. Como? Qualquer que seja a resposta, o resultado do juízo a respeito de certos casos será outro e, evidentemente, novo, original. Isso posto, a definição de uma política judicial com propósitos distributivistas requer, primeiramente, um amplo diagnóstico social, o que permite, então, o estabelecimento das diretrizes para a adjudicação de resultados aos indivíduos envolvidos em conflitos de natureza transindividual ou coletivos. Mas a solução tem de levar em conta algo mais do que o bem de cada um: este bem é superior não porque é mais importante em si mesmo, porém por ser a condição básica para a manutenção de uma vida social organizada e estruturada a partir de padrões mínimos de igualdade material e cultural. Afinal, se as condições de possibilidade dessa vida comum forem erodidas, como sustentar as vidas individuais?

Partindo desse dilema de caráter claramente hobbesiano, jusfilósofos e juristas sensíveis à importância de um diálogo interdisciplinar do direito com a etnologia, com a antropologia, com a história, com a sociologia e com a economia, bem como conscientes das limitações do paradigma normativista, responderiam à indagação relativa às diretrizes básicas de uma política judiciária com objetivos distributivos afirmando que, como não há critérios absolutos e universais na sociedade de classes, todos os critérios passíveis de serem adotados pela magistratura precisam ser submetidos ao crivo da conveniência e ao crivo da racionalidade moral fundamental (o respeito, na concepção

rantiana; e a reciprocidade, em outras concepções)<sup>61</sup>, sempre com base na premissa de que a vida regulada de alguns não pode ser obtida às custas da privação da vida de outros. O grande problema é que, como estamos falando de justiça distributiva, não se pode ver imediatamente a contraparte de um benefício ou de um sacrifício. Num contrato, evidentemente, é fácil determinar o que é devido a quem; já nas relações sociais, contudo, a distribuição não é feita a um vizinho, no sentido geográfico, mas ao próximo, no sentido moral, ou a um determinado segmento da população, em sentido sociológico. Decorre daí a importância de se utilizar como estratégia hermenêutica, tendo em vista a garantia de um jogo jurídico capaz simultaneamente de assegurar a liberdade e de ampliar a igualdade, "regras especiais" destinadas a permitir a adequação do sistema normativo à realidade sócio-econômica em países com as características das do Brasil.

Essas são as regras de julgamento, por meio das quais normas e conceitos jurídicos podem ser interpretados e permanentemente redefinidos segundo as especificidades de um dado contexto social, econômico, político e cultural e um determinado período histórico (sem que tal possibilidade signifique arbítrio ou anomia jurídica). São essas regras que tornam possível compreender como, dentro de uma certa regularidade, vão ocorrendo mudanças no conteúdo, no sentido e no alcance das normas. Na lógica das regras de julgamento, o equilíbrio designa um juízo que permite ponderar a relação entre interesses divergentes e balancear tanto os direitos quanto as obrigações no sistema social. Enfatizando uma idéia de escala, de média e de pesos e contrapesos, bem como pressupondo uma concepção "realista" de justiça distributiva, encarada com a repartição minimamente eqüitativa de vantagens, benefícios e prerrogativas, o julgamento em termos de equilíbrio acaba sendo sempre flexível e adaptável às mudanças sócio-econômicas ao longo da história. Como o que importa é a consecução da eqüidade possível e como

---

<sup>61</sup> Especificamente sobre este tópico, ver Michel Villey, *Philosophie du Droit*, Paris. Dalloz, 1975; e *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris. Dalloz, 1962; Georges Ripert. *A regra moral nas obrigações civis*, São Paulo, Forense, 1937; e Chaim Perelman, *Justice et Raison*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1972, "Cinq leçons sur la justice". in *Droit, Morale et Philosophie*, Paris, LGDJ, 1976

esta depende do equilíbrio “sociológico” entre grupos, comunidades, regiões etc., seus princípios básicos têm um caráter procedimental, jamais podendo ser definidos por critérios *a priori*.

O julgamento de uma determinada ação pressupõe, assim, um padrão ou um equivalente social para a mensuração dos múltiplos interesses coletivos em confronto e para a própria resolução dos diferentes antagonismos deles decorrentes. Ao se constituir em referência obrigatória para a orientação de práticas sociais, econômicas e políticas, as regras de julgamento oferecem critérios hermenêuticos atualizados e novos para a magistratura, permitindo-lhe subordinar-se à lei, mas reconhecendo, ao mesmo tempo, tanto os limites e os avanços legais no que se refere aos direitos de certos segmentos à redistribuição dos recursos materiais, quanto os efeitos muitas vezes disfuncionais e perversos causados por suas próprias sentenças. São critérios, portanto, que implicam uma “sociologização” da interpretação e aplicação das leis, na medida em que dão aos juízes modelos de “normas” que se reportam a uma “normalidade”, ou seja, ao que é considerado consentido, tolerável ou excessivo, admissível ou reprovável, consentido ou abusivo — enfim, ao que é aceito como “normal” pelos diversos segmentos da sociedade, sempre, evidentemente, dentro de determinadas bases de tolerância que podem variar segundo a mobilidade e a mutabilidade dos valores prevalecentes<sup>62</sup>.

### 9.3 — Dogmática jurídica e princípios gerais de direito

É preciso ficar suficientemente claro, no entanto, que as estratégias hermenêuticas fundadas nessas **regras de julgamento** em hipótese alguma prescindem da dogmática jurídica. Se é certo que permitem o ajustamento do discurso argumentativo e legitimador da magistratura à realidade econômica, social e política, é igualmente correto que, além do mencionado “dilema hamletiano”

---

<sup>62</sup> Decorre daí a importância da Sociologia como técnica auxiliar do jurista, na medida em que ela lhe permite apurar e balizar seus critérios hermenêuticos. A Sociologia, obviamente, não aponta o que é justo ou injusto, certo ou errado, mas alarga a visão do operador do direito, permitindo-lhe identificar o que é considerado tolerável e aceitável num dado contexto social.

que suscitam, elas também apresentam outro problema para a magistratura: o desafio de preservar os conceitos jurídicos do direito positivo num grau de abstração correspondente ao grau de complexidade alcançado pelas funções do sistema normativo vigente. É nesse fio de navalha que passa o caminho do Judiciário para recuperar sua legitimidade e reafirmar sua autoridade numa sociedade tão conflitiva e explosiva como a brasileira. A “sociologização” da interpretação e aplicação das leis é de fundamental importância, não há dúvida, mas há que se ter consciência, sempre, do “risco de se transformar ou ser reduzido a mero sociologismo, se for incapaz de forçar as estruturas dos conceitos dogmáticos num sentido amplamente funcional e relacional, isto é, político, e ser for impotente para abalar o potencial e inércia conceitual do direito; (...) o poder de crítica vem reconstruído no interior do sistema”<sup>63</sup>.

No âmbito de um Estado de Direito pleno, por isso mesmo, cuja legislação com propósitos compensatórios e protetores impõe obrigações ao setor público ao mesmo tempo em que também estabelece restrições à iniciativa privada, é absolutamente inconcebível que a magistratura possa desprezar, em sua função jurisdicional, os dispositivos dessa legislação e os próprios marcos normativos da Constituição. Como afirmou o conhecido e respeitado constitucionalista português Gomes Canotilho a uma platéia de magistrados brasileiros, apresentando-se como um “normativista pós-positivista”, lembrando que as novas concepções de direito (principalmente aquelas com objetivos “sociais”) não são mais lineares nem unidiretivas e afirmando que sua efetividade sempre está na dependência de um resultado pós-interpretativo construído a partir de uma argumentação razoável, “mal iria um sistema jurídico em que os juízes — ‘liberais’ ou ‘conservadores’, ‘ativistas’ ou ‘passivos’, ‘construtivistas’ ou ‘não construtivistas’ —

---

<sup>63</sup> Cf. Raffaele de Giorgi, “La formazione del giurista”, in *Politica del Diritto*, 1983, vol. XIV, nº 1, e Celso Campilongo, que trata especialmente desta questão em “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, José Eduardo Faria org. op. cit.

se automovimentassem desconhecendo a Constituição (e as demais leis, códigos e normas) como texto pré-interpretativo”<sup>64</sup>.

A chave para esse difícil equilíbrio entre as regras de julgamento e a dogmática jurídica, está, a meu ver, na retomada de um tema fundamental da teoria do direito, porém ultimamente esquecido pelos doutrinadores e desprezado nos meios acadêmicos: os princípios gerais de direito. Especialmente diante dos conflitos limite, cuja não-resolução põe em xeque a matriz organizacional do Estado e da sociedade, e para os quais as regras jurídicas não são unívocas, precisas, claras, mas polissêmicas, são esses princípios que tornam possível a ponte entre a dogmática jurídica e as regras de julgamento. Nas sociedades complexas, como é o caso da nossa, as normas ou são claras e, portanto, aplicáveis por completo, ou então não são aplicáveis em termos absolutos. É neste caso, justamente, que os princípios gerais de direito se revelam como um instrumento hermenêutico fundamental para a magistratura. Esses princípios, como é sabido, distinguem-se das normas jurídicas porque pressupõem a existência de outras regras positivas que a elas se referem; porque mostram como lidar com as regras sobre as quais versam; porque se revestem de uma neutralidade tópica, na medida em que podem ser aplicados a vários campos de direito; por que não exigem comportamentos específicos, mas objetivos a serem alcançados; porque não são aplicados dentro de uma lógica rigorosamente dicotômica, na base do legal/ilegal, permitido/proibido; e, finalmente, porque não têm validade, mas peso ou importância segundo a ótica do intérprete e a partir das especificidades do contexto social, econômico, político e cultural no qual ele está situado<sup>65</sup>.

A simples enumeração dessas características revela que os princípios gerais de direito, segundo a abordagem aqui adotada, não tem qualquer outro suporte além das próprias práticas do

---

<sup>64</sup> Os juizes, conclui J. Joaquim Gomes Canotilho, têm o dever de fazer cumprir os direitos e princípios constitucionais até ao ponto em que a execução deixe de ser útil para aqueles cujos direitos se supõe proteger. Sua conferência foi feita na abertura da Conferência Anual da Magistratura do Trabalho, realizada em Porto Alegre, em maio de 1994.

<sup>65</sup> Ver Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. op. cit; e *Law's Empire*. Cambridge, Harvard University Press, 1986.

direito positivo. Eles não são anteriores ou superiores à ordem jurídica vigente, não se referem a normas pré-existentes a qualquer lei e não se confundem com *topoi* éticos universais. Como não são intertemporais, sua maior virtude está no seu potencial reflexivo, o que os torna uma espécie de **direito do direito**. Por causa desse potencial reflexivo, os princípios gerais de direito constituem um recurso poderoso por meio do qual um ordenamento jurídico pode preservar sua identidade e sua estrutura sem, no entanto, deixar de ser sensível às mudanças. Por oferecer aos magistrados a reflexividade necessária para que possam avaliar as relações sociais, identificar os interesses coletivos em jogo e compreender os conflitos deles decorrentes, seu papel básico é assegurar a estabilidade da ordem jurídica; é propiciar a atualização e a homogeneização programática dos diferentes dispositivos dessa ordem, no momento de sua aplicação a casos concretos e do estabelecimento de uma jurisprudência; é equilibrar a temporalidade cada vez mais curta das fontes tradicionais do direito como uma temporalidade mais duradoura do sistema normativo. Como **direito do direito**, portanto, os princípios gerais de direito criam as condições para a "continuidade flexível" do sistema jurídico, na medida em que permitem a incorporação das mudanças sociais, políticas, econômicas e culturais mais relevantes, por via interpretativa, mantendo intocadas suas categorias normativas e seus procedimentos. Graças a eles, em suma, torna-se possível conjugar as regras de julgamento com a dogmática jurídica, abrindo caminho para um positivismo crítico, ou seja, "um positivismo que em si mesmo encontra as condições de sua própria crítica interna"<sup>66</sup>.

## 10 — Conclusão

Por mais teóricas que possam parecer, as discussões travadas ao longo destas páginas tanto sobre a relevância dos

---

<sup>66</sup> A expressão "direito do direito" é de François Ewald e foi por ele cunhada, desenvolvida e discutida em "Le droit du droit", in *Archives de Philosophie du Droit*. Paris. 1986. vol. 31; e "A concept of Social Law", op. cit. Ver também, Foucault, *a norma e o direito*, op. cit., 70-71 e 220-222. Ver, também, François Ost, "Jupiter, Hercule, Hermes: trois modèles du juge", in *La force du droit*, op. cit.

direitos sociais, das regras de julgamento e dos princípios gerais de direito numa sociedade complexa, contraditória e conflitiva, como é o caso da brasileira, quanto sobre as limitações impostas pelo fenômeno da globalização econômica ao direito positivo, reduzindo drasticamente o alcance da ordem jurídica nacional e levando ao aparecimento de inúmeros *loci* extrajudiciais de resolução de conflitos, possuem um enorme alcance prático. Se o Judiciário não compreender que seu futuro passa obrigatoriamente pelo entrelaçamento dos movimentos centrífugo e centrípeto representado pela inexorabilidade da globalização econômica e pela imperiosidade de consolidação dos direitos sociais, ele poderá até mudar, para tentar superar as crises de identidade, eficiência e legitimidade em que se encontra. No entanto, em que medida mudanças efetuadas sem o tipo de reflexão e sem a formulação de uma política judicial nos moldes aqui propostos não correm o risco de acabar sendo contraproduzidas? Como toda mudança institucional é sempre um processo que afeta uma determinada distribuição de poder, até que ponto não podem acabar acarretando conseqüências diametralmente contrárias àquelas imaginadas por seus integrantes — a submissão compulsória a um controle externo imposto pela aliança dos demais poderes na reforma constitucional, por exemplo; a dissensão ou fissura estamental da própria magistratura, em face de um eventual fortalecimento do Supremo Tribunal Federal às custas do esvaziamento das prerrogativas das demais instâncias e braços especializados da instituição<sup>67</sup>; ou,

---

<sup>67</sup> Essa fissura ficou evidente por ocasião da reunião constitucional, entre 1993 e 1994, quando o relator-geral, deputado Nelson Jobim, acolheu, endossou e defendeu as sugestões destinadas a centralizar as prerrogativas e critérios decisórios nos escalões superiores da magistratura e a reduzir significativamente as competências dos escalões inferiores. Das quase 1 500 propostas revisionais relativas às disposições gerais sobre o Judiciário, o relator escolheu as que propõem (1) a inclusão, no artigo 95 da Constituição, da expressão que submete os juizes à observância da lei e os declara responsáveis por seus atos (demonstrando o desejo de impedir a eventual substituição de critérios de racionalidade formal por critérios de racionalidade material); e (2) a inclusão de artigo facultando aos tribunais superiores a emissão de súmulas com efeito vinculante e força de lei (impondo uma uniformização compulsória da jurisprudência e abrindo caminho, assim, para adoção de mecanismos disciplinadores dos tribunais inferiores). Das 257 propostas revisionais sobre o STF, a relatoria acolhe as que (1) redefinem as esferas de jurisdição entre essa corte e o STJ, (2) determinam que as decisões de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal produzirão eficácia sobre as decisões dos demais órgãos do Judiciário, e (3) criam o "incidente de inconstitucionalidade", concedendo ao STF prerrogativa de apreciar diretamente controvérsias sobre constitucionalidade de leis ou atos normativos da administração pública nos casos de perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem e às finanças públicas. Das 368 propostas sobre os demais tribunais, a relatoria acolheu as que atribuem ao STJ competência para julgar ações com eficácia genérica, originariamente e em grau de recurso

então, a ampliação da já tão deteriorada imagem da instituição a disseminar a tese da sua “descartabilidade”?

Para concluir, e procurando não deixar essa indagação sem resposta, é importante lembrar o que afirma um dos mais respeitados analistas políticos a respeito das incertezas geradas pelas recentes mudanças ocorridas no mundo contemporâneo. O fato de a incerteza ser inerente aos regimes politicamente abertos não quer dizer que tudo seja possível, ou que nada seja previsível. Tais regimes, ao contrário do que pensam seus críticos, não são nem o caos nem a anarquia. Neles, a incerteza pode ter dois significados: os atores não sabem o que pode acontecer, sabem o que é possível, mas não o que é provável; ou, então, sabem o que é provável e possível, mas não o que vai acontecer. Os regimes politicamente abertos são incertos apenas no segundo sentido, diz

---

ordinário, possibilitando-lhe centralizar as ações civis públicas e as ações das entidades representativas contra a União (o que confere a esta corte enorme poder nos processos que assumem, por causa da coletividade difusa composta pelos representados e da subsequente eficácia genérica das decisões de mérito, um alcance mais amplo que o regional). Ao acolher propostas que aumentam significativamente o peso político dos tribunais superiores, especialmente do STF, fica evidente que o relator agiu com o propósito de conjugar a estrutura judicial do país com os imperativos da governabilidade, impedindo que os atos do Executivo Federal continuassem, como até hoje ocorre, freados, minados e comprometidos por sentenças dos escalões inferiores da magistratura tomadas a partir de casos muito específicos. Se por um lado é certo que seu relatório introduz um mínimo de racionalidade decisória no âmbito do Judiciário, por outro é igualmente correto que, ao disciplinar severamente os juizes através de súmulas vinculantes dos tribunais superiores, impondo-lhes o dever de obediência estrita sob pena de responsabilização administrativa, o relator (1) esvazia completamente a autonomia dos magistrados das instâncias inferiores, convertendo-os em simples amanuenses da Justiça, (2) ignora o potencial hermenêutico gerado pela “textura aberta” das leis e códigos de última geração, (3) impede a adequação de normas gerais às especificidades locais de um país com dimensões continentais, com enormes diferenças entre suas regiões sócio-econômicas, (4) fortalece excessivamente uma corte de apenas onze ministros imunes a controle de responsabilidade de seus atos e cujos sistemas de provimento de cargos permite a indicação de juristas impolutos, de políticos profissionais ou, até mesmo, de corretores imobiliários sem credibilidade, conhecimento técnico e bagagem cultural (muitos dos quais convertidos em quase-cúmplices de quem os nomeou), e (5) mina o equilíbrio entre os poderes ao acreditar “ingenuamente” numa convergência de interesses entre o STF e o Executivo Federal, esquecendo-se de que ambos trabalham com óticas, lógicas, ritmos e horizontes distintos — o primeiro, numa perspectiva basicamente estrutural, zelando pela intocabilidade e pela continuidade da ordem juridico-institucional; o segundo, numa perspectiva eminentemente conjuntural, obrigado a produzir resultados a curto prazo (o que leva à tendência de confundir as leis como mero instrumento de governo). É compreensível, portanto, a indignação manifestada pela Associação Brasileira dos Magistrados com relação ao relatório do deputado Nelson Jobim. Para uma análise das propostas revisionais, ver Cesar Caldeira. “Judiciário, um poder que continua a ser linda”. in *Monitor Público*. Rio de Janeiro. Conjunto Universitário Cândido Mendes, 1995, vol. 4, p. 44-52. Sobre os conflitos geracionais, ideológicos e políticos no âmbito da magistratura e sobre os riscos de uma relação muito próxima — e, por vezes, permissiva — das cúpulas judiciais com o Executivo, ver o texto clássico de Ezio Moriondo. “El sistema de valores y la organización profesional de los jueces italianos”, in *Sociologia del Derecho*. Vilhelm Aubert org., Caracas, Tiempo Nuevo, 1971.

ele<sup>68</sup>. Se suas palavras tiverem sentido, pode-se afirmar, parafraseando-o, que é impossível saber, no atual estágio da democracia brasileira, especialmente tendo em vista o debate em torno da reforma constitucional, que vai acontecer com o Judiciário caso esse poder não mude ou então, se mudar, não o faça a partir de uma política/programa-de-ação formulada em bases realistas. Mas é possível, e até certo ponto é bastante provável, que o Judiciário continue perdendo o monopólio em sua área de atuação e vendo encerrada a época em que seus integrantes podiam decidir, livre e soberanamente, os destinos da instituição.

---

<sup>68</sup> Cf. Adam Przeworski. *Democracia e Mercado*. Rio de Janeiro, Dumará, 1994. p. 28.