

A CRISE DO ESTADO E A CRISE DA JURISDIÇÃO: (IN) EFICIÊNCIA FACE À CONFLITUOSIDADE SOCIAL*

THE CRISIS OF THE STATE AND THE CRISIS OF JURISDICTION: (IN) EFFICIENCY TO FACE SOCIAL CONFLICT

*Fabiana Marion Spengler***

* O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado *Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz* financiado pelo CAPES/CNJ do qual é pesquisadora a autora.

** Pós-doutorada pela Università Roma Tre/Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS; mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS; docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da última instituição; docente da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ Coordenadora do Grupo de Estudos “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPQ; coordenadora do projeto de pesquisa “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPQ (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela FAPERGS (Edital Recém-Doutor 03/2009, processo 0901814); coordenadora do projeto de pesquisa: “Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos”, Edital FAPERGS nº 02/2011 – Programa Pesquisador Gaúcho (PqG), edição 2011; pesquisadora do projeto *Multidoor courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas) como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz* financiado pelo CNJ e pela CAPES; pesquisadora do projeto intitulado: “Direitos Humanos, Identidade e Mediação” financiado pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ; coordenadora e mediadora judicial junto ao projeto de extensão “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos”; advogada. Endereço eletrônico: <fabiana@unisc.br>. Currículo lattes: <<http://lattes.cnpq.br/8254613355102364>>. Blog: <<http://fabianamarionspengler.blogspot.com>>.

“Gentile cittadino,

Tutto quello che sappiamo di Lei è che non crede nella giustizia. Non conoscendola, ne ignoriamo le ragioni: possiamo immaginarle, ma senza certezze, perché molte, e contrastanti, sono le alternative possibili. Forse la Sua sfiducia deriva dal vedere intorno a sé uno scempio quotidiano e impunito di diritti e di legalità (reso ancor più acuto da immunità e condoni); o forse è deluso perché ha misurato (e misura) sulla Sua pelle i tempi e i costi di un processo farraginoso e incomprensibile, o si sente non tutelato e insicuro; forse, invece, hanno fatto breccia in Lei le martellanti campagne del presidente del Consiglio (...) e dei suoi media secondo cui i magistrati sono “un cancro da estirpare” e la giustizia un “campo di battaglia” dove si consumano scontri e vendette politiche; o forse più semplicemente, è infastidito dai personalismi e dalle polemiche che accompagnano ogni vicenda giudiziaria di rilievo. Comunque sia, Lei non ha fiducia nella giustizia...” (CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005. p. VII – prólogo).

Resumo: O Judiciário encontra-se no centro dos principais debates nas últimas décadas. Tais debates apontam para suas crises, das quais emerge a necessidade de reformas estruturais de caráter físico, pessoal e, principalmente, político. A crise se intensifica quando se observa o aumento das instâncias de caráter “privado” no tratamento de conflitos sociais e, paralelamente, a perda de espaço da atuação judicial/estatal como mediadora, o que se converte em risco para a democracia. O fomento dessas instâncias privadas acontece, principalmente, em função da crescente complexidade social apontada pelos novos papéis desempenhados que se refletem, por sua vez, na conformação de novas e inusitadas relações, cuja principal consequência é a multiplicação dos centros de poder. Nesse momento, é possível perceber a retração e o descompasso entre a função jurisdicional do Estado e a complexidade conflituosa atual. Surgida como meio de garantir a convivência harmônica e pacífica entre os indivíduos integrantes dos grupos sociais, a jurisdição (enquanto monopólio estatal de aplicação do Direito) aparece e mune-se de poder de coerção. Este fato afasta/deveria afastar, progressivamente, a justiça privada, considerada como garantia de execução pessoal do direito.

Palavras-chave: Crise do Estado; jurisdição; conflito.

Abstract: The Judiciary lies in the center of the main debates in the last decade. Such debates point to its crisis, which arise the need of physical, personal and mainly political structural character reforms. The crisis intensifies when observing the raise of the “private” character instances in the treatment of social conflicts and alongside, the lost of space in judicial/state acting as a mediator, what becomes a risk to democracy. The encouragement of these private instances happens mainly because of the growing social complexity, pointed by new roles developed that reflect, on the other hand, is shaping of new and unusual relations, which the main consequence is the multiplication of power centers. At this moment it is possible to see the retraction and the mismatch between functional jurisdiction of the State and its current conflictuous complexity. Emerged as a way to guarantee harmonic and pacific coexistence among the individuals members of the social groups, the jurisdiction (while state monopoly of law application) appears and provide itself of coercion power. This fact deviates/should deviate, progressively, private justice, considered as a guarantee of personal right execution.

Keywords: State crisis, jurisdiction, conflict

Introdução

O Judiciário encontra-se no centro dos principais debates nas últimas décadas. Tais debates apontam para suas crises, das quais emerge a necessidade de reformas estruturais de caráter físico, pessoal e, principalmente, político. A crise se intensifica quando se observa o aumento das instâncias de caráter “privado” no tratamento de conflitos sociais¹ e, paralelamente, a perda de espaço da atuação judicial/estatal como mediadora, o que se converte em risco para a

1 É importante ressaltar que a perda estatal do monopólio da jurisdição levou ao convívio, em uma mesma sociedade, de um espaço jurídico oficial e outro não-oficial, cuja importância é reconhecida pelos hipossuficientes que não têm possibilidade de acesso ao direito estatal.

democracia. O fomento dessas instâncias privadas acontece, principalmente, em função da crescente complexidade social apontada pelos novos papéis desempenhados que se refletem, por sua vez, na conformação de novas e inusitadas relações, cuja principal consequência é a multiplicação dos centros de poder. Nesse momento, é possível perceber a retração e o descompasso entre a função jurisdicional do Estado e a complexidade conflituosa atual. Surgida como meio de garantir a convivência harmônica e pacífica entre os indivíduos integrantes dos grupos sociais, a jurisdição (enquanto monopólio estatal de aplicação do Direito) aparece e mune-se de poder de coerção. Este fato afasta/deveria afastar, progressivamente, a justiça privada², considerada como garantia de execução pessoal do direito. É através da jurisdição que o Estado entra como um terceiro, substituindo as partes envolvidas, a fim de tratar o conflito, através do direito objetivo, de forma imparcial e neutra³.

Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são consequências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições, pois o Direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, assim o é porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são aplicadas pelo Judiciário.

Devido a essa assertiva é que se deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observando sua gravativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, sua fragilidade nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o Direito. Em decorrência das pressões centrífugas da desterritorialização da produção e da

2 “Oriunda da ausência de um poder central organizado, é geradora de intranquilidades comprometedoras do convívio social, afinal, nesses conflitos solucionados mediante a defesa privada, não há como saber-se quem realmente detinha a razão ou quem fora mais forte, mais astuto, no desenrolar da lide” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 58).

3 *Ibidem*, p. 58.

transnacionalização dos mercados, o Judiciário, enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submisso à lei, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente.

Em termos de jurisdição, os limites territoriais do Judiciário, até então organizados de modo preciso, tem seu alcance diminuído na mesma proporção que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações, dos transportes, e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de interação. Quanto maior a velocidade desse processo, mais o Judiciário é atravessado pelas justiça emergentes, nos espaços nacionais e internacionais, representadas por formas “inoficiais” de tratamento de conflitos. Em termos organizacionais, o Poder Judiciário foi estruturado para atuar sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada. Nestes termos, o tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é o real, isto é, o tempo da simultaneidade. Ainda, para o Judiciário faltam meios materiais de dispor de condições técnicas que tornem possível a compreensão, em termos de racionalidade subjetiva, dos litígios inerentes a contextos socioeconômicos cada vez mais complexos e transnacionalizados⁴.

Diante de tais circunstâncias, a jurisdição torna-se alvo de uma preocupação constante voltada para a compreensão da racionalidade instrumental de aplicação do direito e, especialmente, da estrutura funcional necessária para sua realização. Todavia, a estrutura funcional do Estado, que deveria possibilitar a realização da jurisdição, também se encontra em crise. É possível observar que as várias instâncias determinadoras da perda de centralidade e de atribuição do Estado, no momento de produzir ou de aplicar o Direito, traduzidas pela globalização e pela abertura de fronteiras, pela desre-

4 FÁRIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, set. 2001, p. 8-9.

gulação e pela *lex mercatória*, permitem espaço para o surgimento de instâncias alternativas de tratamento de conflitos, o que se dá em âmbito nacional e internacional. Nesse contexto, demonstrada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, tendem a se desenvolver procedimentos jurisdicionais alternativos, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar celeridade, informalização e pragmatividade.

Paralelamente, surgem novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los. São os direitos coletivos, individuais homogêneos e os difusos. Esses novos direitos produziram novos atores que determinaram a transferência do conflito da zona política para a jurisdicional. Então, as demandas sociais se tornam jurídicas e a consagração de novos direitos provoca um explosão de litigiosidade significativa (em termos qualitativos e quantitativos), realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitado de forma ampla.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo discutir a crise do Poder Judiciário como conseqüência da crise do Estado e suas relações com o Direito enquanto produtor/produto dessa mesma crise. Por conseguinte, a discussão estará calcada primeiramente na análise do processo histórico que levou a autonomização das esferas de valor que, ao serem racionalizadas segundo suas próprias leis, criam conflitos inconciliáveis entre si desencadeadores da crise. Tal crise evidenciou o esgotamento das potencialidades do projeto moderno apontando para a insuficiência do imaginário⁵

5 Aqui, não se pode deixar de mencionar as palavras de Cornelius Castoriadis: “aquilo que, a partir de 1964, denominei o imaginário social – termo retomado depois e utilizado um pouco a torto e a direito – e, mais genericamente o que denomino o imaginário, nada tem a ver com as representações que circulam correntemente sob esse título. Em particular, isso nada tem a ver com o que algumas correntes psicanalistas apresentam como “imaginário”: o “espetacular”, que, evidentemente, é apenas imagem *de* e imagem refletida, ou seja, *reflexo*, ou, em outras palavras ainda, subproduto da ontologia platônica (*eidolon*), ainda que os que utilizem o termo ignorem sua origem. O imaginário não é a partir da imagem do espelho ou no olhar do outro. O próprio “espelho”, e sua possibilidade e o outro como espelho são antes obras do imaginário, que é criação *ex nihilo*. Aqueles que falam de “imaginário” compreendendo por isso o “espetacular”, o reflexo ou o “fictício”, apenas repetem, e muito freqüentemente sem o saberem, a afirmação que os prendeu para sempre a um subsolo qualquer da famosa caverna: é necessário que (este mundo) seja imagem *de* alguma coisa. O imaginário de que falo não é imagem *de*. É criação incessante e essencialmente indeterminada (social-histórica e psíquica) de figuras/formas/imagens, a partir das quais somente

dos juristas em relação às exigências dos tempos contemporâneos, caracterizados por mudanças sociais significativas.

Portanto, a análise da crise pela qual passa o Poder Judiciário estará centrada em suas duas vertentes principais: a crise de eficiência e a crise de identidade e todos os reflexos a elas correlatos, principalmente o fato de que sua ocorrência está vinculada a um positivismo jurídico inflexível, o qual traz como consequência o “esmagamento” da justiça e a descrença do cidadão comum.

Contudo, a dificuldade do Estado de, por meio de seus poderes, disciplinar e regular as relações sociais mediante um ordenamento jurídico rígido e descolado da complexidade atual provoca a polêmica judicialização da política⁶. Um dos sintomas disso é a idealização do Judiciário e da figura do juiz para o qual se transferem todos os anseios e todas as expectativas dos mais diversos segmentos sociais. Dessa maneira, as dificuldades do Poder Judiciário de cumprir o seu papel não podem ser analisadas sem que se faça referência à crise científica e suas extensões econômicas e sociais, ou, ainda, à famosa crise de valores. Enquanto instituição monopolizadora da justiça, chamando para si a atribuição de dizer o direito ao caso concreto, o Judiciário assume uma função anacrônica que não condiz com a atual complexidade social hodierna, tornando-se alvo de uma grande indagação: ele pode ser descartado?

é possível falar-se de “alguma coisa”. Aquilo que denominamos “realidade” e “racionalidade” são seus produtos (CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução de Guy Reynaud. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 13). Sobre o imaginário social, é importante a leitura da REVISTA DO INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre. v. 1. n. 4. 2006.

- 6 Esse assunto também será objeto de análise, porém sem abordar o dualismo procedimentalismo/substancialismo nos moldes expostos por Luiz Werneck Viana e outros autores na obra “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, na qual os autores traçam um paralelo entre as concepções de Habermas/Garapon do eixo procedimentalista e Cappelletti/Dworkin do eixo substancialista. Portanto, a judicialização da política será abordada sem a inserção nesse contexto que, por si só, daria vazão a uma tese de doutorado tal é a profundidade e a densidade do tema. Como a judicialização da Política é analisada aqui apenas como um dos aspectos/consequência da crise de jurisdição, ela será analisada sem tal recorte temático. Nesse sentido, ver: VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; cunha, Manuel Palácios; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

1. O monopólio estatal da jurisdição e a crise: o surgimento de práticas diferenciadas e não estatais de tratamento de conflitos

Ao tomar para si o monopólio da jurisdição, determinando o Direito ao caso concreto de forma impositiva, o Estado pretende tratar o conflito através da aplicação do Direito positivo. Por conseguinte, a jurisdição aparece como uma atividade na qual o Estado substitui as partes num modelo baseado em princípios expressos na própria lei e universalmente reconhecidos⁷. No entanto, o monopólio da jurisdição deixa gradativamente de pertencer ao Estado, principalmente em função da crescente e complexa litigiosidade fomentada pelas contradições sociais, das quais a marginalização e a exclusão são conseqüências. Além do aumento considerável da litigiosidade, a burocracia estatal se agiganta, a produção legislativa acontece de modo desenfreado⁸ e, como conseqüência, as faculdades discricionárias⁹ dos juízes.

- 7 Princípio da investidura, que corresponde à idéia de que a jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de Juiz; Princípio da aderência ao território, que limita a autoridade dos Juízes à extensão do território do Estado, e mais especificamente à sua jurisdição; Princípio da indelegabilidade que, previsto constitucionalmente, perfaz a garantia da não-delegação de funções pelos poderes estatais, inclusive do Judiciário. (art. 6º parágrafo único, CF); Princípio da inevitabilidade, que implica a sujeição das partes ao Estado-juiz, uma vez que sendo a jurisdição a emanação da soberania, depois de evocada, se impõe por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto de acatamento dos resultados do procedimento; Princípio da indeclinabilidade, segundo o qual a todos é garantido o acesso ao Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo pedir a solução de um conflito, o *non liquet*, implicaria negação à jurisdição; Princípio do juiz natural, pelo artigo 5º, XXXVII e LIII, da CF, ninguém pode ser julgado senão por um juiz com competência jurisdicional previamente definida pelas normas processuais e de organização judiciária, impedindo a criação de juízos de exceção; Princípio da inércia, implica que a jurisdição só agirá quando provocada – *ne procedat iudex ex officio*; Princípio da unidade da jurisdição, que exprime o seu caráter uno e indivisível (BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).
- 8 Sobre o assunto é importante a leitura de MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez; PEDRÓN, Antonio Pau. *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Thomson Civitas/Colégio Libre de Eméritos, 2004. p. 15 et seq.
- 9 Il potere discrezionale del giudice nella maggior parte dei casi si rivela un mistero sia per il pubblico in senso lato, sia per la comunità dei giuristi, per i professori di diritto e persino per i giudici stessi... Ogni studio della natura della discrezionalità del giudice deve iniziare da una definizione del termine, compito non certo facile, in quanto esso presenta più di

Porém, o Poder Judiciário já desenvolveu (e ainda desenvolve) diversas funções, desde a preservação da propriedade privada, o asseguramento dos direitos fundamentais, a garantia das liberdades públicas, até a proteção dos cidadãos contra os abusos estatais. No pós-guerra, em pleno Estado Social, foi instrumento de implementação dos direitos sociais através do reconhecimento de políticas públicas de propósitos compensatórios e distributivistas. Atualmente, vê a sua atividade comprometida e sem solução de continuidade diante de um novo e incerto cenário no qual o Estado perde a sua autonomia decisória, deixando de ser o posto central de poder do qual emanam comportamentos, escolhas e decisões¹⁰.

Conseqüentemente, a prática judicial de formas diferenciadas e não estatais de tratamento de conflitos criou um pluralismo de fontes de produção/ordens normativa constituídas à margem da jurisdição convencional operando com justiças não-profissionais baseadas em critérios de racionalidade material, deflagrando, no Judiciário, uma crise de identidade funcional¹¹. Além da crise de

un significato, che tra l'altro varia a seconda dei contesti... Discrezionalità per me significa il potere, conferito ad una persona dotata di autorità di scegliere tra due o più alternative, ciascuna legittima... Tale definizione ipotizza, naturalmente, che il giudice non agisca in modo meccanico, ma valuti la situazione, rifletta, tragga impressioni, verifichi e studi gli elementi del problema (BARAK, Aharon. *La discrezionalità del Giudice*. Giuristi stranieri di oggi. Tradizioni da Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1995. p. 13-16).

- 10 Tal fato vem ilustrado pela substituição, gradativa, da política pelo mercado, ou seja, “por desconhecer limites de tempo e espaço, reduzir as fronteiras jurídicas e burocráticas, entre as nações, tornar os capitais financeiros imunes a fiscalizações governamentais, fragmentar as atividades produtivas em distintos países, regiões e continentes e reduzir a sociedade a um conjunto de grupos e mercados unidos em rede, a transnacionalização dos mercados de bens, serviços e finanças levou a política a ser substituída pelo mercado como instância máxima de regulação social. (...). Acima de tudo, ao gerar formas de poder e influência novas e autônomas, ela também pôs em xeque a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicas do Estado moderno, baseadas nos princípios da soberania e da territorialidade, no equilíbrio dos poderes, na distinção entre o público e o privado e na concepção do direito positivo como um sistema lógico-formal de normas abstratas, genéricas, claras e precisas (FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, set. 2001. p. 08).
- 11 A crise funcional da jurisdição desemboca na desregulamentação e na deslegalização que nem mesmo no Legislativo encontram barreiras, uma vez que “quanto mais os legisladores tentam planejar, controlar, dirigir menos conseguem ser eficazes e obter resultados satisfatórios”. Assim, não resta ao Legislativo outra alternativa para preservar sua autoridade funcional: “quanto menos tentarem disciplinar e intervir, menor será o risco de se-

identidade funcional, a crise do Poder Judiciário pode ser identificada, ainda, como uma crise de identidade e de eficiência. Enquanto crise de identidade, pode-se vislumbrá-la por um certo embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e espaço. Não se pode perder de vista, também, que o aparato judicial, para tratar os conflitos atuais, serve-se de instrumentos e códigos muitas vezes ultrapassados, ainda que formalmente em vigor, com acanhado alcance e eficácia reduzida¹². Tal eficácia e alcance muitas vezes atingem somente os conflitos interindividuais, não extrapolando o domínio privado das partes, encontrando dificuldades quando instado a tratar de direitos coletivos ou difusos¹³.

Intimamente ligada à crise de identidade encontra-se a crise de eficiência, uma vez que, impossibilitado de responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa diante da qual se depara,

rem desmoralizados pela inefetividade de seu instrumental regulatório”. A consequência é nefasta: parte significativa dos direitos nacionais vem sendo internacionalizada e outra parte esvaziada pelo crescimento de normas “privadas”. Desse modo, a desregulamentação e a deslegalização do Estado-nação significam a re-regulamentação e a relegalização em termos de sociedade, mais precisamente, das organizações privadas. (FARIA, op. cit., p. 11-12).

- 12 Nesse sentido, a crise do Judiciário também influencia e é influenciada pela crise do modelo (modo de produção de Direito) que se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal e processual civil, etc). Esse é o paradigma dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 35).
- 13 Na presente discussão, não se pode deixar de mencionar a dicotomia entre justiça corretiva e distributiva, de origem aristotélica (que perpassa a obra de São Tomás de Aquino), assinalando sua presença constante na prática política das democracias liberais do século XX: “aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo de ‘acordo com o mérito de cada uma’...a espécie restante é a corretiva, que tanto se manifesta nas relações voluntárias quanto nas involuntárias. Esta forma do justo tem um caráter diferente da primeira, pois a justiça na distribuição dos bens públicos é sempre conforme a espécie de proporção mencionada acima (ARISTÓTELES. *Aristóteles, vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores). p. 199 et seq.). Partindo da obra de Aristóteles, é possível observar que a justiça distributiva se identifica, atualmente, mais com os anseios sociais, escapando à esfera do domínio privado das partes, enquanto que a justiça corretiva encontra-se especificamente ligada à possibilidade de receber reparação diante de um ato ofensivo, possuindo como escopo reabilitar o equilíbrio abalado mediante uma indenização ou infligindo uma punição ao culpado.

o Judiciário sucumbe perante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas. Evidencia-se, então, o “flagrante descompasso entre a procura e a oferta de serviços judiciais, em termos tanto qualitativos quanto quantitativos”¹⁴. Esse descompasso entre a oferta e a procura gera uma frustração geral, decorrente da morosidade e da pouca eficiência dos serviços judiciais, quando não da sua simples negação aos segmentos desfavorecidos da população, que ainda precisam lidar com a diferença entre a singela concepção de justiça que possuem e a complexidade burocrático/formal dos ritos processuais¹⁵. A conjugação dessas duas circunstâncias acaba provocando o desprezo e o descrédito do cidadão comum pela justiça, afastando-o muitas vezes.

Essa descrença na justiça se dá não só pela distância entre o cidadão comum, os ritos e a linguagem que envolvem os processos judiciais¹⁶, mas também pelo tempo percorrido por cada procedimento (tradicionalmente longo), pela inadequação das decisões vertidas frente à complexidade dos litígios, e pela impossibilidade

14 FARIA, José Eduardo. *O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 11.

15 Por isso, uma das formas de possibilitar o acesso à justiça, aproximando o cidadão de seus ritos, passa pela necessidade dos “juristas reconhecerem que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 13).

16 Andiamo, dunque, con ordine, mettendoci nei panni del cittadino che entra in un palazzo o in un'aula di giustizia. La prima sensazione, in genere, è di avere a che fare con un sistema scarsamente comprensibile: con una macchina che gira per lo più vuoto (spesso provocando interminabili e incomprensibili perdite di tempo a chi ne è coinvolto), ma che può anche stritolare chi non sa – o non ha i mezzi per difendersi. Non è sempre così: ci sono isole felici in cui il primo impatto è positivo; e, in ogni caso, le difficoltà di accesso e di orientamento (anche sotto il profilo logistico o delle semplici informazioni) non preludono necessariamente a un *inter* processuale insoddisfacente. Ma, di regola, è questo l'inizio dell'avventura del cittadino (persona offesa o imputato, testimone o parte di un processo civile) che si affaccia in un tribunale. Ciò genera, inevitabilmente, un senso di approfonda inquietudine. Il passo verso la sfiducia non è automatico, ma certo a tale esito concorrono i tempi lunghi che il processo successivamente assume (CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005. p. 11-12).

de seu cumprimento¹⁷. O que verifica, então, é a desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social, distanciando-se a lei (e, por conseguinte, sua interpretação e sua aplicação) da sociedade na qual se encontra inserida, não correspondendo, assim, à expectativa de tratamento adequado aos conflitos.

No mesmo contexto, a crise de eficiência da jurisdição é consequência de outros pontos de ruptura: primeiramente, uma crise estrutural, traduzida pelas dificuldades quanto à infra-estrutura de instalações, de pessoal, de equipamentos, de custos¹⁸; posteriormente, pode-se verificar uma crise objetiva, especialmente relacionada à linguagem técnico-formal utilizada nos procedimentos e rituais forenses, a burocratização, a lentidão dos procedimentos e o acúmulo de demandas. Ainda, a crise subjetiva ou tecnológica se verifica ante a incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais¹⁹ de lidarem com novas realidades fáticas que exigem não só reformulações legais, mas também a mudança cultural e de mentalidade, especialmente quanto ao mecanismo lógico-formal que já não atende – se

17 É interessante reforçar que o distanciamento e a descrença do cidadão comum pela jurisdição se dão não só quanto aos seus aspectos quantitativos (velocidade da prestação judicial), mas também nos seus aspectos qualitativos (por exemplo, o problema da discricionariedade judicial). O problema reside, também, na forma como o juiz decide e não só na celeridade de sua decisão.

18 Esses custos podem ser traduzidos não só pelos valores despendidos nas custas processuais, nos honorários de perito ou advocatício, mas também por aqueles custos denominados diferidos que se refletem no prolongamento excessivo da demanda e que possuem maiores reflexos junto a camada hipossuficiente: “em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma declaração exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ele aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito” (CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 20).

19 Essa incapacidade é resultado de um positivismo/racionalista exacerbado que determina, por parte dos operadores jurídicos, um a visão do direito como uma ciência jurídica altamente sistemática e cartesiana, de onde se reconhece um grande “interese por las definiciones y las clasificaciones”. Tudo isso porque um “gran esfuerzo de erudición se ha encaminado hacia el desarrollo y clases que luego se enseñan de una manera más bien mecánica e acrítica. La pretensión de la ciencia jurídica en el sentido de que deriva conceptos y clases del estudio de los datos jurídicos por un lado, y por el otro, la naturaleza del proceso de educación jurídica generalmente autoritaria y acrítica, tienden a producir la convicción de que las definiciones de conceptos y clases expresan la verdad científica. Una definición no se ve como algo convencional, válido solo mientras es útil; se convierte en una verdad, es la encarnación de la realidad (MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. p. 113).

é que algum dia atendeu – às respostas buscadas para os conflitos contemporâneos. Por fim, vem a crise paradigmática, que diz respeito aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para buscar o tratamento pacífico dos conflitos partindo da atuação prática do direito aplicável ao caso *sub judice*²⁰.

Permeada por todos estes pontos de ruptura, a crise de identidade aponta para outros três grandes problemas que, mesmo em menor escala, influenciam também a crise de eficiência e que podem, primeiramente, ser resumidos a uma desconexão entre a realidade social, econômica e cultural da qual são advindos os conflitos e a realidade legal obsoleta e ultrapassada. Por outro lado, a legislação mais moderna²¹ (assim considerada porque editada a partir de concepções contemporâneas do Direito), aptas a lidar não só com conflitos individuais mas também coletivos, que envolvem questões de natureza distributiva ou social, esbarram numa cultura profissional dos operadores do Direito que sofre de um excessivo individualismo e formalismo. 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 nem sempre consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas nas quais 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 processo²².

20 BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 79. Nesse sentido ver também BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 03 et seq.

21 No Brasil, poderíamos exemplificar citando o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

22 FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, set. 2001. p. 14-15.

Assim, a capacidade do Poder Judiciário de absorver e decidir conflitos, estando intimamente vinculada à sua maior ou menor sensibilidade a mudanças sociais, pode ser equacionada partindo de dois dados fundamentais: a profundidade das mencionadas mudanças projetadas pelos conflitos e a velocidade em que se processam na esfera social. É nesse sentido que o Judiciário (enquanto sistema) depende do próprio reconhecimento do meio social quanto à sua eficiência, a qual é medida através da sua capacidade (em termos estruturais e temporais) de absorver e tratar conflitos. A perda dessa capacidade contribui para fragilizar o papel judicial institucional e até mesmo político²³. A dúvida que se instala é quanto ao futuro do Poder Judiciário: está ele propenso a desaparecer?

2. A fragilidade do papel jurisdicional do Estado: o Poder Judiciário é descartável?

A distância entre a função latente ou real do Judiciário e as demandas sociais gera o que, na concepção de Zaffaroni²⁴, se chamam “reclamações” e que se orientam em três aspectos: na concretização de demandas constantes no papel atribuído ao Judiciário, determinando quais delas são razoáveis e quais constituem escaramuças políticas de deslocamento de conflitos sem solução, ou seja, definir de modo não ingênuo os limites da sua função manifesta; depois, estabelecer os possíveis modelos de reformas estruturais, particularmente quanto ao organismo dirigente, à seleção e à distribuição orgânica, que permitam dotar de idoneidade o Judiciário para que possa cumprir com as suas funções manifestas, revertendo o que emocionalmente costuma se chamar de “crise do Judiciário”. Essas

23 BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2001. p. 91.

24 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 3- 4.

reclamações são causa e conseqüência da crise e apontam, de modo contundente, para a situação de descrença e de descartabilidade na qual se encontra inserida a jurisdição.

É certo que o Poder Judiciário vem tentando agir e reagir de modo a neutralizar a crise que o assola, buscando meios de vencê-la. Mas seu futuro dependerá do seu comportamento frente a quatro importantes e polêmicas áreas de atuação: a primeira, conseqüência social da globalização econômica, especialmente quanto aos excluídos economicamente que perdem, progressivamente, as condições materiais para exercer seus direitos básicos, mas que nem por isso são dispensados das obrigações e deveres estabelecidos pela legislação, principalmente a penal. A segunda diz respeito à relativização da soberania, com o advento da globalização econômica. Quanto mais cambiante se tornou o cenário, mais o Judiciário se transformava no centro das discussões políticas, assumindo papel de gestor de conflitos, o que incentiva suas dificuldades para decidir. Esse fenômeno foi batizado de “tribunalização” ou “judicialização da política”²⁵.

Num terceiro momento, se evidencia a importância que assume a certeza jurídica quanto ao tratamento de conflitos para o investidor estrangeiro que necessita de tribunais com eficiência e previsão, capazes de compensar, em termos econômicos e de segurança jurídica, a rejeição de outras formas de administração dos litígios. Assim, tribunais lentos, ineptos e, por conseguinte, caros, incapazes de fixar uma jurisprudência uniforme e tomar decisões previsíveis, acabam induzindo ao tratamento de conflitos extrajurisdicionais e gerando custos adicionais que são, inexoravelmente, transferidos no preço dos empréstimos por meio de taxas de risco. Por isso, a decisão de investir ou de liberar créditos tem relação com a segurança que os investidores internacionais sentem nos encaminhamentos e na resolução de eventuais problemas envolvendo seus recursos ou os tomadores de empréstimo. Finalmente, a quarta área de atuação diz respeito aos tradicionais problemas da justiça “corretiva” ou “re-

25 FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para a discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Ajuris: 2005. p. 41-42.

tributiva” e de acesso aos tribunais. Na tentativa de se transformar organizacionalmente, a justiça se “desoficializou” por meios de julgados de negociação e conciliação enquanto mecanismos alternativos de tratamento dos conflitos sociais²⁶.

Esses “mecanismos alternativos” (arbitragem, conciliação, mediação...) podem ser estratégias utilizadas para tratar os conflitos sociais e interindividuais, salientando que é o próprio modelo conflitual de jurisdição que precisa ser revisto. Atualmente, ele se caracteriza pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, no qual um terceiro, neutro e imparcial, representado pelo Estado, é chamado a dizer a quem pertence o Direito. Esse modelo é posto em xeque fazendo com que a possibilidade de repensar a jurisdição readquira consistência, partindo da idéia do consenso e da jurisconstrução²⁷, sem a intermediação de um terceiro entre as partes, conforme o modelo atual, de caráter triádico, no qual uma pessoa alheia intervém impondo uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito²⁸.

De fato, apesar das crises, o Judiciário ainda possui o papel de protagonista no tratamento de litígios, subordinando-se à lei e dela retirando a sua existência e a sua legitimidade. Por conseguinte, os vínculos jurídicos/estatais podem ser expostos através da análise da complexidade crescente das relações e das estruturas sociais e políticas, que tem por berço as especializações promovidas pela industrialização. Estas especializações estão cimentadas entre si de maneira ainda precária e a isto se chama integração social fraca. Por outro lado, a ambigüidade de tal complexidade deriva da hierarquização e sobretudo da divisão de classes. Ainda, a expansão de instrumentos de controle social de caráter não jurídico, dentre eles os de tecnologia, de controle informal e de meios de comunicação de

26 Ibidem, p. 43-44.

27 Sobre o tema é importante a leitura de BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, especialmente pgs. 105 e seguintes.

28 BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 06-07.

massa, redundam na necessidade de reorganização da justiça que vai além do simples reaparelhamento estatal, passando pela participação popular na sua administração, na abertura do Judiciário, a formas legítimas e razoáveis de democratização, revendo o papel dos operadores do Direito.

Entretanto, não se pode falar do Poder Judiciário como uma instituição descartável. De fato, ele passa por uma crise que também é a crise do Estado e do Direito, mas não pode ser dispensado²⁹. Novas estratégias de atuação da função jurisdicional precisam ser criadas para que o cidadão volte a crer na justiça, existindo, para tanto, algumas razões importantes: a primeira é a de que uma sociedade complexa não pode dispensar um sistema de regras e, conseqüentemente, uma jurisdição que garanta o seu respeito ou sanção (nos casos de infração). Além disso, renunciar à justiça não é possível sob pena de uma outra vez se ver instalada a guerra de todos contra todos no mais típico estado de natureza. Frente às dificuldades de funcionamento do Judiciário, o que se pretende é diminuir a atuação do mesmo justamente visando autonomizar os cidadãos envolvidos na contenda a ponto de eles alcançarem o consenso “jurisconstruindo” o tratamento do conflito.

Na busca de tratamento da maioria dos conflitos, ocorre a demanda processual, na qual os dois lados na batalha podem vencer ou perder, mas não podem e/ou não querem desistir do confronto. Entretanto, resolver o conflito judicialmente significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem

29 A mesma crise que enfrenta o Direito e o Judiciário brasileiros é a crise que atravessam muitos países da Europa, dentre eles a Itália, e nem por isso o Judiciário lá, como aqui, tornou-se uma instituição descartável. Nesse sentido: Anzitutto, la situazione della giustizia civile italiana presenta un tasso di concentrazione delle controversie avanti al giudice ordinario assai superiore a quello degli altri paesi, anche dell'Europa continentale [...] Di altra natura sono i problemi connessi con la struttura burocratica dell'amministrazione della giustizia e col sistema di reclutamento dei magistrati. Detto in stretta sintesi, questo sistema si traduce nell'affidamento delle cause in primo grado prevalentemente a magistrati che si trovano nella fase iniziale della carriera, e quindi in età media intorno ai trenta-trentacinque anni, poiché il progredire nella carriera stessa significa il passaggio alle funzioni di giudice di appello prima e giudice di cassazione poi.[...] Non si tratta, ovviamente, di un problema di riguardi soltanto il giudizio di primo grado. Di autorevolezza manca la giustizia d'appello e manca – ciò che per aspetti è più grave – la giustizia di cassazione (DENTI, Vittorio. Riflessioni sulla crisi della giustizia civile. In: TREVES, Renato. *Crisi dello Stato e sociologia del diritto*. Milano: Franco Angeli, 1987. p. 66-68).

perde³⁰. É nesse sentido a afirmativa de que, quando se vai ao juiz, se perde a face, uma vez que, imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força³¹. Nesse sentido, discute-se o papel do juiz atual e as suas implicações político-interpretativas, conforme o que se poderá avistar adiante.

3. A transformação da função jurisdicional: a “cena”³² judiciária e a política como ator principal

A transformação da função jurisdicional do Estado tem início com as pressões centrífugas resultantes das inovações tecnológicas, dos novos paradigmas industriais, da transnacionalização dos mercados (e dos direitos) e da legislação dos direitos sociais (nascidos, principalmente, a partir do Estado Social de Direito). Tal fato se dá mediante a necessidade do Estado de superar os limites de suas funções tradicionais de proteção e de repressão para oferecer ao cidadão o controle social por meio da *promoção* de direitos que já não são apenas individuais, mas sociais. A proteção desses novos direi-

30 É nesse viés que Eligio Resta discute “la malattia del terzo” afirmando que “il sovrano nasce come il terzo che pacifichi i duellanti nella politica moderna; nel diritto la sapienza secolare del conflitto tra due contendenti affida tutto alle “parole” del giudice (dire il diritto è competenza e virtù che ne indicano il singolare potere). Non è l’unico modo di fermare il conflitto, ma è quello che il sistema sociale ha costruito (la parola è corretta) per dare risposta dentro se stesso al problema che sempre in se stesso si produceva” (RESTA, Eligio. *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli Editore, 1996. p. 333).

31 FERRARI, V. *Lienamenti de sociologia del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1997. v. 1.

32 Essa expressão foi utilizada para se referir ao Judiciário e ao conjunto de seus procedimentos por Antoine Garapon: “A justiça, efetivamente, é antes de tudo uma *cena*. Tão longe quanto vai nossa memória, vemo-la associada a um espaço circunscrito, atemporal, a um debate e à figura de um terceiro. Esta cena oferece um reservatório inesgotável de imagens e de sentidos, no qual uma democracia representa-se nos dois sentidos do termo, o de se compreender e o de se colocar em cena. Os processos circunscrevem novos compromissos, colocam problemas sociais, tornam visíveis categorias da população, abraçam esperanças, apontam os inimigos e fixam a angústia”. É na representação desse mesmo sentido que a expressão é utilizada na denominação do presente subitem (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 48).

tos requer a ação estatal no sentido de financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, promovendo, ao final, programas sociais que têm por fundamento esses direitos e as expectativas por eles legitimadas. As dificuldades se apresentam frente a um Poder Judiciário de estrutura fortemente hierarquizada, orientada por uma lógica legal-racional e obrigada por uma rígida e linear submissão à lei. Instala-se o desafio no sentido de alargar os horizontes da jurisdição para, modernizando suas estruturas e seus procedimentos (administrativos e funcionais), lidar com os novos direitos, *promovendo-os*, objetivando sobreviver como um poder autônomo e independente.

Assim, a crise do Estado, cujos reflexos atingem o Judiciário, evidencia a falta de respostas plausíveis, por parte das instituições estatais, frente às expectativas geradas não só pela criação de novos direitos, mas também perante a realidade econômica e social na qual os conflitos estão inseridos. A exigência de uma ação estatal prolongada no tempo, que se oriente pelo presente e pelo futuro, diversa daquela até então realizada (cujo viés principal era o passado), promove a indeterminação e a indefinição geradoras da incerteza, aproximando o tempo do Estado ao tempo do mercado³³.

A indeterminação e a indefinição, que enfraquecem a certeza jurídica (pressuposto basilar do Estado Liberal), repercutem nas relações entre os poderes, uma vez que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exige o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da “certeza jurídica”. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de “legislador implícito”³⁴.

33 Esse descrédito da lei deve-se principalmente à sua forma: a lei parece anacrônica no limiar do “mundo tecnológico”: não se pode mais dela admitir um espírito abstrato, rígido, uniforme, que condena a um direito doutrinário, afastado da realidade. A inflação de leis que nem sempre têm conteúdo normativo e a manipulação de textos de editais de espírito volátil acabam por constituir um estoque normativo dificilmente controlável e gerador de efeitos perversos. Aí reside uma das causas do decréscimo da regra – lei descartável não é lei respeitada – e um risco de “quebra” jurídica (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 40).

34 VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 21.

O papel de “legislador” atribuído ao Judiciário dá início a um processo que atualmente é chamado de “judicialização da política”. Para outros, faz parte de um “ativismo judicial”, cuja causa é a expansão do poder judicial tanto em países centrais, como periféricos, motivada pelo fenômeno de normatização de direitos (especialmente aqueles de natureza difusa ou coletiva), das transições pós-autoritárias e da edição de constituições democráticas (cuja preocupação presente é o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito, dentre elas a magistratura e o ministério público), das investigações voltadas para a elucidação de casos de corrupção a envolver a classe política, das discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional (Tribunal Internacional Penal, por exemplo), e, finalmente, da emergência de discursos acadêmicos e doutrinários vinculados à cultura jurídica, que percebem a expansão do poder judicial como reforço da lógica democrática³⁵.

Conforme Antonie Garapon, o cerne da evolução que determina a migração do centro de gravidade da democracia para um lugar mais externo se encontra na desnacionalização do Direito e na exaustão da soberania parlamentar. A judicialização da vida pública comprova esse deslocamento: é a partir dos métodos da justiça que nossa época reconhece uma ação coletiva justa. A justiça, aliás, tem fornecido à democracia seu novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação, etc. O juiz – e a constelação de representações que gravita à sua volta – proporciona à democracia imagens capazes de dar corpo a uma nova ética da deliberação coletiva. Isso explica por que o Estado se desfez de algumas de suas prerrogativas sobre instâncias quase jurisdicionais, como o são as autoridades administrativas independentes. Por que essas questões seriam mais bem apreciadas por quase-jurisdições do que pelo próprio Estado? Talvez porque, sendo hoje uma instância neutra e imparcial, a transparência e a regularidade processual parecem, então, mais legítimas que o exer-

35 Nesse sentido, ver: GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Madrid: Taurus, 1999. CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003. p. 18.

cício solitário de uma vontade política... A justiça passa a encarnar, assim, o espaço público neutro, o Direito, a referência da ação política, e o juiz, o espírito público desinteressado³⁶.

No entanto, não se pode discutir a judicialização da política³⁷ sem mencionar a teoria da colaboração/separação de funções, lembrando que ela foi elaborada justamente com o objetivo de evitar abuso de poder por parte daquele que o detivesse de modo absoluto³⁸.

36 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 48.

37 Aqui, é importante que se faça a distinção entre as expressões “judicialização da política” e “politização do Judiciário”. A primeira diz respeito à judicialização da política e das relações sociais através da concepção do Poder Judiciário como mais um estuário para as insatisfações existentes com o ativismo legislativo do Executivo, sendo convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como guardião de valores fundamentais (VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 11). Ainda, como bem esclarece Ferrari: “In sintesi, nel generale clima di delegittimazione e di incertezza del diritto, la lotta politica si svolge ancora, soprattutto, sul piano dell’azione giudiziaria” (FERRARI, Vincenzo. *Sistemi giudiziari in perenne crisi. Riflessioni sul caso italiano*. In: MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 237). No segundo caso, a propalada “politização do Judiciário” significa, para Zaffaroni, a gradual aproximação entre o político e o judicial, salientando que, para alguns, essa proximidade significa arbitrariedade, porque o juiz se afasta, decididamente, da solução normativa e decide conforme sua própria solução política. No entanto, chama a atenção para o fato de que não é possível “politizar” o exercício de um poder público que já é essencialmente político, mas será possível “partidarizá-lo” ou, o que dá no mesmo, “parcializá-lo”, com o que se lhe subtrai a jurisdição porque se lhe priva do pressuposto da imparcialidade. Submeter juizes às diretrizes de um partido político, de uma corporação econômica, de qualquer grupo de poder, importa, definitivamente, cancelar sua “jurisdição” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juares Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 95).

Nesse contexto, importa salientar que será abordado no presente texto apenas a “judicialização da política”, uma vez que a discussão sobre a “politização ou partidarização do Judiciário” não diz respeito ao objeto principal do mesmo.

38 La divisione dei poteri non risponde però solo all’esigenza di assicurare che il potere sia ripartito tra centri diversi per composizione sociale... il principio viene adottato con particolare rigore come metodo per frenare il potere e obbligare ogni organo ad agire ricercando l’assenso dell’altro... Che la divisione dei poteri sia una strutture portanti dello stato di diritto è fuori discussione. Ma il suo significato attuale ha perso ogni legame con l’obiettivo originale, con l’esigenza di smembrare il Leviatano... e ripartire l’incontrollabile potenza tra soggetti diversi per estrazione sociale e titolo di legittimazione... Allo Stato, oggi, si chiede semmai di potenziare le sue prestazioni, sia quelle più antiche, legate alla sicurezza dei cittadini e dei loro beni (la sicurezza del traffico automobilistico o dei prodotti alimentari, modernizzazione dei vecchi compiti), sia quelle più recenti, legate allo Stato sociale. Ma l’efficienza dello Stato nel produrre prestazioni mal si concilia con la divisione dei poteri e chiede, piuttosto il loro coordinamento (BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto*. Come imporre regole al potere. Bologna: Mulino, 2004. p. 17 e 69).

Assim, a colaboração de funções determinava que o poder distribuído entre órgãos estatais significava a capacidade de se autogerir de forma autônoma com relação aos demais, não existindo nenhuma vedação à possibilidade de controles recíprocos, nem mesmo a compartimentalização de tais poderes apontando para a hipótese de “três governos”. Por isso, resta impropriamente utilizada a expressão “divisão de poderes”. Entretanto, esquecendo que a intenção era apenas evitar a concentração de poder, pontencializa-se essa concentração com respeito ao Judiciário mediante negação de que seja um “poder”³⁹, preferindo-se falar de função judiciária, postulando-se a substituição de sua denominação por “serviço judiciário”, e ainda por outra de “administração da justiça”. Mas se o Judiciário é ou não um poder, isso sempre dependerá do que se entenda por “poder”⁴⁰.

Desse modo, discutindo as tarefas específicas do Poder Judiciário, avista-se o controle constitucional, o autogoverno e aquela (mais conhecida) que diz respeito ao tratamento de conflitos. Essa última se avulta cotidianamente, sendo acrescida qualitativa e quantitativamente por causa de um fenômeno atualmente chamado de “explosão de litigiosidade”, e que determina muito mais do que uma

39 O Judiciário é ou não um poder? Se nos colocarmos do ponto de vista estritamente jurídico, pode haver alguns embaraços: o Judiciário é subordinado apenas à lei, costuma-se dizer. Se fixamos a idéia de que a soberania pertence ao povo e é exercida por seus representantes, surge a figura do parlamento como órgão da soberania. O Judiciário, não sendo composto de representantes do povo, mas de funcionários sujeitos à lei (e não aos eleitores), não participaria, propriamente do poder soberano do Estado. A França, que deu ao mundo o gênio Montesquieu, o pensador por ontomáquia da tripartição dos poderes do Estado, deu-nos também um modelo de Estado fundado sobre a soberania da representação popular, no qual o Judiciário não é um *poder*, mas um corpo de funcionários especiais, sem soberania. De qualquer modo, o Judiciário é um órgão do Estado, e não um órgão acima do Estado, embora possa às vezes parecer acima dos outros poderes (LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do judiciário. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça*. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989. p. 124).

40 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário. Crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. p. 83-84. Por isso, o autor refere que utiliza, indistintamente, as expressões “Judiciário” e “Poder Judiciário”. Na presente tese, se acatará o posicionamento do autor: “continuaremos assim falando de ‘judiciário’ e de ‘poder judiciário’, basicamente por duas razões: primeiramente, porque é a denominação mais tradicional; a segunda, porque freqüentemente se tem tentado substituir essa denominação, com clara intenção de debilitar a sua independência e subtrair-lhe poder, justificando de maneira solapada, entre outras coisas, a indevida assunção de funções judiciárias por parte de órgãos administrativos”.

simples ampliação objetiva das funções judiciais com o aumento do poder da interpretação, mas também a crescente disposição para litigar, ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador. “Acompanha essa evolução uma representação de justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”⁴¹.

Ocorre então o que contemporaneamente se denomina de “invasão da política e da sociedade pelo direito”⁴², tornando-se perceptível que as instituições jurídicas e o Poder Judiciário foram chamados para ocupar um vazio provocado pelo desmantelamento dos vínculos sociais contemporâneos e pela atuação do Estado Social, o qual suprimiu as possibilidades de participação política, esgotando e determinando o declínio da cidadania ativa. Assim, a libido da sociedade se desloca da chefia do aparato Executivo para a cúpula do Judiciário, e a Justiça, função estatal, aparece como “instituição” social que decide acerca do real emprego dos recursos psíquicos de força por parte do Estado. Desse modo, o Poder Judiciário se agiganta e o juiz e a lei tornam-se derradeiras referências de esperança para indivíduos excluídos ou socialmente perdidos. Resta entorpecida a capacidade democrática da sociedade, o que aumenta o desprestígio da política e das alternativas democráticas de produção e aplicação do direito⁴³.

41 MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*. n. 58, nov., 2000, frequência quadrimestral. p. 185.

42 Esse fenômeno de invasão da política e da sociedade pelo direito é avistado em vários países, inclusive europeus, assim: Il conflitto di cui ho cercato di descrivere [...], rappresenta qualcosa di fundamentalmente nuovo nella vita politica italiana, giacché come ho accennato sopra, sino all'inizio degli anni ottanta, potere politico e potere giudiziario, seppure protagonisti di ricorrenti polemiche, hanno sempre trovato in passato la via di un *appeasement* soddisfacente per tutte le parti. Non solo, ma il tema della giustizia, per decenni relegato nelle pieghe secondarie dell'arena politica e trattato soltanto da alcune minoranze di ispirazione liberal-radical, è diventato centrale nella politica italiana. (FERRARI, Vicenzo. Sistemi giudiziari in perenne crisi. Riflessioni sul caso italiano. In: MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 221-239, passim).

43 A valorização do Judiciário viria, pois, em resposta à desqualificação da política e ao arruinamento do homem democrático, nas novas condições acarretadas pela decadência do *Welfare State*, fazendo com que esse poder e suas instituições passem a ser percebidos como salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família, à religião, que não mais seriam capazes de continuar cumprindo as suas funções de solidarização social (VIANNA, Luiz Verneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 25).

Por conseguinte, em torno do Judiciário vem se criando uma inovadora arena pública⁴⁴, externa ao circuito clássico “sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária”, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem espaço aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos a um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do Direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o *tempo passado*, no qual a lei geral e abstrata embasa seu fundamento, no *tempo futuro*, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo⁴⁵.

Conseqüentemente, o espaço simbólico da democracia migra do Estado executor para a justiça⁴⁶. Essa afirmativa pode ser embasada no fato de que, num sistema provedor, o Estado é visto como o todo poderoso e pode tudo suprir. Todavia, diante das falhas estatais, a esperança se volta para a justiça, na qual se passa a buscar a consagração política. Nesse momento, o juiz ganha papel de destaque como o terceiro imparcial que compensa o “déficit democrático”, emprestando à sociedade “referência simbólica que a repre-

44 In queste condizioni, con una maggioranza politica in disarmo accelerato e una crescente onda di malcontento pubblico in settori sempre più vasti della società italiana, è comprensibile che la magistratura abbia potuto muoversi con maggiore agilità che in passato, senza incontrare resistenze e anzi, per lungo tempo, godendo di un fortissimo favore da parte della pubblica opinione. Nauseati dall'autorappresentazione sempre più celebrativa e narcisistica dei vertici politici, molti settori della pubblica opinione sostituiscono d'improvviso politici, molti settori del potere partitico con quelli della giustizia e della Legge (FERRARI, Vincenzo. Sistemi giudiziari in perenne crisi. Riflessioni sul caso italiano. In: MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 221-239, passim).

45 VIANNA, op. cit., p. 22-23.

46 Alla base di questa espansione del potere giudiziario possono essere individuati fattori di varia natura: fra i suoi normali prerequisiti vengono abitualmente annoverati la dinamica dell'ordinamento democratico, il rafforzarsi dell'indipendenza della magistratura, il diffondersi di una cultura dei diritti, la rivoluzione delle aspettative crescenti; fra gli elementi patologici, e nondimeno assai influenti, la corruzione delle opposizioni, delle classi politiche, l'inefficienza dei governi, la debolezza delle opposizioni, che costringono la magistratura a svolgere un ruolo di supplenza. (PORTINARO, Pier Paolo. Oltre Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati? In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 393).

sentença nacional lhe oferece cada vez menos”. Logo, “o comando da sentença é um imperativo ao qual as partes ficam sujeitas, é um comando *super-partes*”⁴⁷.

Da mesma forma, o individualismo moderno⁴⁸ oferece terreno fértil para a afirmação do protagonismo do Judiciário que, diante da ausência de laços sociais, de uma identidade social e de um conflito central, se torna o depósito dos restos de uma convivência nada amena permeada por vinganças e perseguições. O resultado é que, diante da desarticulação social, o Judiciário se transforma no guardião das promessas de modernidade⁴⁹.

Tais fatos põem em relevo a crescente jurisdicionalização dos conflitos e o papel exercido especialmente pelos magistrados que, nessas situações, se tornam a “boca da lei”⁵⁰, reproduzindo o que determina a norma legal, cumprindo o papel que lhes é delegado pelo Estado soberano e sentenciando sobre a contenda. Nesse contexto, um Poder Judiciário chamado a decidir sobre tudo poderá ocultar grandes irresponsabilidades⁵¹. A jurisdição passou a receber uma conflitualidade crescente, o que trouxe ineficiência, chamada,

47 BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 58.

48 O individualismo é, na concepção de Zygmunt Bauman, “a corrosão e a lenta desintegração da cidadania”, antes que se encontre destroçada a “capacidade de decisão conjunta”. Essa corrosão alcança o espaço público, de modo que gradativamente ele se vê colonizado pelo privado e o “interesse público é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos melhor)”. Por fim, “as questões públicas que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis” (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 46).

49 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 48 et seq.

50 O berço da concepção do Poder Judiciário como mero aplicador da lei possui raízes muito profundas, voltadas ainda para a determinação de tarefas por parte dos três poderes instituídos por John Locke e depois por Charles-Louis de Secondat Montesquieu, em que cada um deveria exercer seu papel sem qualquer tipo de interferência nas atribuições dos demais. Assim, as funções do Estado estão divididas de forma clássica em Legislativo, Executivo e Judiciário.

51 Sobre a responsabilidade dos juízes, é importante a leitura de CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

em sentido técnico, de explosão de litigiosidade, cujas causas não foram analisadas com profundidade. O maior entrave é a atenção sempre mais voltada para a constante reforma das normas, e nunca às causas do litígio.

Nestes termos, a dúvida se instala: “não será a justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”⁵² De fato, cria-se a expectativa de que o Judiciário funcione como uma instância moral, atuando como um terceiro neutro e imparcial, auxiliando as partes na solução dos conflitos por meio de uma decisão imparcial e objetiva. Então, o magistrado passa a ter papel central, como um ser excepcional. Mas como se pode explicar esse fato? Por que a luta política agora se volta sob a plano da ação judiciária? A resposta a tais indagações toma por base, primeiramente, o fato de que um sistema normativo incerto, ideológica e eticamente plural, transforma o juiz no intérprete direto do conflito social. Assim, leis com redação mal construída, com conteúdo demasiadamente nebuloso e impreciso, dão origem a um Direito extremamente flexível, mas pouco confiável e de pouca efetividade. Por conseguinte, o trabalho mal feito dos legisladores “atribui-se indiretamente a quell’interprete autorizzato che è il giudice un ruolo non trascurabile nella riscrittura della legge”⁵³. Num segundo momento, não se pode esquecer que o Direito e a administração da justiça fazem parte do mesmo simbolismo mediático. A falência do primeiro levará o segunda consigo em favor de meios mais imediatos e persuasivos de controle disciplinar.

Desse modo, um Direito em crise, fraco e complexo perde invariavelmente a sua eficácia, o que causa desconfiança por parte do cidadãos. Essa ineficácia do Direito e essa flexibilidade por vezes exagerada agiganta a importância conferida ao juiz, transformando-o em um “terzo potere” situado “fra il popolo e i suoi rappresentanti”. O certo é que essa onipresença da jurisdição se traduz numa certa

52 MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*. Nº 58, nov/2000, frequência quadrimestral. p. 187.

53 LAQUIÈZE, Alain. État de droit e sovranità nazionale in Francia. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3 ed. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 304.

patologia social e numa crise também política⁵⁴. Assim sendo, o limite entre o político e o judicial não pode ser definido formalmente no Estado da modernidade. A justiça moderna não pode ser tolhida completamente de seus traços políticos, uma vez que se faz necessário reconhecer, cada vez mais, que o Poder Judiciário atualmente já não exerce todas/somente as funções que anteriormente lhe eram definidas/delimitadas, inclusive assumindo funções de co-legislador diante da realidade social existente.

Nessa mesma esteira, não se pode perder de vista que a passagem de um Direito garantido – pelo Estado, como uma espécie de aliança entre ele e seus sujeitos – para um juiz fundador de uma comunidade política não se faz sozinha. Enquanto que, na concepção clássica, o juiz é sujeito da lei e só exerce seu direito de julgar através dela, ele tende, no presente, a elevar-se acima da lei para tornar-se diretamente o porta-voz do Direito⁵⁵. Em nome de que pode o juiz pretender ser instituidor? Assim, quando a justiça era somente o braço armado do poder político ou dos costumes, dela só se esperava uma consagração: moralizar a repressão ou sancionar os costumes. Quando todos os sistemas de valores capitulam, quando o mundo comum se desagrega, quando o Estado se faz mais modesto, é para ela que nos voltamos, buscando corrigir essas faltas. Não se deduzindo mais dos grandes sistemas de sentido, como as

54 Ibidem, p. 306.

55 Esta evolução no papel desempenhado pelo juiz vem assim delineada por Guido Alpa: Il giudice mero esecutore: uno solerte funzionario dello Stato, ligio alle leggi, portatore dei valori ufficiali, cauto esaminatore delle disposizioni, privo di vocazioni creative, solido conservatore, tendenzialmente ottuso. È il giudice “bouche de la loi”. Le sue operazioni debbono essere limitate e meccaniche: accertare i fatti, individuare le disposizioni a cui essi si possono far risalire, trarne le conseguenze. Già il giudice scopritore del diritto deve porsi alla ricerca della disposizione applicabile alla fattispecie: prendere atto che gli stessi fatti possono farsi risalire a più disposizioni, che le disposizioni, per loro natura, sono astratte e generali, che il legislatore non ha prefigurato tutte le circostanze possibili sulle quali esprimere il suo dettato, che spesso le disposizioni sono contraddittorie oppure laconiche oppure riduttive, e quindi che la ricerca del diritto, ottenuta scavando nel magma del diritto, comporta operazioni dirette a comporre le antinomie, a complementare le lacune e ad estendere o a restringere il dettato normativo, e così via. Finalmente, il cerchio si chiude con il giudice *legislatore*, il quale, non avendo ritrovato nel tessuto normativo la disposizione da applicare al caso di specie, e dovendo comunque provvedere, ravvisa la necessità di creare ad hoc la disposizione che fa difetto (ALPA, Guido. *Larte di giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996. p. 3-4).

ideologias, não podendo mais apoiar-se na força do Estado nem na aplicação quase mecânica da lei positiva, a questão do que é justo é colocada de uma nova maneira. O Direito não é mais o instrumento de conservação social, porém de sua contestação: ele se coloca, então, como a fonte de uma sociedade que se constitui na busca de si mesma⁵⁶.

Assim, resta a constatação de que o imaginário social, especialmente nos seus setores mais pobres e desprotegidos, depois da deslegitimação do Estado como instituição de proteção social, vem procurando encontrar no Judiciário um lugar substitutivo, como nas ações públicas e nos Juizados Especiais, para as suas expectativas de direitos e de aquisição de cidadania⁵⁷. Nestes termos, o espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É nela, então, e, portanto, fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A disposição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos⁵⁸.

Nesse sentido, constata-se que a cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo Direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem na qual são formuladas as reivindicações políticas. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante. Nessa nova forma, a dimensão coletiva do político desaparece. O debate judici-

56 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 50.

57 VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 42-43.

58 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 47-48.

ário individualiza as obrigações: a dimensão coletiva certamente se expressa aí, porém de maneira incidental. Ela encoraja um engajamento mais solitário do que solidário. Com essa forma mais direta de democracia, o cidadão tem a impressão de melhor controlar sua representação. A solução para uma reivindicação não depende mais, num tribunal, da relação de força entre duas entidades políticas – um sindicato e o governo, por exemplo – mas da pugnacidade de um indivíduo que, sozinho, pode dobrar um Estado, ficando os dois, ficticiamente, em pé de igualdade⁵⁹.

Conseqüentemente, a justiça torna-se objeto de uma súbita inversão de tendências: de secundária, ela se torna de repente prioritária. O direito era apenas moral das relações frias, comerciais ou políticas; ele tende agora a tornar-se o princípio de toda relação social. Outrora uma ameaça à dissolução dos laços sociais, o conflito se transforma, agora, em uma oportunidade de socialização. A jurisdição passa a ser um modo normal de governo. A exceção torna-se regra, e o processo, de instrumento de tratamento de conflitos, se transforma no modo comum de gestão de setores inteiros, como a família ou a imigração⁶⁰. Considerada como instituída, vê-se agora como instituidora e traz no seu rastro a transformação do papel desempenhado pelo juiz que assume a posição de “guardião da democracia”. Porém, a própria cultura jurídica atual, e seu paradigma liberal-individualista-normativista, dificulta não só a decisão judicial democrática, como a sua efetividade.

Referências bibliográficas

ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996.

ARISTÓTELES. *Aristóteles, vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores).

59 Ibidem p. 48-49.

60 Ibidem, p. 49.

- BARAK, Aharon. *La discrezionalità del Giudice*. Giuristi stranieri di oggi. Tradizioni da Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1995.
- BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto*. Come imporre regole al potere. Bologna: Mulino, 2004.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*. Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CASELLI, Gian Carlo; PEPINO, Livio. *A un cittadino che non crede nella giustizia*. Bari-Roma: Laterza, 2005.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Trad. Guy Reynaud. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003.
- DENTI, Vittorio. Riflessioni sulla crisi della giustizia civile. In: TREVES, Renato. *Crisi dello Stato e sociologia del diritto*. Milano: Franco Angeli, 1987.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para a discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Ajuris: 2005.

_____. *O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

_____. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. Ano XXII, n. 67, set. 2001.

FERRARI, V. *Lienamenti de sociologia del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1997. v. 1.

FERRARI, Vincenzo. Sistemi giudiziari in perenne crisi. Riflessioni sul caso italiano. In: MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Madrid: Taurus, 1999.

LAQUIÈZE, Alain. État de droit e sovranità nazionale in Francia. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3 ed. Milano: Feltrinelli, 2006. p. 304.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do judiciário. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*. n. 58, nov., 2000, frequência quadrimestral.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário direito e globalização 1. A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez; PEDRÓN, Antonio Pau. *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Thomson Civitas/Colégio Libre de Eméritos, 2004.

MERRYMANN, John Henry. *La tradición juridical romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

PORTINARO, Pier Paolo. Oltre Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati? In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2006.

RESTA, Eligio. *Poteri e diritti*. Torino: Giappichelli Editore, 1996.

REVISTA DO INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre. v. 1. n. 4. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VIANNA, Luiz Verneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

Recebido em: abril de 2011

Aprovado em: junho de 2011