

Direito e Justiça no século XXI:

a crise da Justiça no Brasil

José Eduardo Faria (*)

A política econômica na América Latina, durante a última década do século 20, foi monotemática. Independente de suas origens ideológicas ou vertentes partidárias, praticamente todos os governos da região converteram a estabilidade monetária em premissa de suas respectivas gestões, tomando-a como base e justificativa para promover a abertura comercial, revogar monopólios públicos, privatizar serviços essenciais, institucionalizar a “responsabilidade fiscal” e implementar projetos de desconstitucionalização de direitos. Com base na denúncia das conseqüências sociais dessas medidas, no Brasil a oposição ganhou a primeira eleição presidencial da primeira década do século 21. Mas, ao assumir o poder, não apresentou uma política econômica alternativa, conforme prometera na campanha. Pelo contrário, sob o argumento de que a vulnerabilidade do país num mundo globalizado impede alterações de curto prazo no modelo econômico vigente, o novo governo manteve intocada a agenda do governo e se curvou à premissa da estabilidade monetária que antes tanto criticara, aprofundando-a por meio do aumento do superávit primário, da disciplina fiscal e das tentativas de revogação de direitos constitucionalmente “adquiridos” do funcionalismo público e de taxaço de atos pretéritos.

Com isso, o Judiciário brasileiro permaneceu como na década anterior, sendo cada vez mais procurado por quem foi atingido por todas essas medidas. E, ao continuar decidindo favoravelmente a esses litigantes, em detrimento das medidas fiscais do Executivo, voltou a ter sua legitimidade sistematicamente questionada pela burocracia governamental e pelas “forças de mercado” com base num argumento simples: como pode almejar ter o direito à última palavra uma instituição que controla de modo quase total

(*) Professor Titular de Sociologia Jurídica da Universidade de São Paulo. Texto preparado para o seminário “Direito e Justiça no Século XXI”, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003.

o acesso aos seus quadros e em cujo âmbito os valores da independência e da autonomia se sobrepõem a outros com os quais deveria compor, como os da eficiência, transparência e equilíbrio das finanças públicas?

É à luz não só da continuidade da política econômica tão criticada pelos atuais dirigentes quando estavam na oposição, mas também desse tipo de questionamento que se deve examinar a assim chamada “crise da Justiça” no Brasil contemporâneo. Perante a opinião pública, a instituição é vista como um moroso e inepto prestador de um serviço público. No âmbito do Executivo, os responsáveis pelo Orçamento Geral da União a encaram como um aparato com baixa eficiência gerencial, perdulária e insensível ao equilíbrio das finanças públicas, pois seus gastos com obras de discutível utilidade e/ou funcionalidade, suas crescentes despesas de custeio e suas sentenças comprometeriam as políticas de ajuste fiscal, poriam em risco a estabilidade monetária e travariam as reformas previdenciária, tributária e federativa. Por fim, o Judiciário é muitas vezes acusado pelo Congresso de exorbitar em suas prerrogativas, interferir no processo legislativo e bloquear políticas formuladas por órgãos representativos eleitos democraticamente, “destecnificando” a aplicação da lei e, por conseqüência, levando à “judicialização” da vida administrativa e econômica brasileira.

Muitas dessas críticas talvez sejam severas e injustas. Mas isto não quer dizer que não tenham algum fundo de verdade, o que alimenta diferentes indagações sobre o futuro da instituição num contexto marcado por fortes desigualdades sociais e culturais, graves limitações fiscais e transformações radicais nos modos de funcionamento da economia. Decorre daí o tríplice objetivo deste texto:

- a) com o foco voltado para as complexas relações do Judiciário com as demais instituições governamentais e com a sociedade, o primeiro objetivo é apontar o descompasso entre a concepção arquitetônica dos tribunais brasileiros e a realidade sócio-econômica em que atuam;
- b) o segundo objetivo é discutir a chamada “judicialização” da vida administrativa, política e econômica, mostrando como o crescente protagonismo do Judiciário no âmbito de uma sociedade desigual e iníqua tornou a instituição vulnerável a tentativas de intervenções externas, justificadas sob os mais variados pretextos — da desburocratização a ao combate à corrupção, da racionalização jurisprudencial à imposição de algum tipo de controle externo. Como essas intervenções

obedecem a lógicas, técnicas e linguagens distintas do sistema jurídico, elas ampliam o risco de perda de autonomia dos tribunais, podendo, no limite, levar ao comprometimento das próprias liberdades públicas;

- c) o terceiro objetivo é avaliar as transformações qualitativas no direito positivo provocadas pela reestruturação do capitalismo e o impacto da integração transnacional dos mercados de insumos, bens, serviços e capitais sobre os tribunais, levando à ruptura da exclusividade do Judiciário na resolução dos conflitos e, com isso, o obrigando a ter de sair do isolamento social e político em que sempre permaneceu, ao longo da história brasileira.

1. O Judiciário no Brasil contemporâneo

Desde a investigação realizada em Portugal pela equipe do CES sobre os tribunais nas sociedades contemporâneas, e que alcançou enorme repercussão no Brasil, é possível afirmar que assim chamada “crise da Justiça” se traduz pela crescente ineficiência com que o Judiciário vem desempenhado suas três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica (Santos, Marques, Pedroso e Ferreira, 1996: 19-34). Pela primeira, o Judiciário é o principal *locus* de resolução dos conflitos. Pela segunda, ele exerce um papel decisivo como mecanismo de controle social, fazendo cumprir direitos e obrigações contratuais, reforçando as estruturas vigentes de poder e assegurando a integração da sociedade. Pela terceira, dissemina um sentido de equidade e justiça na vida social, socializa as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica e calibra os padrões vigentes de legitimidade na vida política.

A ineficiência da Justiça brasileira no exercício dessas três funções decorre, em grande parte, da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade sócio-econômica a partir da qual e sobre a qual tem de atuar. Em termos **históricos**, desde seus primórdios no Brasil colonial, como uma instituição de feições inquisitórias forjada pelo Estado português a partir das raízes culturais da Contra-Reforma, com seu intrincado sistema de prazos, instâncias e recursos, o Judiciário sempre foi organizado como um burocratizado sistema de procedimentos escritos. Em termos **funcionais** a instituição foi concebida para exercer as funções instrumentais, políticas e simbólicas no âmbito de uma sociedade postulada como sendo estável, com níveis razoavelmente equitativos de distribuição de renda e um sistema

legal integrado por normas padronizadoras, unívocas e hierarquizadas. Os conflitos jurídicos, nesse sentido, seriam basicamente interindividuais e surgiriam a partir de interesses minimamente unitários, mas encarados em perspectiva diametralmente oposta pelas partes. Desse modo, a intervenção judicial só ocorreria após a violação de um direito substantivo e sua iniciativa ficaria a cargo dos lesados. Em outras palavras, a Justiça agiria apenas quando devidamente provocada. A litigância judicial teria um horizonte retrospectivo, versando sobre eventos passados. As ações judiciais seriam um processo em grande parte controlado pelas partes, a quem caberia a responsabilidade de definir as principais questões submetidas a juízo. E, por fim, o alcance do julgamento ficaria circunscrito apenas a elas.

QUADRO 1

Evolução temporal da desigualdade de renda

Ano	Porcentagem da renda apropriada pelas pessoas					
	20% mais pobres	40% mais pobres	50% mais pobres	20% mais ricos	10% mais ricos	1% mais rico
1977	2,4	7,7	11,7	66,6	51,6	18,5
1982	2,5	8,2	12,5	3,9	47,4	13,2
1984	2,7	8,5	12,8	64,0	47,7	13,3
1988	2,1	7,3	11,3	66,0	49,8	14,4
1990	2,1	7,3	11,3	65,8	49,2	14,3
1996	2,1	7,7	12,1	64,2	47,6	13,6
1997	2,2	7,8	12,1	64,2	47,7	13,8
1998	2,3	8,0	12,3	64,2	47,9	13,9

Nota: A distribuição utilizada foi a de domicílios segundo a renda domiciliar *per capita*.

Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), 1999.

Mas a realidade brasileira, como o Quadro 1 revela, é incompatível com esse modelo de Judiciário. Instável, iníqua, contraditória e conflitiva, ela se caracteriza por situações de miséria, indigência e pobreza que negam o princípio da igualdade formal perante a lei, impedem o acesso de parcelas significativas da população aos tribunais e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais; pelo aumento do desemprego aberto e oculto e pela redução do número de trabalhadores com carteira assinada, portanto desprovidos de proteção

jurídica (Quadro 2); por uma violência e uma criminalidade urbanas desafiadoras da ordem democrática e oriundas dos setores sociais excluídos da economia formal, para os quais a transgressão cotidiana se converteu na única possibilidade de sobrevivência; (Quadro 3); por uma apropriação perversa dos recursos públicos, submetendo os deserdados de toda sorte a condições *hobbesianas* de vida; e por um sistema legal incoerente, fragmentário e incapaz de gerar previsibilidade e segurança das expectativas, dada a profusão de leis editadas para dar conta de casos específicos e conjunturais e de normas excessivamente singelas para serem aplicadas em situações altamente complexas.

QUADRO 2

O mercado de trabalho brasileiro 1989-1999

Anos	Pessoal ocupado ¹	Taxa de desemprego aberto ²	Desemprego total (aberto e oculto) ³	Percentual de trabalhadores com carteira assinada ⁴
1989	121,1	3,4	8,8	
1990	118,6	4,3	10	56,9
1991	109,1	4,8	11,6	53,7
1992	101,9	6	14,9	51,4
1993	98	5,3	14,7	50,5
1994	100,3	5,1	14,3	49,2
1995	98,8	4,6	13,2	48,4
1996	88,6	4,7	14,9	47,7
1997	86,6	5,7	15,7	46,4
1998	82,1	7,6	18,2	45,8
1999	77,1*	7,7*	19,4*	44,5

1 Índice da Fiesp(jun. 94 = 100)

2 Índice do IBGE

3 Índice do Dieese

4 Dados do IBGE, de janeiro do ano seguinte.
Organização: Rubem Almonacid, 2000.

QUADRO 3
BRASIL
Homicídios 1979-1998

Ano	Homicídios	População	Homicídios/ 100.000	Variação	Total mortos	Homicídios/ mortes
Total	515.986	NA	NA	112,74	15.505.653	NA
1979	11.194	118.552.504	9,44	...	711.742	1,57
1980	13.910	119.002.706	11,69	23,79	750.727	1,85
1981	15.213	121.154.159	12,56	7,43	750.276	2,03
1982	15.500	123.774.229	12,56	0,05	741.614	2,10
1983	17.408	126.403.352	13,77	9,62	771.203	2,26
1984	19.754	129.025.577	15,31	11,17	809.825	2,44
1985	19.726	131.639.272	14,98	(2,12)	788.231	2,50
1986	20.477	134.228.492	15,26	1,80	811.556	2,52
1987	23.086	136.780.739	16,88	10,64	799.621	2,89
1988	21.100	139.280.140	15,5	(10,24)	834.338	2,53
1989	28.708	141.714.953	20,26	33,72	815.773	3,52
1990	31.988	144.090.756	22,20	9,59	817.284	3,91
1991	30.580	146.825.475	20,83	(6,18)	803.836	3,80
1992	27.651	148.684.120	18,60	(10,71)	827.652	3,34
1993	30.512	151.556.521	20,13	8,26	878.106	3,47
1994	32.620	153.726.463	21,22	5,40	887.594	3,68
1995	37.171	155.822.296	23,85	12,42	893.877	4,16
1996	37.775	157.070.163	24,05	0,82	908.882	4,16
1997	39.761	159.636.413	24,91	3,57	903.516	4,40
1998	41.802	161.790.311	25,84	3,73

Fonte: CENEPI/IBGE/MJ-SENASP

Por isso, desde que um amplo espectro de movimentos sociais — centros de defesa de direitos humanos, comunidades de base, comissões eclesiais de base, movimentos de minorias, sindicatos, organizações não-governamentais, etc.— emergiu entre os anos 70 e 80 procurando ampliar o acesso dos segmentos marginalizados e pobres da população à Justiça, e o advento da Constituição de 88 propiciou um sem número de demandas judiciais para o reconhecimento de novos direitos (moradia) e a aplicação de direitos já consagrados (reforma agrária), os tribunais brasileiros passaram a movimentar toneladas de papel e a protocolar,

carimbar, rubricar, distribuir, despachar e julgar milhões de ações (Quadro 4). Mas, apesar dessa explosão de litigiosidade, ou justamente por causa dela, eles jamais conseguiram conduzir os processos a uma solução definitiva e coerente com outras ações idênticas, dentro de prazos de tempo minimamente razoáveis.

A conversão dos cartórios judiciais em máquinas **kafkianas** de fazer transcrições, emitir certificados e expedir notificações transformam os juízes em administradores de escritórios emperrados, comprometendo o exercício da função jurisdicional. A atuação formalista dos tribunais superiores, ao prender-se a minúcias processuais na avaliação dos julgamentos das instâncias inferiores, retarda as decisões terminativas e/ou desloca o foco do julgamento das questões essenciais para questões meramente procedimentais (entre 1990 e 1994, 23,18% dos casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal trataram exclusivamente de técnicas processuais e em 36,37% a corte empregou argumentos de direito processual como fundamentação de suas sentenças) (Castro:1996). Por fim, a conversão dos recursos judiciais num sistema quase automático e repleto de tecnicidades de discutível utilidade faz da atividade-fim da magistratura um trabalho de Sísifo, reduzindo as instâncias superiores ao papel de juntas administrativas de confirmação de decisões já anteriormente tomadas em casos idênticos (entre 1991 e 1996, 84% dos recursos extraordinários e agravos de instrumento julgados pelo Supremo Tribunal Federal foram repetições de casos já decididos pela corte) (Arantes e Kerche, 1999: 39). E, na medida em que esse contexto organizacional tende a embotar o espírito e a não estimular nem a reflexão nem a criatividade, o Judiciário acaba sendo indigente na produção de respostas para seus problemas.

Como pode ele sobreviver fechado em si mesmo, incapaz de se auto-avaliar e de responder a estímulos externos? De que modo exercer suas funções instrumentais, políticas e simbólicas de modo minimamente eficiente? Como lidar com os conflitos emergentes no âmbito de uma sociedade tensa, heterogênea e conflitiva se o arcabouço do sistema jurídico está superado? Como aplicar direitos que conferem prioridade aos valores da igualdade e da dignidade se a cultura técnico-profissional dos operadores jurídicos, de caráter privatista e normativista, foi forjada com base em premissas incompatíveis com a atual realidade socio-econômica? Como traduzir o interesse público em situações concretas, nas quais estão em choque interesses e direitos difusos, por um lado, e o direito à propriedade privada, por outro? Se as regras processuais foram concebidas basicamente para filtrar, canalizar e viabilizar a

tramitação de litígios interindividuais, como os tribunais devem tratar conflitos comunitários, grupais e classistas? De que modo desestimular o uso abusivo dos recursos judiciais, especialmente os impetrados com fins dilatórios, fator responsável pela banalização dos tribunais superiores? Se as decisões dos juizes se circunscrevem apenas aos autos e às partes, como devem agir quando a resolução dos litígios a eles submetidos implica políticas públicas, cuja responsabilidade é do Executivo? Como suas sentenças podem guardar de coerência entre si, uma vez que o inflacionado e fragmentário ordenamento legal não permite decisões unívocas e o sistema descentralizado de decisões judiciais carece de articulação entre suas diferentes instâncias e braços especializados? Como proceder quando os demais poderes batem à porta dos tribunais solicitando decisões que não foram capazes de tomar consensualmente?

QUADRO 4

Movimento Processual

Instâncias Judiciais	1999		1998	
	Entradas	Julgados	Entradas	Julgados
Justiça Comum de 1º grau	3.617.064	2.411.847	7.467.189	4.938.083
Justiça comum de 2º grau	271.300	246.445	421.578	371.343
STF	18.564	16.498	26.187 (*)	29.830 (*)

(*) 1999 - Fonte: Quadro elaborado com base nas informações do site www.stf.gov.br

2. A "judicialização" da política e da economia

Essas questões dão a medida da crise da Justiça brasileira . Como os anacrônicos e complexos mecanismos processuais não permitem uma filtragem correta, uma tramitação objetiva e um encaminhamento adequado dos litígios jurídicos, muitas vezes eles chegam em estado bruto e com alta carga de explosividade à apreciação da magistratura. Daí as crescentes dificuldades por ela enfrentadas para expedir despachos e sentenças coerentes, previsíveis e oportunos, assegurando obediência às leis, garantindo o cumprimento dos contratos e, com isso, dando aos atores sociais e aos agentes econômicos o ambiente, as condições e os estímulos para a tomada de decisões racionais.

Como a magistratura não pode deixar sem resposta os casos que lhes são submetidos, independentemente de sua complexidade técnica e de suas implicações econômicas, políticas e sociais, ela se sente impelida a exercer uma criatividade decisória que, como será examinado à frente, acaba transcendendo os limites da própria ordem legal. Afinal, em "casos difíceis", nos quais a interpretação a ser dada a uma norma, lei ou código não está clara ou é controvertida, "os juizes não têm outra opção a não ser inovar, usando o próprio julgamento político" (Dworkin, 1997:2). O problema é que, em muitos desses casos, nos quais julgar não significa apenas estabelecer o certo ou o errado com base na lei, mas também assegurar a concretização dos objetivos substantivos por ela previstos, o Judiciário não dispõe de meios próprios para implementar suas sentenças - especialmente as que pressupõem decisões, recursos materiais e investimentos do setor público. À mercê de atos, gastos, programas governamentais e serviços públicos fora de sua competência e jurisdição, a instituição se encontra numa encruzilhada.

Por um lado, quando insiste em enquadrar o Executivo, para obrigá-lo a oferecer esses serviços num contexto de "responsabilidade" fiscal, cortes de orçamento e ausência de fontes permanentes de recursos para o financiamento de políticas públicas, bem como promovendo o controle da constitucionalidade das leis e obrigando as autoridades econômicas a circunscrever suas decisões aos estritos limites da ordem legal, a Justiça é sempre acusada de abandonar o "princípio da neutralidade" e de "fazer política", exorbitando de suas funções e invadindo áreas que não são de sua alçada. Como consequência, é ameaçada de retaliações e é objeto de críticas desqualificadoras, por não compreender a "racionalidade sistêmica" da economia - "incompreensão" essa cada vez mais utilizada pelo Executivo como pretexto e argumento de autoridade para impor entraves e obstáculos ao exame e controle da legalidade de suas próprias decisões e atos.

Quanto menor a estabilidade macroeconômica, maior a crise de governabilidade - este seria, segundo os governantes, o efeito imediato que o "idealismo formalista" da magistratura os impediria de neutralizar. *Quanto maior a discricionariedade dos governantes, menor a certeza jurídica* - este, segundo a magistratura, seria o efeito corrosivo de uma "razão econômica" que, situada fora do domínio das determinações jurídicas e deixada sem um efetivo controle constitucional, conduziria à progressiva erosão do Estado de Direito e, por conseguinte, à substituição da democracia representativa por um regime burocrático-

autoritário (Faria, 1993:10). Não foi por coincidência que, na dinâmica desse embate entre juízes desatentos às conseqüências macroeconômicas de suas decisões e economistas que freqüentemente desconhecem os micro-fundamentos jurídicos que alicerçam suas estratégias de desenvolvimento, passaram a ganhar corpo as propostas de criação do controle externo sobre a magistratura, de ampliação do número de mecanismos processuais de proteção antecipada do Executivo contra demandas que os cidadãos possam ajuizar contra ele (como a ação declaratória de constitucionalidade, o incidente de constitucionalidade e o incidente de legalidade), de imposição da “avocatória”, da súmula vinculante e de outras medidas destinadas a suspender a jurisdição dos órgãos adjudicantes de 1º e 2º graus. Mas isso só ocorreu depois que parte da corporação judicial começou a pressionar diferentes setores e instâncias da administração pública com objetivo de criar as condições necessárias para a implementação dos direitos econômicos e sociais assegurados pela Constituição de 88; ou, então, a interpretá-la em perspectiva oposta aos interesses dos responsáveis pelas políticas de “ajuste fiscal” e estabilização monetária no âmbito do Executivo; ou, ainda, a tomar decisões com enormes custos para a “governabilidade”, como nas ações relativas à criação de novos tributos, desindexação de salários, privatização de empresas públicas, etc.

QUADRO 5

Índice de confiabilidade das instituições						
Confiabilidade	Confia		Não confia		Não sabe/ Não opinou	
	1993	1999	1993	1999	1993	1999
Instituições	77%	76%	20%	21%	3%	3%
Igreja Católica	62%	58%	34%	39%	4%	3%
Meios de Comunicação	61%	49%	34%	44%	5%	7%
Sindicatos Trabalhistas	53%	55%	43%	42%	4%	3%
Justiça	52%	35%	43%	60%	5%	5%
Militares	32%	14%	60%	82%	8%	4%
Congresso	28%	45%	65%	49%	7%	6%

Empresariado						
Partidos	19%	11%	76%	85%	5%	4%
Políticos	15%	5%	82%	94%	3%	1%

Fonte: IBOPE, 1993 e 1999.

Por outro lado, para neutralizar o risco de retaliações, o Judiciário tem a alternativa de agir pragmaticamente, deixando de confrontar o Executivo e tolerando sua tendência em invocar os imperativos categórico da responsabilidade fiscal, equilíbrio previdenciário e da estabilidade monetária como justificativa para legislar para situações pretéritas, revogar atos juridicamente perfeitos e interferir em direitos adquiridos. A instituição também pode recorrer a critérios de "justiça comutativa" ao julgar as ações judiciais resultantes do despertar de determinados setores sociais para o reconhecimento de seus direitos de cidadania. Ela também pode limitar suas iniciativas "modernizadoras" à descentralização administrativa, à demanda por investimentos em informática e instalações físicas e à mobilização por um aumento de recursos para a expansão do número de varas e juizes, mantendo-se apegados a doutrinas jurídicas que o distanciam da eficiência operacional e da justiça social. E ainda tem a possibilidade de continuar insistindo na expansão dos juzizados especiais para pequenos conflitos de massa, que libera os tribunais para a resolução de conflitos de maior valor, gravidade e complexidade técnico-jurídica. Essa é uma experiência bem sucedida de simplificação das formas processuais no âmbito da justiça comutativa, ainda que o tempo da execução das decisões seja inversamente proporcional ao tempo do julgamento. Mas, além de limitar a efetividade de garantias constitucionais, especialmente no âmbito penal, ela não funciona nos conflitos e controvérsias que envolvem direitos sociais e questões distributivas.

QUADRO 6

CRIATIVIDADE JUDICIAL	AUTONOMIA DECISÓRIA	BAIXA	ALTA
	BAIXA	1	2
	ALTA	3	4

Fonte: adaptado de Guarnieri (1996) e Campilongo (2000).

Com estratégias como essas, o Judiciário poderia levar seus integrantes a assumir a perspectiva de juizes-executores ou, no máximo, de juizes delegados (Quadro 6), conseguindo assim preservar a independência da instituição frente aos demais poderes. Mas, a eficácia da tutela judicial em parte fica comprometida, levando a Justiça a dois riscos: o de se tornar socialmente irrelevante e ver aumentar os níveis de desconfiança e descrédito com que a maioria das instituições brasileiras é encarada pela população (Quadro 5); e o de ver ainda ampliado o número de pessoas — cerca de 69,7% da população — envolvidas em algum tipo de conflito que não levaram ou não puderam levá-los a um tribunal (Quadro 6) e das quais 43% o resolveram por conta própria. (Santos, 1993)

QUADRO 7

**População com mais de 18 anos e mais envolvidos
em conflitos, por tipo de reação — Brasil e Regiões
(1985-1988)**

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	0,8	0,5	
Não Buscaram a Justiça por custar menos se 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 Santos (1993)

Descrito de modo simplista e por vezes maniqueísta pela mídia, a “judicialização” da política e da economia é um fenômeno complexo, que envolve diferentes fatores. Um deles é a incapacidade do Estado de controlar, disciplinar e regular, com os instrumentos normativos de um ordenamento jurídico resultante de um sistema romano idealista, rígido e sem vínculos com a realidade contemporânea, mercados cada vez mais integrados em escala planetária. Pressionado por fatores conjunturais, desafiado por contingências que desafiam sua autoridade, condicionado por correlações circunstanciais de forças, obrigado a exercer funções muitas vezes incongruentes entre si e levado a tomar decisões em contradição com os interesses sociais vertidos em normas constitucionais, o Estado tende a legislar desenfreadamente com o objetivo de coordenar, limitar e induzir o comportamento dos agentes produtivos. Essa legislação, contudo, não só é quase sempre produzida ao arpejo da Constituição, como também costuma fundir diferentes matérias num mesmo texto legal ou

fragmentar a mesma matéria em diferentes leis e medidas provisórias, leis, decretos e portarias (Quadro 8). Com seus 14 anos de vigência, a Constituição de 1988 já é mais emendada de todas que o Brasil teve desde sua independência (Quadros 9 e 10). No âmbito tributário, onde a média é de 300 novas normas por ano, essa legislação se desdobra em 55.767 artigos, 33,374 parágrafos e 9.956 alíneas (cf. **O Estado de S. Paulo**, 8/8/2001).

QUADRO 8
MPs editadas e reeditadas
por período de governo

Sarney	8,5
Collor	5,1
Itamar	18,8
F.Henrique (1º mandato)	62,4
F.Henrique (2º mandato)	86

Fonte: Congresso Nacional, maio de 2002

QUADRO 9
Emendas e projetos de emendas nas Constituições Brasileiras

Constituição	Promulgação	Término	Duração	Emendas
Império	1824	1889	65 anos	1
República Velha	1891	1930	40 anos	1
Revolução de 1930	1934	1937	3 anos	1
Estado Novo	1937	1945	8 anos	21
Redemocratização	1946	1967	21 anos	27
Regime Militar	1967	1969	2 anos	0
Emenda Constitucional nº 1/69	1969	1988	19 anos	26
Nova República	1988	Em vigor	12 anos e meio (6 de revisão)	37

Fonte: Congresso Nacional, maio de 2002

QUADRO 10
Constituição de 1988

Casa Legislativa de Origem	Emendas já apresentadas	Emendas em tramitação
Câmara dos Deputados	1.233	639
Senado	1.191	158

Fonte: Congresso Nacional, maio de 2001

O resultado dessa estratégia legislativa é paradoxal. Quanto mais o Estado recorre a ela quer para disciplinar, regular e controlar o funcionamento da economia quer para neutralizar as contingências advindas do jogo de mercado, menos vê suas metas concretizadas e suas decisões acatadas. Quanto mais normas edita para resolver problemas específicos e pontuais, mais o Estado os multiplica, pois essas normas se inter cruzam e criam intrincadas cadeias normativas, rompendo a unidade lógica, a coerência conceitual, a uniformidade doutrinária e a funcionalidade do próprio ordenamento jurídico. Deste modo, em vez de propiciar certeza e aumentar o potencial de eficácia da legislação, pois todo caso bem sucedido de aplicação das leis e de solução de controvérsias sempre acarreta efeitos de demonstração que fortalecem a confiança geral no sistema jurídico, ele produz o inverso.

O mesmo Estado que legisla desenfreadamente para estabilizar a moeda e acabar com a inflação econômica acaba provocando, instabilidade legal e inflação jurídica. Com isso, ele não só acirra os conflitos e encurta seu próprio horizonte decisório, comprometendo a efetividade de suas políticas e programas de governo, como também dificulta o cálculo racional entre os agentes produtivos, distorce a formação dos preços relativos, dissemina uma insegurança generalizada no sistema econômico e multiplica as tensões no âmbito tanto do Legislativo quanto do Judiciário. No primeiro poder, as tensões decorrem do fato de que ele é levado a funcionar não em função da lógica e dos valores inerentes à representação política, mas, antes, das necessidades conjunturais e do tempo decisório do Executivo. No segundo, as tensões decorrem do fato de que o cipoal normativo leva os tribunais superiores a serem chamados para tentar restabelecer ou assegurar um mínimo de coerência e unidade no sistema jurídico.

É aí que surge o fenômeno da “judicialização” – a crescente ampliação da ação executiva e legislativa dos tribunais na vida política e econômica (Tate e Torbjörn: 1997, e Morillo: 1991). Como a ordem jurídica assim produzida não oferece aos operadores do direito as condições para que possam extrair de suas normas critérios constantes e precisos de interpretação, ela exige um trabalho interpretativo contínuo. E como seu sentido definitivo só pode ser estabelecido quando de sua aplicação num caso concreto, na prática os juízes são obrigados a assumir um poder legislativo. Ou seja: ao aplicar as leis a casos concretos, eles terminam sendo seus co-autores. Por isso, a tradicional divisão do trabalho jurídico no Estado de Direito é rompida pela incapacidade do Executivo e do Legislativo de formular leis claras e sem lacunas, de respeitar os mais elementares princípios gerais de direito e de incorporar as inovações legais exigidas pela crescente integração dos mercados (Waltman: 1996). Isso propicia o aumento das possibilidades de escolha, decisão e controle oferecidas à magistratura, levando assim ao protagonismo judicial na política e da economia. E, na medida em que o Judiciário tem de decidir questões legais de curto prazo e com enormes implicações sócio-econômicas, ele se converte numa instituição “legislativamente” *ativa* (Faria, 1992:80).

Essas dificuldades do Executivo e do Legislativo e a “judicialização” da política e da economia daí advindas não são um fato novo no Brasil. Elas começaram a aparecer quando o legislador ordinário dos anos 80, ao modernizar a legislação processual com o objetivo de ampliar o alcance da tutela judicial para proteger os direitos difusos, passou a delegar competências para a magistratura, aumentando seus poderes cautelares, expandindo suas prerrogativas em matéria de apreciação de provas, etc. E se tornaram visíveis na Assembléia Constituinte, quando seus integrantes optaram por redigir uma Carta com “textura aberta” e normas programáticas nas matérias polêmicas, por causa da ausência de bancadas hegemônicas, capazes de propiciar um tratamento jurídico objetivo. Como nenhum partido dispunha, por si ou sob a forma de coalizões, de maioria qualificada para agir na conformidade de um projeto político capaz de dar um mínimo de unidade conceitual e coerência programática à nova ordem constitucional, o recurso a normas programáticas e cláusulas indeterminadas, que poderiam ser reguladas posteriormente por leis complementares e ordinárias, em outras condições e outras configurações partidárias, foi a estratégia adotada para permitir a conclusão dos trabalhos .

Por isso, o texto constitucional ficou ambíguo e sem espírito definido, sendo impossível saber ao certo em várias matérias o que de fato é direito adquirido, o que pode ser objeto de emenda e o que foi convertido em cláusula pétrea. A Constituição se desdobra em inúmeros capítulos, artigos e incisos que, se por um lado expressam o precário equilíbrio entre as diferentes forças políticas no âmbito da Assembleia Constituinte, por outro congelam determinadas situações sociais e econômicas sem explicar como elas podem ser mantidas, em termos materiais. Com isso, o Judiciário teve sua discricionariedade ampliada na dinâmica do processo de redemocratização e reconstitucionalização do País, sendo levado a assumir o papel de revalidador, legitimador, legislador e até de instância recursal das próprias decisões do sistema político, formado pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Ministério Público.

Em princípio, o sistema político pode adiar suas decisões à espera de melhor oportunidade para agir, encarando a própria Constituição como fórmula relativamente maleável de tomada de decisões coletivas (Quadro 11). O mesmo não acontece com os tribunais. Por sua natureza, estrutura e função, eles não podem deixar de decidir quando devidamente acionados pela sociedade, mesmo que as normas a serem aplicadas tenham uma textura aberta, sejam indeterminadas, antinômicas ou lacunosas. Para a Justiça, suas decisões são formuladas com base nas premissas oferecidas pelo sistema político, sob a forma de normas, leis, e códigos. E se essas premissas não são claras, precisas e coerentes, pois a produção legislativa do Executivo é cada vez mais condicionada por suas respostas contingentes às mudanças econômicas e às oscilações dos mercados, os tribunais não podem ser culpados por isso, nem serem responsabilizados por problemas que, do ponto de vista substantivo, não são de sua competência.

QUADRO 11

Sistema	Político	Judicial
Características		
Atores	Várias partes representadas por vários partidos	Em princípio, duas partes e um terceiro participante (o juiz)
Litígio	Coletivos	
Contraditório	Plurilateral	Bilateral
Princípio decisório básico	Regra de maioria como critério e fundamentado da decisão	Aplicação da lei por juiz técnico e imparcial
Horizonte decisório	Prospectivo	Retrospectivo
Visão do ator	Macro	Micro
Racionalidade	Material	Formal
Autonomia	Relaciona as demandas que decide com base na conveniência e na representatividade	Não pode escolher demandas nem - postergar decisões indefinidamente
Alcance	Toda sociedade	Só as partes do processo

3. A *indiferenciação* entre os sistemas político, econômico e judicial.

Esta é a questão essencial no conflito de interesses entre o Executivo e o Legislativo com o Judiciário, desde o advento das políticas de ajuste fiscal, nos anos 90, com o objetivo de restabelecer o equilíbrio financeiro do Estado. Se a esfera de atuação dos tribunais cresceu a ponto de levá-los a assumir funções políticas, bloqueando iniciativas do Executivo ou justapondo-se ao Legislativo, é porque a Constituição de 1988 o permitiu, na medida em que consagrou um extenso elenco de direitos, aumentou as garantias para proteção dos direitos fundamentais e instituiu um federalismo fiscal, por meio de transferências de recursos da União para estados e municípios. Na medida em que a relação Governo-Congresso, que é eminentemente política por sua própria natureza, ficou carente de um árbitro por causa da excessiva rigidez como a Carta disciplinou a separação dos poderes, coube ao Judiciário exercer esse papel. Mas de que modo exigir dele que sua arbitragem seja exclusivamente técnica e formal? De que modo pode a instituição conciliar a natureza política dos conflitos institucionais submetidos à sua apreciação com a necessidade de proferir decisões baseadas e circunscritas à letra da lei? (Sadek e Arantes, 1994:37).

O problema é que, se por um lado isso pode ser utilizado como "argumento de defesa" da Justiça para refutar críticas e ameaças de retaliação do Executivo e do Legislativo, por outro, na dinâmica da governabilidade pós-autoritária, leva a uma superposição de esferas,

critérios, procedimentos e lógicas decisórias, a uma erosão dos valores precípuos de cada um dos poderes do Estado e a uma sobrecarga no *policy-making* do país. A tensão institucional e a assim chamada "crise de governabilidade" são as conseqüências mais visíveis dessa "desdiferenciação" entre os papéis, competências e prerrogativas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. A anomia jurídica, sua situação-limite.

Para neutralizar esses riscos, não cabe ao sistema judicial suprir a incapacidade decisória do Executivo ou do Legislativo, nem colocar valores como disciplina fiscal e estabilidade monetária à frente dos seus, em nome dos "interesses maiores da Nação", como sempre reivindicaram os responsáveis pela política econômica da última década do século 20. Essa é a função básica do sistema econômico. Como, numa sociedade complexa, o papel do sistema judicial é apenas o de aplicar a lei, seu modo operativo é binário, pois suas estruturas só estão preparadas para decidir entre o legal e o ilegal, o constitucional e o inconstitucional. O sistema judicial, é evidente, não pode ser insensível ao que ocorre nos âmbitos da economia e da política. Mas os tribunais só podem traduzir essa sensibilidade nos limites de sua capacidade operativa. Quando acionados, o máximo que podem fazer é julgar se uma decisão política ou econômica é constitucional e legalmente válida. Se forem além disso, estarão exorbitando de seus papéis e justificando reações defensivas dos demais sistemas, como as já mencionadas ameaças de retaliação, sob forma de restrições orçamentárias, controle externo e súmula vinculante.

Não é difícil identificar as conseqüências desse comprometimento da diferenciação funcional de uma sociedade complexa. O contra-ataque dos sistemas político e econômico ao extravasamento das funções do sistema judicial conduz, inexoravelmente, à perda de autonomia deste último (Campilongo: 2001). Como preservá-la quando os tribunais abandonam os limites que o sistema jurídico lhes impõe? Por isso, quando a Justiça incorpora elementos estranhos à lógica do sistema jurídico, ela não só rompe sua lógica operacional, como também politiza a aplicação do direito e leva à erosão dos marcos de referência.

Já no âmbito do sistema social, quando os tribunais estão sobrecarregados com funções que não são suas ou se encontram em confronto com os demais poderes, a perda de rapidez, coerência e qualidade em seus serviços se converte, na prática, em sinônimo de denegação de justiça — principalmente para a população de baixa renda. No âmbito do sistema político, decisões judiciais lentas e incoerentes tornam-se geradoras em potencial de

"crises de governabilidade". No âmbito do sistema econômico, a incapacidade judicial de confirmação de expectativas de direito torna-se um fator de disseminação de insegurança generalizada no mundo dos negócios (Quadro 12).

QUADRO 12

Avaliação diferenciada de seis instituições do sistema de justiça (Em porcentagem)						
Avaliação	Justiça do Trabalho	Justiça Federal	Justiça comum estadual	STF	Ministério Público	Cartórios Judiciais
Ótimo	1	1	0	1	1	1
Bom	10	12	9	24	12	7
Regular	27	33	33	34	38	27
Ruim	30	32	35	18	25	33
Péssimo	31	17	19	9	13	24
S/opinião	1	5	4	14	11	8

Pergunta: Como o Sr. (empresário) avalia o desempenho das seguintes instituições?

Fonte: Idesp (1993).

Numa situação de “indiferenciação” generalizada entre os sistemas judicial, administrativo, político e econômico, portanto, seus efeitos podem atingir a vitalidade do regime democrático e o desenvolvimento econômico do País. No primeiro caso, o motivo é fácil de ser entendido. Se, do ponto de vista funcional, um dos papéis da democracia é manter elevadas as possibilidades de escolha e abertas as alternativas de decisão, quando elas são reduzidas drasticamente, os direitos fundamentais e as liberdades públicas acabam sendo comprometidos. No segundo caso, o motivo também é óbvio: ordens jurídicas imprecisas na forma e contraditórias no conteúdo, interpretadas e aplicadas por tribunais sobrecarregados, lentos e incapazes de fixar jurisprudência uniforme e tomar decisões previsíveis, sempre geram custos adicionais que são transferidos para o valor global dos empréstimos, por meio de taxas de risco.

No capitalismo, se os agentes econômicos são por princípio atores racionais e seu objetivo é maximizar recursos escassos, neutralizar riscos e minimizar gastos com informações, negociações e execução de contratos, eles precisam para tomar uma decisão de um quadro legal claro e preciso. Portanto, na dinâmica do mercado, decisões de investir ou

liberar crédito têm relação direta com a objetividade e as garantias das condições de contratação das operações financeiras e das atividades negociais - mais precisamente, com a segurança que os investidores sentem nas formas de resolução de eventuais problemas jurídicos envolvendo seus recursos ou os tomadores de empréstimos (North: 1990; e Pinheiro: 1999 e 2000). Quando a confiança é baixa, os resultados das transações econômicas não são previsíveis e o recebimento dos valores contratados é problemático, para se proteger os investidores adicionam ao montante do investimento um valor de risco, antecipando se dessa maneira às dificuldades legais e judiciais que podem vir a enfrentar. Como o Brasil não dispõe de poupança interna suficiente para financiar seu crescimento, de que modo ele pode captar esses recursos no mercado externo se, por causa da imprecisão da ordem legal e da ineficácia do sistema judicial, a taxa de risco é alta?

Foi por esse motivo que o governo do Partido dos Trabalhadores (PT), eleito em 2002 com base em fortes críticas à excessiva ênfase do governo anterior ao primado da estabilidade monetária e da “lógica do mercado” teve de continuar defendendo reformas drásticas para “resgatar uma cultura de crédito no Brasil” e acelerar o recebimento dos valores contratados pelo sistema financeiro, mediante a redução da morosidade judicial, a diminuição dos gastos dos bancos com as áreas de avaliação de risco dos tomadores de empréstimo e a neutralização de “um sistema judiciário pró-devedor que estimula a inadimplência e inibe a atividade creditícia”. (BC, 2003:8) Ao completar os primeiros cem dias de gestão, o governo do PT divulgou por meio do Banco Central, uma nota técnica afirmando que “o funcionamento deficiente do sistema judicial” leva “o bom tomador de crédito no Brasil a arcar com um custo extraordinário, independente de seu histórico de crédito e de sua capacidade de pagamento” (BC: 2003:9). A nota dá destaque ao quadro abaixo, que mostra as estimativas para a recuperação de empréstimos em processos judiciais para quatro contratos hipotéticos entre R\$ 500 e R\$ 50 mil. Além das despesas processuais diretas (como custas, advogados, oficial de justiça, perícia e cartórios), os cálculos também levam em conta uma taxa de desconto intertemporal aplicada sobre o capital e arbitrada em 20% ao ano. E como os custos fixos nos processos de cobrança são altos, os empréstimos de menor valor unitário tendem a apresentar expectativa de recuperação proporcionalmente menor. A conclusão é a de que o custo de recuperação para empréstimos de até R\$ 1.000, se atravessadas todas as fases processuais, supera ou iguala aproximadamente o montante do principal; no caso de um crédito de R\$ 50

mil, a expectativa de recuperação é de 24,1% do principal, se exigidas todas as fases de execução. Já a cobrança extra-judicial mais simples, que só acarreta despesas de correio, protesto e comissão paga a cobrador especializado, apresenta um valor estimado entre 56,8% e 83%, nos dois extremos.

QUADRO 13

Processo de Cobrança Judicial

Valor Esperado de Recuperação de Contratos de Crédito

Fases do Processo	R\$ 500	R\$ 1.000	R\$ 5.000	R\$ 50.000
Cobrança Extrajudicial Simples (até um ano)	R\$ 284 56,8%	R\$ 680 68,0%	R\$ 4.003 80,1%	R\$ 41.498 83,0%
Fase de Conhecimento Judicial (até três anos)	R\$ 14 2,80%	R\$ 221 22,1%	R\$ 1.982 39,6%	R\$ 21.878 43,8%
Fase de Execução Judicial (até 5 anos)	Zero	R\$ 33 3,3%	R\$ 1.011 20,2%	R\$ 12.054 24,1%

Fonte: Banco Central, 2003

4. O Judiciário e a integração dos mercados

Essa justificativa para ampliação das garantias exigidas pelo sistema bancário, por parte de um governo eleito com base num ideário socialista, tem de ser compreendida à luz da atual realidade econômica mundial. Com a integração dos mercados, a chamada "globalização" econômica tornou os fluxos de capitais mais difíceis de serem controlados. Levou a política a ser substituída pelo mercado como instância máxima de regulação social, deixando as decisões governamentais vulneráveis a opções feitas em outros lugares sobre as quais têm escasso poder de influência e pressão. Fez com que os padrões fiscais e monetários passassem a ser determinados pela competição internacional. Esvaziou a idéia de justiça social via política tributária, convertendo os cortes de gastos sociais do Estado em instrumento disfarçado de redução de direitos. Pôs em xeque todo um sistema de garantias, proteção e oferta de condições materiais básicas conquistado democraticamente e justificado em nome da equalização de oportunidades. Transformou obrigações governamentais em negócio privado e reduziu o titular de um direito civil a mero consumidor de serviços empresariais, muitos dos quais prestados em mercados com baixo grau de competição e

enorme desequilíbrio de forças entre ofertantes e demandantes. Agravou as desigualdades sócio-econômicas pré-existentes e acirrou os conflitos entre os poderes locais, regionais e centrais. E, ao gerar formas de poder e influência novas e autônomas, colocou em questão a própria exclusividade do direito positivo e das estruturas judiciais.

Os tribunais não ficaram imunes a essas transformações. Desde a reestruturação do capitalismo, iniciada em resposta à crise de acumulação dos anos 70, eles se vêem diante de um cenário novo e incerto, no qual o Estado vem perdendo sua autonomia decisória e o ordenamento jurídico vê comprometida tanto sua unidade quanto seu poder de “programar” comportamentos, escolhas e decisões. Por causa das pressões centrífugas resultantes das inovações tecnológicas, dos novos paradigmas industriais, da desterritorialização da produção e da nova divisão mundial do trabalho, o Judiciário, com sua estrutura organizacional hierarquizada, operativamente fechada, orientada por uma lógica de caráter formal e submetida a uma rígida e linear submissão à lei, tornou-se uma instituição que tem de enfrentar o desafio alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas administrativas e rever seus padrões funcionais, para sobreviver como poder independente.

4.1 - Em termos de *jurisdição*, como o aparato judicial foi organizado para atuar dentro de limites territoriais precisos, no contexto de exclusividade da atuação estatal, seu alcance tende a diminuir na mesma proporção em que a expansão da informática e das comunicações permite aos atores econômicos estabelecer múltiplas redes de interação. Quanto maior é a velocidade desse processo, mais o Judiciário é atingido pelo pluralismo regulatório e pela emergência de mecanismos menos institucionalizados de resolução de conflitos, que deslocam a procura dos tribunais para outras instâncias decisórias – as justiças emergentes tanto nos espaços infra-estatais (as locais, com forte influência comunitária quanto nos espaços supra-estatais (as justiças de caráter internacional e transnacional)

Todas elas variam segundo seu grau de formalidade, acessibilidade, especialização, alcance e eficácia. Atualmente, os espaços infra-estatais têm sido polarizados que por formas “inoficiais” ou não-oficiais de resolução de conflitos (que vão da auto-composição de interesses, sob a forma de modelos descentralizados e desprofissionalizados que estimulam a obtenção de decisões por meio do consenso, à imposição da lei do mais forte nos guetos favelizados nas grandes cidades), que por meios alternativos de solução extrajudicial de conflitos (como intervenções administrativas, auto-regulação profissional, estratégias de

mediação conduzidas por mediadores escolhidos pelas partes, técnicas de arbitragem, comissões paritárias montadas para promover negociação coletiva no âmbito de empresas, etc.) (Fitzpatrick: 1988 e Moreira: 1997). Já os espaços supra-estatais têm sido polarizados pelos órgãos jurisdicionais transnacionais e pelos mecanismos adjudicatórios extrajudiciais criados e/ou estimulados por organismos multilaterais, conglomerados empresariais, instituições financeiras e entidades não-governamentais.

4.2 - Em termos *organizacionais*, o Judiciário foi estruturado para operar sob a égide dos códigos e leis processuais cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, valores, procedimentos decisórios e horizontes temporais prevalentes na economia globalizada. Nesta, o sentido de tempo é dado por uma racionalidade de caráter material, pelo cálculo de custo/benefício e pelas expectativas de lucro com relação a um dado ciclo de rotação dos capitais, enquanto nos tribunais ele é associado ao garantismo processual e forjado como instrumento de organização social e controle da dinâmica dos processos judiciais.

No âmbito do direito positivo, o tempo do processo judicial é o tempo diferido, encarado como sinônimo de segurança e concebido como uma relação de ordem e autoridade, representada pela possibilidade de esgotamento de todos os recursos e procedimentos numa ação judicial. Cada parte, intervindo no momento certo, pode apresentar seus argumentos e ter a garantia de ser ouvida na defesa de seus interesses. O tempo diferido é utilizado como instrumento de certeza, na medida em que impede a realização de julgamentos precipitados, sem o devido distanciamento com relação aos acontecimentos que deram margem à ação judicial. O tempo da economia globalizada é o tempo real, o tempo da simultaneidade. À medida que se torna mais complexa, gerando novas contingências e incertezas, a economia globalizada obriga os agentes a desenvolver novos mecanismos para proteger negócios, capitais e investimentos da imprevisibilidade e do indeterminado. A presteza se converte numa das condições para a neutralização dos riscos inerentes às tensões e desequilíbrios dos mercados, levando a um processo decisório orientado pelo sentido de urgência e baseado tanto na capacidade quanto na velocidade de processamento de informações técnicas e especializadas. Por isso, empresas e instituições financeiras passam a ver o tempo diferido do processo civil e penal como sinônimo de elevação dos custos das transações econômicas, encontrando, na tendência de aumento do número de causas decididas por aplicação de

normas processuais em detrimento da decisão de mérito baseada no direito substantivo, um bom argumento para justificar esse ponto de vista.

4.3 – No plano *organizacional*, além disso, a Justiça também não dispõe de meios materiais e técnicos para propiciar a seus integrantes a reciclagem de conhecimento e o treinamento necessário para tornar possível a compreensão, em termos de racionalidade material, dos litígios inerentes a contextos sócio-econômicos complexos e globalizados. Não é por acaso que as corporações transnacionais, conscientes das dificuldades das instituições judiciais para lidar com o novo, interpretar normas programáticas e conhecer o próprio contexto histórico em que atuam, têm fugido dos países com tribunais burocratizados, ritualizados e presos a arcabouços jurídicos ultrapassados, especialmente aqueles com origem no direito romano.

Essa fuga tem três dimensões. Primeiramente, as corporações transnacionais tendem a acatar seletivamente as distintas legislações nacionais, optando por concentrar seus investimentos apenas nos países em cujo âmbito elas lhes são mais favoráveis (North: 1990; Martínez: 1998; e Pinheiro: 2000). Em segundo lugar, elas tendem a buscar alternativas ao processo tradicional e a se valer de instâncias alternativas especializadas, seja no âmbito governamental (por meio de autoridades administrativas independentes com poder de regulação, controle e fiscalização e capacidade técnica tanto para apreciar litígios complexos quanto para aplicar sanções), seja no âmbito social (por meio de negociação, mediações e de arbitragens) (Auerbach: 1983). Por fim, elas tendem a acabar criando muitas das regras de que necessitam e a estabelecer mecanismos de auto-resolução dos conflitos. Para as corporações transnacionais, as vantagens dessas estratégias são inúmeras. As discussões podem ser mais rápidas e objetivas. Códigos ultrapassados e linguagens empoladas podem ser substituídos por regras e ritos definidos pragmaticamente fora de intermediação do Estado. E as intervenções de operadores jurídicos sem formação especializada para compreender problemas técnicos podem ser evitados. Acima de tudo, produz-se economia de tempo, o que termina fazendo com que essa combinação entre rapidez decisória, simplificação processual e baixo custo seja convertida no padrão básico de avaliação dos procedimentos públicos e privados de resolução dos conflitos — padrão esse no qual os mecanismos extrajudiciais se destacam por uma eficiência e objetividade que os tribunais não têm como assegurar.

4.4 - Em termos *funcionais*, como foi concebido com a prerrogativa exclusiva de aplicar o direito positivo, sob a forma de uma ordem jurídica postulada como completa, coerente e livre de lacunas ou antinomias, o monopólio da Justiça vem sendo desafiado pela expansão de ordens normativas e práticas jurídicas que, quando não negam aos órgãos judiciais do Estado a exclusividade do exercício da função de dirimir conflitos de interesses, modificam drasticamente o conceito tradicional de jurisdição. Como mostra o quadro 14, são direitos autônomos e semi-autônomos, com regras, procedimentos e recursos próprios, entreabrindo a coexistência -por vezes sincrônica, por vezes conflitante- de diferentes normatividades. (Santos: 1995). No âmbito especificamente econômico, é esse o caso da *Lex Mercatoria* (o corpo autônomo de práticas, regras, códigos de conduta, cláusulas contratuais, termos padronizados e princípios mercantis constituído pela comunidade empresarial para auto-disciplinar suas atividades em escala internacional e propiciar critérios, métodos e procedimentos para a resolução de eventuais conflitos) e do *Direito da Produção* (o conjunto de normas técnicas formuladas para atender às exigências de padrões mínimos de qualidade, transporte e segurança dos bens e serviços em circulação no mercado transnacionalizado, de especificação de seus componentes, certificação da origem de suas matérias primas, de contabilização e controle de seus custos, etc).

QUADRO 14
TIPOS DE ORDENS NORMATIVAS E SUAS PRÁTICAS JUDICIAIS

TIPOS DE ORDEM CARACTERÍSTICAS	LEX MERCATORIA E DIREITO DA PRODUÇÃO	DIREITO INOFICIAL	DIREITO POSITIVO	DIREITO MARGINAL
O que está em jogo	Tensões Não declaradas publicamente	Conflitos materiais	Litígios Jurídico- processuais	Agressões
Objetivos	Relações continuadas	Soluções substantivas	Soluções formais	Contestação
Tipos de norma	Pragmático e casuísta	Soluções “ad hoc”	Direito codificado	Lei do mais forte
Racionalidade	Procedimental	Material	Formal	Irracional
Modo de formalização	Contratual	Negociação	Aplicação	Ausência de formalização
Tipo de procedimento	Transação/mediação	Conciliação/arbitragem	Decisão	Punição e e Repressão
Grau de institucionalização	Organização flexível e Sistemas auto-regulados	Campo social semi-autônomo	Campo Normativo estatal	Marginalidade social e criminal
Efetividade do Direito	Por aceitação e inclusão	Por adaptação Ao contexto	Pretensão de aplicabilidade universal	Desafio contínuo da ordem

Fonte: Adaptado de Rouland (1988: 447)

A partir desta perspectiva, o pluralismo jurídico resulta, ao nível infra-estatal, no advento de justiças técnico-profissionais constituídas à margem da jurisdição convencional e de justiças não-profissionais e informais (as comunitárias, por exemplo), ambas operadas basicamente com critérios de racionalidade material e circunscrevendo sua atuação a conflitos intra-grupos, intra-comunidades e intra-classes; e, ao nível supra-estatal, na proliferação de foros descentralizados de negociação e a multiplicação de órgãos técnico-normativos -como o *International Accounting Standards Committee*, a *International Organization for Standardization*, a *Internet Corporation for Assigned Norms and Numbers* e a *Associação Brasileira de Normas Técnicas*- criados para unificar normas contábeis, fixar parâmetros, homologar pesquisas, dar pareceres e promover arbitragens. Atualmente, a resolução de mais de 80% dos conflitos mercantis entre empresas de média e grande porte na economia globalizada já é feita por mediações privadas e arbitragens extra-jurisdicionais. Nos Estados

Unidos, a *American Arbitration Association*, uma entidade privada, conta com 57 mil árbitros inscritos em 35 filiais. Nesse país, há ainda 1.200 programas de *Alternative Dispute Resolution* e *Amicable Dispute Resolution*, com participação de vários setores governamentais, profissionais de diferentes áreas e distintas nacionalidades. Sediada na França, a *Chambre International du Commerce*, igualmente privada, coordena mais de 750 arbitragens em 30 diferentes países, envolvendo partes de 90 distintas nacionalidades. E, em Portugal, seis centros de arbitragem de conflitos de consumo fornecem um serviço integrado (informação jurídica, conciliação, mediação e decisão arbitral) e já resolvem o equivalente a um terço dos litígios de responsabilidade extra-contratual que chegam ao Judiciário (Cf. **Público**, Lisboa, 7 /4/ 2001; e Pedroso: 2001).

4.5 - Diante da crescente autonomia dos diferentes setores da vida social propiciada pela globalização econômica, com suas racionalidades específicas e por vezes incompatíveis entre si levando à ampliação dos sistemas auto-organizados e auto-regulados, a Justiça foi conduzida a uma crise de identidade funcional. Por um lado, o Estado do qual faz parte, ao promulgar leis, cada vez mais é obrigado a levar em conta as variáveis internacionais para saber o que de fato pode regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. Por outro lado, os tribunais e os demais poderes do Estado também já não podem mais almejar disciplinar contextos sociais heterogêneos e complexos por meio de normas ou “constituições-dirigentes” Daí as estratégias de desregulação e deslegalização que têm sido adotadas desde os governos Reagan e Thatcher, estendendo-se dos Estados Unidos e da Inglaterra para o mundo inteiro, paralelamente aos programas de privatização dos monopólios públicos e à substituição das instituições governamentais de bem-estar coletivo e dos mecanismos estatais de seguridade social por seguros privados, ampliando o intercruzamento de distintas ordens normativas.

5. A Justiça e os processos de desregulação e deslegalização

O que tem estimulado a proliferação dessas estratégias é o pragmatismo de legislador contemporâneo. Por um lado, ele se conscientizou de que, ao tentar usar o direito positivo como instrumento de controle e direção econômica, abarcando as mais dispersas matérias, o Estado do Bem-Estar dos anos 60 e 70 tentou ir além do que a lógica e a racionalidade jurídica advinda da modernidade liberal - burguesa permitem. Por outro, com mecanismos

normativos excessivamente simples para lidar com questões extremamente diferenciadas, e sem condições de ampliar a complexidade de seu ordenamento normativo e de seu aparato judicial ao nível equivalente de complexidade dos problemas sócio-econômicos, o legislador optou pela alternativa da desregulamentação e deslegalização. Afinal, se quanto mais tentar controlar e dirigir menos conseguirá obter resultados satisfatórios, o que ficou evidenciado desde a crise “fiscal” e pela crise de “ingovernabilidade sistêmica” desse tipo de Estado no decorrer dos anos 80, não resta ao legislador outra saída para preservar sua autoridade funcional: ou seja, quanto menos tentar disciplinar e intervir, menor será o risco de ser desmoralizado pela inefetividade de seu instrumental regulatório.

A conseqüência desse paradoxo tem sido uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas internos e externos, nos planos micro e macro. Enquanto uma parte dos direitos nacionais vem sendo internacionalizada pela expansão da *Lex Mercatoria* e do *Direito da Produção* e por suas relações intrincadas com as normas emanadas dos organismos multilaterais, outra parte vem sendo esvaziada pelo crescimento de normas “privadas”, no plano infra-nacional, na medida em que as corporações transnacionais, valendo-se do vazio normativo deixado pelas estratégias de desregulamentação e deslegalização, criam no âmbito de suas cadeias produtivas as regras de que precisam e jurisdicizam suas áreas de atuação segundo suas conveniências. Desregulamentação e a deslegalização no plano do Estado significam, desta maneira, a re-regulamentação e a relegalização no plano da sociedade (Santos: 1995) - mais precisamente, ao nível das organizações privadas capazes de, por exemplo, promover investimentos produtivos, trazer tecnologia de ponta, oferecer empregos, etc.

Contribuindo assim para acelerar a crise de identidade da Justiça, o próprio direito positivo que ela é obrigada a aplicar, se encontra com sua estrutura lógico-formal erodida. Esse direito também vê destruída a tradicional *summa divisio* entre o público e o privado em torno da qual foi organizado. Tem sua organicidade fragmentada por uma multiplicidade de ramos jurídicos especializados, o que provoca a ruptura da unidade conceitual da cultura jurídica de cariz normativista e privatista da magistratura. E acaba sendo obrigado a responder às exigências de caráter social e econômico de modo casuístico, conforme o poder de voz, pressão e mobilização de empresas, sindicatos, ONGs, etc. O que resta daquele ordenamento legal originariamente estruturado com base nos princípios da completude,

coerência e inexistência de lacunas ou antinomias é substituído por uma legislação “descodificada”, que parece caminhar na direção de diferentes redes normativas, bem como na substituição dos “interesses gerais” (enquanto princípios “totalizadores” do sistema jurídico) por interesses corporativos conflitantes entre si. No limite, essa seria a legislação típica de um Estado semi-periférico que, não mais ocupando com exclusividade uma posição central exclusiva de controle da sociedade, é reduzido a um de seus sistemas funcionais, entre tantos outros. E é esse o caso do Brasil.

6. A Justiça no século 21

Com base no diagnóstico aqui esboçado, fica evidente que o Judiciário está perdendo o monopólio adjudicatório em muitas áreas, setores e matérias. Mas o tamanho dessa perda e o futuro da instituição, no Brasil, dependerão do modo como os tribunais irão se comportar em quatro importantes áreas.

6.1 - A primeira diz respeito às conseqüências sociais da transnacionalização dos mercados, da universalização da concorrência e da concentração do poder econômico. Como esses fenômenos são perversos, aprofundando a exclusão social à medida que os ganhos de produtividade são obtidos às custas da degradação salarial, da informatização da produção e do fechamento de postos de trabalho convencional, e como seu avanço provocou o surgimento paralelo de novas formas de criminalidade e ilícito econômico, exigindo respostas para as quais as instituições jurídico-judiciais não estavam preparadas para enfrentar, a simbiose entre marginalidade econômica e marginalidade social aumentou o papel do Estado, em matéria de preservação da ordem e da segurança. Isso porque, embora os “excluídos” venham perdendo condições materiais para exercer seus direitos fundamentais, eles não são dispensados das obrigações e deveres legais. Com suas prescrições normativas, o Estado os integra ao sistema jurídico em suas feições **marginais**, como inadimplentes, invasores, etc. (Faria: 1992 e 1993). Diante da ampliação da desigualdade, dos bolsões de miséria, da criminalidade e da propensão à desobediência coletiva por parte de alguns grupos situados na economia informal (perueiros, camelôs, sacoleiros, etc.), o Estado tem reforçado o caráter punitivo-repressivo das leis penais, obrigando os tribunais a aplicá-las com todo o custo que isso possa trazer para sua imagem. Enquanto no âmbito dos direitos econômico e trabalhista vive-se hoje um período de “flexibilização” e desregulação, no direito penal a situação é

inversa: registra-se aí uma crescente definição de novos tipos penais, muitas vezes justificadas em nome de combate ao terrorismo, ao crime organizado, às operações de lavagem de dinheiro ilícito e à imigração ilegal; o enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade, por meio do recurso a normas com “textura” aberta; a ampliação do rigor de penas já cominadas e da severidade das sanções; a aplicação quase irrestrita da pena de prisão; o encurtamento das fases de investigação criminal e instrução processual e a inversão do ônus da prova, com o comprometimento das garantias legais.

6.2 - A segunda área diz respeito às conseqüências do desequilíbrio dos poderes provocado inicialmente pela expansão do Estado do Bem-Estar, nos anos 60 e 70, e pela relativização de sua soberania a partir da década de 80, com o avanço da globalização. Se, num primeiro momento, em resposta a pressões sociais, o Executivo avocou a titularidade da iniciativa legislativa, “publicizando” o direito privado, “administrativizando” o direito público e “tecnicizando” a política, num segundo momento o conflito de competências entre esse poder e o Legislativo levou a Justiça a ser acionada como instância capaz de promover o desempate institucional e superar a paralisia decisória. Como os juizes têm de julgar com base no ordenamento jurídico e nos limites estritos dos autos os casos que lhes são apresentados, essa obrigação ganha relevância em face das já mencionadas transformações em andamento nesse mesmo ordenamento. Seja por causa do conflito de competências entre os três Poderes, seja porque a Justiça sempre tem de atuar num patamar de complexidade técnico-jurídico maior de que a do Legislativo e do Executivo, seja por causa da resistência de determinados setores sociais aos processos de desregulamentação e deslegalização, o fato é que, quanto mais cambiante for esse cenário, mais os tribunais são levados ao centro das discussões políticas, mais terão de assumir papéis inéditos de gestor de conflitos e mais dificuldades enfrentarão para decidir - um fenômeno disfuncional na economia globalizada, em cujo âmbito os protagonistas preferem concentrar seus investimentos em países sem tribunais congestionados, com ritos processuais simples, transparentes, rápidos e baixo potencial de intervenção.

6.3 – A terceira área é a das obrigações contratuais e diz respeito à distinção que o Banco Central brasileiro na gestão do PT tem feito entre o que ele chama de “sistema judicial eficaz” e “sistema judicial pró-devedor” (BC, 2003:10). Pela pesquisa de opinião mais confiável no âmbito da magistratura, a corporação teria optado pelo segundo modelo (Quadro

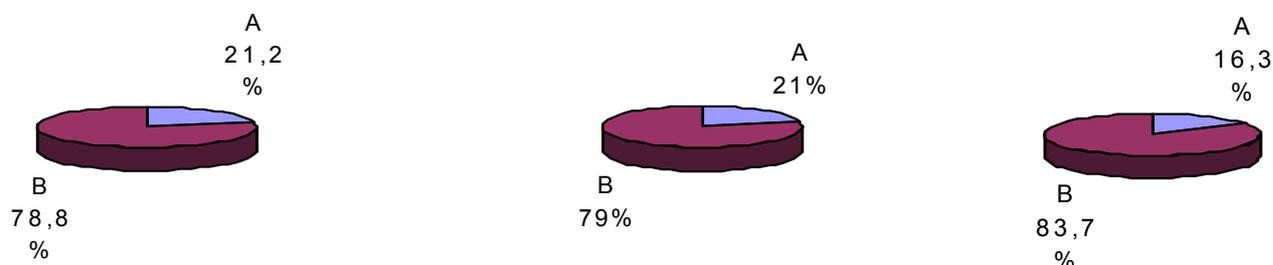
15). Segundo o Idesp, 78,8% dos juizes brasileiros consideram que, mais importante do que respeitar contratos, “é atender às necessidades sociais” (Sadek e Arantes: 1994; e Pinheiro: 2000). Essa opção favorece cidadãos e empresas em dificuldades financeiras, é justificável no plano moral ou ético e encontra fundamento legal no artigo 1º da Constituição de 88, que trata dos princípios fundamentais e consagra valores como dignidade humana e direito ao trabalho e à livre iniciativa. No entanto, ela tem conseqüências macroeconômicas importantes, pois os investidores tendem a sentir-se tão mais seguros quanto maior é o coeficiente de certeza jurídica dos países onde aplicam seus recursos (World Bank: 2001). Como já foi dito, isso exige o reconhecimento da propriedade privada, o cumprimento dos contratos, a proteção jurídica dos créditos e o estabelecimento das providências legais a serem tomadas no caso da impossibilidade de sua cobrança, além de tribunais rápidos e capazes de compensar, tanto em termos econômicos quanto em termos de segurança jurídica, a rejeição a outras formas de resolução de litígios. O jogo de mercado, como se vê, é incompatível com um “sistema judicial pró-devedor”, independentemente dos argumentos morais usados pela magistratura para justificar sua opção pelo social. Na lógica do mercado, quando os tribunais são previsíveis, rápidos e “imparciais”, os custos indiretos da infra-estrutura judicial nas transações econômicas tendem a serem baixos, constituindo-se em fator de atração de capitais e negócios. Inversamente, quando a Justiça é incapaz de fixar jurisprudência uniforme e tomar decisões previsíveis, ela gera custos adicionais que são transferidos ao preço dos empréstimos, por meio das taxas de risco. Decisões de investir ou de liberar créditos, nesta perspectiva, têm relação direta com a segurança que os investidores sentem nas formas de encaminhamento e de resolução de eventuais problemas jurídicos envolvendo seus recursos ou os tomadores de seus empréstimos. Quando a confiança é baixa e os resultados das transações econômicas não são nem seguros e previsíveis, para se proteger os investidores adicionam ao montante do investimento um valor de risco, antecipando-se às dificuldades legais e judiciais que poderão vir a enfrentar. Quando instituições financeiras têm dificuldades para retormar imóveis dados como garantia em financiamentos imobiliários e concessionários de serviços públicos não recebem a tarifa real acertada para o período de concessão, elas deixam de conceder esse tipo de empréstimo e de investir, respectivamente.

Quadro 15

Respeito aos contratos X atenção a interesses sociais menos privilegiados – em %

A – Os contratos devem ser respeitados, independentemente de suas repercussões sociais.

B - O juiz tem um papel social a cumprir, e a busca de justiça social justifica decisões que violem os contratos.



Fonte: Sadek: 1994 e Pinheiro: 2000

4 - A quarta área de atuação diz respeito aos tradicionais problemas de justiça “corretiva” ou “retributiva” e de ampliação do acesso aos tribunais. Foi para enfrentar esses problemas que, nas duas últimas décadas, o Judiciário procurou se desburocratizar e se “desoficializar” por meio de juizados especiais para as pequenas causas - os litígios de massa, abundantes e rotineiros, com pequeno valor material e já suficientemente “jurisprudencializados”. Embora tenham a aparência de uma justiça de segunda classe para cidadãos de segunda classe (Santos: 1996), numa sociedade como a brasileira não se pode subestimar a contribuição desses juizados para viabilizar o acesso de contingentes expressivos da população aos tribunais. Tanto isso é verdade que, em 2002, seu primeiro ano de funcionamento, os juizados especiais federais receberam 362.191 ações, tendo sido capazes de julgar apenas 35% delas (Quadro 16) (**Valor Econômico**, 15/04/03) Ocorre, porém, que a perversa distribuição de renda e as graves distorções por ela geradas levaram muitas matérias no âmbito da “justiça comutativa” a serem contaminadas por conflitos distributivos - o que, por consequência, acaba por converter “simples” questões triviais de direito positivo em questões de caráter inequivocamente político.

QUADRO 16
Juizados especiais federais
Balanco de 2002

Região	Ações protocoladas	Ações julgadas
1 ^a	95.814	26.741
2 ^a	39.810	18.216
3 ^a	18.545	7.390
4 ^a	185.207	65.080
5 ^a	22.815	1.385
Total	362.191	118.812

Fonte: Conselho da Justiça Federal

Essa contaminação tem sido evidenciada, algumas vezes, em matérias de interesse da maioria esmagadora da população como seguro-saúde, mensalidade escolar, previdência pública, rescisão de contrato trabalhista, etc. E, outras vezes, tem sido explicitada pelas próprias dissensões internas no âmbito da magistratura, sob a forma de movimentos de “juízes para a democracia”, juízes favoráveis ao “direito alternativo” e juízes só preocupados com a preservação de prerrogativas corporativas e vantagens funcionais. Diversamente destes últimos, os dois primeiros revelam consciência de que a ruptura da unidade do ordenamento jurídico, ao provocar um significativo aumento das possibilidades de escolha e decisão, abriu caminho para a politização da categoria. Mas divergem quanto à orientação política a ser adotada, estimulando o retorno, ao debate do tradicional problema relativo ao alcance e aos limites da hermenêutica jurídica. Em contextos sócio-econômicos estigmatizados por dualismos profundos e em contextos jurídicos fragmentados por normas contraditórias e fracamente articuladas por princípios gerais muito abertos, de que modo -eis o eixo central do debate- a interpretação poderia ser resumida a um simples ato de conhecimento (e não de decisão, ou seja, não-política) e de descrição de normas (e não de criação) ?

A primeira grande dúvida, portanto, é saber como a Justiça brasileira executará esses dois papéis conflitantes - um, de natureza punitiva, aplicável sobre os segmentos economicamente marginalizados e que lhe é imposto pelo caráter repressivo do novo arcabouço da legislação penal que vai surgindo em nome do combate ao terrorismo, ao crime

organizado e à imigração ilegal; outro, de natureza eminentemente distributiva, o que implica, além de vontade política, a adoção de critérios compensatórios e protetores em favor desses mesmos segmentos, tendo em vista a consecução de padrões mínimos de equidade, integração e coesão sociais.

A segunda grande dúvida é saber se os integrantes desse Poder, dos quais 50% são originários de famílias com ocupação no setor público (Vianna, Carvalho, Melo e Burgos, 1997:8), o que de algum modo condiciona a percepção e a mentalidade da corporação, têm consciência do alcance dessa contradição. E, também, se têm ciência de que superação dela exige uma discussão preliminar sobre a democratização da instituição - sob a forma, por exemplo, de "controles" mais efetivos, como a reivindicação dos juizes de primeiro grau de contar com representantes nos "órgãos especiais" dos tribunais. Afinal, como pode almejar ser o depositário da legitimidade democrática um Poder em que o arraigado *esprit de corps* de seus integrantes esvazia aos mecanismos de auto-fiscalização e auto-controle, levando a uma perigosa diluição de responsabilidades? Um Poder em que a elevadíssima auto-representação que seus integrantes fazem de si próprios se choca com a imagem de ineficiência, inépcia, opacidade e inacessibilidade com que é visto pelos usuários de seus serviços? Enfim, um poder internamente coeso e relativamente homogêneo, mas socialmente isolado e avesso a discutir seus problemas de forma aberta, que insiste em se apresentar como o único guardião dos valores da justiça e da invulnerabilidade perante as tentações do dinheiro e que, na maioria das vezes, exime-se de responder a cobranças por desqualificar *a priori* seus críticos, considerando-os "juridicamente desinformados"?

Pondo-se essas questões em termos mais objetivos: se é certo que quando enfrentam o Executivo e o Legislativo os tribunais brasileiros tendem a ser acusados de não ser uma instituição democrática, pois seu poder não deriva das urnas, não seria necessário então reformular os mecanismos de responsabilização disciplinar e legal da magistratura para refutar essa acusação? É ilustrativa, nesse sentido, a resposta dada por Perfecto Ibañez, do Tribunal Constitucional espanhol. "Se do que se trata é alcançar o máximo grau possível de racionalização do exercício do poder, de todas as expressões de poder estatal", diz ele, "a consciência da indubitável relevância adquirida por tais efeitos pela independência judicial e da necessidade de fazê-la efetiva frente a todos deve ser combinada com um eficaz funcionamento dos dispositivos legais de controle (a rigorosa motivação das sentenças, entre

eles) e uma ágil atuação dos mecanismos estatutários de responsabilidade (...). Trata-se de alcançar um difícil e delicado equilíbrio no qual a dimensão cultural (da magistratura), sempre mencionada e tão descuidada, exerce um papel essencial" (Ibañez, 1995:12).

Por isso, a terceira dúvida é saber se os magistrados brasileiros, neste momento de massificação da carreira, de desvalorização social, profissional e simbólica da corporação e de "mediatização" das atividades forenses, terão a sensibilidade e a mente alargada para extrair as lições desse debate. Ou seja:

(a) se terão consciência de que a Justiça, por ser um serviço público, está sujeita a restrições orçamentárias, motivo pelo qual sua modernização não pode ser confundida como sinônimo de construção de prédios e aquisição de computadores que jamais são usados em rede por todos os tribunais;

(b) se saberão adaptar à nova realidade sócio-econômica velhas práticas administrativas e uma cultura técnico-profissional assentadas em princípios tornados anacrônicos pela financeirização do capital, pela reestruturação produtiva e pela metamorfose do próprio direito, com a crescente convergência ou aproximação dos institutos, categorias e procedimentos da *civil law* aos da *common law*;

(c) se terão a percepção para descobrir que as reformas processuais, por serem sempre concebidas por juristas e operadores de direito com base nos recursos oferecidos pela dogmática jurídica, jamais conseguem mudar estruturalmente o funcionamento da Justiça, o que somente seria possível se a modernização da instituição fosse encarada como processo multidisciplinar, cujo sucesso depende da colaboração de profissionais de diferentes áreas fora do universo jurídico; e

(d) se conseguirão reformular e aperfeiçoar os mecanismos de recrutamento e seleção dos novos magistrados, que hoje desprezam a aptidão da função adjudicatória segundo critérios éticos e com base numa cultura de cidadania, limitando-se a avaliar os conhecimentos técnico-legais dos candidatos e valorizando uma cultura burocrática, o que é compatível com o papel do juiz-executor e do juiz-delegado (seção 2), mas que em hipótese alguma se adequam às complexas e inéditas questões hoje levadas aos tribunais.

7. Conclusão

Se nas fases rotineiras da sociedade o conhecimento cotidiano, organizacional e funcional é suficiente para que as instituições saibam determinar as diferenças entre o certo e o errado, o novo e o anacrônico, o bom e o ruim, nos períodos de transformações intensas e radicais atual, essas distinções ficam difíceis de serem reconhecidas e as incertezas se multiplicam (Santos, Marques e Pedroso: 1996). Nessas situações, por isso mesmo, as instituições são obrigadas a reformular suas regras cognitivas e a rever, aprofundar e refinar seus mecanismos de aprendizagem, para conseguir neutralizar riscos, poder se adequar aos novos ventos e até garantir as condições de sobrevivência.

É justamente a partir dessa aprendizagem que a magistratura brasileira pode conscientizar-se da encruzilhada em que hoje se encontra a instituição a que serve. Por um lado, e este é mais um juízo de fato do que de valor, a Justiça faz parte de um Estado cuja capacidade de iniciativa legislativa, autonomia decisória e base tributário-orçamentária têm sido postas em xeque pela transnacionalização dos mercados. Por outro, está situado num contexto social contraditório e explosivo, que nada lembra aquela idéia de sociedade como uma pluralidade de cidadãos livres, independentes e encarados a partir de sua individualidade, tão comum na cultura jurídica de cariz privatista; um contexto em que a cidadania, quando não é excluída e condenada ao universo da informalidade, é integrada e submetida ao “moinho satânico” do capital globalizado, com todos os custos sociais, políticos e morais que isso acarreta.

Acionada pelos “excluídos” para dirimir conflitos que afetam o processo de apropriação das riquezas e distribuição eqüitativa dos benefícios sociais, mas desprezada por muitos setores “incluídos” na economia transnacionalizada, que tendem cada vez mais a elaborar suas próprias normas, ritos e mecanismos de resolução de controvérsias, a Justiça brasileira é uma instituição que tem de redefinir seus espaços de atuação e forjar uma identidade funcional mais precisa. Se estão certos aqueles que afirmam não ter ela outra legitimidade a não ser a que lhe é dada por sua independência institucional, por sua eficiência funcional e por sua autoridade moral, essa legitimidade precisa ser permanentemente validada pela prática, no cotidiano de cada tribunal — e é por isso que a instituição e seus integrantes têm de mudar.

Bibliografia

ARANTES, Rogério Bastos e KERCHE, Fábio (1999) - *Judiciário e Democracia no Brasil*, in **Novos Estudos**, São Paulo, Centro Brasileiro de Análise do Planejamento (Cebrap), nº 58.

AUERBACH, Jerold S. (1983) - *Justice without law? Resolving disputes without lawyers*, Oxford, Oxford University Press.

BANCO CENTRAL (2003) – **Sistema Judicial e Mercado de Crédito no Brasil**, Notas Técnicas nº 35, Brasília.

CAMPILONGO, Celso Fernandes (2000) - **Política, Direito e Decisão Judicial: uma redescritção a partir da teoria dos sistemas**, São Paulo, tese de concurso.

CASTRO, Marcos Faro (1996) - *Los Tribunales, el derecho y la democracia em Brasil*, in **Revista Internacional de Ciências Sociais**, Paris, Unesco.

DWORKIM, Ronald (1997) - "Juizes políticos e democracia", in **O Estado de S. Paulo**, 20/3.

FARIA, José Eduardo (1992) - **Justiça e Conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

FARIA, José Eduardo (1993) - **Direito e economia na democratização brasileira**, São Paulo, Malheiros.

FITZPATRICK, Peter (1988) - "The rise and rise of informalism", in **Informal Justice**, Roger Matthews org., London Sage.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (1995) - "El Poder Judicial en momentos difíciles", in **Claves de Razón Práctica**, Madrid, Prisa.

IDESP (1993) - **A crise do Judiciário vista pelos juizes**, São Paulo, relatório de pesquisa, M. Teresa Sadek e Rogério Bastos Arantes orgs.

GUARNIERI, Carlos e PEDREZOLI, P. (1996) - **La puissance de juger**, Paris, Michalon.

MARTÍNEZ, Néstor Humberto (1998) - "Rule of law and economic efficiency", in **Justice Reform in Latin America**, Washington, Inter-American Development Bank.

MOREIRA, Vital (1997) - **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**, Coimbra, Almedina.

MORILLO, Joaquín Garcia (1996) - "Desparlamentarización, judicialización y criminalización de la política", in **La democracia post-liberal**, José Feliz Tezanos org, Madrid, Editorial Sistema.

NORTH, Douglas (1990) - **Institutions, institutional change and economic performance**, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press.

PEDROSO, João (2001) - *A construção de uma justiça de proximidade: o caso dos Centros de Arbitragem de Consumo*, in **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, nº 60.

PINHEIRO, Armando Castellar (1996) - **Judicial system performance and economic development**, Rio de Janeiro, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

PINHEIRO, Armando Castellar (2000) - **Judiciário e Economia no Brasil**, São Paulo, Sumaré.

ROULAND, Norbert (1988) - **Antropologie Juridique**, Paris, PUF.

SADEK, M. Teresa e ARANTES, Rogério Bastos (1994) - "A crise do Judiciário e a visão dos juízes", in **Revista USP**, São Paulo, USP.

SANTOS, Boaventura (1995) - **Toward a New Common Sense: law, science and politics in the paradigmatic transition**, London/New York, Routledge.

SANTOS, Boaventura, MARQUES, Maria Manuel L., PEDROSO, João, FERREIRA, Pedro L. (1996) - **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**, Porto, Afrontamento.

SANTOS, Wanderley Guilherme (1993) - **As razões da desordem**, Rio de Janeiro, Rocco.

TATE, Neal e Vallinder, Torbjörn (1997) - "The global expansion of judicial power, the judicialization of politics", in **The global expansion of judicial power**, New York, New York University Press.

VIANNA, L. Werneck; CARVALHO, Maria Alice R.; MELO, P.; Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann (1997) - **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**, Rio de Janeiro, Iuperj/Revan.

WALTMAN, Jerold L. (1998) - "The courts and political change in post-industrial society", in **The political role of law courts in modern democracies**, J. Waltmann e K. Holland orgs., London, MacMillan Press.

WORLD BANK (2001) - **Building Institutions for Markets**, Washington, World Development Report 2002, Oxford University Press.