

Ricardo Pereira Júnior

O DESAFIO MODERNO E O JUDICIÁRIO
Ordem Jurídica, Tempo, Espaço e Atuação da Justiça

Tese de Doutorado

Professora Orientadora: Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux

BANCA EXAMINADORA

Resultado: _____

São Paulo, ____ de _____ de 2010.

*Aos meus pais, Ricardo e Lourdes,
exemplo de força, trabalho e perseverança;*

*À minha mulher, Cassiana,
Ombro amigo e companheira de valor inestimável,
que ilumina meus caminhos e faz de todo o dia o melhor da minha vida;*

*Aos meus filhos, Carolina e Felipe,
que toleraram a minha ausência
e me impelem na busca de um futuro melhor.*

No teto, os deuses, reclinados em tronos dourados, olhavam para baixo, sorridentes e inexoráveis como o céu de verão. Julgavam-se eles eternos: uma bomba fabricada em Pittsburgh, na Pensilvânia, devia em 1943 provar-lhes o contrário.

(LAMPEDUSA, O Leopardo, p.227)

Sumário

Introdução	8
1. Quadro para o Estudo das Dificuldades do Judiciário	9
1.1. A Insuficiência do Positivismo Jurídico.....	20
1.2. A Importância dos Fatos e Valores.....	25
2. O Judiciário	33
2.1. O Judiciário no Estado Liberal.....	34
2.1.1. O Ambiente da Época.....	35
2.1.2. O Método Científico.....	37
2.1.3. A Administração Burocrática.....	39
2.1.4. A Organização Política Weberiana.....	46
2.1.5. Teoria Pura do Direito e Organização Burocrática.....	50
2.1.6. O Juiz e o Sistema Normativo.....	55
2.1.7. O Tempo do Direito Positivo.....	57
2.1.8. Direito como Ciência.....	60
2.2. O Judiciário no Estado do Bem-Estar Social.....	64
2.2.1. O Estado do Bem-Estar Social.....	65
2.2.2. A Nova Relação entre Tempo e Direito	68
2.2.3. A Alteração da Norma.....	70
2.2.4. O Juiz no Estado do Bem-Estar Social.....	72
3. A Crise do Direito	76
3.1. A Crise no Direito Positivo.....	78
3.1.1. A Inflação Normativa.....	80
3.1.1.1. Sociedade de Massas e Interesses do Estado.....	83
3.1.1.2. A Especialização do Conhecimento.....	90

3.1.1.3. Especialização e Burocracia.....	98
3.1.1.4. Especialização, Direito e Justiça.....	101
3.1.2. A Ruptura com a Tradição.....	110
3.1.2.2 Totalitarismo e Norma.....	111
3.1.2.3 Os Limites do Direito no Fato e na Moral.....	112
3.1.3. A Nova Operacionalidade da Norma.....	114
3.1.3.1. Multiplicação das Fontes de Direito.....	115
3.1.3.2. O Sistema Jurídico em Rede.....	118
3.1.3.3. Norma e Maleabilidade do Direito.....	120
3.1.3.4. Os Princípios e o Sentido do Direito.....	124
3.2. A Remodelação das Noções de Espaço e Tempo.....	132
3.2.1. A Aceleração do Tempo.....	133
3.2.1.1.O Tempo e a Expansão da Ciência.....	136
3.2.1.2.Tempo e Direito.....	137
3.2.1.3.Urgência e Informalidade do Direito.....	141
3.2.2. A Diminuição do Espaço.....	144
3.2.2.1.Ordens Jurídicas e Território.....	146
3.2.2.2.A Terra como Habitação Comum.....	149
4. A Crise do Direito no Judiciário.....	153
4.1. O Judiciário e a Burocracia.....	154
4.2. Discrecionariiedade e Poder.....	155
4.3. Os Círculos Viciosos Burocráticos.....	159
4.4. A Mentalidade Burocrática.....	165
4.5. A Resistência à Mudança.....	168
4.6. O Judiciário como Atividade Burocrática.....	170
4.7. Problematização da Lei e Judiciário.....	176

4.8. Técnica Jurídica e Profissão Judiciária.....	177
5. O Judiciário Moderno.....	182
5.1. O Novo Juiz.....	185
5.1.1. O Novo Condicionamento do Juiz.....	187
5.1.2. O Novo Quadro Jurídico.....	189
5.1.3. Os Novos Padrões de Atuação Profissional.....	192
5.1.4. Justiça e Certeza.....	196
5.2. O Novo Judiciário.....	202
5.2.1. A Nova Organização.....	210
5.2.2. Justiça de Pequenas Causas e Justiça Tradicional.....	212
5.2.3. Judiciário para Causas de Massa.....	216
5.2.4. A Execução.....	224
5.2.5. Mitigação da Burocracia.....	226
Conclusão.....	236

Introdução

O Judiciário sofre séria crise na atualidade, em razão das dificuldades que enfrenta. É notória a sua falta de eficiência para lidar com a multiplicidade de causas que são diariamente propostas nos tribunais. Intervencionista e garantidor, o Estado moderno cria uma plethora de normas que demandam a corporificação do direito lesado ou ameaçado pelo Judiciário. É sabido que a crescente complexidade econômica e social e a multiplicação de contatos humanos acabam por gerar conflitos que exigem solução estatal. Esse quadro cria uma espiral de demandas. Sabe-se, também, que a forma tradicional de operação das demandas pelo Judiciário é estruturada no discurso jurídico de teses alternadas, articulado por partes com legitimação estreita, conteúdo do pleito rígido e efeitos da decisão definidos caso a caso, tudo sempre temperado com exacerbado amor ao formalismo. Tal forma de atuação não atende à demanda de problemas trazidos a Juízo, que reclamam pronta solução jurídica.

O fenômeno não é exclusivamente brasileiro, embora haja peculiaridades que exacerbam as dificuldades do Judiciário no Brasil. Tem ele eco no mundo afora, em decorrência de vários fatores, como a troca de informações, proliferação excessiva de normas, mudança de valores e objetivos das demandas, dentre outros¹. Como respostas, surgem, por um lado, as *class actions* e ações civis públicas. Por outro, também se há pleito geral de reforma do Judiciário, como demonstra o documento emitido pelo Banco Mundial para fins de reforma do Judiciário na América Latina e Caribe², ou o documento *Access to Justice*³, emitido pelo Ministério da Justiça Inglês sob os auspícios de Lord Wolff. Nessa onda, foram levadas a efeito recentes reformas constitucionais no Brasil, para fins de alteração do funcionamento do Judiciário.

Os exemplos colocam indícios do problema a ser explorado na presente tese: o que leva à insuficiência da atuação do Judiciário na modernidade? Por que seu método de trabalho

¹ Antonio Carlos MARCATO, *A Crise da Justiça e a Influência dos Precedentes Judiciais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 37.

² Maria DAKOLIAS, *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe, Elementos para Reforma*.

³ Lord WOOLF, *Access to Justice. Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*.

tem sofrido tantas críticas? Descobertas as causas principais dos problemas, é possível uma resposta? Quais as armas necessárias para que se vença o desafio de fornecer em tempo hábil, compatível com as aspirações sociais, soluções de litígio a uma sociedade crítica, de crescente complexidade, em que há oferta de padrões legais e de justiça de alta mutabilidade, às vezes até contrastantes entre si?

Antonio Carlos Marcato, em recente tese, centrou o problema da crise da justiça nas causas do custo e duração do processo⁴. Coloca o autor que *“há muito se o debate sobre as causas da crise da justiça, sendo praticamente consensual a conclusão de que, entre seus fatores determinantes, merecem destaque o custo e a duração do processo”*.

Parte-se do honesto e técnico inconformismo manifestado na obra como passo inicial do presente estudo, focando-se nos problemas indicados pelo autor.

Na análise dos custos da justiça, há vários ônus causados pela sua movimentação.

Para as partes, o custo vem representado, em primeiro lugar, pela existência de dúvida quanto ao direito objeto de litígio, que gera repercussões diretas em outras relações jurídicas, virtuais ou já existentes. Por exemplo, quando se debate a regularidade de determinada obra pública e seus impactos ambientais, tais considerações resvalam, necessariamente, em opções de investimento que a própria parte ou terceiros podem ou devem realizar para mensuração da viabilidade do empreendimento. Em suma, o custo surge como reflexo da incerteza da interpretação do direito, seja do próprio direito material, seja da exposição ao risco de diversas interpretações jurisprudenciais quando de sua aplicação.

Tal dúvida também implica restrições das possibilidades de circulação de riquezas que a indecisão sobre a viabilidade do Direito produz. As opções econômicas desenvolvem-se à luz do Direito e, enquanto há controvérsias a seu respeito, tais opções apresentam risco

⁴Antonio Carlos MARCATO, *A Crise da Justiça e a Influência dos Precedentes Judiciais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 3.

maior, tratando-se de um custo lateral ao próprio direito colocado em dúvida. O custo é gerado, portanto, da falta de definição clara do conteúdo do Direito.

O custo das partes, ainda, pode vir representado pelos valores desembolsados para o patrocínio da causa, como honorários de advogados, peritos, assistentes técnicos, gastos com oitiva de testemunhas, oferta de recursos possíveis junto aos tribunais e acompanhamento de feitos em comarcas ou tribunais diversos. Quanto maior o número de variáveis envolvidas, maior será o custo enfrentado pelas partes para explorá-las no curso do processo. O custo, aqui, surge ligado à incerteza quanto ao tempo de duração do processo. Embora envolva a noção de despesa, ela é umbilicalmente ligada à noção de tempo para alcance de uma decisão.

O custo estatal, também de repercussão econômico-social, é aquele representado pelo uso da estrutura da Justiça. Embora sem dados no Brasil, país jejuno em Administração Judicial, é incontestável que o Judiciário é instituição burocrática que despense valores representados por suas instalações físicas, juízes, funcionários e custeio de insumos. Mais uma vez, a pluralidade de variáveis – de cunho de direito material a ser definido, ou de cunho processual, do caminho a trilhar na busca da solução definitiva do litígio – acaba por multiplicar tais custos.

A esse custo pode se estender a estrutura estatal auxiliar, montada pelo poder público, seja para patrocínio de causas juridicamente relevantes, seja para patrocínio do próprio Estado. Aqui se incluem o Ministério Público, as procuradorias e a defensoria pública, bem como as entidades administrativas que viabilizam a ação de tais entidades, como a Fazenda e a Polícia.

Em países da *Common Law*, em regra, tais custos, no todo ou em parte, são desembolsados pelos próprios litigantes. Tanto que, para que não houvesse penalização das partes, sugeriu-se, no relatório proposto por Lord Wolff, que *“as taxas da corte podem ter efeito adverso para o acesso à justiça se um litigante as considera superiores ao próprio remédio pretendido. Como parte da revisão das taxas da corte, é preferível ver o litigante*

*com meios modestos sendo protegido do indevido impacto das taxas majoradas. Também seria desejável ver as taxas das cortes estruturadas de forma a encorajar os acordos de procedimentos em intervalo razoável antes do julgamento, ao invés de acordo na última hora”*⁵. Constata-se, nesse trecho, o porquê do sucesso da arbitragem nos países da *Common Law*. O desenvolvimento de um cálculo técnico de custas e a exigência de seu desembolso pelas partes são elementos que tornam custosa a sustentação do litígio. A falta de parâmetros técnicos, no Brasil, para mensuração de tais despesas, a falta de sua exigibilidade racional através das custas judiciais e a falta de autonomia orçamentária do Judiciário fazem, em apertada síntese, que os custos sejam diretamente arcados pelo erário público, ou seja, são pagos de forma difusa pela própria sociedade.

De se ponderar que tal crise nasce, em parte, da noção econômica de que a relação entre o custo do investimento e o benefício recebido não é satisfatória, conforme ponderou *Lord Wolff* no trecho citado. Nesse quadro, não mais se justifica investimento público na estrutura judiciária, como ocorre no nosso país, ou não mais se justifica o uso do Judiciário, como ocorre na Inglaterra. Ambos os quadros contribuem para a reversão dos investimentos na Justiça para os meios alternativos de resolução de litígios.

De qualquer forma, neste último aspecto, aponta-se como causa do custo a manutenção de estrutura burocrática de organização da justiça.

Para investigação dos motivos da crise do Judiciário, é necessária a consideração de consequências fáticas, decorrentes de determinadas opções normativas geradas dentro do sistema legal. Supera-se a estrita discussão da interpretação da lei, para se apurarem os efeitos do Direito no mundo real. De fato, as repercussões da aplicação da norma no âmbito da economia, da política legislativa e da administração pública permitem mensurar o quanto o Direito promete e o quanto consegue cumprir. Em outras palavras, o grau de

⁵ “*Court fees can have an adverse effect on access to justice if a litigant regards them as putting the costs of litigation out of proportion to the remedy sought. As part of a review of court fees, I would therefore wish to see a position of the litigant of modest means being protected from the undue impact of increased court fees. I would also like to see court fees structures in a way which encouraged the appropriate settlement of proceedings at a reasonable interval before trial rather than at the last minute*”. Lord WOOLF, *Access to Justice. Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, p.205.

satisfação de expectativas pelo sistema jurídico somente pode ser mensurado à luz da situação de fato e sua respectiva exposição a uma valoração. Equações de custo e benefício, indispensáveis para a noção de eficiência, são completamente alheias a um sistema como o do direito positivo, fechado aos fatos.

Marcato, quando se refere aos precedentes, coloca, em sua tese, a relevância da *“adoção dos precedentes judiciais como técnica de julgamento, mormente – embora não exclusivamente – no que se refere à súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e suas consequências na atividade judicante das instâncias inferiores”*⁶.

A adoção dos precedentes, no dizer de Dinamarco, citado por Marcato na mesma obra, volta-se a solucionar *“a angustiosa realidade do Poder Judiciário brasileiro, sobrecarregado e moroso”*⁷. Ainda citando Dinamarco, a súmula tem clara pretensão de permitir a pronta imposição de *“preceitos normativos legitimamente postos na ordem jurídica nacional, tanto quanto as leis. Quem emitirá esses preceitos será um órgão expressamente autorizado pela Constituição Federal e essa autorização era e é vital para todos que se interessem pela presteza na oferta do acesso à Justiça”*⁸.

O quadro levantado por Marcato, portanto, reforça como corresponsáveis pela crise da justiça a necessidade de unificação de entendimentos, em especial para justificar a criação da súmula vinculante, o excesso de serviço e a morosidade da justiça.

A questão do custo é ligada à noção do tempo do processo e da pluralidade de interpretações divergentes a respeito do conteúdo da lei. Embora se reconheça que o custo em si seja um componente relevante do problema, ele é brutalmente exasperado pela duração do processo, e sua defasagem em razão do tempo social. Daí a preocupação com

⁶Antonio Carlos MARCATO, *A Crise da Justiça e a Influência dos Precedentes Judiciais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 4.

⁷ Cândido Rangel DINAMARCO, *Efeito Vinculante das Decisões Judiciais, Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo II, n. 614, p. 1.123, *in* Antonio Carlos MARCATO, *A Crise da Justiça e a Influência dos Precedentes Judiciais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 5.

⁸ Cândido Rangel DINAMARCO, *O Processo Civil na Reforma Constitucional do Poder Judiciário*, p. 298, em Antonio Carlos MARCATO, *A Crise da Justiça e a Influência dos Precedentes Judiciais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 5.

as medidas de urgência, característica dos dias atuais, em que o Direito se firma mais como um objeto de consumo indispensável para a vida moderna, do que como produto racionalmente concebido, ponderado e durável, visando à construção política de uma convivência pública.

Da mesma forma, a preocupação com os custos de identificação do sentido do sistema normativo, cada vez mais pejado de normas, e a definição de uma interpretação legal uniforme, com a eliminação da pluralidade de interpretações através da súmula vinculante, também esbarram na questão da certeza da aplicação da lei, que tem seu conteúdo cada vez mais confuso e conflitante, a refletir a multiplicidade de fontes normativas atuais. A súmula vinculante é, portanto, somente uma resposta que se tenta dar ao problema da relação entre o tempo e a complexidade criada pela convivência de muitas fontes normativas, sejam elas dadas por preceitos jurídicos ou sua interpretação pelos tribunais.

A complexidade normativa, por seu turno, reflete a progressão do conhecimento humano, que projeta a especialização das ciências no âmbito do Direito.

A simples incorporação, pelo Direito, dos dados da ciência através de regulamentações progressivamente mais complexas, divididas em nichos separados ou até em correntes de conhecimento diferentes, é um movimento que acentua o crescimento errático do sistema normativo. E, numa visão puramente positivista, uma avaliação quantitativa de propostas normativas escapa ao estudioso do Direito. Não incorporada a proposta normativa ao direito positivo, sua pressão é dado sociológico de fato, irrelevante para o juspositivista. E mesmo após a geração da norma, não é viável trabalhar-se com a noção de quantidade de normas, mas somente sua qualidade, dentro do estreito âmbito de sua coerência no sistema piramidal.

A geração de normatividade conflitante, por fim, reflete na criação de uma pluralidade de direitos subjetivos também conflitantes. A principal forma da solução de conflito de interesses, dentro de um Estado de Direito, passa pelo Judiciário, que fica sobrecarregado.

Com isso, por trás dos custos e da adoção da súmula vinculante, os reais motivos da crise da justiça residem na concepção atual de tempo e espaço, na pluralidade normativa e na burocratização da Justiça. O foco na relação entre tempo, uniformidade e atuação da justiça, se não é capaz de solucionar o problema da crise da justiça, traz a lume, a nosso ver, as principais causas da insatisfação com o produto que o Judiciário oferece, permitindo-se uma melhor estratégia para configuração de novos paradigmas operacionais para o Judiciário moderno.

Bobbio coloca que há três tipos de relações entre sistemas jurídicos, nos âmbitos temporal, espacial e material. Quando dois ordenamentos têm em comum os âmbitos espacial e material, mas não o temporal, há dois ordenamentos que se sucedem no tempo. Quando dois ordenamentos têm em comum o âmbito temporal e o material, mas não o espacial, há o relacionamento jurídico entre dois estados contemporâneos, que incidem em matérias diferentes. Por fim, quando dois ordenamentos têm em comum o âmbito temporal e o espacial, mas não o material, há sua incidência simultânea sobre o mesmo território e tempo, com regulamentações diferentes⁹.

Tal descrição, clara e nítida para um quadro de direito positivo, complica-se no quadro jurídico atual.

A cronologia jurídica decorrente do positivismo choca-se com as demandas existentes na sociedade atual. De fato, a aceleração do tempo coloca em questão a metodologia de trabalho do profissional do Direito, criando pressão externa no sentido de tornar urgentes todas as demandas legais e embaralhando a legislação no tempo.

Temos, ainda, fronteiras cada vez mais fluidas, com o avanço da globalização e a diminuição da sensação do espaço, em razão da aceleração dos meios de comunicação e de transporte. Há, também, a crescente relevância das normas internacionais e transnacionais, tratados, normas comunitárias e regras de contratos internacionais. Tal complexo de normas é direcionado não somente a grandes entes públicos ou privados, mas franqueado

⁹ Norberto BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p.176-177.

ao cidadão comum. No quadro de comunidades econômicas e dos tratados internacionais, temos, ainda, a possibilidade de criação de competências administrativas, legislativas e judiciárias concorrentes, senão conflitantes, que se embaralham, tornando o direito complexo e contraditório¹⁰. Ambientes como a internet permitem atos jurídicos virtuais, sem topologia física. Toda essa pluralidade de fontes de normas cria titularidades de direitos subjetivos que se multiplicam como efeito da redução de fronteiras e intensidade do tempo. Tal complexidade vulnera a noção tradicional de território e relativiza o espaço de aplicação da lei.

Por consequência, a pluralidade normativa cria multiplicidade de direitos materiais em razão da coexistência de várias fontes normativas, incidentes sobre o mesmo espaço e ao mesmo tempo. Há, também, a pluralidade de direitos subjetivos potencialmente colidentes, que geram conflito de interesses.

A forma tradicional e burocrática de atuação do Judiciário, em vista de tal situação, não mais é viável. As novas demandas sociais de espaço e tempo e o conhecimento da qualidade do instrumental jurídico hoje disponível permitem desenvolver novas linhas de trabalho que indiquem saídas do sistema de burocratização, que, pelas tendências atuais, tende a ser reforçado.

Como alerta Posner, a educação jurídica tradicional permite a explicação da explosão das demandas judiciais. Os métodos convencionais de análise jurídica pareciam frágeis para lidar eficazmente com os problemas que estavam por vir. Nem os melhores advogados de formação convencional estavam preparados para tratar o Direito além da análise jurídico-doutrinária. E ataca, ao final, palestra formulada por Warren Seavey, em que, a despeito da menção a necessidades da comunidade moderna e a elaboração de critérios justos de decisões pelos juízes americanos, o palestrante não especifica as necessidades da comunidade moderna e, tampouco, os critérios de justiça¹¹.

¹⁰ Jean Marie PONTIER, *La Problématique du Territoire e du Droit*, p.39-62.

¹¹ Richard A.POSNER, *Problemas de Filosofia do Direito*. p. 575-576.

Não muito longe das críticas de Posner, nesta obra, optamos por passar ao largo de um conceito de justiça. Outros, muito mais capacitados, tentaram alcançar o conceito sem sucesso definitivo. Temos o mesmo receio de Kelsen: tal conceito é arredo, variando conforme contingências históricas, econômicas e políticas. O que nos importa é, funcionalmente, delimitar como se chega a tal conceito, caso a caso, e quais os vetores relevantes para nortear esse procedimento no mundo moderno. A resposta é relativista na definição de justiça, para se adequar a um mundo cada vez mais aberto e pluralista. Evita-se, contudo, o racionalismo vazio, buscando-se a iluminação dos caminhos de operação do Direito pelos princípios.

Também não é nossa pretensão buscar tal definição através do estudo do processo. O direito positivo, porque contingencial e dependente de leis fixadas num determinado quadro normativo, apresenta visão estreita do fenômeno jurídico, cujo alcance vai além da norma. A nós incita mais a definição de linhas operacionais gerais do sistema. Atrás do direito posto, aliás, vem uma relação de poder, uma vez que todo o direito positivo exprime uma concepção extraída da Filosofia do Direito, e é fruto de uma atividade política, na qual se procurou sobrepor determinado valor socioeconômico a alguns outros, conforme aponta Losano¹². Esse sentido maior, que não se deslumbra com o fenômeno normativo, é apto a expor o desenvolvimento do nosso pensamento.

Por fim, adota-se a tipologia dos juízes – O Juiz Júpiter, o Juiz Hércules e o Juiz Hermes, proposta por François Öst¹³, mais adequada ao desenvolvimento histórico-temporal adotado no presente trabalho, cujo foco não é tanto o posicionamento político do juiz dentro do sistema estatal, mas apenas a constatação de determinadas pressões relevantes sobre o sistema judicial e a elaboração de hipóteses dos motivos de não resposta, para propostas de sua superação. Por isso, embora valiosa, não foi adotada a tipologia de Campilongo do juiz executor, juiz delegado, juiz guardião e juiz político¹⁴, que envolve também características de atuação próprias do magistrado e do sistema jurídico-político em que está inserido. A descrição mais genérica de Öst permite maior síntese e precisão à luz da nossa metodologia sistemática de trabalho.

¹² Mario G. LOSANO, *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, p. 5.

¹³ François ÖST, *Júpiter, Hércules e Hermes: Los Tres Modelos de Juez*.

¹⁴ Cesar Fernandes CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, p. 46-57.

A via adequada para tais questionamentos é justamente a Filosofia do Direito. Através dela, buscamos o direito desejável, enquanto, no direito positivo, desenvolve-se a análise da lei sob o prisma do direito posto, objeto da ciência jurídica nos seus níveis inferiores de abstração, como pontua Losano¹⁵. Pretende-se ver a ordem jurídica além do direito positivo, para resolver problemas que ele não resolve.

É esse o objetivo que nos move. Valemo-nos não só do ferramental da Filosofia do Direito, mas também da sociologia jurídica e do direito positivo para a modesta tentativa de localizar elementos problemáticos que reclamam modificação na forma de atuação da justiça nos tempos atuais, e propor novos paradigmas de funcionamento para uma justiça moderna e efetiva.

Por fim, consideramos que a modernidade não é um processo acabado, razão porque, por cautela, repudiamos a noção do pós-modernismo. Por isso, o foco da atuação da justiça na modernidade, no sentido de contemporaneidade.

Iniciamos nosso trabalho com o reconhecimento da relevância da concepção positivista não como metodologia de estudo, mas como seu objeto, a explicar uma determinada concepção histórico-temporal do Direito e do Judiciário, dentro de um regime liberal, passando-se, em seguida, para a análise dos elementos norma e Judiciário no regime do estado do bem-estar social, estágio que, acreditamos, é aquele em que ainda se encontra. A seguir, apontamos o impacto da proliferação de leis e suas causas, bem como as novas noções de espaço e tempo, que caracterizam a sociedade atual. Numa parte final, tentamos levantar as características internas do Judiciário e, em especial, suas fraquezas e possibilidades atuais, para, em seguida, fechar o trabalho com a pretensão de traçar um novo perfil para sua atuação, tendo em foco a nova noção de operacionalidade normativa, as noções atuais de tempo e espaço, e de como o Judiciário não somente deve lidar com elas, mas, principalmente, como deve alterar as rotinas de trabalho para assumir sua

¹⁵ Mario G. LOSANO, *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, p. 5.

responsabilidade como instituição preponderante no fechamento do sistema jurídico moderno.

Não há dúvida de que se trata de uma tarefa árdua. Mas, para o estudante da lei, o Direito é o Mar Português de Fernando Pessoa. Deus o dotou de perigos e abismos, mas nele espelhou o céu.

1. Quadro para o Estudo das Dificuldades do Judiciário

Para formação de um quadro teórico para estudo do Judiciário na modernidade, é indispensável uma análise de elementos externos ao próprio sistema jurídico. Com efeito, a visão positivista do sistema não tem condições de avaliar os motivos da proliferação normativa. Questões sobre a qualidade e quantidade de normas fogem à concepção de norma pura, dependendo de valorações que vão além da apreciação da legalidade estrita. Ainda, questões como a modificação das concepções tradicionais de tempo e espaço e seu descompasso com o ambiente normativo tradicional são questões das ciências factuais, alheias ao estudo do direito posto.

Neste passo, no desenvolvimento do presente trabalho, a doutrina tradicional juspositivista deve ser objeto de estudo, e não o seu pressuposto metodológico. De fato, o estudo do Direito pelo foco de vista positivista implica a insuficiência da percepção dos sérios problemas que criam a crise do Direito nos dias atuais. Além disso, ainda que se perceba a relevância de tais problemas, a resposta tradicional do sistema jurídico é da legiferação. Embora tal resposta seja relevante para o jurista, os efeitos de proposituras legislativas incorretas ou em excesso, formuladas sem atenção aos efeitos da enxurrada de normas que marcam os sistemas legais em nossos dias, acabam por exacerbar o problema, ao invés de resolvê-lo.

Assim, a correta calibração do sistema jurídico depende da análise de fatores externos ao fenômeno normativo. Isso exige uma compreensão do Direito que vá além da norma posta como seu fenômeno central, focando também elementos sociais que têm impacto relevante na compreensão e atuação do Direito, e que nutrem diretamente a insatisfação com os sistemas jurídicos. Nesse quadro, aliás, é de fundamental importância a noção de que o Judiciário, nos dias atuais, representa o elemento nervoso terminativo do sistema jurídico, de cuja atuação depende o fechamento da eficácia de todo o ordenamento.

1.1. A Insuficiência do Positivismo Jurídico

Como relacionar Direito, conhecimento, tempo, espaço e valores, para se aferirem os porquês da dissonância entre o que a justiça oferta e o que se espera da justiça em tempos modernos?

Tradicionalmente, tempo e Direito entrecruzam-se em situações específicas, sendo inegável que o Direito se vale do tempo para operacionalizar certos institutos. É o caso, por exemplo, da prescrição e da decadência, da anistia e da irretroatividade da lei.

Tais noções, tradicionais, não refletem a noção de tempo da sociedade moderna.

A visão monista do Direito como norma - criada de forma genérica pelo legislador, ou criada de forma específica no caso concreto pelo juiz, como esposado por Kelsen - é alheia, senão avessa à noção de tempo. Com efeito, coloca Kelsen que *“Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria a cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente”*¹⁶. A visão calca-se na análise formal da norma em abstrato para fins de conferência da legalidade. Em primeiro lugar, afere-se a autoridade legalmente constituída para a apuração da legalidade. Em segundo, aplica-se o processo a ser seguido para apuração de violação hipotética da norma. E, também, ao final do processo, a alternativa de se aplicar o conteúdo da sanção, a ser imputada ao violador, ou ao contrário, a definição de conduta legalmente tolerada, porque a ela não se atribui sanção. *“Quando a ordem jurídica liga a um determinado fato, como pressuposto, uma determinada consequência, precisa determinar também o órgão pelo qual e o processo no qual o fato condicionante é verificado no caso concreto. A ordem jurídica pode conferir poder a este órgão para determinar ele próprio o processo, segundo*

¹⁶ Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 255.

*a sua descrição; no entanto, órgão e processo têm de ser determinados – direta ou indiretamente - pela ordem jurídica, para que a norma geral, que liga àquele fato uma consequência, possa ser aplicada ao caso concreto”*¹⁷.

A tese monista é perfeita para solução de litígios na forma tradicional. Por isso, sua força durante tanto tempo, a permanecer até hoje. Nunca se foca na atuação conjunta do Judiciário, mas na aplicação da lei, caso a caso, lastreada apenas na apuração formal de suas fontes. Na realidade, insere-se na ótica de que a matéria prima da decisão judicial já é arranjada e eleita pelo legislador como uma *Best Option*, tornando completo o quadro normativo com a sua transformação em material genérico por material específico pelo juiz, porque vinculante no caso concreto às partes e fatos envolvidos na causa.

Tal quadro foca-se na árvore, mas ignora a floresta. Com efeito, talvez por seus fins didáticos e de rigorismo formal, como coloca Losano¹⁸, deixa de revelar várias dificuldades que o aplicador do Direito hoje encontra.

Uma delas é o risco de pluralidade de decisões conflitantes dentro de um mesmo quadro normativo para fins de definição de parâmetros claros de legalidade. A multiplicidade de legislação, e mesmo de sua interpretação, é questão importante para definição de parâmetros de conduta. Tal questão é relegada ao abandono pela irrelevância da interpretação dentro do sistema kelseniano, que tolera a multiplicidade de decisões em razão da relevância da legalidade formal na produção da decisão dentro de um esquema jurídico. Nas palavras do próprio Kelsen, “*dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela está contida na moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral*”¹⁹.

Outro problema da doutrina monista é a irrelevância do mundo fático para o Direito. Com efeito, Kelsen, na sustentação da pureza da ciência do Direito, “destila” o Direito do

¹⁷ Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 257.

¹⁸ Mario G. LOSANO, *Modelos Teóricos, Inclusive na Prática: da Pirâmide à Rede*, p.269.

¹⁹ Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 366.

mundo fático, daí excluindo, portanto, a conduta humana que é justamente o objeto principal de regulação. Coloca o autor, claramente, que *“A conduta real a que se refere o juízo de valor e que constitui o objeto de valoração, que tem um valor positivo ou negativo, é um dado da ordem do ser, existente no tempo e no espaço, um elemento ou parte da realidade”*²⁰. Direito e fato divorciam-se, para fins de construção científica de um conceito de juridicidade abstrato.

Da mesma forma, o valor, que inspira a legiferação, é contingenciado, referente a determinado momento social e histórico, de natureza flutuante. Coloca Kelsen que *“na medida em que as normas que constituem o fundamento dos juízos de valor são estabelecidas por atos de uma vontade humana, e não de uma vontade supra-humana, os valores através delas constituídos são arbitrários. (...) Por isso, as normas legisladas pelos homens – e não por uma autoridade supra-humana – apenas constituem valores relativos”*²¹. No âmbito do Direito, contudo, somente se pode *“determinar a relação de uma determinada conduta humana com um ordenamento normativo, ou seja, afirmar que esta conduta está de acordo ou não está de acordo com o ordenamento, sem ao mesmo tempo tomarmos emocionalmente posição em face dessa ordem normativa, aprovando-a ou desaprovando-a”*²².

No ambiente em que foi concebida a Teoria Pura do Direito, efetivamente, a falta de conceitos claros para a busca de uma decisão justa deveria ser um tormento para o julgador. Primeiramente, o Jusnaturalismo e, após, o Liberalismo econômico e político do século XIX, que organizaram racionalmente a lei em estruturas rígidas, concebidas como ordens, viram-se desafiados pelo surgimento das teorias socialistas e suas respectivas respostas no âmbito da democracia liberal. Diferentes explicações a respeito da sociedade ofertavam multiplicidade de conceitos de justiça e ideologizavam a discussão sobre a justiça da decisão.

Uma das preocupações principais de Kelsen era justamente dotar o Direito de precisão, através da criação de critérios objetivos de decisão. Como pondera Bobbio, *“A teoria pura*

²⁰ Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p.19.

²¹ *Ibid.*, p.19.

²² *Ibid.*, p.23.

do Direito é (pretende ser) posto que teoria científica, uma doutrina completamente desideologizada (exatamente como a sociologia de Pareto). Uma das operações a que Kelsen se dedica com enorme satisfação é a de eliminar partes inteiras da dogmática jurídica tradicional, destacando sua origem ideológica e rebaixando as teorias anteriores, a ideologias mascaradas” ²³. Supera-se, assim, a definição de Justiça como conceito padrão de operacionalidade do Direito, que, depurado de conceitos vinculados a valores contingenciais, somente se apegua à lei como único parâmetro isento de fixação de condutas.

A preocupação de isolar o Direito de outros elementos que não fossem o objeto específico da ciência jurídica decorre das características do pensamento científico do final do Século XIX. Era característica das ciências de então a afirmação de independência de outras áreas de conhecimento, e o desenvolvimento de sistemas, com métodos e objetos próprios de estudo. Coloca Bobbio que a *“Kelsen partilhou com alguns dos maiores estudiosos contemporâneos, no âmbito das ciências sociais, a tendência à descoberta do sistema como meta última da pesquisa, entendido o sistema como a totalidade cuja estrutura, uma vez individualizada, permite explicar a composição, o movimento e a mudança de cada uma das partes”* ²⁴.

Nesse momento a ciência jurídica firma-se como autônoma, exibindo ao mundo seu campo de estudo, regras e linguagem, com objeto e normas próprias para desenvolvimento de estudo. Como coloca Celso Lafer, *“A Filosofia do Direito entendida como Teoria Geral do direito formal encontrou, no século XX, um grande apoio metodológico no positivismo lógico e no conceito de cientificidade baseado no rigor, ou seja, na coerência de um enunciado com os demais enunciados que com ele forma um sistema. Uma linguagem é rigorosa, nesta acepção, ensina Bobbio, quando estão perfeitamente dadas as regras de formação das proposições iniciais e as regras de transformação por meios das quais se passa das proposições iniciais às sucessivas. Daí o aprofundamento da análise estrutural do Direito pela lógica deôntica e o esforço de construir uma Teoria Geral do Direito como um sistema fechado e coerente de proposições definidas”* ²⁵.

²³ Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*, p. 194-195.

²⁴ *Ibid.*, p. 197.

²⁵ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 54-55.

Ocorre que o sistema legal hermeticamente concebido como autônomo na Teoria Pura do Direito não é suficiente para explicar o fenômeno jurídico em sua completude. Embora se reconheça a sua fundamental importância para descrever cientificamente o núcleo do funcionamento do sistema jurídico, marginaliza elementos importantes que permitem ao Direito o seu contínuo aprimoramento.

Bobbio, acertadamente, aponta a crise do modelo monista para um estudo atual do Direito. Segundo ele, os juristas, agora, saem do “*esplêndido isolamento*”²⁶. Isso porque são questionadas as fontes tradicionais de normas jurídicas, com a emergência de outras fontes de Direito, com produção jurídica extralegislativa²⁷. Dessa forma, e usando a comparação com o contrato coletivo, vislumbra-se a necessidade de produção normativa coletiva, entre grandes grupos e poderosas associações, de grande impacto no mundo jurídico, tornando-se o jurista cada vez mais sensível ao mundo da práxis²⁸. Como alvo de tal ação, há a necessidade de conciliação das duas grandes funções distintas do Direito: “*tornar possível a convivência de indivíduos (ou grupos) que perseguem, cada qual, fins individuais, e tornar possível a cooperação de indivíduos (ou grupos) que perseguem um fim comum*”²⁹. Aponta, então, as condições favoráveis para um estudo do Direito em que o objeto de estudo não se foca nas regras do sistema dado, mas “*na análise das relações e dos valores sociais a partir dos quais se extraem as regras do sistema e que, longe de se considerar, como por muito tempo foi, uma ciência autônoma e pura, busca, cada vez mais, a aliança com as ciências sociais, a ponto de considerar a si própria como um ramo da ciência geral da sociedade*”³⁰.

Mais à frente, Bobbio coloca que o modelo kelseniano de análise funcional foi gerado num momento em que a sociedade se transformava, criando diferente função para o Direito. Hoje, o Direito superou o modelo de forma de controle social, passando por um estado intervencionista interessado no fomento de certas atividades, a se constituir como uma forma de controle e direção social, para, finalmente, se chegar ao fenômeno da sociedade

²⁶ Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*, p. 33.

²⁷ *Ibid.*, p. 41.

²⁸ *Ibid.*, p. 42-43.

²⁹ *Ibid.*, p. 44.

³⁰ *Ibid.*, p. 46.

de massas. Isso é demonstrado não só através da superação da norma como sanção negativa, mas também pelo fenômeno de leis de incentivo, que não se explicam no sistema kelseniano³¹.

Neste passo, portanto, vê-se que, embora válido para fins explicativos, o sistema kelseniano superado para captar o fenômeno do Direito em sua amplitude. Ao contrário, fixa-se – e isso é certo – na principal manifestação de forma de constituição do Direito, mas não explica elementos essenciais que devem nortear o sistema, dando-lhe dinâmica e razão de ser.

1.2. A Importância dos Fatos e Valores

Insuficiente a norma, há que se temer a abertura para o mundo dos fatos. É necessário que o Direito seja aberto à realidade, para se aferir se ele atinge os fins a que se dispõe. A falta de diálogo entre o Direito e o mundo dos fatos, imposta pela rígida divisão entre ser e dever ser da metodologia kelseniana, tolda a possibilidade de apuração de questões como a eficácia do Direito, eficiência dos meios empregados, uso e aceitação de sanções que promovem comportamentos alheios, noções alheias ao positivismo clássico, que operava sob o binômio do lícito/ilícito. Ainda, vê-se séria falta de discussões sobre situações de direito e sua influência nas relações de fato, como, hipoteticamente, o impacto de uma resposta rápida do sistema judicial a determinada violação em massa de direitos. Ou, ainda, a adoção de métodos processuais mais ou menos eficazes e rápidos e a necessidade de sua conciliação com parâmetros tradicionais de exercício da jurisdição, como a penhora *on line* e o exercício de ampla defesa.

O próprio Bobbio, em outro escrito, esclarece que a eficácia está relacionada à justiça do ordenamento jurídico e à aspiração social. O ordenamento não é um corpo inerte, mas um processo, que “*si move e si sviluppa nel tempo*”. Segundo ele, há um ciclo de movimento que se revela ao nível da eficácia e produz erosão, parcial ou total, lenta ou súbita, das normas ou do bloco de normas estáveis, e é inspirado pelas novas exigências e ideais,

³¹ Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*, p. 208-209.

decorrentes das mutações das valorações individuais acerca do justo e do injusto. Uma força de inércia impede a adequação perfeita e instantânea entre o movimento das opiniões, sistema normativo e comportamento. O ciclo realimenta-se a partir do plano da eficácia para remontar à justiça através do conflito entre valores consagrados e novos valores, que uma sociedade ainda pode produzir. O ideal de justiça presta-se, segundo os tempos, os eventos e os homens, a justificar os fatos cumpridos e a inspirar os fatos a fazer³².

Ora, para que haja o juízo de descompasso entre o sistema jurídico e as expectativas de sua atuação, em primeiro lugar há que se ter em conta um fato determinado, que deve ser contrastado com valores, para que deles se extraia uma comparação com um ideal. O desacordo entre o modelo existente e o ideal aponta a erosão do sistema, como pondera Bobbio. Tal erosão conduz à necessidade de revisão contínua do sistema jurídico, que deve buscar constantemente seu ponto de equilíbrio, de forma dinâmica e momentânea.

Para mensuração do mundo fático e suas repercussões jurídicas, temos, portanto, a necessidade de abertura do jurista ao mundo dos valores. É sabido, contudo, que o desenvolvimento científico e a multiplicidade de valores do mundo moderno levam ao descolamento cada vez maior entre ciência e valores. Kelsen, ao gerar sua teoria pura, pretendia afastá-la de ideologização, buscando análise de sua estrutura, com que se afastou de sua função. Com isso, criou-se no Direito, como observa Bobbio, *“uma concepção meramente instrumental, que, é necessário repetir, está perfeitamente de acordo com o relativismo ético e o irracionalismo dos valores”*³³, numa concepção científica típica da era em que a Teoria Pura do Direito foi gerada.

No mundo atual, há multiplicidade de valores relevantes que não podem ser racionalmente organizados. A sugestão de Kelsen, que se fia exclusivamente no legislador para extração de respostas qualificadas, já não é mais alternativa válida, uma vez que a pluralidade de normas e das próprias fontes normativas, consolidando direitos por vezes ambíguos ou até contraditórios em defesa de interesses sociais centrífugos, torna duvidosos os conteúdos dos preceitos legais, antes dotados de clareza sistêmica.

³² Norberto BOBBIO, *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, p. 92-93.

³³ Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*, p. 205.

Para dar senso ao Direito, isolar-se na resposta à insuficiência das normas com mais normas é exacerbar a produção de normas específicas, tornando mais complexo o problema. Daí a saída do recurso aos valores, ressalvado o justificado medo de Kelsen de ideologização do Direito.

Não há que se confundir, contudo, o valor em si com a abertura genérica a valores. Com efeito, em primeiro lugar, assume-se que os valores são fontes inspiradoras do legislador ou do juiz, no momento de fixação da norma, na visão kelseniana, ou na formação da norma abstrata ou no caso concreto. O valor é fruto de contingências históricas, culturais e sociais e, como tal, também é contingencial e momentâneo.

Somente, contudo, através da exposição à mutabilidade dos valores é que o Direito acaba, como toda força social, por se demonstrar como forma de autodeterminação e modernização da sociedade para fins de adaptação do sistema jurídico já existente à pluralidade e ao novo. Daí ser imperativo, ao menos, reconhecer-se a relevância dos valores e dos fatos para o contínuo redirecionamento do Direito, que não tem a condição de fazê-lo por si mesmo.

Neste passo, ao refutar a ideia kelseniana, Reale coloca que os múltiplos valores e as tendências conflitantes de manutenção ou mudança da sociedade se manifestam juridicamente, a criar “*equilíbrio instável*”, advertindo que “*conceber a ordem jurídica como uma ordem estática ou como resultado de um processo definitivo de adaptação significa perder o sentido íntimo do Direito e confundir a ordem jurídica substancial com a ordem jurídica formal*”³⁴, sendo necessária a conciliação entre os imperativos de justiça e as necessidades de convivência pacífica. Com isso, o Direito é, “*ao mesmo tempo, unidade e multiplicidade, estabilidade e movimento, porque é a expressão da unidade múltipla da sociedade (unitas ordinis) e a garantia do progresso ético e material na ordem e na paz (equilíbrio em movimento)*”³⁵. E, como advertência final, em absoluta consonância com a nossa ideia, sustenta Reale que o Direito deve ser concebido como “*um sistema plural de*

³⁴ Miguel REALE, *Pluralismo e Liberdade*, p.237.

³⁵ *Ibid.*, p.237.

*distintas experiências axiológicas, através das quais os indivíduos e as associações possam efetivamente realizar-se”*³⁶.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, atento ao mesmo problema, invoca as normas de calibração³⁷. Como bem pondera, não há relação de superioridade e inferioridade lógica entre as normas, e os princípios não devem ser considerados antecedentes e as normas consequentes. Para sua atuação, é necessária a projeção dos princípios como finalidades, o que faz reconhecer a existência de lógica entre as normas além da relação formal. No estudo do Tribunal de Nuremberg, observa-se que o direito posto não previa o genocídio como crime, impedindo sua punição. O sistema, então, reconhece certas exigências de vida em sociedade, que, violadas, acarretariam a implicação penal individual dos governantes ofensores. Para a fundamentação de tais regras de conduta, não há que se indagar a respeito de sua validade, que não existe à falta de ordenamento superior a fundamentar a sua origem formal (imunização). Segundo o autor, *“na verdade, o que ocorre não é propriamente imunização, mas situação de fato, conjunto de circunstâncias favoráveis, institucionalizada (goza do consenso presumido de terceiros) por meio de regras que não são normas, embora façam parte do sistema. Essa situação de fato, institucionalizada por regras, configura o que chamamos de imperatividade da norma”*³⁸. Há, então, a composição de imperatividade sem indagação da fonte de validade da norma, com influência de elementos de fato, constituindo regras estruturais do sistema. Daí a definição da regra de calibração como regra de ajustamento de outra norma.

Ainda, Ferraz Júnior observa que, em determinados momentos, a série normativa não dá conta de determinadas demandas, criadas num ambiente e vida social específicos, o que impõe a mudança do padrão operacional do sistema. O funcionamento do sistema é dinâmico: *“o sistema vai de um padrão a outro, volta ao padrão anterior, adquire um novo, num processo de câmbios estruturais, cuja velocidade depende da flexibilidade de suas regras de calibração”*³⁹. Daí se extrai a dificuldade de classificação das regras de calibração, em razão da diversidade de suas fontes e suas funções. Destaca-se, contudo, a *“manutenção global da autoridade–sujeito num processo dinâmico, em que novos*

³⁶ Miguel REALE, *Pluralismo e Liberdade*, p.246.

³⁷ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 187-197.

³⁸ *Ibid.*, p. 191.

³⁹ *Ibid.*, p. 192.

*conflitos pedem decisões e decisões engendram novos conflitos”*⁴⁰, a criar estabilidade dinâmica que permite dizer que os sistemas normativos são autopoieticos.

A referência à velocidade de modificação do sistema é sintomática, apontando sempre a preocupação do atendimento das necessidades de evolução do Direito dentro de um tempo determinado, com a redefinição dos parâmetros de sua atuação a possibilitar a sustentabilidade do sistema.

François Öst, ao estudar o positivismo jurídico e seu relacionamento com o tempo, citando Olivier Camy, observa que *“resistindo às alterações temporais, a norma se inscreveria num tempo simultaneamente descontínuo e indivisível – em nossa linguagem: um tempo instantâneo e virtualmente perpétuo. Este tempo imóvel da norma pode, então, pretender conter simultaneamente todo o passado (do qual recapitula as normas anteriores) e todo o futuro, porque tem como vocação reger (em princípio indefinidamente); e Camy conclui: eis porque o tempo do direito positivo é um presente eterno”*⁴¹.

Em precisa análise, correlaciona o autor tal concepção de tempo com o excesso de legislação dos tempos atuais. Com efeito, focando-se o legislador somente no direito vigente, cria-se uma concepção por ele denominada de *descontinuista*. Tal visão não impede que a produção legal se acelere dentro do sistema de edição e revogação, vez que a questão da modificação da norma não é de interesse jurídico no ponto de vista positivista. Ao contrário, justamente por ser extrajurídico, o movimento de produção normativa não pode ter limites jurídicos. Nesse proceder *“a ausência total de consideração das transições normativas reduz a análise a registrar o aparecimento e o desaparecimento das normas, sem poder nem explicá-las, nem pensar em sua regulamentação”*⁴².

O surgimento de normas, então, é incontrolável, satisfazendo-se o estudioso do Direito em colecionar o complexo momentâneo de normas vigentes. Ressalta o autor que *“inscrevendo a regra ‘fora do tempo’ – fora do tempo social efetivo -, privamo-nos de*

⁴⁰ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 193.

⁴¹ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.223.

⁴² *Ibid.*, p.223.

*qualquer possibilidade de pensar e regular a mudança. Ou mais exatamente, somos conduzidos a avaliar qualquer mudança regular na forma independentemente de qualquer avaliação de sua legitimidade e de seus efeitos sociais”*⁴³.

Essa concepção permite apenas uma visão sincrônica do tempo, constituída por um quadro momentâneo, e sua racionalidade é derivada da necessidade de se considerarem todas as normas num sistema harmônico, dentro de um recorte temporal imediato.

A mesma noção há que se aplicar aos fenômenos da pluralidade normativa dentro do território. A teoria monista satisfaz-se com a soberania absoluta da ordem estatal dentro de um determinado território. Na medida em que, segundo Kelsen, o Estado se identifica com o Direito⁴⁴, nega-se a relevância de questões como a penetração de direitos alienígenas do mundo multilateral e das fronteiras porosas como aponta Mireille Delmas Marty⁴⁵. Tal questão, de fundamental importância no resguardo dos Direitos do Homem, não cabe na estreita ótica positivista e exige padrões de estudo mais amplos.

Supera-se, assim, a ideia de construção de uma teoria hermética e abstrata do sistema jurídico exclusivamente focado na norma e na sua forma de produção. Parte-se de um quadro teórico que vai além dessa concepção, valorizando-se os reflexos que o Direito exerce no mundo dos fatos e, ainda, os juízos valorativos extraídos de tais situações, que dão a nota essencial do Direito como um sistema que promove sua própria calibração.

Tal estudo busca respaldo nas mais firmes tradições do estudo acadêmico brasileiro. Como leciona Celso Lafer, Miguel Reale apresenta a ontognoseologia jurídica como fenômeno objetivamente tridimensional, envolvendo fato, valor e norma. Quanto ao fato, não há como se conhecê-lo como dado externo, mas somente através de uma interpretação do ato de conhecimento, em que o sujeito interpreta o objeto conforme o seu ponto de vista, colocando uma concepção funcional do fato em movimento. Já os valores são históricos, contingenciais, tendo características de inexauribilidade e realizabilidade. A norma, por

⁴³ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.226.

⁴⁴ Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p.333-334.

⁴⁵ Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du Droit*, p. 21-22.

fim, é expressão dialética que integra fato e valor, de uma maneira mais ou menos duradoura, mas nunca definitiva, constituindo-se uma determinada opção, realizada pelo legislador, entre vários valores possíveis⁴⁶.

Não somente o legislador é sujeito ao mecanismo decisório influenciado pela combinação entre fato, valor e norma. Na realidade, o julgador também está no vértice do feixe de propostas normativas e, pelas características da legislação atual, reúne em suas mãos o poder de definição de condutas para completar leis cada vez mais abertas. Como Pondera Elza Boiteux que *“a visão funcional vê no Direito algo que está permanentemente sendo feito e em cuja feitura o juiz tem um papel relevante. Esta convicção de que os fenômenos jurídicos não podem ser assepticamente descritos, seja no que se refere ao contexto em que se inserem, seja nas condicionantes históricas que, reunidas, levaram à sua ocorrência, leva à constatação de que a função de julgar deve ser compreendida como algo que tem passado e futuro”*⁴⁷.

Assim, o juiz também fica exposto ao complexo de circunstâncias de fato que pressionam a mudança normativa, através da atuação de estimativas com potencial axiológico. As decisões são tomadas face à intersubjetividade do homem, com suporte nos valores, considerados bens culturais, com suporte na realidade, como pondera Lafer⁴⁸. Com o fenômeno da inflação normativa e a abertura dos conceitos legais, também o juiz exerce criativamente o poder de decidir e de converter um valor em Direito⁴⁹.

Ressaltada a relevância dos fatos e valores para o contínuo alcance de um equilíbrio dinâmico do sistema jurídico, entende-se que o filósofo do Direito moderno deve buscar a essência do entendimento do Direito atual muito além das normas, campo já bem explorado pela doutrina tradicional. Sob a ótica de Celso Lafer, o Direito pode ser estudado pelo seu ângulo interno, como um sistema independente, através das normas e a sua inserção no ordenamento, ou pelo seu ângulo externo, dependente dos fatos sociais e dos

⁴⁶ Celso LAFER, Direito e Poder na Reflexão de Miguel Reale, p. 55 a 71.

⁴⁷ Elza Antonia Pereira Cunha BOITEUX, *O Significado Perdido da Função de Julgar*, p. 21.

⁴⁸ Celso LAFER, A Legitimidade na Correlação Direito e Poder: Uma Leitura do Tema inspirado no Tridimensionalismo Jurídico de Miguel Reale, p.99.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 105.

valores⁵⁰. Deve também se focar em como se extraem propostas disciplinadoras ofertadas pelo sistema, no que se tornam relevantes os princípios. O presente estudo, portanto, faz a opção do estudo do Direito também por seu ângulo externo, face à notada relevância dos fatos e valores para uma concepção moderna dos efeitos do tempo e das características da normatividade moderna sobre o Direito e, em especial, seu impacto sobre a atuação do Judiciário, fenômeno que claramente depende de uma análise do sistema jurídico além do direito positivo.

Aliás, o estudioso do Judiciário encara o problema da relação entre o tempo e o alcance dos instrumentos normativos, e de como operacionalizar e efetivar, da forma mais satisfatória possível, os preceitos do sistema jurídico, considerando-se a sua concretização dentro de uma realidade fática complexa, de pluralidade fenomenológica, de fronteiras elásticas, noção de tempo acelerada e multiplicidade normativa. Com efeito, deve-se buscar a organização de uma resposta unificada a tais desafios, de forma eficiente e segura, a garantir o respeito ao dinamismo e o cuidado com a particularidade que deve marcar o funcionamento do sistema jurídico, a permitir a criação do direito novo, real, vivo e funcional, tão caro ao equilíbrio dinâmico da ordem jurídica.

As dúvidas levantadas por Marcato bem colocam a dimensão do problema:

“Ao monopolizar a distribuição da justiça o Estado moderno reúne condições para desincumbir-se satisfatoriamente dessa tarefa? É do interesse estatal a redução do custo e da duração do processo, a permitir pelo acesso à jurisdição a todos, para a resolução de qualquer causa? Ou o custo e duração processuais atuam como ‘filtros de contenção’, tornando antieconômico o acesso à Justiça para determinadas pessoas e desestimulando determinadas demandas judiciais, com a conseqüente utilização de recursos públicos para outros fins? Como conciliar a expectativa de um processo rápido e de baixo custo, com o natural anseio dos jurisdicionados por um resultado justo?”.

Tais questões superam de longe o estreito âmbito da análise da norma. Ferramentas externas ao campo jurídico são relevantes para fins de construção de um paradigma

⁵⁰ Celso LAFER, *Filosofia do Direito e Princípios Gerais: Considerações sobre a pergunta “O que é a Filosofia do Direito”*, p. 56.

moderno de atuação do Judiciário. Marcatto apresenta questões que envolvem tempo e economia, conceitos que devem se combinar para que se alcance o anseio de justiça. Há necessidade de reconhecimento da relevância desses conceitos, não inerentes ao campo jurídico, como instrumentos de consecução da Justiça. Tal repercussão deve ser considerada para que o Direito se equilibre e atinja a sua função precípua de pacificação social e segurança, tanto para alcance dos objetivos internos como dos externos ao sistema.

Vê-se que o campo ideal para tais debates é o da Filosofia do Direito, em que o estudioso tem a possibilidade de ter uma visão generalista do sistema legal, permitindo-se a coleta de elementos axiomáticos e sociológicos. Como leciona Lafer, o campo da Filosofia do Direito “*é o campo dos juristas com interesses filosóficos, instigados, em sua reflexão, pelos problemas para os quais não encontram solução dentro do direito positivo*”⁵¹. No direito positivo, não se consegue ter uma visão completa da operacionalidade do sistema jurídico. O caminho é se partir para uma visão mais aberta da problemática do direito moderno e da atuação da Justiça.

Para estruturação do nosso estudo, portanto, adotamos o ponto de vista de Reale, aberto ao mundo dos valores e dos fatos, e extrair os juízos valorativos necessários para se entenderem os reais motivos da crise do Direito e do Judiciário nos nossos dias.

⁵¹ Celso LAFER, *Filosofia do Direito e Princípios Gerais: Considerações sobre a pergunta “O que é a Filosofia do Direito”*, p. 54

2. O Judiciário

O primeiro objeto de nosso estudo é o desenvolvimento histórico do papel do principal ator no arco final de aplicação da lei, o Judiciário.

Surgido o conflito, e havendo, por contrato ou por lei, a necessidade de aplicação de um determinado tipo de sanção, a forma de atuação do Judiciário terá peso essencial para dosar a efetividade de tal sanção. Partindo-se da assunção da mudança de características da lei, da noção de tempo e de espaço nos tempos modernos, essencial a compreensão do ambiente legal e social em que o Judiciário se afirmou como um dos modernos poderes de Estado, suas funções e limites. Também é relevante a sua subsequente evolução durante o período do Estado do Bem-Estar Social, em que suas funções originais passaram a sofrer corrosão, até o quadro dos dias atuais, para compreensão das raízes de suas dificuldades.

No caminho de sua evolução, as inovações experimentadas pelo Judiciário não eliminaram suas antigas configurações. Os quadros são cumulativos. Não há revogação da ordem jurídica liberal com o advento do estado social. Ao contrário, a cidadania individualista passou a conviver com interesses de classes sociais e seu tratamento coletivo, ou mesmo com a moderna noção de interesses difusos. Assim, à descrição do Judiciário em sua operacionalidade clássica soma-se a sua descrição na era do bem-estar social, que se manifesta, especificamente, em áreas de regulação características de seu tempo, como se verá a seguir.

2.1. O Judiciário no Estado Liberal

A análise do Judiciário ao tempo do Estado Liberal parte do momento em que o Estado se organiza racionalmente como ente burocrático, tornando-se técnico e especializado, com a partição de competências de forma legal racional nos moldes propostos por Max Weber, num quadro de divisão de poderes e de profissionalização da atividade político-estatal.

A concepção da operacionalidade das instituições, por seu turno, foi influenciada por características de desenvolvimento do conhecimento humano da época, que moldaram as linhas gerais de funcionamento do Estado. Sendo ele também composto pelo Judiciário, a configuração dada, desde então, é nota fundamental marcante do funcionamento da Justiça moderna, tanto em seus defeitos como em suas virtudes. Sem tal formatação, o Judiciário não existiria, ou seria fatalmente desfigurado.

2.1.1 O Ambiente da Época

A Casa da Secessão, em Viena, ostenta em seu frontispício: *Der Zeit ihre Kunst. Der Kunst Ihre Freiheit.* À época a sua arte. À sua arte sua liberdade. A casa foi símbolo do movimento promovido por jovens artistas austríacos, que pretendiam se libertar dos parâmetros estéticos então vigentes, e sinaliza um espírito de época. Naqueles tempos de crença das ciências, via-se a possibilidade da plena assunção, pelo homem, de sua racionalidade e de seus destinos, desvinculado dos valores e concepções das gerações passadas. Rejeitam-se o historicismo, os obscurantismos e tradições culturais antigas, para se introduzirem, em seu lugar a racionalidade pura e o espírito prático do homem moderno.

Esse é o espírito do final do século XIX e início do Século XX. O passado, de formas rígidas, assumidas segundo concepções clássicas resgatadas da antiguidade, ligadas ao passado e sem abertura ao futuro, atravanca e impede o florescimento do novo.

Na arquitetura, Otto Wagner apresenta seus novos projetos, que espelham o espírito prático e a simplicidade da vida moderna: escritórios, estações de trem, prédios residenciais de linhas elegantes e retas disputam espaços com os monumentais prédios da *Ringstrasse* de Viena, para contrariedade dos nobres de uma monarquia em seu estertor. Gustav Klimt choca os estudantes da tradicional academia vienense, retratando a filosofia, tenebrosa e envolta em nuvens, em dolorosa batalha com as trevas para libertação da humanidade. O artista também pinta Palas Atena com a verdade nua em sua mão. Sai de cena a coruja, símbolo do conhecimento refletido dos fatos, e entra em seu lugar a verdade moderna, nua, despida de preconceitos, como caminho certo para se atingir o ideal de justiça e sabedoria.

Gustav Mahler coloca a angústia do homem moderno em sua quinta sinfonia. As quatro batidas do destino às portas do homem – tributo à Quinta Sinfonia de Beethoven – traziam as dúvidas e angústias de um século que se iniciava, e cujas consequências ninguém poderia prever. Tais angústias são, contudo, superadas no magnífico movimento final, em que o compositor saúda o início de uma era de júbilo que se inaugura.

O Direito não poderia estar alheio à força de tal movimento. Com efeito, como pondera Ferraz Júnior, quando se realiza um juízo estético ou jurídico, procede-se a uma escolha, determinada por certa subjetividade e utilidade. Mas tal escolha é condicionada ao fato de que o artista, como o jurista, observa o mundo das coisas como algo comum a todos. Os juristas e os estetas são membros do domínio público, e os objetivos de seu juízo são a justiça e a beleza. E, no mundo público, *“eles estão com os outros, com os quais exercem aquele fecundo contato capaz de constituir um mundo comum, no qual, então as coisas se revelam úteis ou inúteis”*⁵².

O Direito torna-se o ponto alto do artifício humano para edificação de uma sociedade ideal. Tomando-se inspiração na arte de seu tempo, o Direito liberta-se de crenças religiosas, construções racionalistas com base no direito natural, pouco flexíveis, ou cientificismos deterministas comprometidos com objetivos materiais, para se tornar instrumento performático de realização de fins determinados dentro de um esquema de possibilidades normativas racionalmente concebidas pelo legislador. O Estado e o Direito afastam-se do passado, tornam-se um só e exigem a liberdade para a sua articulação. Transplantando a arte para o Direito, e glosando os secessionistas de Viena, poder-se-ia dizer que, a cada tempo, há um Direito e, a cada Direito, a sua liberdade.

Nesse ambiente de renovação e esperança, em que se buscam a superação do passado e a racionalização máxima dos esforços de organização da sociedade, floresce a ideia do Estado burocrático, proposta por Weber. Par e passo, unificados Estado e Direito, surge a Teoria Pura do Direito, liberta de laços com o passado e de propostas que submetem o

⁵² Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Estudos de Filosofia do Direito*, p. 256.

homem ao determinismo. Formula-se uma teoria que coloca o Judiciário como órgão voltado ao desempenho de funções de forma burocrática, com base em critérios legais-impessoais, buscando a máxima eficiência administrativa na dominação legal.

Quais os critérios sobre os quais o sistema operacional do direito positivo repousava? Que substratos conferiam a funcionalidade de tal sistema? Tais indagações são fundamentais para apontar os problemas de funcionamento do Judiciário hoje.

2.1.2. O Método Científico

Nesse ambiente de liberdade do passado e busca científica da eficiência máxima, que também afetou o direito, operou-se mudança radical dos padrões morais da humanidade. Passa-se a valorizar a própria ciência como fonte de conhecimento, divorciada de valores e de padrões operacionais éticos, tidos como obstáculos à objetividade e padrões racionais de desenvolvimento do pensamento puro.

Partindo-se de Hannah Arendt, tal mudança *“foi inspirada pelas necessidades e ideais do seu mais importante grupo de homens, os novos cientistas; e as virtudes cardeais modernas – o sucesso, a industriabilidade e a veracidade – são ao mesmo tempo as maiores virtudes para a ciência moderna”*. Supera-se a construção racional, elaborada no resguardo da *vita contemplativa*, e fruto da contemplação da realidade. Para fins científicos, *“a questão do sucesso passou a dominar, e a prova da teoria passou a ser uma prova ‘prática’ – ou funciona ou não. O que era teoria virou hipótese e o sucesso da hipótese virou verdade”*⁵³.

O Direito, a exemplo das demais ciências, desvincula-se dos valores que eram tradicionalmente seu objeto de estudo. Filia-se, agora, ao rol de instrumentos de consecução de determinados fins relevantes, dentro de uma ótica moderna de aparelhagem científica.

⁵³ Arendt, HANNAH, *A Condição Humana*, p. 291.

Na ciência moderna, contudo, os fins científicos, quando alcançados, não são válidos por si mesmos. Tais objetivos estão sob constante controvérsia e, uma vez atingidos, impõem, para progresso da área de estudo, a propositura de novos objetivos, criando constantes questionamentos que alimentam a crescente espiral de conhecimento e desenvolvimento típicos dos tempos atuais.

O rigor científico moderno, segundo Hannah Arendt, coloca que somente pode ser objeto de estudo aquilo que o homem pode entender. Pela dúvida de Descartes, ele somente poderá entender o que foi de sua criação, uma vez que o homem não tem condições de conceber juízos absolutos a respeito daquilo que não conhece absolutamente. Nesse contexto, o cuidado cartesiano de se resguardar da certeza leva à conclusão de que, *“embora não possa conhecer a verdade como algo dado e revelado, o homem pode, pelo menos, conhecer o que ele próprio faz. Esta, realmente, veio a ser a atitude mais geral e mais geralmente aceita na era moderna. E foi esta convicção, e não a dúvida que lhe deu origem, que lançou geração após geração, durante mais de trezentos anos, num ritmo cada vez mais acelerado de descoberta e desenvolvimento”*⁵⁴.

Para que o estudo científico seja resguardado da subjetividade inerente à representação particular do mundo de cada um, eivada de imprecisão e subjetividade, elimina-se a relevância do mundo transcendental, *“e com ele a possibilidade de transcender-se o mundo material em conceito em pensamento”*⁵⁵. A atividade de pensar, tradicionalmente prévia à ação, por construir um mundo inacessível aos outros homens, passou a ser a sua serva, razão por que a contemplação perdeu todo e qualquer sentido⁵⁶.

Nesse novo método, foi decisivo *“o elemento de fabricação presente no próprio experimento, que produz os seus próprios fenômenos de observação, e, portanto, depende desde o início das capacidades produtivas do homem”*. Somente dentro da construção do experimento consegue-se elaborar uma verdade científica, integralmente aferível. Gera-se

⁵⁴ Arendt, HANNAH, *A Condição Humana*, p. 295.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 301.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 305.

uma mudança de ênfase na história da ciência. Supera-se a velha questão de que “o que” uma coisa é e “porque” existe, para sua substituição de “como” veio a existir⁵⁷.

Tradicionalmente, recolhimento e observação eram pressuposto para a fabricação (labor) de um objeto voltado à satisfação do homem, o artefato humano. Agora, contudo, tal processo inverte-se. Não há ênfase na observação do objeto, mas, sim, no próprio processo de sua produção. Segundo Arendt, *“no conceito da própria fabricação, a ênfase mudou inteiramente, passando do produto e do modelo permanente e orientador para o processo de fabricação, afastando-se da questão de ‘o que’ uma coisa é e de que tipo de coisa deve ser produzida para a questão de ‘como’ e através de que meios e processos ela veio a existir e pode ser reproduzida. Porque isto implicava, ao mesmo tempo, que já não se acreditava que a contemplação pudesse produzir a verdade, e que havia perdido a sua posição na própria vida activa, e conseqüentemente, no âmbito da experiência humana comum”*⁵⁸.

A ciência abandona seu objeto de estudo tradicional, não sendo mais relevante objeto ou sua finalidade. O que importa é o método, a forma de sua construção. Especificamente na área de nosso interesse, não é mais relevante o que é ou por que o Direito existe – tais considerações dizem respeito ao mundo da vida contemplativa, relacionando-se com valores, que não são mais o centro de atenção do jurista. O que importa, agora, é como se caracteriza o Direito. O foco do estudo do Direito volta-se ao processo de sua geração, na forma de sua produção. Aponta-se a coincidência entre tal concepção, focada no positivismo jurídico, e uma mudança na posição do homem no processo científico, voltado ao processo de criação de seus objetos, mais do que nesses próprios objetos em si mesmos.

2.1.3. A Administração Burocrática

O estudo das organizações burocráticas, formulado por Max Weber, inspirou o sistema de moderno de especialização de funções públicas entre os poderes. Também deixou suas marcas no Direito, que se armou de disciplina científica para se organizar.

⁵⁷ Hannah ARENDT, *A Condição Humana*, p. 308.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 317.

Apostando que ambas as teorias foram concebidas num mesmo caldo cultural, e se influenciaram, Bobbio afirma que *“a teoria kelseniana sobre a estrutura interna de um sistema jurídico pode ser proveitosamente comparada com a contemporânea teoria weberiana do processo de racionalização (formal) do poder estatal, da qual deriva aquele tipo de Estado administrativo ou burocrático cuja legitimidade é dada pela forma de poder que Weber, com razão, chama de ‘legal’, em virtude do nexo que ele estabelece entre racionalização e legalização”*⁵⁹. Relevante, assim, o estudo da concepção de poder burocrático, que está no núcleo de definição das funções do Judiciário até hoje.

Weber coloca que o conteúdo de sentido de uma relação social é denominada *“a) ‘ordem’ somente nos casos em que a ação se orienta (em média e aproximadamente) por máximas indicáveis e b) de ‘vigência’ dessa ordem quando a orientação efetiva por aquelas máximas sucede, entre outros motivos (quer dizer, num grau que tenha algum peso na prática) porque estas são consideradas vigentes com respeito à ação”*⁶⁰. A ordem, segundo o autor, pode ser observada por costumes ou por motivos racionais com referência a um fim, situação essa que permite uma maior mutabilidade. Ao lado de tais ordens, contudo, está a ordem legítima, que pretende ser modelar e obrigatória⁶¹.

O Direito é ordem acompanhada de um quadro coativo, ou seja, dependente de uma sanção. Outras ordens, como a religiosa ou a comunitária, preveem sanções, mas a existência de uma instância judiciária caracteriza a evolução máxima do sistema coativo. A ordem jurídica não se satisfaz somente com reprovação ou represália, e depende de coação mediante *“um quadro de pessoas particularmente encarregadas de impor seu cumprimento”*⁶².

A crença na legalidade deriva da presunção de que se deve obediência a estatutos *“estabelecidos pelo procedimento habitual e formalmente correto”*⁶³. Tal quadro implica a

⁵⁹ Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*, p. 202.

⁶⁰ Max WEBER, *Economia e Sociedade*, Vol. I, p. 19.

⁶¹ *Ibid.*, Vol. I, p. 19.

⁶² *Ibid.*, Vol. I, p. 21.

⁶³ *Ibid.*, Vol. I, p. 23.

formulação de regras independentes de um acordo unânime, que acarretam a submissão dos discordantes à vontade da maioria ⁶⁴. Dessa submissão extrai-se a concepção jurídica de poder, como *“probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”* ⁶⁵.

Dominação define-se como a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis⁶⁶, tratando-se, portanto, de elemento correlato ao poder. E, dentre tantas associações para dominação, há a associação política. Ela se denomina como tal *“quando e na medida em que sua subsistência e a vigência de suas ordens, dentro de determinado território geográfico, estejam garantidas de modo contínuo mediante ameaça e aplicação de uma coação física por parte do quadro administrativo. Uma empresa com caráter de instituição política denominamos Estado, quando e na medida em que seu quadro administrativo reivindica com Êxito o monopólio legítimo da coação física para realizar as ordens vigentes”* ⁶⁷.

A ordem jurídica caracteriza-se através de normas de conduta formalmente perfeitas, prescindindo de seu conteúdo para sua caracterização. Tal ordem tem a probabilidade de se impor coativamente a seus membros, pouco importa tenham assentido ou não com o conteúdo da norma. Tal imposição opera-se através de órgão especializado, que caracteriza o mais elevado grau de organização da sociedade baseada na ordem legal. Por fim, o Estado é o ente que tem o monopólio da aplicação da coação física dentro de determinado território e de forma contínua.

Para cumprimento de tais preceitos, a associação política, como toda associação, é definida como uma *“relação social fechada para fora ou cujo regulamento limita a participação quando a observação de sua ordem está garantida pelo comportamento de determinadas pessoas, destinado particularmente a esse propósito: de um dirigente e, eventualmente, um quadro administrativo”* ⁶⁸.

⁶⁴ Max WEBER, *Economia e Sociedade*, Vol. I, p. 23.

⁶⁵ *Ibid.*, Vol. I, p. 33.

⁶⁶ *Ibid.*, Vol. I, p. 33.

⁶⁷ *Ibid.*, Vol. I, p. 24.

⁶⁸ *Ibid.*, Vol. I, p. 30.

A dominação opera-se através do quadro administrativo, formado por pessoas, para que haja uma ação dirigida para a execução das disposições gerais e ordens concretas, por membros identificáveis e sujeitos à obediência. Embora a vinculação de tais pessoas ao titular do poder possa ser de caráter racional ou material, tais fatores não são elementos confiáveis para a dominação, que tem por principal fundamento a crença na legitimidade. Para que haja dominação, é necessária a caracterização de relação de obediência imediata, de forma que sejam dadas e controladas instruções por sua direção, com a pretensão e a probabilidade de que sejam respeitadas pura e simplesmente como tais⁶⁹.

Em sua conhecida divisão de dominação, especifica Max Weber a existência de legitimidade de caráter tradicional, carismático ou racional. A primeira baseia-se *“na crença cotidiana da santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade”*. A segunda, *“na veneração extracotidiana da santidade do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas”*. A terceira, que nos interessa, baseia-se na *“crença da legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação legal”*⁷⁰. A dominação legal observa *“a ordem impessoal, objetiva e legalmente estatuída e aos superiores por ela determinados, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas”*. Reconhece o autor, contudo, que nenhum dos três tipos ideais existe de forma pura⁷¹.

A dominação legal seria a forma mais moderna de dominação. Parte-se do pressuposto de que todo direito, pouco importa se imposto ou pactuado, é estabelecido de forma racional, no que diz respeito a fins e a valores. Tem pretensão de obter o respeito de pessoas e dos membros das associações existentes dentro de determinados territórios, para realização de ações e relações sociais consideradas relevantes.

⁶⁹ Max WEBER, *Economia e Sociedade*, Vol. I, p. 139-140.

⁷⁰ *Ibid.*, Vol. I, p.141.

⁷¹ *Ibid.*, Vol. I, p.141.

Se o Direito é um “*cosmos de regras abstratas*”, a judicatura é a sua aplicação ao caso particular, e a administração é o “*cuidado racional de interesses previstos pelas ordens da associação*”. No topo da associação, há o senhor legal que ordena, mas dentro dos parâmetros de ordem impessoal pela qual orienta as suas disposições. Quando o faz, portanto, “*só o faz como membro da associação e só obedece ao Direito*”⁷². Os membros da associação, por seu turno, não obedecem à pessoa do senhor, mas suas ordens impessoais. Por isso, estão obrigados somente a cumprir o que lhes cabe dentro de sua competência objetiva, racionalmente limitada pela ordem.

Nesse quadro, as categorias fundamentais da dominação racional são: a) o exercício contínuo vinculado a regras e, b) a determinação de competências. Esta última desdobra-se em fixação de âmbito objetivamente limitado, atribuição de poderes de mando e limitação de meios coercitivos. Tais elementos, organizados, permitem o exercício de poder legalmente vinculado dentro de determinada competência, a criar o que se denomina autoridade institucional⁷³.

Sintomaticamente, tal modelo não se aplica somente ao Estado. Ao contrário, diz respeito a todas as instituições privadas e públicas administradas da combinação de critérios de competência e exercício legal de poderes: “*Autoridade institucional existe, neste sentido, naturalmente em grandes empresas privadas, partidos, exércitos, do mesmo modo que no ‘Estado’ e na ‘Igreja’.* Assim, também, no sentido desta terminologia, o presidente eleito do Estado (ou o colégio dos ministros ou dos ‘representantes do povo’ eleitos) é uma autoridade institucional”⁷⁴.

Às categorias fundamentais da autoridade institucional - exercício contínuo e determinação de competências – somam-se outros princípios.

⁷² Max WEBER, *Economia e Sociedade*, Vol. I, p.142.

⁷³ *Ibid.*, Vol. I, p.142.

⁷⁴ *Ibid.*, Vol. I, p.143.

Em primeiro lugar está o princípio da hierarquia oficial, com a organização de instâncias fixas de controle e supervisão: cada autoridade subordina-se a uma superior, a quem poderá ser dirigida apelação.

Ao lado do poder de hierarquia, estabelece-se a qualificação profissional, que articula regras técnicas ou normas, demandando a existência de especialização profissional, que constitui o quadro de associações racionais, sejam elas “*políticas, hierocráticas, econômicas (especialmente capitalistas) ou outras*”⁷⁵. Mediante a especialização, busca-se a maximização dos benefícios da racionalização na busca dos objetivos da instituição.

Concebe-se também o princípio da separação absoluta entre o quadro administrativo e os meios de administração e produção. O patrimônio da instituição e o patrimônio privado das pessoas que a compõem são separados, cada qual recebendo insumos ou dinheiro, com responsabilidade contábil. Há, também, a separação absoluta entre o local das atividades profissionais e o domicílio do funcionário. Não há apropriação do cargo. No caso do juiz, exemplo dado pelo próprio Weber, o titular é ligado ao cargo somente para que se garanta o exercício de sua função de forma objetiva e independente.

Por fim, há o princípio da documentação dos processos administrativos e, ainda que haja decisões orais, há disposições e ritos fixados por escrito. Os documentos e o exercício de atividades contínuas constituem o escritório como núcleo de toda moderna ação da associação.

Definidos os princípios que norteiam a organização da dominação legal com um quadro administrativo burocrático, avança Weber na descrição da sua forma mais perfeita, a formação do quadro administrativo burocrático. Segundo ele, a “*estrutura de dominação mais pura dentro do quadro administrativo*” é a “*do funcionalismo, ou seja, da burocracia*”⁷⁶. O quadro administrativo burocrático tem, em seu ápice, o senhor, que assume tal posição em razão de apropriação, eleição ou designação de sucessão. Suas competências senhoriais são também competências legais.

⁷⁵ Max WEBER, *Economia e Sociedade*, Vol. I, p.143.

⁷⁶ *Ibid.*, Vol. I, p.143.

O conjunto do quadro administrativo compõe-se de funcionários individuais. Tais funcionários são pessoalmente livres e limitam-se a cumprir obrigações objetivas de seu cargo. São nomeados numa hierarquia rigorosa e têm qualificação profissional, normalmente verificada por prova e certificada por diploma. São remunerados com salários fixos, escalonados conforme a hierarquia, a responsabilidade no cargo e a posição social respectiva. Ainda, os membros da organização exercem o cargo como profissão única ou principal. Os funcionários têm perspectiva de carreira, com progressão por mérito ou tempo de serviço. Trabalham em separação absoluta do meio administrativo, sem apropriação de cargos. Por fim, estão submetidos a sistema rigoroso e homogêneo de disciplina e controle do serviço.

Em ponto que merecerá relevância mais à frente, coloca o autor que, nas burocracias, o grau de qualificação profissional cresce continuamente, embora tal progressão não se aplique necessariamente aos cargos do topo da dominação burocrática⁷⁷.

Weber crê que *“a administração burocrático-monocrática mediante documentação, considerada do ponto de vista formal, é, segundo toda a experiência, a forma mais racional de exercício de dominação, porque nela se alcança tecnicamente o máximo de rendimento em virtude de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade – isto é, calculabilidade tanto para o senhor quanto para os demais interessados – intensidade e extensibilidade dos serviços, e aplicabilidade formalmente universal a todas as espécies de tarefas”*. O desenvolvimento da administração burocrática constitui *“a célula germinativa do moderno Estado ocidental”*, e a administração burocrática *“a mais racional do ponto de vista técnico formal, ela é pura e simplesmente inevitável para as necessidades de administração de massas”*. O grande instrumento da administração burocrática é o conhecimento profissional⁷⁸. Por fim, tal movimento é irreversível, vez que, sem ele, *“numa sociedade com separação dos funcionários, empregados e trabalhadores dos meios administrativos e com indispensabilidade de disciplina e qualificação, a possibilidade de existência moderna acabaria para todos”*⁷⁹.

⁷⁷ Max WEBER, *Economia e Sociedade*, Vol. I, p.145.

⁷⁸ *Ibid.*, Vol. I, p.145-146.

⁷⁹ *Ibid.*, Vol. I, p.146.

A arrematar a descrição do poder na administração burocrática, assevera o autor que ela significa dominação em virtude de conhecimento, em especial em decorrência de seu caráter racional. Tal conhecimento desdobra-se no conhecimento profissional e no saber prático do serviço.

Ainda, o espírito da burocracia racional é o do formalismo, como contraponto à arbitrariedade de outros critérios de proteção de oportunidades pessoais, tratando-se da regra que exige menor esforço. Também engendra o espírito da execução materialmente utilitarista das tarefas administrativas, que demandam regulamentos que incorporam racionalidade material à prática das tarefas⁸⁰.

Nesse quadro, portanto, descreve-se a configuração do ideal da burocracia moderna. O autor afirma o fenômeno burocrático como essencial para o desenvolvimento do mundo ocidental de seu tempo, tratando-o como a opção racional de eficiência máxima para a oferta de resultados técnicos para a sociedade. O conhecimento especializado é uma das chaves da organização burocrática, permitindo-se, através da impessoalidade e do espírito legal, estender-se ao máximo o alcance da intervenção científica racional em na busca de uma forma técnica ideal. Crê na inevitabilidade da burocracia para o progresso do mundo moderno, que, sem ela, sofreria evidente involução das comodidades que oferta.

2.1.4. A Organização Política Weberiana

Weber, aparentemente, gerou a sua concepção de Estado livre dos parâmetros tradicionais do pensamento ocidental até então. Bobbio coloca que não foi seguida a tradição “*que de Platão a Hegel, mostrou uma extraordinária vitalidade e continuidade*”⁸¹. Weber, ao que parece, decretou sua secessão do passado no estudo da política, talvez porque viesse ela vinculada, à época, à consecução de objetivos sociais atrelados a interesses pouco racionais ou a teorias deterministas.

⁸⁰ Max WEBER, *Economia e Sociedade*, Vol. I, p.147.

⁸¹ Norberto BOBBIO, *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, p. 132-133.

A hermética descrição de Weber não se refere a valores ou princípios que norteiem as ações das organizações burocráticas. Ele afasta-se de objetivos materiais da organização – tanto que sua concepção se presta não só a instituições públicas como também a privadas – e adota critérios formais em sua concepção. A precisão caracteriza-se na atribuição formal de competências e poderes a agentes administrativos dentro de uma hierarquia racionalmente concebida. Weber evita definir o mérito da busca de um objetivo socialmente relevante para o que denomina associação. Dentre tais associações, há o Estado, principal organização política que toma forma burocrática. Somente lhe interessa a construção de um meio para a eleição de objetivos da associação e a forma mais eficaz para sua instrumentalização.

Bobbio, ao analisar a obra de Weber, observa que o autor trata a política de forma realista. Em primeiro lugar, por entender que, na política, travam-se as relações de potência e de poder, marcadas pela luta de indivíduos, grupos, classes, raças e nações, que disputam o poder na dúplici concepção de poder de fato e poder legítimo. Ainda, constata que tal luta é incessante, sendo inviável o seu encerramento definitivo. Por fim, as regras de agir político não se confundem com as regras morais, cabendo o julgamento do político apenas pelo resultado. Busca-se uma análise realista da política para que se extraia uma *“reflexão objetiva, distanciada, ‘desencantada’ – em uma palavra científica -, de ‘correr atrás’ da ‘verdade efetiva da coisa’ e não da ‘imaginação sobre ela’”*⁸².

Na realidade, tal distanciamento expressa o *zeitgeist* do tempo da obra. Weber, ao falar de burocracia, faz referências tanto ao capitalismo, como ao socialismo, ou mesmo a instituições religiosas. Descreve-as desapaixonadamente, com distanciamento que o cientista deve manter em relação ao seu objeto de estudo. Isso explica a não assunção de compromissos com quaisquer valores ou definições morais, que, ante a impossibilidade de verificação de veracidade pelo cientista, devem ser descartados para fins de construção de uma teoria.

⁸² Norberto BOBBIO, *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, p.132.

Weber nega a possibilidade de definir um grupo político, e tampouco o Estado, pela indicação do objetivo do agir de seu grupo, *“pela razão de que não há nenhum objetivo que grupos políticos não tenham alguma vez proposto, do esforço de prover o sustento à proteção da arte; e não há nenhum que todos tenham perseguido, da garantia de segurança pessoal à determinação do direito”*.

A concepção de Estado de Weber, sublinha Bobbio, além de formal, é também realista, ao se focar na história e sociologia, e reconhecer o poder político como capacidade que ele possui de atingir os próprios fins, com recurso à força física. Bobbio destaca a despreocupação de Weber em investigar os objetivos do poder: *“para o conceito weberiano de Estado, a conotação essencial é extraída do meio que torna possível o exercício de um poder que está acima de todos os outros poderes, e esse meio é exatamente a monopolização da força física”*. Tal força, contudo, deve ser legítima, acrescentando-se, portanto, o problema da legitimidade ao monopólio da força para caracterização do Estado⁸³.

O mais puro poder legal é aquele que se vale do aparato burocrático, como forma mais racional do exercício do poder. Identifica Weber, portanto, o poder legal com o estado burocrático, o que, segundo Bobbio, é uma posição ao mesmo tempo esclarecedora e desencaminhadora. Esclarecedora, porque impõe a legalização dos poderes para formação do estado moderno, inclusive com a constitucionalização dos poderes superiores. Limitadora, porque, no esquema weberiano, o Estado de Direito é um sistema ainda regulativo, e não administrativo, que não regula o agir em grupo, mas somente o torna possível⁸⁴.

A racionalidade da norma é formal ou material, segundo Bobbio. Mas, no sistema weberiano, a racionalidade é puramente formal, uma vez que *“o poder legal pode ser dito racional não porque tenda à realização de certos valores (éticos ou utilitários) mais do que outros, mas porque exercido em conformidade com normas gerais e abstratas que, de um lado, da parte do funcionário, excluem a ação arbitrária, e como tal, irracional, e de*

⁸³ Norberto BOBBIO, *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, p.135-137.

⁸⁴ *Ibid.*, p.148.

*outro, da parte do cidadão, permitem a previsibilidade de ação e, portanto, a sua calculabilidade com base no nexos meio-fins que caracteriza exatamente cada ação racional segundo o objetivo”*⁸⁵.

A adoção de critérios formais para reconhecimento de um sistema normativo vinculante e sancionado pelo Estado, em detrimento de questionamentos de ordem material, acaba por liberar o operador da norma da pungente necessidade de optar por uma das possibilidades de decisão, caso não contasse com a clara orientação da norma. Ao mesmo tempo em que libera o operador do Direito de conceitos dúbios, como justiça e objetivo da lei, o respeito à norma também prestigia a solução proposta por legislador ideal-racional, que organiza as normas em um ordenamento harmônico. A maior liberdade, contudo, não se foca no aplicador da norma, nem no legislador, mas principalmente no seu destinatário. Sabe ele que tem liberdade de agir conforme a norma e, assim fazendo, o seu comportamento, de maneira nenhuma, implicará aplicação de qualquer penalidade, eliminando a arbitrariedade do sistema.

Repele-se, assim, a dubiedade que é criada pela pluralidade conflitiva de fins, tornando-se objetiva e eficiente a ação. Mais uma vez, leciona Bobbio que *“a legalização é o meio do qual o poder se racionaliza, isto é, obedece ao princípio da racionalidade formal, cuja função é tornar a ação do funcionário, e respectivamente do cidadão, racional ao máximo em relação ao objetivo, isto é, de modo tal que, estabelecido um objetivo, este possa ser alcançado com o máximo de probabilidade. O ‘formalismo jurídico, fazendo funcionar o aparato jurídico como uma máquina tecnicamente racional, garante aos indivíduos interessados a máxima liberdade relativa de movimento, e, sobretudo, de calculabilidade das consequências jurídicas e da possibilidade do seu agir com um objetivo’”*⁸⁶.

Com isso, conclui Bobbio, o Estado weberiano torna-se uma grande máquina inanimada de espírito endurecido, bem diferente do que os escritores clássicos propuseram. Observa Bobbio, contudo, que *“os clássicos estão no início, Weber no final de um desenvolvimento histórico que marcaria o destino do Ocidente”*. Bobbio pondera, ainda, citando Otto

⁸⁵ Norberto BOBBIO, *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, p.152.

⁸⁶ *Ibid.*, p.152.

Hintze, que a tipologia weberiana constitui “*um princípio que com uma enorme força iluminadora atravessa o crepúsculo das ideias recebidas e permite à história e ao sistema da constituição estatal e social orientar-se de modo completamente distinto do passado*”⁸⁷.

Tal observação corrobora tudo o que se disse até agora, e conclui o argumento final. Na realidade, a principal preocupação da época é o rompimento com o passado. Uma vez dele liberto, cabe ao estudioso a criação de um sistema científico autônomo e independente de outros ramos do conhecimento, de racionalidade evidente e funcionalidade máxima, de melhor aproveitamento possível da especialidade de seus quadros ao maior número possível de beneficiários. Estado e Direito desembaraça-se de freios e limites, colocando o próprio método de produção de conhecimento interno como fronteira de sua atuação, para fins de alcance de sua racionalização formal científica máxima.

Não obstante a busca de tal independência, Bobbio conclui, de forma magistral, que tal posicionamento, longe de se constituir recusa do passado, é a sua afirmação. Isso porque, mesmo quando o refutamos, reconhecemos a força de sua existência, embora não concordemos com ele. Para Bobbio, “*A ligação com o passado existe: trata-se de saber vê-la*”⁸⁸.

2.1.5. Teoria Pura do Direito e Organização Burocrática

A força da teoria de Max Weber, em especial no estudo do Estado, não poderia deixar de repercutir diretamente no estudo do Direito, instrumento pelo qual o modelo de estado burocrático concretiza seus objetivos. O próprio Weber debruça-se sobre o fenômeno legal, traçando suas linhas para a modernidade. Outro caminho não havia ao estudioso do Direito senão desenvolver também uma teoria que o libertasse dos dogmas e conflitos do passado, para dotá-lo de uma funcionalidade adequada ao estado moderno.

⁸⁷ Norberto BOBBIO, *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, p.155.

⁸⁸ *Ibid.*, p.155.

Nesse quadro histórico, insere-se a Teoria Pura do Direito. Embora, filosoficamente, a teoria pura seja mais ligada à tradição kantiana, em especial pela adoção do paralelismo entre ser e dever ser, a adoção de critérios puramente formais para definição do objeto de estudo do Direito é, na realidade, uma secessão. O Direito liberta-se da tradição de vinculação do justo, da busca de um objetivo material: seja um direito racionalmente construído, como o Direito Natural, seja um direito que garanta liberdade, pleito da burguesia moderna, seja a proposta de uma sociedade igualitária, pelo lado socialista, seja mesmo o pleito de uma justiça caritativa, como alternativa cristã ao socialismo. A teoria também neutraliza a Justiça das influências explosivas do determinismo histórico, do darwinismo social e dos nacionalismos florescentes na época.

O desenvolvimento da Teoria Pura do Direito ocorreu na esteira do movimento de pureza científica que afetou as ciências sociais na época. Bobbio observa, com percuciência, que *“o que faz da teoria pura do direito um momento decisivo da jurisprudência teórica, e, portanto, uma etapa obrigatória dos estudos da teoria do direito, inclusive para os reticentes, são alguns traços fundamentais, seja quanto ao método, seja quanto à perspectiva sobre o próprio objeto, seja quanto à implantação teórica geral da disciplina, os quais a teoria pura do direito tem em comum com as teorias gerais que se desenvolviam, aproximadamente nos mesmos anos, em outros campos das ciências humanas. A literatura kelseniana, embora vastíssima, jamais se deteve com a devida atenção neste ponto, isto é, no fato de que a empreitada científica de Kelsen desenvolve-se em consonância com as grandes empreitadas científicas de seu tempo no campo das ciências sociais e com elas partilha algumas características fundamentais”*⁸⁹.

Esclarece Bobbio que a Teoria Pura do Direito, na realidade, tem a função de ruptura. Sugere o alargamento dos horizontes para exame do saber científico e da ciência nas primeiras décadas do século XX, caldo cultural em que a teoria foi desenvolvida. Segundo ele, Weber era obstinado pela condenação da contaminação da ciência pelos juízos de valor, acreditando em uma sociedade dominada por forças irracionais, sendo a ciência *“a única empreitada humana em que o domínio e a orientação da razão deveriam manter-se incontestáveis”*. Ao cientista, cabia preservar o saber da corrupção da multiplicidade de

⁸⁹ Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*, p. 184

crenças, individuais, coletivas, de sentimentos e concepções de mundo diversos, justificáveis por razões práticas, não exclusivamente racionais. Com isso, pretendia Weber preservar a ciência “*da tempestade das ações humanas*”⁹⁰. Tal pretensão foi adotada por Kelsen, que a aplicou ao mundo do Direito.

A apontar o objetivo científico de Kelsen, Bobbio cita a Teoria Pura do Direito: “*Antes de tudo, o meu objetivo foi elevar a jurisprudência, que, de modo patente ou oculto, se dissolvera quase que inteiramente no raciocínio político-jurídico, à altura de uma ciência autêntica, uma ciência do espírito. Tratava-se de desenvolver as suas tendências dirigidas não para a criação, mas exclusivamente para o conhecimento do direito, e de aproximar ao máximo os seus resultados dos ideais da ciência: objetividade e exatidão*”. Mais à frente, citando novamente Kelsen, coloca-se que sua teoria busca “*o conhecimento do Direito, e não sua formação. Uma ciência deve descrever o próprio objeto como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ou não deveria ser com base em alguns juízos de valor específicos. Este último é um problema político, e como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade que se ocupa dos valores e não é um objeto da ciência, a qual se ocupa da realidade*”⁹¹.

O pensamento de Kelsen está em consonância com o espírito de sua época. Busca a autonomia da Ciência do Direito, através da criação de conceitos e metodologias próprias. Kelsen purifica-se de conceitos de outras áreas, afasta-se da política e da axiologia, e constrói critérios explicativos e operacionais que lhe são peculiares. O desenvolvimento da metodologia faz eco ao pensamento de Weber, em que o Estado é purificado, destilando-se dele os valores, interesses pessoais e outros elementos subjetivos e contraditórios. Maximiza-se a eficiência formal no alcance de seus objetivos, pouco importa quais, desde que legitimamente fixados por quem tem competência para tanto.

Segundo Bobbio, os juízos de valor não são passíveis de controles constitutivos no universo científico, e a empreitada científica somente é possível quando o cientista não se

⁹⁰ Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*, p. 186-189.

⁹¹ *Ibid.*, p.189-190.

deixe influenciar pelas suas preferências éticas e políticas. Por isso, coloca Bobbio, a tarefa da ciência é descrever, e não prescrever⁹².

Os valores, no Direito, apontam os critérios de justiça a serem adotados frente a uma determinada situação em concreto, tanto para proposição normativa como para uma decisão judicial. Ocorre que, para Kelsen, a dependência de valores para definição do justo impede o controle empírico ou racional do Direito. Não há, para Kelsen, racionalidade na justiça. Segundo ele, citado por Bobbio, *“como é impossível (tanto quanto se possa pressupor) determinar, mediante o conhecimento científico, isto é, por meio de um conhecimento racional orientado para a experiência, a essência da ideia ou da coisa em si, da mesma maneira é impossível responder, pela mesma via, à pergunta: em que consiste a justiça?”*⁹³.

Aqui, o justo, indomável e indecifrável por critérios científicos e objetivos, divorcia-se do Direito, que segue seu caminho livre de questionamentos de ordem valorativa.

Os riscos de tal opção são evidentes. A construção das ciências sociais avança com a relativização de todos os valores. O estudo científico das sociedades humanas, sem influência do juízo de valor do estudioso, isenta de preconceitos ou posições pessoais, depende do necessário distanciamento entre o pesquisador e seu objeto de estudo. Tal análise, portanto, parte do pressuposto da *“indiferença quanto ao valor a atribuir a esta ou àquela forma social, a esta ou àquela postura do homem em sociedade”*⁹⁴. Tal situação leva a reconhecer uma posição de relativismo ético na teoria positivista do direito.

Tal posicionamento apresenta, portanto, forte resistência à ideologia. Bobbio ressalta que a pretensão de Kelsen, ao tornar o direito ciência pura, é justamente torná-lo livre de ideologias, com o que concorda mais uma vez com Weber, ao se divorciar da moral.

⁹² Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*, p.191.

⁹³ *Ibid.*, p.192

⁹⁴ *Ibid.*, p.192

Outra coincidência com a obra de Weber vem no conceito de Direito como ordem coativa. O Direito vale-se da linguagem para criação de ordem de conduta humana, à qual se soma a coatividade⁹⁵. Introduce-se na qualificação do jurídico o conceito de ordem normativa: *“não é o ordenamento jurídico aquele que é composto de normas coativas, mas são normas jurídicas aquelas que pertencem a um ordenamento coativo”*⁹⁶. Ou seja, a coatividade está na ordem, e não na norma individual.

A construção hierárquica do Estado repete-se tanto na estrutura normativa como na organização da justiça. Há estabelecimento de competências, hierarquias e processos. Tal paralelo aponta, segundo Bobbio, para o fato de que a teorização do sistema jurídico como sistema normativo decorre diretamente da reflexão sobre a formação do Estado moderno, em que há racionalização dos processos de produção jurídica, tornando-se visível a estrutura piramidal do ordenamento.

Frisa Bobbio que *“quando Kelsen descreve a progressiva juridificação do Estado moderno, capaz de elevar à famosa ou famigerada redução do Estado a ordenamento jurídico, revela o mesmo processo que Weber percebe na formação do poder legal, que acompanha o desenvolvimento do Estado no mesmo período histórico. O Estado é o próprio ordenamento jurídico (Kelsen), porque o poder é completamente legalizado (Weber)”*. Ressalta que a organização para a produção e aplicação de direito caracteriza o poder legítimo, que é *“o poder legal, cuja principal característica é ter aparatos especializados, como o aparato Judiciário e o administrativo (Kelsen ainda acrescentaria o aparato legislativo), os quais agem nos limites de regras gerais e abstratas postas pelo sistema”*⁹⁷.

O fim do ordenamento jurídico é irrelevante. Ainda segundo Bobbio, Kelsen, ao adotar uma concepção meramente instrumental do Direito como uma forma de controle social, afastou-o do relativismo ético e do irracionalismo de valores, razão por que o sistema legal passou a ser utilizado, desde então, para atingir os mais diversos fins. Não é um simples instrumento, mas aquele que permite a consecução daqueles *“fins sociais que não podem*

⁹⁵ Hans KELSSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 36.

⁹⁶ Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*, p.196.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 203-204.

ser alcançados por outras formas (mais brandas, menos constrictivas) de controle social”

⁹⁸

2.1.6. O Juiz e o Sistema Normativo

O quadro do positivismo jurídico elimina o posicionamento duvidoso ou engajado do juiz. Como simples aplicador da lei, seu ambiente de trabalho é simplificado, despersonalizado e isento. Não mais discorre ao respeito de critérios de justiça ou as consequências do direito posto. Tais discussões são de competência do legislativo, não sendo de competência do Judiciário apreciar a sua relevância. Basta ao juiz clássico servir-se dos esquemas normativos sabiamente gerados e arranjados racionalmente pelo legislador para a solução dos litígios.

François Öst coloca que, no estado liberal, há o modelo de Juiz que chama de Júpiter, visualizado pela imagem da pirâmide, que tem como seu instrumento o código, e expresso na forma da lei, que opera predominantemente pelos imperativos, dando preferência à natureza do proibido. Os comandos emanam das leis e constituições modernas, disciplinando-se em pirâmide, de cujo topo emana toda a justiça, até as decisões particulares. Tal direito é marcado pelo sagrado e pela transcendência.

O modelo jurídico clássico é o do direito codificado, que pressupõe um legislador à frente do seu tempo, capaz de consubstanciar o bem comum, livre de paixões e necessidades. Estabelecida a lei máxima, basta, para se verificar sua harmonia com o sistema legal, se foi formalmente perfeita, gerada dentro das próprias normas do sistema, e se não há incoerência com normas superiores, remetendo-se sempre para o topo, até a norma fundamental, que autoriza a criação do direito válido. Tal posição coloca a moderna encarnação, pelo legislador, do antigo poder divino, criador de uma corrente de normas. A norma fundamental, ademais, é a racionalização de um ato de vontade, tratando-se de uma ficção para validação positiva da ordem jurídica. Esse modelo jurídico pretende a reunião do material jurídico em uma legislação unitária, coerente e simples, superando o casuismo

⁹⁸ Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*, p.206.

para a sistematização de conceitos. Para tanto, o legislador faz tabula rasa do passado e refaz a legislação, reforçando, com isso, o seu poder político. É o triunfo do despotismo ilustrado, de liberação nacional ou do poder revolucionário, que faz valer o poder da lei contra a arbitrariedade dos regimes antigos.

O sucesso do modelo, ainda segundo Öst, exige quatro corolários. O primeiro deles é o monismo jurídico, em que predomina a autoridade da lei e do código. Ao seu lado, há o corolário do monismo político e da soberania estatal, em que há centralização política na figura do soberano, que substitui os antigos corpos intermediários da antiga política setecentistas. À vontade real substitui-se a vontade nacional. O terceiro corolário é o da racionalidade dedutiva linear: os princípios gerais inspiram regras gerais, que ditam as soluções particulares, garantindo-se a coerência e harmonia do sistema. Por fim, a codificação exige uma orientação de tempo para um futuro controlado. O tempo de larga duração do direito consuetudinário, voltado para o passado, é substituído pela crença moderna do progresso da história, razão por que a lei, racionalmente concebida, antecipa um estado desejável das coisas possíveis⁹⁹.

A metodologia de trabalho do julgador, nesse sistema, foge do âmbito da consideração de critérios de justiça ou da *prudentia* tradicional. Lastreia-se, agora, na simples subsunção da norma ao fato, através do silogismo jurídico. Como pondera Lafer, a vontade do povo manifesta-se através da vontade racional do Estado, com a criação da “*lei entendida como norma geral e abstrata, a ser aplicada uniformemente através de procedimentos racionais de uma exegese dedutiva*”. O silogismo jurídico, em nome da segurança e certeza jurídicas, pressupondo a racionalidade do legislador, torna-se forma do juízo determinante, com a premissa maior fornecida pela regra de direito apropriada, e a menor, pela verificação das condições de fato, a se chegar à *demonstratio*¹⁰⁰. Tal método foi herdado do jusnaturalismo. Mas agora dele se desapega, não estando mais vinculado a uma ordem jurídica estática, mas à nova ordem, marcada pelo cientificismo, imóvel, lastreada num conceito de tempo momentâneo, sob uma interpretação dogmática.

⁹⁹ François ÖST, *Júpiter, Hércules, Hermes, Tres Modelos de Juez*, p. 169-176.

¹⁰⁰ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 280-281.

Segundo Elza Boiteux, sobre o magistrado liberal pesava uma tríplice interdição: o Judiciário não participava da elaboração da lei, mas resolvia questões com autoridade relativa e limitada ao conflito. Em segundo lugar, ao Judiciário era vedada a interpretação da lei, cujo sentido era esclarecido pelo próprio legislador. Por fim, o juiz não podia recusar a aplicação da lei alegando insuficiência ou obscuridade¹⁰¹. O juiz exercia seus poderes de forma limitada, adstrito ao exíguo espaço de discricionariedade aberto pelo legislador: a opção entre o legal e o ilegal.

O Direito, nesse quadro, é um instrumental preciso de preceitos a serem formalmente eleitos, livres das amarras de critérios de justiça duvidosos ou conflitivos. O instrumental do Direito vem inserido dentro de uma ordem burocrática, estruturada hierarquicamente e em esferas de competência, dependentes de pessoal especializado para a sua efetivação. Tal instrumento nutre-se de conceitos operacionais próprios, independentes de valores. Se, por um lado, tal liberdade amplia o poder operacional e a construção de racionalidade científica do Direito, por outro, permite a eliminação de limites para tal operacionalidade.

2.1.7. O Tempo do Direito Positivo

É certo que o problema do tempo no Direito é velho e novo. Velho porque, desde sempre, lidamos com os efeitos do tempo sobre o Direito: a prescrição, a decadência, a prescrição aquisitiva de propriedade, a constituição da servidão, o direito intertemporal, as disposições transitórias eventualmente presentes na legislação adventícia sempre nos dão conta de que o Direito e o tempo mantêm relacionamento.

Nossa questão vai além. Trata-se de constatar qual tipo de cronologia é funcional num ordenamento jurídico nos moldes propostos pelo direito positivo.

Com a relativização do conhecimento científico, constituem-se somente verdades provisórias que podem ser desmentidas por uma contraprova também científica, no sentido contrário daquela já tradicionalmente concebida.

¹⁰¹ Elza Antonia Pereira Cunha BOITEUX, *O Significado Perdido da Função de Julgar*, p. 32.

François Öst observa que *“Ninguém duvida de que esta concepção nova do trabalho científico afete em profundidade a visão do tempo a ela associada. Não somente a produção dos conhecimentos é submetida ao movimento permanente do questionamento, mas é o tempo do próprio mundo que se torna incerto. O tempo das ciências clássicas era imutável por definição, já que leis universais e eternas da natureza podiam ser apreendidas. A ciência contemporânea desmente esta certeza e faz ver, pelo contrário, a historicidade da matéria”*¹⁰². De fato, a partir do momento em que todas as medidas são questionadas pela ciência, não há como se negar que o próprio tempo também tem o seu poder de mensuração questionado.

Neste passo, a concepção de tempo do direito positivo traz os objetivos de direção de condutas e regulamento de conflitos. São ideias associadas à noção de comando, com implicação em temporalidade curta da colocação em execução imediata¹⁰³. Tal procedimento, segundo Öst, não permite se estabelecer relação com a memória, que diz respeito ao estabelecimento de uma temporalidade mais estável. Ao contrário, *“pensar o direito exclusivamente em termos positivistas de comando é, portanto, privar-se de qualquer meio de resistir ao desvio que consistiria em dissolver o jurídico na nebulosa da regulamentação, submetida, a exemplo da regulamentação econômica, às leis da eficácia e da aceleração”*¹⁰⁴.

Quando o estudo do Direito fixa-se somente num corte do tempo, nele explorando a totalidade de normas vigentes dentro de uma ordem jurídica, perde o contato com os valores que a inspiraram, e ainda, o que Öst chama do quadro geral de interação, no seio do qual as distinções de legal e ilegal, permitido e proibido, ganham sentido¹⁰⁵.

O direito positivo é contínuo ou instantâneo, constituindo-se ordem jurídica duradoura enquanto outra ordem não a substitua. Com isso, a ordem jurídica ignora o tempo de duração real. O tempo social isola-se pela ótica positivista, com o que se proíbe de pensar

¹⁰² François ÖST, *O Tempo do Direito*, p. 310.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 84.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 85.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 85.

as transições. O Direito é visto somente como sincronia, constituído de instantes sucessivos, extraídos exclusivamente da soberania, sem possibilidade de reconhecimento de qualquer outro encadeamento. O posicionamento positivista faz perder o fio do tempo e é, ao mesmo tempo, demasiadamente estático e demasiadamente dinâmico. Prende-se, por exemplo, no momento da conclusão do contrato, fixando a vontade jurídica em um imutável desse instante. Ou, ao contrário, avança indiscriminadamente sobre preceitos legais já absorvidos em nome de uma vontade sacralizada pela via formalmente correta, imposta por legislação nova¹⁰⁶.

Com isso, vê-se a concepção instantaneísta do Direito: o direito válido é livre dos entraves da tradição, liberado dos laços do precedente, separado dos arcaísmos do costume e da obscuridade dos princípios. O ato criador do direito reduz-se a um decisionismo que o livra dos laços com o tempo ordinário, em especial o passado. O direito surge do nada e cria efeitos duráveis, sem questionamento de por que e como a norma se impôs. Basta que a norma surja de um ato de vontade que lhe dê validade, para que perdure até o advento de novo ato jurídico que a revogue¹⁰⁷.

A norma válida, por seu turno, está defendida de alterações temporais, mantendo seu sentido fixo através do tempo. Estaria, segundo Öst, num tempo simultaneamente descontínuo e indivisível, ou num tempo instantâneo e virtualmente perpétuo, razão por que, Öst, citando Camy, coloca que o *“tempo do direito positivo é um presente eterno”*¹⁰⁸. Por isso, da noção de tempo do direito positivo extrai-se apenas *“uma visão sincopada, feita de uma sucessão de imagens sem elo aparente e inteligível. Do sistema jurídico tomaremos, então, apenas um conhecimento sincrônico, por cortes sucessivos, em que a única coação de racionalidade reside na exigência de coerência momentânea das diferentes normas pertencentes a esta estrutura síncrona”*¹⁰⁹.

Vê-se, assim, que o tempo do direito positivo é próprio. Foge a qualquer lógica de repercussão jurídica a evolução da norma no âmbito social. Não respeita o tempo

¹⁰⁶ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p. 194-195.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 221-222.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 223.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 227.

cronológico e sustenta-se forte, sem envelhecer, enquanto durar a sua vigência. Resguarda-se, assim, da influência do questionamento de valores, com o que cria ambiente de estabilidade para a aplicação da norma. Da mesma forma, contudo, instaura a possibilidade dinâmica de substituição da norma pelas vias formais adequadas, tornando a lei perpétua enquanto dure.

2.1.8. O Direito como Ciência

Vê-se que, apesar de Kelsen ser refratário a uma concepção específica e temporal do Direito, acabou justamente por se inserir numa situação científico-temporal bem delimitada, em que a produção de conhecimento legal é formalmente considerada como fim. Cada área da ciência busca pureza, autonomia e independência das demais ciências. Valoriza-se a segurança de um processo controlado de definição do Direito, ao mesmo tempo estático, sob a ótica do direito posto, e dinâmico, pelo ângulo externo. Fins e valores são variáveis irrelevantes para a definição do sentido da ordem jurídica.

Apesar de pretender não se influenciar por valores de seu tempo, Kelsen não consegue fugir da ideia de que o ponto de vista do observador contribuirá decididamente para a definição do seu objeto. Como pondera Reale, que observa a existência de correlação entre sujeito e objeto, é inviável pensar “o ‘*eu transcendental*’ sem referibilidade a objetos ou ao ‘*mundo*’ em que se situa”¹¹⁰.

O ponto de vista kelseniano apresenta-se formalmente filiado à tradição filosófica kantiana da divisão entre o ser e do dever ser, como pondera Bobbio¹¹¹. Na realidade, conscientemente, a exemplo de seus contemporâneos, quis Kelsen refugiar-se do questionamento a respeito do que e para que serve o Direito. Tal pergunta, tanto aos tempos de Kelsen como ainda hoje, tem resposta tormentosa. Defendeu-se Kelsen no sólido castelo dos conceitos próprios da Ciência Pura do Direito, que exclui propositadamente áreas de contato com outras ciências, não traduzíveis ou comunicáveis para a linguagem jurídica. Nele, concebeu-se estrutura idealmente coerente, alimentada

¹¹⁰ Miguel REALE, *Introdução à Filosofia*, p. 105.

¹¹¹ Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*, p. 185.

pelo processo cientificamente concebido de produção de normas de conduta, através da utilização da ordem jurídica armada coativamente.

A própria configuração do Direito, por seu turno, é favorável a tal concepção, uma vez que ele mesmo se mostra como um processo para fins de adoção de normas de conduta. A qualidade do feito é inegável. Foi-nos legada a noção de Direito como estrutura, de efeitos pedagógicos inquestionáveis, como aponta Losano, ao conferir coerência e completude ao ordenamento jurídico¹¹². De fato, como pondera Bobbio, é uma guinada para além da qual é possível avançar, mas não é lícito retroceder¹¹³. Mas o modelo apresenta-se esgarçado. Puído pelo tempo, vulnerado pelos seus defeitos, impõe-se a sua superação em favor de um modelo adequado à relatividade de valores, à multiplicidade de fontes de conhecimento e de referências temporais que permeiam a noção do justo nos tempos atuais.

A equiparação do Direito às outras ciências dotou-o de uma dogmática que somente apresenta a imutabilidade dos seus pontos de partida quanto à inviabilidade da mudança da norma. Tal visão, decorrente da assunção de que todo o poder normativo repousa no direito positivo, acaba por ser corroída pela multiplicidade de interpretações fornecidas pela doutrina e pela jurisprudência, forçando o mecanismo de calibração do Direito. A exemplo do que ocorre em outras ciências, o conhecimento do Direito é constantemente colocado à prova, sob exames e críticas de cientistas cada vez mais especializados, que levam à pressão sobre o legislador ou o julgador, que, ao adotar novas propostas normativas, acaba por tornar real o objeto de estudo, em termos positivistas. Também no Direito valoriza-se o processo de produção sobre o objeto produzido.

Tal movimento encurta o tempo do conhecimento científico consolidado na manifestação do direito positivo. Sempre impulsionado por críticas, promovidas pela especialização, o direito positivo é exposto à expansão progressiva. Ocorre que seu fracionamento temporal o priva de suas raízes do passado e elimina o seu poder criador projetado para o futuro, tornando-se relevante apenas o seu presente para o estudioso do Direito.

¹¹² Mario G. LOSANO, *Modelos Teóricos, inclusive na Prática: da Pirâmide à Rede*, p. 269.

¹¹³ Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*, p.210.

Além disso, se por um lado, a adoção de critérios científicos livrou o Direito dos valores, criou o risco de se desfocar de seu objetivo principal, o próprio homem. O juiz positivista torna-se irresponsável pelos preceitos que irá aplicar, deixando tal encargo aos cuidados do legislador. Basta, aos seus olhos, que o instrumento seja formalmente perfeito para legitimação de sua aplicação, num ambiente burocrático, concentrando-se o poder político de definição do justo nas mãos do legislador. Ao Judiciário, portanto, cabe papel restrito na ordem do estado liberal.

Ao lado dos demais poderes, o Judiciário constitui-se como ordem de competências estabelecida de forma legal-impessoal, tendente à aplicação de uma ordem coativa, formado por um quadro de pessoas encarregadas de impor seu cumprimento, através de um procedimento habitual, concebido por lei, e formalmente correto. Age dentro de um determinado território, mediante monopólio da violência, para concretização da dominação. O Direito, como cosmos de regras abstratas, é o meio para concretização dos objetivos da associação.

A autoridade institucional, ao assumir o poder em razão de orientação legal, funda-se nos princípios de determinação de competência e exercício contínuo. Também se vale de hierarquia oficial própria, qualificação profissional e separação entre meios administrativos e quadros de administração e produção.

Tal modelo de Judiciário insere-se no quadro de repartição de poderes do sistema liberal do século XIX. O poder político de definição de condutas genéricas está em mãos do parlamento, que tem a função de conciliar as pretensões da sociedade e manifestá-las de forma racionalizada através da constituição de uma ordem jurídica organizada. O legislativo é o grande centro de debates a respeito das possibilidades normativas, e nele se movimentam as grandes proposições conciliatórias de poder.

No quadro de rígida definição de competências, não cabe ao Judiciário indagar a teleologia da norma, ou mesmo dos valores que traz à tona. Cabe apenas seu cumprimento, ante o

dever de obediência ao sistema legal-racional, mediante a aplicação do silogismo, cuja premissa maior é ditada pelo legislador.

A Teoria Pura do Direito internaliza tal conceito, ao colocar a estruturação legal-hierárquica piramidal do sistema de leis em paralelo com a própria organização administrativa, tanto dos tribunais como dos demais poderes. Elimina do Direito qualquer influência daquilo que se debate em campos externos a ele, e torna como instrumentos relevantes para a sua operacionalidade o conceito de norma e de ordenamento jurídico. Isola-se o Direito em seu cientificismo, protegendo-se da dubiedade de conceitos de outras ciências.

Repousando o Estado na antiga concepção de Weber de monopólio da força, o poder decisional real não está no Judiciário. O papel do julgador, no sistema clássico, é apenas de fechamento e confirmação da capacidade geradora de normas de outros poderes, reconhecendo a harmonia presumida da ordem jurídica através do mito do legislador racional, e reforçando-a em situações de ponta, ao impor sanções ao descumprimento da norma, de forma coercitiva. A atuação do Judiciário, embora importante, somente complementa, em seu elo final, a relação de poder já definida por outros poderes de Estado, e não lhe dá liberdade de inovação no seu conteúdo, em um quadro esquemático simples e preconcebido pelo legislador. A justiça é simples aplicadora da lei que lhe é passada, alheia a qualquer critério material de justiça.

Aqui, é ponto de se retomar o paralelo com a arte, formulado no início do capítulo. Em seu afresco para a Faculdade de Direito da Universidade de Viena, Klimt dedicou um afresco à jurisprudência. Ela retrata dois mundos. No topo da perspectiva, há o mundo oficial, em que se ombreiam a verdade, a justiça e a lei, representadas por rostos de juízas distantes, que, embora brilhantes, demonstram-se formais e minúsculas. No plano inferior, negro, que domina a cena, há o campo em que a justiça é executada. Em No seu centro representa-se o castigo, retratado por uma figura masculina impotente e submissa, ladeada pelas fúrias. A presença das fúrias, que representavam a vingança e a irracionalidade, vencidas por Palas Atena da instituição do tribunal, lembra-nos que a lei não dominou a violência e a crueldade, mas apenas as ocultou e legitimou. Palas Atena, que, em outra

representação de Klimt, libertou-se da coruja, representante do passado, e tomou a verdade nua em suas mãos, agora está ausente do teatro da justiça¹¹⁴. O poder das fúrias é o núcleo da representação pictórica. Tal poder, maximizado, coloca o risco da preponderância da irracionalidade sobre o Direito, que apenas intervém para sua legitimação.

Da mesma forma, sai de cena o brilho da 5ª sinfonia de Mahler. A gloriosa aurora de um novo tempo pôde bem ser substituída por La Valse, de Ravel. De fato, a majestade e a potência de uma sociedade estruturada sobre a ciência, que se coloca em irreversível progresso para superação dos preconceitos do passado, de repente são cercadas por acordes dissonantes, criando grau de desordem crescente que, finalmente, leva à inexistência de qualquer nota harmônica, com a triste finalização em caos de uma peça de início grandioso.

2.2. O Judiciário do Estado do Bem-Estar Social

A era dos Códigos, segundo arquétipos propostos por Losano, iniciou-se com o direito do século XIX e da primeira metade do século XX, que é o direito das grandes codificações. Na época dos totalitarismos, o mundo jurídico iniciado nos Oitocentos chegou ao aperfeiçoamento com os códigos italianos: o penal de 1930 e o civil de 1942, grandes códigos fascistas que englobavam décadas de cultura pré-fascista¹¹⁵.

Sendo o desenvolvimento científico a causa motriz do crescimento das sociedades e das instituições, a evolução e a complexidade do conhecimento humano colocam-se em movimento de crescimento constante, experimentando-se progresso e comodidade nunca vistos antes.

O quadro do Direito sob a ótica do liberalismo, contudo, passou a apresentar pressões. A constante demanda de evolução social implicou o reconhecimento da insuficiência da noção de cidadania liberal para solução de conflitos. Reconhecida a força econômica de

¹¹⁴ Carl. E. SCHORSKE, *Viena Fin de Siècle*, p. 240-241.

¹¹⁵ Mario G. LOSANO, *Modelos Teóricos, inclusive na Prática: Da Pirâmide à Rede*, p. 280.

grandes organizações, por um lado, e a pequenez do cidadão liberal, com pouco peso na balança do poder, do outro, o Estado passa a interferir de vários modos para tentar equilibrar a relação entre ambos.

O próprio Direito, ao constatar a pressão social por intervenções em favor daqueles que, apesar de legalmente iguais, apresentavam-se em situação materialmente desfavorecida, passou a garantir progressivamente direitos diferenciados para superação da situação de desigualdade material. O movimento se iniciou através da atividade legislativa, na área de política social, com a legislação do direito do trabalho, saúde e seguridade social, expandindo-se, posteriormente, para a esfera da economia, concorrência, transportes e agricultura. Tal atividade resultou num controle sobre a economia, noções de responsabilidade do Estado em questões de emprego e formulação de planos de assistência social¹¹⁶.

Tal modificação necessariamente se refletiu na normatividade. As normas alteraram-se em razão da introdução de novos direitos e formas de legitimidade de seu pleito. Com isso, elas se tornam o principal instrumento de atuação do Estado, concebido como organização legal burocrática, para a consecução de seus objetivos, por meio do qual se fixaram competências e modelos de conduta. Dessa forma, o conteúdo do Direito acaba por se alterar de forma significativa.

Veremos, de modo sucinto, o conteúdo de tal evolução e as suas consequências para a forma de atuação no Judiciário.

2.2.1. O Estado do Bem-Estar Social

O Direito, sob o quadro do estado liberal, concebia o homem como cidadão, único núcleo de interesses, igualmente tratado por uma legislação nacional, que não contemplava distinções entre grupos específicos. Não se concebia a possibilidade de centros de interesse coletivos, a terem tratamentos diferenciados sob uma ótica grupal.

¹¹⁶ Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*, p. 35.

O posicionamento liberal espelhava-se nas rígidas normas de legitimidade, em que, tradicionalmente, somente o titular de um interesse tem a legitimidade para pleiteá-lo, de forma individual. Tal forma, aliás, é a regra que persiste até hoje, como se vê da análise do artigo 6º do Código Civil. Mais e mais, contudo, tal norma é excepcionada, à luz do reconhecimento de interesses relevantes para a sociedade em geral, e da concessão, pelo próprio sistema jurídico, da legitimidade extraordinária para pleitear direitos em juízo, como no caso da ação popular e ação civil pública.

Com a necessidade de proteção de determinados grupos deixados ao abandono pelo sistema individualista de legitimidade clássica, surge legislação voltada para proteção de determinadas situações em particular, mas que necessariamente tinham relevância pública. Citando novamente Koopmans, Cappelletti coloca que tal legislação, voltada a produzir transformações, originariamente formulava regras na área de direito do trabalho, como segurança e higiene das fábricas, proibição de trabalhos de crianças, obrigações financeiras dos empregados e acordos coletivos, através de fixação de regras de conduta, sob a fórmula tradicional¹¹⁷.

O próprio Direito cedeu à pressão social por intervenções em favor daqueles que, apesar de legalmente iguais, apresentavam-se em situação materialmente desfavorecida ou desamparada, pondo à mostra interesses relevantes para a sociedade, que eram desatendidos pelo sistema liberal. Com isso, passaram-se a garantir, progressivamente, direitos diferenciados, atribuídos àqueles grupos que se encontravam em uma situação de desigualdade que não seria suprida espontaneamente pela livre iniciativa ou pela lei de mercado, permitindo-lhes a superação da situação de desigualdade material em que se encontravam.

Constituição de Weimar é marco da mentalidade da época. Além das garantias individuais clássicas, sagrou também direitos sociais, que, nos dizeres de Comparato, não têm por objeto uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, envolvendo o direito à

¹¹⁷ Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*, p. 40.

educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros, que somente poderiam ser realizados através de políticas públicas, movimentadas por programas de ação governamentais. Com isso, os grupos sociais inteiros, e não apenas os indivíduos, tornam-se sujeitos de direito, podendo exigir dos poderes públicos orientação determinada na política de investimentos e distribuição de bens, implicando-se uma intervenção estatal no mercado, e redistribuição de renda pela via tributária¹¹⁸. Com os novos direitos surgem também a sua titularidade coletiva e a possibilidade de criação de direitos subjetivos supraindividuais.

A noção inicial de legiferação nos moldes tradicionais, contudo, não era aplicável à regulamentação necessária para áreas de conhecimento que exigiam alta flexibilidade decisória e conhecimento técnico, como segurança social, investimento ou concorrência. Em tais áreas, o legislador passou a possibilitar a atuação estatal através de regulamentação, delegação legislativa e agências. Em tais áreas, segundo Cappelletti, o Estado deixa de ser um vigia, passando a ser o *État providence*, para promover o controle social, sob um papel promocional. O Estado prescreve programas futuros e promove a sua execução gradual, de longo prazo¹¹⁹.

Assim, na medida em que a complexidade da sociedade aumenta, demonstra-se inviável a adoção da forma de regulamentação adotada ao tempo do positivismo jurídico. O processo de geração de regras de conduta tradicional exigia concepção racional prévia de uma estrutura jurídica que abarcasse de antemão todas as situações vindouras. A complexidade do mundo científico, dos investimentos, da segurança social ou concorrência, contudo, exigia conhecimentos técnicos profundos e específicos. Os debates legislativos e a produção de normas demonstravam-se insuficientes e inadequados para atendimento de demanda de normatividade complexa. Além disso, a conclusão dos trabalhos do legislador, no mais das vezes, chegava a destempo. Com isso, a alternativa do legislador, em tais casos, foi mais e mais gerar leis delegadas e criar órgãos regulamentadores para intervenção aberta, deixada a cargo do Executivo.

¹¹⁸ Fábio Konder COMPARATO, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 190.

¹¹⁹ Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*, p. 41.

Ademais, com o advento do *New Deal*, a intervenção estatal tornou-se necessária para suportar crises econômicas causadas por insuficiências do mercado. A intervenção estatal na economia, a partir de então, incrementou-se decisivamente. O Estado passou a promover diretamente a redução de desigualdades e a regulamentar as atividades econômicas conforme o enfoque do que fosse politicamente definido como interesse público, passando a intervir nas mais diversas áreas de atuação econômica e social.

Tal preocupação é acentuada com a moderna visão de que o Direito não mais se presta a só a equilibrar determinadas situações. Agora, em razão da sua instrumentalização, passa a ser visto como a principal via de concretização de uma nova sociedade, como diretriz de conduta e organização¹²⁰. O Estado moderno, construído sobre a concepção de legalidade weberiana, vale-se da lei impessoal para atingir seus objetivos. A expansão das áreas de atuação do Estado refletiu-se na expansão da lei como instrumento de persecução de seus objetivos, superando-se o ideal não intervencionista liberal, do *état gendarme*.

Não bastasse isso, é notável que, ao mesmo tempo em que a grande burocracia estatal progrediu para o Estado Social, a própria atividade privada também se torna complexa. Objetivamente, produz novos tipos de conhecimentos técnicos, que exigem conhecimentos de especialistas. A grande empresa pratica atos jurídicos em grande escala, afetando novamente uma coletividade de interesses. Ao progresso do poderio das grandes instituições privadas corresponde justamente a resposta estatal de crescimento dos meios de controle, reforçando a intervenção do Estado Social.

2.2.2. A Nova Relação entre Tempo e Direito

A noção de tempo, no quadro do *Welfare State*, também já aponta desconformidade com os padrões clássicos concebidos pelo direito positivo. O Estado, ao assumir a responsabilidade pela efetivação de objetivos de longo prazo, projeta no tempo a sua atuação. Os direitos sociais não podem mais simplesmente ser atribuídos ao indivíduo, exigindo ação do estado para obtenção de subsídios e apontamento de áreas de ação para

¹²⁰ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 63

eliminação de barreiras sociais e econômicas, para consecução dos objetivos sociais¹²¹. Tal situação também abrange outros programas de longo prazo que exigem durabilidade de efeitos de determinados institutos legais: vemos, por exemplo, questões previdenciárias que implicam o provisionamento de poupança de longo prazo. Ou questões ambientais, cujos efeitos, muitas vezes, são imprevisíveis e se protraem por tempo indeterminado.

Com efeito, no quadro do estado do bem-estar social, introduz-se a relevância da noção do tempo no âmbito do Direito. Segundo Cappelletti, os programas sociais a serem concretizados pelo Estado exigem uma execução e intervenção prolongada no tempo, razão por que, *“diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação e ao trabalho – não podem ser simplesmente ‘atribuídos’ ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas”*.

Posner observa que o Direito, antes dotado de objetividade técnica, é afetado com a diminuição do consenso político. Na medida em que há influência de disciplinas como a filosofia e a economia sobre o sistema legal, cada vez mais se enreda em questões políticas, criando direitos constitucionais em áreas controversas, como aborto, eleições, clientelismo político, que se tornaram questões politicamente sensíveis, disciplinadas por tribunais¹²².

O tempo contingencial do direito positivo e suas noções de legalidade apresentam-se insuficientes para atender aos padrões de normatividade modernos. Tais padrões exigem permanência e durabilidade que o direito positivo não pode oferecer, contingencial e mutável que é, conforme a vontade do legislador.

¹²¹ Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*, p.41.

¹²² Richard A. POSNER, *Problemas de Filosofia do Direito*, p. 571-573.

Por isso, na tentativa de dar maior permanência ao direito posto, o legislador opta entre retrair-se em ditar normas específicas e elaborar cartas de princípios gerais. Os princípios surgem como elemento inovador, visando à transformação do presente para a formação do futuro¹²³. A busca da permanência de um sentido dado pela norma no tempo, com abertura para o futuro, é estranha ao legislador do positivismo, satisfeito em regular condutas num quadro específico de tempo de validade.

2.2.3. A Alteração da Norma

É certo, por seu turno, que o modo de atuação da máquina estatal por excelência é através do estabelecimento de normas, ante o caráter de organização burocrática, evoluída agora para um sistema administrativo complexo. Todas as normas, tanto aquelas geradas pelo Executivo, de caráter de cumprimento específico, como aquelas editadas pelo Legislativo, de caráter mais genérico, ampliam de forma irrestrita a sua influência na fixação de condutas, para fins de maximização da racionalização e direcionamento da conduta humana.

Surge nova forma de regulamentação de condutas. O Estado agora se torna *état providence*, promotor do interesse público, estando comprometido com a instauração de programas de desenvolvimento futuro, de grande porte, e cuja concretização demanda programas de longo prazo. Inviável, para a promoção de determinados interesses sociais, a operacionalidade em termos do binômio legalidade/ilegalidade, superando-se a noção de legalidade estrita do *état gendarme*¹²⁴.

Tal peculiaridade também é notada por Bobbio. Ainda que reconheça que a concepção repressiva do direito ainda seja dominante¹²⁵, coloca que a intervenção do poder político na esfera dos interesses econômicos aumenta, em vez de diminuir, as concepções tradicionais do Direito¹²⁶. Surge, então, a função promocional do Direito, em contraposição ao sistema

¹²³ Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*, p. 41.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 41.

¹²⁵ Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*, p. 7.

¹²⁶ *Ibid.*, p.10.

clássico baseado no sistema de proibição/permissão. Criam-se condutas com sanções positivas ou negativas, para encorajar ou desencorajar condutas, sendo as primeiras voltadas para a mudança social, e a segunda, para manutenção de um determinado estado social¹²⁷.

Maria Rosaria Ferrarese aponta que o advento do Estado Social produziu mutação qualitativa e quantitativa da normatividade.

Quantitativamente, majora-se a edição de leis, que passaram a reger toda a vida social. Ampliam-se as matérias reguladas pelo Direito, que se torna meio de ofertar respostas aos conflitos e problemas não somente da vida social, como dos mesmos grupos e setores que a compõem, consagrando direitos variados, muitas vezes confrontantes, espelhando a pluralidade da sociedade civil.

Qualitativamente, há queda do grau de racionalização da ordem jurídica proposta por Weber e, por consequência, das condições de segurança que o domínio da lei ofertava. A pluralidade de grupos e instrumentos e a particularização dos instrumentos jurídicos fracionados comprometeram a leitura unitária da lei, que chega a ter uma interpretação privada dos grupos, além de obstar e complicar os mecanismos de definição do direito¹²⁸.

Maria Rosaria Ferrarese também aponta que, no Estado Liberal, com o movimento da codificação, houve a tendência da simplificação em prol da eficácia, bem como a unificação do sujeito de direito na pessoa do cidadão comum, com a consequente simplificação das relações sociais. No Estado Social, marcado pelo crescimento da complexidade social, o movimento inverte-se, diferenciando-se os sujeitos e as respectivas ordens normativas que lhe são aplicáveis. Com isso, dificulta-se a síntese jurídica clara e definida. As definições jurídicas são cada vez mais numerosas e menos autossuficientes, o que aumenta a necessidade de regulamentação jurídica em todos os campos¹²⁹.

¹²⁷ Norberto BOBBIO, *Da Estrutura à Função*. Novos Estudos de Teoria do Direito, p. 18-19.

¹²⁸ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Instituzione Difficile*. p. 205.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 220-221.

A legislação social, ademais, defrontada pela complexidade das relações em que pretende intervir, reconhece a sua insuficiência e delega a fixação de políticas ou regulamentações em concreto em situações em que lhe é difícil intervir. Delega ao Executivo a formação de políticas administrativas específicas na condução de interesses genericamente consagrados pela legislação, permitindo-lhe a abertura de agências e órgãos administrativos. O legislador, ao adotar essa opção, limita-se a prescrever a finalidade e os princípios gerais da legislação, permitindo-se aos outros poderes a fixação específica de sua aplicação prática¹³⁰.

A atuação legislativa, por seu turno, reflete-se primeiramente na atividade do Executivo, que assume poderes plenos de definição das políticas estatais. Coloca-se ele no vértice da atividade de governo. Os mecanismos de controle do Estado, por seu turno, passam às mãos do Judiciário. Isso porque ele assume, inicialmente, a fiscalização da atividade política a partir do controle da constitucionalidade¹³¹, para depois ampliar a sua esfera de controle sobre os atos administrativos em geral. Uma legislação mais aberta, relativa, e fundada em princípios, acaba por necessitar de complementação interpretativa ao tempo de sua aplicação. Assim, como observa Giuliano e Picardi, o advento de técnicas legislativas elásticas e flexíveis permitiu a delegação ao juiz dos papéis que o legislador não queria ou não podia operar, chegando-se a falar em fuga pela cláusula geral da legislação por princípios, da lei provimento, leis polivalentes. O legislador deixa espaço à escolha integrativa, a ser realizada em segundo tempo em sede jurisdicional¹³².

2.2.4. O Juiz no Estado do Bem-Estar Social

O quadro de normatividade acelerada do estado social exige outro tipo de juiz. François Öst propõe para tanto um modelo de juiz que chama de Juiz Hércules, em contraposição ao Juiz Júpiter, do liberalismo clássico¹³³.

¹³⁰ Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*, p. 41.

¹³¹ Celso Fernandes CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, p. 38.

¹³² Alessandro GIULIANO; Nicola PICARDI, *Professionalità e Responsabilità del Giudice nella Esperienza Italiana Contemporanea*, p.1.947.

¹³³ François ÖST, *Júpiter, Hércules, Hermes, Tres Modelos de Juez*, p. 176/180.

O modelo Hércules traz a ideia da realização de trabalhos exaustivos pelo herói mitológico. Ele exterioriza-se pela imagem do funil e manifesta-se através dos autos do processo. Nele, o juiz está na Terra, colocando-se como única fonte do direito válido. Tal é a corrente do realismo americano e da *sociological jurisprudence*, em que o juiz, no afã de julgar, leva o mundo sobre seus braços estendidos. É pragmático e recebe tudo o que lhe é passado, para eleger sua proposta decisória. O Direito torna-se jurisprudencial, sobrepondo-se à própria lei, uma vez que a autoridade é ditada não por um esquema formal, mas pela decisão. Singularidade e situações concretas sobrepõem-se à generalidade e abstração da lei. Tal é o modelo típico do estado social assistencial do século XX.

Principalmente nos EUA, onde tal corrente tem força em razão da criação de uma jurisprudência de apreciação de constitucionalidade da lei, há a conseqüente tendência de se relativizar a supremacia do legislador. A manifestação jurisdicional é um fenômeno complexo levado a cabo pelas autoridades judiciais, criando-se, assim, o fenômeno do funil ou da pirâmide invertida. A regra, na realidade, deriva da decisão.

O Juiz Hércules é o juiz interventor, participativo em todas as tarefas. Vale-se das normas, como seu antecessor, é pré-contencioso, concilia, aconselha, orienta e previne. No pós-contencioso, o juiz segue de perto a evolução do processo e adapta suas decisões conforme as circunstâncias e necessidades da causa. Se o juiz liberal era um homem de respeito à lei, o juiz do estado do bem-estar social é um engenheiro social.

Para tal Direito, a efetividade é condição de validade, e a legalidade da regra ou sua legitimidade são dados irrelevantes. O Direito resume-se ao fato, em seu ápice representado pela materialidade da decisão. Com isso, perde relevância a noção de validade e normatividade. O procedimento deixa de ser guiado pela legalidade e legitimidade, para busca da efetividade. Somente é colocada em funcionamento, sem se prever sua trajetória ulterior.

A gestão de casos do juiz Hércules, segundo Öst, não é a do monismo normativo, baseada no código. A generalidade e abstração da lei dão espaço ao concreto e à singularidade do

juízo. A categoria de interesses difusos e proteicos se sobrepõe aos direitos subjetivos clássicos, mas a norma adapta-se à mobilidade dos interesses em conflito, ao se tornar instrumento de medida variável, compromisso precário, meio estatístico. A falta de parâmetro comum de atuação, longe de ser um pluralismo, que supõe articulação, gera somente aplicação do Direito com dispersão, sem sentido.

No direito clássico, a lógica era dedutiva. No direito de Hércules, ela é indutiva, uma vez que o fato se antepõe à regra. Ela pressupõe o fato e surge da decisão particular, que lhe dá juridicidade, buscando mais o resultado prático do que a aplicação da lei. O juiz busca a alternativa para a aplicação máxima dos interesses rivais. A lógica não auxilia o jurista, mas outras áreas do conhecimento científico, como a economia, a contabilidade, a balística ou a medicina.

O tempo, por fim, não se volta a garantir a continuidade da lei. Aqui, há um tempo descontínuo, que se expressa através de decisões esporádicas descartáveis.

Segundo Öst, por fim, a proposta também não responde adequadamente. Somente inverte o parâmetro da procedência do Direito: o vértice da pirâmide ou a base do funil, justamente onde as propostas se dissolvem, quando obliteram o mundo jurídico e se perdem na difícil relação entre o fato e o Direito.

A crítica, na realidade, espelha o dilema do juiz moderno. Está perdido na vastidão do arsenal normativo que lhe é dado: as normas lhe são fornecidas não somente pelo legislativo. Também deve lidar com a regulamentação administrativa do Executivo e seu rol de competências. Lida, também, com eventuais lacunas da lei, nos casos em que ela se limita a fixar princípios ou interesses básicos a serem preservados. Para integração e sentido a esse direito aberto, por seu turno, faz-se uso de opções axiomático-teleológicas que eventualmente podem se encontrar fora do sistema legal. O risco de tal conduta é a do subjetivismo e da imprevisão do direcionamento do sistema legal, consolidando-se a incorporação, pela jurisprudência, de propostas que vão muito além da interpretação, numa verdadeira criação do Direito através do caso concreto.

Por isso a crítica de Öst. A partir do momento em que o juiz incorpora sua lógica pessoal ao sistema, acaba por influenciar erráticamente a definição de direito, uma vez que não se lastreia em critérios objetivos, fornecidos pelo próprio ordenamento. Ao contrário, flutua ao sabor da pluralidade interpretativa, cujas possibilidades são maximizadas na presença de princípios, de critérios vagos e elásticos. Tal pluralidade é fatalmente influenciada por critérios extrajurídicos imprecisos, influenciados pela subjetividade do julgador.

Diante desse quadro, portanto, afirma Cappelletti que *“nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade das decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo, e, enfim, a criatividade dos juízes”*¹³⁴.

Tal é o receio que vem por detrás da fixação de súmulas vinculantes. Na realidade, a discussão oculta o reconhecimento da superação da concepção legal do sistema liberal, que garantia espaços de segurança e liberdade com a clara fixação de condutas pela lei. Aponta, ainda, o surgimento de um grande vazio interpretativo, criado pelo excesso de normas incoerentes e pelas vastas possibilidades de interpretação, de onde surge a sensação de incerteza legal, não solucionada adequadamente pelo legislativo.

Tal problema, deixado em aberto, vem bater diretamente às portas do Judiciário.

¹³⁴ Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*, p. 42.

3. A Crise do Direito

Vimos o desenvolvimento das noções que envolveram e inspiraram a organização normativa moderna. Concebido o estado burocrático legal-racional, divididas as competências entre os poderes e estruturada a geração de leis impessoais, considerando-se o cidadão como centro de uma legislação igualitária, o Judiciário entra no jogo de poderes como fecho do sistema, para fins de efetivação de uma ordem jurídica criada pelo Legislativo. Seus critérios operacionais levam à adoção do método da subsunção, aplicada por meio do silogismo jurídico, em que há pouco espaço interpretativo deixado ao julgador, para garantia de uma esfera maior de liberdade ao cidadão.

O ideal do Estado Liberal, contudo, é superado com o advento do Estado Social, em que o poder público assume para si funções socialmente relevantes não levadas a cabo pela iniciativa privada. Progressivamente, o Estado legisferava em favor de grupos menos favorecidos, reconhecendo-se situações de desigualdade e a necessidade de equilibrá-las. Passa a interferir diretamente nas atividades econômicas para fins de promoção de determinadas condutas que lhe são politicamente interessantes. Surge um novo parâmetro de normatividade, não lastreado somente no binômio permitido/proibido, mas com a introdução de condutas incentivadas ou não incentivadas. Exige-se uma noção de tempo mais prolongada do que a do Positivismo Jurídico, que reclama intervenção contínua do Estado para promoção de objetivos sociais de longo prazo.

A maior demanda de normas exige um maior alcance do legislador, que, se num primeiro momento, vê seu poder ser majorado, num segundo momento, vislumbra ser inviável dar vazão a todas as pretensões de uma realidade social cada vez mais fracionada. Legisla, então, sobre matérias cada vez mais diversificadas. Também evita aprofundar-se em matérias de grande complexidade, formulando somente princípios e normas básicas cujo detalhamento deixa a cargo de outros poderes. Com isso, amplia-se a liberdade do julgador, que tem maior espaço para contribuir na definição do sentido da norma.

As garantias e vantagens obtidas durante o liberalismo não são derogadas com o advento do estado do bem-estar social, mas passam a conviver com elas, no que é possível. Há aumento de complexidade do ordenamento jurídico, que reconhece direitos não existentes no tempo do liberalismo e estipula um sistema de intervenção social para sua efetivação. A estrutura básica do Legislativo e do Judiciário permanece similar àquela da época de sua concepção liberal, sendo somente adaptada, em linhas específicas, para o Estado Social.

Até este ponto, portanto, não se vê a crise do direito positivo. Embora já lançadas as sementes para a crise do Direito, podia-se constatar que ainda se apresentava como o grande instrumento diretivo da sociedade, apto não somente a garantir a segurança e liberdade do indivíduo, como também a propiciar-lhe progresso, seja pelas mãos do mercado, seja pelas mãos do Estado.

As razões da corrosão do Direito são as preocupações apresentadas neste capítulo. Os motivos da desconfiança da sociedade em relação ao Direito, que culminaram, por um lado, com a escola do direito alternativo e, por outro, com o verdadeiro movimento de privatização do direito, através da criação de tribunais arbitrais, são reversos da mesma moeda: a perda de poder ordenador do sistema jurídico, que deixa de dar as respostas adequadas às demandas que lhe são apresentadas.

A nosso ver, há vários motivos principais para a moderna crise do Direito. Dentre os problemas originários do próprio sistema legal, há a descrença no próprio Direito, que deixa de ser considerado como fonte idônea de parâmetros adequados de conduta. As causas principais a compor o descrédito na ordem normativa são o fenômeno da inflação normativa, a semear a incerteza e a desconfiança do cidadão em relação à lei, aliada aos fenômenos da especialização e da transformação do Direito em objeto de consumo. Ainda, sob o aspecto moral, há o que Celso Lafer chama de ruptura do totalitarismo com a tradição do Direito, quando se sua utilização como instrumento de opressão contra o próprio homem. Por fim, ao lado da descrença nos instrumentos legais tradicionais, nasce a força vinculante de novas fontes normativas, reação natural ao fenômeno do totalitarismo.

Há também pressão extrajurídica que exerce impacto sobre o mundo do Direito, constituída pela remodelação das noções de espaço e tempo. A globalização e a aceleração das comunicações e dos transportes levaram à diminuição da sensação de espaço e o aumento geométrico da intensidade do tempo. O que se fazia em meses, agora é feito em poucas horas. As relações comerciais e viagens intercontinentais são parte do cotidiano não só dos estados e das grandes empresas, mas também do cidadão comum. Relações comerciais são travadas em minutos, estipulando-se o conceito da demanda *on line*. Tais conceitos, novos, não foram ainda internalizados pelo Direito, que mantém padrão operacional tal qual fornecido na era do Estado Liberal.

3.1. A Crise no Direito Positivo

Max Weber coloca que a máquina burocrática tem por objetivo a eficiência. E tal eficiência, dentre outros fatores, é alcançada através da organização de uma ordem hierárquica de fixação de competências e cargos, e levada à frente por profissionais qualificados, que tomam parte de seu corpo decisório.

A partir de então, a especialização científica forma um dos eixos centrais para o desenvolvimento das grandes burocracias modernas. O antigo detentor de conhecimentos específicos, ligado à ideia de corporação de ofício, e dedicado por toda a vida ao desempenho da atividade para a qual foi treinado por indução, é superado. O obreiro, até então, era ligado à casta com a qual era identificado, à qual, por suas habilidades, haveria de pertencer definitivamente.

A organização social definida pelo conhecimento estável, que traz a ideia de artesanato, deixa de ser modelo viável a partir do momento em que se torna inadequada à produção em massa exigida na sociedade moderna. Agora, o detentor do conhecimento especializado passa a gozar de posição de prestígio, uma vez que é capaz de indicar, de forma científica e objetiva, as vias mais adequadas para que a organização possa alcançar seus objetivos precípuos. E o prestígio não se vincula a uma casta. É franqueado a todos aqueles que detêm conhecimento que contribui para o progresso da organização. A casta não mais se

justifica, valorizando-se a individualidade que age e impacta de forma relevante, instaurando-se a concorrência na evolução do conhecimento como mola propulsora da especialidade e aperfeiçoamento das organizações modernas.

Supera-se, então, o conceito de castas, ou mesmo de classes. Fala-se somente em uma posição provisória de que determinado indivíduo goza, em um ambiente a que pertença. Tais ambientes são múltiplos, não se restringindo, como dantes, apenas à atividade do indivíduo: referem-se ao trabalho, ao clube, a organizações não governamentais, às associações religiosas. Em tais campos paralelos, o indivíduo despreza-se de outros atributos ou características pessoais e busca desempenhar a atividade de interesse comum do grupo. Tal situação, se, por um lado, alimenta a liberdade de cada um buscar atividades de seu próprio interesse, por outro, cria a necessidade de identificação contingencial com um grupo determinado e a conciliação entre interesses grupais divergentes, o que gera a angústia da falta de uma identidade específica.

A nova forma de organização social necessariamente criou impacto no Direito. Ela traz em si não somente a angústia da escolha de interesses e grupos relevantes, a repercutir na pluralidade normativa que incide de forma diversa sobre cada grupo. Também gera concorrência entre diversas fontes de conhecimento científico do Direito, com a conseqüente exacerbação da produção normativa e jurisprudencial conflitante. Tais conflitos de valores são levados pelos especialistas ao sistema legal, gerando, primeiramente, propostas de normatividade diferentes, através da doutrina, que acabam incorporadas pela jurisprudência e pelo legislador. Em última instância, tal movimento não somente influi na crise da justiça, mas também a profunda desconfiança na organização legal tradicional que marca os nossos dias.

Não bastasse isso, a natural evolução do Direito, com o aperfeiçoamento das democracias, levou a uma maior representação de toda a multiplicidade de grupos de interesse que formam a sociedade moderna. Tal miríade de interesses conflitantes necessariamente se reflete em acordos legislativos expressos em normas. A normatividade, decorrente de tais acordos e do aprofundamento do processo de multiplicação de interesses e grupos divergentes, acaba por criar não mais uma legislação geral, mas uma pluralidade de

legislações excepcionais na defesa de grupos minoritários, elevando o grau de complexidade do sistema legal a um nível em muito superior àquele em que a operacionalidade do sistema Judiciário liberal, ou mesmo o do Estado do Bem-Estar Social, foi concebida.

Não há como negar que o Judiciário tenha problemas de verbas ou de organização administrativa. Nem há que se falar que o Legislativo é ineficiente por não conseguir movimentar os anseios da sociedade por normas e, tampouco, legiferar adequadamente. Tais problemas, na realidade, existem, mas são concausas de um problema maior, que diz respeito à própria noção do que é o Direito nos dias presentes.

Em suma, o desenvolvimento do conhecimento e a pluralidade social inerentes às grandes democracias modernas invadiram o Direito. E o Direito não conseguiu ainda fornecer uma resposta adequada a tal desafio, em razão dos critérios de sua própria estruturação.

3.1.1. A Inflação Normativa

Num sistema clássico de produção normativa, já se viu, não há relevância na mensuração quantitativa da norma. É uma situação de fato que foge dos interesses do direito positivo, tratando-se de debate que não é pertinente ao mundo da constitucionalidade, da vigência, legitimidade e eficácia da norma.

A estruturação dogmática do Direito, de impossibilidade de questionamento do conteúdo da norma, justifica-se no recorte temporal do positivismo jurídico, que se apoia num determinado quadro normativo dentro de um tempo fixo. A noção dogmática do Direito cai por terra, contudo, quando se reconhece a existência de um eixo temporal em que há uma sucessão de formas de manifestação normativa, que interagem, através do tempo, ao sabor da necessidade de modificação do Direito.

O início de tal movimento tem raízes deitadas pelo próprio legislador do Estado Social, que reconhece a existência de princípios, que não fixam condutas claramente e colocam comportamentos a serem promovidos. O legislador foge da fixação de condutas através da norma expressa para colocar valores importantes, cuja permanência é desejável. Tal movimento, ademais, não implica necessariamente um progresso histórico hegeliano a caminho de uma perfeição do sistema legal. Ao contrário, tenta acompanhar as idas e vindas dos múltiplos e fracionários acordos provisórios de forças que levam a vida social à frente.

A consolidação em normas da multiplicidade de acordos contingenciais e diretivas administrativas cria a inflação normativa. A proliferação de normas, de competências, de jurisdições nacionais, internacionais e comunitárias, formas de solução de conflitos de leis intertemporais, de competências, de atribuições administrativas coloca claramente a espiral de complexidade do Direito. A abundância de instrumentos legais impede maior celeridade na aplicação da lei, que mata o Direito em nosso tempo, tornando-o complexo, prolífico e asfixiante, nos dizeres de François Terré¹³⁵. Tal preocupação é compartilhada por Boissavy e Clay, temerosos com os resultados perigosos do desconhecimento da lei por sua complexidade, não somente pelos cidadãos, como também dos próprios profissionais do Direito. A inundação das regras torna o Direito incompreensível. Segundo os autores, “*trop de lois tue la loi*”¹³⁶.

Tal preocupação é acentuada com a moderna visão de que o Direito não mais se presta simplesmente a equilibrar determinadas situações, mas é visto como instrumento de implantação de uma nova sociedade, como diretriz de conduta e organização¹³⁷.

Constata Cappelletti que a concepção do Estado Social exigiu a produção de grande quantidade de material normativo. Por isso, o sistema legislativo, tentando dar conta da grande demanda, entra em *overload*. Os parlamentos empenham-se na política geral e partidária, para tentar atender à progressiva demanda de legislação. Ao mesmo tempo, acabaram por assumir tarefas diversas e numerosas que os levaram à paralisia. Com isso,

¹³⁵ François TERRÉ, *Au Coeur du Droit, le Conflit*, p. 120.

¹³⁶ Mathieu BOISSAVY; Thomas CLAY, *Reconstruire la Justice*, p. 53.

¹³⁷ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 63

sua tarefa foi transferida às agências do Executivo, com poder regulamentar autônomo. Opera-se, então, o passo final da transformação do *Welfare State* em estado administrativo. Tal quadro gerou desconfiança tanto no parlamento como no Executivo. O parlamento gera legislação contraditória ou desatualizada, quando não cria confusão ou obscuridade da lei. Ainda, corporifica pensamentos e valores díspares, vinculados a interesses locais muitas vezes divergentes. Da mesma forma o Executivo, através do estado administrativo, faz uso do paternalismo e mesmo da pressão autoritária para movimentar seus tentáculos burocráticos, tornando-se “*distante, inacessível e não orientado para o seu serviço*”¹³⁸.

Nesse ambiente surgem os fenômenos da tecnocracia e do criptogoverno, como resultado, especificamente, da apropriação da ação do estado pelo conhecimento técnico específico, desconhecido do público em geral, ou mesmo de razões que o Estado não tem interesse imediato de trazer à luz, através da sua atuação em serviços secretos¹³⁹. São disfunções extremas do fenômeno burocrático-normativo estatal que atentam contra o seu funcionamento, até mesmo dentro de um sistema democrático de governo.

No estado administrativo, conseqüente evolução do *Welfare State*, que o legislativo frequentemente apresenta respostas demasiadamente tarde a demandas já obsoletas, ficando reféns de grupos políticos¹⁴⁰. Da mesma forma, o estado administrativo somente se movimenta através de forte pressão externa, sem o que permanece respondendo da forma burocrática de praxe.

Vê-se, portanto, que o Legislativo, ao tentar acomodar a multiplicidade de demandas que lhe são apresentadas por uma sociedade ampla, acaba por gerar múltiplas e desordenadas normas, que consagram interesses de grupos diferentes, algumas vezes até mesmo conflitantes entre si.

Giuliano e Picardi observam que, na passagem do estado liberal para o estado administrativo, prestigiou-se o incremento dos poderes do legislador. Como resultado de

¹³⁸ Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*, p. 43-45.

¹³⁹ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 257.

¹⁴⁰ Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*, p. 44.

tal incremento, talvez não pretendido, houve também o conseqüente acréscimo de poderes do juiz, resultante da hipertrofia do legislador em alguns ramos, a criar a inflação legislativa, e sua fraqueza em outros¹⁴¹. Com o advento de técnicas legislativas elásticas, flexíveis, o legislador permitiu-se delegar ao juiz os papéis que o legislador não queria ou não podia operar, abrindo-se ao juiz espaço para uma interpretação integrativa.

Com isso, os instrumentos do juiz, antes poucos, restritos e claros, ampliam-se significativamente, a ponto de se confundirem. Agora, não cabe mais ao juiz simplesmente se servir de uma norma clara, prévia e racionalmente concebida pelo legislador, para a solução do litígio. Ao contrário, a pluralidade de normas e sua imprecisão já se apresentam como um problema paralelo ao próprio litígio. A atividade jurisdicional recebe a carga de complexidade normativa rejeitada implicitamente pelo legislador, que propositadamente a deixa em aberto, cabendo ao juiz o poder-dever de desatar o nó górdio da aplicação da lei.

Com isso, a patologia da legislação é transformada em patologia da jurisdição¹⁴².

A inflação legislativa, por fim, não é um problema em razão da multiplicação da lei, mas por sua desvalorização. A multiplicação provoca uma queda de efetividade, uma vez que as normas são, ao mesmo tempo, menos conhecidas e menos aplicadas. O aumento do número de regras multiplica as possibilidades de cominação, majorando com isso as possibilidades de conflitos de lei e lacuna, cabendo ao Judiciário a sua solução. Por outro lado, a aceleração da produção de leis transferiu à jurisprudência a função de se aferir a efetividade da lei no tempo e organizar as fontes do Direito, matéria que cabia ao legislador¹⁴³.

3.1.1.1. Sociedade de Massas e Interesses do Estado

¹⁴¹ Alessandro GIULIANO; Nicola PICARDI, *Professionalità e Responsabilità Del Giudice nella Esperienza Italiana Contemporanea*, p. 1945.

¹⁴² *Ibid.*, p.1.975.

¹⁴³ *Ibid.*, p.1.946.

Hannah Arendt aponta a evolução das atividades humanas, que deságua no fenômeno de massa, relevante para o estudo do controle social do Judiciário na modernidade.

Em “A Condição Humana”, parte ela da divisão das atividades humanas entre a vida ativa e a vida contemplativa. A vida ativa é constituída de três atividades humanas fundamentais: labor, trabalho e ação. Labor é a atividade correspondente ao processo biológico do ser humano: crescimento, metabolismo e declínio, refletindo a própria vida. O labor volta-se a garantir a sobrevivência do indivíduo e da espécie. O seu agente é o *animal laborans*, exclusivamente preocupado com o seu sustento. O trabalho supera, em complexidade, o labor. Volta-se à produção de coisas duráveis, remetendo-se, portanto, ao artificialismo da própria existência humana, ao produzir um mundo de objetos diferentes de qualquer ambiente natural. O trabalho produz o artefato humano e confere permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano. Seu agente é o *homo faber*. A ação, como última e mais relevante manifestação da *vita activa*, é a atividade política por excelência, exercida entre os homens, em pluralidade, sem a mediação das coisas ou da matéria, e busca fundar e preservar corpos políticos, criando, com isso, condições para a lembrança da promessa no futuro, fundada no passado, no ato de criação do ente político. Tal ação caracteriza o homem como ser racional que interage para consecução de objetivos comuns e duradouros¹⁴⁴.

A distinção arendtiana baseia-se na noção de necessidade humana de vencer o tempo. No trabalho, o homem produz o artefato destinado à durabilidade, superando a falta de permanência dos produtos do labor, perecíveis, destinados ao pronto atendimento das necessidades físicas. A durabilidade do artefato confere permanência ao conforto conquistado pelo conhecimento humano. Da mesma forma, a ação também pretende a superação do tempo. Não mais, contudo, através de produtos materiais, mas para a realização de conceitos materialmente intangíveis, pela constituição de corpos políticos sólidos e a conseqüente inscrição da ação humana conjunta como instituição ou fundação de atividade duradoura.

¹⁴⁴ Hannah ARENDT, *A Condição Humana*, p. 15-17.

Trabalho e ação, portanto, são meios utilizados pelo homem para prolongar a vida dos avanços obtidos com o conhecimento. O trabalho, no sentido de produção de bens duráveis, cuja utilidade se conserva. A ação, no sentido de construção de entidades políticas, como entes não corpóreos, hábeis a promover o convívio e evolução do homem.

Modernamente, pondera Arendt, a divisão da sociedade em classes acabou por ser eliminada em prol da sociedade de massas. Os grupos organizados pela noção de classe foram absorvidos por uma sociedade única, razão por que a esfera do social – e não mais a ideia de classe - controla igualmente todos os membros da comunidade. Segundo a autora, o aumento populacional e a organização de uma sociedade, que define suas políticas através da seguridade, de estatísticas e prevenção, implicaram diminuição do número de desvios. Com isso, conclui a autora, quanto maior a população do corpo político, maior a probabilidade de o social, e não de o político, constituir a esfera pública. Substituiu-se o estado e o governo pela administração do estado de coisas, através de uma burocracia regida pela estatística e pelas ciências do comportamento. Ao final, *“a sociedade de massas já devorou todas as camadas da nação e a ‘conduta social’ foi promovida a modelo de todas as áreas da vida”*¹⁴⁵.

A sociedade de massas iniciou seus passos para assumir papel central na organização estatal na medida em que o estado passa a se preocupar com a economia, que antes era restrita ao ambiente doméstico¹⁴⁶. Foucault notou tal problema, ao lembrar a lição de Guillaume de La Perrière, que instruiu o rei a governar o Estado e buscar o incremento da riqueza da nação através da organização da atividade econômica, da mesma forma que um pai governaria sua família, assumindo o governo dos homens e das coisas¹⁴⁷. Não somente as coisas são objeto da ação humana. O próprio homem passa a ser ativo valioso, senão central, para a formação da riqueza econômica.

Na visão arendtiana, a mudança de foco também tem consequências. O trabalho, antes objeto do interesse privado do homem, destinado exclusivamente à realização de produtos duráveis em pequena escala, supera o estreito ambiente familiar a que era restrito e é

¹⁴⁵ Hannah ARENDT, *A Condição Humana*, p.50-55.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p.55.

¹⁴⁷ Michel FOUCAULT, *Microfísica do Poder*, p. 281-282.

transplantado para a área de atuação pública. A produção torna-se foco de atenção e interesse do próprio Estado. O trabalho, como atividade de produção de artefatos, era visto como meio de realizar obra durável através da manufatura. Tal atividade, originariamente, era típica das corporações de ofício, em que os membros se especializavam na realização de determinado produto de forma técnica e manual. O advento da industrialização, tira a produção das mãos de uma classe específica de artesãos, instauração da produção em larga escala para consumo universal.

Para produção em grande escala, surgem as organizações burocráticas, tanto estatais como privadas, buscando a maximização de suas atividades através de hierarquia, fixação de competências e especialização técnica. O produto deixa de ser relevante. Passa-se a valorizar mais o processo de sua produção, aprimorando-se, com isso, a espiral de especialização e conhecimento.

Na sociedade de massas, o homem, como animal social, reina supremo. Trata-se da única sociedade em que a espécie pode ser garantida em larga escala. Nela, o surgimento da nova esfera social eliminou as classes e igualou a todos, que se tornam assalariados e operários dependentes de tal condição para o seu sustento. Aqui, não mais o exercício do trabalho, mas do labor, passa a assumir papel preponderante no espaço público, como forma relevante para garantir a própria vida do indivíduo¹⁴⁸. A dor e o esforço do labor foram disfarçados com o advento das máquinas e ferramentas. Não são mais tão pungentes como os do coletor ou do agricultor primitivo. Mas, ainda assim, permanece a essência da noção de labor, que é a necessidade de realização de atividades para fins de obtenção do sustento próprio¹⁴⁹.

A produção em massa, propiciada pela revolução industrial, transformou o que antes era produzido pelo artesanato, ou seja, do trabalho, em produto de consumo, ou seja, destinado ao labor. Com isso, *“a divisão do labor, e não um aumento de mecanização, substituiu a rigorosa especialização antes exigida para todo tipo de artesanato. O artesanato é necessário somente para o projeto e fabrico do modelo, antes que este seja produzido em*

¹⁴⁸ Hannah ARENDT, *A Condição Humana*, p.55-56.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p.137.

*massa, o que também depende de máquinas e ferramentas, mas a produção em massa seria, além disso, completamente impossível sem a substituição de trabalhadores e da especialização por operários e divisão do labor”*¹⁵⁰.

Para que um sistema de produção se perpetue, os produtos devem perder o caráter de objeto de uso e tornar-se objeto de consumo, o que somente será alcançado se a “*taxa de uso for acelerada a tal ponto que a diferença objetiva entre uso e consumo, entre a relativa durabilidade dos objetos de uso e o rápido surgimento e desaparecimento dos bens de consumo, for reduzida até se tornar insignificante*”¹⁵¹.

Hannah Arendt estabelece, portanto, uma relação entre especialização, consumo e tempo. Acelerada a produção através da especialização, a forma de perpetuação da produção é a exacerbação do consumo dentro de um tempo específico. O artefato que anteriormente se voltava ao uso, objeto do trabalho, manufaturado por instrumentos pelo *homo faber*, torna-se agora algo descartável, objeto de consumo, para a pronta satisfação do *animal laborans*. O tempo – de consumo – dita a superação do bem trabalhado pelo bem produzido em massa. Tais bens podem ser objetivamente iguais, mas trazem por trás de si uma lógica diferente de estruturação da produção. A superação do artefato pelo bem de consumo leva à fatal consequência da superação de seus criadores: o *homo faber* é vencido pelo *animal laborans*.

Nesse sentido, coloca Arendt que os ideais de permanência e estabilidade do *homo faber* foram sacrificados pela abundância do *animal laborans*. A sociedade atual tornou-se de operários, e o trabalho transformou-se em labor. A atividade do labor foi dividida até sua mais minúscula partícula, eliminando o processo de trabalho e a durabilidade do artificio humano¹⁵².

Dentro de uma sociedade de consumidores, divide-se a atividade humana em trabalho, voltado para a garantia do próprio sustento, e lazer, atividade não necessária para o

¹⁵⁰ Hannah ARENDT, *A Condição Humana*, p.137.

¹⁵¹ *Ibid.*, p.138.

¹⁵² *Ibid.*, p.138.

indivíduo e para o processo vital da sociedade. A sociedade contemporânea entroniza o labor como atividade fundamental, em detrimento do próprio trabalho e da ação e, com isso, o homem torna-se novamente escravo de suas necessidades. Arendt coloca que *“as horas vagas do animal laborans são gastas em outra coisa senão em consumir. E, quanto maior é o tempo de que ele dispõe, mais ávidos e insaciáveis são os seus apetites. O fato de que estes apetites se tornam mais refinados, de modo que o consumo não se restringe às necessidades da vida, mas ao contrário, visa principalmente às superfluidades da vida, não altera o caráter desta sociedade: acarreta o grave perigo de que chegará o momento em que nenhum objeto do mundo estará a salvo do consumo e da aniquilação através do consumo”*¹⁵³.

Segundo Arendt, o triunfo do mundo moderno sobre a necessidade decorre da emancipação do labor, pelo fato de o *animal laborans* ocupar a esfera pública. De tal fato, contudo, decorre a negação da própria esfera pública, uma vez que, agora, ela se torna campo de exibição pública de atividades privadas, ou seja, a chamada *cultura de massas*. A sociedade tenta o equilíbrio entre labor e consumo e, de outro lado, a busca de felicidade através do equilíbrio dos processos de exaustão e regeneração. Tal é o ambiente da economia do desperdício, em que as coisas são devoradas e abandonadas tão rapidamente quanto surgem no mundo, para que o processo não chegue a um final repentino e catastrófico. A sociedade, *“deslumbrada ante a abundância de sua crescente fertilidade e presa ao suave funcionamento de um processo interminável, já não seria capaz de reconhecer a sua própria futilidade – a futilidade de uma vida ‘não se fixa nem se realiza em coisa alguma que seja permanente, que continue a existir após terminado o labor’”*¹⁵⁴.

Sustenta Arendt que o processo da produção em massa se iniciou com a transformação do homem em proprietário, valorizando-se o processo de produção de bens. Neste passo, com a constante necessidade de oferta de bens a consumo, a propriedade é destruída no processo de expropriação, e tudo é consumido no processo de produção, minando-se a estabilidade do mundo num constante processo de mudança. Em razão disso, a conservação e durabilidade dos bens transformam-se em obstáculo ao processo de

¹⁵³ Hannah ARENDT, *A Condição Humana*, p.139.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p.146-148.

reposição, “*cuja velocidade em constante crescimento é a única coisa constante que resta onde se estabelece esse processo*”¹⁵⁵.

Aqui nasce a alienação do mundo, que progride enquanto a durabilidade mundana e a estabilidade não interferirem, e se “*todos os produtos finais do processo de produção o realimentem a uma velocidade cada vez maior. Em outras palavras, o processo de acúmulo de riqueza, tal como o conhecemos, estimulado pelo processo vital, e, por sua vez, estimulando a vida humana, é possível somente se o mundo e a própria mundanidade do homem forem sacrificados*”¹⁵⁶.

O homem, portanto, vê-se reconduzido à mais primitiva forma: retrocede ao estágio do *homo laborans*, voltando-se à busca incessante de satisfação de suas necessidades, sem a preocupação da produção de coisas materialmente duradouras ou entidades políticas estáveis. O tempo antes dedicado à *vita contemplativa*, apto ao recolhimento e à reflexão para tomada de decisão na *vita activa*, foi transformado em tempo de ócio, em que o homem explora dois tipos de atividades: aquelas que, ainda que tenham impacto social, não mais têm relevância na vida política, ou aquelas que se voltam exclusivamente para a atividade do consumo. Ambas são, em princípio, secundárias e dispensáveis, sem relevância na esfera pública, tomada de assalto pelas necessidades humanas. O labor agora ocupa o papel central das atividades humanas, e o consumo é o seu outro lado. De fato, quanto mais bem sucedido o *animal laborans*, mais poderá refletir tal posição na esfera pública privatizada através da ostentação de seu padrão de consumo.

A sociedade de massas, por sua vez, expande-se na medida em que engendra a aceleração do consumo. De fato, quanto menor o tempo de superação dos produtos fornecidos, maior a movimentação econômica que tal sociedade produz. E a superação dos produtos, por seu turno, somente se dará através do progresso da moda e da tecnologia. A proliferação de produtos de consumo, portanto, vem de braços dados com a especialização do conhecimento.

¹⁵⁵ Hannah ARENDT, *A Condição Humana*, p.264-265.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p.268.

3.1.1.2. A Especialização do Conhecimento

Organizada a sociedade de massas para o consumo e estabelecendo-se o foco do progresso no processo de produção de bens, a contínua especialização do conhecimento é peça chave para indução da superação dos produtos ofertados a consumo.

Bobbio coloca que, na medida em que as sociedades evoluem da economia familiar para a economia de mercado, para em seguida, passarem a uma economia protegida, regulada e planejada, os problemas políticos demandam competências técnicas, a serem atendidas através de especialistas, instaurando-se, com isso, o governo tecnocrático, característico da era industrial¹⁵⁷.

O fenômeno da especialização torna-se relevante não somente para a economia ou a política, mas também para o próprio Direito. Para melhor entendimento do quadro da especialização, relevante e atual a visão de Zigmunt Baumann.

Segundo o autor, o especialista seria alguém que combinava a capacidade pessoal de compreender com o poder da ciência de tomar decisões corretas¹⁵⁸. É um tradutor das necessidades pessoais e subjetivas em questões a serem respondidas na linguagem imparcial e confiável, mas hermeticamente fechada e altamente técnica da ciência, traduzindo depois, de volta, o veredicto científico em conselho prático para a pessoa leiga. Ao dominar ambas as linguagens – a leiga e a científica - o especialista torna-se a ponte que liga o mundo do conhecimento objetivo, de caráter científico, das certezas, que envolve opções sociais, e mundo da linguagem comum, que envolve incertezas e opções subjetivas e pessoais.

A confiança das pessoas no especialista é definida mais pelo crédito dos destinatários de seus serviços do que pelas qualidades e posses em si¹⁵⁹. Tal afirmação é de fácil

¹⁵⁷ Norberto BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, p. 34.

¹⁵⁸ Zygmunt BAUMANN, *Modernidade e Ambivalência*, p. 209.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 211.

confirmação, vez que a busca por um especialista implica o desconhecimento da matéria sobre que pretende-se aconselhar. A aferição da confiabilidade do especialista pelo leigo dá-se através de indícios subjetivos, como sua intuição e a impressão pessoal do profissional, e indícios objetivos, como diplomas, cursos e tempo de experiência.

Baumann coloca que a sociedade moderna é funcionalmente diferenciada, ou seja, as divisões atravessam localizações sociais dos indivíduos isolados, razão por que as pessoas não se firmam num único subsistema social. Devem ser encaradas, *a priori*, como socialmente deslocadas, sem lugar predefinido na sociedade, razão por que todos se tornam estranhos, sem identidade. Trata-se do fenômeno da transformação da sociedade de classes em sociedade de massas, descrito por Hannah Arendt, em que não há mais lugares para castas ou classes sociais, desligando-se o indivíduo de um grupo com que se identifique.

Aponta Luis Diez-Picazo que a sociedade de massas tem duas características: a uniformização, em que os indivíduos são iguais, sem relevância de estruturas hierarquizadas em seus relacionamentos, e a busca, pelos próprios indivíduos, de se tornarem iguais aos demais. Além disso, os indivíduos estão presentes, em grande número, em situações transitórias e esporádicas. Em segundo lugar, há clara despersonalização das relações que, travadas em grande número, resultam em anonimato¹⁶⁰.

Por isso, Baumann afirma que a despersonalização gera a preocupação crescente dos indivíduos sem identidade grupal de buscarem, em outros indivíduos, referências para a construção de sua própria imagem, à falta de categoria externa confiável de conformação. Todos buscam incorporar padrões de relações com os outros, como uma forma de se chegar a si mesmo¹⁶¹.

Assim, paradoxalmente, para que o homem se diferencie do mundo social, ele depende de sintonia com ele. A relação de dependência dá-se através de uma operação de reconhecimento, que implica a internalização e apropriação de padrões externos do

¹⁶⁰ Luis DIEZ-PICAZO, *Derecho e Masificación Social, Tecnología y Derecho Privado, (Dos esbozos)*, p. 24-25.

¹⁶¹ Zygmunt BAUMANN, *Modernidade e Ambivalência*, p. 211.

indivíduo como opções pessoais de identificação grupal e, num segundo momento, a aceitação receptícia do indivíduo que adotou o padrão pelo grupo¹⁶².

Há vasta oferta de padrões sociais de aprovação para adesão do interessado, em sociedades de mercado, em que opções de vida e de comportamento são vendidas ao gosto do adquirente. Além disso, a pujança na oferta de padrões sociais diminui ou elimina a angústia de sua escolha, podendo propiciar, inclusive, prazer, como no ato de consumo. Ainda, há a possibilidade de monetarização da aceitação por terceiros da opção eleita pela pessoa. As opções permitem, portanto, a aquisição de conformação social e também de sua aceitação, já de antemão.

As opções de conformação são intermediadas por especialistas, que reúnem autoridade reconhecida para aprovação. Referendam, com seu conhecimento específico, a sabedoria da opção e garantem a aceitação com o prestígio à decisão tomada em conformação ao conhecimento reputado mais atualizado. A comodidade aparente elimina os esforços reais de conformação, criando novo descompasso que leva à busca do especialista para fornecimento de novos padrões¹⁶³. Por isso, coloca Baumann que o *“paradoxo dessa individualidade que só pode ser construída pela confirmação social é o fundamento existencial da competência especializada”*¹⁶⁴.

O especialista detém em suas mãos o poder para eleger os desconfortos como problemas socialmente relevantes. Problemas individuais e subjetivos extrapolam a esfera pessoal e pedem a utilização de linguagem interpessoal, para aplicação de soluções supraindividuais, de caráter objetivo e científico¹⁶⁵.

O problema principal da modernidade, segundo Baumann, reside na progressão de habilidades, que somente serão desempenhadas através de terceiro, e o conseqüente declínio das ações independentes. Nos métodos de produção industriais, a Taylorização

¹⁶² Zygmunt BAUMANN, *Modernidade e Ambivalência*, p. 213.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 217.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 219.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 219.

poupa os operários da hesitação, uma vez que a chefia aponta as soluções para decisão e elimina outras opções. A Fordização, por seu turno, elimina a habilidade do operador, investindo na maquinaria por ele operada. Com isso, o operário torna-se o *objeto do trabalho*, e não o próprio trabalho. As habilidades para desempenho do trabalho não são as do ator, mas são ditadas por elementos externos a ele. “*A sociedade moderna é um lugar de ação mediada*” (...) *As habilidades necessárias para o desempenho efetivo da tarefa estão encerradas em artefatos ou nos comandos de uma instrução passo a passo*”. O *know how* é dividido numa parte, relacionada com o desempenho da tarefa, e outra relacionada com o uso dos catalisadores pessoais da tarefa. Há, por exemplo, o programa de computador e o conhecimento necessário para a sua operação. Os indivíduos somente podem desenvolver a segunda capacidade, escapando-lhe o domínio total sobre a tarefa. O homem passa a depender de terceiros para desempenhar suas tarefas por completo e deixa de controlar totalmente o processo de produzir o próprio sustento ¹⁶⁶.

A criação de uma superestrutura especializada para a tomada de decisões acima do nível de desempenho da tarefa, de forma a eliminar dúvidas, aparenta aumento da liberdade pessoal, eximida da angústia da decisão, mas na realidade, oculta a sensação de incompletude do indivíduo, incapaz de decidir por si. Ao mesmo tempo, estabelece uma relação de dependência da especialidade, que se torna fornecedora de respostas. Assim, as habilidades pessoais são substituídas por habilidades do especialista, reduzindo-se a capacidade de discernimento do homem.

Tal fato não implica, necessariamente, a disponibilização de meios mais efetivos, à prova de falhas ou menos onerosos. Mas implica a alimentação progressiva da complexidade de problemas, a gerar sua multiplicação espiral. A complexidade crescente demanda a indispensável intermediação da competência especializada, que, nesse mecanismo, se retroalimenta e se justifica.

Como, em regra, a competência especializada é obtida mediante instrumentos comercializáveis, ocorre o que o autor chama de privatização da ambivalência. A solução do problema é privada. E, para a sustentação de tal processo, a anomalia torna-se

¹⁶⁶ Zygmunt BAUMANN, *Modernidade e Ambivalência*, p.221-222.

contingente: ela é “*parte integrante do processo promotor da norma e assim, em essência, não eliminável. A remoção de uma anomalia específica apenas abre espaço para outra, gerada pelo aperto maior dos padrões*”¹⁶⁷. A solução de anomalias é a mola motriz da especialização.

A tecnologia procede sem objetivo, de maneira causal, e não precisa de legitimação para manter o processo em curso. A especialização e a tecnologia autolegitimam-se, e “*a presença de know how tecnológico e recursos disponíveis assume o papel de fator primário para um maior desenvolvimento*”¹⁶⁸.

A especialização foca-se apenas na sua competência própria, não se atendo às consequências sistêmicas que a ação da especialidade causa. Na sede de especialização do conhecimento, criam-se ramos similares aos das ciências naturais, que antes majoram a ambiguidade do que a resolvem. Além disso, tecnologias mais antigas criam danos colaterais que também devem ser eliminados pelas novas tecnologias. Tais necessidades, por seu turno, alimentam o aprofundamento da especialização. E tal aprofundamento da especialização é promovido pelo mercado, que tenta várias opções de produtos, dos quais pequena parte se torna viável. Tal situação impõe ao produtor a continuidade na busca de produtos especializados¹⁶⁹.

Ademais, a especialização confere a necessária sensação de ação inteligente do indivíduo, justificada pela racionalidade científica e objetiva do especialista, e é tornada aceitável pela padronização do moderno e repulsa ao estranho¹⁷⁰. Na modernidade, criou-se um ponto de vista superior, com que se julgam todas as coisas: “*Os membros leigos da sociedade devem ser racionais, mas não podem ser racionais sem serem guiados pelos veredictos da ciência e sem receber prescrições algorítmicas ou pelo menos heurísticas para a ação que tenham a aprovação dos especialistas*”. A liberdade de opção deixa de ser representativa

¹⁶⁷ Zygmunt BAUMANN, *Modernidade e Ambivalência*, p. 222-224.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 228.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 230-232.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 233.

da liberdade. Torna-se puro entretenimento, uma vez que os riscos das opções são diminuídos ao máximo¹⁷¹.

A ambivalência, ainda, cria a inviabilidade de se chegar a um “*mundo transparente de decisões racionais*”. Ao limitar a intelecção do mundo pelo homem, intermediado por especialistas sem noção do todo e sobre verdades contingentes, tem-se um vislumbre fragmentário e instável da realidade. Por consequência, há “*a ausência de finalidade de qualquer projeto ordenador e à presença e onipresença da ambivalência*”¹⁷². A especialização constrói veredictos sujeitos à prova de curto prazo, sem pretensão de ordenação duradoura.

Ao final, a privatização das preocupações eliminou a crítica sistêmica e a dissensão social radical, razão por que não ocorre aos cidadãos responsabilizar o Estado pelos problemas que possam enfrentar e, tampouco, esperar que o Estado lhes dê soluções. Qualquer questão social tornou-se privada, restando ao Estado os cuidados com a segurança pública, e os males da sociedade tornam-se problemas individuais, decorrentes da inépcia ou negligência pessoal. Para a promoção da liberdade, a mecânica supraindividual do mercado oferta, desde logo, opções pré-aprovadas, o que torna inviável, em última instância, a libertação do mercado e frustra a possibilidade de formulação de queixa coletiva. A privatização dos problemas leva a uma busca mais febril de prescrições, que sempre acabam em frustração¹⁷³.

Não obstante as sérias críticas do autor sobre a privatização e mercantilização de problemas individuais, assume-se que tal fenômeno é incontrolável. Com efeito, no mundo atual, o Estado assumiu um rol de tarefas de que não pode dar conta. Ademais, estipular-se controle sobre a espiral de conhecimento é contraprodutivo e antidemocrático na sociedade moderna. É um processo, portanto, com que se deve conviver, ante os evidentes benefícios que dele resultam.

¹⁷¹ Zygmunt BAUMANN, *Modernidade e Ambivalência*, p.235-237.

¹⁷² *Ibid.*, p.242-243.

¹⁷³ *Ibid.*, p.276-277.

Não há que se criticar a existência de soluções pré-moldadas por especialistas. Isso porque tal afirmação somente é cabível em casos que se encaixam em situações similares preexistentes. O especialista efetivamente exerce sua atividade em plenitude quando sai a campo em busca de satisfação de necessidades ainda inexploradas, defrontando-se com problemas aparentemente insolúveis, e ensaiando solução que pode ser tida como uma verdade científica, ainda que em caráter provisório, até ser desconfirmada pela evolução da ciência. Tomar-se a assertiva ao inverso é apequenar a função do especialista, tornando-o um mercador de opções pré-moldadas aleatoriamente.

Ademais, segundo Baumann, as tais soluções são criadas com base em problemas interpretados como socialmente relevantes pelo próprio especialista, o que implica a clássica assertiva de “criação de problemas para venda de soluções”. Embora tal assertiva encontre correspondência no mundo real, não deve ser tomada como regra para fundamentar a atuação do especialista. Sem a inovação do especialista haveria a repetição de padrões pré-moldados, com a negação de qualquer progresso.

Tal fato, aliás, é admitido pelo próprio autor, que entende que uma demanda generalizada de competência especializada pode ser tida como firme e irrevogavelmente estabelecida¹⁷⁴. Irrefutável, portanto, a utilidade do especialista para desenvolvimento da ciência, cabendo, contudo, o controle dos danos colaterais de sua atuação.

Da mesma forma, há que se criticar o entendimento de que o especialista fornece de antemão padrões e *status* de reconhecimento. Ao contrário. O padrão, na realidade, implica a adoção de uma determinada linguagem, que pressupõe o compartilhamento de signos comunicativos, conforme nota Ferraz Júnior¹⁷⁵. A filiação a padrões não decorre da necessidade de substituição de parâmetros afetivos ou psicológicos, mas é reflexo da necessidade comunicativa do homem. A própria língua falada é um padrão, cuja utilidade é irrefutável. Não podemos ser inculcados da utilização do padrão linguístico. A criação de padrões ao gosto de cada um criaria uma babel de signos, com a conseqüente inviabilidade comunicativa.

¹⁷⁴ Zygmunt BAUMANN, *Modernidade e Ambivalência*, p.233.

¹⁷⁵ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 13-14.

A identificação da linguagem se dá por padrões de relevância trocados entre o emissor da mensagem e o receptor. A afinação de padrões comuns implica manutenção do conteúdo da mensagem e perfeição comunicativa. Não somente a linguagem traz conteúdo comunicativo: também o fazem os aspectos relevantes do contexto comunicativo, como as atitudes epistêmicas, axiológicas e as formas específicas de contexto, como pondera Dascal¹⁷⁶. O mesmo acontece quando se opta por determinado comportamento expresso grupalmente. Reconhece-se pessoalmente a relevância de tal conteúdo comunicativo e expressa-se o reconhecimento de tal relevância com a adesão. Tal comportamento é inato à sociabilidade humana, pouco importa se ele é gratuito ou comprado.

Ignora o autor, também, que tanto as opções de comunicação como as de especialização trazem possibilidade de escolha. Com efeito, a teoria de Baumann subestima a capacidade de escolha do indivíduo, pressuposto para adesão à uma ferramenta que permite a realização de uma tarefa. O destinatário da ferramenta pode fazer a opção de não usá-la. Do mesmo modo, o candidato a determinado grupo pode internalizar os seus preceitos e, uma vez consciente deles, refutar seu interesse de se juntar ao grupo.

Em suma, Baumann responsabiliza não o homem moderno por suas opções, eventualmente impensadas ou superficiais, mas seus efeitos, a opção pela especialização ou por padrões sociais pré-fabricados. Culpa-se o instrumento, e não seu usuário, pela sua má destinação.

Não obstante as limitações críticas à teoria de Baumann, a descrição do fenômeno da especialização por ele realizada é acurada e precisa, revelando o paradoxo entre a expansão do conhecimento moderno e a impossibilidade de construção de uma verdade pacificadora e permanente. Expressa a inviabilidade do controle da expansão do conhecimento e a sua perda de foco no homem, que, cada vez mais tem dificuldades de firmar a sua individualidade. A sua alternativa, portanto, é valer-se do especialista para fixação de seu foco, o que lhe torda o tirocínio pleno e o identifica com o interesse de grupos cada vez mais esparsos, diferenciados e conflitantes entre si.

¹⁷⁶ Marcelo DASCAL, *Interpretação e Compreensão*, p. 359.

Tal movimento repercute no Direito. Uma sociedade que tem como sua causa motriz a movimentação de especialistas, a produção de bens de consumo em massa, a formação de padrões grupais diferenciados a caracterizar interesses plúrimos que, apesar de conviventes, muitas vezes são conflitantes entre si, perde o foco da organização racional previamente concebida no ambiente do direito do século XIX. A sociedade moderna reflete essa multiplicidade de conhecimentos, de especialidades, de grupos de interesses humanos, muitas vezes sem centro, criando uma pluralidade de focos sem centro com que o operador do Direito deve lidar.

O operador do Direito é um especialista que busca o desenvolvimento de uma atividade remunerada, tanto na área pública como privada. Como todos os especialistas, o profissional do Direito exerce sua atividade na busca de solução de problemas. Se, por um lado, oferta soluções à ambiguidade, por outra, contribui decisivamente com a formulação de novas teses de interpretação legal ou mesmo com propostas normativas. Com isso, está na ponta de lança da inovação do Direito. A inovação, por seu turno, é nota essencial para a evolução do sistema jurídico. Ele depende, para sua sustentação, de sua natureza autopoietica, com sensibilidade para a abertura e para o novo. Por isso, a pluralidade de interpretações e teses jurídicas, longe de ser recriminável, é a fonte de que o Direito irá se nutrir para a sua renovação. Seu fechamento ou restrição ao novo implica sério risco para o próprio sistema de equilíbrio que o Direito se propõe a ser.

À perfeita descrição de Baumann do processo de especialização do conhecimento, portanto, deve-se somar a observação de que ele traz males e benefícios à sociedade moderna. Cabe ao homem, sabedor da irrevogabilidade do processo, controlar os males de forma racional.

3.1.1.3. Especialização e Burocracia

Baumann estrutura a explicação do fenômeno da especialização na ponte entre o universo subjetivo do indivíduo e o universo objetivo do conhecimento e da ciência. Não explora,

como apontado na nossa crítica, o impacto da especialização nas instituições humanas. Tal impacto, contudo, é extremamente relevante tanto na área econômica como na política. Em especial, no presente objeto de estudo, que investiga o Judiciário como instituição estatal.

Vimos que a especialização é um dos instrumentos principais para progresso da civilização. Weber insere-a como uma das principais características do processo de burocratização, para formação de grandes organizações despersonalizadas. É o ingrediente principal para maximização racional das possibilidades científicas da sociedade.

Na análise da organização burocrática, Michel Crozier traz algumas observações a respeito do impacto da especialização dentro das organizações modernas.

Nas organizações, o poder final de decisão expressa-se através do exercício, pelo detentor do poder, da arbitragem e da orientação. Tal poder, segundo Crozier, associa-se ao tipo de incerteza mais decisivo para organização. A incerteza define o poder.

As ondas de peritos não são detentoras expressivas do poder. Na realidade, elas se sucedem dentro das organizações conforme a mudança das dificuldades que a organização enfrenta. *“Tão logo os progressos da organização científica do trabalho ou do conhecimento dos fenômenos econômicos permitiram fazer previsões racionais na área em causa, o poder do grupo encarregado de resolver as dificuldades nessa área tende a decrescer”*. E alerta: *“a repetição dessas tendências não tem sido ainda estudada, porém pode sugerir-se que essa repetição constitui um fenômeno particularmente interessante, cujo conhecimento permitiria projetar uma luz decisiva sobre o papel dos peritos nas sociedades onde a aceleração da mudança se tornou o elemento fundamental do equilíbrio social”*¹⁷⁷.

Crozier minimiza o poder da tecnocracia, uma vez que as ondas de racionalidade tecnológica propostas por peritos trazem conhecimento autodestrutivo. Os resultados da racionalização delimitam-se e, uma vez atingidos, tendem a ser superados por outras especialidades. Frisa o autor que os *“peritos não têm poder social verdadeiro, a não ser na*

¹⁷⁷ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p. 242.

*linha avançada do progresso, o qual significa que esse poder é mutante e frágil”, mormente ante a “aceleração da mudança que caracteriza nossa época”*¹⁷⁸.

O prestígio do especialista e do perito é flutuante, conforme as necessidades e dificuldades que se sucedem no campo econômico-social. A sucessão de problemas e necessidades, criadas pelo progresso do conhecimento e suas conseqüências, dá o tom da especialização espiral e centrífuga do conhecimento. A aceleração da solução dos problemas e o avanço do conhecimento, a exigir mais respostas harmônicas e consistentes, apontam a instabilidade constante das áreas de domínio da ciência, que torna inconsistente e contingente o poder do especialista.

Da mesma forma, o impacto da especialização dentro da organização burocrática age contra a própria especialização, na medida em que os especialistas criam espírito corporativo. A perícia e a especialização *“levaram à fragmentação dos papéis para tornar o perito mais neutro e mais independente, mas dessa forma, ela tende a criar um espírito de casta e tentações de aliança com os interesses que se cristalizam em redor desses papéis; a disfunção que se desenvolve será, naturalmente, combatida através de um reforço da especialização”*¹⁷⁹. Uma maior especialização, portanto, é a reação à estabilização de poder nas mãos de determinados especialistas. Demonstra-se, assim, que a espiral de especialização, dentro da instituição burocrática, desenvolve-se através da necessária sucessão de especialistas. O motivo do desenvolvimento crescente da especialização é a busca da contínua renovação do conhecimento como reação à cristalização da situação de poder conquistada pelo especialista.

Crozier, portanto, adiciona à especialização um elemento concorrencial entre os próprios especialistas, que, para ver superada uma situação de estabilidade e predominância de um determinado especialista no poder, aprofundam o seu conhecimento técnico para maximizar seu nicho de influência dentro da organização, solapando a categoria de poder exercido pelo especialista então dominante.

¹⁷⁸ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p.243.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.264.

3.1.1.4. Especialização, Direito e Justiça

A burocracia, portanto, opera com o critério de uma especialização concorrente e autocorrosiva, na contramão da universalidade do conhecimento. Ainda, o progresso da especialização conflita com o conhecimento já adquirido, colocado sob dúvida e teste constante, na lição extraída de Hannah Arendt. Como leciona Baumann, sob a intermediação do especialista, que expande seu conhecimento de forma constante e progressiva, há a formulação de novas propostas científicas que tendem a subtrair a validade das mais antigas.

O funcionamento dos estados nacionais conforma-se necessariamente à estrutura burocrática. Com maior ou menor intervenção pública, todos os estados dependem de uma estrutura hierarquicamente determinada para cumprimento dos preceitos gerais que são adotados pela sua administração. Ainda, o estado moderno é especializado, contando com a tripartição de poderes clássica, conforme proposta por Montesquieu, com variações conforme as suas peculiares necessidades.

Ocorre que, com a especialização progressiva do conhecimento e a necessidade centrífuga de evolução do saber, perde-se o foco generalista da organização para prestígio dos especialistas de ponta.

Segundo Öst, Descartes parte da dúvida como premissa de método de pesquisa, para busca da objetividade absoluta. A verdade seria extraída por linguagens científicas isentas dos dados da experiência, para constituição de verdades universais e imutáveis. Ocorre que a evolução da ciência não se firma pela certeza, mas pela dúvida, que impõe revisões constantes às constatações científicas. O projeto científico duvida de si mesmo, criando uma validade provisória da lei científica, que somente valerá enquanto não for desconfirmada por nova descoberta científica que assuma a posição de verdadeira. O enunciado científico é uma tentativa, pronta para ser substituída, caso surja outra verdade mais verossímil¹⁸⁰.

¹⁸⁰ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p. 309.

O leque de verdades fornecido pela ciência fica em suspenso, adstrito a um quadro limitado por uma contingência temporal. Ao invés de acumulação de conhecimentos, vê-se somente uma paisagem de recomposição permanente, um fundo de desordem, em que há ilhotas de coerência¹⁸¹.

Tal movimentação também é indicada por Posner como uma das fontes do descrédito da autonomia do Direito. Segundo ele, a perfeição de uma técnica inquieta os seus praticantes, que pretendem inovação, e não limitação. Fechado o conhecimento clássico do Direito, e estando o Direito sempre em fluxo, sempre há novos casos, novas doutrinas e novos campos para exploração do Direito, ainda que para aplicar as antigas teorias. Neste passo, nos Estados Unidos, floresceram estudos que envolvem disciplinas paralelas ao Direito, que tornam indistintas as fronteiras entre elas e o sistema jurídico. Ademais, o progresso das outras ciências e o empréstimo de seus conceitos ao Direito são uma reação à concepção do Direito como disciplina autônoma, doutrina que parece ser antiquada, anacrônica e cansada. A produção acadêmica que assume o consenso político e ignora outras disciplinas demonstra-se contrária ao *zeitgeist* da academia contemporânea¹⁸². Cai, portanto, o ambiente de consenso do liberalismo, evidenciando-se a infiltração do ambiente constante de questionamento das demais ciências no âmbito do Direito.

Não havendo conhecimento sólido a ser considerado como verdadeiro, os pressupostos de desenvolvimento do estudo científico são flutuantes. A insatisfação do modelo de organização é inerente ao sistema, em razão da constante dúvida que o método científico moderno utiliza para confirmar a validade da premissa tida como verdadeira. Tal ambiente propício ao especialista é o caldo cultural da constante busca da mudança e da instauração do novo, mas inviabiliza a tomada de decisões de longo prazo, ante o constante questionamento da validade das premissas candidatas à durabilidade e a dúvida sobre os valores do passado. A falta de tais premissas, portanto, esvazia o conteúdo material das organizações.

¹⁸¹ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p. 309-310.

¹⁸² Richard A. POSNER, *Problemas de Filosofia do Direito*, p. 577-578.

Adverte François Öst que “em todos os lugares, só se trata de ‘administração do futuro’ e de ‘gestão de mudança’, mas desde que a questão seja mudar por mudar, pode-se perguntar se os estados-maiores políticos e econômicos não são prisioneiros de sua própria dinâmica de transformação descontrolada”. Tal visão acaba por criar uma visão de futuro demasiadamente cheia, “como extrapolação mecânica dos traços do presente”, e ao mesmo tempo vazia, pois a desvalorização dos antigos modelos sociais criou maior liberdade de possibilidades, que, contudo, são carentes de “ideologia mobilizadora de mudança”, que engendram sentimentos de vazio e incerteza. Conclui, citando D. Mercure, que “a ausência de um modelo de futuro compartilhado por todos, a superposição e diferentes modos de antecipação, e, sobretudo, a permanência de um questionamento sobre as orientações futuras, são talvez, em definitivo, os traços mais marcantes de representação do futuro em nossas sociedades industriais avançadas”¹⁸³.

Cria-se, com a especialização, um vasto leque de informações momentâneas válidas, mas sujeitas ao escrutínio constante de sua validade, desconexas, sem visão de todo. O foco generalista perde-se em razão da progressiva especialização, que impõe o domínio do estudioso somente sobre sua área do conhecimento. Sua força é solapada também pela incerteza do método científico que induz ao progresso: se sequer se nutrem certezas nas áreas de conhecimento de domínio do especialista, quanto mais das grandes premissas operacionais do sistema científico como um todo. Tais premissas, geradas ao abrigo de um passado, de que se desconfia, e de um futuro incerto, a ser definido, embaçam-se e perdem confiabilidade.

Por isso, a memória contemporânea é parcial e documentária, distendendo o laço que a une com uma tradição portadora de sentido, calcada no passado, e a instauração do futuro. Há a “difusão universal do capitalismo e da racionalidade tecnicista, acarretando o alinhamento progressivo de todas as esferas da vida social na esfera produtiva e suscitando apenas memórias técnicas, funcionalizadas e neutras: memórias ‘planas’ desprovidas de capacidades normativas e criativas”¹⁸⁴.

¹⁸³ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p. 33.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 54.

No Direito, tal movimento de aceleração de conhecimento coloca em xeque o funcionamento do sistema legal. Como já visto, o tempo do Direito no positivismo jurídico é o da eternidade do presente: é eterno enquanto dure a lei. Öst coloca que *“a memória jurídica parece dissolver-se entre as duas extremidades da história: por um lado, ela parece absorvida na permanência de um presente eternizado, e, por outro, ela se dispersa no estilhaçamento de uma atualidade instantânea”*¹⁸⁵.

Comentando a tentativa encetada pelo governo francês de realizar uma codificação global até o ano 2000, de mais de oito mil textos legislativos e oitenta mil decretos e circulares, coloca François Öst que há textos que são transitórios ou temporários, ou ainda, referentes a normatização comunitária prolixa. De qualquer forma, *“a experiência prova que a produção de textos novos sempre conduziu à amplificação e não à simplificação”*¹⁸⁶.

Diez-Picazo entende que as normas não podem mais ser compreendidas em sua completude. Especialistas conhecem pequenas parcelas de ordenamento em que se movem e perdem a noção das demais parcelas. Isso se dá porque os juristas fabricam normas para funcionários especializados, que, por sua vez, se valem de assessorias jurídicas para propor normas. Tanto na hora da produção, como da aplicação, produz-se a desconexão entre as partes diferentes do sistema, e o Direito torna-se o direito dos especialistas¹⁸⁷.

Por isso, a especialização afeta o Direito. É notável, para quem olha o Direito de vinte anos atrás, a multiplicidade de campos de estudo que surgiram desde então: o direito da informática, contratos eletrônicos, manipulação genética, direito ambiental. Alguns deles ganharam corpo diretamente através da evolução das ciências jurídicas, e outros vieram a reboque do desenvolvimento tecnológico, externo ao Direito. Como pondera Campilongo, o acréscimo de complexidade, que implica multiplicação do número e alternativas de escolha e possibilidades de ação, pode ser causado por motivos internos ou externos ao

¹⁸⁵ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p. 56.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 285.

¹⁸⁷ Luis DIEZ-PICAZO, *Derecho e Massificación Social, Tecnología y Derecho Privado (dos esboços)*, p. 80.

sistema, ou seja, *“a evolução de um sistema não depende apenas da complexidade do ambiente, mas também da complexidade interna do sistema”*¹⁸⁸.

Tal complexidade não se cristaliza. O fenômeno da especialização impele o crescimento da espiral do conhecimento. E o fenômeno normativo tenta acompanhar tal evolução, condenando-se aos mesmos dilemas da especialização: fica entre a eterna tensão entre a opção normativa eleita como verdade contingencial e o bombardeio constante da dúvida necessária para a expansão da especialização.

Apesar de a espiral de conhecimento exigir a renovação dos conceitos e ramos de estudo do Direito, tal demanda choca-se frontalmente com o caráter dogmático do conhecimento legal. A única forma de se superar a aparente imobilidade da norma é através da mobilidade autopoietica do sistema jurídico: ele mesmo se encarrega da superação de tais normas – seja através da jurisprudência, seja através da produção de novas normas – com a produção formal de novos parâmetros de ingerência social. Há, portanto, falsa imobilidade do Direito: a exemplo das demais ciências, a suposta insuficiência dos padrões vigentes de atuação acaba por induzir a constante produção de novos objetos de estudo, no nosso caso, as normas ou proposituras interpretativas.

Neste passo, Öst afirma que o trabalho de codificação do legislador moderno é uma *“operação inútil”*, já que *“a própria matéria codificada não pára de escorrer e de se transformar”*. E observa que não é caso de se evocar uma *“codificação de direito constante”*, uma vez que o Direito atual é *“afetado por uma inflação crônica e, numa operação de represamento, ela mesma apresentada como permanente”*. A legislação corporifica-se em uma *“codificação incessantemente repostada em obras e portadora de códigos cada vez mais parcelados e especializados”*, não se tratando de *“um remédio que participa ele mesmo do mal ou da doença diagnosticada”*¹⁸⁹.

Nos dias atuais, com o avanço da ciência e a novidade do futuro, o passado não mais tem relevância. Os elementos do passado, que explicariam o presente e direcionariam a

¹⁸⁸ Celso Fernandes CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, p. 89.

¹⁸⁹ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.285.

formação do direito futuro, norteados pelos ideais e erros do passado, no labirinto da normatividade positivista, são perdidos no vórtice da especialização. Com isso, perde-se a obra instituidora a se projetar no futuro, que não pode mais se remeter a um passado de concretização prometida. Há situação de indeterminação absoluta do futuro, que bem demonstra a necessidade de o próprio indivíduo definir-se.

Por isso, afirma Öst que *“toda a temporalidade que se absolutiza é virtualmente desinstituinte; isso é válido também para o tempo do questionamento. Superada a dialética que liga à memória e à promessa, recai instantaneamente no vazio e encerra-se num instantâneo insignificante. De sorte que ele poderia, então, provar-se literalmente sem futuro”. Nesta raiva do presente e na cultura do ‘no future’ deixam-se ver os signos do pós-modernismo e de todas as formações compostas ridiculamente com este prefixo ‘pós’ (pós-industrial, pós-metafísico, pós-convencional), que, através deste agarramento paradoxal a um passado que se pretende, contudo, recusar, traduzem a dificuldade de imaginar um futuro crível”*. E prossegue: *“a mutação da relação com a norma que vivemos é portadora tanto de emancipação e de responsabilização quanto de desordem e angústia. Se o questionamento e a abertura do futuro libertam das antigas coerções, eles podem também significar desagregação de nossa capacidade coletiva de articular valores comuns, construir montagens simbólicas que distribuam os papéis e os lugares, imaginar instituições portadoras de integração. E, com isso, o indivíduo se encontra só e desamparado num mundo que o manda que se institua a si mesmo, enquanto se sombreiam as marcas normativas que poderiam reatar o laço social. A interrogação fustiga o Direito com todo o chicote: é a sua capacidade de instituir o laço que é questionada mais ainda que sua aptidão para garantir a segurança jurídica”*¹⁹⁰.

Se o passado é apagado e liberta de forma plena, também dele não se haure continuidade ou valores, semeando-se a incerteza. A necessidade de autodefinição do indivíduo e a busca de padrões de definição intermediados por especialistas alimentam o crescimento da especialização, que gera mais opções do presente em que o homem se aprisiona. Lateralmente, contudo, há o esquecimento do passado e falta de visão do futuro, tornando-se o Direito um instrumento cego, sem raízes e sem direção.

¹⁹⁰ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.307.

Por isso o Direito perde a sua estabilidade, apresentando-se complexo e pouco harmônico. A constante refutação, crítica e revisão das premissas legais pela ciência, pela opinião pública em geral, e, no âmbito profissional, pela doutrina e jurisprudência, que buscam a acomodação criativa do sistema jurídico existente a novas necessidades do conhecimento técnico obtido através da especialização, acabam por se espelhar em um legislativo que busca dar conta da demanda que lhe é apresentada mediante a produção de normas cada vez mais especializadas, complexas e contraditórias, com o que a ordem jurídica perde coerência e poder de instrução pedagógica. Ante a clara dificuldade de entendimento e internalização de tais modelos de conduta, o Direito perde também operacionalidade e eficácia¹⁹¹, frustrando as expectativas sociais de aplicação da norma. Alimenta-se, assim, um círculo vicioso de descrença no Direito, que é respondido pela única forma de comunicação do direito positivo: a introdução de novas normas em complementação ou reforço às antigas, ou em controle aos seus efeitos indesejados.

Com isso, conforme Celso Lafer, no mundo contemporâneo, o Direito perde a sua expressão de durabilidade e sua dimensão de norma constitutiva da gramática da ação e sintaxe do poder para ser converter em consumo. Os ordenamentos perdem identidade e confiabilidade, consumindo-se no seu próprio metabolismo, daí advindo a necessidade e a concomitante futilidade de seu processo de produção e desaparecimento¹⁹². A ambiguidade da especialização, refletida na lei, deságua diretamente no Judiciário, onerado pela fixação de condutas deixadas em aberto por um ordenamento jurídico prolixo, com pouca precisão e harmonia. Se, como vimos, o Legislativo transfere ao Judiciário a tarefa de prescrição mais precisa de condutas no caso concreto, a decisão judicial passa a ter a mesma nota de produto de consumo que caracterizou a produção normativa. Com isso, torna-se também a ser produto de consumo desejado em massa, fruto de um processo que se preocupa mais com a forma de produção do que com o conteúdo do produto. O Judiciário torna-se refém da produção em massa e da especialização.

¹⁹¹ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 214.

¹⁹² Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 226.

A especialização da sociedade moderna, lastreada na divisão de funções, aponta que o modelo de fixação de condutas pelo Legislativo se esgotou. Nem o homem comum, nem os profissionais do Direito e, em especial, o Judiciário, podem contar com um legislador da qualidade de definição do Século XIX. A realidade operativa da lei é diferente e exige novos padrões de pluralidade que o Legislativo não tem condições de prover.

Não bastasse isso, a decisão judicial é intermediada por especialistas e o produto do Judiciário, a decisão judicial, torna-se um produto de massa. Com efeito, o homem busca identificação através da ação do especialista, que lhe fornece parâmetros de conformação segundo a área de sua especialidade. A decisão judicial, ao ser objeto de intermediação remunerada, torna-se objeto de consumo. Fornecida às massas para conformação social, é produzida, nos moldes arendtianos, com a valorização do processo de produção, mediante especialização e conhecimento, dentro de um órgão burocrático. A decisão judicial é buscada, sob a ótica de seu destinatário final, mais como bem de consumo, destinado à satisfação de suas necessidades pessoais, do que para fins de construção de um objetivo político-social relevante. Perde-se, com isso, o sentido duradouro da obra política, no curso da inflação legislativa e na conseqüente inflação de causas. Daí o contínuo exigir de soluções normativas de que o Judiciário não dá conta, que surgem como bens de consumo, tornando-se satisfação do labor.

A mecanização da decisão judicial, aliás, é processo criticado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Focado no problema do juiz, premido pela demanda de serviço que lhe oferta o processo burocrático, expõe-se o julgador ao risco de se tornar o juiz burocrático, quase máquina, com modelos computadorizados que se repetem¹⁹³. Na realidade, tal situação aponta a inadequação do modelo de Judiciário, concebido em época de desenvolvimento das organizações burocráticas como ente despolitizado e centrado na solução de litígios cujos parâmetros de solução lhe são fornecidos externamente, através de instrumentos claros e precisos, e os dias atuais, em que se lhe exige produção em massa para controle de situações trazidas ao Judiciário mediante instrumentos individuais. O resultado é a massificação do trabalho do próprio juiz, que perde a noção de seu caráter político, para se tornar fornecedor de um produto para consumo em massa. Aliás, a contínua pretensão de

¹⁹³ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Estudos de Filosofia do Direito*, p. 255.

estabelecimento de metas de produtividade sem estabelecimento dos meios necessários para a racionalização do serviço Judiciário contribui para tal dinâmica, valorizando-se o viés do processo de produção do Direito sobre o qual o próprio julgador não tem domínio, em detrimento do produto.

Tal situação põe a cru as dificuldades do Judiciário. Sua atuação ocorre através de instrumentos precários, a legislação excessiva e pouco precisa. É alimentada por uma produção exacerbada de parâmetros legais e pleitos jurídicos, por especialistas em processo de constante concorrência e expostos à premência da corrosão de sua especialidade, vitimados pela ideologia mobilizadora da mudança. Perde, com isso, o espaço reflexivo necessário para a realização de seu produto, e apenas o processo de produção passa a ser o principal objeto de escrutínio e preocupação da esfera pública. Torna-se vítima da abundância de produção que vitimiza a sociedade moderna. O único caminho que lhe parece viável, efetivamente, é a sua transformação em um *Big Judiciary*, como terceiro gigante do Estado Moderno¹⁹⁴, conforme propõe Cappelletti.

O pensamento dogmático em que se lastreia o positivismo talvez seja a causa do próprio descrédito do Direito nos dias atuais. Tem-se a crença da norma posta como único pressuposto fixador de conduta humana. A pluralidade normativa - que acabou por regulamentar a vida moderna em todos os âmbitos: econômico, político, social e até mesmo na individualidade da vida privada - exige, para que se reconheça a inadequação jurídica de determinada conduta, nova provisão normativa, que acaba se convertendo novamente numa espiral de especialização de normas e intervenções, em que se perde o sentido do Direito e a sua noção de todo. Rompe-se com a tradição e inviabiliza-se um projeto durável para o futuro.

A busca de um sentido de ação para o Judiciário, de forma a agregar-lhe senso, através de propostas como o neojusnaturalismo ou a adoção de princípios, é uma saída para dotar a sua atividade de sentido maior e duradouro. Tal pretensão é adequada tanto à mecânica de aplicabilidade da norma, pelo sistema liberal, como à atomista função de decisão no sistema do bem-estar social. Tal direcionamento, a ser tomado mediante concessão de certo

¹⁹⁴ Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*, p. 49.

grau de liberdade em favor do juiz, permite-lhe a adição de um *plus* político à atividade jurisdicional, livrando-a da escravidão do caos normativo para retorná-la aos trilhos da construção de uma instituição política. É a única saída para se evitar o triunfo do *animal laborans* dentro da Justiça, atividade que sempre demandou um parar para pensar.

3.1.1. A Ruptura com a Tradição

Não bastasse o descrédito do direito posto em razão da inflação normativa, viu-se, em meados do século XX, situação extrema. O sistema jurídico, governado por suas próprias regras, e dirigido pelo estado nazista, movido por fins criminosos, instaurou verdadeira ordem de terror para perpetração de crimes contra o próprio homem. Voltou-se o Direito, instrumento de convivência humana, contra o próprio criador. Tal movimento, construído em razão de falta de limitações valorativas ao sistema legal, deu-se em integral respeito à ordem jurídica, através de um estado burocrático racional que incorporou, dentre os seus objetivos, a eliminação de parte da humanidade, valendo-se da eficiência e especialização da administração pública.

Celso Lafer coloca que o totalitarismo, apoiado pela burocracia, pelo terror e pela ideologia, instaurou a ubiquidade do medo e permitiu a dominação total da sociedade, feita através da lei, que consagrava valores como Justiça e Direito, colocando o homem como elemento central do ordenamento jurídico. Tal situação pôs à calva os possíveis horrores do positivismo jurídico¹⁹⁵. O fenômeno totalitário provocou ruptura na continuidade histórica da tradição ocidental, criando-se condutas que não poderiam ser julgadas pelos padrões morais usuais ou dentro de sistemas jurídicos tradicionais¹⁹⁶.

O foco, segundo Lafer, em “como se faz o Direito” sem considerar “para que serve” ou “o que” de seu significado, aponta a existência do processo de ruptura. O ambiente da ruptura aponta a inutilidade dos “*modelos destinados a dar rigor, autoridade e dignidade aos procedimentos intelectuais de que se vale o jurista para comprovar, interpretar e integrar normas de Direito Positivo (...) ilustram cabalmente o fenômeno do esgarçamento da*

¹⁹⁵ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 77.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p.80-81.

*tradição”*¹⁹⁷. De fato, a partir da dicotomia entre pensar e conhecer, que marca o pensamento arendtiano, surgem o paradigma da Filosofia do Direito e o rigor cognitivo da Teoria Pura do Direito, que aspiram à pureza ou ao rigor científico. Mas verdade e desejo de conhecer não se identificam: por detrás deles, há a necessidade mais abrangente de se entender o significado das coisas¹⁹⁸.

Conhecer as normas sem pensar sobre elas pode causar sérias consequências, o que impõe o parar para pensar antes de sua aplicação. Agir sem pensar protege as pessoas do exame crítico e da dúvida. Por outro lado, permite a adesão impensada às normas de conduta, que leva à dogmatização do conhecimento jurídico. As pessoas habituem-se a utilizar normas que lhes deem facilidade e regularidade, a despeito de seu conteúdo apresentar perplexidade¹⁹⁹.

A ruptura dismantela a tradição filosófica e metafísica, dissolvendo o passado, que fica sem referências fora da produção normativa. O Direito torna-se um quadro permanente de mudança pela forma, de conteúdo irrelevante, referindo-se a normas formais. Coloca-se, assim, a importância do problema da referibilidade das normas formais a comportamentos reais, voltando o Direito a considerar o impacto de seus preceitos sobre as situações de fato²⁰⁰.

3.1.2.2. Totalitarismo e Norma

Tendo o estado totalitário o objetivo de dar vida ao movimento e instaurar uma revolução permanente, suas ordens não têm conteúdo, mas somente direção. As normas não prescreviam claramente condutas, que variavam conforme a interpretação, pela autoridade encarregada de seu cumprimento, do que era a vontade do líder. Tal situação, por seu turno, criava a incerteza, causadora do isolamento dos indivíduos.

¹⁹⁷ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p.83.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 87.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 88.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 93.

Ainda segundo Lafer, o mecanismo totalitário filia-se à tradição burocrática weberiana, como uma organização de relações inteligíveis. A norma, no totalitarismo, tem dois estratos de percepção: o primeiro é o patamar de comunicação e informação denotativa, e o segundo é a concepção de mundo do ordenamento jurídico, como projeto de orientação. Num regime totalitário, as normas não estipulam diferença entre lícito ou ilícito, não se prestando como objetivo de conduta e organização, razão por que não pode ser aplicada de maneira razoável e objetiva. A norma é composta pelo elemento de incerteza, a vontade do líder, como elemento desestabilizador e perpetuador do movimento. Por isso, o totalitarismo aniquila a legalidade como forma de nortear a conduta individual²⁰¹ e coloca, nas mãos do líder, toda a possibilidade de fixação da conduta humana desejável, conforme suas conveniências. Em suma, a tipificação não é acessível aos cidadãos e, tampouco, definida para atuação da autoridade policial: repousa ela nas mãos das autoridades políticas, que encarnam a lei como vontade da liderança no momento de sua execução²⁰².

Toda a concepção de Estado e de Direito perde a razão de ser no totalitarismo, em especial quando se foca no campo ontológico da investigação²⁰³. Vale dizer, o sistema normativo não mais se justifica quando se descola de seus fins práticos e principais, tornando-se um mero instrumento de dominação para alcance de um objetivo político que, no caso, foi alheio à convivência humana.

No regime, não há espaço para se falar em culpa, uma vez que as ordens são cegamente cumpridas em obediência ao seu emitente, até o topo sobre o qual reina o dirigente, que se exime de sua responsabilidade ao invocar leis históricas ou naturais. Apenas, contudo, executam um movimento, obedecendo à lei a ele inerente. Aponta-se, com isso, a ruptura do Direito com a axiologia, vulnerando-se a razoabilidade de conceitos²⁰⁴.

3.1.2.3. Os Limites do Direito no Fato e na Moral

²⁰¹ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 97.

²⁰² *Ibid.*, p. 101.

²⁰³ *Ibid.*, p. 98.

²⁰⁴ *Ibid.*, p.102.

Movidos governantes e governados por uma crise moral avassaladora, os crimes não são cometidos ao acaso. Ao contrário, segundo Lafer, os crimes são cometidos de acordo com a lei, mas a lei tornou-se o oposto daquelas que dão suporte a todos os sistemas de Direito²⁰⁵. Instaura-se o regime de eliminação da personalidade e individualidade humanas e, com o campo de concentração, pretende-se eliminar até mesmo os vestígios do homem no mundo.

O confinamento, ademais, serve para reforçar a permanência do sistema de arbítrio e da falta de objetividade, como ameaça final a qualquer tentativa de resistência²⁰⁶. A normatividade, inábil para a fixação de condutas, somente deixava nas mãos do líder a definição do inimigo objetivo, moldura em que qualquer um poderia ser enquadrado.

Como bem pondera Lafer, o Direito como ciência pura permite, teoricamente, a concepção de um sistema legal nos moldes fixados pelos regimes totalitários. O sistema legal, considerado como um conjunto de normas postas por autoridades legitimamente encarregadas de tal tarefa, não ofertava, por si, elementos suficientes para impedir a irrestrita prática de condutas que, num regime normal, seriam consideradas criminosas.

No ambiente do estado totalitário, o sistema jurídico buscou eliminar as diferenças entre os cidadãos, que se tornavam iguais aos demais frente à pátria e ao líder. Enquanto isso, os parâmetros de comportamento estranhos e desconformes ao movimento totalitário eram penalizados pelo líder de forma aleatória. Eliminam-se a liberdade, a diferença e a estabilidade, para criminalização imediata daqueles que fugissem da conformação.

Por isso, a necessária reintrodução de uma visão aberta do Direito, para consideração de seu impacto sobre o mundo dos fatos além da ordem jurídica caracterizada pelo direito posto. Ainda, o necessário recolhimento para pensar e valorar as consequências implica a reintrodução do nexos entre o passado e o futuro e a importância dos valores na mensuração dos resultados do Direito. Daí a lógica da razoabilidade, proposta por Lafer como forma de

²⁰⁵ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 109.

²⁰⁶ *Ibid.*, p.110.

se temperar a aplicação do Direito, com uso da racionalidade e o bom senso conforme as circunstâncias²⁰⁷. É a reação ao não pensar mecânico do positivismo jurídico.

3.1.1. A Nova Operacionalidade da Norma

Uma das definições do papel do Direito é a resolução de litígios através da aplicação de normas. Tal padrão de operacionalidade, inquestionável há pouco tempo, experimenta também corrosão progressiva. De fato, questiona-se de onde devem ser retiradas as regras de conduta, qual dentre elas deve ser aplicada e como deve ser vista a sua coerência em relação ao todo.

Vimos que a metodologia científica moderna, a especialização, o crescimento do estado social foram fatores relevantes que exponencializaram o conhecimento científico e o contato humano. Tal movimento não ficou alheio ao Direito, que foi exposto a um movimento progressivo de complexidade.

Tal complexidade é centrífuga. Expande-se nas questões de ponta do conhecimento e corrói-se em seu núcleo, que não mais tem consistência para a busca de linguagens comuns ou para a sensibilidade do sistema como um todo. Tal quadro torna difícil a tarefa de combinar a complexidade de um sistema normativo moderno, com multiplicidade crescente de entendimentos e poucos pontos em comum, com uma suposta vontade estatal de harmonização dos preceitos legais. À dificuldade de compreensão do sistema jurídico complexo e especializado, soma-se a dificuldade de conciliação das pretensões jurídicas subjetivas por ele criadas.

Não bastasse a questão da especialização, o terror totalitário, na Segunda Guerra Mundial, marcou profundamente a divisão de poder no mundo. Os abusos do positivismo jurídico causaram o surgimento de várias propostas de limitação ao mundo normativo, como um novo jusnaturalismo, ou a noção de reconstituição de um espaço de prudência²⁰⁸. É

²⁰⁷ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p.77.

²⁰⁸ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 78-79.

marcante que, na reação, o próprio direito posto abriu-se para permitir a incorporação de normas supranacionais que buscam a restrição do cometimento de abusos pelos Estados. Pelo lado da defesa do Homem, adveio a Declaração Universal dos Direitos Humanos, buscando-se a sagração de garantias a serem observadas pelos Estados em prol de condições dignas de existência. Pelo lado econômico, buscou-se, principalmente na Europa, o desenvolvimento de laços comunitários para superação das seculares rivalidades entre as potências do continente. Tal processo de interiorização de normas internacionais progride até hoje. Estende-se ele às mais diversas áreas, como as ciências, a economia, o trabalho e o meio ambiente.

Ao lado de tais elementos normativos superiores aos Estados, há também aqueles espontaneamente assumidos pelos particulares, através de contratos internacionais, em que se fixam normas e competências para solução de litígios. Tais normas são desenhadas para obtenção de eficácia dentro de um determinado espaço nacional, o que permite eventual conflito normativo entre o seu conteúdo e o do ordenamento jurídico do Estado em que a sua execução se dará.

Tal fenômeno, portanto, adiciona novas normas e competências de entes superiores ou inferiores aos estados, voltadas à interferência e eficácia na ordem jurídica interna, constituindo-se em mais um elemento complicador do sistema normativo estatal.

Assim, a multiplicidade de ordenamentos reflete-se na nova concepção de Direito e maximiza a pluralidade de normas e direitos subjetivos dentro dos sistemas legais nacionais. A busca do senso da ordem jurídica é fator primordial para uma nova metodologia de compreensão e aplicação do Direito.

3.1.3.1. Multiplicação das Fontes de Direito

O estado social, tendo a pretensão de regulamentar todos os parâmetros da vida social, acabou por gerar uma multiplicidade nunca vista de normas, interferindo em circunstâncias mínimas da vida do cidadão: a abertura de uma conta bancária, a prestação de um serviço

público, o ingresso num espetáculo, tudo passa por algum tipo de normatividade imposta pelo Estado. Tal situação torna-se mais difícil se considerarmos, além do direito regulamentar posto pelo Estado, a possibilidade da incidência de múltiplas entidades normativas, como o direito contratual, eleito pelas partes, e, eventualmente, relações supranacionais, como, por exemplo, tratados que normatizem a prestação de serviços.

Por isso, adverte Losano que, no mundo atual, *“o rigoroso positivismo legislativo não explica nem mesmo aquele direito pós-industrial que parece afirmar-se em nosso tempo: ele não explica, de fato, o pluralismo jurídico. Nas nossas sociedades multiculturais tende-se a admitir a coexistência de uma pluralidade de ordenamentos normativos: por exemplo, na Itália católica, os tribunais não podem intervir contra a poligamia islâmica, se regularmente reconhecida pelo Estado de origem. Em alguns casos, do pluralismo jurídico nasce até mesmo um pluralismo Judiciário”*²⁰⁹.

A partir deste momento, o que vemos não é a existência de um direito subjetivo de clara definição, ao contrário do que se via à luz do direito liberal do século XIX. Forma-se um quadro complexo que aponta a existência da multiplicidade de direitos subjetivos hipoteticamente garantidos por preceitos legais colidentes e contraditórios entre si, gerando sensação de anomia e ineficácia do sistema.

O fenômeno do *Welfare State*, como já vimos, aponta, em primeiro lugar, a proliferação de estruturas normativas complexas, que interferem em todos os aspectos da vida social, seja diretamente, através de normas, seja indiretamente, pela criação de entidades administrativas reguladoras de múltiplas atividades humanas. Tal fenômeno implica, de qualquer forma, a difusão do conceito do legal e do ilegal, com a apresentação de justificativa normativa para uma multiplicidade de condutas.

Aponta Mireille Delmas Marty²¹⁰ que o direito comunitário europeu se infiltrou nos países do bloco. O direito europeu é propositadamente aberto, indeterminado, a permitir a sua adaptação às peculiaridades dos países membros, o que dá vezo a regulamentações

²⁰⁹ Mario G. LOSANO, *Modelos Teóricos, inclusive na Prática: da Pirâmide à Rede*, p. 272

²¹⁰ Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du Droit*, p. 18-19.

múltiplas, divergentes, e mesmo contraditórias com a norma nacional. Soma-se a tal fenômeno o aumento de complexidade do direito mundial como um todo, em razão dos fenômenos da globalização econômica e a universalização dos direitos do homem pela declaração de 1948.

Tal incorporação, ainda segundo a autora, longe de criar uma ordem jurídica mundial, não é dada em completude e harmonia. Ao contrário, é incorporada em fragmentos e de forma desigual em cada país, aumentando o ambiente de desordem. E ainda que tais direitos exerçam suas influências sobre as legislações nacionais, ainda assim cada esfera de conhecimento do direito cria o próprio conceito de coerência com tais normas, independentes das outras.

Segundo a autora, *“obedecendo às dinâmicas parciais, fragmentárias, descontínuas e fortemente evolutivas, a globalização multiplica as situações de pluralidade jurídica. Da mesma forma, ela diversifica e desborda a ordem internacional tradicional, fazendo emergir novos conjuntos normativos fortemente heterogêneos que não podem ser analisados como referências a sistemas suficientemente autônomos e específicos, nem constituir ordens jurídicas dotadas de uma validade própria, ao senso institucional definido notadamente por Santi Romano”*. Tais conjuntos são por ela denominados como *“esferas de competência, espaços normativos²¹¹”* de geografia e geometria variáveis. Criam-se espaços normativos abertos, porosos e instáveis, cuja convivência leva à necessidade de uma nova dialética, superando a lógica hierárquica piramidal do sistema jurídico proposta por Kelsen.

Não bastassem os crescentes contatos entre os homens, houve multiplicação quantitativa e qualitativa dos fenômenos normativos, à luz do que pondera Losano²¹². Quantitativa no que diz respeito ao número de entes legiferantes: entidades supranacionais, nacionais e suas respectivas subdivisões regionais e locais, além da força vinculante de eventuais contratos. Qualitativa quanto à extensão da matéria a ser regulada, sempre de crescente especialidade e complexidade.

²¹¹ *Ibid.*, p. 20-21.

²¹² Mario G. LOSANO, *Modelos Teóricos, inclusive na Prática: da Pirâmide à Rede*, p. 281

A multiplicidade de fenômenos normativos cria a proliferação e pulverização do Direito, a gerar uma multiplicidade de direitos subjetivos às vezes contraditórios, que não têm a força de Direito, mas, ao menos, o *status* garantido de acesso a essa força.

Pondera Maria Rosaria Ferrarese que a progressiva complexidade do Direito desborda em três fenômenos: o aumento da matéria sobre a qual o Direito amplia seu domínio, o aumento dos sujeitos portadores de pretensões e, por fim, um aumento dos tipos de pretensão²¹³. É certo que o primeiro fenômeno se enquadra no âmbito da especialização do Direito. Os dois últimos implicam a criação da pluralidade de pretensões de direitos subjetivos de extensão duvidosa e variável, exigíveis dentro do sistema normativo vigente.

A pulverização de direitos subjetivos, por seu turno, dá o tom dos novos moldes do Judiciário. Se antes o acesso ao Judiciário era difícil e custoso, e raramente o cidadão nele buscava a concretização de seu direito, tal perspectiva mudou. A preocupação com o acesso à justiça criou instituições que, apesar de sua atuação incompleta ou falha, franquearam ao cidadão em geral o trabalho da justiça. É o caso, por exemplo, das defensorias públicas, consagradas pela Constituição de 1988 e progressivamente instaladas por todo o país. É o caso, também, da já antiga lei da gratuidade judiciária para aqueles que não dispõem de meios para custear o processo, ou mesmo os juizados especiais²¹⁴. Tais instituições incentivam a defesa de direitos em um quadro de dubiedade de direitos subjetivos.

3.1.3.2. O Sistema Jurídico em Rede

Segundo Losano, o Direito assumiu aspecto de massa em contínua expansão, colocando em desagregação o modelo da pirâmide, que ainda tem seus propósitos em parte do direito atual. O que está fora da pirâmide, contudo, é justamente o que é de mais novo e relevante

²¹³ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 209.

²¹⁴ Antonio Carlos MARCATO, *A Crise da Justiça e a Influência dos Precedentes Judiciais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 29-30.

para o entendimento do Direito, razão por que explicita o funcionamento do Direito em um sistema de rede²¹⁵.

Os textos jurídicos contêm remissões explícitas e implícitas a outras normas, que se referem a outras, permitindo-se a movimentação dentro do ordenamento em exame em todas as direções. Similar a um hipertexto, tal modelo é influenciado pela informática e cibernética, método, aliás, não estranho ao Direito, que sempre se valeu de glosas, remissões e observações à margem dos textos. Pondera o autor que tal direito é espontâneo e heterárquico, na visão de Teubner, com o que desaparece o Estado como único centro legislativo. Supera-se o monismo estatal para se reconhecer o policentrismo dos núcleos produtores de direito.

Tal situação exacerba-se com a progressão do direito internacional e comunitário sobre a legislação interna. Mireille Delmas-Marty observa que mais de sessenta e oito mil textos foram produzidos dentro do quadro do direito comunitário. Embora parte dos textos seja composta de textos modificativos ou efêmeros, o número de normas jurídicas não cessa de crescer, pois a inflação se dobra à guisa da imprecisão de disposições, resultados de compromissos adotados ao preço de ambiguidades ditas construtivas, que contribuem para a banalização da imprecisão²¹⁶.

Não bastasse tal complicador, a ordem jurídica internacional, representada por tratados incorporados ao ordenamento jurídico, e a existência de contratos internacionais, que criam regras próprias de solução de litígios, adensam e complicam o quadro do direito piramidal, proposto por Kelsen.

Constrói-se, com isso, uma multiplicidade de ordens jurídicas paralelas, que devem interagir.

²¹⁵ Mario G. LOSANO, *Modelos Teóricos, inclusive na Prática: da Pirâmide à Rede*, p. 281.

²¹⁶ Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du Droit*, p. 19.

Observa Losano, em consonância a Carbonnier, que a estrutura da pirâmide ainda permanece válida para parte do ordenamento jurídico. Tal visão, contudo, é complementar. As figuras da rede e da pirâmide exprimem métodos diversos de estudo do Direito. A pirâmide exprime a sua estrutura, e a rede, a sua função. Segundo o autor, enquanto a pirâmide ainda prevalece na visão dogmática do Direito, a rede explica o fenômeno normativo aos sociólogos do Direito²¹⁷.

Tais preceitos normativos, contudo, não se derogam. Ao contrário, estão juntos, em uma integração manifesta entre sistemas e subsistemas legais, compondo um sistema novo, dentro do qual um subsistema se apoia no ombro do outro, na visão de Carbonnier²¹⁸. De fato, não haveria como se conceber, por exemplo, a utilidade de uma decisão arbitral sem a possibilidade de se mover sua execução contra a parte responsável pelo insucesso da relação contratual. A medida invasiva ocorre através da atuação do Estado, que monopoliza a violência jurídica no momento da invasão patrimonial.

3.1.3.3. Norma e Maleabilidade do Direito

Vê-se a superação da noção hierárquica e rígida do Direito, que é substituída, cada dia mais, pelo retorno da operacionalidade do Direito não somente à luz das leis, porque múltiplas e ambíguas, mas também dos princípios, que assumem papel preponderante para dar sentido à rede de informações. Ainda, em razão de sua natureza, os princípios, para serem integrados, trazem para sua definição a necessidade de valoração ao caso concreto, abrindo-se a porta do Direito para a entrada dos fatos e valores. Reconciliam-se o Direito, os valores e os fatos, para deles se extrair a antiga *phronesis*.

A antiga noção de rigidez do direito positivo, herdada da concepção racional do jusnaturalismo, finalmente se vê substituída por uma noção mais maleável de Direito, com menos apego formal e maior caráter prático, com os pés na terra, e não a cabeça nas

²¹⁷ Mario G. LOSANO, *Modelos Teóricos, inclusive na Prática: da Pirâmide à Rede*, p.283.

²¹⁸ Jean CARBONNIER, *Sociologie Juridique*, p. 360-361.

nuvens, uma vez que a terra é o ponto de partida do ordenamento e o ponto a que ele deve retornar, nas palavras de Zagrebelski²¹⁹.

Tentaram-se várias formas de se estabelecer o relacionamento do direito consigo mesmo, reconhecendo-se a realidade de uma pluralidade normativa fracionada, que forçosamente deve tentar algum tipo de síntese.

A antiga visão de Carbonnier refere-se a um direito flexível. Segundo ele, *“o direito é demais humano por pretender o absolutismo da linha direta. Sinuoso, caprichoso, incerto, assim ele nos é apresentado – dormente e oculto, mutável mas ao acaso, e frequentemente recusando a mudança esperada, imprevisível pelo bom senso como pelo absurdo”*²²⁰.

Losano opõe-se a essa visão, afirmando-a superada por uma versão mais pessimista. Afirma que o Direito não é dúctil ou *soft*. Torna-se, ao contrário, cada vez mais duro, uma vez que *“da mesma forma que a sociedade hodierna, assim também o direito foi revirado com força redobrada pela inovação e pela conservação: por isso falo de um ‘direito turbulento’, que se move, se agita e muda rapidamente assim como a sociedade que o circunda, mas frequentemente atrasado com relação à mesma”*²²¹.

François Öst, por seu turno, coloca que o Direito hoje é líquido, porque intersticial e informal, que, sem cessar de ser ele mesmo, se apresenta em certas ocasiões em estado fluido, que lhe permite colocar-se nas mais diversas situações, para ocupar suavemente todo o espaço disponível, guiando-se o intérprete pela circulação do discurso jurídico²²².

Zagrebelski sustenta a existência de um direito dúctil, que busca a coexistência de valores e princípios através da harmonização do sistema jurídico pelos valores constitucionais, que tendem a conviver em um ambiente de rede de valores e procedimentos comunicativos²²³.

²¹⁹ Gustavo ZAGREBELSKI, *El Derecho Dúctil*, p. 122.

²²⁰ Jean CARBONNIER, *Flexible Droit, Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur*, p. 8.

²²¹ Mario G. LOSANO, *Modelos Teóricos, inclusive na Prática: da Pirâmide à Rede*, p.267.

²²² François ÖST, *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez*, p.187.

²²³ Gustavo ZAGREBELSKI, *El Derecho Dúctil*, p. 14-15.

O autor critica, aliás, a noção de direito fluido, uma vez que as combinações propostas para formação da dogmática jurídica fluida são heterogêneas, oriundas não do direito constitucional, mas da política constitucional. Os conceitos são instáveis, em razão da instabilidade resultante do jogo pluralista das partes, que se desenvolve na política constitucional²²⁴.

Já Mireille Delmas-Marty propõe a existência de um direito fluido (*droit floue, fuzzy law*), dialético, ao lado das noções *soft law*, referente à validade empírica do Direito, ou, ainda, a efetividade de um direito não obrigatório (*droit mou*) ou não sancionado (*droit doux*)²²⁵. Ao criticar a posição de Öst, chamando-a de dialética sem síntese, propõe a autora um Direito com raízes renascentistas, celebrando uma visão universalista e pluralista do mundo. Nele, manifesta-se uma concordância discordante, na busca de uma síntese normativa, construída ao redor das relações entre normas, que mantêm a observância de uma relativa hierarquia vertical, aliviada pela falta de foco, mas também preserva relações horizontais entre as diversas fontes normativas.

Tais relações horizontais comportam a existência de plúrimas hierarquias de normas autônomas, lado a lado, que não são independentes, mas interdependentes. Direitos Humanos e econômicos não são sistemas independentes, mas afetam um ao outro, como, por exemplo, no caso de quebras de patente. Cabe a discussão sobre a vizinhança de espaços jurídicos, com ligações não aparentes, ou mesmo não ligados hierarquicamente.

Neste ponto, seu pensamento coincide com o de Zagrebelski, buscando-se alguma forma de hierarquia. Suas esperanças de organização do sistema são depositadas nos princípios constitucionais, que consolidam valores no direito positivo em sua escala máxima, a constituição.

Mireille Delmas-Marty entende que a organização das normas ocorre por critérios dados pela própria ordem normativa, considerando-se a existência de outros sistemas de direito fora da hierarquia. O estabelecimento de lógica fluida dos subsistemas legais permite

²²⁴ Gustavo ZAGREBELSKI, *El Derecho Dúctil*, p.17.

²²⁵ Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du Droit*, p. 25.

estabelecer relações de ordem (hierarquias) e espaço (combinação das margens de sistemas nacionais com conjuntos normativos diferentes)²²⁶.

O direito flexível proposto por Carbonnier, segundo a autora, somente cria ligações internas sinuosas dentro da própria ordem jurídica, sem criar ligações com ordens diferentes. Constitui-se somente como resposta à mobilidade da vida, mas não atenta ao pluralismo da ordem jurídica, que permanece imprevisível e aleatória. Há o movimento, mas não há racionalidade. Por isso, a proposta do direito fluido (*floue*), das noções vagas – como os Direitos Humanos – que passam de uma ordem jurídica a outra para ordenar o múltiplo, evitando a dispersão, a incoerência e a quebra que oferece a pluralidade. Por outro lado, incentiva a ordem, sem redução a uma ordem única. Segundo ela, por fim, o direito dos manuais e códigos não desapareceu. Tornou-se diferente, móvel e fluido, sem impor uma ordem jurídica única e imutável²²⁷.

A mente do jurista não funciona sem a organização de padrões normativos em escala. A proposta de Öst, aberta, carece, por sua natureza, de pontos fixos. Deixa o jurista ainda embaraçado na rede de informações e direitos, dando como o único caminho para uma síntese a sua construção dialógica. Neste ponto, arrazoadas as críticas de Zagrebelski e de Delmas-Marty, na necessidade de fixação de padrões operacionais mais claros para a aplicação dos direitos em tempos de pluralidade.

Os princípios são a saída para tal dilema. É certo que se admitir o princípio como árbitro de um conflito, em uma situação concreta, é aumentar a discricionariedade do julgador. Mas, por outro lado, os princípios informaram originariamente o sistema jurídico e, como tal, deixaram seus traços em seu todo. Em caso de conflito entre a norma e o princípio, a sua ascendência sobre a norma é indubitável e deve ser respeitada.

Na realidade, recai-se no dilema de Bobbio, que reconhece as correntes pluralistas institucionais, colocando a existência de ordenamentos não estatais, acima, abaixo, ao lado e contra o estado. Não obstante, Bobbio entende que, na modernidade, o universalismo

²²⁶ Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du Droit*, p. 26-27.

²²⁷ *Ibid.*, p. 30-31.

renasce com a vontade de constituir um direito positivo único, universal²²⁸. Tal tese parece cada dia mais distante ante a pluralidade de ordens jurídicas que se tocam. Mas, longe de se obter uma ordem jurídica geral e abstrata, os princípios, ao menos, permitem a formação de um posicionamento valorativo caso a caso, dentro de uma escala de valores, a permitir a formação de um precedente. Se as normas não mais comportam relação de hierarquia, ao menos que se reconheça que são conformes à ordem jurídica ou não, para, em segundo lugar, ordená-las segundo uma escala de preferência de valores.

3.1.3.4. Os Princípios e o Sentido do Direito

Os princípios surgem num quadro em que, colocadas as linhas gerais do sistema por preceitos valorativos sem conteúdo prescritivo de condutas e declarações de direitos, através do direito nacional ou mesmo de fontes externas de direito incorporadas à legislação, não se dá disciplina legal infraordenada adequada, no padrão kelseniano, para a descrição de condutas.

Observa Cappelletti que a legislação social somente define a finalidade e os princípios gerais de sua operação, voltando-se a garantir as linhas de transformação do presente e a formação do futuro. Os juízes, com isso, passaram a contribuir para a eficácia do sistema legal ao fornecer conteúdo concreto às finalidades e princípios²²⁹.

No quadro de fálência do poder legislativo, que intervém em esferas cada vez maiores de atividades e assuntos, e do gigantismo do estado administrativo, o Judiciário comportava duas alternativas. A primeira delas era persistir no sistema do século XIX, em que o Judiciário se restringia a desempenhar suas funções jurisdicionais tradicionais, com a criação de entidades de natureza quase judiciária, como agências ou tribunais administrativos, como *Conseil d'Etat* francês. A segunda alternativa seria a criação de um Judiciário controlador dos entes políticos, com larga intervenção nas atividades, em especial do estado e da economia²³⁰.

²²⁸ Norberto BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 164.

²²⁹ Mauro CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*, p. 41.

²³⁰ *Ibid.*, p. 47-50.

Vê-se, no texto de Cappelletti, o delineamento das razões que levaram a uma progressiva superação da norma posta como padrão confiável para atribuição de direitos e definição de comportamentos. A excessiva produção de normas pelo estado moderno, tanto pelo legislativo como pelo próprio executivo, a sensação de sua inadequação, sua incapacidade de gerar políticas de longo prazo e o risco de normas conflitantes a gerar incongruência do sistema do legislador racional exigiram a busca de uma nova forma de ordenação do sistema legal.

Na caótica situação de pluralidade normativa, na busca do diálogo entre as múltiplas interpretações possíveis, a criar conflito de pretensos direitos subjetivos, busca-se dar norte ao debate, sem engessá-lo na formulação de uma teoria normativa nos moldes positivistas.

A retomada do modelo jusnaturalista é inviável, uma vez que atualmente a própria natureza deixa de ser modelo estável para se tornar objeto de intervenção humana, como no caso das mudanças climáticas ou da manipulação genética. Ademais, a modernidade não combina com a rigidez de uma concepção de condutas rígidas previamente definidas. De outro lado, os critérios de funcionamento do positivismo demonstraram-se por demais abertos e funcionais, permitindo-se ao direito sem princípios, no caso extremo do nazismo, voltar-se contra o próprio homem.

Surgem, então, os princípios como balizadores do sistema jurídico como um todo.

Há discussão entre as várias vertentes de repositórios de princípios, se estabelecidos em constituição, como o modelo francês, ou se preexistentes a qualquer ato legislativo, como no direito americano²³¹. O fato é que toda ordem jurídica é informada por princípios, que tendem a ter mais ou menos força no momento de aferição de juridicidade de uma determinada situação.

²³¹ Gustavo ZAGREBELSKI, *El Derecho Dúctil*, p.55.

Tradicionalmente, os princípios ficam resguardados como meio subsidiário integrativo do Direito. Dentro da pirâmide kelseniana, coerente e hierarquizada, as normas são os atores principais do mundo jurídico. Cabe aos princípios o papel secundário de integrador da lei em caso de sua lacuna. Em especial, na nossa legislação, somente é acionado subsidiariamente em caso de inviabilidade da analogia ou dos costumes suprirem lacuna da lei, nos distantes princípios gerais do Direito, nos moldes do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. De outro modo não era no sistema continental europeu do final do século XIX e início do XX, como adverte Bobbio, relegando-se o princípio a uma função meramente secundária de integração do sistema legal, em caso de omissão ou lacuna da lei expressa²³².

Na medida, contudo, em que houve a proliferação das fontes de direito e a consequente multiplicação dos direitos subjetivos, os princípios reassumem uma força orientadora, como um dos vetores a apontar o sentido da interpretação jurídica mais adequada.

Em especial, aponta Bobbio que, com a infiltração dos princípios de Direito vindos da ordem jurídica internacional, há o declínio da concepção positivista do direito. Os princípios passam a exercer influência tanto nos quadros tradicionais do direito constitucional e administrativo, como também na justiça civil e penal²³³.

Pouco importa a fonte dos princípios, se transcendentais ao sistema jurídico tradicional, porque impostos por direitos superiores ao ordenamento. Ou reconhecidos pela ordem jurídica nacional, pela constituição ou por legislação infraordenada, ou, ainda, em uma declaração de direitos aberta, acomodando valores acordados como relevantes por uma sociedade. O fato é que devem ser levados em consideração por um sistema jurídico, tratando-se de importante ferramental para balizar o intérprete dentro de um sistema aparentemente caótico.

²³² Norberto BOBBIO, *Contributi ad um Dizionario Giuridico*, p. 258.

²³³ *Ibid.*, p. 259.

Pondera Zagrebelski²³⁴ que o Direito atual é composto de regras e princípios. As normas legislativas normalmente são regras, e as normas constitucionais sobre a justiça são princípios.

Os princípios têm papel constitucional, ou seja, constitutivo da ordem jurídica. Já as regras esgotam as suas forças em prescrever condutas, tão somente. As regras, ainda, são sujeitas a interpretações requintadas a respeito da vontade do legislador. Já os princípios são formulações gerais e autoevidentes que, a despeito da sua pouca elaboração, devem ser interpretadas em seu *ethos*. Obedece-se às normas, agindo-se em conformidade ao preceito normativo. Já aos princípios se presta adesão, uma vez que não apontam condutas definidas, mas apenas um direcionamento compromissado com o mundo dos valores, sem referências a condutas específicas.

As regras, ainda, colocam critérios de ações, especificamente definidas. Já os princípios colocam critérios para tomadas de posições em situações concretas, mas de normatividade indeterminada, e geram a adesão ou repulsa a valores. Os princípios, portanto, somente apresentam significado operativo quando apresentados a um caso concreto. Por isso, inviável conceber-se, como no positivismo, a sua ordenação hipotética em uma escala piramidal e tampouco, sua aplicação pelo silogismo.

A noção clássica positivista aponta que os princípios constitucionais, por não descreverem uma conduta específica, careciam de suposto de fato e não poderiam ser utilizados na subsunção. Prestariam somente à gestão política, afastada das funções judiciárias tradicionais. Além disso, seu caráter impreciso exigia do seu aplicador uma atividade criativa na construção de seu significado, não desejada pelo positivismo jurídico.

Com a constitucionalização vinda do pós-guerra, em especial na Itália e Alemanha, adveio a noção de que as regras tradicionais, sob o ponto de vista positivista, são somente uma das faces do Direito. Uma face da norma deve se adequar à outra, dos princípios contidos na

²³⁴ Gustavo ZAGREBELSKI, *El Derecho Dúctil*, p. 109-126.

constituição, tarefa sob competência da jurisdição. Assim, o legislador deixa de ser o senhor do Direito, para ser senhor da lei, tão somente.

Segundo Zagrebelski, que adota a linha de que os princípios são aqueles consagrados constitucionalmente, o direito natural apresentava-se como instrumento arriscado e duvidoso para aplicação em situações concretas. Já a sua constitucionalização apontava já a existência de um objetivo comum, de criação de princípios superiores aos interesses de cada um, que tornam possível a convivência de todos. Nas sociedades pluralistas, portanto, as constituições incorporam, no ordenamento jurídico, preceitos da ordem natural, histórico-concretos. Com isso, a Constituição torna-se o elemento mais alto do direito positivo, incorporando princípios morais e permitindo a abertura a discursos metajurídicos. Tal método, aliás, acaba por reforçar a própria concepção dogmática do Direito, que incorpora valores como direção de decisão por força de dispositivo legal. Nesse quadro, os princípios deixam de ter a função supletiva do direito positivo, para norteá-lo como um todo.

Ademais, ao integrar-se o princípio ao direito positivo, o Direito abre-se à natureza prática, voltando-se a disciplinar a realidade. Cria-se direito vivente, resultante do impacto entre a norma em abstrato e as suas condições reais de funcionamento. A natureza prática do Direito traz a compreensão do significado, pelo aplicador, das consequências de sua opção jurídica na realidade. A teleologia do Direito deixa de ser aspecto irrelevante e posterior, como era no direito positivo, e torna-se um aspecto de qualificação do próprio Direito.

Com isso, abre-se o campo em favor da sociologia jurídica. O Direito supera a concepção de disciplina lógico-formal, construída por desdobramentos dedutivos, como pregava o jusnaturalismo realista ou o positivismo jurídico. Deixa de ser um dado para se tornar um fazer.

Zagrebelski ressalta que a *scientia juris* era concebida como racionalidade formal, *episteme*, *ratio speculativa*. O critério que a rege é o do falso ou verdadeiro, tudo ou nada. Já a *juris prudentia*, por seu turno, racionalidade material, *phronesis*, *ratio pratica*. O

critério que a guia é uma gradação entre o mais adequado e o menos adequado. Em termos atuais, ela se expressa na ideia de razoabilidade²³⁵.

O autor pondera, ainda, a inviabilidade da sistematização de princípios e valores. Por se tratar de valores abertos, extraídos do pluralismo de posições, não há serem organizados hierarquicamente *a priori*, mas apenas na situação prática. Daí a necessidade de relativização dos princípios para a sua coexistência, uma vez que, se absolutos fossem, colidiriam entre si.

Dentro de uma ética absoluta, finaliza Zagrebelski, a conciliação de princípios é a relativização da ética. Mas é uma relativização que torna possível a convivência no mundo e a realização de um projeto ético. Tal noção é relevante dentro de uma sociedade pluralista, que busca o constante reequilíbrio através da transação de valores.

Não temos interesse em discorrer longamente sobre as fontes de princípios, matéria que foge ao tema da tese, por nos parecer que eles podem advir tanto do direito internacional, como da constituição ou mesmo da legislação ordinária. Nesse sentido, François Öst entende que a lei deve ser buscada “*antes do lado dos ‘princípios gerais’ transitórios e transtemporais, tal como o da boa fé, que a doutrina e jurisprudência redescobrem atualmente*”, vislumbrando o advento de um novo “*jus commune europeu, suscetível de introduzir, por sua vez, um pouco de ordem no emaranhado do direito europeu*”²³⁶.

Se, para Zagrebelski, os princípios são de ordem constitucional, observa-se, à guisa de exemplo legal, que há vários princípios infraconstitucionais, como o fim social do contrato, ou a boa fé na conclusão do negócio jurídico, nos termos dos artigos 421 e 422 do Código Civil. Outra ressalva que se apresenta a tal visão é o fenômeno do nazismo, que erigiu ordem perversa voltada contra o homem dentro da constituição. Por isso, é caso de se adotar uma visão mais aberta dos princípios, não centrada exclusivamente na letra do direito posto, ressaltando-se, contudo, a evidente relevância aos valores constitucionais.

²³⁵ Gustavo ZAGREBELSKI, *El Derecho Dúctil*, p. 123.

²³⁶ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.285-286.

O fato incontestado, e talvez tenha sido esse o medo de Öst, é o enclausuramento dos princípios, como uma reprodução amplificada da fórmula do positivismo jurídico, razão por que o autor busca a sua liberação total, garantindo-se a construção do discurso jurídico através de uma fórmula dialógica irreduzível e aberta. Por tais motivos, é de se recusar, desde logo, qualquer tentativa abstrata de hierarquização dos princípios, que devem ser mensurados no caso concreto, tão somente. E com a ressalva fundamental feita por Zagrebelski de que o único princípio que deve prevalecer sobre os demais é a pluralidade de valores e princípios²³⁷. Entender-se em contrário seria eliminar o respeito à diversidade e à multiplicidade de valores que geraram a constituição e o próprio sistema jurídico.

A valiosa sustentação de Zagrebelski aclara o funcionamento do princípio dentro do sistema legal. A partir do momento em que o princípio não contém prescrição de conduta em abstrato, mas apenas um padrão referencial que comporta aderência à vista de uma situação em concreto, abre a porta do Direito para entrada de questionamentos de cunho valorativo. Com isso, o julgador não tem mais como se valer do critério exclusivo da legalidade, interno e próprio ao Direito, ou seja, da subsunção da norma ao fato, criada e controlada por ele. Agora, o juiz deve integrar sua decisão por fundamentações valorativas, em especial morais, por força de um próprio imperativo legal, dado pelo princípio como fenômeno normativo. Mas somente pode fazê-lo através de instrumentos alheios ao fenômeno normativo, em especial na análise factual e sua mensuração frente aos valores. Abrem-se as portas para outras ciências e formas de conhecimento, com que o Direito se intercomunica com o mundo, tomando para si conceitos e valores de outros ramos do conhecimento para a sua análise e integração numa decisão jurídica à luz de valores dados pelo próprio Direito como sistema através dos princípios.

Em grande parte, o Direito foi marcado pela subsunção científica nas suas principais áreas de atuação. A metodologia da tipologia hipotética foi definitivamente incorporada no direito penal, direito civil e direito tributário. Não obstante, ainda que tal procedimento tenha sido a regra, exceções foram deixadas em favor do velho sistema da prudência. Por exemplo, nos juizados especiais de pequenas causas e nos procedimentos de jurisdição

²³⁷ Gustavo ZAGREBELSKI, *El Derecho Dúctil*, p. 17.

voluntária, é possível a utilização da equidade, termo atual bastante próximo do meio-termo e do bom senso.

O Direito considerado mais como objeto de um desenvolvimento racional do que como uma razão prática, por seu turno, contribuiu para o seu descrédito, em razão da impossibilidade moderna da antevisão de problemas. O retorno da antiga *phronesis*, agora sob o novo nome de razoabilidade, é o retorno do Direito às suas raízes históricas, valorizando os fatos para extração de posições perante eles. Com efeito, como bem nota Lafer, busca-se agora não somente a aplicação da norma, mas o equilíbrio entre interesses contrapostos, no sentido de *“adequação dos meios teóricos aos fins práticos a que se destinavam. A aferir a utilidade das teorias às circunstâncias em que operam. A traçar um limite ao que era desarrazoado sublinhado, de um lado, o absurdo a que levam certas posições se tomadas radicalmente, e equilibrando, de outro, pelo entrechoque de opiniões, o impacto das distintas posições dos jusfilósofos”*²³⁸.

Pondera-se, por fim, como fecho, que a razoabilidade não é sagrada constitucionalmente, fugindo do direito posto constitucional. Mas ela é princípio imanente ao sistema jurídico como um todo, o que corrobora a necessidade de uma visão superior ao direito positivo em si.

Tal sabedoria torna-se valiosa num momento em que o sistema legal, antes ordenado racionalmente em forma de pirâmide, e fechado aos outros sistemas em decorrência de sua autoafirmação como sistema autônomo, vê-se, agora, enredado em redes de normatividade que apontam direcionamentos diferentes. Em situações complexas, de multiplicidade de orientações normativas, incidem os princípios e a razoabilidade, como forças preponderantes na avaliação do sistema como um todo, a lhe dar coerência. Não uma coerência absoluta, obtida por rigidez ou presunção, mas uma coerência flexível aberta à razoabilidade e à ponderação frente a uma situação concreta.

²³⁸ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 75.

3.2. A Remodelação das Noções de Espaço e Tempo

Não bastasse o fenômeno de mutação radical do mundo jurídico em razão do câmbio das características do fenômeno normativo no mundo moderno, a crise do Direito também ocorre em razão de pressões externas sobre o sistema jurídico. Com efeito, devendo o Direito espelhar as expectativas da sociedade, defronta-se ele, além do problema da normatividade, com a diversidade da noção de seu tempo operacional, bem como o seu espaço de eficácia.

Hannah Arendt não menciona especificamente o tempo, mas faz considerações a respeito da velocidade, que nada mais é do que uma função de tempo fixada em relação a um objetivo. Segundo ela, *“a velocidade conquistou o espaço; e, ainda que este processo de conquista encontre seu limite na barreira inexpugnável da presença simultânea do mesmo corpo em dois lugares diferentes, eliminou a importância da distância, pois nenhuma parcela significativa da vida humana – anos, meses ou mesmo semanas – é agora necessária para que se atinja qualquer ponto da Terra”*. Enquanto isso, a mente humana adota o uso de números, símbolos e modelos que podem *“condensar e diminuir a escala da distância física da Terra a um tamanho compatível com os sentidos naturais e a compreensão do corpo humano”*. O mundo é trazido *“à nossa sala de estar, para tocá-lo com as mãos e fazê-lo girar diante dos olhos”*²³⁹.

Já se antevia, portanto, a possibilidade de criação de algo que viria a ser o nosso mundo virtual, não mais disponível somente em nossa sala de estar, ao toque de um dedo, mas também em escritórios e na linha de produção. Também já se antevia – situação que se acelerou exponencialmente - a diminuição das distâncias que antes separavam os homens, que também maximizaram a possibilidades de contatos conflitivos. Todo o progresso, portanto, influiu de maneira decisiva na adoção de uma nova concepção do tempo e do espaço de atuação humana.

²³⁹ Hannah ARENDT, *A Condição Humana*, p.262-263.

Tal noção tem influência direta sobre o Direito. A intensificação dos eventos dentro de um mesmo espaço de tempo implica sensação de sua redução. A cronologia que atendia às necessidades de uma sociedade recém-industrializada, típica do Estado Liberal, não mais atende às demandas de uma sociedade de operacionalidade *on line*, o que resulta em evidente insatisfação com os padrões operacionais em que se desenvolve o discurso jurídico.

Ademais, a globalização aproximou países e derrubou fronteiras. Tal fato tornou mundial o risco de violação de direitos. A pluralidade de legislações e de conflitos de interesse, por seu turno, introduz a possibilidade de definições de sanções fora do território e da supervisão da autoridade estatal.

Buscamos lidar com os conceitos modernos de tempo e espaço, para aferir o impacto dessas novas noções sobre a operacionalidade tradicional do sistema jurídico.

3.2.1. A Aceleração do Tempo

O fenômeno da globalização encurtou os espaços e acelerou o tempo, gerando impactos sobre a vida de maneira não uniforme. De fato, com a diminuição do mundo através da facilidade de transportes e comunicações, mais fácil ficou o contato humano que, com isso, se tornou mais frequente. Por consequência, a antiga noção uniforme do tempo, já combatida na física, também dá mostra de desgaste no Direito, uma vez que a aceleração da velocidade das atividades humanas necessariamente cria uma impressão de tempo cada vez menor, mais pontilhado de informações e de demandas de posicionamento.

Observa Celso Lafer que os tempos financeiros e da mídia são tempos *on line*, apresentam a agenda da opinião pública, vigiam diuturnamente a vida política e o mercado financeiro, com foco nos eventos e falta de atenção nos processos. Correndo atrás desses tempos acelerados, vêm os tempos econômicos, políticos e diplomáticos. Estes são focados nos

processos de produção, de movimentação das instituições políticas e de negociações multilaterais²⁴⁰.

A falta de correspondência entre o tempo da sociedade, normalmente moldado pelo tempo financeiro e o da mídia, e o tempo do Judiciário causa evidente embaraço. Em artigo sobre a reforma do Judiciário, Armando Castelar Pinheiro, economista, aponta claramente a divergente noção de tempo entre economistas e profissionais do Direito. O autor surpreende-se, em especial, com a exigência dos operadores do Direito de um provimento jurisdicional que dirima a lide de forma absoluta, a afirmação de que o tempo do Direito não é o tempo da economia, e que o julgamento deve ser levado às últimas consequências, pouco importa o tempo que demore. Também se rebela com a admissão da morosidade como inerente ao funcionamento da justiça, quando não uma qualificação da decisão. Para o economista, a justiça demora, e alguém paga por tais custos. A justiça é retrospectiva, voltando-se à apreciação do passado, enquanto a preocupação do economista é o cálculo futuro do impacto da decisão²⁴¹.

Tal crítica da noção do tempo jurídico, característica da sociedade moderna, impacta diretamente no Direito. Sendo o Direito voltado para construção de uma instituição política, moldada para a duração, sua operacionalidade confronta-se diretamente com o tempo da mídia e o financeiro, que cada dia mais se generaliza. Daí a constante insatisfação com parâmetros de atuação lentos, que parecem embaraçar o alcance de uma decisão justa. Na modernidade, a noção do justo envolve rapidez.

O sistema de direito positivo foi concebido para uma sociedade de classes, industrial, regulada hierarquicamente, para um quadro histórico dentro do século XIX e início do Século XX. Tal modelo de direito, segundo Mireille Delmas-Marty, é da época das luzes, imóvel e fechado (*clos*). Um direito que, para manter seu poder – ou a ilusão de poder – sobre a realidade, recusa a pluralidade, impondo-lhe a uniformidade e a homogeneidade²⁴².

²⁴⁰ Celso LAFER, Brasil: Dilemas e Desafios da Política Externa, p. 264-265

²⁴¹ Armando Castelar PINHEIRO, Reforma do Judiciário, Observações de um Economista, *Revista do Advogado*, p. 18-19.

²⁴² Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du Droit*, p. 109.

O quadro tradicional evoluiu para o de uma sociedade de massas, que é marcada pelo desprendimento do indivíduo a grupos com que ele tenha pertinência definitiva, em que se asseguram a liberdade do indivíduo e o direito à diferença, longe da homogeneidade do cidadão liberal.

A espiral de produção de conhecimentos contribuiu também com o encurtamento da noção de espaço e de tempo: o conhecimento cientificamente relevante é contingencial e mutável. Nesse quadro, para que a tomada de decisões seja dotada de certeza, ainda que momentânea e contingencial, é imperativo que seja célere, tomada dentro de um tempo de curta validade.

Tal lógica de produção de conhecimento surte seus efeitos sobre o tempo. Ela gera aceleração na demanda de decisões de uma forma geral. Seja na área da ciência tecnológica, seja na economia, seja na área de relacionamentos humanos, maximiza-se o presente. O passado torna-se irrelevante por não conseguir sustentar verdades sólidas e, por isso, não tem condições de orientar o presente para a formação de um futuro duradouro, criando uma sociedade contingencial.

A disparidade de percepções de tempo também foi notada por François Öst. O tempo atual é o da presença virtual, da telepresença, em que os intervalos de tempo e de espaço são zero ou quase zero. Segundo ele, o muro do tempo é ultrapassado, transtornando os pontos de referências²⁴³.

A memória contemporânea torna-se parcial e documentária, distendendo o laço que a une com uma tradição portadora de sentido e de futuro. A dúvida constantemente lançada sobre os fatos e valores do passado impede que ele dê base sólida de verdade para fundar um futuro. Sem passado, o futuro não consegue projetar valores, ou seja, uma direção. Segundo Öst, há a “*difusão universal do capitalismo e da racionalidade tecnicista, acarretando o alinhamento progressivo de todas as esferas da vida social na esfera*

²⁴³ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p. 328.

produtiva e suscitando apenas memórias técnicas, funcionalizadas e neutras: memórias 'planas', desprovidas de capacidades normativas e criativas”²⁴⁴.

3.2.1.1. O Tempo e a Expansão da Ciência

Em razão da aceleração do processo de conhecimento, das comunicações e dos contatos humanos, a própria sensação de estabilidade do tempo é perdida. O saber é produzido diariamente, e em tempo real.

Como pondera Öst, tal situação dá-se porque *“não somente a produção dos conhecimentos é submetida ao movimento permanente do questionamento, mas é o tempo do próprio mundo que se torna incerto. O tempo das ciências clássicas era imutável por definição, já que as leis universais e eternas da natureza podiam ser apreendidas. A ciência contemporânea desmente esta certeza e faz ver, pelo contrário, a historicidade da matéria: a segunda lei da termodinâmica revela a imagem de um universo em expansão, ameaçado pela entropia crescente, ao mesmo tempo que, por reação negentrópica, se reforça a 'pirâmide da complexidade' que, das partículas elementares, conduz aos organismos vivos. Resumindo, o universo tem uma história e o tempo uma flecha: ele é irreversível como nosso saber e é vulnerável como nossos destinos”*. E conclui, dizendo que a produção de conhecimento não pode mais se apoiar senão no acordo provisório dos pares, obtido em termos de processo²⁴⁵.

A própria ciência, portanto, move-se adiante com base em verdades contingenciais. O aproveitamento de tais verdades ocorre enquanto elas durarem. Vendo-se sua pouca durabilidade em razão da crescente velocidade de mutação dos conceitos científicos, deles se tira o máximo aproveitamento, enquanto possível.

Outro fator a acelerar ainda mais o tempo, segundo Öst, é a noção de risco social. O risco, historicamente ligado ao acidente e à prevenção social, chega agora ao risco da catástrofe,

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 54.

²⁴⁵ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.311.

irreversível, trazendo a noção da incerteza para dentro do saber e do poder. Tais riscos escapam às normas e podem ser transnacionais ou globais. Os riscos são fruto do próprio desenvolvimento tecnológico, das opções científicas e das opções normativas. À luz de tal incerteza, aliás, veio à luz o princípio da precaução, que prega o afastamento do risco colateral do avanço científico, ainda que desconhecido, com poder de afetar o futuro.

O princípio da precaução é uma tentativa de se modular, pelo presente, os efeitos nocivos do futuro, ainda que incertos ou indeterminados, garantindo a segurança e acompanhando o desenvolvimento da ciência e tecnologia, como pondera Elza Boiteux²⁴⁶. A exemplo dos procedimentos cautelares e tutelas de urgência, busca-se moldar o presente pelo risco abstrato do futuro, com o direcionamento da tecnologia pelo Direito. Reconhece-se, assim, a insuficiência normativa do direito posto, tentando-se evitar o risco de consequências nefastas da inexistência de regulamentação. O Direito tenta exercer controle sobre o avanço científico além do estreito âmbito da norma posta, projetando-se além do tempo cronológico para com isso reconciliar-se com ele e controlar a expansão da ciência.

3.2.1.2. Tempo e Direito

Em razão da nova noção do tempo social e dos novos parâmetros de operacionalidade dos atos humanos, surge a urgência. A aceleração na busca de definições de verdade e decisões em ambiente de contingência atende à necessidade de definições de ações cientificamente acertadas, ainda que tal acerto seja claramente assumido à luz de conceitos provisórios e incertos.

Partindo do exemplo do risco, Öst coloca que, atualmente, *“a inovação e o desenvolvimento são atacados pela suspeita assim que o medo do irreversível se propaga. Mas como, certamente, a imobilidade é inconcebível e não pode deixar de agir, nossas sociedades, colocadas sob ameaça constante dos riscos suscitados por suas próprias escolhas, são obrigadas a revisar incessantemente suas opções e preparar-se com a maior*

²⁴⁶ Elza Antonia Pereira Cunha BOITEUX, *Poluição Eletromagnética e Meio Ambiente*, p. 217.

pressa. 'Na sociedade do risco', escreve U. Beck, 'o Estado de urgência tente a tornar-se estado normal'''' 247.

A necessidade de uma pronta resposta para um questionamento, portanto, é inerente a uma sociedade que admira o *Just in time* e o tempo real. A mutabilidade dos critérios de segurança e satisfação do indivíduo, flutuantes conforme uma noção contingencial de verdade, impõe a consolidação de situações pendentes da forma mais rápida possível.

Vemos duas consequências em tal comportamento.

Em primeiro lugar, as decisões *Just in time* forçam o recurso à padronização das conformações preordenadas por especialistas. Com efeito, fornecidas pré-opções de critérios de escolha e conformação, com garantia de aceitação, a falta de tempo para elaboração de decisões mais complexas agudiza o processo de especialização, liberando o homem do parar para pensar, função agora atribuída ao especialista. Basta ao homem o desempenho – mais rápido possível – da atividade ou fim que pretende realizar, divorciando-se da indagação a respeito dos caminhos e porquês.

Em segundo lugar, a rapidez demandada nas decisões em curto-circuito elimina o tempo necessário para elaboração de um juízo reflexivo mais complexo. Com efeito, ainda que o homem queira se furtar das opções de conformação previamente ofertadas, tal fato deixa-o com tempo operacional inferior àquele da sociedade. Com isso, torna-se desatualizado e ineficiente aos olhos daqueles com que se relaciona, e dele dependem para interagir, gerando-lhe pressões e sensação de falta de identificação grupal.

É certo que tal descompasso de tempo necessariamente resvala nas situações em que não há padrões de conformação já preestabelecidos. Aqui, ainda, o homem busca opções com mais delongas e cuidados. Ou, ainda, deixa que tais opções sejam terceirizadas a especialistas, que não mais ofertam padrões de conformação, porque não existentes. Agora, ambos retornam à posição do *homo faber*, realizando trabalho inovador para

²⁴⁷ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.327.

estabelecimento de um modelo relativamente duradouro. Aí, cria-se um padrão, cujo produto será fornecido ao consumo, até que tal padrão seja novamente descontinuado pela especialização.

Tal movimento não poderia deixar de ser percebido pelo Direito. Em primeiro lugar, o choque entre os padrões operacionais de tempo – o do Direito, que não age com base em modelos prontos de conformação, e o da sociedade em geral, que o faz – gera a sensação de que a justiça e mesmo a criação de normas pelo Legislativo são lentas e ineficazes.

A remediar a situação de lentidão, especialistas do Direito ofertaram a resposta própria ao problema. O recente prestígio das questões de urgência desenvolve-se notavelmente no ramo do Processo Civil, em especial, o estudo das ações cautelares e antecipações de tutela. Aponta Dinamarco que o tempo é visto como fator de corrosão de direitos, buscando-se a neutralização dos males do decurso do tempo sobre o Direito, sendo opção aos males do processo e aos males do sujeito²⁴⁸.

Especialistas no Direito Constitucional, da mesma forma, colocam a relevância da urgência na produção normativa através das medidas provisórias, que permitem a pronta eficácia de dispositivos relevantes no ordenamento jurídico, dispensando-se o procedimento legislativo ordinário. Tal instrumento é utilizado de forma crescente para remediar a suposta incapacidade do legislativo de gerar respostas normativas adequadas.

Assim, a urgência tornou-se regra, e o tempo normal, exceção. Houve a adoção da decisão *Just in time* como padrão. Os tempos jurídico e legislativo dobram-se à urgência do tempo financeiro e da mídia.

A velocidade de funcionamento da máquina estatal não se coaduna com tal realidade. A manifestação do legislador vem sempre a lento reboque da cada vez mais volúvel opinião pública. Para concretizar a sua vontade, o legislador depende de longos debates e estudos, além de produzir a sua decisão mediante negociação política no mais das vezes

²⁴⁸ Cândido Rangel DINAMARCO, *A Nova Era do Processo Civil*, p. 55-58.

complicada, que envolve a negociação para formação de pontos comuns mediante a realidade parlamentar plural. Tal situação parece incompatível com a demanda de regulamentação atual.

No mesmo passo, o tempo de maturação da decisão do Judiciário envolve a necessidade técnica de tempo para manifestação das partes e produção de provas, para formação de um quadro completo dos elementos legais e de fato em disputa. Tal demanda de tempo também se demonstra inadequada ao imperioso ritmo da decisão em tempo real que a sociedade costumeiramente apresenta.

Öst explica: *“Tudo se passa como se tivéssemos nos soltado do eixo diacrônico que reata o presente ao passado e ao futuro, e que nosso presente, infinitamente dilatado, ocupasse, doravante, qualquer espaço disponível. Seria o reinado do instante, ou antes, o da eternidade. (...) este tempo não é mais o da duração, da expectativa, do projeto paciente e da longa memória. Radicalmente acelerado, ele é remetido do longo prazo ao curto prazo, e, deste, ao imediato. Ele se enuncia, daí em diante, em ‘tempo real’, ou seja, sobre o eixo da simultaneidade absoluta, sem distância e sem exterioridade (ao ‘mesmo’ tempo). Nele, todos os tempos se misturam, as sucessões se confundem e as continuidades tornam-se aleatórias: entramos na era do efêmero eterno”*²⁴⁹.

Com isso, cai o tempo arendtiano da duração do artifício do *homo faber*, que exercia seu trabalho. Cai também o tempo necessário para a maturação da instituição política duradoura, objetivo do homem no campo da ação. As instituições políticas relevantes, como a imprensa livre, a universidade e o Judiciário independente, necessários para a busca da verdade, como pondera Lafer à luz de Hannah Arendt²⁵⁰, são afetadas por essa nova concepção de tempo, superficial, momentânea, desligada do passado e não comprometida com o futuro duradouro.

Na sociedade em que se releva o presente como moda, Öst coloca que *“vivemos, então, uma formidável inversão temporal que nos teria simultaneamente desligado da potência*

²⁴⁹ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.327.

²⁵⁰ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 248.

integradora do passado e distanciado da capacidade mobilizadora de futuro (o projeto): nosso universo é aquele dos programas curtos, das mudanças perpétuas de normas e estímulos para experimentar, sem atingir qualquer sugestão nova”. Nesse “regime da moda, os litígios se individualizam, referem-se finalmente a variações marginais e escolhas subjetivas. As grandes mobilizações políticas e sindicais substituem as reivindicações individualistas e os pesados confrontos ideológicos a uma infinidade de lapidações superficiais. Assim, a própria política tornou-se infinitamente ligeira, quase frívola”. Conclui Öst que, em tal ambiente, há comprometimento mínimo, com associações efêmeras, sendo “a aceleração e a urgência que caracterizam o tempo político no momento da revisão generalizada”²⁵¹.

3.2.1.3. Urgência e Informalidade do Direito

A atividade política, lastreada na observação da *vita activa*, complementada pelo juízo reflexivo, o parar para pensar e questionar²⁵², acaba por se perder na irrelevância da individualidade pensante na sociedade de massas, exaurida com o consumo, o entretenimento e a opção por padrões de conformação comodamente pré-moldados.

Segundo Öst, a urgência, antes excepcional, hoje se constitui uma modalidade temporal de ação geral. Isso porque a premência permanente das escolhas e a valorização do tempo real e do tempo efêmero inviabilizam o pensar no tempo futuro no modo da promessa. A ação, antes voltada para o futuro, acaba por se concentrar no presente, como reação ao contexto de aceleração constante. Na realidade, diz Öst, a dramatização da conjuntura da urgência compensa a ausência de perspectiva e o déficit do projeto²⁵³.

Os efeitos da urgência, ainda segundo Öst, são três. A urgência, em primeiro lugar, desvaloriza o passado, porque o entende superado, e também o futuro, que é incerto e distante. A flexibilidade do presente passa a ser virtude preferida à antecipação. Mormente porque o resultado da ação deve ser imediato, e não futuro.

²⁵¹ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.330-331.

²⁵² Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 272.

²⁵³ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.332.

Em segundo lugar, a urgência impede a duração, a expectativa e as transições, uma vez que cria “cultura de impaciência” que *“transforma qualquer prazo em prorrogação insuportável e qualquer transição por um bloqueio institucional, criticável. (...) É a ideia de percurso que não é mais integrada: o caminho que se faz e o tempo que se leva para atingir um objetivo determinado, a maturação das coisas e das ideias que resulta nas realizações bem sucedidas”*.

Em terceiro lugar, a urgência engaja-se a si mesma em um *“provisório permanente”*. As intervenções urgentes, sem profundidade e projeção, resolvem apenas problemas do presente, sem dar solução duradoura aos problemas²⁵⁴.

A urgência cria temporalidade indeterminável, sempre recomeçada quando ausentes as noções de aquisição e irrevogabilidade. O autor compara o tempo do processo oficial com o da mídia: o primeiro é lento, minucioso e irreversível, enquanto o processo da mídia é imediato, selvagem, está sempre aberto a novos desafios e não conhece começo nem fim, Identifica Öst o risco de se criar o processo kafkaniano expedito e perpétuo. A racionalidade contemporânea é exercitada de forma superficial, com base no ajuste de opções e compromissos frágeis e instáveis, sem futuro mobilizador e exterioridade simbólica. Assim, *“na falta de tornar críveis expectativas detentoras de sentido, a urgência deixa, então, uma legitimação de substituição com a qual nossas sociedades processuais são coagidas a se conformar”*²⁵⁵.

A legislação torna-se instável, efêmera, aleatória, criando inflação legislativa. Assinala Öst que tal fenômeno aponta uma mudança do regime do tempo, que passa a adotar a urgência como padrão operacional de normalidade. *“O transitório tornou-se o habitual, a urgência tornou-se permanente”*, razão por que a *“urgência, temporalidade do excepcional, tende a impor-se como tempo normal”* (...), *“provocando curto-circuito nas formas, nos prazos e nos processos, a urgência autorizando-se o estado de necessidade (necessidade que cria a lei), erige-se, assim, em ‘salvo-conduto generalizado. Disso resulta um risco de tipo novo,*

²⁵⁴ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.334-335.

²⁵⁵ *Ibid.*, p.336-337.

a insegurança jurídica: não insegurança econômico-social (perigo externo), mas risco 'endógeno', produto colateral e indesejável de uma engenharia jurídica cujo ritmo disparou" ²⁵⁶.

A entrega de poderes decisivos ao juiz das tutelas cautelares confirma que não somente o direito material se colocou em movimento permanente, mas também o faz em ritmo acelerado. Além disso, a urgência não é noção de direito, mas uma noção de fato deixada para apreciação do juiz de mérito, razão por que, afirma Öst, *"é característico da urgência fazer prevalecer o fato sobre o direito; ela garante o 'retorno do real' 'sobre o formalismo (real ou pretense) dos textos', ela marca o 'triunfo do fato' e instala-se, assim, 'no centro das relações mantidas pelo direito com a realidade social"* ²⁵⁷.

O autor levanta efeitos do fenômeno da urgência. Em primeiro lugar, a transferência de competência do juiz ordinário ao juiz das causas cautelares, do juiz ao particular, do legislador e do juiz ao executivo. Ainda, coloca Öst, *"a urgência leva igualmente a simplificar, de maneira considerável, os processos, diminuir os prazos e contornar as formas"*. Como terceiro efeito, cria-se a jurisprudência das *"circunstâncias excepcionais"*, à margem das competências clássicas, como situações de estado de urgência ou de sítio que, em normalidade, seriam ilegais. Ainda um quarto efeito é o relaxamento da norma, com acomodações tanto processuais como substanciais, em que *"os textos que preveem medidas de urgência tornam-se, por acréscimo, o objeto de aplicações práticas, por sua vez relaxadas: interpretações judiciais flexíveis, modificações incessantes, práticas administrativas extensivas"* ²⁵⁸.

A confirmar tal prognóstico, ao menos no âmbito acadêmico nacional, aponta Bedaque *"a possibilidade de o descumprimento de uma das exigências à regularidade do procedimento ser considerada irrelevante, porque alcançado o escopo visado pela atividade jurisdicional, que se vale desse mecanismo tão somente como instrumento para*

²⁵⁶ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.338-339.

²⁵⁷ *Ibid.*, p.341.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 343-344.

atingir seus fins”²⁵⁹. Vê-se, portanto, a preocupação de simplificação na aplicação da lei a um máximo e sua tentativa de conciliação com os objetivos principais do sistema normativo, permitindo-se uma aplicação mais fluida e com menos rigidez da norma. Observe-se, aqui, que não há negação da norma, mas a tomada, como relevantes, dos princípios informadores do sistema processual.

Öst afirma, neste quadro, que o Direito contribui diretamente para a sua descrença, trabalho que chama de desinstituinte, uma vez que *“todos os traços formais do direito regulador já o deixavam pressentir: um direito instável, factual, pragmático, inspirado pelos especialistas e espremido entre os grupos de pressão rivais dificilmente pode trabalhar para a institucionalização do laço social”*, o que gera *“uma heterogeneização do tempo social, explodido em ritmos cada vez mais diversificados”*²⁶⁰.

Há incerteza sobre o conteúdo da norma, criando angústia alimentada pela profusão normativa e de interpretações. Ainda, o operador do Direito deve optar por uma das sustentações ofertadas por áreas de especialização diversas dentro do próprio Direito. Além disso, as próprias partes estão dentro de um ambiente de urgência na apresentação de um produto final de conhecimento sobre a questão jurídica em debate, em decorrência do risco de superação dos argumentos apresentados pelos especialistas, ou mesmo da modificação da situação fática em que foram concebidos. Tudo isso cria a sensação de insatisfação com a atuação da Justiça.

3.2.2. A Diminuição do Espaço

Sendo a noção de tempo fundamental para um entendimento moderno do fenômeno da normatividade e da busca da justiça, da mesma forma seu correlato, o espaço, também é afetado com a aceleração dos conhecimentos tecnológicos e das comunicações.

²⁵⁹ José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Efetividade do Processo e Técnica Processual: Tentativa de Compatibilização*, p. 50.

²⁶⁰ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.354-355.

Mais uma vez, Celso Lafer aponta que, com a “*diminuição dos custos de transportes e da comunicação, e dos avanços em computação, a lógica da globalização permitiu, pela inovação tecnológica, diluir o significado financeiro e econômico das fronteiras, esgarçando a diferença entre o interno e o externo*”²⁶¹.

Estando intrinsecamente ligados a percepção de tempo e a de espaço, é certo que a lógica da mudança imposta com a globalização afetou o tempo e, com ele, a noção de espaço que temos hoje. E a noção de espaço, embora não seja o elemento central da tese, é essencial para a noção de Direito e, fatalmente, reverberará na mensuração do tempo no que diz respeito aos meios de eficácia e o território de alcance do Direito, noção básica para o estado de direito moderno.

O território é um dos elementos do Estado, na visão de Dallari²⁶², tratando-se do espaço sobre o qual há delimitação da ação soberana do Estado. Leciona Reinhold Zippelius que a soberania territorial apresenta um aspecto positivo, em que cada indivíduo que se encontra no território do Estado está sujeito ao seu poder; e um aspecto negativo, em que, dentro do território do Estado não deve ser exercido qualquer poder soberano que não decorra do poder de regulação do Estado²⁶³.

Tais conceitos tradicionais de soberania, contudo, encontram-se progressivamente ameaçados com a globalização.

Na área econômica, coloca Lafer que a eficiência e o dinamismo da internalização das cadeias produtivas, como processo de indução de desenvolvimento nacional, são colocados em xeque, uma vez que “*a lógica da globalização, além de ter acelerado vertiginosamente os fluxos financeiros, ensejou uma desagregação das cadeias produtivas em escala planetária*”²⁶⁴. Houve, portanto, a dissolução do sólido conceito de nacionalidade para fins econômicos, superando-se a antiga noção francesa de que o rei deveria organizar a sua

²⁶¹ Celso LAFER, Brasil, Dilemas e Desafios da Política Externa, p. 263.

²⁶² Dalmo DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 89-90.

²⁶³ Reinhold ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, p. 112.

²⁶⁴ Celso LAFER, Brasil, Dilemas e Desafios da Política Externa, p. 263.

casa como o bom pai de família. As rédeas dos fluxos econômicos não estão mais nas mãos exclusivas dos estados. Há, agora, outros agentes econômicos relevantes, como empresas multinacionais, órgãos reguladores internacionais e mesmo entes supraestatais de direito internacional, como as comunidades econômicas.

A globalização, como pondera Lafer²⁶⁵, iniciou-se com a queda do muro de Berlim. A partir de então, observa Mireille Delmas-Marty²⁶⁶, criou-se proliferação normativa e jurisdicional sem precedentes. A globalização multiplicou a influência de direitos vindos de alhures que penetram nos direitos nacionais, por quaisquer portas que estejam abertas, sejam pela prevalência dos tratados sobre a lei interna, seja por sua incorporação pela lei interna.

Tal fenômeno, ainda segundo a autora, não se limita à Europa, uma vez que a proliferação é observável no plano mundial, com a confluência da globalização econômica e do universalismo ético da declaração de 1948. Tal universalismo somente se torna normativo em fragmentos, que vão se multiplicando. Neste passo, os dispositivos de internacionalização dos direitos do homem, a globalização do mercado e a dinâmica do mercado, em suas várias versões, parecem avançar cada qual no seu modo, às vezes contraditoriamente, sem guardar coerência. Ainda, questões de ecologia e de direito ambiental parecem escapar às fronteiras que delimitam o território nacional, apontando a tendência de “desterritorialização” do Direito²⁶⁷. Tal neologismo pouco eufônico, nos dizeres de Jean-Marie Pontier, aponta um enfraquecimento, um relaxamento dos vínculos de território²⁶⁸.

3.2.2.1. Ordens Jurídicas e Território

Pondera Jean-Marie Pontier que, em casos de risco de atividade, as autoridades administrativas têm o dever de prevenção de danos, ao invés de determinar a sua

²⁶⁵ Celso LAFER, Brasil, Dilemas e Desafios da Política Externa, p.261.

²⁶⁶ Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du Droit*, p.18-20.

²⁶⁷ Mireille DELMAS-MARTY, Préface, *La Tragedie des Trois C*, p. 9-10.

²⁶⁸ Jean-Marie PONTIER, *La Problématique du Territoire et du Droit*, p. 47.

reparação. A atuação da autoridade, contudo, vê-se limitada a um território limitado, enquanto os fatores de risco eventualmente o superam, como o caso de perturbações climáticas causadas pelo homem, acidentes nucleares ou químicos²⁶⁹.

Não bastasse isso, a definição dos afetados não se dá mais somente com base em um território determinado. A definição de uma utilização de espaço também envolve outras variáveis, como a pluralidade de autoridades administrativas que organizam um determinado espaço na esfera ambiental, ou, ainda, seus usuários, como por exemplo turistas ou esportistas²⁷⁰. Tais noções, além de atingirem a questão da legitimidade dos titulares dos direitos, em especial a definição dos direitos difusos, também afetam a territorialidade da aplicação da lei, criando uma maior indefinição a respeito do âmbito de produção de resultados de uma ação ambiental.

A insuficiência do conceito de território é colocada à calva no radical exemplo de Chernobyl, em que o dano superou em muito o território nacional em que foi engendrado. Ainda, é conhecido, dentro do MERCOSUL, o debate entre a Argentina e o Uruguai sobre a instalação de fábricas de papel e celulose na cidade de Fray Bentos e seu potencial poluidor na fronteira, junto ao Rio Uruguai.

Do mesmo modo, agora na área dos direitos humanos, reconheceu-se, com o horror do estado totalitário, a insuficiência do modelo da estrita legalidade para garantia de direitos básicos. O totalitarismo promoveu a negação de cidadania a pessoas que deveriam estar sob sua proteção, levando-se à negação da natureza humana ao se impedir o homem a ter direitos²⁷¹. Nesse caso extremo, nega-se a própria natureza do indivíduo concebido como tal dentro da sociedade organizada.

Com isso, e surgido o problema das *displaced persons* desalojadas da proteção do estado, reconhece-se, em primeiro lugar, que há direitos superiores à ordem jurídica. E, ainda, que

²⁶⁹ Jean-Marie PONTIER, *La Problématique du Territoire et du Droit*, p. 56.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 61.

²⁷¹ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 162.

o reconhecimento de tais direitos não deve ser matéria deixada a cargo de cada estado, mas constitui um direito universal, objeto de preocupação de toda a comunidade internacional.

Mireille Delmas-Marty coloca a eficácia universal do artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que confere tais direitos a todas as pessoas, e que reina sobre o plano social e o internacional uma ordem que garante a eficácia dos direitos e liberdades enunciados na declaração. Embora se reconheçam as limitações locais quanto à extensão, interpretação e eficácia de tais direitos, reconhece-se que seu *enforcement* ainda é longínquo. Mas, de qualquer forma, são elementos a serem considerados no momento de uma decisão judicial, que escapam à ordem jurídica local, estabelecida em determinado território. Coloca-se, assim, a existência de esferas de competência, espaços normativos, ou geografias e geometrias variáveis²⁷².

Outra questão que assombra o direito moderno é a instituição de redes de comunicação virtuais, compostas pela multiplicidade de feixes de informação, alimentados por colaboradores cuja definição é difícil. Tais redes, ademais, são articuladas, muitas vezes, por entidades que criam fatos jurídicos fora do território em que têm sua sede.

É patente a necessidade de repressão a crimes na internet, como fraudes ou pedofilia. Há séria dificuldade da definição da autoria e dos efeitos do delito, que vão além do território de seu cometimento. Com isso, há o risco de conflito de competências investigativas e jurisdições, além de eventuais lacunas legais no que diz respeito à repressão de tais delitos.

Da mesma forma, contratos celebrados pela internet também dão passo à indagação dos critérios legais para a resolução de disputa entre as partes, seja do nacional em que está sediada a instituição contratante, seja do consumidor do serviço. Ainda, surgem indagações sobre o órgão jurisdicional competente para dirimir tais conflitos. A divulgação indevida de imagens de nacionais por sítio de internet sediado no exterior também envolve o problema espacial de eficácia da ordem jurídica além de seu território.

²⁷² Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du Droit*, p. 21.

Essas questões decorrem do notável encurtamento dos espaços de contato no mundo atual. Cada dia mais tais problemas demandam reparos para situações antes inimagináveis, que não podem ser preconcebidas pelo legislador.

3.2.2.2. A Terra como Habitação Comum

Lafer aponta que Hannah Arendt fundamentou sua antropologia filosófica em Kant, no projeto da paz perpétua. Realça que há duas condições transcendentais para o pensamento da autora. O primeiro é a necessidade de se manter a confiança recíproca, enunciado no 6º princípio da 1ª seção. O segundo, enunciado na 2ª seção do artigo 3º, o direito à hospitalidade universal, como direito comum à posse da superfície da terra, uma vez que, sendo ela um globo, os homens não podem se dispensar, tendo de se tolerar, não havendo possibilidade de se reconhecer o direito de um sobre a terra que tenha prevalência sobre o de outro²⁷³.

Embora a primeira regra busque resguardar a paz entre os estados, pretende Kant que haja confiança recíproca mesmo entre inimigos, reprovando métodos traiçoeiros para aproveitamento da indignidade de outros, e destruir por completo o propósito de paz²⁷⁴. Assim, o núcleo da sustentação de Kant foca-se na dignidade comum.

Da mesma forma, o segundo princípio decorre da ideia de que todos os homens se apresentam à sociedade em virtude do direito de propriedade comum da superfície da Terra e, não podendo se estender até o infinito, devem se suportar uns aos outros. Nenhum deles tem mais direito que o outro a estar em um lugar no planeta²⁷⁵.

Kant entende que, se barcos ou camelos tornam possível uma aproximação pelo mar ou pelos desertos, a escravidão de marinheiros ou o saque de nômades a tribos vizinhas em

²⁷³ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 182.

²⁷⁴ Immanuel KANT, *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, p. 124.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 137.

locais inóspitos contrariam o direito natural, uma vez que violam o direito de uso da superfície para fins de comércio²⁷⁶. A Terra, portanto, é propriedade comum do homem, não cabendo interdições de um homem em relação a outro.

Ora, o ambiente de progressivo contato e interação internacionais, com a aproximação das pessoas e diminuição do tempo, valoriza as antigas, mas sempre válidas condições kantianas para a paz perpétua.

Tais fundamentos são claramente compartilháveis com outras áreas do Direito. Com efeito, as graves violações contra a dignidade humana perpetradas por aqueles que praticam crimes de pedofilia violam a confiança recíproca. Da mesma forma, aqueles que violam o meio ambiente prejudicam a partilha da terra como lar comum.

Neste passo, aliás, pondera Elza Boiteux que o princípio da precaução, na área ambiental, tornou-se princípio geral de direito internacional. Embora aponte dificuldades na sua aplicação no âmbito internacional, é certo que foi reconhecido não somente no âmbito doutrinário, como também jurisprudencial, sendo utilizado como fundamento jurídico pelo Tribunal de Justiça Europeu em decisão sobre organismos vivos modificados²⁷⁷.

Na área da informática, como já ponderado, também há um espaço próprio de ação, diverso do espaço jurídico tradicional. Patrícia Peck, especialista na área digital, sustenta que há as empresas apatriadas, que sequer operam dentro de uma base nacional. O controle de informações e *know how* na área da informática reflete na esfera de poder. Ainda, a exemplo dos apátridas, há empresas virtuais que somente existem na internet, sem sede física, fábrica ou estoque, mas com marca e logística, geradoras de obrigações, mas que não estão sujeitas a regras e normas por dificuldade de identificação de jurisdição. Sustentam, aliás, que, se a internet é um lugar virtual, seria viável a criação de jurisdição

²⁷⁶ Immanuel KANT, *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, p. 137.

²⁷⁷ Elza Antonia Pereira Cunha BOITEUX, *Poluição Eletromagnética e Meio Ambiente, O Princípio da Precaução*, p.158-160.

própria dentro da internet. Em caso negativo, o problema resolve-se pelo Direito Internacional²⁷⁸.

Sustenta a autora, ainda, que a legislação, nos termos atualmente concebidos, seria limitada no tempo (vigência) e no espaço (territorialidade), dois conceitos que ganham outra dimensão em uma sociedade que a autora chama convergente. No direito digital, prevalecem os princípios em relação às regras, uma vez que o legislador não consegue acompanhar a atividade tecnológica, o que aponta a tendência à autorregulamentação. Por isso, lista a autora soluções já aplicadas de modo difuso no direito digital²⁷⁹.

Conclui a autora que o direito digital não se limita à internet, mas à própria evolução do Direito, uma vez que a rede internacional é uma nova mídia a ser atendida. Não se trata de direito novo, mas do antigo direito, agora dotado de celeridade, dinamismo, autorregulamentação, poucas leis, base legal na prática costumeira, uso da analogia e solução por arbitragem, baseados nos três mandamentos básicos do direito natural: *Suum quique tribuere, neminem laedere e honeste vivere*²⁸⁰.

Os reclamos da área ambiental ou da tecnologia começam a delinear-se como demanda própria do Direito. Há obsolescência do modelo normativo tradicional com a aceleração do tempo e a relativização dos espaços. Vê-se, agora, o pleito do reconhecimento de uma normatividade alternativa, superior à tradicional por ser organizada em princípios, menos enredada em leis, autorregulamentada e voltada à obtenção de resultados mais rápidos e eficazes. E principalmente, sem base territorial definida, conceito que lhe escapa por ser relativamente independente da ordem interna de organização estatal.

Assim, não bastam os critérios tradicionais para a solução de litígios condicionados a uma territorialidade específica. Há que se reconhecer que os preceitos legais vigentes são gerados sob contingências históricas e arranjos político-administrativos, influenciados por

²⁷⁸ Patrícia PECK, *Direito Digital*, p. 21.

²⁷⁹ Patrícia PECK, *Direito Digital*, p. 26.

²⁸⁰ *Ibid.*, p.30-31.

interesses locais. Acima deles, contudo, há interesses maiores que resvalam na partilha da Terra como lugar comum, e que são inatos à condição humana.

Voltando-se à lição de Kant, que permanece atual, *“como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua”*²⁸¹. Antevia Kant a dificuldade das ordens jurídicas nacionais e a necessidade de uma normatividade superior, que somente agora se rascunha, quando já esgotado o espaço vago entre os homens e as antigas noções de território.

²⁸¹ Immanuel KANT, *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, p. 140.

4. A Crise do Direito no Judiciário

Vimos que o Judiciário foi concebido em um ambiente liberal, que concentrava o poder legiferante no Legislativo, encarregado de conceber racionalmente um sistema de normas que previsse todas as hipóteses sociais que levariam a algum tipo de litígio. O instrumento de trabalho do juiz era simplificado, e seu esquema de utilização era o silogismo jurídico, com a simples subsunção da norma ao fato, comprometendo-se o Judiciário na simples aplicação da lei ao caso concreto, sem digressões a respeito da valoração da situação de fato a que é apresentado.

Tal quadro torna-se mais complexo com o advento do estado social, marcado pelo excesso de normatividade e perda de profundidade da norma. Há inflação normativa e perda de clareza de direitos, tornando-se o Direito mais conflitivo ao gerar potenciais direitos subjetivos irrestritamente. Não obstante, seja porque o sistema liberal ainda era operacional por concentrar a grande massa dos interesses individuais, seja porque o excesso de normatividade coletiva restringia-se a áreas específicas, o sistema jurídico, ainda que erráticamente, conseguia ofertar respostas sociais.

O quadro posterior à segunda metade do século XX, contudo, apresenta-se de complexidade nunca antes vista. Há a generalização de produção de normas protetivas de grupos, minorias e pessoas específicas, seja por força do ordenamento interno, seja por força de pactos internacionais. Contratos internacionais intensificam-se com a globalização. A produção em massa gera violação em massa de direitos, que repercutem individualmente na particularidade do patrimônio de cada lesado. Os parâmetros legais fechados agora apresentam brechas, seja através da ordem jurídica internacional, seja em razão de avenças ou condutas tomadas em um lócus virtual, cujo ambiente de exequibilidade é duvidoso e incerto. Surgem princípios que temperam a aplicação do direito posto tradicional. A aplicação territorial do direito estatal esvai-se ante a possibilidade de aplicação extraterritorial da lei de outros países, em decorrência da exacerbação dos contatos humanos, a gerar elementos de conexão com outros sistemas. Também há o risco de efeitos de atos danosos que excedem as fronteiras nacionais e

exigem cuidados supranacionais, senão mundiais, como o problema do aquecimento global ou da repressão aos crimes na internet.

O tempo social, por seu turno, acelerou-se, instaurando-se o regime de urgência contínua. A antiga sociedade de classes esvai-se, implantando-se a sociedade de massas, em que cada indivíduo é encarregado de buscar seus critérios de identificação junto ao grupo que lhe agrade.

Tal quadro de complexidade acaba por desaguar no Judiciário. A partir do estado social, o legislador limita-se a colocar normas genéricas, deixando-se a possibilidade de complementação *a posteriori* pelo julgador. Cabe ao Judiciário, portanto, a grande função de fecho do sistema jurídico, não mais se tratando de um órgão secundário de aplicação da lei, mas de verdadeiro definidor da extensão dos direitos, a dar senso a todo o sistema jurídico.

Nesse ambiente mutável, dinâmico, que demanda energia e velocidade de decisão, o Judiciário permanece com a mesma estrutura que tinha no início do século XX. Resolve a grande massa de litígios individualmente. Experimenta progressiva e incontestemente uma espiral de demanda de serviços, da qual não consegue dar cabo. É visto como um poder antiquado, que não mais atende à demanda de cidadania. É vítima, no dizer de Frédéric Zenati, de seu próprio sucesso, experimentando uma expansão vertiginosa²⁸².

Entendemos que os motivos de obsolescência do Judiciário vão muito além das tradicionais queixas de falta de verbas e pessoal, não se pretendendo buscar uníssono com as críticas tradicionais, rasas ao não analisar as mudanças experimentadas pelo sistema normativo. Buscamos, no nosso ver, ir mais a fundo na investigação daquelas que são reputadas as principais lacunas no funcionamento do Judiciário, estudando seu modelo de organização, o impacto, sobre ele, da aceleração do tempo e da relativização do espaço e a modificação das próprias características da norma.

²⁸² Frédéric ZENATI, *Le Citoyen Plaideur*, p. 190.

4.1. O Judiciário e a Burocracia

O Judiciário foi constituído dentro do quadro weberiano como órgão burocrático especializado, com competências legais definidas, para fins de aplicação da lei, produzida pelo poder legislativo. Constituiu-se como organização impessoal e especializada que deveria fornecer à sociedade a aplicação do direito de forma imparcial.

O sistema, contudo, apresenta disfunções que prejudicam a sua adaptação à nova realidade. Para seu estudo, fazemos uso da análise de Michel Crozier sobre os defeitos das organizações burocráticas em geral, para depois aplicar suas constatações à luz do funcionamento do Judiciário.

A estruturação atual do Judiciário deu-se dentro do quadro geral de organização das instituições burocráticas. Buscou-se o desenvolvimento de um esquema legal-impessoal weberiano, com especialização científica, como forma mais avançada de consecução dos objetivos sociais da organização. Tal organização serviu com perfeição aos propósitos da sociedade existente ao final do século XIX e início do século XX, inspirada pelo liberalismo, a organização de uma pirâmide legal, e a correspondente formação de uma organização de poder racionalmente distribuído entre entes especializados e com competências legais definidas.

A organização burocrática, longe da idealização de Weber, apresenta sérios defeitos de funcionamento, cujas lições podem ser aplicadas ao funcionamento da Justiça. O estudo de Crozier, realizado na agência parisiense de contabilidade, foi projetado para uma situação de monopólio estatal em que se encaixa perfeitamente o ambiente burocrático de funcionamento da justiça.

4.2 Discricionariedade e Poder

Crozier parte da noção de que “*o poder de uma pessoa A sobre uma pessoa B consiste na capacidade de A para conseguir que B faça alguma coisa que B não teria feito sem a intervenção de A*”²⁸³. Entende o autor que a indução da atividade total é inviável, para fins de racionalização absoluta do sistema.

Ele nega a existência da solução *best way* a tornar o comportamento do membro da organização inteiramente previsível. A imutabilidade de comportamento tornaria as relações humanas privadas de sentido, uma vez que os comportamentos seriam determinados antecipadamente, e isso eliminaria as relações de poder. Há duas correntes que se contrapõem na organização burocrática: uma tendência racionalista de eliminação de relações de poder através da proposição de solução única e rigorosa. Nas áreas em que o comportamento dos atores não seria facilmente previsto para regulamentação, desenvolveu-se sistema de negociações e pressões que deram ensejo à criação de novas relações de poder. A previsibilidade de atuação, imposta por regras, acaba por conferir menor poder ao ator, o que o coloca em posição de inferioridade na organização²⁸⁴.

A conclusão é que poder e incerteza estão ligados: quanto maior a incerteza a respeito da conduta, maior o poder. O poder é ligado à impossibilidade de eliminar a incerteza com o uso da racionalidade. Daí o aforisma de que o “*poder de A sobre B depende da previsibilidade do comportamento de B para A, e da incerteza em que B se encontra no tocante ao comportamento de A*”²⁸⁵. Poder, portanto, confunde-se com indefinição ou discricionariedade.

Numa organização clássica, que busca a racionalidade completa, há duas espécies de arbítrio que se complementam. Uma diz respeito à incerteza da própria tarefa. A outra diz respeito a como tornar a tarefa mais racional. Se o homem domina o processo de racionalização de sua tarefa, maior a possibilidade de incerteza e de poder em seu favor²⁸⁶.

²⁸³ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p. 231.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 234.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 234.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 236.

As normas regulatórias da atividade reduzem o arbítrio dos subordinados, transferindo ao seu superior a discricionariedade de fazê-las respeitar, bem como as margens de tolerância respectivas. Com isso, ele tem a discricionariedade para manutenção do poder de pressão e negociação. Sem tal poder, não há negociação e, tampouco, persuasão para que ambos busquem os objetivos da organização.

O jogo de poder por detrás dessa relação implica o seguinte: os infraordenados buscam diretamente a majoração de seu arbítrio para ampliação de sua margem de negociação mediante colaboração. Ou, indiretamente, pedem majoração da regulamentação para vincular tanto a si como seus superiores e, nesse quadro, negociar com eles vantagens dentro de margens de tolerância. Os superiores, simetricamente, ou buscam diretamente a negociação dentro do arbítrio, ou, indiretamente, buscam a expansão da regulamentação para travar negociações dentro da área de tolerância. Cada qual busca preservar a sua área de liberdade, diretamente ou através da fixação de normas e um espaço de tolerância respectivo²⁸⁷. Cria-se, assim, um espaço de negociação com base nas margens de discricionariedade dos subordinados ou, ainda, através da sua negociação com os chefes imediatos, com poder de abrandar a exigência das normas internas.

Dentro, ainda, da manutenção da esfera de discricionariedade, observa Crozier que os operários que trabalham com normatização excessiva tendem a buscar reservas. Expõem-se a ritmo de trabalho frenético para acumular produção e, conseqüentemente, tempo livre. O operário não percebe ganhos financeiros expõe-se a riscos aparentemente desnecessários, e burla a vigilância sobre a sua atividade, minorando a aparência de sua perícia. Os motivos de tal conduta seriam, afetivamente, a quebra da monotonia da tarefa e a necessidade de trabalhar contra o relógio, a criar satisfação pessoal. Ainda, a obtenção de reservas cria tempo de liberdade em favor do operário, para usufruto de atividades pessoais ou, dentro da organização, para melhor planejamento do próprio trabalho, potencializando-lhe maior liberdade na sua organização pessoal. A luta contra a normatização da atividade, portanto, garante maior espaço de negociação, inclusive de produtividade e espaço de liberdade, mas, por outro lado, tem o risco de provocar uma onda de racionalização que imponha maior carga ao operário que expõe a sua eficiência no processo de negociação. A

²⁸⁷ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p. 235-237.

introdução de imprevisibilidade dentro de tarefas altamente estereotipadas, em última instância, implica recuperação de poder de negociação²⁸⁸.

Ponto central para a obtenção do poder dentro da organização é a distribuição de informações que criem possibilidades de previsão. Tal distribuição de informações é processada através de uma estrutura institucional hierárquica que coordene as reivindicações de cada grupo e concilie os atores indispensáveis para o seu funcionamento²⁸⁹.

Para funcionalidade da organização, necessária a imposição de restrições ao poder de negociação de seus membros, permitindo-se a alguns indivíduos a liberdade de ação para solucionar conflitos e reivindicações contraditórias e impor decisões. Para tanto, o gerenciador deve ter poder formal para decidir em último recurso, e poder informal para negociar com os membros da organização em separado, para que aceitem tais decisões. Tais resultados são alcançados por dois meios de pressão: a racionalização através de regras, por um lado, e o poder de excepcioná-las, por outro. O excesso de regras limita o poder de arbitragem, e a abundância de exceções reforça o poder dos subordinados. Por isso, a estrutura formal e a informal se complementam²⁹⁰.

Dentro da organização, há dois tipos de poder: o do perito, que diz respeito à capacidade pessoal para controle de fonte de incerteza para a organização, e o hierárquico funcional, que se liga ao cargo de indivíduos dentro da organização. A última modalidade é superior, uma vez que seus titulares têm poder de eleger o perito, controlá-lo ou substituí-lo²⁹¹.

A especialização somente tem poder social na linha avançada do progresso, o que aponta que o poder é mutante e frágil. A aceleração do conhecimento torna difícil manter as novas áreas fora do alcance da racionalização. Na medida em que determinada dificuldade reputada preponderante na organização é estudada e planejada, o poder de negociação do

²⁸⁸ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p. 238-239.

²⁸⁹ *Ibid.*, p.240

²⁹⁰ *Ibid.*, p.241

²⁹¹ *Ibid.*, p.240

perito sempre tenderá a ser reduzido, razão por que o autor afirma que tal poder se autodestrói²⁹².

A extensa e progressiva regulamentação da atividade do Judiciário bem aponta a existência de jogos de poder como o traçado. Sendo o Judiciário receptáculo da multiplicidade de interesses em jogo na criação de um determinado produto jurídico, há constante revisão de tal equilíbrio de poderes pelos usuários profissionais do sistema. Todos querem maximizar sua esfera de discricionariedade, sendo limitada a normatização sobre a própria forma de atuação para a consecução do produto jurídico. O ambiente jurídico depende de liberdade de expressão, produção de provas, ampla defesa e multiplicidade de recursos. O substrato sobre que se desenvolve o mundo jurídico majora a dificuldade de imposição de regras uniformes e maximização da racionalidade do sistema.

Tal ambiente não se reproduz nas relações administrativas travadas dentro do Judiciário. Sempre tratadas sob o aspecto da legalidade estrita, sob a análise de duros parâmetros do legal e do ilegal, elimina-se, progressivamente, a esfera de discricionariedade dos componentes do Judiciário na organização do serviço, em prol de uma administração centralizada. A distância dos locais de execução de suas ordens impossibilita a negociação direta ou o aumento de discricionariedade das normas mais existentes.

O comportamento de busca de reservas de tempo, por outro lado, é comum para tentativa de se burlar o excesso de burocratização do serviço judicial. Vemos, com frequência, juízes que buscam prestar auxílios em segunda instância, ou mesmo a jurisdições atribuladas de primeira instância, para atendimento da demanda de serviço. Aponta-se aqui a possibilidade de seleção, mesmo dentro de um sistema burocrático, de excedente de mão de obra qualificada, disposta a negociar maior contribuição para a organização, para obter maior tempo livre para outras atividades, ou mesmo para granjear prestígio interno.

4.3. Os Círculos Viciosos Burocráticos

²⁹² Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p.242-243.

Crozier reputa insuficiente o critério tradicional de organização burocrática. Coloca que o seu sucesso talvez decorra de seus aspectos negativos, em especial, a redução dos membros a uma situação de padronização. Para alguns, as organizações burocráticas são superiores em decorrência da racionalização máxima. Para outros, contudo, elas se tornam Leviatãs²⁹³.

Analisando as disfunções burocráticas, Crozier assinala que o comportamento padronizado exige uma função ritualista dos funcionários, criando rigidez que impede resultados extraordinários da tarefa, e desenvolve espírito de casta. A rigidez do comportamento, as dificuldades de adaptação e os conflitos com o público impõem mais controle e regulamentação. Admite-se, ademais, a existência dentro do regime, de uma dose considerável de ineficiência. A partir desse quadro, aponta-se a existência de um círculo vicioso do fenômeno burocrático²⁹⁴.

O círculo vicioso decorre da adoção, pelo sistema, de regras impessoais burocráticas, que reduzem as tensões em razão da subordinação e controle, mas perpetuam-nas. Em caso de desrespeito às regras, invocam-se a subordinação e o controle que lhe deram causa. Isso reforça a escassa motivação dos funcionários, o que demanda controle sobre as suas atividades para se obter conformidade²⁹⁵.

Para desenvolvimento de uma atividade cooperativa coordenada, exige-se a contribuição regular de parceiros, a ser obtida por conformidade, através de pressão ou boa vontade. Tal conformidade era, antes, obtida pela internalização de disciplinas, como na religião, ou por opressão, como no exército. Implicava adesão irrestrita por toda a vida. Agora, em organizações burocráticas mais modernas, a conformação dá-se de forma especializada e temporária, permitindo-se engajamentos parciais e desvios. Crescem meios indiretos, de ordem racional, para se obter a coordenação, como estrutura física e de carreira, enquanto os meios de pressão perdem relevância num ambiente de tolerância. Cristalizados os

²⁹³ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p.258.

²⁹⁴ *Ibid.*, p.263.

²⁹⁵ *Ibid.*, p.265-266.

interesses em jogo, e fixadas margens estreitas de liberdade para uma maleabilidade mínima em caso de dificuldades, a organização torna-se rígida²⁹⁶.

A rigidez e ritualismo são marcantes na atuação do Judiciário. Na realidade, não se impõem simplesmente como decorrência da atividade burocrática. Há um *plus*, que reforça tal necessidade, que é justamente a legitimação pelo procedimento. Através de um processo isento e ritualisticamente perfeito, garante-se às partes o ambiente necessário para desenvolvimento do contraditório, ampla defesa, e do adequado distanciamento entre o juiz e as partes. Por isso, observa Maria Rosaria Ferrarese, a atuação do juiz é dotada de parâmetros de universalismo e neutralidade, para que se garanta a adequada relação entre o juiz e os jurisdicionados. Ao contrário do conhecimento técnico, em que o êxito na ação decorre da aplicação da norma técnica, no Judiciário, o mecanismo é inverso: a aplicação da norma técnica garante a qualidade de neutralidade da ação²⁹⁷. A norma não é simples meio técnico para consecução do fim organizacional. Ela torna-se a garantia de que o objetivo da organização será atendido.

Não obstante, o ritualismo excessivo dentro da condução de causas tende a ser combatido por princípios como a instrumentalidade do processo, ou mesmo pela superação da forma, como já apontado por Bedaque, em moderna teoria. Com isso, tenta-se, na contramão da regulamentação, quebrar o círculo vicioso de normatividade que alimenta o fenômeno burocrático.

Embora haja tolerância na obtenção de conformidade de comportamento, a liberdade de negociação é muito baixa. Isso se dá, em primeiro lugar, pela inviabilidade de comprometimento parcial do juiz com o funcionamento do sistema jurídico: o juiz é pessoalmente responsável pela instauração da legalidade, tratando-se de uma situação excepcional de carreira de estado, em que os poderes públicos são personificados através de critérios de competência profissional²⁹⁸. Tal peculiaridade dá margens de negociação reduzidas, uma vez que o produto que oferece está sujeito à seletividade imposta pelos parâmetros da legalidade e impessoalidade, o que lhe impede a maleabilidade. Tal

²⁹⁶ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p.267.

²⁹⁷ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p.150.

²⁹⁸ *Ibid.*, p.148.

problema diminui decisivamente o poder de negociação dos juízes, colocando a pouca expressão do espaço político interno do Judiciário, que assume rigidez quase absoluta.

A peculiaridade dos atributos do cargo também tem força burocratizante. Nas organizações burocráticas tradicionais, segundo Crozier *“unicamente através de um engajamento para a toda a vida existia a possibilidade de garantir a fidelidade dos subordinados. Os indivíduos que pertenciam a uma organização ficavam profundamente marcados em sua personalidade para toda a vida por esta pertinência. Quer fossem eles membros da casa Függer, da ordem dos Jesuítas ou da guarda prussiana, deviam consagrar-se integralmente e sem a menor reserva, à sua função, e um abandono era considerado como uma traição”*²⁹⁹. Tais organizações geraram a ira do público. Caracterizam-se pelo corpo de *“empregados tradicionais, condicionados por um aprendizado rigoroso e engajados por toda a vida em uma ocupação e um papel com os quais, por esse motivo, sua personalidade tendia a confundir-se, corriam muito mais risco de ser afetados pelo ‘deslocamento de objetivos’ e pelo ritualismo’ que os subordinados modernos”*³⁰⁰.

Nas antigas administrações, o ritualismo dos funcionários, criticado como incapacidade ou deformação, era também decorrente do jogo superior-subordinado. O apego às regras protegia-o do poder punitivo de controle em caso de erro. Com isso, o burocrata usa as regras tanto contra sua própria organização como contra o cliente. O comportamento burocrático, portanto, decorria da forma pela qual era obtido o condicionamento necessário para operacionalidade e racionalidade da organização, numa época em que era inviável se preverem as situações complexas que deveriam ser enfrentadas e a impossibilidade de elaboração de programas flexíveis de formas racionais de adaptação³⁰¹.

A exemplo das antigas carreiras, a magistratura, vitalícia e inamovível, cria espírito de dedicação em tempo integral e por toda a vida. A posição, que garante estabilidade extraordinária, exige, em contrapartida, comportamento de estrito cumprimento das regras da profissão, como forma da neutralização da incerteza quanto aos efeitos da aplicação de sanções. Tal situação exacerba-se se tivermos em conta a pequena margem política de

²⁹⁹ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p. 268.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 270.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 271.

negociação interna e a tendência a uma aplicação rígida da lei. Daí a observância do ritualismo, como garantia de liberdade dentro da regra de conduta, a exemplo das antigas organizações, que Crozier já via ultrapassado nas organizações burocráticas modernas.

Segundo o autor, ainda, tanto o excesso de incertezas como a sua ausência podem implicar conformidade com a rigidez. O excesso de incerteza aponta a inutilidade e o risco da adaptação. Já a ausência de incerteza também permite a previsibilidade absoluta de comportamentos. Em ambas as situações, sendo fácil ou difícil a adaptação, a burocracia foge das pressões. Tal situação dá a nota de escapismo inerente à instituição burocrática, onde há eliminação arbitrária das dificuldades pela centralização das decisões.

A instituição burocrática, assim, é aquela organização que não consegue corrigir-se em função de seus erros. Não responde adequadamente à grande quantidade de informações e não identifica erros para a sua correção. O circuito erros-informações não funciona satisfatoriamente, não havendo possibilidade de pronta correção e adaptação do programa de ação, em razão dos esquemas de impessoalidade das regras e centralização das decisões. Tais componentes, segundo Crozier, chegam a compor o equilíbrio interno. Se há regra inadequada, o transtorno dela decorrente não justifica seu abandono. Ao contrário, o transtorno é justificativa suficiente para a sua extensão e reforço³⁰². É a lógica da especialização em mecanismo recorrente. Como Baumann coloca, o controle de danos colaterais opera uma retroalimentação pela busca de aperfeiçoamento do sistema.

O quadro permanece verdadeiro para o Judiciário. A inexistência de comunicação entre centro de decisão e polos executores permite a administração baseada em emissões normativas. Tais normas são seguidas ritualisticamente, tanto para que se evitem penalidades a serem aplicadas contra o executor, como também, pela própria natureza do Judiciário, para garantia da correção do processo. A inexistência de espaço de negociação, por fim, reforça o apego à norma como única via de concretização do serviço.

³⁰² Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p.273.

Em decorrência de tal quadro, surgem distorções, constatadas por Crozier no sistema burocrático, que colocam a recepção pelo poder central da organização de pressão do público e sua conversão em exigências impessoais muitas vezes pesadas sobre o prestador do serviço público, sem que haja possibilidade de discussão, pelo destinatário, da medida administrativa que lhe é imposta. No dizer de Crozier, *“O próprio montante do trabalho e a possibilidade de conseguir alcançar os objetivos impostos à organização, de acordo com as regras prescritas, dependem essencialmente do comportamento dos consumidores, e o sucesso da própria organização, mesmo sem estar condicionado às oscilações do mercado, está, de qualquer forma, submetido à sanção do governo e do Parlamento. A direção conseguiu transferir diretamente para os funcionários a pressão do público, tornando-a assim completamente impessoal. Encontramos, portanto, na agência de contabilidade, por uma parte, a proteção burocrática que nasce da centralização e da distância mantida em seu redor pelo poder central e, por outra parte, uma forte pressão hierárquica que pode ser exercida de maneira impessoal, a qual a destitui de qualquer caráter humilhante, mas que não por isso deixa de ser muito pesada para os funcionários. Nós temos, portanto, nesse caso, o espetáculo paradoxal de um sistema de organização que pôde eliminar todas as relações de dependência pessoal, porém que terminou por substituí-las por um sistema de relações sociais hierárquicas, autoritárias e rígidas. Esse sistema somente pode subsistir graças à dicotomia dirigentes-dirigidos, e à aceitação, pelo menos parcial, pelos subordinados de sua condição de inferioridade social. Ele reproduz, portanto, a quarenta anos de distância, o paradoxo e as contradições da organização científica do trabalho. O equilíbrio de tal sistema ultrapassa, de qualquer forma, o problema das relações de poder, tal como o tínhamos considerado até aqui”*³⁰³.

No Judiciário, os núcleos de poder administrativos são afastados daqueles que produzem decisões. Tal isolamento segue a linha de Weber, de separação entre o ambiente de produção e o de fornecimento dos meios de sua consecução. Aplica-se internamente, ademais, a mesma lógica da especialização para criação de normas internas, atribuindo-se a competência de geração de normas aos cargos de direção. Tal isolamento, além de afastar a direção de críticas dos consumidores dos serviços, atribui exclusivamente aos órgãos de fornecimento do serviço a responsabilidade por falhas sistêmicas. A independência jurisdicional, pressuposto de funcionamento do sistema, gera ilhas de autonomia sujeitas à

³⁰³ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p. 254-255.

pressão impessoal. Tal sistema coloca claramente a dicotomia entre dirigentes e dirigidos existente dentro do próprio Judiciário, em que sequer há a possibilidade de estruturação de diálogo entre os centros produtores de decisão e a administração do sistema, por falta de espaço político de troca. A organização do sistema, longe de se constituir através de troca política e desenvolvimento de espaço comum de discussão, dá-se pela edição de ordens de conteúdo normativo, cuja obediência decorre da hierarquia, a gerarem conformação nos escalões mais baixos do Judiciário.

4.4. A Mentalidade Burocrática

A mentalidade burocrática, segundo Crozier, desenvolve quatro características essenciais, que implicam a rigidez de rotinas³⁰⁴.

A primeira delas é a extensão do desenvolvimento de regras impessoais, que descrevem funções e prescrevem condutas. Os princípios do concurso aberto e da antiguidade regem a progressão de carreira na França, constatação aplicável à nossa realidade. Com isso, personalidade, eficiência ou imaginação não são atributos considerados para progresso na carreira. A estreiteza de critérios de progressão gera ambiente de segurança e independência que não deixa margens à iniciativa individual e não incentiva laços de dependência pessoal. O superior aplica as regras, e os subordinados perdem sua força de pressão. Gera-se isolamento: elimina-se a iniciativa com a regulamentação integral e cria-se independência conforme as regras, fazendo as relações afetivas entre superiores e subordinados perderem importância.

Outra característica é a centralização das decisões. No órgão burocrático, o poder de decisão está em lugares em que se dá preferência à estabilidade do sistema político interno sobre os objetivos funcionais da organização. Ainda, no núcleo de decisão, permite-se fixação de diretrizes impessoais por aqueles protegidos de pressões pessoais, afastados dos níveis afetados pelas decisões. Há a tendência de distanciamento entre centro de decisão e local de execução, ou entre os níveis hierárquicos respectivos, o que confere rigidez maior

³⁰⁴ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p.273-281.

à organização. Segundo o autor, “*os que decidem não conhecem os problemas que devem destrinchar, e os que estão sobre o terreno e conhecem esses problemas não têm os poderes necessários para efetuar as adaptações requeridas, nem para experimentar as inovações tornadas indispensáveis*”³⁰⁵. Em outras, palavras, há distanciamento entre quem conhece o problema e quem o decide. Quem conhece o problema não pode decidi-lo, e quem o decide não consegue conhecê-lo.

A terceira nota característica da organização burocrática é o isolamento em grupos de cada categoria hierárquica e a pressão do grupo sobre o indivíduo. A impossibilidade de intervenção arbitrária e a redução das possibilidades de intervenção pessoal criam o isolamento de categorias, que se comunicam muito pouco, não havendo espaço institucional para desenvolvimento de grupos que congreguem membros de diversos estratos. O isolamento balanceia-se com fortalecimento do grupo de pares, único anteparo entre a organização e o membro. Os interesses dos membros comuns devem ser harmônicos e pretensões de dissonância ou independência são sancionadas informalmente. Tais interesses criam o espírito de corpo, o ritualismo e as regras que preenchem o pouco espaço deixado pela regulamentação. O desvio de objetivos surge como meio de proteção do grupo de pares contra outros grupos ou mesmo contra a organização. Permite ao grupo colocar seus objetivos como centrais, em prejuízo dos objetivos gerais da própria organização, ou mesmo forçar a identificação dos objetivos grupais com os da organização.

Por fim, a quarta característica é o desenvolvimento de relações paralelas de poder. Tais relações desenvolvem-se no entorno das poucas áreas de incerteza deixadas pela regulamentação, e tanto maior será o poder quanto mais regulamentada for a atividade. Isso cria o paradoxo de baixos funcionários ou peritos, que gozam de prestígio porque seu trabalho não pode ser definido de forma precisa.

Nesse quadro, a burocracia é “*um sistema de organização cujo equilíbrio descansa na existência de uma série de círculos viciosos relativamente estáveis que se desenvolvem a partir de um clima de impessoalidade e centralização*”³⁰⁶. E conclui o autor que “a

³⁰⁵ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p.277.

³⁰⁶ *Ibid.*, p.281.

rigidez com a qual são definidos os conteúdos das tarefas e das relações entre essas tarefas e a rede de relações humanas necessária para o seu cumprimento tornam difíceis as comunicações entre os grupos e com o meio ambiente. As dificuldades resultantes, em lugar de impor uma mudança radical do modelo, são utilizadas pelos indivíduos e pelos grupos para melhorar suas posições na luta pelo poder no seio da organização, e esses comportamentos suscitam novas pressões em favor da impessoalidade e da centralização, já que, dentro desse sistema, a impessoalidade e a centralização oferecem a única solução possível para acabar com os privilégios abusivos, adquiridos pelos indivíduos e pelos grupos”³⁰⁷.

A descrição da mentalidade burocrática de Crozier, mais uma vez, pode ser adaptada ao Judiciário. A estabilidade de carreira, cuja promoção se dá através de critérios de antiguidade e merecimento (próximo à antiguidade e sem critérios definidos), mina o incentivo de esforços pessoais na administração da justiça, e incentiva o isolamento, uma vez que não há necessidade de laços de dependência pessoal para a promoção.

Maria Rosa Ferrarese coloca que, a despeito do ambiente burocrático em que o trabalho da magistratura se realiza, o caráter de autorrealização da carreira de magistrado oferta satisfação profissional, que se reflete no caráter profissional da atividade³⁰⁸. Apesar da centralização e da burocratização, há outros aspectos na profissão que permitem ao juiz a obtenção de autorrealização além da burocracia.

Vê-se, mais uma vez, o distanciamento entre os locais de decisão e execução, em especial, na escassez de meios administrativos no cumprimento das ordens do juízo, criando-se o problema de decisões tomadas sem conhecimento das necessidades dos órgãos que devem executá-las. O mesmo é dito da atuação jurisdicional. A segunda instância pode se limitar a uma revisão legalista da decisão de primeira instância. O juiz de primeiro grau ignora os entendimentos jurisprudenciais dos tribunais, em tributo à sua liberdade de decidir.

³⁰⁷ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p.283.

³⁰⁸ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p.132-133.

O isolamento entre grupos também é nota característica do Judiciário. À falta de um espaço de negociação, substituído pelo poder gerador de normas da administração central, os diversos ambientes de produção não interagem e não têm noção de debate para o agir conjunto. O único amparo do indivíduo dentro do sistema está no grupo de pares, que exige fidelidade absoluta ao seu modo de proceder e no ritualismo. Esse ambiente reforça o fechamento de nichos e grupos que concorrem entre si sem noção do todo e colocam seus interesses não somente sobre os dos demais grupos, mas em colidência com os objetivos gerais da organização. Em especial, grupos que se aproximam do núcleo decisório e conseguem ocupar o pequeno espaço político existente do Judiciário fazem a organização tomar seus objetivos como institucionais.

4.5. A Resistência à Mudança

A organização burocrática não consegue operar mudanças e, tampouco, buscar o equilíbrio de suas funções. Segundo Crozier, há vários motivos para tanto³⁰⁹.

Nas organizações burocráticas, os escalões inferiores não têm poder de mudança, uma vez que os centros de decisão são afastados dos centros de contatos concretos em que as decisões serão aplicadas³¹⁰. As dificuldades de comunicação entre as hierarquias tolhem os centros de decisão de informações. Embora haja tais informações, ainda há dificuldade de seu processamento em razão da impessoalidade que deve guiar a tomada de decisões, não podendo favorecer posições individuais dos componentes da organização.

Outra dificuldade é a necessidade de tomada de decisão de cima para baixo, para operação de uma mudança universal. Não há espaço para mudanças graduais, em razão da necessidade de produção de decisões gerais e impessoais.

O sistema burocrático também é sujeito a longas estabilidades e curtas crises, que exigem o rápido reordenamento de poder. É o único momento de operação de reajustes, em que há

³⁰⁹ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p. 284-288.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 284.

abertura para outros modelos de ação e de estabelecimento de novas relações, ao arrepio das regras, e em prestígio a relações pessoais. Tais relações, ainda que cercadas pelo receio de arbítrio, tendem novamente a cristalizar-se. As crises podem ter origem interna ou externa.

Para promoção de mudanças, as administrações francesas criaram castas isoladas de altos funcionários, completamente separadas da carreira, constituindo os grandes corpos, que buscam reformas respeitando suas regras tanto quanto possível a estrutura organizacional já vigente. Segundo o próprio autor, contudo, tal iniciativa “*não faz mais que abafar o fermento de instabilidade e transferir a necessidade de crise a um escalão ainda mais elevado, a nível de sistema político*”³¹¹. O sistema burocrático não é somente aquele que não se corrige em razão de seus erros, mas também é “*um sistema excessivamente rígido para adaptar-se em crise às transformações que a evolução acelerada das sociedades industriais torna cada vez mais imperativas*”³¹².

A visão fecha, portanto, o quadro burocrático do Judiciário. Embora tenha características próprias, a predominância das características burocráticas dentro da organização judiciária permite a sua equiparação a elas. Efetivamente, há dificuldades de comunicação entre núcleos decisórios e o local das execuções das ordens, seja sob o aspecto administrativo, seja sob o aspecto judicial. Ainda, o fechamento em grupos e dificuldades hierárquicas não permitem a circulação de informações. As decisões são tomadas através de edição de ordens internas, aplicadas universalmente em razão da impessoalidade e impostas por força da hierarquia, tanto no aspecto administrativo como no judicial. O sistema é estável, e somente se altera quando há crises em pequenos períodos de tempo. Criam-se castas isoladas para promoção de reformas, que, por sua posição, reforçam a sua separação da organização, acentuando a falta de circulação de informações. Por fim, chega-se à conclusão de que o Judiciário é um sistema de alta rigidez e incapaz de uma rápida adaptação.

³¹¹ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p.288.

³¹² *Ibid.*, p.288.

4.6. O Judiciário como Atividade Burocrática

Como vimos, a atividade judiciária encontra-se no rol das atividades burocráticas desempenhadas pelo Estado. Não obstante, em seu interessante estudo sobre a magistratura italiana, Maria Rosa Ferrarese sustenta que, embora os magistrados vivam dentro de uma condição burocrática, sua identidade profissional não se absorve inteiramente com a colocação estatal³¹³.

A magistratura burocrática³¹⁴, característica dos países da *civil law*, caracteriza-se por um critério de seleção por concurso público, convocando-se jovens advindos do estudo universitário. A formação profissional do juiz é provida por órgãos internos do corpo Judiciário. Os membros do corpo são ordenados hierarquicamente em uma carreira em que os progressos são baseados na antiguidade ou em valorações de mérito. O trabalho Judiciário é definido em termos gerais, e o corpo de indivíduos é homogêneo, podendo exercer uma gama ampla de funções. Por fim, as garantias de independência são menores que as dos juízes da *Common Law*, mas são compensadas pela independência interna. Nesse tipo de magistratura, o foco de referência do magistrado é a organização a que pertence, dentro da qual se dá o seu desenvolvimento profissional. Em razão da característica burocrática da organização administrativa, a produção das normas internas da organização concentra-se nas mãos de magistrados de grau mais elevado, para condução dos magistrados de grau inferior.

A autora constata a existência de dois aspectos internos que colidem dentro do Judiciário: os aspectos profissionais e os aspectos burocráticos da carreira de magistrado. Os aspectos profissionais são correlatos ao exercício de poder político. Já a estrutura burocrática e ritualista diz respeito à organização administrativa da carreira.

No positivismo jurídico, a ideologia profissional do magistrado impunha completa adesão de seu comportamento profissional aos princípios técnicos e formais, criando afastamento e descrença que a autora define próximo a um “agnosticismo cultural”, a influenciar seu

³¹³ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 138.

³¹⁴ Carlo GUARNIERI; Patrícia PEDERZOLI, *La Democrazia Giudiziaria*, p. 55.

comportamento efetivo. Somada à burocracia, constituíam-se ambas as principais forças contrárias à realização profissional do magistrado³¹⁵.

Já profissão do magistrado, segundo a autora, é caracterizada por elementos de diversidade que não permitem classificação na sociologia das profissões. Trata-se de uma carreira de Estado, encontrando-se os magistrados em situação específica dentro da organização. Por isso, a atividade judicial não deve ser compreendida somente sob o ângulo interno da organização burocrática, mas também sob o ângulo externo da ação social. A concretude da ação do magistrado impede referências ao complexo de normas formais que regulam a sua função, fugindo, nesse ponto, das características da organização burocrática. O magistrado deve recriar, dentro de um contexto formalizado, circuitos de ações informais que incidem significativamente entre os fins e meios da organização. Sua atuação, portanto, é relacionada com uma proximidade de uma área de incerteza. A visão é correlata à de Crozier, que identifica poder com incerteza.

A incerteza, na doutrina tradicional, é solucionada pela interpretação. Na lógica positivista, fala-se em aplicação do direito. Na visão mais moderna proposta pela autora, fala-se num momento de escolha (*scelta*) por parte do juiz. O reconhecimento da última postura aponta o abandono do modelo mecanicista de ação e a aceitação de um espaço de incerteza inerente à atividade judiciária.

Weber, em sua concepção burocrática, idealizou a ação legalista voltada a garantir previsibilidade e certeza. Tal postura não mais é viável em uma situação de alta complexidade social, em que a função jurisdicional é indispensável, mas difícil de desenvolver. A atividade do juiz, assim, está sob constante redefinição e transformação, sujeita aos balances e contrastes de critérios de gestão política da função judiciária³¹⁶.

O enquadramento dos magistrados dentro de condições burocráticas, portanto, ofusca o problema de sua identidade profissional. Cria-se o enfoque unilateral da atividade jurisdicional sob a ótica liberal, dentro do sistema mecânico de subsunção, descuidando-se

³¹⁵ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p.131-133.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 134-137.

do aspecto profissional. Também apresenta o defeito de insuficiência, uma vez que a magistratura, tratada como burocracia, fica incapacitada de produzir efeitos opostos àqueles da burocratização, reprimindo tendências criativas de caráter profissional essenciais para o desempenho da jurisdição moderna.

Tal situação foi particularmente visível na Itália. Paradoxalmente, a consolidação do caráter estatal da atividade produziu diminuição da sua configuração burocrática da atividade. O aumento das garantias dos magistrados criou condições favoráveis para a afirmação da profissão, permitindo-se o desenvolvimento de uma rica jurisprudência sem condicionamentos de carreira. Surgem, então, fenômenos contraditórios: a afirmação da magistratura como uma acentuada forma de configuração estatal e, ao mesmo tempo, a queda do grau de identificação entre função jurisdicional e serviço público. Tal situação coloca a impropriedade da antonímia do sentido dos adjetivos “burocrático” e “profissional”. Tais adjetivos apontam, na realidade, que a predominância entre o papel burocrático ou do papel profissional do juiz reside ou na prevalência, no desenvolvimento de seu trabalho, de um grau maior de heteronomia, no caso burocrático, ou de autonomia, no caso profissional. A prática profissional burocrática é conformista, repetitiva, vigiada do alto, enquanto a profissional é aquela que demonstra autonomia³¹⁷.

As constatações da autora apontam, portanto, que a função do magistrado, embora gerada em ambiente burocrático, tem caráter diferente por trazer em si um componente de decisão estatal que o diferencia das demais atividades. Apresenta-se como caráter diferencial, a colocação, em mãos do magistrado, do poder de estado de dar concretude ao ordenamento jurídico em situações reais. Tal poder, de caráter político, e não puramente instrumental, será tanto menos burocrático quanto maior o grau de autonomia e independência – seja dos precedentes ou de laços hierárquicos ou dos pares, na linguagem de Crozier - que o magistrado terá na condução de suas tarefas.

Há que se ter em vista que o trabalho do magistrado se desenvolve em duas frentes. Uma delas tem caráter puramente administrativo e diz respeito ao Judiciário como estrutura burocrática. A outra, de caráter profissional, relaciona-se com a atividade jurisdicional em

³¹⁷ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 138-142.

si, desenvolvida como poder de estado³¹⁸. Tal distinção, essencial para diferenciação da atividade profissional do magistrado da atividade burocrática no sentido tradicional, será aprofundada oportunamente. A diferenciação das atividades burocráticas e profissionais do magistrado faz vislumbrar que parte das ações dos magistrados dentro do sistema Judiciário segue um modelo que Aurélio Wander Bastos denomina institucional ou funcional³¹⁹. Tal modelo oferta normas de conduta, dadas por antecipação, por um órgão superior, que cria padrões de conformação organizacionais sem concessão de liberdade criativa ao juiz. A atividade é regida pelos padrões normais às instituições burocráticas. Já atividade profissional, tradicionalmente inserida num viés burocrático de aplicação mecânica da norma criada por outros poderes, mais e mais supera as restrições inerentes a esse tipo de concepção de sistema jurídico. As novas concepções de ordem jurídica exigem maior criatividade do juiz, dando-lhe espaço de liberdade inexistente na burocracia, o que reforça o caráter de carreira estatal de poder de estado, em detrimento da burocratização da jurisdição típica da época do estado liberal.

Há que se reconhecer a existência de duas fontes diversas de normatividade do Judiciário muito próximas no regime do estado liberal. A primeira, inerente à sua função precípua, é a geração de atos de decisão destinados a surtir efeitos fora do Judiciário. A segunda diz respeito às normas internas da organização, ou seja, que não trazem caráter de decisão resolutiva de litígios, tendo somente cunho de organização da estrutura da instituição.

Aurélio Wander Bastos divide as decisões judiciais em *inputs* e *outputs* intrassistêmicos e extrassistêmicos³²⁰. Os primeiros dizem respeito às situações necessárias para engajamento de uma decisão, como ordens dadas às partes ou despachos interlocutórios. Já os extrassistêmicos são as decisões que se voltam à produção de efeitos fora do Judiciário, em especial, as decisões de mérito.

Vê-se que a independência jurisdicional, seja em primeiro ou em segundo grau, permite um resguardo de elevado grau de discricionariedade, que se manifesta tanto nos *outputs* intra e extrassistêmicos. Com efeito, a adoção de procedimentos diversos para o mesmo

³¹⁸ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 133-134.

³¹⁹ Aurélio Wander BASTOS, *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*, p. XVII.

³²⁰ *Ibid.*, p. XVIII.

tipo de litígio, a multiplicidade de entendimentos diversos e a falta de noção operacional sistêmica do Judiciário levam à manutenção do quadro de pluralidades interpretativas reflexo à complexidade do direito material, que tornam difícil a fixação de condutas de forma clara. A discricionariedade, apesar de parecer garantia à independência do juiz, aponta, por outro lado, um risco, uma vez que, ao permitir a agregação de subjetividade na decisão, gera pluralidade de padrões decisórios que pode ser usada contra ele. Cria-se, então, demanda similar à retroalimentação legal: a falta de clareza na fixação de condutas exige outras intervenções de poder, agora, dentro do Judiciário, o que aumenta o grau de desordem no sistema.

Da mesma forma, o mecanismo do recurso para correção jurisdicional inspira-se no conceito hierárquico de instâncias de decisão, trazido já por Max Weber. Na realidade, o recurso seria um *input* intrassistêmico, direcionado pelas partes já enredadas numa relação processual, como reação a uma decisão hipoteticamente fora do quadro da legalidade, que reclama revisão. A pluralidade de entendimentos entre os próprios julgadores de segundo grau, além de desorientadores do juiz de primeira instância, acaba por retroalimentar pluralidade de demandas fundamentadas em entendimentos jurisdicionais subjetivamente diferentes, criando um círculo vicioso de normatividade específica, gerada por decisões judiciais conflitantes. Em suma, a falta de unificação do entendimento do direito faz gerar a perda de seu caráter pedagógico e induz à pluralidade de propostas vinculantes, seja no âmbito do legislativo, seja do Judiciário. A pluralidade de normas tem seu similar no Judiciário na pluralidade de entendimentos e recursos, que agem como um controle e, ao mesmo tempo, como alimentação da insuficiência dos critérios normativos adotados pela primeira instância.

Nas relações internas, de cunho burocrático, tal situação não se reproduz. À vista do pequeno espaço político de negociação existente, em razão da maximização plena dos efeitos da legalidade, que o próprio ambiente de trabalho do Judiciário pressupõe, elimina-se o espaço de negociação de poder. Com efeito, na organização interna do Judiciário, vislumbra-se a exacerbação de defeitos da burocracia clássica, tal qual descrita por Crozier, como a minimização de espaços de troca, espírito de casta, individualismo e perda de noção de agir conjunto, defeitos compensados pela maior adesão à normatividade como

meio de reforçar a conformação. O Judiciário, sob essa ótica, é instituição de extraordinária rigidez, superior à das burocracias tradicionais, com círculos viciosos reforçados.

A concentração de poderes na formulação de súmulas vinculantes, por seu turno, é uma tentativa de colocação de critérios uniformes de decisão material por parte dos órgãos superiores, que antecipam a padronização de decisões para as unidades infraordenadas. Por outro lado, a criação de metas administrativas de eliminação de processos bem demonstra a infraordenação dos tribunais e a exigência de produtividade a torná-los fabricantes de decisões.

Fecha-se, assim, a tenaz que reduz a discricionariedade do Judiciário. O eixo qualitativo é dado pelo próprio Judiciário, que faz uso de súmulas vinculantes para delimitar o conteúdo jurisdicional das decisões a serem uniformizadas. O outro eixo, administrativo, é exercido através do controle de produtividade, exigido pelo próprio Judiciário pelas corregedorias e, agora, pelo Conselho Nacional de Justiça.

Maria Rosaria Ferrarese coloca, ainda, que o papel do magistrado diferencia-se porque não é um serviço meramente burocrático, mormente se comparado com profissões que atendem a uma clientela privada, mas uma atividade de interesse público, que afeta a coletividade, na garantia da aplicação da lei. Também se diferencia porque a atividade judicial, como espécie da atividade estatal, é atrelada a pessoa cuja legitimação decorre de um critério de competência profissional. As profissões burocráticas dependem de um universalismo decorrente de caráter técnico e científico. Na magistratura, contudo, o universalismo não decorre do domínio das normas técnicas. Ele, na realidade, é pressuposto da relação entre o magistrado e os jurisdicionados, para garantia de aplicação neutra e vigiada da norma. Tal situação decorre da peculiar atuação do magistrado em um contexto de conflito, que lhe impõe conduta dentro de parâmetros de universalismo e neutralidade.

Dessa peculiaridade de universalismo do magistrado extrai-se que o valor simbólico da profissão não se limita ao âmbito formal e definido da burocracia da especialização, mas vai além, ao expressar conteúdo de força e capacidade comunicativa. Para tanto, a

atividade jurisdicional exige uma máxima adequação institucional para a realização de um papel universal. O instrumento para a operação do instrumento é a razão, que atuará entre o universalismo e a individualidade do caso concreto³²¹. E a razão, modernamente, tende a ser extraída da situação de fato, dentro de uma hierarquia móvel de princípios, ante a fugacidade dos juízos universais, como pondera Lafer³²².

4.7. Problematização da Lei e Judiciário

No quadro atual, a noção de interpretação nos termos positivistas é insuficiente. Naqueles tempos, pressupunha-se uma relação vertical entre a norma jurídica e o juiz. Já descrito o moderno movimento de proliferação de múltiplos centros normativos e o conseqüente abrandamento da precisão dos instrumentos jurídicos, a decisão do juiz não consegue mais se calcar somente no direito posto. É necessariamente integrada pela diversidade dos elementos da cultura jurídica, opções políticas e ideológicas, elementos psicológicos e até mesmo externos, de influência processual, como a atuação de uma advocacia de qualidade. A moderna técnica de administração da justiça emprega os métodos de utilização dos instrumentos legais para realizar funções próprias ao Direito e de assegurar sobrevivência e melhoramento de tais instrumentos. O juiz, segundo a autora, não se limita a aplicar a regra técnica, mas trabalha por produzir a sua adaptação às exigências e mudanças sociais. Nesse quadro, portanto, a atuação do magistrado não se desenvolve sob uma verdade preexistente ou uma solução objetiva, mas sobre uma pesquisa, realizada sobre bases incertas, cujo êxito é influenciado por múltiplas variáveis. Citando Perelman, a autora entende que uma nova retórica tem lugar com a aplicação judicial do direito, através de um esquema de argumentação que leve em conta as conseqüências de sua aplicação, como uma solução antiformalística, com raízes no jusnaturalismo³²³.

Bem se vê, pelo modelo proposto pela autora, o *plus* da atividade judiciária, frente ao contorno tradicional de serviço burocrático. Além de se tratar de poder de estado, que exige concreção dos imperativos do mundo jurídico, a atividade judiciária é desenvolvida tendo como pressuposto a universalidade do juiz. Tal atributo vem antes da especialização,

³²¹ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 152-153.

³²² Celso LAFER, *A Internacionalização dos Direitos Humanos*, p. 23.

³²³ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 163-165.

característica do poder burocrático, e é mais relevante do que ela, justamente ante a natureza da atividade jurisdicional, que exige isenção e imparcialidade para garantia de que a magnitude dos conflitos não influenciará o juiz. Além disso, ao exercer a sua função, o juiz não cumpre, simplesmente, dever legal contido na norma, como ocorre nas organizações burocráticas: sua decisão tem conteúdo de ordenação de constituição de nova situação jurídica, indicando, portanto, um fazer como vontade estatal no sentido de alteração de uma situação de fato. Por fim, a decisão com força e capacidade comunicativa, e não a simples aplicação burocrática da norma, que se exaure em si, é que dá o tom do funcionamento do Judiciário.

Na medida em que o legislador majora a produção normativa para todas as áreas sociais, a complexidade social impõe-lhe abdicar de profundidade na regulamentação de condutas, tornando-se a norma instrumento menos preciso para prescrição de modelos desejáveis. Com isso, sua profundidade não é suficiente, estruturalmente, para definir condutas. A insuficiência da norma, tal qual gerada, é passada diretamente ao Judiciário. Sua função vai bem além da subsunção e da interpretação. Passa a ser a integração de sentido e profundidade à norma, correspondente ao grau de complexidade do problema que lhe é apresentado, não antevisto pelo legislador. A própria norma delega para o Judiciário o problema da indeterminação ou discricionariedade.

Os poderes de estado do juiz, assim, são reforçados ante os problemas da legislação moderna, profusa e com múltiplos centros de formação. Ao Judiciário é repassada a parcela de poder – nas palavras de Crozier, a discricionariedade de descrição de condutas pertencente ao legislador liberal. O Judiciário, neste passo, torna-se o desaguadouro de toda a normatividade jurídica inconclusa. Como consequência, por um lado, seu poder aumenta. Por outro, a complexidade de seu trabalho é majorada, tanto qualitativa como quantitativamente.

4.9. Técnica Jurídica e a Profissão Judiciária

A atividade profissional do magistrado é tradicionalmente relacionada ao problema da interpretação da lei. Ocorre que, para se chegar ao momento de interpretação da lei no caso concreto, a atividade jurisdicional desempenha uma série de tarefas dentro do processo para prepará-lo para o julgamento. Tais tarefas apresentam-se como dilemas e problemas de uma decisão, surgindo com uma forma de não decisão³²⁴. Na linguagem de Bastos, tais atividades seriam *inputs* e *outputs* intrassistêmicos, que esvaziam a função de decisão e congestionam o seletor de demandas³²⁵.

Além disso, o problema da jurisdição não objetiva interpretar ou adaptar, mas findar uma situação de incerteza com uma decisão. Ou seja, a eficácia da resposta à incerteza não depende do conteúdo da decisão, mas da rapidez e facilidade com que a decisão é formulada³²⁶.

O juiz burocrático, no aspecto jurisdicional, pode ser aquele identificado pela maximização das situações de não decisões, que dá respostas intrassistêmicas nas suas tarefas. Ainda, aquele que, na aplicação do direito, vale-se da mecânica tradicional de aplicação da norma pela ótica liberal.

Surge, contudo, uma nova forma de burocracia, casada com a noção de urgência moderna. Não mais a tradicional, do juiz *bouche de la loi*, de perpetuação das indecisões ou da aplicação estrita da lei. É o juiz da burocratização tecnocrática de eficiência e rapidez, uma máquina de modelos, como já ponderou Ferraz Júnior. O juiz burocrático age na diminuição máxima dos estados intermediários de não decisão, buscando uma rápida eliminação da situação de incerteza através da decisão. O problema da jurisdição é deslocado do plano da qualidade da decisão para o da eficiência. A resposta aos problemas é dada com mais atenção à urgência do que à sua qualidade. A profissão de magistrado, nesse quadro, não é mais uma esfera de elaboração e criação da experiência jurídica, mas restringe-se a uma resposta à exigência de um ambiente externo³²⁷.

³²⁴ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 169-171.

³²⁵ Aurélio Wander BASTOS, *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*, p. XVIII.

³²⁶ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 171-172.

³²⁷ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 172.

Tal visão acentua o aspecto burocrático da atividade judiciária em detrimento do aspecto profissional. O novo juiz burocrático cede às pressões do público, como expõe Crozier, motivado pela demanda de urgência, que se tornou regra na sociedade moderna. Embora fuja do ritualismo excessivo, acelera as decisões de conteúdo material, mas, ao fazê-lo, reduz a qualidade da decisão por sua falta de profundidade legal ou de análise do fato, eis que o desenvolvimento do quadro processual foi aquém do satisfatório.

Na realidade, se o juiz ritualista se apresenta como um simples seguidor de normas, o juiz que segue o tempo acelerado contamina-se com os mesmos defeitos dele decorrentes: não deita suficientes raízes no passado, de que deveria se haurir. Não realiza um juízo reflexivo aprofundado, sem parar para pensar e, uma vez construído o teor de sua decisão, presta-se ela somente para o lançamento de conteúdos imediatos. Perdida que é do passado, a decisão não tem condições de lançar projeções para o futuro. Essa modalidade de juiz concretiza o juízo de massas, de atendimento irrefletido da demanda do produto jurídico de consumo, com o que exaure a construção política da instituição judiciária.

Como já visto, num quadro de complexidade normativa como o atual, a norma e a dogmática não reúnem elementos suficientes para definir o conteúdo da decisão, ao contrário do que acontecia na época do estado liberal. A falta de precisão da norma permite ao juiz a sua integração diferida. O juiz é exposto à majoração da complexidade das circunstâncias em que atua profissionalmente. A jurisdição é uma estrutura que, se de um lado aplica a norma, do outro vem encarregada de fornecer à norma um senso normativo que lhe falta ³²⁸. A existência de tal espaço de interpretação, a ser ocupado pelo juiz, na Itália, resultou em práticas jurisprudenciais que, além da interpretação, criavam partidarização política e a conseqüente fragmentação da forma de atuação do Judiciário. O resultado, ao contrário da pacificação social e resolução da incerteza, foi o acirramento das contradições dentro do Judiciário³²⁹. A solução foi a valorização do profissionalismo da magistratura, reforçando-se a exigência de seu funcionamento como um eficaz instrumento

³²⁸ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, La Magistratura tra Professione e Sistema Politico, p. 173

³²⁹ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, La Magistratura tra Professione e Sistema Politico, p.174-175

de reintegração da certeza social, e não como um multiplicador de incerteza e complexidade³³⁰.

No quadro da indeterminação normativa atual, que apresenta o risco de elementos estranhos à ordem jurídica turbarem o teor normativo da decisão, a colocação dos princípios surge como vetor orientador que elimina o excessivo grau de incerteza do sistema jurídico. Com isso, neutralizam-se fontes de incerteza decorrentes das influências pessoais e políticas a serem incorporadas pela atuação mais ampla do julgador, permitindo-se um direcionamento por um valor maior, não necessariamente ditado por regras de conduta.

Para finalizar, segundo Crozier³³¹, o fenômeno burocrático é um equilíbrio entre o controle social para manutenção de uma organização em movimento e as reações do grupo humano a ele submetido. A organização burocrática funciona porque não depende do entusiasmo dos seus participantes. Justifica-se tal comportamento porque *“é muito mais fácil preservar a própria independência e integridade quando se permanece afastado das decisões, do que quando se aceita participar em sua elaboração”*. A retração impede o conhecimento da ação coletiva e, por conseguinte, liberta o membro da organização de qualquer pressão.

O mundo burocrático é arbitrário, um mundo em que os seus atores pagam o preço de sua segurança com o isolamento e não têm condições de medir seu esforço. O que se ganha em segurança perde-se em realismo. Assevera o autor, ao final, que *“seu mundo é um mundo de lutas mesquinhas pelo prestígio, de pequenas disputas difíceis de resolver, dentro de uma perpétua guerra de posições. Eles escapam, em parte, à ansiedade do homem moderno, incerto do seu status, mas em seu lugar desenvolvem um ponto de vista acanhado e enfrentam o recrudescimento da luta pelo poder, que são as características de um sistema social excessivamente rígido”*³³².

³³⁰ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p.175.

³³¹ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p.296-302.

³³² *Ibid.*, p.302-303.

Crozier conclui que o sistema burocrático é um meio excelente para manter valores individualistas de um mundo pré-industrial. Segundo ele, a rigidez burocrática associou-se à persistência de valores tradicionais da sociedade francesa. A resistência contra a participação consciente e voluntária e a preferência à autoridade centralizada, à estabilidade e rigidez da organização burocrática expressam estilo de vida com um máximo de autonomia e de arbítrio individual.

Tal parece ser a posição do magistrado burocrático. Numa burocracia rígida, de contornos similares às antigas profissões, com dedicação vitalícia, dá graças ao legislador racional, que lhe fornece a lei como padrão, e o silogismo como instrumento de trabalho. Tem garantidas a sua autonomia e discricionariedade mediante a observação das normas internas da instituição com rigidez, retraindo-se de participar ativamente da organização, que, aliás, lhe é árida e não lhe garante espaço político. Fecha-se em seu feudo de competências e entendimentos e não se preocupa em manter harmonia de ação conjunta dentro da instituição.

A dificuldade é manter a artificialidade do mundo burocrático diante das demandas impostas pelo público. A insuficiência da norma no estado social transferiu para o Judiciário a definição de normas de conduta. Com isso, a Justiça tornou-se o receptáculo de toda a obra normativa e a esperança de concretização final da ordem jurídica. Acabou por receber poder que nunca pediu, mas que, por circunstâncias de evolução histórico-social, foi-lhe legado. Não pode, agora, escapar da responsabilidade pelo seu uso.

5. O Judiciário Moderno

No decorrer de nossos estudos, focamo-nos na modernidade como processo inacabado, a gerar forte impacto na atuação do Judiciário tal qual concebido ao tempo da estruturação do Estado liberal, cujas características básicas são mantidas até a presente data.

Expusemos, também, a mudança qualitativa e quantitativa do padrão normativo. A norma, que, ao tempo das grandes codificações, limitava-se a um papel generalizante e horizontal, tratando todos os cidadãos em pé de igualdade, passou a reconhecer a existência de pluralidade de grupos de interesses comuns. Com isso, abrigou a diversidade de direitos para grupos sociais em situação de desvantagem, com o fim de equilibrar as diferenças sociais. Tal diversidade evoluiu para a complexidade atual, a ponto de se reconhecer a existência de interesses plurais entre grupos concorrentes e, até mesmo, a existência de direitos difusos sem titularidade definida, atribuíveis a toda a comunidade, criando estrutura legal altamente complexa.

Vimos que, neste processo, as normas perdem objetividade e profundidade, ao refletir o pluralismo representativo das grandes democracias atuais. A pluralidade representativa gera normas dotadas, por um lado, de grau maior de ambiguidade normativa, na medida em que os debates legislativos envolvem valores conflitantes, criando-se discurso de conciliação superficial. Por outro lado, matérias técnicas, cujo alcance e compreensão fogem da capacidade de absorção do legislador, também geram legislação não elucidativa, cuja regulamentação fica a cargo do executivo. A nova forma de atuação do legislador, portanto, adota a linha geral de indefinição relativa de condutas, ou seja, deixa aberto certo grau de discricionariedade para o Judiciário, que complementa a norma de conduta no caso em concreto.

A pluralidade de entendimentos jurídicos e a mutabilidade dos conhecimentos em geral, alimentadas por especialistas, geram a proliferação e sucessão irrestritas de normas, que interferem em áreas cada vez maiores, mas com superficialidade na fixação de condutas. A análise da validade da norma, método da dogmática jurídica positivista que limita o tempo

de exigibilidade da conduta, cada vez mais é esvaziado, em decorrência da tumultuária sucessão de normas no tempo. Não bastasse a desordem normativa, o Estado do Bem-Estar Social assume compromissos que demandam sua intervenção duradoura no tempo para sua consecução. Isso supera a lógica jurídica tradicional do direito positivo, que lida somente com o tempo imediato e pede parâmetros normativos de maior durabilidade.

Outros fatores majoraram o quadro de complexidade jurídica moderna. O fenômeno totalitário traz a desconfiança da norma como padrão de fixação de condutas. A necessidade do reconhecimento de valores superiores aos sistemas jurídicos nacionais causou a proliferação dos tratados internacionais. Por fim, a globalização, ao majorar o contato humano e a possibilidade de conflitos, ampliou a possibilidade de reconhecimento de direitos conflitantes, por Estados, ou mesmo pelas partes.

A própria lei, portanto, deixa de ser um critério para a solução dos problemas, para se tornar um problema em si.

Ao lado da maior extensão dos conflitos regulados pela lei e à menor precisão dos instrumentos legais, surge a democratização do acesso à justiça. Apesar da existência de limitações, grande parte da população faz uso do aparato Judiciário para solução de seus problemas. O movimento de acesso à justiça democratizou o uso do Judiciário através de instrumentos como a defensoria pública, a lei da gratuidade judiciária e o juizado de pequenas causas³³³, que permitem que a decisão judicial esteja ao alcance de todos. Mas sua obtenção é mediada por profissionais especialistas, o que gera explosão de demandas em massa.

A sociedade de massas também tem seu tempo próprio. Ela adota como padrão a operacionalidade *on line* e a negociação *Just in time*. O seu ambiente operacional demanda o produto Judiciário em regime de urgência, critério generalizado de operação econômico-social. Resistências no sentido contrário são anacronismos que impedem a expectativa de progresso geral irrestrito.

³³³ Mauro CAPPELLETTI; Bryant GARTH, *Access to Justice*, vol. I, p. 23-35.

O Judiciário, por sua vez, tem o seu principal instrumento de trabalho, a lei, com abertura excessiva e pouca precisão na delimitação de condutas. A lei deve ser utilizada para a solução de uma imensa quantidade de problemas, regulamentados superficialmente. O Judiciário padece do movimento de acesso à justiça, sendo vítima do seu próprio sucesso ao tentar garantir a todos o seu *Day in Court*. Há popularização das demandas, tornadas produtos de consumo, acessíveis a todos. A estrutura do Judiciário, contudo, é aquela herdada do Estado Liberal: predominantemente se foca na resolução de conflitos interindividuais, ante os impactos restritos dos mecanismos de solução de conflitos coletivos e de massa. Sua resposta é demorada, por se construir sobre a problematização não somente do litígio, mas também do próprio sistema normativo. O Judiciário movimenta-se, na linguagem da teoria dos sistemas, através de *inputs* e *outputs* intrassistêmicos, destinados majoritariamente aos profissionais da área, em detrimento ao *output* extrassistêmico principal – a decisão judicial definitiva de direitos – que se pretende obter em tempo razoável. Sua estrutura é rígida e burocratizada, não ofertando respostas internas razoáveis aos problemas operacionais que experimenta.

Neste capítulo, pretendemos buscar opções ao Judiciário para superação da situação de sobrecarga de trabalho a que se submete, para que possa dar amparo às reais demandas operacionais da Justiça numa sociedade moderna.

Posner ironiza a organização da Justiça Americana, afirmando que, a partir dos anos 60, com a pluralidade de interpretações legais e a assunção, pelos tribunais, da tarefa de intervir na economia e na política, houve um surpreendente aumento da quantidade de processos judiciais. A advocacia (e no mesmo sentido, o Judiciário) teria respondido com a “*imaginação de um engenheiro de tráfego cuja única resposta ao congestionamento nas rodovias fosse a construção de mais rodovias*”. Como resposta ao aumento de demandas, houve o aumento dos litígios com mais juízes, mais advogados, mais subsídios aos processos judiciais, mais burocratas, mais assistentes de juízes e outros adjuntos locais³³⁴. Fugimos desse viés óbvio das queixas tradicionais de falta de verbas e de estrutura.

³³⁴ Richard A. POSNER, *Problemas de Filosofia do Direito*, p. 573.

A alternativa é a construção de um novo paradigma operacional do Judiciário, que parta da compreensão dos problemas com que tem de lidar, da natureza originariamente burocrática do poder e da adoção de metodologias de trabalho abertas e flexíveis, a conferir-lhe instrumentos com agilidade e precisão, compatíveis com as demandas da sociedade atual e a complexidade que a caracteriza.

5.1. O Novo Juiz

É certo que, com a proliferação de direitos subjetivos e a ausência de um foco comum, há o solapamento da autoridade judiciária. O Juiz deve optar entre o modelo tradicional liberal e o intervencionista, mas é incapaz de dar noção de sentido ao sistema, criando a sensação de ausência de direção do trabalho do Judiciário. Impõe-se a construção de uma alternativa para a atuação do juiz.

François Öst invoca, para tanto, o modelo de Hermes, que, apesar de ocupar o vazio das coisas, preside o intercâmbio entre vivos e mortos e realiza travessias desconhecidas. É o grande comunicador, o mediador universal e tem como sua lei a circulação dos discursos, com o que arbitra jogos recomeçados³³⁵. Segundo o autor, se o instrumento de trabalho do juiz liberal é o código, representado pelo ordenamento jurídico em pirâmide, e o do juiz do estado social é o funil, abarcando todos os pleitos e normas do sistema, o modelo de Hermes é o da rede. Não tem polos, mas uma multiplicidade de pontos de interrelacionamento, uma combinação de poderes separados, confundidos e intercambiáveis, com vários atores, papéis, inversão de réplicas. Não há mais um código ou um processo, mas um banco de dados, que contém inúmeras informações disponíveis ao mesmo tempo, de matização difícil, o que impõe a reformulação do conceito do bom direito³³⁶.

O modelo de Hermes concebe o Direito como complexidade, como circulação de sentidos, sem assunção de verdade absoluta, compatibilizando pluralidade e diversidade. O dualismo permissão-proibição, validade-não validade do positivismo e o ceticismo do juiz Hércules

³³⁵ François ÖST, *Júpiter, Hércules, Hermes, Três Modelos de Juez*, p. 171.

³³⁶ *Ibid.*, p. 171-172.

contrapõem-se ao relativismo e gradualismo do juiz moderno. A linearidade hierárquica e a circularidade viciosa são substituídas pela recursividade fecunda. O fechamento ou o determinismo do discurso é substituído por um discurso hermenêutico³³⁷.

A ordem jurídica nutre-se da desordem periférica, inclusive interna ao Direito, e reproduz a sua desordem. A questão, segundo Öst, é conciliar a autonomia com a heteronomia, o entrelaçamento entre força e justiça. Para busca de uma circulação de sentidos, sobre a qual nem o juiz, nem o legislador detêm privilégios, é necessário um espaço público que gere consequências fora do mundo jurídico. A ordem jurídica hipostática do direito autoproduzido é substituída por um processo coletivo, ininterrupto e multidirecional de circulação da lógica jurídica. Estando o Direito em rede, não há possibilidade de monopólio da interpretação ou renúncia da interpretação. O registro de multiplicidade de racionalidades, puro e simples, é infrutífero. A questão é o abandono da monofonia em favor da polifonia, mas sem cair na cacofonia, na magistral definição de Öst³³⁸. Dentro das informações, a busca de interações funcionais apontará um sentido previsível, uma vez que as relações de força não são aleatórias, mas hierárquicas, ainda que emaranhadas. Com isso, o Direito, como linguagem internalizada, está sob constante construção das partes, que são seus sujeitos e coautores. Elas reconstroem mentalmente a mensagem que lhes é dirigida e praticam-na. O Direito, portanto, é sempre retomado.

A visão de Öst coloca foco, portanto, na necessidade da reorientação do Direito pelo juiz. A insuficiência da atividade do legislador em dar vazão às necessidades normativas atuais não somente permitiu uma esfera de discricionariedade maior do julgador para definição de condutas. Também impôs-lhe a responsabilidade de reorganização e reequilíbrio do sistema jurídico como um sistema autopoietico. Não cabe mais somente ao legislador constatar a corrosão da norma. A própria abertura de espaços pelo legislador, que aumenta a extensão e diminui a profundidade da norma, impõe ao juiz a tarefa de dar senso ao sistema jurídico e eliminar suas dissonâncias, que, em última instância, alimentam e justificam a própria pluralidade de entendimentos normativos.

³³⁷ François ÖST, *Júpiter, Hércules, Hermes, Três Modelos de Juez*, p. 182-187.

³³⁸ *Ibid.*, p. 182.

O método para tal tarefa é o desenvolvimento do discurso jurídico, agora não mais desenvolvido sob o método da subsunção, em que as leis forneciam os caminhos claros para a sua aplicação. Buscam-se o método mais complexo da conjugação das fontes normativas viáveis no caso e a extração de senso geral ao sistema. Se uma harmonia não pode ser concebida *a priori*, que, ao menos, seja extraída após o confronto de valores, normas e discursos em jogo.

Öst estrutura seu discurso sobre a sua proposta de um sistema circular de direito através do discurso jurídico, que se retroalimenta, dentro de um quadro de imprevisibilidade³³⁹. Tal teoria, por um lado, é adequada para explicar o mecanismo de retroalimentação do Direito pelos problemas residuais que apresenta. Nesse ponto, portanto, a proposta identifica problema similar àquele indicado por Baumann, de necessidade do especialista para controle dos efeitos colaterais, reforçando a alimentação da especialidade. Por outro lado, a proposta de Öst, apesar de apontar corretamente o problema, não fornece meios indicativos da saída do círculo vicioso da especialidade.

Embora a concepção de Öst traga pontos relevantes, peca ao colocar o discurso como forma de aprimoramento do sistema jurídico. É certo que, pela natureza do sistema jurídico, a via de afinamento de seus instrumentos é o discurso, através do qual são apontados os fatos e os direitos controversos. O autor passa, contudo, ao largo de quais critérios balizariam a atuação do novo juiz, de forma a permitir-lhe a aferição, no caso concreto, do senso de direção da rede. Segundo Mireille Delmas-Marty, é uma síntese adequada à pluralidade normativa moderna, que precisa somente de instrumentos para definição³⁴⁰.

5.1.1. O Novo Condicionamento do Juiz

Uma noção do padrão da atividade jurisdicional é dado ao juiz já em seu treinamento introdutório. O seu condicionamento no exercício da profissão, segundo Maria Rosaria Ferrarese, é influenciado por dois fatores.

³³⁹ Michel van de KERCHOVE e François ÖST, *El Sistema Jurídico entre Orden Y Desorden*, p. 105.

³⁴⁰ Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du Droit*, p. 22.

O primeiro é a socialização do magistrado, em que desenvolve a aprendizagem dos papéis sociais. O magistrado é influenciado pelos textos normativos e procedimentais para compreensão geral do ambiente de sua intervenção profissional, de caráter técnico. Também sofre influências de sua identificação política ao conhecer o caráter político de seus instrumentos de trabalho, apesar de não se relacionar diretamente com qualquer das partes. A ampliação de poderes discricionários do juiz decorrente da nova normatividade aberta tende a diminuir a tradicional separação dos magistrados e dos outros poderes políticos³⁴¹.

O segundo fator condicionador da atividade do juiz é o novo horizonte normativo em que se desenvolve a sua atividade. Reconhece-se a perda de técnica do ambiente profissional do magistrado, em decorrência do descrédito da lei em fornecer sólidos pontos de referência em sua aplicação. A dogmática tradicional, referência para a elaboração de critérios de decisão para correção da indeterminação legislativa, perde sua força num quadro legislativo complexo e diversificado. Torna-se difícil a elaboração de um modelo abstrato de soluções para vincular a decisão do juiz. Tal problema é também colocado por Ferraz Júnior, que aponta a necessidade do jurista trabalhar com alto grau de criatividade para readequação da dogmática a seus fins sociais³⁴².

A formação do juiz muda de figura. Citando Luhmann, a autora coloca que o juiz perde a sua formação de caráter classificatório, para adotar uma formação de caráter funcional, em que o material normativo não é tratado como imutável, mas como mutável segundo certas condições. Os conceitos de caráter funcional exigem uma dogmática que vai além da tradicional, com nível mais elevado de abstração, ao lidar com a descontinuidade e variabilidade do sistema jurídico. A maior abstração, por seu turno, reduz a possibilidade de controle de aplicação da norma³⁴³.

³⁴¹ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 213.

³⁴² Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Função Social da Dogmática Jurídica*, p. 198-202.

³⁴³ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 216-217.

Não bastasse isso, a busca da função do Direito pela decisão judicial confere uma “curvatura sociológica” à reflexão sobre o Direito e sua relação com o mundo dos fatos. Tradicionalmente, a função da norma é elemento estranho ao sistema jurídico e não é facilmente identificável empiricamente. Mas a consideração dos valores e seus reflexos no mundo, no momento da decisão, decorrem do próprio sistema político, que repassou ao Judiciário o poder de mensurar valores³⁴⁴.

5.1.2. O Novo Quadro Jurídico

Ainda à luz de Maria Rosaria Ferrarese, os instrumentos legais, dados ao juiz, são diferentes daqueles da era clássica³⁴⁵. Antes havia a produção e aplicação da lei por órgãos diferentes e especializados, numa sociedade estável e ordenada, com simplicidade das figuras sociais e escassa atividade das dinâmicas coletivas. Hoje são difundidos os processos de agregação coletiva dos sujeitos sociais, a contínua diferenciação e desarticulação das figuras e das identidades sociais. O grau de complexidade social aumenta e, com ela, os respectivos efeitos desagregadores.

Segundo a autora, há relação entre grau de indeterminação e técnica jurídica na sociedade moderna. O grau de indeterminação vem, por um lado, do conhecimento especializado e progressivo do conhecimento técnico das profissões, que tende a problematizar-se e tornar-se complexo. Por outro, a indeterminação decorre da influência ideológica e política, que cria uma pluralidade de soluções alternativas. Tais causas gerais do grau de indeterminação sobre o conhecimento somam-se, na magistratura, a outros dois. O conteúdo da justiça não é objetivo e mensurável, ao contrário de outras profissões, razão por que a atuação do Judiciário fica sujeita a um grau maior de incerteza. Além disso, o *Welfare State* acelerou o reconhecimento de direitos pelo legislativo, o que implicou a nova configuração das funções da lei, que se demonstra mais expansiva e menos profunda.

Além disso, pondera Ferrarese, sendo apurável a extensão do direito somente à luz das situações práticas em debate, através dos interesses concretos dos portadores de pretensões,

³⁴⁴ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 218.

³⁴⁵ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 218-224.

a ampliação de interesses protegidos pela norma suporta um sistema de complexidade progressiva do Direito: uma complexidade material, da área de domínio do Direito, uma majoração dos tipos de pretensões e um aumento dos sujeitos que exercem a pretensão. Com isso, entende a autora que o Direito passa a ser uma estrutura *aberta*, porque não mais dotada de fronteiras e com alcance ilimitado, muito além do código que marcava os limites da regulação jurídica, de estrutura fechada ³⁴⁶.

Em segundo lugar, o sistema jurídico apresenta, agora, alto grau de variabilidade das normas jurídicas. Fragmentado o Direito, reflexo da complexidade social e da multiplicidade de interesses, o seu conhecimento é difícil mesmo por parte do especialista. A norma jurídica surge como um gênero de consumo destinado a exaurir a própria existência num período de tempo cada vez mais limitado, sempre consciente da própria precariedade, assumindo mais o caráter de uma história que se finda do que o conteúdo estável e definido. O crescimento da variabilidade das normas jurídicas aponta a perda de capacidade regulatória do direito, que corporifica dentro de si o conflito e elimina a possibilidade de estabilidade e previsibilidade. Tal direito, ao contrário de ser um redutor de complexidade, acaba por exacerbá-la. Por fim, a autora cria a distinção entre a variabilidade externa da norma, consistente na autocorreção do sistema normativo pelo legislador, e a sua variabilidade interna, caracterizada pela utilização da mesma norma em “chaves diferentes” pelo Judiciário ³⁴⁷.

Em terceiro lugar, superada a pretensão de harmonia organizacional das normas, atualmente há o debate sobre a decodificação do Direito, que se concebe como policêntrico, composto de microsistemas de lógica e ritmos de desenvolvimento próprios. Por incorporar as contradições sociais, nem mesmo a carta constitucional funciona como unificadora do complexo normativo, uma vez que ela mesma também incorpora valores contrastantes. O ordenamento jurídico perde afinidade semântica com o termo ordem, tornando-se aberto, variável e incoerente, de ordens múltiplas, diversas e sucessivas. É uma estrutura dinâmica, incerta, dissipada, condicionada ao ambiente social em que está inserida e sujeita a flutuações e alterações de seu estado de equilíbrio.

³⁴⁶ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p.203-211.

³⁴⁷ *Ibid.*, p.207-208.

A complexidade social dificulta a síntese jurídica clara e definida, e os conceitos jurídicos são numerosos e pouco autossuficientes. A regulamentação jurídica deve ser dotada de certa flexibilidade para se adaptar ao caráter mutável do sistema jurídico. A norma jurídica, não mais sendo um produto acabado, depende de papéis intermediários de múltiplos sujeitos para sua aplicação, dentre eles, o juiz, no foco do sistema legal, que tem o dever de efetuar a sua integração.

O modelo tradicional do juiz intérprete não é suficiente no quadro normativo incerto, variável e instável. A norma não tem conteúdo claro, mas apenas uma autonomia parcial. A descontinuidade entre o momento criativo da norma, o texto e a sua existência real implica um novo exercício profissional do juiz, que não mais é controlável por variáveis técnicas. Hoje, os pontos de referência dos magistrados são menos estáveis e sólidos que no passado³⁴⁸.

A profissão do magistrado é dotada de novo valor simbólico. A formação de modelos de conduta cabe ao magistrado, através de uso aplicativo das normas. A norma não é mais uma criação racional iluminista. Lida com a expansão da noção de legalidade, que exige a superação do comportamento passivo do tempo do estado liberal. O novo juiz contribui para delinear o modelo de legalidade. Tal atuação é carregada de caráter político, uma vez que não somente gera uma decisão no plano da controvérsia judiciária, mas também indica *Standards* de comportamento relevantes para a dinâmica social. A incerteza do produto legislativo encontra solução definitiva através da manifestação jurisdicional, que se torna o receptáculo final e terminal do sistema jurídico, colocando termo à circulação de discursos. Neste passo, o sistema atual acaba por se aproximar do sistema anglo-saxão, em que o centro do sistema jurídico repousa na decisão judicial.

No sistema tradicional, segundo Ferrarese, o juiz *bouche de La loi* pode se colocar na área da não decisão, ou, por outro lado, colocar sua atuação profissional dentro de sistemas tecnocráticos, bastando a decisão em termos de sim e não. A lei moderna não mais é um

³⁴⁸ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 211-218.

filtro seletivo da complexidade social, mas um tecido normativo caracterizado pela falta de completude do significado da norma, indecisão e falta de clareza, que demanda complementação pelo próprio Judiciário³⁴⁹. O novo papel do magistrado deve partir de uma visão profissional sob o ponto de vista sociológico, para que a manifestação jurisdicional não mais seja fruto de uma verdade externa, função repetitiva ou de transmissão de dados normativos, mas uma intervenção do juiz através de referência aos dados normativos, de caráter constitutivo e até mesmo criativo, em que o magistrado supera o papel passivo de puro registrador³⁵⁰.

5.1.3. Os Novos Padrões de Atuação Profissional

O caráter integrador da atividade do magistrado, portanto, dá a nota de criatividade ao seu trabalho. Tal criatividade esteve, na realidade, sempre presente, em grau maior ou menor, na atividade jurisdicional, conforme o grau de discricionariedade deixado pelo legislador ao Judiciário. Em tempos atuais, de excessiva regulamentação e fraca profundidade na delimitação de condutas, o poder discricionário do juiz potencializa-se.

É certo que a decisão do juiz é influenciada por elementos pessoais, como sua formação, caráter e tendências políticas. Mas a discricionariedade não deve se confundir com arbítrio. O espaço de atuação do juiz enfrenta limites dados pelo próprio sistema jurídico, que, por mais aberto que seja, ainda tem regras de conduta e valores que o informam.

Assim, há a necessária integração da criatividade jurisdicional com a norma. Com efeito, o sistema normativo não perdeu a sua relevância. Ele permanece como a mais importante fonte de referências valorativas. Embora não mais prepondere como causa motriz de uma atuação jurisdicional mecânica, a lei coloca parâmetros a serem necessariamente considerados pelo juiz.

³⁴⁹ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 175-176.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 179-180.

À consideração da norma no momento da decisão soma-se o direcionamento a se dar ao sistema jurídico através dos princípios. Maria Rosaria Ferrarese sugere a sua utilização como norte ao quadro de direitos subjetivos conflitantes. A sua introdução, na discussão jurídica, traz de volta os valores ao centro do Direito, que devem ser aplicados de modo profissional, universal, com olhos na função social e na técnica jurídica³⁵¹. Dessa forma, abre-se o caminho na busca da resposta ao discurso aberto proposto por Öst, permitindo-se a indicação do senso do sistema através das grandes linhas valorativas que inspiram o sistema jurídico.

A proposta de utilização dos princípios dentro de uma relação dialógica, a exemplo da utilização da lei como elemento integrador da decisão judicial criativa, também é uma forma de limitação da arbitrariedade do poder do juiz, colocando critérios valorativos que devem ser seguidos. Mas, ao mesmo tempo, também é critério limitador do próprio sistema jurídico. A exposição de valores que lastreiam o sistema é relevante para dotar de senso a pluralidade jurídica dos interesses em jogo e, até mesmo, limitar o conteúdo vinculante da própria norma, como remédio ao seu uso abusivo e contrário aos interesses gerais. Surge o princípio, portanto, como limite e direção ao ordenamento em rede, ao colocar os valores contra os quais a aplicação em concreto da norma não pode se chocar.

De se ponderar, por fim, que o princípio informa todo o sistema jurídico. Quando se aplica uma norma, aplica-se o princípio que lhe dá suporte, e a invocação dos princípios não é explicitamente necessária. A invocação explícita do princípio deve se dar quando a norma codificada se torna insuficiente para conferir correção à decisão jurídica³⁵².

Reconhece-se, portanto, o chamado “direito jurisprudencial”, que aceita a *“contribuição do juiz no processo diferenciado de decisão jurídica, com o controle sobre os meios de sanção de direito, sua vizinhança aos fatos e a concretude da sua experiência jurídica quotidiana, ao seu operar com normas determinadas de modo incompleto, à fixação*

³⁵¹ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p.194.

³⁵² Winfried HASSEMER, *Sistema Jurídico e Codificação: A Vinculação do Juiz à Lei*, p.288-289.

*legislativa – somente programática, não definitiva – da sua decisão. Tudo isso reenvia ao processo legislativo como um processo complementar àquele jurisdicional”*³⁵³.

A valorização dos princípios quebra o círculo vicioso da retroalimentação dos problemas do direito através do controle de danos colaterais de Baumann, ou da desordem periférica interna de Öst, que alimenta a desordem do sistema jurídico. Os princípios, como balizadores da operação jurídica, balanceiam, na aplicação do Direito, a visão do especialista, focada exclusivamente na área de seu domínio, e sua necessidade de convivência com outros direitos e valores, buscando a sua harmonização e aproveitamento máximo. Supera-se o discurso centrífugo do especialista, relevando-se a busca de um discurso, se não centrípeto do Direito, ao menos, de composição momentânea de forças conflitantes à luz de um caso concreto. Tal composição deve ser orientada por princípios, como mandatos de otimização, nos dizeres de Alexy³⁵⁴, dando medidas para mensuração dos valores que informam o sistema jurídico para apontar uma relação de precedência entre eles.

A posição do juiz como órgão terminal do sistema jurídico reforça tal tese. Por ser, agora, responsável por uma definição em específico de condutas, agindo com caráter integrador da norma, prolixa e em aberto, cabe-lhe, dentro de uma posição universalista, decidir o particular, como pondera Ferrarese³⁵⁵. O juiz, por dever de ofício, é funcionalmente aberto à apresentação das teses jurídicas e a elas permeável, tendo visão da totalidade dos problemas jurídicos envolvidos numa causa, e sua preocupação é a viabilização da convivência de normas dentro de uma ordem jurídica. Sua visão prevalece sobre a do especialista e é dotada da especial responsabilidade política de viabilizar a convivência de direitos. O especialista, a despeito da importância que tem na produção de teses relevantes a serem referendadas ou pelo legislador ou pelo juiz, tem visão limitada do fenômeno jurídico. Sua preocupação principal não é a convivência dentro da ordem jurídica, mas o desenvolvimento de vertentes de pensamento e interpretação dentro da sua área de conhecimento. Mireille Delmas-Marty aponta a necessidade da visão universalista e

³⁵³ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 150.

³⁵⁴ Robert ALEXY, *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 95.

³⁵⁵ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p.154.

pluralista na aplicação do direito moderno, que permita uma “concordância discordante”³⁵⁶.

O juiz insere-se, assim, no fechamento do quadro de pluralismo legal, a refletir a multiplicidade de grupos de interesses da sociedade moderna e a ideia de tolerância. O juiz moderno considera relevantes as plúrimas formas de orientação legal dada pela sociedade. As normas, com seu caráter conflituoso – turbulento, como diz Losano - são pontos de partida para a busca de um meio-termo jurídico, dentro da ideia de convivência forçosa de normas que atribuem direitos subjetivos também aparentemente colidentes. Como disse Bobbio, a respeito da tolerância, busca-se um *modus vivendi* entre duas opiniões diversas, o reconhecimento da validade de duas doutrinas opostas e necessidade de se estipular uma via de compatibilidade entre elas³⁵⁷.

Mireille Delmas-Marty coloca que o surgimento de uma razão jurídica mais complexa, aparentemente arbitrária, introduz o risco de superposição de lógicas diferentes. A arbitrariedade é reduzida através da coexistência de modelos de racionalização estabelecidos dentro da ótica tradicional da hierarquia de normas, completada por uma lógica combinatória de compatibilização, direcionada pelos princípios, que se apresentam em uma hierarquia de funções a serem conciliadas pelo juiz³⁵⁸.

Pondera Zagrebelski, ainda, que o uso dos princípios não dá respostas matemáticas, como ocorre na subsunção. Ao contrário, busca a resposta mais adequada e, para tanto, abre-se a todas as razões que possam apontar princípios em seu favor. Tais razões são vindicadas por discursos persuasivos, para a máxima realização dos princípios. Para tanto, indispensáveis são os procedimentos leais, transparentes e responsáveis, que exponham os princípios em conflito. Os profissionais da área jurídica – em particular o Judiciário – devem estar aptos a lidar com essas novas técnicas e não só com as meras técnicas de subsunção tradicional³⁵⁹.

³⁵⁶ Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du Droit*, p. 24.

³⁵⁷ Norberto BOBBIO, *O Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais*, p.153.

³⁵⁸ Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du Droit*, p. 364-365.

³⁵⁹ Gustavo ZAGREBELSKI, *El Derecho Dúctil*, p. 124.

5.1.4. Justiça e Certeza

O estudioso do Direito, face aos critérios de insegurança do dado normativo, deve modificar suas técnicas de trabalho. Öst aponta que a manipulação da natureza pelo homem, quebrando o paralelismo entre a natureza como objeto de estudo e o homem como seu observador externo, cria produtos híbridos, sem que se saiba se sua origem está na natureza ou na ação humana. Entende o autor que a objetividade do método científico deva ser substituída pelo pluralismo das verdades, e que às regras do método científico seja associada uma mediação jurídico-política da produção e uso dos híbridos, um *parlamento das coisas*, foro próprio para controlar a vida autônoma e aleatória, em especial das tecnocracias. A prática científica temperada, portanto, é um contraponto à sociedade de risco, que confere crescente importância aos fatos e dados científicos. Pondera Öst que a relevância de tais informações implica a “*politização da produção tecnocientífica que é a ‘factualização’ do direito, uma factualização cujo poder crescente dos especialistas no seio dos pretórios ou das comissões parlamentares é um sinal entre muitos outros*”. Não há valores estáveis, previsões garantidas, mas decisões em situação de indecisão, dentro de um contexto de incerteza, com opções reconhecidamente falíveis. A única racionalidade, nesse sistema, é falível, como uma capacidade de corrigir seus erros. “*Longe de desenvolver o programa a priori de uma verdade ou de um valor já dados, tal prática de revisão não cessa de construí-los no movimento de sua própria efetivação*”. Ao menos, no fundo, admite-se que a verdade é o ponto principal do processo científico, ainda que seja incerta e contingencial³⁶⁰.

Para se conferir operacionalidade ao sistema jurídico em tal ambiente de incerteza, François Öst expõe uma rápida adaptação da teoria dos jogos, que chama de teoria lúdica do Direito³⁶¹.

Para se guiar no labirinto do Direito, complexo e cheio de informações, pressupõe discurso, com significado suspenso. O Direito articula-se entre coisas: regra e fato, ordem e desordem, letra e espírito, força e justiça. É dialético, por ser um por outro, paradoxal,

³⁶⁰ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.312-313.

³⁶¹ François ÖST, *Júpiter, Hércules, Hermes, Três Modelos de Juez*, p. 187-194.

sendo um e outro ao mesmo tempo. Criam-se discursos, argumentos, respeitam-se lugares comuns e as autoridades que os impõem.

Em segundo lugar, deve aceitar número indefinido de jogadores, sem programação fixa, permitindo-se a interferência de participantes extrajurídicos: familiares, econômicos e políticos, com interferência de jogos sociais e de linguagem. O jogo é aberto a todos, e ninguém pode dizer a última palavra. Há sempre um componente de acaso, abertura e incerteza, sem o que não há jogo, história ou Direito.

Uma terceira característica é a natureza mista do jogo que combina a regra com o acaso, a convenção com a invenção, a abertura com o fechamento. O jogo não é simples respeito às regras, nem a indeterminação do vazio, mas o reconhecimento da existência de um espaço de jogo que explora o sentido da interação, a adesão a metas do jogo e suas apostas fundamentais, que, no Direito, são as atividades de interpretação e validação dos juristas.

Segundo Öst, a legitimidade da autoridade coloca-se como problema ético. A autoridade impõe-se pela legitimação procedimental: discussão pública razoável, solução de conflitos equitativa e contraditória. A condição procedimental é a discussão sem coação, respeito a formas, prazos e procedimentos, essencial ao Direito. Tal procedimento desqualifica a força, bem como infirma a consciência de imposição de um ponto de vista em nome de um suposto consenso. Permite a abertura de espaços de controvérsia, a colocação de argumentos, a exposição da divisão social e os argumentos para sua negociação, qualidade, aliás, da democracia. A mediação do juiz antepõe-se à relação de força e, com isso, constrói sua legitimidade. Há mediação entre a vontade e sua realização, mediante exposição e justificação das partes, que são obrigadas a seguir o caminho da discussão racional.

O direito de expressão, garantido a todos, permite a universalização dos procedimentos, igualando potencialmente os direitos e as palavras, com garantias em favor daqueles que apresentam desníveis para igualá-los aos participantes mais experimentados ou poderosos.

Por fim, nos tempos modernos, há situações que levam à solidariedade social nacional, ou mesmo universal. Tais situações criam responsabilidades intersubjetivas, que demandam reações planetárias. A fixação de tais responsabilidades somente é possível com apoio de uma consciência ética universal. Prega Öst um retorno à prudência, a instauração de uma trégua para reflexão, abrindo-se o procedimento para a dúvida, permitindo a construção do tempo à memória, como escudo contra os propósitos do totalitarismo.

A hierarquização, “*dizer quem tem o que, quem faz o que e quem é quem*”, é o papel essencial do Direito, e tal palavra não está destinada à inamovibilidade nem deve ser repetida, mas sempre sujeita a reinterpretação, finaliza o autor.

No mesmo caminho de abertura aponta Baumann. Definindo-se como pensador pós-modernista, entende ele que a modernidade assumiu ponto de vista falso ao supor-se em vantagem por se armar de superioridade científica. A verdade científica, contudo, nada mais é do que um *insight* da contingência, lastreada em conclusões mutáveis, e não um processo natural do homem. É, então, uma relação social ³⁶².

No seu movimento de expansão, a diferenciação perpetrava-se como sendo universalização, que alimentava o progresso na diferença, a produzir mais ambivalência. Segundo ele, acreditava-se que a contingência “*era aquele estado de desconforto e ansiedade do qual era preciso escapar tornando-se uma norma impositiva e assim se livrando da diferença*”. Para superar a contingência, ela deve ser transformada em destino, em que o indivíduo tem a consciência de ter feito *o melhor* dentro de um quadro de possibilidades praticamente infinitas³⁶³.

Enquanto a verdade absoluta impõe humilhação, a contingência traça os caminhos da gentileza e a tolerância, honrando-se a alteridade no outro, e a estranheza no estranho. O direito à estranheza, por seu turno, é o único meio de se garantir que o próprio direito venha a manifestar-se, sendo a solidariedade sem imposição ou justificativa o caminho para a sua solução. A tolerância, embora positiva, é insuficiente ao comportar valores

³⁶² Zygmunt BAUMANN, *Modernidade e Ambivalência*, p. 244-245.

³⁶³ *Ibid.*, p. 247.

ambivalentes. A vivência em contingência é lastreada em certeza provisória e pragmática. Daí a noção de pós-modernidade: viver com a consciência de que não há saída para a incerteza. A consciência de tal estado não dá poder ou vantagens aos protagonistas do jogo de vontade, por não levar à dominação. Tal assunção, ademais, incentiva a coexistência e a estabilidade, constituindo-se a tolerância como sinal da condição pós-moderna³⁶⁴.

Coloca o autor que a pretensão de conhecimento pode ser posta em dúvida de duas maneiras.

Na primeira, reputada por Baumann como moderna, coloca-se que há eventos para os quais o tipo de conhecimento existente não oferece uma descrição convincente. Segundo o autor, a dúvida moderna não solapa a autoridade da ciência. A verdade torna-se um alvo imaginário do conhecimento, um horizonte ilusório, que sempre recua, além do alcance do teste prático. A dúvida constante protege a autoridade da ciência contra o descrédito. O conhecimento sacrifica-se para seu progresso infinito e utiliza a dúvida para que o valor do jogo científico seja superior ao da verdade. O processo da busca do conhecimento é independente das verdades específicas que gera. Ela desenvolve-se e justifica-se ao custo da necessidade de superação do conhecimento que ele mesmo gera.

Se a dúvida constante coloca a inviabilidade de encarnação de um ideal de verdade, ao mesmo tempo, diminui o poder da ignorância. A neutralização da ignorância desarma a incerteza e a ambiguidade. Além disso, a ignorância, ao invés de paralisar a ação, provoca mais esforço e zelo dos atores. Convida à ação e coloca-se como alvo a ser eliminado pelo conhecimento. *“Há sempre uma tarefa a realizar e essa tarefa é combater a ignorância”*³⁶⁵.

Como evolução ao quadro moderno, Baumann parte da assunção de que a dúvida implica a afirmação de que a explicação científica apresentada não é a única, mas a melhor ou a mais possível. Aqui, segundo o autor, *“a ciência é apenas uma dentre muitas histórias, que evoca um pré-julgamento frágil entre muitos”*. Tal dúvida seguia métodos de pesquisa tão

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 248-251.

³⁶⁵ Zygmunt BAUMANN, *Modernidade e Ambivalência*, p. 256-257.

engenhosos que “*deveriam permitir a qualquer homem sadio debulhar o grão da verdade no refugio do erro*”. A passagem do moderno para o pós-moderno ocorre “*quando se é capaz de enfrentar o fato de que a ciência, por tudo o que se sabe e se pode saber, é apenas uma versão entre muitas. “Enfrentar” significa aceitar que a certeza não deve ser e, ainda assim, perseverar na busca de conhecimento nascida da determinação de abafar e extirpar a contingência*”. A modernidade atinge o novo estágio quando entende que o campo da ignorância se amplia com novos conhecimentos, e a “*aquisição de conhecimento não pode se exprimir de nenhuma outra forma que não a da consciência de mais ignorância. ‘Enfrentar’ esse fato significa saber que a jornada não tem um destino claro e, ainda assim, persistir na viagem*”.

Cria-se, dessa forma, uma “*despreocupada consciência de que existem muitas histórias que precisam ser contadas e recontadas repetidamente, a cada vez perdendo algo e acrescentando algo às versões anteriores. Há também uma nova determinação: a de resguardar as condições nas quais todas as histórias podem ser contadas, recontadas e contadas novamente de forma diversa. É na sua pluralidade e não na ‘sobrevivência dos mais aptos’ (isto é, na extinção dos menos aptos) que reside agora a esperança*”. Por fim, adverte o autor que excessivo cuidado com a verdade e com a bondade resultou na perda da liberdade política, e que a *liberdade não promete certeza nem garantia de nada*³⁶⁶.

O autor pondera que a tolerância é defesa frágil ante a sua inércia potencial, que permite apenas a existência de outras diferenças sem limitação da nossa. Sua evolução em solidariedade, que vê a diferença dos outros como necessária à nossa própria preservação, implica disposição de luta em prol da diferença alheia³⁶⁷.

O discurso de Baumann, portanto, afina-se com o de Öst no apontamento da relatividade da verdade moderna, sempre sujeita à superação. Em tal quadro mutável, contudo, Öst coloca a ênfase na abertura do discurso. Tal abertura, de fato, é essencial para que o Direito receba os influxos necessários ao seu reequilíbrio autopoietico e à renovação. O instrumento para a exposição à abertura é o discurso jurídico flexível e multilateral. Há a

³⁶⁶ Zygmunt BAUMANN, *Modernidade e Ambivalência*, p. 258-259.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 270-271.

necessidade de se garantir espaço para que todas as histórias sejam contadas e modificadas, ao sabor da evolução do conhecimento.

A abertura espelha-se, no campo do direito, às contínuas necessidades de reequilíbrio do sistema. Numa ótica liberal, cabia ao legislador o mecanismo de sintonia fina entre a sociedade e o direito. Hoje, ante a problematização da lei, aberta e em rede, dissocia-se o conceito de legalidade e direito. Para dotação de senso ao sistema jurídico, cabe ao Judiciário, através de um novo discurso, aberto e fluido, fixar os sentidos da normatividade, em um quadro de verdades científicas contingenciais e passageiras.

No quadro contingencial moderno, agora seguindo Baumann, não há uma verdade prévia a ser definida cientificamente. Seguindo as outras ciências, o direito não conta mais com um elemento imutável de certeza para atingir suas metas. Ao contrário, seu instrumento de trabalho, não mais verdade absoluta, está sempre sujeito a testes, e suas metas não são mais aquelas colocadas *a priori*, genericamente. O profissional da área, portanto, deve lidar com a assunção do relativismo de seus pontos de vista, humildemente, sem crença em preceitos de ação absolutos que norteiem o seu agir. A verdade é um construído caso a caso, através do discurso, que se volta não somente à subsunção, mas também a integrar normas jurídicas de plúrimas tendências, obrigando a sua convivência dentro de um espaço jurídico comum.

A nosso ver, a solidariedade de Baumann é um valor, dentre outros tantos que o próprio sistema jurídico consagra, adequado ao seu discurso filosófico. Outros colocariam a liberdade como valor preponderante. Mireille Delmas-Marty, especialista em Direito Penal, coloca o valor fundamental nos Direitos Humanos³⁶⁸, e Celso Lafer propõe a razoabilidade, que tem projeção prospectiva do juízo reflexivo na reconstrução dos Direitos Humanos³⁶⁹. A eleição de um valor preponderante por Baumann, apesar de limitar o seu ponto de vista, aponta, contudo, no caminho certo: não propriamente a solidariedade, mas a busca da convivência social de diversas modalidades de parâmetros normativos, em

³⁶⁸ Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du Droit*, p. 364.

³⁶⁹ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 308.

especial as normas e os princípios, para necessária preponderância de uns sobre outros, sempre à luz do caso concreto.

Assim, fecha-se o quadro operacional do novo juiz. Ele ainda parte do direito posto, como o juiz liberal, e reconhece a norma como um elemento relevante da decisão. Mas, também, é informado pela abertura de discursos e permeabilidade a argumentos, a exemplo do juiz do Estado Social. Contudo, vai além. Não se perde na desordem dos argumentos. Deve ordenar o processo de discussão de forma aberta e plural, permitindo-se a participação e manifestação dos envolvidos e o pleno desenvolvimento dos seus argumentos. Sua decisão é integrada, necessariamente, pela consideração dos argumentos colocados pelas partes. Seu instrumento básico ainda é a norma definidora de conduta. Mas não é seu único instrumento. É guiado pela preponderância dos princípios, que lhe dão o foco de operacionalidade dos valores dentro do sistema jurídico. Sua visão é guiada por um senso de pluralidade, inerente à diversidade que inspira o legislador moderno, buscando-se a convivência dos direitos. Atua, por fim, com foco no passado, mas através do juízo reflexivo, em que se afasta do mundo dos fatos, mas projeta a sua decisão dentro de um âmbito de ação teleológica do direito, mirando um futuro a ser composto e criado através de sua decisão.

5.2. O Novo Judiciário

A nova proposta de metodologia de trabalho do Judiciário exige a superação das versões anteriores do juiz Júpiter e Hércules. A aplicação mecanicista da lei não é mais viável, por partir do pressuposto de uma legislação harmônica que regula uma sociedade pouco complexa. Repele, também, a aplicação intervencionista da lei típica do Estado Social, cujo poder de regular foi transferido para as mãos do julgador, que o usa sem parâmetros definidos de atuação, com menoscabo da lei, já aberta e sem precisão. Abre-se espaço a idiosincrasias e inclinações políticas do juiz, ao reintroduzir, no direito, o problema do subjetivismo da decisão judicial, tão temido por Kelsen, através da pluralidade normativa – reflexo da moderna pluralidade político-social. A pluralidade jurisprudencial idiosincrática, a exemplo do próprio sistema legal, torna-se fragmentária e contraditória, não dando fecho adequado ao sistema jurídico para uma fixação racional de condutas.

A adoção dos princípios apresenta-se como solução tanto à rigidez burocrática, que ainda predomina na estruturação do Judiciário, como na abertura excessiva da proposta do direito alternativo, colocando-se como um meio-termo entre os dois. Colocam-se o argumento da razoabilidade e valores do sistema jurídico como vias maiores e duradouras a serem considerados como pontos-chave na solução do problema de aplicação da norma, dentro de um ambiente de liberdade política do juiz para definir condutas.

Nota-se a valorização da esfera de indeterminação de poder nas mãos do juiz. Com efeito, abertas as condutas e ditados os parâmetros gerais de sua aplicação, o juiz tem transferido às suas mãos o poder e a responsabilidade de definir condutas no caso em concreto. Para tanto, deve fugir da compreensão tecnicista do sistema, trabalhando não mais com a metodologia da subsunção da norma ao caso concreto, mas com instrumentais diferentes, que envolvam a ponderação dos valores por trás das normas e sua harmonização dentro da ordem jurídica.

Surgem, com isso, duas tendências. Uma delas é o abrandamento do tecnicismo, permitindo-se uma atuação mais aberta ao juiz. Com efeito, o juiz age conforme os valores em jogo, tendo liberdade para superar o endeusamento das normas, desde que respeitados os princípios informadores do sistema. É uma contribuição preciosa, uma vez que limita os poderes do juiz do estado social e, ao mesmo tempo, dá-lhes direção, vinculando o âmbito de discricionariedade do julgador ao quadro dado pela juridicidade.

Por outro lado, tais características modificam o tipo de relação entre o direito e dimensão temporal. Há a preocupação em se manter abertura para um futuro complexo. O direito positivo clássico não se presta a esse fim em razão de sua invariabilidade, fundada no passado. A validade do direito repousa, agora, em sua função, voltada para a concretização do futuro³⁷⁰.

³⁷⁰ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 208-211.

Tais mudanças, portanto, impõem a ampliação da visão do juiz, que deixa de ser exclusivamente voltada para o passado e adota a função política de construção do futuro, ante a complementação do conteúdo da normatividade aberta. O caráter teleológico da aplicação da norma e a apreciação dos valores que a informam tornam-se elementos dominantes da técnica jurídica. Esse novo proceder enquadra-se na formação do juízo reflexivo arendtiano: com base no passado, para-se para pensar e toma-se uma decisão, dotada de conteúdo comunicativo, voltada para a construção de um futuro. Extrai-se do passado, mediante o uso do juízo reflexivo e dos valores prezados pelo sistema jurídico, a constituição de um futuro pretendido pela decisão. Reafirma-se, com isso, o caráter de poder político da decisão judicial, que se volta à construção do agir conjunto, denominada a atuação política, por Ferrarese, como caráter profissional da atividade da magistratura.

O Judiciário, assim, torna-se legatário da parcela de poder político antes pertencente ao legislador, que, por conveniência ou impossibilidade cognitiva, abriu mão de disciplinar, de forma pormenorizada, determinadas matérias, passando tal encargo ao Judiciário. A função precípua do Judiciário, nesse quadro, não é mais a subsunção, mas a integração do sentido da norma, à luz de uma situação concreta. Para que atinja tal objetivo, é necessária a elaboração de uma decisão que se manifeste como vontade estatal, mediante a utilização de juízos extraídos da observação dos fatos, retrospectiva e histórica, sobre os quais incidem os valores que projetam o conteúdo comunicativo da mensagem do juiz, sempre com visão prospectiva do direito.

Ocorre que, sendo concebido o Judiciário no quadro das organizações burocráticas, caracterizadas por uma contínua expansão do poder através do conhecimento científico, coloca-se ele no núcleo de uma espiral de especialização, tanto do direito como da crescente complexidade científica moderna, razão por que a demanda de serviço Judiciário prolifera exponencialmente. O tratamento tradicional dado à maioria das causas, em grande parte litígios individuais ao modo daqueles existentes ao tempo do liberalismo, é insuficiente para lidar com as ondas de demandas instauradas pelo conhecimento de especialistas. Com isso, surge a pressão para a produção de decisões em grande número, de maneira individualizada.

O sistema tradicional é lastreado na legitimidade ordinária, em que somente o interessado poderá pleitear em nome próprio seu direito e na configuração da coisa julgada, que leva em conta somente a matéria objeto de litígio e as partes envolvidas na causa. A configuração de ambos os institutos demonstra a estreiteza vinculativa do conteúdo da decisão judicial, que em regra se restringe às partes. Para definição de cada litígio, é necessário que a parte que sofreu violação de direito formule a pretensão de sua reparação perante o Judiciário. Obtida a manifestação jurisdicional, tal decisão não pode ser utilizada para situações outras fora daquela já analisada, ainda que de conteúdo idêntico.

Os efeitos de tal problema são evidentes. O precedente Judiciário somente tem caráter persuasivo, sem poderes vinculantes. Situações similares ficam expostas ao risco de tratamentos diferentes, até que a palavra final sobre a matéria seja dada por algum tribunal superior unificador, o que, no mais das vezes, demanda anos de espera. Nesse quadro, o caráter pedagógico da decisão judicial se perde. A norma – ainda que com seu conteúdo integrado pelo juiz – perde eficácia e, com isso, retroalimenta-se a imprecisão normativa como fonte de problemas para o sistema jurídico, refletindo-se diretamente no Judiciário.

Como reação a tal problema, é certo, foi proposta a criação da súmula vinculante. O efeito de tais decisões, contudo, opera-se somente através do STF, nos termos do artigo 103, A, da Constituição Federal. Aos tribunais inferiores – talvez como reflexo do menor poder de que dispõem – não foi dado instrumento similar, havendo apenas a possibilidade de rejeição de recursos em razão de serem contrários à jurisprudência em tribunais superiores, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil. O impacto de tal providência sobre a racionalização do serviço do Judiciário, em especial o de primeira e segunda instância, é ínfimo.

Com isso, ainda que haja a adoção dos princípios, como critério interpretativo unificador superior do sentido do ordenamento, ainda há o risco da extensão de sua interpretação. Ainda que viável a adoção do princípio para a solução de um litígio, permanece em aberto a questão da racionalização e uniformização de entendimentos, ainda não solucionada em definitivo, notando-se que somente uma pequena parcela de causas chega aos tribunais

superiores. Enquanto isso, no Judiciário como um todo, exige-se produção atomizada de decisões judiciais para problemas ainda apresentados em massa.

As respostas dadas pelo sistema tradicional burocrático são duas, como já apontado. A primeira opção seria uma manutenção da qualidade dos serviços, uniformizando-se os critérios da atuação judicial representada por uma maximização de cuidados, com um aumento de demandas intrassistêmicas – ordens do juiz e requerimentos das partes – potencializadas amiúde para apresentação de provas e argumentos. Tal procedimento nivela pelo alto a qualidade do procedimento e, conseqüentemente, as possibilidades de uma decisão também de qualidade, com melhor compreensão dos argumentos e fatos que envolvem a questão.

A segunda alternativa é a resposta dada pelo juiz de produtividade. Tal juiz, também burocrático, cede às pressões sociais de urgência e acelera o procedimento além das possibilidades processuais. Reduzem-se as manifestações intrassistêmicas, para se privilegiar uma rápida resolução do litígio. Nivela-se por baixo a produção de provas e argumentos e, conseqüentemente, diminuem-se as possibilidades de uma decisão de qualidade, pela falta de tempo e de subsídios para criação do juízo reflexivo. Atende-se à demanda extrassistêmica da decisão judicial, através de uma decisão rápida, com o risco de ser insatisfatória.

Ambos os extremos demonstram a importância do tempo, como elemento escasso na sociedade atual, para formação de um juízo reflexivo, de consideração sobre os fatos passados e deliberação para o futuro. A adoção do primeiro sistema como regra de operação do sistema jurídico é inviável para os dias de hoje, em que a urgência é generalizada. A adoção do segundo sistema compromete a qualidade jurisdicional.

Tradicionalmente, a primeira posição tende a preponderar no sistema brasileiro. O fenômeno de acesso em massa ao Judiciário é relativamente recente, iniciado, principalmente, após a Constituição de 1988, que garantiu o acesso amplo à justiça. Tal

tendência foi reforçada com o advento da Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e a estruturação das defensorias públicas, dentre outras melhorias.

O modelo jurídico tradicional vigente até a Constituição, portanto, é aquele basicamente concebido em um ambiente liberal. Os profissionais da área jurídica são formados em um tempo em que o Judiciário não era acessível a todos. Isso implicava um caráter de maior seletividade qualitativa das demandas: a maior parte das causas a chegar ao Judiciário envolvia grande preparação dos advogados, discutindo-se questões de alta elaboração intelectual. Os litígios, em regra, envolviam partes de bom nível cultural e versavam sobre conflitos que envolviam grandes valores. O procedimento, por conseguinte, era intelectualizado, com discussões de alto nível e extremo cuidado na produção de provas. Em suma, o Judiciário de então era o foro adequado para os mais avançados debates do conhecimento de ponta do direito: envolvia os melhores e mais intelectualizados especialistas, sempre patrocinados por partes de alto poder aquisitivo – as únicas que tinham acesso ao sistema Judiciário.

Nesse ambiente, o produto judicial era artesanal, de altíssima qualidade, fruto de trabalho intensivo no desenvolvimento do processo, e profundidade na análise dos fatos, caso a caso. O juiz, no fecho do procedimento, deveria apresentar produção altamente intelectualizada, compatível com a intensidade do trabalho dos especialistas e a pequenez do volume de serviços de então.

Hoje, contudo, a garantia do acesso à justiça tornou o produto Judiciário um bem de consumo, na noção de Baumann. É intermediado por especialistas e apresentado para atendimento de necessidades humanas. Sua criação é objeto de especulação do profissional da área jurídica, que inova a tecnologia jurídica com a criação de produtos jurídicos de massa e testa-a junto aos tribunais, com a propositura de múltiplas ações com o mesmo objeto. Além de espelhar a produção em massa de material jurídico, a massa de ações é também subproduto de relações em consumo frustradas. Contratos de adesão mal redigidos, prestações de serviço defeituosas ou bens produzidos em série, danosos ao consumidor, criam ondas de frustrações em série que repercutem no Judiciário. A circulação irrestrita de bens e serviços, além disso, extrapola o alcance local e chega,

algumas vezes, a ter impacto mundial. A justiça deixa de ser um fenômeno patológico ou marginal e torna-se prática banal e generalizada, constituindo-se, assim, em mais um serviço público cotidiano e familiar³⁷¹.

O Judiciário, portanto, tornou-se desaguadouro da produção defeituosa de grande escala. Os problemas são produzidos em massa, de fontes unificadas. As soluções são elaboradas pelo Judiciário de forma atomizada, sobre uma concepção de excepcionalidade do litígio, em razão dos moldes liberais em que foi forjada a sua atuação. As soluções são produzidas de forma desordenada, gerando interpretações conflitantes, que retroalimentam a falta de parâmetros claros de conduta.

O ambiente Judiciário não pertence mais somente às grandes causas. Tornou-se um espaço democrático onde são exercitados todos os tipos de pretensões de todos os valores, por todas as esferas sociais, que, muitas vezes, têm seus pleitos reconhecidos por normas conflitantes. Grande parte das causas é formada por conflitos simples e pontuais, que não demandam o trabalho de artífice do juiz tradicional para sua solução.

A falta de configuração do Judiciário como espaço moderno e democrático para a solução de litígios, e a sua tradicional operacionalidade como órgão responsável pela subsunção mecânica da norma, reduzem o seu funcionamento ao caráter burocrático. A regra é a atuação tradicional, lenta, escrita, intelectualizada. Excepcionalmente, surgem ilhas de eficiência burocrática do segundo tipo, focada na produtividade.

As reformas levadas a efeito no Judiciário nacional, por seu turno, não se preocuparam com critérios de racionalização das decisões de tribunais inferiores, que atendem à grande massa da população. Tampouco se preocupou com o problema da massificação de litígios. Somente tiveram o viés de exigir mais produtividade atomística, reforçando o ciclo burocrático tradicional. Na realidade, constituíram-se apenas mais modos de obtenção de conformação, na linguagem de Crozier, com a introdução de órgãos de controle e decisões vinculativas superiores. A reforma carece de um aspecto funcional profundo, no sentido de

³⁷¹ Frédéric ZENATI, *Le Citoyen Plaideur*, p. 191.

conferir instrumentos para a atuação política do Judiciário. Exacerba-se o caráter burocrático do Judiciário, com a constituição de formas de controle afastadas da realidade, que, nos dizeres de Crozier, geram normas distantes do centro de aplicação, sem percepção de seus problemas. Repete-se a situação descrita no capítulo do fenômeno burocrático no Judiciário, onde quem tem poder para resolver os problemas não os conhece, e quem os conhece não tem o poder para resolvê-los.

A forma atual de operação do sistema, ademais, não resguarda o imprescindível tempo para a formulação de um juízo reflexivo, como pressuposto essencial da decisão jurisdicional. E, sem tempo, a decisão não lança raízes suficientes sobre o passado, para construir uma obra duradoura para o futuro. A decisão jurisdicional rasa acaba por se tornar um subproduto do consumo de massas, fruto de uma atuação mecânica do juiz, sem lógica ordenadora do todo, gerando as distorções que alimentam o sistema. A baixa litigiosidade atola o Judiciário, que a trata como produto de consumo de alto valor agregado, nos moldes antigos, e demanda tempo de elaboração do produto jurídico incompatível com os padrões de urgência atual.

Estabelecida, segundo Baumann, a irreversibilidade da especialização e da consequente fugacidade do tempo, cumpre, agora, saber lidar com tais fatores.

O jurisdicionado, agora cidadão, apresenta interesses divergentes e centrífugos, valorizando não tanto a participação política nos moldes tradicionais, mas, principalmente, seus objetivos próprios. A prevalência dos interesses de consumo na teoria política é fenômeno apontado por Bobbio. Quando o cidadão busca a política, não o faz movido pelo interesse no bem comum. Busca um *output*, um benefício em seu favor³⁷². Tal lógica é integralmente aplicável ao demandante que movimenta o Judiciário, em regra, na defesa de seus interesses individuais.

A transferência do poder final de definição da juridicidade das condutas pelo legislativo ao Judiciário implica, também, a transferência da complexidade deixada em aberto pelo

³⁷² Norberto BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, p. 32.

legislativo ao Judiciário. O cidadão, no litígio, porta-se da mesma forma descrita por Bobbio, na busca da satisfação de suas necessidades particulares, sem interesse na construção de um bem comum. A prevalência de interesses particulares a moverem as partes não pode ter seu valor diminuído à luz do direito, ante o pluralismo de interesses que se quer resguardar na sociedade moderna. Não bastasse isso, a própria reminiscência do sistema liberal incentiva a busca do interesse individual, reforçado pelo sistema ordinário de legitimação. Assim, reconhecem-se a relevância e a permanência do cidadão comum como consumidor especializado dos serviços jurídicos, que busca a satisfação atomística de demandas. Cumpre à justiça organizar-se para atendimento da demanda. Ao Judiciário é atribuído o poder de mensuração das pretensões à luz do sistema legal, cabendo a ele, portanto, a definição do ponto de equilíbrio de direitos, mediante uma ação política, de construção do futuro, através da fixação de um grau razoável de compatibilidade entre interesses conflitantes. Sua atuação, em suma, torna-se o último bastião dos valores sagrados pelo sistema jurídico. Cabe ao Judiciário, em razão do conturbado quadro legislativo atual, a combinação de forças de vetores de interesses divergentes a um ponto de equilíbrio para finalização do litígio. Tal ponto de equilíbrio é estático no processo, mas sempre dinâmico frente ao tempo social, a ser revisto quando os valores o pedirem, em novas situações em aberto, com sensibilidade para a renovação dos discursos.

Por isso, a importância da consciência do juiz de sua função como ponto terminal do sistema jurídico, não somente como aplicador da norma, como seu integrador criativo, à luz de princípios, no caso concreto. E daí, a necessidade de se resguardar o julgador dos efeitos da pressão do tempo, para a construção do juízo reflexivo. Somente assim o Judiciário poderá passar de um simples fornecedor de serviço jurisdicional, para assumir a responsabilidade pela afirmação política da ordem jurídica.

5.2.1. A Nova Organização

A única forma de se responder à demanda judiciária, evitando-se a resposta do engenheiro de trânsito que constrói mais estradas, é a racionalização de seus serviços, à luz do processo de especialização social dos conflitos. Como remédio ao risco da perda de foco da especialização, contudo, coloca-se a visão profissional da magistratura, no sentido de

sua afirmação como poder político, que, necessariamente, trabalha num quadro de universalismo, como já colocado.

Para processamento de tais conflitos, comumente, há ou a via restrita do Juizado Especial de Pequenas Causas ou a via ordinária da Justiça Comum, tirantes os casos de competências extraordinárias em situações excepcionais, em especial aquelas definidas constitucionalmente.

O Juizado Especial de Pequenas Causas foi originariamente concebido para dar vazão ao que se chamava de litigiosidade contida³⁷³, como sendo aquelas causas que não seriam normalmente trazidos ao Judiciário. O juizado não é uma via aberta para a solução de todos os litígios pelo Judiciário, mas somente àqueles litígios apresentados por pessoas físicas, nos termos do artigo 8º da Lei n. 9.099/95, e, ainda, no estreito rol de matérias do artigo 3º da mesma lei.

A grande massa residual de causas, portanto, é de competência da Justiça Ordinária, marcada pela adoção, como padrão, de procedimento de alto nível, com grande quantidade de *inputs* e *outputs* intrassistêmicos, ou seja, comunicações e ordens internas dos profissionais da área que dizem respeito ao desenvolvimento da relação processual. Tais ordens constituem-se, aos olhos do leigo, em decisões indecisivas, que fazem estender o tempo entre a formulação da pretensão e o de recebimento do *output* extrassistêmico pretendido, a sentença ou decisão final. A decisão final é, na visão acertada de Elza Boiteux, o verdadeiro fundamento da especificidade da função de julgar está no elemento formal, e finalidade de toda a ação na Justiça³⁷⁴.

Nesse passo, o consumidor do produto fornecido pelo Judiciário é forçado a ter uma alternativa preponderante: o uso da justiça comum. A via rápida é restrita e excepcional. A via mais lenta é a regra do sistema Judiciário brasileiro.

³⁷³ Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. III, p. 769.

³⁷⁴ Elza Antonia Pereira Cunha BOITEUX, *O Significado Perdido da Função de Julgar*, p. 41.

Há necessidade de mudança do viés tradicional, de nivelamento da qualidade do litígio pelo alto. O Judiciário deve ampliar as opções ofertadas ao usuário de seus serviços, para atendimento das necessidades e expectativas diferenciadas. É necessária a criação de uma justiça diferenciada, voltada para a solução de litígios simples ou simplicíssimos, com causas de menor complexidade e de menor valor, à sombra da experiência de sucesso que foi a implantação dos juizados de pequenas causas. A seu lado, há a necessidade da manutenção da estrutura da Justiça tradicional para as causas que, efetivamente, demandem maior complexidade técnica ou envolvam interesses econômicos e políticos de maior estatura, vetando-se, contudo, seu atulhamento por causas de menor expressão.

Tal metodologia de trabalho, inspirada nas cortes inglesas, transferiria a responsabilidade pela escolha entre celeridade e qualidade ao próprio consumidor do serviço do Judiciário, que poderia mensurar o custo dos meios face aos benefícios pretendidos e realizar a opção entre serviços diferentes, hoje inexistente no Judiciário.

Além disso, é de interesse público a criação de formas adequadas para a solução em massa de macroconflitos. A produção de soluções atomizadas vai contra a racionalização do serviço, impondo o controle caso a caso de causas idênticas. Como problema adicional, a pluralidade de entendimentos conflitantes, decorrente da própria liberdade de julgamento dada ao juiz, é elemento que alimenta a desordem do sistema e demanda mais intervenções. O ideal seria o trato unificado de tais conflitos, combatendo-se com intervenções centralizadas a causa comum dos problemas, ao invés do combate isolado e disperso de seus efeitos.

Vejamos, nas linhas seguintes, como se realizar tal divisão.

5.2.2. Justiça de Pequenas Causas e Justiça Tradicional

A partir do momento em que há produção generalizada de litígios em grande quantidade, necessário, como na linha de produção de qualquer empresa, a adoção de metodologias de

trabalho otimizadoras, que reduzam a um mínimo a necessidade de intervenção humana, que deve ser realizada em pontos cruciais do processo.

Aplicando-se tal lógica ao Judiciário, o processamento de causas simples impõe diminuição da frequência e intensidade de *inputs*, tanto intra como extrassistêmicos, com a racionalização do procedimento. Tal quadro já é adotado pela própria lei 9.099/95, que reduz, por exemplo, o espectro probatório, ao impor o testemunho do perito como forma sumária de produção de prova (art.35), ou a concentração de todos os atos probatórios em audiência (art. 33).

Com isso, abre-se o caminho para tratamento atomizado de pequenos litígios. Tal via, hoje restrita, responderia à universalização da cidadania levada a efeito pela Constituição de 1988, possibilitando o acesso do cidadão a uma ordem jurídica que seja justa, simples e rápida.

Tal é a opção feita pelas cortes inglesas. Historicamente, a grande massa de litígios é resolvida pelas cortes inferiores, as *Magistrates' Courts* e as *County Courts*. Sua proliferação deu-se já no período da revolução industrial e, basicamente, essas cortes alcançam quase todas as matérias litigiosas inglesas: são questões criminais, cíveis e de família, tratando-se de vias simplificadas e ágeis para acesso irrestrito à justiça³⁷⁵, que resolvem a maior parte dos litígios comuns do cidadão inglês.

Seu procedimento é semelhante ao do Juizado, permitindo-se, na área cível, a apresentação de pretensões por pessoas leigas e o processamento rápido e informal da causa. Na área criminal, por seu turno, também há bastante semelhança com o nosso sistema, uma vez que são permitidos acordos, e somente as causas de menor complexidade são de sua competência, seguindo as causas de maior complexidade para as cortes superiores.

Por questão de organização judiciária, tais cortes têm competência exclusiva, na área cível, para causas de valor muito baixo. A partir de um determinado valor, contudo, cria-se a

³⁷⁵ René DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, p. 420-421.

possibilidade de propositura da ação tanto nas *County Courts* como na organização judiciária mais qualificada, a *High Court*, nos chamados *both way cases*. Por critérios variáveis, causas entre 25.000 libras e 50.000 libras são de competência de ambas as justiças. Causas acima de 50.000 libras são de competência exclusiva da *High Court*³⁷⁶. Os recursos ofertados nas *County Courts*, por seu turno, são de competência dos juízes da *High Court*, evitando-se o acúmulo de serviços nas *Courts of Appeals*.

Essa abertura de opção abre espaço de liberdade de escolha ao usuário do serviço do Judiciário. A angústia da definição da velocidade do litígio não é mais tarefa do Judiciário. A opção entre um procedimento mais célere e com menor espectro probatório e de debates, e um procedimento mais cauteloso, burocratizado, mas com maior possibilidade de provas e de debates, transfere-se ao interessado na obtenção do provimento jurisdicional, que mensura as suas necessidades pessoais, a complexidade da causa e as armas de que dispõe para escolha do campo de batalha. O cidadão não é conduzido à morosa, tortuosa e congestionada via principal apresentada pelo legislador, como ocorre hoje. Transfere-se parte substancial da responsabilidade pela aceleração do tempo ao próprio consumidor do serviço judiciário. Não há mais monopólio de um tipo de jurisdição, permitindo-se jurisdições concorrentes.

A noção da litigiosidade contida, na realidade, espelhava o tempo de outro Judiciário, anterior à constituição de 1988, que tinha em vista somente os grandes e complexos litígios movidos pelos principais usuários da justiça daquela época. Tal quadro reformou-se completamente, a ponto de se entender que houve sua inversão. A massa de litígios que aflora no Judiciário é o que se entendia fora do Judiciário de então. O acesso facilitado à justiça, o Direito Consumerista e a expansão da economia mudaram radicalmente tal quadro, invertendo-o e exigindo uma via célere e informal para a solução generalizada de litígios.

A matéria-prima necessária para a construção de uma Justiça simples, de competência ampla para pequenas causas já existe, podendo ser extraída da estrutura do Judiciário tradicional, hoje pejado de litígios pequenos, de que seria aliviado. Além disso, a justiça

³⁷⁶ Denis KEENAN, *English Law*, p. 27.

de pequenas causas exige um *Ethos* próprio, mas já existente no modelo do Juizado Especial atual. Nesse ambiente, por exemplo, o juiz tem liberdade para determinar a realização de provas e pode decidir conforme regras de experiência comum ou técnica. Ainda, pode decidir mediante a utilização da equidade, conforme os artigos 5º e 6º da Lei n. 9.099/95. A proibição de recursos durante a instrução e a concentração dos atos em audiência levam à necessária assunção, pelo juiz, de uma posição menos formalista. Elimina-se ao mínimo necessário para progresso da causa a presença de *inputs* e *outputs* indecisos. É uma justiça mais operacional, leve, concentrada e ágil, bem ao gosto das demandas de urgência e abertura normativa da modernidade.

O benefício adicional ofertado pela ampliação do sistema de juizados especiais é a desoneração dos tribunais, que fatalmente serão aliviados, não só pela diminuição da carga de recursos contra decisões interlocutórias, mas também de suas próprias competências, uma vez que o sistema de juizados conta com juntas recursais recrutadas entre os juizes de primeira instância, em situação similar àquela que ocorre na Inglaterra. Com efeito, lá, os juizes mais qualificados da *High Court* têm competência para apreciação de recursos das *County Courts*, sem necessidade de que os processos de menor expressão subam aos tribunais de apelação.

A metodologia de trabalho dos juizes ordinários, hoje adotada como regra, seria reservada às causas de grande complexidade. Com efeito, as regras hoje existentes, que tanto conturbam o desenvolvimento de causas mais simples, demonstram-se ideais para a realização de jurisdição mais trabalhada e elaborada. Com efeito, a complexidade da matéria em questão e de sua prova demanda uma majoração do tempo para maturação do processo.

Volta-se, nas grandes causas, à figura tradicional. As partes têm maior possibilidade de manifestação, permitindo-se a sua abertura a discussões mais amplas e por escrito. Podem, também, realizar provas de maneira mais detida e abrangente, em atenção à maior complexidade dos fatos e direitos envolvidos na causa. Os trabalhos são conduzidos por um juiz zeloso pelo ritualismo das normas processuais, que, ao final, deverá proferir uma decisão de cunho intelectual mais aprofundado e complexo.

Tal situação, contudo, deveria ser restrita a causas de grande complexidade, em que há grandes questões jurídicas, econômicas ou políticas em jogo, que geram um impacto maior, como exceção àquelas que pretendem ter suas necessidades jurídicas mais simples solucionadas de maneira rápida e não exigem o grau de segurança e precisão dos instrumentos jurídicos mais sofisticados. Tais instrumentos, hoje disponibilizados para todos, conseguem atender a poucos e satisfazer a quase ninguém.

5.2.3. Judiciário para Causas de Massa

O tratamento dado a litígios de massa, da mesma forma, demanda reparos profundos.

O tipo de litígio que mais se aproxima da noção de litígio de massa, o conflito coletivo de direitos individuais homogêneos, sempre existiu. Ele se manifestava, sob o regime do liberalismo, como um litígio individual ou em litisconsórcios facultativos unitários, vinculados que eram a uma causa de pedir idêntica. O litígio, ainda que apresentasse repercussões de massa, apresentava-se com roupagens individuais. Nesse passo, o tratamento diferenciado do litígio coletivo depende de como se apresenta ao Judiciário.

Hoje, admite-se a apresentação da antiga pluralidade de litígios através da via única do conflito da ação civil pública. Surge o Direito Processual Coletivo, como campo específico do conhecimento jurídico, com princípios e autonomia próprios.

O problema principal do tratamento do litígio de massa pelo Judiciário, através da Lei da Ação Civil Pública, decorre da inviabilidade da identificação de um litígio de massa pelo próprio Judiciário. A caracterização do litígio de massa, pelo regime da lei, não cabe diretamente ao Judiciário. A Lei da Ação Civil Pública permite o exercício de pretensão coletiva, em seu artigo 5º, por um rol de legitimados para a sua propositura. A estreita definição legal dos titulares da ação coloca nas mãos de terceiros, estranhos ao Judiciário, a possibilidade de definição de litígios de massa. Isso reflete o antigo viés do liberalismo de

colocar nas mãos dos interessados, tão somente, a iniciativa de provocar a tutela coletiva como bem lhes aprouver.

O reconhecimento da tutela coletiva não diz respeito exclusivamente a interesses de particulares ou seus substitutos processuais. Ao contrário, a articulação de um instrumento de decisão conjunta de litígios similares é questão de interesse público de administração da justiça, uma vez que permite a melhor administração dos recursos internos do Judiciário no sentido de fornecer a resposta rápida, econômica e uniforme a uma situação de violação em massa de direitos. A estreita visão do legislador, ao conferir às partes, e somente a elas, o poder de identificar uma situação merecedora de tutela coletiva, vai contra a simplificação que se quis dar ao processo coletivo e deixa às partes, com visão especializada e atomista do todo, o poder de lhe dar senso. Não se deixou qualquer possibilidade ao Judiciário, destinatário das múltiplas pretensões, e com melhor visão do todo do funcionamento da Justiça, de reconhecer a relevância de uma determinada situação repetitiva, a identificar uma violação de direitos em massa e instaurar um procedimento para julgamento exemplar da causa, com base em que seriam julgados todos os litígios que envolvessem situação idêntica.

Outra característica que demonstra o viés restritivo adotado pelo legislador é a possibilidade de a parte interessada que já tenha proposto ação individual filiar-se à ação civil pública já em andamento, pedindo seu sobrestamento até decisão da ação civil pública, ou levar à frente o feito pelo regime da ação individual, opção que a lei lhe dá nos termos do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor. Privilegia-se a opção da parte, em detrimento da organização da justiça. Tais questões, a nosso ver, não são de conveniência particular da parte. Dizem respeito à organização da Justiça e devem ser vistas como interesse público, conferindo precisão ao sistema jurídico para uma uniformidade maior de decisões e a definição unificada de uma pluralidade imensa de ações, com evidente economia para o sistema judicial. O litígio de massa seria combatido através de decisões de massa.

Assim, embora se apregoe que a Lei da Ação Civil Pública se volte para a simplificação do sistema, de uma forma geral, não gerou os efeitos esperados. Há que se reconhecer uma

melhor articulação de tal tipo de litigância quando levada à frente pelo Ministério Público, ou em ramos de interesse em que a sociedade civil é particularmente bem organizada, como em meio ambiente ou política. Causas atomizadas, sem frentes comuns de luta social não são intermediadas por qualquer entidade, cabendo a sua solução pelo Judiciário caso a caso.

O Judiciário, portanto, não contava com qualquer instrumento interno para combater o fenômeno do litígio em massa.

Como reação significativa ao absolutismo da iniciativa das partes nessa área, o legislador permitiu o tratamento igualitário de litígios com o mesmo fundamento de direito. O artigo 543, letras B e C, do Código de Processo Civil, modificado pela chamada lei dos recursos repetitivos, permite aos tribunais superiores suspender o andamento de recursos nos tribunais inferiores quando os fundamentos do direito em debate forem idênticos, dando preferência de julgamento ao recurso da matéria tida como repetitiva. Supera-se, aqui, o conceito de litígio coletivo, cuja definição é de competência das partes, atribuindo-se ao próprio Judiciário a possibilidade de conceituar litígio de massa com o mesmo fundamento de direito, o que reputamos um avanço.

A despeito disso, mais uma vez se vê o caráter restritivo da reforma: ela apenas atinge a pequena parcela dos recursos que chega aos tribunais superiores. Não surte efeitos para os tribunais inferiores e para a primeira instância, senão para suspensão dos recursos especiais processados em segunda instância. Exclui, com isso, a grande massa de processos em curso, que estão justamente na primeira instância, e processos em grau de recurso nos tribunais inferiores em que ainda não há recurso especial.

Já antevendo o efeito restritivo da lei, em recente e moderna decisão, o Ministro Sidney Beneti colocou a necessidade de extensão das benesses da lei não somente às causas com recursos especiais nos tribunais, mas todos feitos que tenham causa de pedir idêntica, pouco importa se em curso em primeira ou segunda instância. No feito, a parte insistiu no prosseguimento da ação individual, a despeito da suspensão das ações individuais

determinada em ação coletiva com o mesmo objeto, em trâmite perante o STJ. A pretensão foi indeferida, conforme a relevante sustentação traçada nos excertos que seguem:

“Trata-se de recurso representativo da controvérsia em que os rigores formais de admissibilidade devem ser mitigados, diante relevância da tese principal, a fim de que se cumpra o que a Lei atualmente determina, ou seja, que o Tribunal julgue de vez, com celeridade e consistência, a macro-lide multitudinária, que se espraia em milhares de processos, cujo andamento individual, repetindo o julgamento da mesma questão milhares de vezes, leva ao verdadeiro estrangulamento dos órgãos jurisdicionais, em prejuízo da totalidade dos jurisdicionados, entre os quais os próprios litigantes do caso”.

“Quanto ao tema de fundo, deve-se manter a suspensão dos processos individuais, determinada pelo Tribunal de origem, à luz da legislação processual mais recente, mormente ante a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008), sem contradição com a orientação que antes se firmara nos termos da legislação anterior, ou seja, ante a só consideração dos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública”.

“O enfoque jurisdicional dos processos repetitivos vem decididamente no sentido de fazer agrupar a macro-lide neles contida, a qual em cada um deles identicamente se repete, em poucos processos, suficientes para o conhecimento e a decisão de todos os aspectos da lide, de modo a cumprir-se a prestação jurisdicional sem verdadeira inundação dos órgãos Judiciários pela massa de processos individuais, que, por vezes às centenas de milhares, inviabilizam a atuação judiciária”.

(...)

“No atual contexto da evolução histórica do sistema processual relativo à efetividade da atividade jurisdicional nos Tribunais Superiores e nos próprios Tribunais de origem, as normas processuais infraconstitucionais devem ser interpretadas teleologicamente, tendo em vista não só a realização dos direitos dos consumidores, mas também a própria viabilização da atividade judiciária, de modo a efetivamente assegurar o disposto no art.

81 do Código de Defesa do Consumidor, e forma que se deve manter a orientação firmada no Tribunal de origem, de aguardo o julgamento da ação coletiva, prevalecendo, pois, a suspensão do processo, tal como determinado pelo Juízo de 1º Grau e confirmado pelo Acórdão ora recorrido”.

“Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de ajuizamento da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o prosseguimento desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide. A suspensão do processo individual pode perfeitamente dar-se já ao início, assim que ajuizado, porque, diante do julgamento da tese central na Ação Civil Pública, o processo individual poderá ser julgado de plano, por sentença liminar de mérito (CPC, art. 285-A), para a extinção do processo, no caso de insucesso da tese na Ação Civil Pública, ou, no caso de sucesso da tese em aludida ação, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva”.

(...)

“Mas a faculdade de suspensão, nos casos multitudinários, abre-se ao Juízo, em atenção ao interesse público de preservação da efetividade da Justiça, que se frustra se estrangulada por processos individuais multitudinários, contendo a mesma e única lide, de modo que válida a determinação de suspensão do processo individual, no aguardo do julgamento da macro-lide trazida no processo de ação coletiva. A interpretação não se antagoniza, antes se harmoniza à luz da Lei dos Processos Repetitivos, com os precedentes desta Corte antes assinalados”.

“Note-se que não bastaria, no caso, a utilização apenas parcial do sistema da Lei dos Processos Repetitivos, com o bloqueio de subida dos Recursos ao Tribunal Superior, restando a multidão de processos, contudo, a girar, desgastante e inutilmente, por toda a máquina jurisdicional em 1º Grau e perante o Tribunal de Justiça competente, inclusive

até a interposição, no caso, do Recurso Especial. Seria, convenha-se, longo e custoso caminho desnecessário, de cujo inútil trilhar os órgãos Judiciários e as próprias partes conscientes concordarão em poupar-se, inclusive, repita-se, em atenção ao interesse público de preservar a viabilidade do próprio sistema Judiciário ante as demandas multitudinárias decorrentes de macro-lides”.

“A suspensão dos processos individuais, portanto, repousa em entendimento que não nega vigência, aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, apenas lhes atualizando a interpretação extraída de toda a potencialidade desses dispositivos legais³⁷⁷”.

O Acórdão reconhece a insuficiência do direito vigente no sentido de evitar o julgamento atomizado e busca a solução do que chama de “macrolide”, como evento comum causador de litígios. E, numa interpretação teleológica da lei dos processos repetitivos, o sistema protetivo do consumidor e a lei da ação civil pública, propõe-se o resguardo do espaço de decisão do Judiciário na administração da Justiça, asfixiado que se encontra pela antiquada metodologia de trabalho da solução do litígio caso a caso.

O acórdão, assim, permite a aplicação irrestrita do preceito da lei de processos repetitivos a todas as instâncias do Judiciário, quando autorizado pelo Superior Tribunal de Justiça. A deliberação sobre a caracterização da causa coletiva não se volta mais a uma opção privada de interesse público, como faz entender a lei da ação civil pública. Vai além, para que se vislumbre o interesse público na unificação de causas similares de massa, com grande impacto na jurisdição.

Concedendo-se tal poder ao Judiciário, atende-se à necessidade da definição de parâmetros uniformes de decisão, à racionalização de serviços internos e às preocupações esposadas por Marcato, expostas logo no início dos nossos trabalhos.

³⁷⁷ STJ, Resp. n.1.110.549-RS,, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Recorrente: Edviges Misléri Fernandes, Recorrido Banco Santander S/A.

A preocupação com o tempo da decisão também é resolvida legalmente, cabendo a sua aplicação prática. Estabelecida a prioridade do litígio coletivo, nos termos do artigo 543, Letra C, §6º, do CPC, ela é complemento necessário para criação de precedente exemplar em tempo hábil a impedir o atulhamento do Judiciário com causas repetitivas ou, ao menos, sua rápida solução.

Não obstante a sensível melhora proposta, a solução mais viável e eficaz para o problema do litígio de massa é a do direito alemão.

O Master Proceedings Act, de 1o de Novembro de 2005, foi uma lei editada para proteção de investimentos. Segundo Ada Pellegrini Grinover, a Corte de Frankfurt recebeu 14.000 autores com a propositura de 2.200 ações contra a Deutsche Telekom. O grande número de ações implicou um atraso de três anos e meio entre a distribuição e a data das primeiras audiências e antevia-se um prazo de quinze anos para decisão dos feitos, se não houvesse uma modificação legislativa para a adoção de um procedimento de processos de massa. O procedimento simplificado para causas de massa surgiu como resposta a tais problemas.

O procedimento é iniciado a pedido de uma parte que traz as questões de direito ou de fato. A própria corte de primeira instância analisa se é caso de uma ação de massa e, se for o caso, determina a publicação pelas vias adequadas, para ciência e habilitação de outros autores. Habilitados no mínimo nove autores, a corte de primeira instância fixa os pontos de fato e de direito, e o feito é enviado à Corte de Apelações, enquanto os demais feitos semelhantes são suspensos. Após condução do litígio em segunda instância, chega-se a uma decisão vinculante para todos os casos similares, que aguardavam a solução. Os feitos suspensos são decididos caso a caso, excepcionando-se eventuais particularidades que fogem à regra geral colocada pela Corte³⁷⁸.

³⁷⁸ Ada Pellegrini GRINOVER, Relatório Geral, Civil Law, *XIII Congresso Mundial de Direito Processual Salvador-Bahia*, p. 99-100.

No núcleo do poder de definição do litígio em massa, no direito alemão, está o papel preponderante da corte de primeira instância. Ela é diretamente afetada pelo afloramento de litígios repetitivos, tem as melhores condições de identificar a situação do litígio em massa, preparando o campo para a sua solução conjunta, além de ser favorecida com a diminuição do volume de serviços com a suspensão imediata dos feitos similares até decisão final. Cremos que a lei dos processos repetitivos representa um avanço nesse sentido, mas o ponto ideal do mecanismo seria permitir-se ou aos tribunais inferiores ou à própria primeira instância constatar a existência do litígio de massa para uma solução coletiva rápida e uniforme, mediante critérios teleológicos do uso racional da jurisdição.

Com a racionalização, permite-se ao juiz, desafogado da demanda, parar para pensar. Para Hannah Arendt, o pensar é um presente intemporal, pois passado e futuro estão igualmente presentes, embora ausentes de nossos sentidos quando da atividade de parar para pensar. O pensamento preenche a lacuna entre passado e futuro. Concilia a vontade, como faculdade voltada para o futuro, de impaciência e tensão, e de realização, com o juízo, como vertente retrospectiva, que depende do passado para sua construção³⁷⁹.

Obedece-se, assim, à advertência de Öst: *“não deve se impor à vida social (praxos) ritmo programado que convém à fabricação das coisas (poiesis): uma vez que a primeira deriva de uma temporalidade aberta que se ajusta à lógica plural e interativa da razão prática, a segunda procede da razão técnica e de seu tempo homogêneo e contínuo. Se insistimos neste ponto, é porque substituir o “agir” (político) pelo ‘fazer’ (técnico), assimilar a história dos homens a um artefato, e reduzir a nada o espaço do kairós: é o desejo secreto de todos os pensamentos antidemocráticos”*³⁸⁰.

François Öst coloca, citando Lon Fuller, a distinção entre o regime de direito e o regime de gestão empresarial: *“enquanto no primeiro são editadas regras gerais às quais nos atemos, garantindo assim simultaneamente a igualdade diante da lei e a segurança na sua vigência, o gerenciar por sua vez não se liga nem à generalidade de regulamentação, nem à convergência das intenções apregoadas e dos atos colocados. É que seu princípio de*

³⁷⁹ Celso LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 90.

³⁸⁰ François ÖST, *O Tempo do Direito*, p.32.

ação é a eficácia, ao passo que o imperativo dos dirigentes no Estado de Direito é a manutenção da confiança mútua”³⁸¹.

Assim, o tempo para pensar a solução em massa deve se conciliar com o circuito de conhecimento da especialização: ainda que, por um curto espaço de tempo, o especialista deve se concentrar na elaboração do modelo de conformação. Tal modelo – e não o seu produto – é destinado à construção de um espaço público duradouro. Com isso, alcança-se, efetivamente, o tempo necessário para a formação do juízo reflexivo. Volta-se, ao menos parcialmente, à esfera da liberdade de constituição de um novo modelo de decisão. Estuda-se a operacionalidade do modelo, para se buscar algo durável, a ser apreciado pelo público, a exemplo do exigido por Ferraz Júnior, ainda que seus efeitos sejam sentidos em massa.

Há, contudo, que se ter cuidado na aplicação do modelo de decisão, para que não ocorra a sua inadequação às situações específicas que comportem tratamento diferenciado. Daí a necessidade de utilização do modelo somente para situações cujos fatos e direitos que se demonstrem efetivamente similares, em que a manifestação jurisdicional seja uma resposta a um fenômeno determinado. Cabe ao julgador saber lidar com o novo conceito de normatividade da decisão judicial, com a adoção de precedentes como regras e a sua exceção, a exemplo do método de trabalho do juiz anglo-saxão.

Restaura-se, assim, o espaço de liberdade de formulação do modelo pelo juiz, que, mesmo numa sociedade de massas, não mais se vê premido entre as demandas de produtividade e a necessidade de construção de uma decisão publicamente duradoura e relevante, permitindo-se uma produção de qualidade, refletida e bem trabalhada, ainda que de impacto generalizado e alcance de massa.

5.2.4. A Execução

³⁸¹ *Ibid.*, p.205.

A constituição de soluções “*ad hoc*” vem na esteira da relativização do Direito e acompanha o movimento do abrandamento da predefinição das sanções pelo direito material, permitindo-se ao juiz o uso de um leque mais aberto de soluções.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a tutela específica de direitos veio, em primeiro lugar, pelo artigo 11 da Lei n. 7.347/85, que colocava a determinação, pelo juiz, do cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica ou multa diária independente de pedido do autor. Em seguida, vieram as inovadoras disposições do Código de Defesa do Consumidor, que, em seus artigos 83 e 84, permitem a execução, de forma ampla, de todas as medidas adequadas para a obtenção da tutela efetiva. Tal novidade busca “*conferir ao processo, mais especificamente ao seu provimento, maior plasticidade e mais perfeita adequação e aderência às peculiaridades do caso concreto*”³⁸². A utilidade de tal abertura foi tamanha que acabou por ser incorporada no Direito Processual Civil ordinário, no artigo 461, e seu §5º, do Código de Processo Civil.

O próprio procedimento já se amoldou a práticas mais abertas de execução, que permitem a configuração da decisão adequada caso a caso. Tal *modus operandi* atende à nova metodologia de trabalho do Judiciário, menos burocrática mais voltada à execução de princípios genéricos, lidando com preceitos legais dispostos pela rede. A complexidade do Direito gera impacto no mundo dos fatos com alto grau de imprevisão, e o advento desses novos instrumentos permite a manipulação de remédios diversos, não contidos originariamente no preceito normativo ou mesmo na decisão judicial objeto de execução, para a sua concretização.

O abrandamento das noções espaciais de incidência do ordenamento jurídico e o risco de imprecisão quanto ao local da execução também recomendam tal modificação. Com efeito, danos ambientais cuja extensão supera uma determinada competência ou contratos internacionais violados, num mundo de fronteiras abertas, exigem uma forma de execução aberta, permitindo-se meios alternativos de penalização do devedor recalcitrante, em caso de inviabilidade da obtenção direta da conduta pretendida.

³⁸² Ada Pellegrini GRINOVER, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 857.

Em suma, as formas de execução aberta, inicialmente restritas ao rito da ação civil pública, espalharam-se para todas as áreas do Direito. A indeterminação de conteúdo normativo da atuação legislativa, com a resultante falta de efetividade das políticas públicas, principal reflexo da insuficiência do Estado Social, contaminou todas as áreas do Direito, agora sujeitas aos princípios. Como resposta ao problema da efetividade, de forma geral, tanto para problemas individuais, coletivos ou difusos, surge o novo tipo de execução, mais aberto à indefinição prévia dos princípios, apto a atribuir ao juiz os meios adequados para se conferir cumprimento à decisão judicial, para resolução definitiva do litígio. Um ordenamento aberto deve permitir vias abertas para consecução, no mundo dos fatos, dos objetivos nele consagrados.

5.2.5. Mitigação da Burocracia

O Judiciário, no quadro exposto na tese, experimentou majoração da sua responsabilidade de conferir integridade ao sistema jurídico, através da fixação da conduta juridicamente relevante no caso concreto e, ainda, na busca da modificação do mundo fático para concretização do preceito jurídico, através da execução.

A divisão de serviços sugerida entre jurisdições universais superiores e inferiores e a administração de conflitos de massa acompanham a tendência de especialização e buscam dar soluções de produtividade dos conflitos trazidos ao Judiciário, seja pela simplificação de procedimentos, seja pela aplicação massiva de decisões a casos similares, resguardando-se apenas uma pequena parcela de competência para operação do sistema jurídico nos moldes antigos.

As propostas, calcadas na especialização, têm nítido caráter burocrático, o que, em princípio, vai contra o sustentado neste trabalho. Para balanceamento de tal carga de burocratização, é necessária a valorização da natureza profissional da atividade judiciária. Aliás, a reforma proposta vem justamente em defesa do tempo necessário para a formação do juízo reflexivo por parte do juiz, hoje atribulado por uma pletora de causas tratadas de

forma atomística, possibilitando-lhe uma visão política institucional no momento da decisão.

Maria Rosaria Ferrarese coloca que a universalidade do juiz decorre da sua atuação em um ambiente de conflito, cabendo a ele manter distância entre as partes³⁸³. Dessa visão, portanto, extrai-se que ao juiz são endereçados argumentos divergentes produzidos pelos especialistas, cabendo a ele identificar, de forma universalista, o caminho mais adequado para a convivência das pretensões. O juiz, portanto, tem o dever de argumentação centrípeta, em contraposição aos interesses centrífugos supostamente incompatíveis que levam as partes a litigar.

A atuação do juiz não deve ser burocratizada ou excessivamente especializada. Embora se entenda que a especialização é necessária para melhoria da eficácia da organização judiciária, não há que se perder a visão de todo que o juiz deve ter. Em especial, ele tem responsabilidade pela colocação de senso não somente das normas em particular, mas também de sentido a todo o sistema jurídico, dentro da visão universalista mencionada por Ferrarese.

Para a atuação do sistema de normas e em reação ao processo de especialização, não há que se responder com a instauração de mais demandas, mais juízes e mais funcionários. O Judiciário, é certo, deve estar armado com as vias adequadas para a solução eficiente dos litígios, usando racionalidade na aplicação de seus meios.

Chayes arrola as virtudes do Judiciário na *public litigation* americana. A primeira delas é contar com um juiz independente na presidência dos trabalhos, que, apesar de manter distância da política, tem certo conhecimento do processo político e dos problemas de políticas públicas. Além disso, o juiz tem ideal profissional de análise reflexiva e desapaixionada das causas e tem experiência em lidar com os problemas dessa forma. Além disso, o modelo permite a constituição de políticas públicas “*ad hoc*” em situações limitadas, permitindo a confecção de decisões especialmente configuradas a casos

³⁸³ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 151.

concretos. Em terceiro lugar, o sistema exige participação ativa daqueles que serão afetados pela decisão. Em quarto lugar, a participação ativa exige das partes a produção de informação, que é focada e especificada no caso concreto, mormente ante a possibilidade de análise por peritos do juízo. Em quinto lugar, o processo judicial é um mecanismo de respostas efetivo às promessas assumidas pelo estado social, pois, enquanto o poder executivo pode ficar inerte, o Judiciário deve se manifestar sobre a causa. Em sexto lugar, o Judiciário tem a vantagem de não ser burocrático, uma vez que consome energias extraídas de fora do Judiciário ou do governo na exploração da situação e fixação de remédios. Cria uma pequena e representativa força-tarefa, reunida “*ad hoc*”, desmantelada quando o problema for resolvido³⁸⁴.

O modelo proposto por Chayes aplica-se, com perfeição, a todos os tipos de causa e não somente aos litígios de interesse público. Assumindo-se os pontos de vista do trabalho, com a progressiva abertura da interferência do Judiciário em decorrência da falta de precisão legal, a eficiência de tal modelo também é viável para as outras áreas de atuação da Justiça, em especial o Direito Privado. Um juiz que, apesar de independente, é permeável aos problemas políticos, introduz a utilização da teleologia dos valores, ponto de vista relevante para que se trabalhe num sistema de princípios. Ainda, a sua experiência em lidar de forma independente com o problema reflete o pressuposto da universalidade para desempenho de sua atuação profissional, já retratado por Ferrarese. A colocação da participação ativa das partes e a sua responsabilidade na produção de informação no caso em concreto refletem os tradicionais conceitos de divisão de ônus da prova. A necessidade de manifestação do Judiciário é a proibição do *non liquet*, tradicional no Direito e cada vez mais imperativa, não somente no que diz respeito à finalização do litígio como também no tempo despendido para tanto. A constituição de políticas “*ad hoc*” já foi abordada no ponto anterior, sobre a execução aberta, coincidindo com nosso ponto de vista.

Em aparente contrariedade ao nosso trabalho, contudo, Chayes coloca que o Judiciário não seria um órgão burocratizado, permitindo-se a constituição de um time “*ad hoc*” para a solução de lides. Na realidade, tal observação cinge-se à distinção formulada por Ferrarese entre o caráter profissional e o burocrático na carreira do magistrado. Vê-se que o elogio

³⁸⁴ Abraham CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, p. 1.307-1.309.

formulado por Chayes, em seus seis pontos-chave, refere-se à profissionalização da atividade jurisdicional do juiz e não ao caráter burocrático da atividade.

Para que a atuação jurisdicional atinja seus objetivos, não há que se assumir a posição de um Judiciário Grande, a que alude Cappelletti³⁸⁵, que nada mais é que admitir a provocação do engenheiro rodoviário de Posner. Ao contrário, evitar-se tal caminho é permitir ao Judiciário resguardar-se dos efeitos prejudiciais de seu agigantamento, evitando-se, como bem ponderado por Chayes, a sua burocratização através de mecanismos pesados e custosos de especialização, o que ocorreu aos demais poderes. Ao contrário, o Judiciário somente poderá fugir de tal caminho se mantiver a consciência de seus poderes “*ad hoc*”, de forma a gerar ônus relativamente baixos e, ao mesmo tempo, mobilização vigorosa das partes na apresentação de fatos e argumentos.

Como pondera Owen Fiss, a burocratização do Judiciário demanda a nomeação de mais juízes, a criação de instituições adjuntas e contratação de auxiliares. Há o risco, mencionado por Donald Horowitz (e já apontado pelo próprio Max Weber, de forma genérica³⁸⁶), de o Judiciário, como órgão controlador, assemelhar-se à instituição que procura regular ou controlar. Além disso, há os problemas da sobrecarga de trabalho, da necessidade de conhecimentos especializados e a possibilidade do juiz isolar-se da investigação e críticas públicas, comportamento de retração típico do regime burocrático. Tais problemas colocam o perigo de o Judiciário isolar-se, burocratizar-se e destruir o caráter peculiar do diálogo, que é o centro da função judicial, afastando o juiz dos pedidos e da responsabilidade por sua decisão³⁸⁷.

Por isso, a necessidade imperativa de racionalização da atuação do Judiciário, de forma a afastá-lo do perigoso caminho da burocratização e especialização com perda de foco no núcleo principal da atividade judiciária, o discurso na busca da convivência entre direitos, que levou à relativa ineficiência dos outros poderes.

³⁸⁵ Mauro CAPPELLETI, *Juízes Legisladores?*, p. 43.

³⁸⁶ V. p. 44.

³⁸⁷ Owen FISS, *Um Novo Processo Civil*, p.116.

Para reforço do caráter profissional da atividade jurisdicional, em detrimento do caráter burocrático, que limita a liberdade de atuação do juiz, o caminho apontado por Maria Rosa Ferrarese é o reforço do caráter estatal da atuação jurisdicional. Apesar do aparente contrasenso, o reforço das garantias estatais da magistratura italiana constituiu condições favoráveis para a afirmação da profissão judiciária, criando uma liberdade de cada magistrado criar sua própria dialética jurisprudencial sem condicionamentos de carreira, transmudando-se a ideologia da função jurisdicional como profissão, em detrimento da ideologia da função como serviço público³⁸⁸.

A necessidade de se redimensionar o Judiciário além do poder burocrático, contudo, deve ter em vista as suas características peculiares. Como vimos, a instituição burocrática é dotada de rigidez, e é minimamente flexível dentro de um espaço de discricionariedade, de indeterminação normativa, que permite negociação interna. O Judiciário, contudo, age na esfera da estrita legalidade e em obediência à impessoalidade, tanto nas suas atividades jurisdicionais como no âmbito da organização interna de seus trabalhos. Tal configuração aponta um espaço mínimo de negociação interna, que confere extraordinária rigidez burocrática à organização. Por fim, a falta de espaços geradores de informações entre os núcleos de decisão e o local de sua aplicação torna a instituição alheia à percepção interna dos defeitos de sua atuação, somente se movendo mediante provocação externa.

Para alteração de tal quadro, no ponto de vista de Ferrarese, o correto seria o investimento no caráter estatal da profissão, em especial para respeito à independência funcional dos juízes³⁸⁹. Com isso, há o conseqüente reforço do caráter criativo da atividade jurisdicional. Tal atuação vem de encontro à necessidade de uma nova ação do Judiciário, que aplica um sistema jurídico aberto, de forma inventiva e prática, ao contrário dos estritos parâmetros de subsunção da norma ao fato em situações de litígios interindividuais que tornam rotineira e burocrática a atuação do Judiciário. A atividade judicial exercita-se em ambiente de universalismo e multiculturalismo com foco na concretização de uma ordem jurídica não mais formada por normas, mas valorada como justa, como pondera Dinamarco à luz de Watanabe³⁹⁰.

³⁸⁸ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p. 139.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 139.

³⁹⁰ Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. I*, p. 114-115.

Aurélio Wander Bastos também coloca que é imprescindível a conscientização da importância política da atuação do Judiciário, que deve se sobrepor à posição processualista tradicional. A leitura política do papel e das funções judiciárias resguarda a eficácia das suas próprias funções processuais³⁹¹.

Um maior grau de liberdade dentro do sistema, por seu turno, liberta seus participantes do apego à ritualização como meio de evitar penalidades e investe na exigência de uma maior participação do membro na organização. O caráter burocrático da atividade jurisdicional surgiu como forma de controle da sua autonomia. Para Crozier³⁹², o fenômeno burocrático é um equilíbrio entre o controle social para manutenção de uma organização em movimento e as reações do grupo humano a ele submetido. A organização burocrática funciona porque não depende do entusiasmo dos seus participantes. Mas impõe padrões de conduta e conformação dos participantes, que se retraem na comodidade do ritualismo das normas prescritas pela organização³⁹³. A retração dos participantes do sistema ao cumprimento da norma interna impede o conhecimento da ação coletiva e, por conseguinte, liberta o membro da organização de qualquer pressão.

A superação da atitude de retração e a tomada de posição política, não no senso partidário, mas no senso arendtiano na construção de espaço comum para debates voltados à concretização duradoura de uma instituição, impõem o estabelecimento de uma organização interna mais aberta, mas, ainda, com garantias.

Aos membros da organização deve ser garantida compensação substancial por sua participação positiva, ao contrário da tradicional resposta de obtenção de conformação forçada por novas normas de conduta. Ainda no âmbito interno, devem ser incentivadas a confiança e sinceridade dos colegas, a permitir uma conscientização de sua dependência em relação aos demais. Isso caracteriza a necessidade de extração de um posicionamento

³⁹¹ Aurélio Wander BASTOS, *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*, p. 192.

³⁹² Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p.296-303.

³⁹³ *Ibid.*, p.298.

comum que expressa a vontade política, gerado através da interação de discursos entre a pluralidade de agentes envolvida no debate jurídico.

A criação de visão conjunta da instituição passa pela necessidade forçosa da abertura de um espaço de participação e debates, inviável no sistema burocrático hierárquico que se vê hoje. Tal espaço mitigaria os efeitos do distanciamento entre os centros de decisão e os de execução, característica da burocracia, que impede a percepção dos problemas e a oferta de soluções pelos próprios interessados. Eliminaria, também, o fechamento das unidades judiciárias em feudos administrativos independentes e incommunicáveis entre si, com linguagens operacionais diferentes, a criar o espírito de castas reinante no sistema burocrático. Tal ambiente permitiria a criação de *feedbacks* conjunturais, na linguagem sistêmica, para constante busca de equilíbrio da instituição.

No sistema jurídico inglês, por exemplo, juízes de primeira instância da *High Court* também julgam recursos oriundos das cortes inferiores, as *County Courts*, permitindo-se a sua familiarização tanto com os problemas recursais como os de primeira instância. Valoriza-se o intercâmbio de posições entre juízes de mesmo grau jurisdicional, embora atuantes em cortes diferentes. Ao mesmo tempo, torna-se possível ao julgador de primeiro grau projetar os problemas que a sua própria atividade pode trazer à segunda instância. Tal flexibilidade, portanto, quebra o espírito de casta e permite uma visão melhor do conjunto da justiça em funcionamento³⁹⁴.

Uma alternativa para a criação de uma melhor noção de todo pelo Judiciário seria a democratização interna. O ambiente democrático permite a revisão crítica dos objetivos institucionais da justiça, um debate sobre seu papel político e ligação entre os centros de poder e aqueles que atendem diretamente ao público. É um remédio à tecnocracia da burocratização, tratando-se de dois institutos radicalmente opostos. Democracia e tecnocracia são antitéticas, segundo Bobbio³⁹⁵. Decisão tecnocrata implica redução do espaço de democracia, uma vez que o governo técnico exige participação dos especialistas, e o governo democrático, a participação de todos. Com isso, o espaço democrático interno

³⁹⁴ Denis KEENAN, *English Law*, p. 32.

³⁹⁵ Norberto BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, p. 34.

majora o espaço de negociação e a consciência de grupo, que é quase inexistente. Permite, também, o arejamento de discussões de cunho político, no atendimento de uma vontade uniforme e conjunta. Por fim, o núcleo de decisão aproxima-se das pontas de execução. É notório o avanço que o Ministério Público experimentou, por exemplo, após a democratização e o reforço de sua independência, justamente como foco da profissionalização da profissão a que alude Maria Rosaria Ferrarese. Assumiu a titularidade de ações civis públicas e está presente em todas as questões públicas relevantes, em razão de debates democráticos sobre a política interna da organização e os caminhos de aprimoramento institucional.

Internamente, coloca Crozier, a instituição moderna parte da necessidade de liberação dos critérios operacionais já cristalizados e maior flexibilidade da organização para adaptação às mudanças. Mas, para tanto, são necessárias a confiança na iniciativa e a capacidade de invenção³⁹⁶. Tais manifestações somente podem ser colhidas em ambiente aberto, em que há sensibilidade por parte dos centros de poder, não somente às demandas dos membros da organização, como também às demandas externas.

Nas empresas modernas, aponta o autor, o progresso do conhecimento afastou a noção da *one best way*, cujo alcance é impossível, do caminho mais racional, diminuindo-se a rigidez do sistema de tomada de decisões. As organizações incorporaram a incerteza em seus cálculos e reconheceram “*a ilusão de uma racionalidade cada vez mais empobrecida pela preocupação do rigor lógico e da coerência unitária imediata*”. Não se tem a pretensão de alcance da solução ótima, mas a mais satisfatória, com critérios particularistas, geralmente pobres para a complexidade do problema³⁹⁷. Nesse novo quadro, o raciocínio sobre a incerteza, através das probabilidades, permite o afastamento das dicotomias tradicionais das funções entre dirigentes e executantes, e entre a racionalidade de sentimento e a racionalidade econômica³⁹⁸. Supera-se, com isso, a noção da sabedoria da organização administrativa centralizada, impondo-se a necessidade da abertura de um diálogo entre todos os participantes da organização para um melhor senso do seu sentido geral.

³⁹⁶ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p.272.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 234.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 235.

Já afirmamos, na análise do fenômeno burocrático, que Crozier coloca que a mudança dentro de um poder burocrático se dá bruscamente, em períodos de crise profunda, onde o balanço de poderes é redimensionado e rapidamente cristalizado. Tal modificação, como já descrito, ocorre de cima para baixo e de forma radical e uniforme, sem espaço para implementações graduais, em razão da generalidade e impessoalidade que alimentam o sistema. Entendemos, contudo, que uma opção de caráter político do Judiciário implica uma mudança de comportamento, que, segundo Ferrarese, não se dá através da imposição de um novo modelo institucional, mas por evolução lenta e espontânea do modelo de magistrado, que exige um modo diverso de relação entre os magistrados. É certo que tal transformação quebra o equilíbrio existente e tem aspecto traumático, mas é um positivo enriquecimento do jogo social. Afinal, através do experimento de novos modelos é que se verifica a sua viabilidade. Em tais situações, segundo a autora, citando Crozier e Friedberg, o aumento dos processos de diferenciação funcional e as consequentes formas de aceleração das especificações existentes possibilitam, em situação de grande complexidade social, a modificação das competências em jogo e as combinações entre fatores tradicionalmente distintos³⁹⁹.

Crozier, ao final de seu trabalho, coloca que o ideal, dentro do sistema, é uma combinação das aspirações e esperanças dos indivíduos e as exigências práticas da própria organização, que lhes fornece um fundo de independência e segurança⁴⁰⁰.

Em suma, em uma proposta final, ao Judiciário não basta a abertura operacional externa. Um juiz moderno, que trabalha com instrumentos legais de maior fluidez, que aplica os princípios teleologicamente e que respeita a pluralidade e liberdade de discursos, não tem lugar numa instituição excessivamente rígida, burocratizada e estruturada sobre normas de conformação. No fundo, reconhecer-se tal papel na área jurídica e negar-lhe espaço de liberdade e criatividade na área administrativa é comprometer a realização de todos os papéis que dele se exigem hoje. O reforço ao caráter profissional da atividade judicial, a diminuir o poder da burocratização do Judiciário, é indispensável para se ampliar o estreito

³⁹⁹ Maria Rosaria FERRARESE, *L'Istituzione Difficile*, p.196.

⁴⁰⁰ Michel CROZIER, *O Fenômeno Burocrático*, p. 434.

ambiente de trabalho do juiz, hoje determinado verticalmente e organizado sem diálogo. Tal ambiente deve ser substituído por algo similar àquele que o juiz moderno deve garantir às partes, em que não há donos da verdade, mas debatedores que buscam o senso de construção de uma instituição estatal. Sem espaço de discussão, o Judiciário continuará vagando às cegas, à falta de parâmetros comuns de atuação, como uma cabeça que pretende um sentido, e um corpo que pretende outro.

Assim, tendo-se o Judiciário como herdeiro final do Estado como Poder Político, sua organização deve buscar a manifestação de uma vontade política de ação conjunta. A sua atuação burocrática somente será superada com a eliminação do espírito de casta e incomunicabilidade de hierarquias, para a busca do aperfeiçoamento do seu lado administrativo, equipando-o com instrumentos para a busca de construção de uma instituição duradoura no sentido político arendtiano, centrada na tradição humanística da busca de paz e harmonização social, tarefa ínsita do Direito, cuja responsabilidade pelo fechamento, agora, recai sobre o Judiciário.

Conclusão

Neste trabalho, tentamos expor os pontos que, em nosso ponto de vista, tornam o serviço do Judiciário insatisfatório. Partimos da descrição da conformação do Judiciário como atividade profissional burocrática, com precisão legal, a partir do estado liberal, passando, em seguida, colocar a modificação de sua natureza e objetivos com o advento do estado social, a dar, de forma aproximada, os seus moldes operativos atuais.

Entendemos como principal ponto relevante de impacto no desempenho da atividade jurisdicional a mudança da natureza e precisão do sistema legal. O sistema é influenciado pela produção de conhecimento crescente, tanto no mundo jurídico como no das ciências em geral, criando demandas que se refletem na inflação normativa. Como resultado, o ordenamento como conjunto de normas de conduta tornou-se fluido, impreciso, sem foco e prolixo, em razão da própria natureza do processo político moderno. Ainda sob o ângulo legal, opera-se verdadeira revolução jurídica a permitir uma pluralidade crescente de fontes de normas, tanto no âmbito do direito internacional como no próprio alcance da liberdade de contratar. O impacto de tais modificações foi tal, que se chegou ao ponto de não se falar mais em ordem jurídica, mas de um sistema em rede, remissivo e carente de sentido.

No mesmo passo, o Direito passa a sofrer pressões externas: o tempo social acelera-se e instaura a noção de urgência, de difícil compatibilidade com o Direito. O espaço diminui, majorando-se a frequência e intensidade dos contatos humanos, tornando a noção de fronteiras relativa.

Todo esse movimento deságua num Judiciário antiquado. Seu padrão organizacional é o da burocracia tradicional, tratando-se de um ramo de poder criado para subsunção da norma ao fato, de forma mecânica. Dentro do Judiciário burocrático, apesar de se reconhecer a existência de espaços de poder, vislumbra-se disfunções como espírito de casta, retração, apego desmesurado à norma e falta de comunicação entre os participantes da organização, que impedem a reação institucional no sentido de se propor uma nova configuração de trabalho, mais funcional e moderna.

Nesse passo, propusemos o que entendemos ser os parâmetros que permitiriam ao Judiciário responder à altura o desafio da modernidade: um novo juiz, apto a trabalhar com um sistema jurídico aberto, sem fronteiras. Um novo instrumento de trabalho, tendo a norma ainda como fonte, mas sempre direcionada por princípios, que orientam a agora problemática aplicação da norma. A adoção de um discurso flexível, aberto, plural em que não haja donos da verdade, mas somente partes interessadas na busca de uma resultante jurídica comum, vinda de vetores jurídicos conflitantes. A busca não da subsunção mecânica da norma ao fato, mas a conciliação razoável dos dispositivos legais muitas vezes conflitantes à luz das linhas gerais do sistema jurídico. A abertura de formas de execução, elásticas, à luz dos próprios instrumentos abertos fornecidos ao Judiciário.

Na área administrativa, a configuração de um novo Judiciário passa pela otimização do trabalho do juiz, garantindo-lhe espaço para pensar. Isso implica uma inversão do quadro atual de trabalho, com a instauração de tribunais diferenciados. Por um lado, um tribunal que garantisse o julgamento atomizado de causas simples, por um processo rápido, com o uso de instrumentos legais adequados, como a equidade e audiências unas, e com diminuição da frequência das intervenções judiciais, mas majoração da sua intensidade e qualidade. Por outro, a formação de uma corte de maior qualificação, apta a gerar produtos jurídicos mais complexos, que aprecie debates mais trabalhados e de maior valor econômico, mediante o procedimento tradicional de condução dos feitos. Como terceira preocupação, a possibilidade de julgamento de ações de massa, repetitivas, que deveriam ter prioridade para a aplicação rápida e uniforme da lei.

Por fim, como preocupação final, buscamos o reforço não somente do lado profissional do magistrado, como também da reestruturação interna do Poder Judiciário, para mitigação dos seus problemas como burocracia. Para a superação do caráter burocrático da atividade, necessária a abertura para a construção de seu caráter político, hoje secundário, para uma maior flexibilidade na circulação de informações, transparência e abertura.

A atual configuração do sistema jurídico coloca a tendência da legislação em se amoldar a parâmetros genéricos, fluídos, sem determinação clara de condutas e com pluralidade de

fontes normativas. Para se dar sentido a tal modelo normativo, o novo juiz deve ser aberto a discursos e ter liberdade maior de determinação do direito aplicável e suas consequências. Para tanto, é necessário o reforço à sua independência funcional, permitindo-se o exercício da atividade jurisdicional de forma criativa e inovadora, com bom senso e razoabilidade. O juiz deve fugir da camisa de força do juiz liberal, orientado por silogismos. Deve, num sistema ambíguo, apurar os vetores de posições juridicamente defensáveis, mas com tendência centrífuga, para extração de uma componente de forças centrípeta, conciliatória ou, ao menos, que indique uma forma de convivência dos direitos. Para tanto, deve ser exercitada criatividade, sempre dentro dos limites dados pelo próprio sistema legal, sob pena de criar insegurança jurídica. Ao esquema de trabalho criativo deve corresponder um ambiente de tarefas-meio criativo: o Judiciário deve ter meios próprios de racionalização do serviço, o que somente será possível a partir do momento em que houver sensibilização entre os seus componentes para articulação de metas e procedimentos comuns. Não há como se exigir uma conduta moderna do juiz na condução da atividade judicial, enquanto que, administrativamente, repete-se a antiga ordem de sujeição hierárquica liberal de obtenção de conformação.

É certo que o próprio Judiciário busca caminhar nesse sentido. Vimos a decisão do Ministro Sidney Beneti como uma proposta do próprio Judiciário para a solução do problema dos litígios de massa. Com ela, nota-se a sensibilidade que existe aos problemas da atuação do Judiciário na modernidade.

Reconhecer-se o problema é o primeiro passo para solucioná-lo. A melhoria do Judiciário não dependerá de reformas que reforcem a submissão do juiz, ao invés de incentivar a sua imaginação e liberdade de criação. Não dependerá, também, do fornecimento de mais insumos para uma a instauração de linhas de produção de decisões. Também não depende de intensificação da produção legal, que retroalimenta a desordem no sistema jurídico.

Embora as armas pareçam desiguais para o Judiciário, cabe a ele buscar, com sabedoria e sagacidade, os próprios caminhos. Somente ele tem consciência de suas fraquezas e possibilidades, e, com debate aberto e público, com circulação de ideias e valorização da opinião de todos aqueles que dependem do Judiciário, há condições de se afirmar

definitivamente como poder de Estado, no lugar de uma burocracia aplicadora de normas. Se não o fizer, poderá ser esmagado pelos mesmos problemas que acometeram os outros poderes de Estado.

Não basta o uso da força de trabalho do juiz. Mais trabalho, realizado da mesma maneira, levará a resultados similares aos que vemos hoje. O diferencial vem da sagacidade no entendimento da situação. Como coloca Hannah Arendt, acima da força, vem a sabedoria: *“A sagacidade, isto é, a força mental, contribui materialmente para o resultado não menos que a força muscular”*⁴⁰¹.

Vieira, em seu Sermão da Terceira Domingo Pós Epifânia, descreve a entrevista de David por Saul, que pretendia enviá-lo para enfrentar Golias:

*“provado o poder de David com tão abonadas experiências, o mesmo Saul, o qual lhe dissera que não podia sair ao Gigante, o vestiu de suas próprias armas, para que saísse. Armado porém ele, e fazendo experiência das mesmas armas, disse que não podia assim andar; non possum sic incedere. Pois, David, se tão pouco há dissesstes que podíeis, como agora dizeis eu não podeis? Não diz David que não pode, mas diz que não pode daquele modo: non possum sic: medindo as forças do Gigante com as dos ursos e dos leões, diz posso: mas medindo o exercício das mesmas forças consigo carregado de armas, diz não posso; porque não basta o poder para poder, se o impede o modo. O poder, e mais o modo do poder, é o que há de examinar e reconhecer primeiro quem quer saber se pode ou não pode”*⁴⁰².

Essa é a tarefa a fazer: despir-se do peso das armas e abrir-se à simplicidade, à praticidade, ao respeito à alteridade, aos discursos e, por fim, à razoabilidade inerente à própria ideia do Direito. Após isso, a agilidade, o bom senso e o respeito virão natural e gradativamente.

⁴⁰¹ Hannah Arendt, *A Condição Humana*, p.213.

⁴⁰² Padre Antonio Vieira, *Os Sermões*, Vol. I, p. 524-525.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2001.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Forense Universitária, 2008.

_____. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2001.

BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, s.d.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do Processo e Técnica Processual: Tentativa de Compatibilização*. Diretrizes para aplicação da técnica processual e superação dos óbices aos escopos do processo (Tese apresentada em Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Contributi ad um Dizionario Giuridico*. Torino: G. Giappichelli Editore, s.d.

_____. *Da Estrutura à Função*. Novos Estudos de Teoria do Direito. Barueri: Editora Manole, 2007

_____. *O Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais*. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

_____. *O Futuro da Democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986

_____. *Studi per una Teoria Generale del Diritto*. Torino: G.Giappichelli Editore, 1970.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora UnB, s.d.

_____. *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Campus, 2000.

- BOISSAVY, Matthieu; CLAY, Thomas. *Reconstruire la Justice*. Paris: Odile Jacob, 2006.
- BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *Poluição Eletromagnética e Meio Ambiente, O Princípio da Precaução*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.
- _____. *O Significado Perdido da Função de Julgar*. 1990. Dissertação (Doutorado em Direito). São Paulo. Universidade de São Paulo.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice*. Leyden – London – Boston: A. W. Sijthoff International Publishing Company B. V., 1978.
- CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit, Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur*, 10. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.
- _____. *Sociologie Juridique*, 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.
- CHAYES, Abraham, The Role of the Judge in Public Law Litigation, *Harvard Law Review*, s.l., Vol. 89, n. 7. p. 1.281-1.316, Maio de 1976.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- CROZIER, Michel. *O Fenômeno Burocrático*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, s.d.
- DAKOLIAS, Maria. *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe, Elementos para Reforma*. Documento técnico n. 319, editado pelo Banco Mundial para Reconstrução e Desenvolvimento. Washington: Documento Público do Banco Mundial, 1996.
- DALLARI, Dalmo. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo; Editora Saraiva, 1998
- DASCAL, Marcelo. *Interpretação e Compreensão*. São Leopoldo: Editora Unisinos, s.d.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Flou du Droit*. Paris: Editora Presses Universitaires de France, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. Préface - La Tragedie des Trois C, in DOAT, Mathieu, GOFF, Jacques Le, PÉDROT, Philippe (Org.). *Droit et Complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, p. 7-12, 2007.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho e Masificación social, Tecnologia y Derecho Privado*, (Dos esbozos). Madrid: Cuadernos Civitas, 1979.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Nova Era do Processo Civil*. Local. Malheiros Editores, data

_____ *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERRARESE, Maria Rosaria. *L'Istituzione Difficile, La Magistratura tra Professione e Sistema Politico*. s.l. Edizioni Scientifiche Italiane, s.d.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito, Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

_____ *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980,

_____ *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil, Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GIULIANO, Alessandro; PICARDI, Nicola. Professionalità e Responsabilità del Giudice nella Esperienza Italiana Contemporanea, Studi in onore Del Prof. Hector Fix-Zamudio. <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/643/22.pdf>1947. Acesso em 13.12.2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro – São Paulo, Editora Forense Universitária, 2007.

_____ *Novas Tendências em Matéria de Legitimação e Coisa Julgada nas Ações Coletivas (Relatório Geral, Civil Law)*. In XIII Congresso Mundial de Direito Processual. Salvador-Bahia. 16 a 22 de Setembro de 2007. Tema n. 5, p. 99-100.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrícia. *La Democrazia Giudiziaria*. s.l. Società Editrice Il Mulino, s.d.

HASSEMER, Winfried, Sistema Jurídico e Codificação: A Vinculação do Juiz à Lei, em Arthur KAUFMANN e Winfried HASSEMER (org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, s.d.

KEENAN, Denis. *English Law*. 11 ed. Londres: Pitman Publishing, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1985

KERCHOVE Michel van de; ÖST, François. *El Sistema Jurídico entre Orden Y Desorden*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, s.d.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos, Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri: Manole Editora, 2005.

_____ A Legitimidade na Correlação Direito e Poder: Uma Leitura do Tema inspirado no Tridimensionalismo Jurídico de Miguel Reale, em *Miguel Reale: Estudos em Homenagem a seus 90 anos*, ZILLES, Urbano (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 95-105.

_____ *A Reconstrução dos Direitos Humanos, Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006

_____ Brasil, Dilemas e Desafios da Política Externa, *Revista Estudos Avançados*, Vol.14, p. 260-267, 2000.

_____ Direito e Poder na Reflexão de Miguel Reale, in *Miguel Reale na UnB*. Brasília: Editora da UnB, 1981, ps. 57-71.

_____ Filosofia do Direito e Princípios Gerais: Considerações sobre a pergunta "O que é a Filosofia do Direito, in *O que é a Filosofia do Direito*, Alaôr Café Alves, Celso Lafer e outros. Barueri: Manole Editora, p 53-73, 2004.

LOSANO, Mario G. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais, em *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 16, 2005.

_____ *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARCATO, Antonio Carlos. *A Crise da Justiça e a Influência dos Precedentes Judiciais no Direito Processual Civil Brasileiro*. (Tese apresentada ao Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2008.

ÖST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes, Tres Modelos de Juez*. <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14>. Acesso em 4.02.2010.

_____ *O Tempo do Direito*. Bauru: Editora Edusc, 2005.

PECK, Patrícia. *Direito Digital*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma do Judiciário, Observações de um Economista, *Revista do Advogado*. São Paulo: v. 24, n. 75, p. 17-22, abril de 2004.

PONTIER, Jean Marie, La Problématique du Territoire e du Droit, em DOAT, Mathieu, GOFF, Jacques Le; PÉDROT, Philippe (Org.). *Droit et Complexité. Pour une Nouvelle Intelligence du Droit Vivant*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, p.39-62, 2007

POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

_____ *Pluralismo e Liberdade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Expressão e Cultura, 1988

SCHORSKE, Carl. E. *Viena Fin de Siècle – Política e Cultura*. Campinas - São Paulo: Editora Unicamp - Companhia das Letras, 1988.

TERRÉ, François. Au Coeur du Droit, le Conflit, em BARANÈS, William, e FRISON-ROCHE, Marie-Anne (org.). *La Justice, L'Obligation Impossible*. s.l. Éditions Autrement, p.108-121, 1999.

VIEIRA, Padre Antonio. *Os Sermões*. Porto: Lello & Irmão Editores, 1993

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 4 ed. São Paulo: Editora UnB, 2004

WOOLF, Lord. *Access to Justice. Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*. Londres: Documento Público do Ministério da Justiça, 1995.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

ZENATI, Frédéric, *Le Citoyen Plaigneur*, em BARANÈS, William, e FRISON-ROCHE, Marie-Anne (org.). *La Justice, L'obligation Impossible*. s.l. Éditions Autrement, p.190-206, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

PEREIRA Junior, Ricardo. *O Desafio Moderno e o Judiciário*. Ordem Jurídica, Tempo, Espaço e Atuação da Justiça. 2010. 248f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

Resumo

O Judiciário sofre crise cujas causas são normalmente atribuídas à falta de infra-estrutura e incapacidade administrativa. Na realidade, a insatisfação decorre da redefinição das funções do Direito, somada à modificação das noções de tempo e espaço do mundo moderno. O câmbio do quadro em que o mundo jurídico opera demanda a revisão dos parâmetros de atuação da Justiça, para atendimento das expectativas de um mundo globalizado, de velocidade acelerada.

Iniciamos o estudo do Judiciário nos modelos do estado liberal e do estado do bem-estar social. Em seguida, colocamos as novas demandas jurídicas e sociais que desafiam o funcionamento da Justiça. Há nova configuração normativa, aberta e fluída, com menor precisão na definição de condutas e aceleração da produção de normas. O próprio tempo social experimentou mutação, alimentado pelo movimento da especialização do conhecimento, que adota a urgência como normalidade operacional. Ainda, a diminuição das fronteiras potencializa os contatos humanos, e exige nova forma de regulação, incompatível com a forma tradicional de trabalho do Judiciário.

Estruturado como órgão burocrático, o Judiciário não tem condições de ofertar respostas rápidas, fechando-se em um sistema de castas que não se comunicam, e uma estruturação administrativa centralizada e hierarquizada, que tende ao imobilismo.

A solução dos problemas do Judiciário passa, por um lado, pelo incremento da profissionalização da magistratura, em seu caráter político, em especial a valorização do espaço de decisão num ambiente de trabalho independente. Por outro lado, passa pela flexibilização da sua administração burocrática, através da racionalização de seus serviços. Somente assim se alcançará a operacionalidade aberta e transparente, que atenda os padrões de qualidade e urgência da sociedade moderna sem prejuízo do viés reflexivo necessário para a produção das decisões judiciais.

Résumé

Le système judiciaire souffre d'une crise dont les causes sont généralement attribuées à un manque d'infrastructures et de capacités administratives. En fait, l'insatisfaction découle de la redéfinition des fonctions du droit, associée à la modification des notions de temps et d'espace du monde moderne. Le changement d'environnement du système juridique demande une révision des critères de performance de la justice, afin de répondre aux attentes d'un monde globalisé d'opération rapide.

Cette étude commence par l'examen du pouvoir judiciaire dans les modèles de l'État libéral et de l'État Providence. Ensuite nous présentons les nouvelles exigences légales et sociales qui défient le fonctionnement de la Justice, à commencer par le nouveau modèle des normes, ouverte et fluide, moins précise dans la définition du comportement et de l'accélération de la production legal. Ensuite, il y a le changement du temps social, alimenté par le mouvement de l'expertise, qui adopte le fonctionnement d'urgence comme normalité opérationnelle. Pourtant, l'abaissement des frontières favorise le contact humain, et exige une nouvelle forme de régulation incompatible avec la pratique traditionnelle du fonctionnement de l'appareil judiciaire.

Structuré comme un organe bureaucratique, le pouvoir judiciaire n'arrive pas à offrir de réponses rapides. D'un côté, il se ferme dans un système de castes qui ne communiquent pas entre elles, et de l'autre dans une structure administrative centralisée et hiérarchisée, qui tend à l'immobilisme.

La solution des problèmes du Pouvoir Judiciaire passe d'une part par la professionnalisation de la magistrature dans son caractère politique, avec en particulier, la valorisation de l'espace de décision dans un environnement autonome et d'autre part par l'assouplissement de l'administration bureaucratique. Ce n'est que de cette manière que nous mettrons en oeuvre une opération ouverte et transparente, qui respecte les demandes de qualité et d'urgence de la société moderne, sans porter préjudice à l'impartialité réflexive nécessaire à la production des décisions judiciaires.

Abstract

The Judicial system is currently in a state of crisis. Structural and administration problems are generally given as the causes. The dissatisfaction with its working is, in fact, caused by new configurations of Law in modern society. This change requires revision of Judiciary patterns of work in order to solve the rise of changes and to answer the expectations of a globalized world, which increasingly operates at an accelerated pace.

Our work introduces the Judiciary in context of the Liberal and Welfare State. We describe the changes in the nature of Law, now less prescriptive and inspired by principles. We also focus on changes in society, firstly the adoption of urgency within the pattern of work, and, secondly, the diminishing effect of globalization on the world. This new conception of law and society demands new ways of operation, incompatible to the traditional judicial way of work.

Currently, the Judiciary has no strength with which to answer those changes. It is structured as a bureaucratic organ, and it is divided in to departments which do not communicate with each other. It also has a centralized and hierarchical administration, tending to paralysis.

These problems could be solved by politic valorization of the judicial profession, which would grant greater scope for the judge to decide. Furthermore, administrative flexibility would help to reduce the bureaucratic nature of the Judiciary. In this way, the Judiciary could achieve open and transparent patterns of work, capable of answering the demands for quality and urgency in our modern society.