

# O PODER JUDICIÁRIO E O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: NOTAS PARA UM ESTUDO SOBRE A SUA TRANSFORMAÇÃO

Cláudia R. Roesler<sup>1</sup>

O poder judiciário, como instituição encarregada de distribuir com exclusividade a justiça, é uma aquisição moderna. É somente nos séculos XVIII e XIX que se desenha com o perfil que ora conhecemos e que supõe uma perfeita distinção entre o sistema jurídico e os demais sistemas que compõem a sociedade, como o político e o econômico.

Essa separação é uma característica da sociedade moderna, que pode ser concebida como uma sociedade diferenciada funcionalmente, ou seja, que desenvolve subsistemas específicos para o cumprimento de cada função necessária para o funcionamento do sistema social. Nestes subsistemas todos os indivíduos estão generalizadamente incluídos, diferentemente do modelo de sistema social anterior, cujo princípio de organização supõe distinções determinadas pelo estrato a que cada indivíduo pertence<sup>2</sup>.

A característica básica da instituição judiciária é a sua capacidade de dirimir os conflitos sociais pela emissão de uma decisão final e inapelável, que deve contar ainda com meios coativos para ser imposta, se necessário for. Tal perfil institucional corresponde a um modelo de sociedade, de papel do poder

<sup>1</sup> Professora da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ/ Jui./RS) e Doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da USP.

<sup>2</sup> cf. Luhmann, Niklas e De Giorgi, Raffaelli. *Teoria della Società*. 7. Ed. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 281-315. Para a distinção entre sociedade moderna e sociedades pré-modernas, pode-se consultar, noutra perspectiva teórica, também Giddens, Anthony. *As consequências da Modernidade*. Tradução de Raul Fiker. 2. reimpressão. SP: UNESP, 1991, p. 102-111, e *A Vida em uma Sociedade Pós-Traducional*. In: Giddens, A., Beck, U., e Lash, S. p. *Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna*. Trad. de Magda Lopes. SP: UNESP, 1997, p. 73-133.

público e de conflito jurídico. Nesse sentido ele está ligado à concepção liberal clássica, à teoria da separação de poderes e a um conflito que se instaura entre duas partes individualmente caracterizadas em torno de um objeto definível e que é adjudicado a uma delas.

As transformações que caracterizam a nossa época sem dúvida afetaram este modelo de poder judiciário, que vem cada vez mais sendo colocado em xeque. De um modo difuso admite-se a crise da referida instituição, que parece não conseguir responder ao que a sociedade dela espera.

As críticas que lhe são endereçadas, em particular no Brasil, apontam para uma crescente deslegitimação, embora haja, mais do que uma linha clara de questionamentos, um conjunto de insatisfações difíceis de sintetizar. Aponta-se, assim, a ineficiência do Judiciário no tratamento dos conflitos, em particular a sua atuação lenta; a politização desta atuação quando de sua relação com os outros poderes e quando da defesa dos direitos humanos; uma intromissão disfuncional na atividade econômica do país, prejudicial à certeza e segurança dos investimentos; o formalismo e conservadorismo na aplicação da legislação e em particular no que tange à Constituição etc.<sup>3</sup>

Este quadro de insatisfação não é, no entanto, exclusividade nossa, sendo possível identificar críticas semelhantes em praticamente todos os países que partilham o modelo de judiciário ocidental. Percebe-se, ao observar a bibliografia recente sobre o tema, uma constatação mais ou menos unânime de transformação do papel tradicional e certa perplexidade em relação aos rumos que o Judiciário deve tomar. É particularmente importante, no contexto desta discussão, a referência ao fenômeno denominado "tribunalização da política" ou, genericamente, "judicialização da vida pública", que diz respeito à difícil relação entre o Judiciário e os demais poderes do Estado no atual contexto<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Vide Sadek, Maria Tereza e Arantes, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos Juizes. In *Revista da USP*, São Paulo, 1994, n. 21, p. 35-45.

<sup>4</sup> Esta expressão é usada de modo generalizado na bibliografia recente sobre o Judiciário. Para uma visão geral vide Waltman, Jerald L., Holland, Kenneth M. (Editores). *The Courts and political change In The Political Role of Law Courts, In Modern Democracies*. London: MacMillan Press, 1988, Passin e Santos, *Boaventura de Souza. The Gate of Law and Democracy: Mis Trusting the Global Reform of Courts*. Mimeo, 1996, p. 15 e s.

Tentar compreender melhor esta crise é o objetivo do presente estudo. Desejamos examinar, ainda que não aprofundadamente, as características do modelo de Judiciário que nos foi legado pela tradição liberal e as transformações pelas quais passou neste século, a fim de compreender quais são as críticas e de onde partem, bem como os dilemas em que ele parece estar colocado. Embora interesse-nos especificamente o quadro institucional brasileiro, não nos parece pertinente examiná-lo isoladamente do cenário global. Assim, embora ele seja nossa preocupação central, examinaremos a sua crise tendo como pano de fundo a discussão genérica sobre o Judiciário contemporâneo.

O artigo estrutura-se em três partes básicas, além da presente. Em primeiro lugar procuraremos delimitar sucintamente o modelo de instituição judiciária e de concepção jurídica que nos foi legado pela tradição liberal. Não pretendemos elaborar uma exaustiva descrição do paradigma liberal mas apenas apontar seus principais traços a fim de examinar suas posteriores vicissitudes. Como segundo passo examinaremos as transformações que o modelo sofreu com o advento do Estado-Providência. Nosso terceiro ponto será destinado às explicações teóricas que foram oferecidas para tais transformações e as dificuldades que elas evidenciam<sup>5</sup>. Finalmente, a título de considerações finais, abordaremos alguns dados específicos da crise do Judiciário brasileiro, no sentido de evidenciar a ausência de um diagnóstico pertinente da crise pela própria instituição, circunstância essa que, somada ao resultado da análise genérica que teremos desenvolvido nos itens anteriores, nos permitirá ter uma visão mais aproximada da situação do poder judiciário no Brasil.

## O MODELO LIBERAL DE PODER JUDICIÁRIO

O modelo de poder judiciário que conhecemos foi gestado no interior de uma concepção liberal de Estado e de direito, que procurava responder a uma série de desafios históricos colocados pela passagem de uma sociedade estamentalmente formada para uma outra forma social na qual um novo arranjo de poder se afirmava.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Cfe. Wilke, Helmut. *Three Types of Legal Structure: The Conditional, the Purposive and the Relational Program*. Mimeo, p. 281. "To be sure, this new situation poses a challenge and it's at the same time a risk. There is no evolutionary law, which states the functional supremacy of the state and law in guiding societies. But if the function and the role of the state is to change, state and legal theory had better do some re-thinking and pre-thinking, lest they lose contact with reality."

<sup>6</sup> Vide Faria, José Eduardo. *Justiça e Conflito: Os Juizes em face dos novos movimentos sociais*. 2.ed. São Paulo: RT, 1992, p. 25-39; e *O Modelo Liberal de Direito e Estado In Direito e Justiça: a Função Social do Judiciário*, São Paulo: Ática, 1989, p. 19-35. Para a distinção entre sociedade estamental e sociedade moderna, vide Luhmann e De Giorgi, op. cit., p. 281-316.

Como consequência do conjunto de revoluções acontecidas ao longo dos séculos XVII, XVIII e XIX, a sociedade deixa de estruturar-se juridicamente em três estamentos distintos, com uma ordenação jurídica peculiar a cada um, e passa a ser regulada por uma normatividade que se pretende universal e igualitária. Ela atinge a todos os cidadãos sem distinção em relação a suas características particulares. As marcas desta nova normatividade são, portanto, a generalidade e a abstração<sup>7</sup>, capazes de garantir a igualdade de todos perante o direito.

Esta exigência de igualdade<sup>8</sup> e sua configuração normativa como generalidade e abstração estão ligadas a uma concepção do papel do Estado na vida social. Ele aparece como um órgão controlador das relações sociais entre indivíduos particulares e seu papel é apenas o de garantir as condições destas relações sem determinar-lhes o conteúdo. Em termos mais concretos o papel do Estado é o de garantir os contratos e zelar pela segurança pública para que os indivíduos encontrem as condições favoráveis ao livre desenvolvimento de suas relações. O Estado, nesta concepção, é visto como uma espécie de mal necessário que deve ser vigiado para não exceder a suas funções.

Sua legitimidade é explicada através da metáfora contratualista e ele aparece como o fruto da vontade geral de todos os indivíduos, agora transformados em cidadãos pela sua voluntária submissão, orientada por um ponto de vista utilitarista e pragmático<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Teubner citando Max Weber expressa da seguinte forma esta característica do direito moderno: "A racionalidade formal do sistema jurídico reside na circunstância de que os juristas se orientam por normas abstratas e universais, ou, mais concretamente, de que no tráfico jurídico 'tanto material como processualmente apenas são tomados em consideração os aspectos gerais e inequívocos da facticidade social.'" (Teubner, Gunther. *Juridificação: Noções, Características, Limites, Soluções. Revista de Direito e Economia*, Ano XIV, 1988, p. 37).

<sup>8</sup> A idéia de igualdade pode ser entendida, de acordo com teoria sistêmica, como a inclusão generalizada de todos os indivíduos em todos subsistemas sociais, de modo que todos têm competência comunicativa para emitir comunicação jurídica, por exemplo. Cf. Luhmann e De Giorgi, op. cit., p. 313-315.

<sup>9</sup> Embora não seja um autor típico do pensamento liberal, um bom exemplo deste aspecto utilitarista e da concepção do Estado como um mal necessário é a teoria contratualista de Hobbes. Cf. Hobbes, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2 Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, passim.

A sociedade aparece, portanto, como um conjunto de indivíduos atomizados, portadores de interesses específicos. Cabe ao mercado equalizar estes interesses que se inter cruzam, produzindo uma racionalidade global. De certo modo, o bem comum é atingido pelo exercício errático do interesse de cada indivíduo. O Estado deve apenas garantir o funcionamento deste mecanismo de projeção e a inclusão de interesses particularísticos através de uma regulação mínima. Ele é e deve ser apenas o garantidor da "regra do jogo".

A concepção de sociedade que está presente neste modelo é, portanto, a de uma totalidade ética de indivíduos que são tomados abstratamente. A igualdade somente pode ser afirmada de uma perspectiva abstrata. Em uma sociedade capitalista a igualdade formal vem acompanhada de uma profunda desigualdade material, a qual não pode ser levada em conta pela ordem jurídica à medida que o Estado deve ser legitimado por representar a vontade geral e não os interesses de classe.

É construída, assim, uma lógica de distinções dicotômicas entre a sociedade civil e o Estado, o espaço público e o espaço privado, a economia, com sua racionalidade técnica, e a política, como espaço para opções valorativas, etc., nas quais a abstração fundamental, das condições reais da existência do homem e das relações sociais em que ele vive, é mantida. Esta abstração tem consequências importantes para o direito, seja do ponto de vista da estrutura do sistema normativo, seja da perspectiva do sistema judicial, como veremos oportunamente.

Nesse movimento de passagem da sociedade feudal organizada estamentalmente para a sociedade burguesa, evidentemente surgem novos conceitos e categorias epistemológicas com pretensões de explicação da realidade<sup>10</sup>. De maneira genérica podemos falar de um movimento de secularização e racionalização da concepção de realidade, que passa a ser explicada muito mais através da consideração do homem como sujeito capaz de construir sua história do que por predeterminações teologicamente orientadas. O modelo liberal situa-se dentro desse contexto e é nele perceptível essa orientação.

<sup>10</sup> Uma teoria sociológica pode mostrar a correlação entre uma estrutura social e a semântica daquele momento histórico, sem esquecer, evidentemente, que é uma sua construção e não do tempo em que tais representações circulavam. Cf. LUHMANN e DE GIORGI, op. Cit., p. 29-30.

No plano do direito ela aparece na progressiva perda de referenciais externos de legitimação da ordem jurídica, que não é mais justificada por remissão a valores eternos e imutáveis e sim pelo seu estabelecimento por órgãos representativos da vontade geral dos cidadãos<sup>11</sup>. É esta mesma vontade geral que fundamenta e legitima o próprio Estado, como mencionamos acima.

A ordem jurídica concebida nestes parâmetros é ao mesmo tempo fruto da vontade do cidadão e o submete. Enquanto cidadão ele tem direitos por ela instituídos, assim como é súdito do Estado que sua vontade cria.

O Estado pode aparecer, então, como órgão supremo dentro de determinado território sem que sua pretensão de poder tenha de ser legitimada por referências exteriores. Esta noção de supremacia vai ser traduzida pelo conceito de soberania, que tem dois aspectos: de um ponto de vista interno revela-se como poder supremo e de um ponto de vista externo como poder independente<sup>12</sup>. A supremacia do poder estatal na perspectiva interna implica o monopólio da violência física e do poder normativo.

Mas este poder supremo deve ser, como vimos, exercido nos limites de sua função de garantidor das regras do jogo. Para melhor controlá-lo estabelece-se uma divisão tripartite de funções dentro do aparelho estatal que estrutura-se como uma organização complexa. Dela fazem parte o poder Legislativo, com a função de produzir as normas jurídicas e sediar a legitimidade popular que fundamenta a existência do Estado; o poder Executivo, que deve administrar e executar as determinações postas pelo Legislativo, nos limites da legislação; e o poder Judiciário, com a missão de aplicar a legislação elaborada, dirimindo os conflitos. O Estado é, nestes termos, ao mesmo tempo um ente único e superior aos particulares, mas para a própria proteção destes exige-se a divisão do poder para que não suplante os seus limites.

Essa necessidade de proteção diante do Estado acarreta também a presença de um conjunto de direitos individuais cuja delimitação pode ser considerada como negativa. São limites à interferência estatal na esfera da liberdade individual e expressam uma série de proibições ao Estado. Entre eles encontramos a liberdade de ir e vir, a liberdade de pensamento e expressão, a liberdade de crença e culto religioso etc.

<sup>11</sup> Cf. FERRAZ JR., Tercio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2 ed.. São Paulo : Atlas, 1996, p. 24 e ss.  
<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 177-179.

Centraliza-se no Estado o poder de dizer o direito e de aplicá-lo e reduzir-se o próprio direito ao estatalmente produzido. A fonte predominante das normas jurídicas será, portanto, a legislação e, embora o costume não deixe de ser considerado enquanto tal, adquire um papel subordinado e subsidiário. Direito e legislação acabam por tornarem-se termos de igual extensão na teoria das fontes do direito moderno<sup>13</sup>.

A legislação expressa bem os postulados básicos do modelo de direito liberal. Ela é genérica e abstrata — regulando as situações sociais naquilo que elas têm de constante e uniforme — e permite ao cidadão orientar previamente sua conduta e defender-se do poder estatal. Em outras palavras: ela proporciona certeza e segurança jurídicas, dois conceitos fundamentais para este modelo.

A dogmática jurídica que trabalha com este material normativo cabe organizá-lo de modo hierárquico e explicá-lo de maneira a exponenciar a certeza e segurança jurídicas, sem desenvolver juízos valorativos sobre a correção ou incorreção desta normatividade. Este postulado é amparado na separação que se opera entre os problemas atinentes à justiça e à legalidade. O jurista ocupa-se com a legalidade e não está legitimado para questionar se esta é capaz de instaurar a justiça<sup>14</sup>. De certo modo há uma difusa crença; não enunciada, de que a legislação, por ser fruto da vontade geral expressa pelo Parlamento, é intrinsecamente justa. Com a progressiva perda de referenciais externos ao direito positivo, como o era o direito natural, torna-se cada vez mais difícil encontrar parâmetros para aferir a legitimidade da ordem jurídica positiva e esta acaba por legitimar-se a si própria, em um processo auto-referencial<sup>15</sup>.

A noção central que estrutura o sistema normativo, enquanto objeto de trabalho da dogmática jurídica, é a validade e seu fundamento é a produção da norma de acordo com o prescrito por outra norma jurídica de escalão superior<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> *Ibidem*, *ibidem*, p. 222-227.

<sup>14</sup> Vide BARCELLONA, Pietro e COTTURRI, Giuseppe. *La imagem del jurista, de la doutrina y de los magistrados, In El Estado e los juristas*. Barcelona. Fontanella, 1976, p. 73-84.

<sup>15</sup> Vide LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília. UnB, 1980, p. 119-129. A auto-referencialidade com seus correlatos à autopoiese e à clausura operativa, é uma característica de todos os sistemas na sociedade moderna. Cf. LUHMANN e DE GIORGI, op. Cit., *passim*.

<sup>16</sup> Um exemplo acabado e sofisticado dessa concepção pode ser encontrado em KELSEY, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado, 3 ed., São Paulo : Martins Fontes, 1991, *passim*.

estrutura pode ser classificada como condicional, traduzindo-se na avaliação do fato ("se...") e respectiva qualificação jurídica e aplicação normativa ("então...")<sup>18</sup>

A ordem social é concebida como estável e permanente, cabendo aos juristas manejarem seu instrumental técnico de modo a equalizar os conflitos que são sempre pontuais e circunscritos às relações interindividuais.

Tendo em vista este conjunto de pressupostos que procuramos sucintamente mencionar, o poder judiciário, no modelo liberal, é entendido como um simples aplicador da normatização que recebe pronta e acabada de quem deve fazer as opções políticas em nome da sociedade — o poder legislativo —; sua função é, portanto, de natureza técnica e neutral. Não há, na aplicação normativa, a emissão de juízos valorativos de cunho político. O que há é a determinação dos fatos que originaram o conflito e a busca de uma solução que já está previamente elaborada na legislação. Colocado em outros termos: não há ato de vontade na aplicação da norma ao caso concreto, apenas ato de conhecimento<sup>19</sup>.

O processo de aplicação da norma ao fato concreto vem descrito como um silogismo demonstrativo, no qual a premissa maior é a norma legal, o fato é a premissa menor e a decisão é logicamente inferida de sua correlação. Deste modo a segurança e a certeza jurídicas são preservadas e reafirmadas. Evidentemente tal concepção supõe a premissa da completude, coerência e univocidade do ordenamento jurídico.

O juiz, de acordo com estes pressupostos, nada mais é do que "a boca da lei", na célebre expressão de Montesquieu. Seu status é o de um funcionário público especializado, que cumpre uma função técnica e que tem uma missão altamente dignificada: a de distribuir a justiça, que vem difusamente identificada com a legalidade.

Ao juiz aplicador da lei não cabe um papelativo em relação aos conflitos. O poder judiciário é concebido como um órgão reativo, que deve ser provocado a intervir. Também não é sua função avaliar as conseqüências sociais e/ou políticas de suas decisões. Tais considerações implicariam uma avaliação da legislação, de caráter político, para a qual ele não está legitimado à medida que não é órgão representativo da vontade geral, como o é o legislativo. Praticar tais avaliações significaria usurpar um poder que não lhe foi conferido.

<sup>18</sup> Vide WILLKE, op. Cit., p. 287-291.

<sup>19</sup> Vide WARAT, Luiz Alberto. Formalismo, Realismo e Interpretação da lei. In *Introdução Geral ao Direito: Interpretação da lei* Temas para uma Reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 51-56.

O ordenamento jurídico vem concebido, então, como um todo completo, coerente e preciso. A estas propriedades correspondem três problemas clássicos da teoria geral do direito: a inexistência de lacunas, a inexistência de antinomias e a univocidade de sentido das normas jurídicas. Todos eles têm uma importância decisiva na concepção do papel do Judiciário no sistema jurídico liberal, como veremos posteriormente.

Para um ordenamento jurídico assim compreendido, a correspondente concepção de hermenêutica jurídica somente pode ser a de uma exegese literal dos textos legais, baseada na crença da univocidade e completude. Deste modo, a abstração que ignora a real desigualdade social é mantida imperturbável, tanto no plano da norma quanto nos planos de sua sistematização doutrinária e de sua aplicação judicial.

A expressão cabal do modelo, do ponto de vista do sistema normativo, é a feitura de códigos que procuram abranger toda a normatividade de uma determinada esfera social e sobre a qual se debruça e se restringe a dogmática jurídica, na sua tarefa organizativa e hermenêutica.

De outra parte, o próprio conflito jurídico, no qual há a interferência estatal através da aplicação da norma jurídica, é entendido como um problema que se desenrola na relação entre dois indivíduos que litigam em torno de um objeto determinado e que pode ser adjudicado a um deles. Não há consideração da situação social em que a relação é construída e que a determina.

A concepção de direito que encontramos neste modelo estrutura-se predominantemente em torno do direito privado, com categorias como autonomia da vontade, contrato e propriedade<sup>17</sup>, o que é facilmente compreensível se atentarmos para o fato de que sua função é a regulação do mercado competitivo, sem interferir diretamente na sua lógica de funcionamento. O centro da ordem política e jurídica no modelo liberal é o mercado.

Trabalha-se, portanto, com uma concepção de direito que privilegia as normas de conduta com o intuito de balizar as atividades dos particulares, controlando-as. O princípio da legalidade dá a linha basilar do sistema e a sua

<sup>17</sup> Isto não significa, obviamente, que os demais ramos do direito não existam de maneira independente. O que se quer reafirmar aqui é o predomínio da "mentalidade" jusprivatista neste modelo.

Expressa-se deste modo, no âmbito do judiciário, o papel do Estado de árbitro imparcial do "jogo social", no qual sua interferência deve ser sempre tangencial e limitada. Para melhor cumprir esta função é exigida do Judiciário a capacidade de julgar os conflitos de modo uniforme e com alcance generalizado, corroborando, uma vez mais, a certeza e segurança jurídicas. Os conflitos, no entanto, são julgados sempre da perspectiva antes mencionada: abstraída a sua determinação social e a sua posterior repercussão.

De certo modo se pode dizer que o Judiciário assim concebido tem sempre uma função retroativa: ele repara situações de fato que foram descompostas. Não é capaz e nem lhe cabe trabalhar prospectivamente. Ele não tem, e isto é fundamental para compreendermos as posteriores transformações, pretensões de produzir mudanças sociais ou de orientar ativamente a vida social. Sua finalidade é limitada pela perspectiva negativa que já salientamos: ele procura apenas alcançar um estado de liberdade universal<sup>20</sup>.

Em resumo: o poder judiciário é concebido como um corpo estatal técnico neutro, reativo, hierarquizado e profissionalizado, que distribui justiça na sua faceta comutativa, deixando ao mercado a determinação da inserção de cada indivíduo no sistema, em termos de justiça distributiva.

A partir desta breve delimitação do modelo liberal de poder judiciário que constitui ainda hoje a concepção predominante, podemos passar à análise das transformações ocorridas com o advento do Estado de Bem-Estar.

## O ESTADO DE BEM-ESTAR E O PODER JUDICIÁRIO

O advento do Estado de Bem-Estar, também denominado de Estado-Providência, significou uma substancial alteração na concepção do papel do poder público e do direito a ele conexo<sup>21</sup>. Teve como consequência alterações na teoria jurídica, com vistas à absorção dos novos aspectos do fenômeno, e colocou novas exigências ao poder judiciário.

<sup>20</sup> Neste sentido afirma TEUBNER, Gunther, op. Cit., p. 46: "O direito formal clássico, ao funcionar apenas como pura estrutura formal dentro do qual a autonomia dos indivíduos é suposta desenvolver-se sem mais, não vai endereçado a produzir quaisquer efeitos de direção ou conformação social. A tenaz sobrevivência do direito formal, de resto, explica-se muito justamente em virtude deste seu típico alheamento ao respectivo impacto social concreto, e desta sua ausência de qualquer pretensão de produção de efeitos sociais — que não seja a de alcançar um estado de liberdade universal."

<sup>21</sup> Cf. WILKE, op. Cit., p. 287-291

A transformação mais visível é a que ocorre no papel do Estado, que passa de simples regulador do funcionamento do mercado a um interventor direto. Ele não apenas garante as trocas negociais mas delas diretamente participa enquanto produtor e interfere nas próprias condições em que se realizam. De certo modo ele se torna responsável pela organização do mercado, formando um novo tipo de estrutura capitalista, que se pode chamar de "capitalismo organizado".

Se no modelo anterior o Estado era responsável pela manutenção das regras do jogo sem determinar quem poderia ser o seu ganhador, aqui ele passa a proteger uma das partes — os "hipossuficientes" —, que tem maiores chances de sair vencedora. Para continuar no âmbito da mesma metáfora: um jogo de "cartas marcadas".

Aparecem, neste contexto, novas regulações jurídicas que vão constituir o direito do trabalho, o direito da seguridade social, a mitigação dos princípios absolutistas do direito de propriedade etc. Sua característica comum é constituírem uma espécie de "solução de compromisso" entre as necessidades de manutenção da ordem capitalista e as reivindicações sociais crescentes, notadamente do sindicalismo e dos novos movimentos sociais em um segundo momento histórico. Canaliza-se institucionalmente a demanda por proteção social efetiva e ao fazê-lo neutraliza-se o poder socialmente desagregador deste conjunto de demandas, que ganhava força organizativa e transparecia no crescimento dos partidos de esquerda no cenário político<sup>22</sup>.

De um direito com forte viés privatístico passa-se a ter uma configuração-jurídica publicística e de intervenção na liberdade privada, que gera a crise do próprio modelo de direito privado que se propunha a regular todas as relações socialmente relevantes e acaba por ter sua influência assaz diminuída<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Cf. FÁRIA, José Eduardo. O Modelo liberal de Direito e Estado, In *Direito e Justiça: A função Social do Judiciário*, São Paulo: Ática, 1989, p. 31. "Já na perspectiva do Estado dito 'intervencionista', a fórmula legitimadora de sua ação regulatória depende de sua eficácia quanto em promover a despolitização dos conflitos para repolitizá-los de modo controlado tanto em ampliar a prontidão generalizada para aceitação de suas decisões independentemente de seu conteúdo, permitindo-lhe assim garantir o engajamento e a mobilização dos diferentes grupos e classes sociais em torno da ordem vigente."

<sup>23</sup> Cf. BARCELLONA, Pietro e COTTURRI, Giuseppe. El Derecho de las capas medias: la suerte de los juriprivatistas. In *El Estado e los juristas*. Barcelona. Fontanella, 1976, p. 144-147. "La técnica que ambicionaba presentarse como técnica da mediación de todo el mercado, como la 'estructura' misma del mercado, al perder relevancia éste (por el desarrollo de los monopolios y de la intervención pública) pierde toda su carga hegemónica entre las técnicas de mediación."

Se no modelo anterior podíamos identificar o predomínio da liberdade como valor fundamental da organização social e jurídica, aqui a igualdade torna-se o signo forte e é a partir dela que se constrói a intervenção estatal na sociedade.

Esta busca de igualdade material acarreta o declínio da concepção de sociedade como um conjunto de indivíduos contratantes cuja lógica individualizada de interesses era equalizada pelo livre jogo do mercado. A crença na capacidade auto-regulatória do mercado cai e com ela surge a necessidade de instituir mecanismos de subordinação dos interesses de alguns segmentos sociais em detrimento de outros. O direito público toma-se, portanto, o núcleo deste novo modelo.

Pode-se dizer, neste sentido, que a identificação automática entre legalidade e legitimidade que operava difusamente no paradigma liberal perde consistência e se exige um maior empenho do Estado para, através do direito, alcançar a legitimidade pela qualidade de sua intervenção nas relações sociais.

Torna-se central neste contexto histórico a noção de política pública vinculada ao próprio ordenamento jurídico. O direito positivo tem agora como função a regulação de esferas sociais novas com vistas à promoção de determinados objetivos em termos de melhoria da qualidade de vida e/ou disciplina da atividade econômica. Políticas de saúde, habitação, educação etc. passam a ser juridicamente reguladas.

É sua característica também a ampliação do rol dos direitos humanos, que passam agora a abranger direitos de cunho social e econômico, cuja principal distinção para com os anteriores é a de exigirem uma ação positiva por parte do Executivo na sua implementação. Se a noção anterior apontava para uma espécie de "barreira" ao poder público, aqui encontra-se uma nova noção de direito: como liberdade cuja consecução depende de uma igualdade material que deve ser propiciada pela ação estatal. É preciso que se crie algo novo para que possam ser exercidos estes novos direitos. Os direitos civis e políticos admitiam, quando de sua violação, remédios corretivos. Estes pedem uma ação estatal positiva e genérica<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Vide LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e de Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In FARIA, José Eduardo (org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 124-129.

Enquanto os direitos humanos tradicionais e peculiares do modelo liberal tinham um caráter individualizável e admitiam remédios corretivos de sua violação, como mencionamos acima, os novos direitos são de exercício coletivo e implicam portanto o alargamento da própria noção de conflito jurídico. Não há sempre e necessariamente uma parte litigando com outra igualmente determinada, mas um conjunto de possíveis atingidos litigando, por via de regra, contra os próprios poderes públicos responsáveis pela sua garantia. Uma tal configuração do conflito presta-se também ao crescimento do papel dos atores políticos/sociais de defesa destes direitos, como os sindicatos, as associações etc., o que também acarreta adaptações no modelo liberal do processo judicial.

Diante da necessidade de legitimação da ordem social pela consecução de resultados em termos de políticas públicas o Estado se vê envolvido numa demanda crescente por novos direitos que expressam os interesses de grupos e classes sociais determinados. Se a demanda é infinita, os recursos para promovê-la não o são. Esta tensão constante coloca-o diante da necessidade de desenvolver mecanismos paliativos de legitimação. Ao invés de conceder e implementar os novos direitos, acaba muitas vezes instituindo-os apenas simbolicamente, sem condições de efetiva implementação. Certamente esta estratégia tem repercussão direta no papel do poder judiciário neste contexto, como veremos posteriormente.

É possível afirmar, nestes termos, que o conflito jurídico deixa de se desenvolver apenas entre interesses individuais e particularísticos para ampliar-se no sentido de um confronto entre projetos de sociedade que são defendidos por grupos e classes sociais. Na função de equalizar estes interesses e projetos o Estado recorre a formulações normativas cada vez mais genéricas e abertas, como mecanismo capaz de dar conta da contínua demanda e sua diversificação.

A função promocional do direito, que aponta para um horizonte a ser atingido através da ação estatal, muda radicalmente a própria formulação técnica normativa. Ao invés de limitar-se a uma normatização protetiva e repressiva, com a atuação corretiva sobre um conflito ocorrido no passado, exige-se agora do direito que seja capaz de orientar a ação social para a consecução de fins<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Pode-se falar agora em um programa finalístico, cf. WILLKE, op. cit., p. 287.

Uma ordem jurídica com alto caráter simbólico e com normas genéricas e carecedoras de uma posterior delimitação acaba acarretando uma contínua atividade de construção de sentido. A idéia de finalidade torna-se central nesta discussão e vai orientar a hermenêutica jurídica no seu esforço para fazer frente a estas transformações. Ao invés de uma atividade determinada no tempo, por exemplo, quando do advento de uma nova norma, exige-se agora um trabalho constante de interpretação e adequação das normas à realidade em mutação, de acordo com finalidades que variam e apontam para uma atividade prolongada no tempo<sup>26</sup>.

Diante desta tensão surgem novos conceitos jurídicos, como o de constituição dirigente, de norma não-dotada de eficácia plena mas diferida no tempo e de princípios que visam apenas a orientar a aplicação normativa, e ganha corpo a discussão sobre o papel criador da jurisprudência e seus condicionamentos político-ideológicos. Neste sentido, pode-se mencionar em particular a polémica em torno do "uso alternativo do direito" e do "direito alternativo"<sup>27</sup>.

De certo modo, a divisão clássica do modelo liberal entre a esfera da política e a esfera do direito acaba sendo atenuada, porque os conflitos políticos em torno da distribuição de bens públicos e de escolha de quais interesses devem ser privilegiados, desembocam no poder judiciário, que é instado a manifestar-se sobre eles. Estes conflitos são, ademais, de difícil sistematização, pois não são situações que ocorram sempre de um mesmo modo e sim configurações mutáveis e peculiares de uma dada realidade. A sua jurisprudencialização, portanto, é quase impossível, mesmo porque sua solução depende da interpretação de princípios genéricos e abstratos cujo sentido

<sup>26</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Fabris, 1993, p. 41.

<sup>27</sup> Para este movimento veja-se FERRAJOLI, Luigi. *Magistratura Democrática y el Ejercicio Alternativo de la Función Judicial*. In IBANES, Perfecto Andrés (org.) *Política y Justicia en el Estado Capitalista*. BARCELONA. Fontanella, 1978, e FERRAJOLI, Luigi. *Por una Magistratura Democrática*. In: IBANES Perfecto Andrés (org.) *Política y Justicia en el Estado Capitalista*. BARCELONA. Fontanella, 1978. No Brasil pode-se consultar, dentre outras, as publicações de Arruda Jr., Edmundo Lima de (org.). *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1991 e *Lições de Direito Alternativo*. 2. São Paulo : Acadêmica, 1992.

só encontrado por referência ao caso concreto em questão<sup>28</sup>. Há uma espécie de delegação da atividade política ao Judiciário, que deve encontrar uma saída plausível dentro das premissas normativas que o sistema lhe oferece.

Neste contexto perde-se a antiga coesão e coerência das soluções judiciais que instrumentalizavam a concepção da ordem jurídica como um todo completo e de sentido unívoco, com os corolários da segurança e certeza jurídicas. Perde-se em segurança e certeza ao precisar-se de normatização para situações específicas, não generalizáveis e, também, ao recorrer-se, por este mesmo fato, a uma normatização principiológica<sup>29</sup>.

Obviamente que não é por um "capricho" do legislador que a normatização toma este caráter principiológico. O poder legislativo, enquanto órgão encarregado de fornecer as premissas normativas ao sistema jurídico, vê-se diante de uma dupla constrição. Por um lado, é instado a legislar para atender as demandas sociais por novos direitos e sua viabilização. Por outro, não consegue vencer a complexidade e a rapidez desta mesma demanda. Seu mecanismo de funcionamento, com um procedimento formalizado e burocratizado de produção normativa, não é suficientemente ágil para dar respostas no tempo em que as transformações sociais o exigem. Recorre então à legislação principiológica, dada a sua incapacidade de fornecer uma solução específica para cada contexto que lhe é levado.

Essa mesma característica da realidade social — mutabilidade e rapidez — faz com que o Poder Executivo seja levado a recorrer a uma série de expedientes normativos que fogem dos padrões tradicionais da legislação liberal: portarias, atos normativos e decretos que tentam canalizar e regular as situações sociais com a rapidez por elas exigidas.

<sup>28</sup> Cf. FARIA, José Eduardo. *O judiciário e o Desenvolvimento Sócio-Econômico*. In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo : Malheiros, 1994, p. 29: "Os 'casos difíceis' ocorrem quando, em face de um determinado litígio não há regras jurídicas claras, unívocas e/ou auto-aplicáveis, exigindo do juiz um grau maior de discricionariedade para decidilo neste ou naquele sentido; para tanto, o aplicador é obrigado a se valer de 'princípios gerais' - o que o leva, muitas vezes a promover a 'criação judicial' do direito."

<sup>29</sup> É de se observar, no entanto, que : "Of course, this statement does not imply that existing legal programs have become obsolete. They are still adequate for the vast area of every-day conflicts. But they are insufficient for the newly-emerging complex conflict areas which are characterized by-requiring continuous learning, readjustment, and decentralized self regulation in the face of substantial uncertainty." WILLKE, op. cit., p. 294.



A referida atividade normativa, seja do Legislativo, seja do Executivo, faz com que o sistema jurídico acabe sendo transformado num conjunto de difícil sistematização e hierarquização, embora de um ponto de vista formal todas as categorias forjadas no paradigma liberal do direito e dogmática jurídica continuem sendo usadas. Sua capacidade explicativa e cognitiva, no entanto, é prejudicada pela nova realidade, que lhe escapa do controle.

Ao invés de um sistema hierárquico e formalizado, como tínhamos no paradigma liberal, encontramos agora um sistema circular, no qual se cruzam diferentes normatividades que tendem a formar cadetas independentes entre si e que são organizadas de maneira mutável, pela remissão a alguns princípios basilares do sistema, quando necessário. É cada vez menos possível encontrar uma linearidade única no interior do sistema normativo. Uma série de subsistemas a substitui e eles se articulam entre si de modo não-estático<sup>30</sup>.

Este novo modelo de sistema jurídico pode ter sua adequação funcional mensurada da seguinte forma:

A praticidade dos sistemas circulares reside no seu caráter pragmático. Uma vez reconhecida a heterogeneidade de fatores intercorrentes no mundo jurídico, os sistemas normativos passam a atuar como redes aptas a capturar a complexidade da realidade social. Qual o critério identificador das relações úteis ou significativas para o trabalho do julgador? Importa verificar, preliminarmente, que todas as eventuais respostas esvaziam o paradigma dogmático da ciência do direito. Primeiramente, se valorizada a capacidade operacional e prática dos microsistemas de auto-regulação social, assegura-se a juridicidade às custas do sistema hierarquizado. Em segundo lugar, se evidenciada a necessária unicidade do sistema de regulação jurídica, perde-se a certeza da adequação da norma genérica ao caso particularíssimo. Por isso, a 'desestruturação do direito' revaloriza a temática da hermenêutica jurídica e da função social do magistrado<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Um bom exemplo de teoria que explora esta nova face do sistema jurídico pode ser encontrada em FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, passim.

<sup>31</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FÁRIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 40.

Muda-se, assim, o próprio perfil de conhecimento técnico exigido no âmbito jurídico. Inevitavelmente colhido pela crescente complexidade social e instado a operacionalizar a nova normatividade, o sistema tem de conviver com a ponderação de interesses sociais e políticos como determinantes de suas decisões, o que não lhe era exigido no modelo anterior<sup>32</sup>, assim como lidar com um sistema cuja estrutura está longe de ser facilmente operacionalizável com as categorias dogmáticas tradicionais.

Podemos sintetizar em três aspectos principais esta alteração que torna perplexo o jurista formado no paradigma liberal de direito e dogmática jurídica:

- a. *hipertrofia legislativa*, inclusive com legalidade produzida fora do parlamento (mudança quantitativa);
- b. *variabilidade de normas*, modificando constantemente a regulação dos mais diversificados aspectos da vida social e tornando a legislação instável (mudança qualitativa);
- c. como síntese dos aspectos negativos das duas características anteriores, *problemas de coerência interna do ordenamento*<sup>33</sup>.

O locus onde desembocará todas estas tensões, em razão do princípio do *non liquet*, é o poder judiciário. Ele precisa decidir conflitos que são de novo tipo, cuja marca é a conotação política, a partir de uma estrutura operacional

<sup>32</sup> Cf. FÁRIA, José Eduardo. Judiciário e desenvolvimento Sócio-Econômico. In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 23. "Na medida em que o uso do direito como instrumento de direção e promoção social tem por objetivo a consecução de um equilíbrio material entre os diferentes setores, grupos e classes sociais, a idéia da 'justiça' inerente ao sistema legal acaba sendo pensada como um princípio de 'balançamento' de interesses irreduzíveis a uma medida universal e geral. Esta é a razão pela qual esse sistema destaca-se por suas normas com propósitos compensatórios, redistributivos e protetores, rompendo com o princípio da igualdade formal de todos os sujeitos de direito no âmbito de um mesmo ordenamento jurídico. É por esse motivo que a lei já não é mais tratada como sinônimo de direito, ou seja, como se este se reduzisse somente a um texto legal, passando a ser concebido apenas como uma peça — importante, é certo, mas ao lado de outras — do processo de realização das instituições jurídicas. Nesta linha de raciocínio, as normas jurídicas só podem ser aplicadas de modo legítimo e eficaz quando conectadas hermenêuticamente com a realidade social e econômica, integrando-a como parte necessária do sistema legal."

<sup>33</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FÁRIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 41.

e de um sistema conceitual dogmático que não foram pensados para este mister. A formação que o próprio sistema é capaz de oferecer aos seus operadores é ainda a tradicional, calcada na visão liberal de Direito<sup>34</sup>. A realidade é, no entanto, muito diferente.

Em certo sentido a politização do Judiciário se dá, mesmo que involuntariamente, quando ele começa a ser utilizado pelos movimentos sociais nas suas lutas por maiores vantagens no espaço público, como forma de pressão sobre os outros poderes do Estado, que são levados assim a se manifestar. Isto implica, de outra parte, que quando o Judiciário oferece uma decisão ao conflito esta talvez nem venha a ser passível de implementação, por ter deixado de ser relevante no contexto ao qual supostamente se destina, eis que o movimento social em questão talvez já tenha alcançado a finalidade de sua atuação através de um outro poder público<sup>35</sup>.

O Estado de Bem-Estar trouxe consigo, ademais, ao constitucionalizar os direitos sociais e econômicos, uma nova tarefa, de cunho fortemente político, ao Judiciário. Sendo este órgão o encarregado de defender o texto da constituição em nome do legislador originário, quando o Legislativo e o Executivo atuam como executores do programa constitucional, é sempre possível recorrer ao Judiciário para que se pronuncie sobre a correção desta atuação<sup>36</sup>. Não é preciso refletir muito para prever as complicações daí decorrentes. Executivo e Legislativo sentem-se constrangidos em suas esferas

de atuação e reagem cobrando do Judiciário que mantenha sua atitude política neutral. Como corolário desta difusa luta política aparece a questão do "controle externo" do Judiciário<sup>37</sup>.

O Judiciário se vê, deste modo, pressionado simultaneamente em duas frentes. Por um lado, a sociedade exige dele uma atuação mais efetiva na garantia dos direitos e garantias constitucionais ou legalmente assegurados. De outro, Legislativo e Executivo questionam sua legitimidade para interferir em opções políticas já que ele não goza da legitimação eleitoral de que são depositários e acusam-no de usurpar funções que não lhe são atribuídas.

Em resumo: com o advento do Estado de Bem-Estar o Judiciário assume funções que mais facilmente poderiam ser caracterizadas como de justiça distributiva, sem possuir o perfil institucional necessário para tanto. As mudanças operadas no próprio sistema normativo também dificultam a sua atuação, diminuindo-lhe a agilidade. Embora de fato a realidade jurídica não seja mais aquela na qual ele foi concebido, se lhe exige, paradoxalmente, que continue se comportando como antes e que atenda às demandas sociais diferenciadas. Se quer neutralidade, certeza e segurança jurídicas, mas se quer também eficiência, rapidez e decisões socialmente justas.

São apresentadas, nesses termos, exigências contraditórias ao Judiciário. Ele não foi concebido como o poder institucionalmente legitimado para mudar a estrutura normativa. Ao contrário, foi concebido para tomá-la como ponto de partida de sua atuação e implementá-la. Isso significa que

... ao aplicar normas abstratas e gerais aos casos concretos, os juízes não podem contrariar o espírito e o sentido de um sistema legal crescentemente ineficaz — o que limita seu papel arbitral num contexto social contraditório e explosivo; todavia, por carecerem de liberdade criativa e de flexibilidade interpretativa, também não dispõem de condições institucionais para modernizar códigos esclerosados, motivo

<sup>34</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo. (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 49. "O novo estilo da função judicial incorporando uma atividade redistributiva que se confunde, às vezes, com as atividades administrativas e legislativas, estimula a tendência a um 'controle externo' da magistratura. Os demais Poderes apercebem-se de que parte de suas competências é subtraída ou pelo menos compartilhada com o Judiciário." Vide também SANTOS, B., MARQUES, M. M. L., e PEDROSO, J., op. Cit., p.35.

<sup>34</sup> Cf. FARIA, José Eduardo. (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 27-28: "Ao forjar uma mentalidade legalista em flagrante contradição com a realidade sócio-econômica, os cursos jurídicos condenam os estudantes de hoje — portanto, os juízes, promotores e advogados de amanhã — a uma (in) formação burocrática, incapaz de perceber as razões dos conflitos sociais. Ao mesmo tempo, também reproduzem um contraditório conjunto de crenças, justificações e saberes acumulados, expresso por disciplinas específicas que são, invariavelmente, legitimadas por discursos produzidos pelos tribunais e institucionalizados pelas práticas jurídicas travadas em seu interior."

<sup>35</sup> Cf. WALTSMANN, Jerold L. The Courts and Political Change In Post-industrial Society. In: *Courts In Modern Democracies*. London: MacMillan Press, 1988, p.219: "Furthermore, groups with well-defined goals will purge litigation as only one strategy. While this removes some necessity for judges to make final decisions, in that their decisions will be part of an ongoing chain of decisions, it also means litigation is not self-contained. It will become part of a stream of pressures exerted on legislators, executives, and administrators."

<sup>36</sup> Cf. SANTOS, op. Cit., p. 23, é: "The other major focus other judicialization of politics in the last decade in Latin America has been the judicial review."

pelo qual muitas vezes vêem descumpridas suas sentenças — o que alimenta a imagem de uma certa 'anomia' jurídica perante expressivas parcelas da população<sup>38</sup>.

Reconhecida esta disfuncionalidade de sua atuação — na aplicação de uma normatividade que não parece adequada para a sociedade a que se destina ou que em sendo adequada não encontra condições de aplicação efetiva — ele acaba por perder legitimidade social. Se privilegia a legitimação, sai dos quadros conceptuais que lhe são próprios na concepção liberal e tromba com os outros poderes públicos na tradicional separação de poderes, como mencionamos anteriormente.

### EM BUSCA DE UMA EXPLICAÇÃO

Se aceitarmos como ponto de partida a observação da teoria dos sistemas de que a sociedade moderna é aquela em que há a diferenciação funcional, pela qual cada subsistema especializa-se no cumprimento de uma determinada função para o sistema social<sup>39</sup>, podemos conceber as dificuldades enfrentadas pelo Judiciário como uma sobrecarga derivada da atribuição de funções de legitimação política peculiares ao subsistema político e não ao jurídico.

O subsistema político se diferencia do seu ambiente pelo cumprimento da função de tomar decisões em nome da coletividade e pelo uso de seu código binário peculiar: governo/oposição, poder/não-poder. Enquanto tal, fornece, como prestação ao sistema jurídico, as premissas decisórias — as normas — que este vai utilizar no cumprimento de sua função precípua que é a garantia de expectativas normativas, viabilizada a sua função pelo código lícito/ilícito, direito/não-direito.

Dentre as transformações ocorridas no papel do Estado, na passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar, podemos observar pelo menos três aspectos que interferem diretamente com esta distinção de funções.

<sup>38</sup> FARIA, José Eduardo. (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 18.

<sup>39</sup> Cf. LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. 7. ed. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 247-339.

Em primeiro lugar o sistema político, pelas razões que procuramos apontar acima, passa a produzir abundante legislação de cunho intervencionista o fenômeno da juridificação<sup>40</sup>, que, pela sua própria variabilidade e ausência de coerência sistêmica, obriga o sistema jurídico a trabalhar sem o horizonte temporal necessário para as construções dogmáticas incorporar as novas premissas decisórias; conseqüentemente, o leva a tomar decisões que podemos chamar de erráticas, por não seguirem um padrão contínuo, deixando transparecer uma fundamentação e uma opção decisória de caráter mais "político" do que "jurídico"<sup>41</sup>.

Em segundo lugar a vagueza e ambigüidade características da produção normativa que o sistema político oferece somente vem reforçar este aspecto, obrigando o sistema jurídico a particularizar as disposições normativas para poder aplicá-las, o que implica tomar decisões que envolvem a distribuição de bens sociais e tem, portanto, um viés político claro.

Por fim, a utilização do sistema jurídico pelos movimentos sociais, como forma de produzir reações no sistema político, que é viabilizada pela constitucionalização dos direitos sociais, expõe o sistema jurídico diretamente ao envolvimento em disputas sociais nas quais a orientação pelo seu código próprio — lícito/ilícito — acaba sendo disfuncional porque não abarca a complexidade envolvida na disputa que lhe é levada, para as quais as suas respostas não necessariamente são adequadas e executáveis.

Em outros termos: ao assumir as funções que o Estado de Bem-Estar lhe colocou, o Judiciário, como elemento central do sistema jurídico, corre o sério risco de se desdiferenciar em relação ao sistema político e, em tendo menos respaldo social e condições de manter-se no embate, sair perdendo a luta<sup>42</sup>.

Avançando um pouco mais, podemos pensar que a própria situação indica uma crise mais ampla, que atinge o Estado como um todo, visto que a necessidade de legitimação do Estado através do poder judiciário evidencia uma disfunção séria no sistema: o único braço do poder público que não é eleito

<sup>40</sup> Cf. TEUBNER, op. cit., passim

<sup>41</sup> Cf. TEUBNER, op. cit., p. 61-62.

<sup>42</sup> Na análise de Boaventura de Souza Santos (op. cit., p. 39): "The transient nature of this judicialization of politics derives from the fact that, caught in the dilemma of having all the independence to act but no powers to enforce, the promise of court activism may soon prove to exceed by far its delivery."

(ao menos na maioria dos países da família romano-germânica) deve exercer a tarefa de legitimação que, nos moldes da teoria liberal que o gerou, caberia mais propriamente ao Legislativo e ao Executivo.

Traçando uma linha evolutiva um tanto quanto superficial poderíamos dizer que no modelo liberal a função de legitimação é cumprida predominantemente pelo poder Legislativo, no Estado-Providência o é pelo Executivo e quando a crise da intervenção do Estado se instaura, desloca-se para o Judiciário<sup>43</sup>.

No contexto que estamos analisando, parece possível pensar que, paradoxalmente, a própria característica formal do sistema jurídico, na sociedade moderna, quando submetida ao novo padrão de funcionamento que a intervenção do Estado requer, e à necessidade de regular normativamente os mais variados aspectos da vida social, no período histórico em que se pode localizar o modelo do Estado-Providência, acaba sendo causa da disfuncionalidade<sup>44</sup>. De certo modo, são "efeitos colaterais" da própria modernização da sociedade, consumada ao longo do século XX<sup>45</sup>.

O problema que estamos tentando levantar aqui pode ser melhor avaliado se recorrermos à noção de trilema regulatório elaborada por Teubner:

Influências exógenas dos vários subsistemas da vida social são decerto possíveis, mas — e isto é crucial — apenas dentro da órbita e dos limites da respectiva auto-reprodução. Nisto consiste o trilema regulatório: *toda e qualquer intervenção que ultrapasse estes limites, ou bem que acabará por se revelar inteiramente irrelevante, ou bem então que acabará por produzir efeitos desintegradores no contexto da respectiva área social ou no próprio Direito regulatório*<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Nesse sentido diz Santos op. cit., p. 35: "The double failure of the democratic and welfare features of the state, which has been associated with legislature and the executive, has induced a dislocation of the legitimacy core of the state from the legislature and the executive to the judiciary." Cf. também p. 33-44.

<sup>44</sup> Cf. TEUBNER, op. cit., p. 51. "Um tal paradoxo só parece suscetível de uma formulação também ela paradoxal: o Direito, ao atribuir-se uma pressuposta autonomia no plano da sua função — formalidade —, torna-se progressivamente dependente das exigências de performance provindas do seu meio social envolvente materialidade. Vale por isto dizer: um sistema jurídico autônomo, positivo, formalizado e profissionalizado, quando instrumentalizado pelo sistema político ou colocado ao serviço de objetivos de direção social, acaba sempre por se ver exposto a específicas exigências provenientes do sistema político por um lado, e das áreas sociais reguladas, por outro."

<sup>45</sup> Vide GIDDENS, As Consequências da Modernidade, op. cit., passim.

<sup>46</sup> Cf. TEUBNER, op. cit., p. 52.

A chave do problema, de acordo com a teoria sistêmica, está na inadequada articulação estrutural entre o sistema político, o sistema jurídico e a área da vida social a ser regulada. As dificuldades enfrentadas pelo poder judiciário no Estado-Providência são, nesse sentido, consequências desta disfunção causada no e pelo próprio sistema social.

Por isso a planificação da vida social, que é um fenômeno típico do Estado de Bem-Estar, pode ser paradoxalmente entendida como causa da disfuncionalidade que é gerada como consequência da ingerência nos demais subsistemas sociais e é cada vez mais indispensável e também menos concretizável. De acordo com Willke:

Contrairement à l'évolution, la planification implique l'intentionnalité, la poursuite d'un but, la rationalité systémique et une perspective à long terme. Ces exigences indiquent l'un des profonds paradoxes de la planification: c'est une correction délibérée de l'évolution 'naturelle' qui devient une partie du système dans lequel elle prend place; il faut donc que la planification tienne compte du fait que le système est planifié. Elle peut s'em-pêtrer dans des réponses planifiées à la planification, dans des plans de réponses aux réponses, etc (...) C'est précisément ce qui rend la planification indispensable qui l'empêche d'aboutir. Plus les circonstances mouvementées, la complexité interne et le fonctionnement interdépendant appellent la planification, plus il devient difficile de la maîtriser. Il s'ensuit que la planification est une stratégie très ambivalente. Normalement, elle doit traiter une grande complexité. Cependant, en entrant dans les faits, la planification augmente la complexité d'un système jusqu'à 'hypercomplexité' (Luhmann 1984, 673) et le rend encore moins manoeuvrable<sup>47</sup>.

Para evitar esta disfuncionalidade é preciso pensar o direito de modo diverso, como diz Teubner, de maneira mais "modesta". Se cada sistema que compõe o sistema social é fechado em si mesmo, operando autopoieticamente, o papel do direito somente pode ser pensado em termos de indução de determinados comportamentos por parte dos demais sistemas, sem contudo poder prever exatamente de que modo estes trabalharão com o seu estímulo.

Ao invés de um direito positivo com pretensões de exclusividade, encontramos um sistema que envolve a auto-regulação por parte das diferentes esferas da vida social, que apenas seriam coordenadas pelo direito positivo, cuja missão seria então a de encontrar uma, racionalidade comum a estes

<sup>47</sup> Cf. WILLKE, Helmut. Diriger la Société par le Droit? Tradução de Florense Barberousse. Archives de Philosophie du Droit, tome 31, 1986, p. 200-201.

sistemas<sup>48</sup>. Isto implica a capacidade de conhecer e operar com critérios de relevância das diferentes áreas sociais a serem reguladas, para que seu estímulo possa ser absorvido, e nos dá a dimensão da dificuldade da tarefa<sup>49</sup>.

Adotar tal perspectiva significa uma grande alteração da concepção do papel do Estado na vida social. Implica abandonar a idéia de que o Estado pode conduzir a sociedade e transformá-la através do direito, noção enraizada na nossa tradição teórica<sup>50</sup>. Implica também renunciar à pretensão teórica de previsão e controle desta condução ou transformação, que é uma marca forte da concepção iluminista de ciência que nos foi legada.

Cada subsistema que compõe o sistema social funciona como uma "caixa-preta" em relação aos demais subsistemas, de modo que eles não são capazes de ver os recíprocos funcionamentos internos. Cognitivamente abertos e operativamente fechados, eles são capazes de observar os outros sistemas e receber informações de seu ambiente, mas somente processam estas informações a partir de seu código binário e, portanto, nunca lidam com a complexidade total do ambiente.

Se concebermos a própria ciência como um sistema, verificaremos o quão complicada se torna a questão da previsibilidade e/ou condução do comportamento dos demais sistemas. De um lado, pode-se pensar que ela não poderá mais ostentar a pretensão de uma descrição externa do fenômeno, já que ela mesma é parte do sistema social que descreve<sup>51</sup>, e, com isso, nunca

<sup>48</sup> Cf. WILLKE, op. cit., p. 202: "... le droit cesse d'être un instrument d'intervention directe. Par contre, le rôle positif possible du droit serait de façonner les inter-relations des sous-systèmes sociétaux de telle sorte que l'autoguidage autopoiétique se combine à un guidage contextuel décentralisé du cadre sociétal."

<sup>49</sup> Cf. TEUBNER, op. cit., p. 60.

<sup>50</sup> Cf. TEUBNER, op. cit., p. 52. "Somos, portanto, obrigados a abandonar as idéias algo difundidas de uma regulação externa efetiva e a renunciar à crença de que o sistema jurídico ou o sistema político poderão exercer uma influência de controle direta sobre os restantes sistemas componentes do universo social. O efeito despoletado pelo moderno direito regulatório deve assim ser descrito em termos bastante mais modestos, como tratando-se de um mero efeito de estímulo de determinados processos de auto-regulação sistêmica, cujo controle e consequências, de resto, muito dificilmente poderão ser prognosticados."

<sup>51</sup> Cf. LUHMANN e DE GIORGI, op. cit., p. 09: "D'altra parte il tentativo di descrivere la società può aver luogo solo nella società: esso utilizza comunicazione, attiva relazioni sociali e si espone all'osservazione. E allora: comunque si voglia definire l'oggetto, la definizione stessa è già una delle operazioni dell'oggetto. La descrizione compie ciò che viene descritto: la descrizione, nel momento in cui si effettua, deve descrivere anche se stessa. Essa deve comprendere il suo oggetto come un oggetto che descrive se stesso. Usando una formulazione che deriva dall'analisi logica della linguistica, potremmo anche dire che ogni teoria della società deve presentare una componente 'autologica'."

poderá apresentar uma visão totalizante que exclua outras possibilidades de interpretação<sup>52</sup>. De outro lado, se ela compõe o sistema significa que quando emite comunicações sobre as suas observações (que neste sentido são auto-observações), ela influencia os demais subsistemas na sua dimensão cognitiva, mas, paradoxalmente, não há como saber de que modo estes transformarão as informações recebidas. Toda tentativa de planificação ou de gerenciamento dos subsistemas sociais por um deles, como o direito ou a economia, esbarra na falibilidade e contingência do diagnóstico e do planejamento.

Se não é possível sustentar a pretensão de um direcionamento de toda a sociedade (moderna) a partir de um ponto central, e o desrespeito deste postulado explica a crise do Estado e do direito, parece viável pensar que o direito possa influenciar os demais subsistemas, guiando-os, se puder influenciá-los no sentido de transferir escolhas seletivas e seleções que permitam redução de complexidade<sup>53</sup>. Isto implica encontrar mecanismos de interface entre os diversos subsistemas e utilizá-los no sentido de que cada subsistema transforme em operações internas a influência externa, advinda do ambiente, tornando-se reflexivo<sup>54</sup>. A capacidade de apresentar-se como "guia" depende, neste sentido, do desenvolvimento, pelo sistema jurídico, de procedimentos operacionais que permitam um encadeamento jurídico e uma institucionalização destes esquemas de relações intersistêmicas<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Cf. LUHMANN e DE GIORGI, op. cit., p. 29: "In altre parole, la società costituisce il caso estremo di autoosservazione policon-testurale, il caso estremo di un sistema che è costretto all'autoosservazione, senza agire in questo come un oggetto, sul quale possa esistere solo un'unica opinione corretta, così che tutte le deviazioni possano essere trattate come errore. Anche se la società si differenzia dal suo ambiente secondo routine, non è affatto chiaro sin dall'inizio che cosa venga differenziato dal suo ambiente."

<sup>53</sup> Cf. WILLKE, op. cit., p. 206.

<sup>54</sup> Cf. WILLKE, op. cit., p. 207-208: "Dans les sociétés modernes, le droit ne peut fonctionner comme moyen de guidage le système juridique étant alors le médiateur de l'intervention politique dans les sous-systèmes sociétaux - que s'il est en position de faciliter les opérations de transfert entre des acteurs partiellement autonomes et, par là, de promouvoir la réflexion comme moyen d'évolution corréel et contrôlé." Também TEUBNER, Guinther. Substantive & Reflexive Elements In Modern Law. *Law & Society Review*, vol. 17, n. 2, 1983, p. 242: "This stage, in which law becomes a system for the coordination of action within and between semi-autonomous social subsystems, can be seen as an emerging but as yet unrealized possibility of the process of transition a truly 'reflexive' law can be analyzed." Para as características do direito reflexivo, vide p. 254-257.

<sup>55</sup> Cf. WILLKE, op. cit., p. 208 e ss.

Ao invés de "interferência", trata-se de construir mecanismos de "interferência", uma gramática comum que permita a comunicação intersistêmica. Conforme; Willke: "Plus généralement, le but de l'interférence est de proposer une construction normative de conformité par la négociation (Clune) et une logique du marchandage (Ladeur) entre des acteurs partiellement autonomes"<sup>56</sup>.

Em um sistema formado por subsistemas que funcionam como "caixas pretas" uns para os outros, é preciso encontrar mecanismos que permitam uma comunicação entre eles, que, se não é total e direta, ao menos permita o encontro de uma racionalidade sistêmica. Ao invés desta comunicação inter-sistemas se desenvolver no sentido de alcançar um controle direto sobre o rumo que cada subsistema deve tomar, ela se realiza enquanto consegue auxiliá-lo no processo de autodirecionamento.

Se tomarmos uma outra perspectiva teórica, como a de Giddens, também encontraremos a constatação da impossibilidade de previsão completa do rumos da sociedade, dada a imbricação entre a produção teórica e as transformações sociais, imbricação que se traduz através do conceito de reflexividade<sup>57</sup>.

A correlação entre conhecimento e certeza, tão peculiar ao iluminismo, é insustentável pelos próprios princípios que carrega consigo, notadamente: a confiança na razão em substituição ao dogma que caracterizava as sociedades pré-modernas e, no caso do conhecimento sobre a sociedade, no reingresso deste conhecimento na própria sociedade<sup>58</sup>. Paradoxalmente, o próprio conhecimento social produz maior instabilidade e mutabilidade, ao constituir ele mesmo o fenômeno que analisa: "Não é uma questão de não existir um mundo social estável a ser conhecido mas de que o conhecimento deste mundo contribui para seu caráter instável ou mutável"<sup>59</sup>. Isto explica a ocorrência de

<sup>56</sup> Cf. WILLKE, op. cit., p. 209.

<sup>57</sup> Cf. GIDDENS, As Consequências da Modernidade, op. cit., p. 45: "A reflexividade da vida social moderna consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter."

<sup>58</sup> Cf. GIDDENS, As Consequências da Modernidade, op. cit., p. 46-47: "Nas ciências sociais, temos que acrescentar ao caráter inconstante de todo conhecimento baseado empiricamente a 'subversão' que vem da reentrada do discurso científico social nos contextos que ele analisa."

<sup>59</sup> Cf. GIDDENS, As Consequências da Modernidade, op. cit., p. 51.

fenômenos não previstos que podem ser entendidos como efeitos colaterais decorrentes do ingresso do conhecimento social na sociedade, que, ao se dar, projeta-a em novas direções, não analisadas previamente pelo conhecimento em questão.

Estas considerações sobre o papel do conhecimento científico na modernidade, seja do ponto de vista da teoria dos sistemas, seja da perspectiva de Giddens, podem nos auxiliar a compreender as dificuldades que o direito atravessa e que afetam diretamente o poder judiciário, à medida que permitem explicar as transformações que ocorreram ao longo da transição entre Estado Liberal e Estado de Bem-Estar, como decorrentes do próprio mecanismo de funcionamento do sistema social, entendido como abrangendo inclusive o conhecimento sobre a sociedade.

Mais do que apenas uma crise do poder judiciário, o que podemos perceber é uma transformação do perfil da regulação jurídica exigida por uma configuração social que não mais se submete aos esquemas teóricos e organizacionais elaborados para o modelo liberal ou para o modelo do Estado de Bem-Estar. Em certo sentido, é como se nos aproximássemos novamente do modelo liberal ao postular a auto-regulação das esferas sociais. Há aqui, contudo, uma novidade substancial: a auto-regulação não é pertinente ao indivíduo estritamente considerado. O indivíduo contratante do modelo liberal é substituído por organizações de variados tipos, que são os novos sujeitos desta regulação.

Que papel pode ser atribuído ao poder judiciário neste contexto? Aparentemente, à medida que ao direito caberia a função de produzir a interface entre os diversos subsistemas e a busca de uma racionalidade comum, ao poder judiciário poder-se-ia atribuir o papel de mediador e fiscalizador da regulação das organizações de acordo com princípios mínimos que pudessem garantir condições básicas de diálogo e correlação entre elas. Resta saber, no entanto, como realizar a passagem da atual configuração institucional para uma outra capaz de trabalhar com a pluralidade e diversidade de aspectos que exige a regulação intersistêmica.

Se o diagnóstico da teoria dos sistemas e a elaboração do modelo de um direito reflexivo puderem ser aceitos<sup>60</sup>, parece não ser possível pensar outro papel para o Judiciário contemporâneo, ou insistir na assunção por parte deste

<sup>60</sup> De acordo com as considerações que fizemos sobre a natureza do conhecimento social, mesmo se não for adequado o diagnóstico da teoria dos sistemas, já houve interferência ao ser operada a sua "reentrada" na observação que a própria sociedade faz de si mesma.

de tarefas de cunho político como as que lhe foram anteriormente atribuídas. A contribuição que ele pode oferecer para o sistema social é a regulação da auto-regulação dos seus subsistemas. Tarefa mais modesta, mas talvez também mais exequível.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Questionado pelos múltiplos vetores da transformação que procuramos retratar, o Judiciário parece perplexo diante do caminho a ser trilhado. Não é possível voltar ao padrão de funcionamento que o caracteriza no modelo liberal, mas ao entrar em movimento não parece saber o que exatamente deve mudar para adequar-se aos novos tempos<sup>61</sup>.

Peculiarmente sintomático disto é o caso brasileiro. Se observarmos os dados levantados em pesquisa realizada sobre a visão que o Judiciário tem de si mesmo, percebe-se a nítida predominância da atribuição da responsabilidade da crise a fatores externos e não controláveis pela instituição. Poucos são os membros da carreira que entendem haver responsabilidades internas nas atuais dificuldades que a instituição atravessa<sup>62</sup>.

As visões que encontramos no interior da magistratura, quando confrontada com esta questão, podem ser agrupadas em três perspectivas básicas: estamental, política e ideológica. Para a visão estamental a crise é mais aparente e exterior à instituição do que verdadeira, atribuindo-se ao Legislativo a responsabilidade pela má qualidade da legislação e ao Executivo a culpa pelas dificuldades estruturais, à medida que não atende às demandas orçamentárias que o Judiciário lhe endereça. Para a visão política a crise existe de fato e a instituição é também responsável por ela, sendo solucionável através de um conjunto de iniciativas de reorganização funcional e descentralização judicial (fóruns distritais, juizados especiais etc.). Para a visão ideológica a crise demonstra a necessidade de se evidenciar a natureza política dos conflitos que chegam ao Judiciário e de se tomar posição ideológica clara no seu contexto<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Mesmo porque, o diagnóstico que as ciências sociais podem lhe oferecer é multifforme e salientemente aproximativo, o que dificulta sobremaneira a definição dos rumos que uma reforma poderia seguir.

<sup>62</sup> Vide VIANNA, Luiz Werneck et alii. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan/IUPERJ, 1997, p. 237-320.

<sup>63</sup> Cf. anotações às aulas proferidas pelo professor José Eduardo Faria no curso de Sociologia do poder judiciário, na Faculdade de Direito da USP, durante o segundo semestre de 1997.

Nenhuma destas visões, no entanto, consegue dar conta da complexidade colocada pelas transformações sociais acontecidas. A primeira falha ao identificar apenas problemas externos. A segunda, ao dar um caráter excessivamente organizacional à crise. A última, ao não atentar para os riscos de a assunção da politização do Judiciário pode acarretar à própria instituição<sup>64</sup>.

Para apreender melhor o conjunto da problemática envolvida na expressão "crise do judiciário" podemos vê-la em três aspectos distintos: a relação com os outros poderes, a da inadequação de sua estrutura e a relativa aos procedimentos judiciais<sup>65</sup>.

É certo que vista nesta perspectiva a crise não pode ser solucionada exclusivamente a partir do próprio Judiciário. Sua superação implica a atuação dos outros poderes do Estado, assim como do próprio Judiciário. Mas implica sobretudo a capacidade de traçar um panorama, ainda que aproximativo, das transformações que o mundo ao seu redor sofre. Precisamente neste ponto é que parece haver mais dificuldade por parte da instituição.

De certo modo, a questão pode ser colocada nos seguintes termos: que tipo de instituição judiciária é *necessária* e *possível* no contexto de um mundo globalizado, no qual a lógica de organização da vida social parece girar exclusivamente em torno da economia, que subordina todos os demais subsistemas sociais, afirmando-se como o subsistema capaz de "guiar" a ação dos demais, que são levados a interiorizar sua influência<sup>66</sup>?

É de se observar, neste sentido, o crescimento das análises econômicas sobre o Judiciário, que visam a identificar o quanto sua *performance* pode comprometer o funcionamento da economia do país e com isso prejudicar a inserção no mercado mundial, que passa a ser parâmetro dominante de

<sup>64</sup> Os perigos desta postura, de certo modo presente no movimento de direito Alternativo, pode se vislumbrar na discussão que faz da magistratura italiana Francesca Zannotti, berço, como se sabe, do referido movimento. Vide ZANNOTTI, Francesca. *Las modificaciones del Poder Judicial en Italia: de un juez boca de la ley a un juez de los derechos*. In *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1996, Julho, p.9-27.

<sup>65</sup> Cf. Vide SADEK, Maria Teresa e ARANTES, Rogério Bastos. *A Crise do Judiciário e a visão dos Juizes*. In *Revista da USP*, São Paulo, 1994, n.21, p. 37-45.

<sup>66</sup> Uma abordagem desta questão pode ser encontrada em FARIA, José Eduardo. *Direitos Fundamentais e Jurisdição: o Judiciário após a globalização*. *Direito em Debate*, n.9, Juiz: UNIJUJ, Jan-Jun/97, p. 7-17. E também em SANTOS, op. cit., *passim*.

valoração<sup>67</sup>. A eficiência, neste quadro, é o valor fundamental e os questionamentos sobre a justiça deixam de ter relevância. Uma parte considerável das críticas que o Judiciário brasileiro recebe atualmente tem como fundamento esta visão economicista, preocupada com a demora e a ineficiência neste sentido particular.

De certo modo, um terceiro modelo de organização social, política e econômica forja-se a partir do declínio do Estado de Bem-Estar e, como procuramos analisar ao longo das páginas precedentes, ele acarreta a inviabilidade de antigas pretensões teóricas e práticas do direito e da teoria jurídica. Resta saber em que direção este novo modo de organização se move.

Responder a estas questões não é tarefa fácil. Implica, ademais, renovação das categorias conceituais forjadas em modelos anteriores. Elas são, no entanto, as questões cruciais da nossa época e, se não é nossa intenção discutí-las neste trabalho, coube-nos ao menos levantá-las como considerações finais ao esforço de análise da crise atravessada pelo Judiciário.

## BIBLIOGRAFIA

ARRUDA, Jr., Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1991.

\_\_\_\_\_. Perfil sociológico do Judiciário no Brasil. Ou dos limites e alcances da justiça de classe sob o liberalismo-legalismo numa sociedade periférica. In: *Introdução à sociologia jurídica alternativa*. São Paulo : Acadêmica, 1993.

BARCELLONA, Pietro, COTTURRI, Giuseppe. El derecho de las capas medias: la suerte de los juristas. In: *El Estado e los juristas*. Barcelona : Fontanella, 1976a.

\_\_\_\_\_. La imagen del jurista, de la doctrina y de los magistrados. In: *El Estado e los juristas*. Barcelona : Fontanella, 1976.

<sup>67</sup> Vide PINHEIRO, Armando Castelar. Judicial System Performance and Economic Development. *Ensaíos BNDS*, Rio de Janeiro, 2, 1997 e SHERWOOD, Robert et alii. Sistemas judiciales y Desepeño Económico. *The Quarterly Review of Economies and Finance*, 1994.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FÁRIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo : Malheiros, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre : Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford : Clarendon Press, 1989.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. O poder judiciário, o juiz e a lei. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo : Acadêmica, n. 1, 1992, p. 6.570.

FÁRIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo : Ática, 1989.

\_\_\_\_\_. (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo : Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e jurisdição: o Judiciário após a globalização. *Direito em Debate*. Em busca de Alternativas, n. 9, Ijuí, UNIJUÍ, jan.-jun. 97, p. 7-17.

\_\_\_\_\_. *Justiça é conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo : RT, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. Magistratura democrática e el ejercicio alternativo de la función judicial. In: (org.). *Política y justicia en el Estado capitalista*. Barcelona : Fontanella, 1978 a.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Por una magistratura democrática. In: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (org.). *Política y justicia en el Estado capitalista*. Barcelona : Fontanella, 1978b.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo : RT, 1980.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1996.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro : Forense, 1978.



- GENRO, Tarso Fernando. Os juizes contra a lei. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1991.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências sociais da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. 2ª reimpressão. São Paulo : Editora da UNESP, 1991.
- GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich, LASHI, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo : Editora da UNESP, 1997.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2.ed. São Paulo : Abril Cultural, 1979.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3.ed. São Paulo : Martins Fontes, 1991.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo : Malheiros, 1994, p. 124-9.
- LUHMANN, Niklas, DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7.ed. Milano : Franco Angeli, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília : UnB, 1980.
- \_\_\_\_\_. Some problems with "reflexive law". In: TEUBNER, G., FEBBRAJO, A. *State, law, and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective*. Milano : Giuffrè, 1992.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *Judicial system performance and economic development*. Ensaios BNDES, 2. Rio de Janeiro, 1997.
- SADEK, Maria Teresa, ARANTES, Rogério Bastos. A crise do judiciário e a visão dos juizes. *Revista da USP*, São Paulo, nº 21, 1994, p. 35-45.

- SANTOS, Boaventura de Souza. *The gate of law and democracy: (mis) trusting the global reform of courts*. Coimbra, 1996. [Formato ofício.]
- SANTOS, Boaventura de Souza. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 30, a. 11, fev. 96, p. 29-62.
- SENESE, Salvatore. El "governo proprio" de la magistratura italiana. *Anuario del CijA*, nº 1, abr. 1992.
- SHERWOOD, Robert et alii. Sistemas judiciales y desempeño económico. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, 1994.
- TATE, C. Neal, VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York : New York University Press, 1985.
- TEUBNER, Gunther. Juridificação: noções, características, limites, soluções. *Revista de Direito e Economia*, a. XIV, 1988.
- \_\_\_\_\_. Social order from legislative noise: autopoietic closure as a problem for legal regulation. In: TEUBNER, G., FEBBRAJO, A. *State, law, and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective*. Milano : Giuffrè, 1992.
- \_\_\_\_\_. Substantive & reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983.
- VIANNA, Luiz Werneck et alii. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro : Revan/UPERJ, 1997.
- VIEIRA, José Ribas. O Judiciário e a democratização adiada: alternativas. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, nº 2, 1992.
- WALTMAN, Jerold L., HOLLAND, Kenneth M. (editores). *The political role of law courts in modern democracies*. London : MacMillan, 1988.
- WARAT, Luiz Alberto. Formalismo, realismo e interpretação da lei. In: *Introdução Geral ao Direito*. V. 1. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre : Fabris, 1994.
- WILLKE, Helmut. *Three types of legal structure: the conditional, the purposive and the relational program*. [Formato ofício.]

WILLKE, Helmut. Diriger la société par le droit? Tradução de Florence Barberousse. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 31, 1986.

ZANNOTTI, Francesca. Las modificaciones del Poder Judicial en Italia: de un juez boca de la ley a un juez de los derechos. *Jurisprudencia*, Buenos Aires, jul. 1996, p. 2-27.