

# A JURISDIÇÃO ENTRE CRISES E DESAFIOS

ARTIGOS

*Doglas Cesar Lucas*

## **Resumo:**

O presente trabalho tem a intenção de tratar da Jurisdição no contexto da sociedade contemporânea, analisando as dificuldades e os limites de se “dizer o direito”, em uma realidade social complexa, a partir de um paradigma jurídico ancorado na modernidade liberal, incapaz de lidar com litígios que não respeitam fronteiras nacionais, que exigem respostas rápidas, conflitos que não são alcançados pela dogmática liberal individualista. Como resultado da crise funcional da Jurisdição, é destacado o aparecimento de novas racionalidades e de novos ambientes de regulação e de solução de conflitos que tendem a se constituir à custa da perda de imperatividade do direito positivo e das próprias funções estatais. Por fim, observa-se que as dificuldades apresentadas pela Jurisdição representam um dos momentos da crise por que passa o Estado contemporâneo. Trata-se de uma crise dos “fundamentos” dogmáticos dominantes do direito positivo e de uma crise que afeta os poderes do Estado e a própria afirmação dos projetos democráticos.

## **Palavras-Chave:**

Poder Judiciário – Jurisdição – Conflitos sociais – Complexidade – Regulação – Solução de conflitos.

## **Abstract:**

The present work has the intention to deal with the Jurisdiction in the context of the society contemporary, being analysed the difficulty and the limits of if “saying the right”, in a complex social reality, from an anchored legal paradigm in modernity liberal, incapable to deal with a set of litigations that do not respect national borders, that demand fast answers, conflicts that are not reached by the individualistic liberal dogmatic. As result of the functional crisis of the Jurisdiction, the appearance of new rationality and new environments of regulation and solution of conflicts is detached that tend if to constitute the costs of the loss of exclusiveness of the positive law and the proper state functions. Finally, it is observed that the difficulties presented for the Jurisdiction represent one of the moments of the crisis why passes the State contemporary. One is to a crisis of the “dominant dogmatic bedding’s” of the positive law and about a crisis that affects them to be able of the State and the proper affirmation of the democratic projects.

## **Keywords**

Judiciary Power – Jurisdiction – Social Conflicts – Complexity – Regulation – Solution of conflicts.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

---

O tema Jurisdição, apesar de recorrente nas últimas décadas, tem recebido uma atenção especial da teoria do direito e mesmo da teoria política. Tantas e novas são as abordagens realizadas que a atividade jurisdicional transforma-se em objeto de estudo cada vez mais singular e autônomo. O interesse decorre da importância que exerce ou pode exercer a Jurisdição na afirmação dos projetos constitucionais, na proteção dos direitos e na limitação do arbítrio, importância que se agiganta com a consolidação da democracia, com a crise do Estado-providência e, especialmente hoje, por mais paradoxal que possa parecer, com a incerteza que se abate sobre o futuro da Jurisdição tradicional e sobre a continuidade de suas formas. Nesta esteira de preocupações o presente texto tem a intenção de tratar da Jurisdição no contexto da sociedade contemporânea, analisando as dificuldades de se “dizer o direito”, em uma realidade social complexa, a partir de uma racionalidade burocrática moderna, castradora das possibilidades e incapaz de conciliar o direito com uma ética de alteridade. Trata-se de analisar as dificuldades de sintonizar a operacionalidade e a instrumentalidade tradicionais com o conjunto de novas demandas sociais que apontam para o futuro.

Para demonstrar que a Jurisdição e, mais especificamente, o Poder Judiciário tornam-se alvos de uma preocupação teórica constante e cada vez mais particular, voltada para a compreensão da racionalidade instrumental da aplicação do direito e da estrutura funcional necessária a sua realização, a primeira parte do trabalho será tributada ao surgimento de uma forma inovadora de estudar a realidade do direito, isto é, de uma “sociologia dos tribunais” que centra suas preocupações no estudo das condições estruturais, funcionais e epistemológicas da atividade jurisdicional, diferentemente da tradicional Sociologia do Direito de base substantivista/normativista.

Estabelecidos os padrões e as razões de ser desta nova Sociologia do Direito, o segundo momento é dedicado à questão da explosão de litigiosidade ocorrida em virtude da crise do Estado-providência, da ampliação dos regimes democráticos e da mudança de paradigma das relações sociais contem-

porâneas e dos conflitos produzidos nessas sociedades. Ainda nesta parte do texto tratar-se-á da crise de identidade funcional que afeta o Poder Judiciário, o qual não consegue responder à explosão de litigiosidade e à complexidade das demandas sociais a partir de institutos e instituições projetados pela racionalidade moderna para operarem em um tempo social diferente, em um tempo de retardamento bastante distinto do tempo célere exigido e característico do mercado.

A reestruturação substancial dos paradigmas econômico, político e cultural e as repercussões destas alterações na atividade jurisdicional constituem o cenário da terceira e última etapa do trabalho. Destacar-se-á que a sociedade contemporânea, ao mesmo tempo em que avança tecnologicamente e permite aumentar a exploração econômica, caracteriza-se pela capacidade de produzir riscos sociais de todas as ordens e, também, pela incapacidade de estabelecer respostas a estes mesmos riscos. Uma sociedade que se internacionaliza economicamente, que enfraquece os Estados-nação, que produz conflitos complexos e desterritorializados, desafia a racionalidade de uma Jurisdição que foi concebida para atuar em espaços geográficos definidos e para solucionar demandas individuais e previamente tipificadas. Ainda no terceiro item será abordado o surgimento de novas racionalidades e de novos ambientes de regulação e de solução de conflitos que tendem a se constituir à custa da perda de imperatividade do direito positivo e da incapacidade dos mecanismos tradicionais de solução de conflitos em atender a certas demandas da sociedade global, como as demandas surgidas entre empresas transnacionais.

Por fim, enfatiza-se que a crise jurisdicional não é uma crise isolada, pois abrange a racionalidade moderna, suas verdades e suas instituições. Trata-se de uma crise dos fundamentos dogmáticos do direito positivo que afeta os poderes do Estado e a própria democracia. Enfim, mesmo sendo pouco propositivo e sem enfrentar uma série de questões importantes que envolvem o ofício jurisdicional, o trabalho traz à tona uma preocupação com o futuro das instituições jurídico-políticas que, num contexto de incertezas e complexidades, precisam apoiar-se numa visão democrática e comprometida com a afirmação do direito como instrumento de promoção social.

## **NOS PASSOS DE UMA “SOCIOLOGIA DOS TRIBUNAIS”**

---

A Sociologia do Direito foi profundamente influenciada por uma perspectiva teórica normativista/substantivista do objeto jurídico, orientação que permaneceu hegemônica até o advento de novas condições teóricas e sociais na década de 60 do século passado, as quais foram responsáveis pelo surgimento de uma “sociologia dos tribunais” capaz de estudar os aspectos processuais, organizacionais, estruturais e a racionalidade formal da burocracia judiciária. Enquanto a dimensão substantivista orienta uma sociologia jurídica preocupada em situar o verdadeiro papel social do direito, destacando sua capacidade de transformação e libertação ou, contrariamente, de reprodução das condições de dominação e de exclusão social, a “sociologia dos tribunais” inaugura uma nova dimensão epistemológica para a Sociologia do Direito, voltada para o estudo dos profissionais do direito, da burocracia jurídica, enfim, comprometida com a observação da realidade organizacional do direito, mais especificamente com a observação das condições estruturais de manifestação do poder jurisdicional.

Entre as condições teóricas que promoveram essa reordenação na Sociologia do Direito, Boaventura de Sousa Santos (1999) ressalta o desenvolvimento da sociologia das organizações, o interesse da ciência política pelos tribunais enquanto zonas de poder político, bem como o desenvolvimento da antropologia do direito, que passou a analisar os processos e as instituições jurídicas de acordo com seus diferentes níveis de formalização e especialização.

O autor português refere que, ao lado dessas condições teóricas, certos acontecimentos sociais desencadeados a partir da década de 60 foram determinantes para introduzir no debate sociológico essa dimensão estrutural e operacional do direito. Uma das condições sociais do período refere-se às lutas promovidas pelos grupos de ação coletiva de enfrentamento, como negros, estudantes, pequena burguesia, orientados pela exigência de novos direitos sociais. Os movimentos sociais de natureza cultural e o movimento operário estruturaram sua ação de modo propositivo e reivindicatório, requerendo

no campo jurídico a consagração e a efetivação dos direitos sociais necessários à conformação de uma realidade democrática, capaz de contrastar com as arbitrariedades dos regimes recém saídos do pós-guerra.

A crise da administração da Justiça, que eclode na década de 60 e que está relacionada diretamente com a questão anterior, aparece como a segunda condição social importante na definição do interesse da sociologia pelo estudo dos tribunais. Esta crise caracteriza-se pela incapacidade do poder jurisdicional em responder aos conflitos jurídicos que emergiram com a consagração dos direitos sociais a serem garantidos pelo Estado-providência. Surgem, então, novas categorias de sujeitos jurídicos legitimados para pleitear, no âmbito do Judiciário, um conjunto de direitos de nova conformação, os direitos coletivos, individuais homogêneos e os direitos difusos, todos eles definidos por uma política de cunho social que requisitava uma atuação positiva e interventiva do Estado.

A consagração de novos direitos e de novos atores fez com que o conflito social se transmutasse da zona política para a seara judicial, campo legítimo para responder às demandas sociais que de agora em diante também passam a ser questões jurídicas. Instala-se assim uma realidade paradoxal, caracterizada, ao mesmo tempo, pela consagração formal de direitos sociais, provocadora de uma explosão de litigiosidade, e pela incapacidade da estrutura judiciária em responder a essa mesma explosão, quer por problemas de natureza organizacional, quer por problemas advindos da crise teórica do modelo liberal de Jurisdição. (Santos, 1999).

Esse cenário, que se agrava ainda mais a partir da crise econômica da década de 70, uma vez que os recursos financeiros eram insuficientes para cumprir as promessas feitas pelo Estado-providência às classes populares, ganhou visibilidade social e foi incorporado definitivamente na pauta dos estudos sociológicos. A afirmação de uma “sociologia dos tribunais” permitiu a elaboração de uma nova perspectiva teórica para o estudo das funções jurisdicionais, diretamente preocupada com a dimensão operacional, institucional e procedimental do direito.

No Brasil, assim como nos demais países periféricos e diferentemente da realidade européia, a “sociologia dos tribunais” foi impulsionada pelo processo de redemocratização política e jurídica, que permitiu uma nova dinâmica para a atuação política e litigante da sociedade civil organizada, sobretudo dos movimentos sociais que lutavam pela efetivação dos direitos sociais consagrados no texto constitucional de 1988. A retomada da democracia, o acirramento da crise econômica e o descompasso entre os projetos jurídicos constitucionais e os projetos sociais de governo, aumentaram a importância do Poder Judiciário como instância decisória para defender a democracia e o projeto constitucional, bem como para responder ao número expressivo de demandas judiciais de natureza patrimonial que resultaram da crise econômica. O Poder Judiciário passou a ser requisitado de forma ampla, sem, no entanto, possuir as condições estruturais, epistemológicas e ideológicas para responder a essa explosão de litigiosidade, situação que revelou suas limitações e fragilidades no atendimento da conflituosidade nacional.

O aumento expressivo do número de estudos dedicados ao Poder Judiciário, sobretudo na última década, reflete de forma sintomática as dificuldades e as precariedades que envolvem a prestação jurisdicional tradicional no enfrentamento das demandas contemporâneas. Paradoxalmente, a crise que afeta a Jurisdição obriga um repensar sobre si mesmo e aponta para a urgência de se enfrentar, de se redescobrir e de mudar para permanecer. Ao enfrentar as questões pertinentes ao acesso à justiça, relativas à administração dos tribunais, à formação e à ideologia dos magistrados, aos mecanismos alternativos à Jurisdição tradicional, bem como ao enfrentar a própria realidade social e econômica em que opera o poder jurisdicional, a sociologia dos tribunais se debruça sobre as precariedades do paradigma judiciário tradicional e ao mesmo tempo realiza um trabalho de proposição ao traçar apontamentos para a elaboração de uma nova política judiciária.

Da mesma maneira que a teoria do direito contribuiu para a fundamentação e a justificação dos direitos, a ponto de os direitos fundamentais constituírem o núcleo central das sociedades democráticas, poderá contribuir também para o estabelecimento de um modelo jurídico que garanta a efetivação

e a concretização dos direitos assegurados ao longo da História. Os esforços precisam ser canalizados para uma postura operacional, entendida como uma reação teórica e política necessária para aproximar o direito da vida e da realidade que pretende organizar. Enfim, tornar efetivos os direitos é o principal desafio da teoria jurídica contemporânea, ao menos daquela comprometida com o avanço e a consolidação das conquistas sociais.

Nesse contexto a sociologia dos tribunais permite definir uma nova referência teórica, capaz de enfrentar os discursos jurídicos alienantes que reproduzem um senso comum teórico a serviço da dominação e da conservação dos saberes e dos poderes jurídicos tradicionais. Possibilita, também, reinventar a práxis jurídica a partir de uma perspectiva comprometida com as escolhas constitucionais históricas e voltada para a construção democrática das instituições responsáveis pela operacionalização do direito. Afinal, as sociedades democráticas necessitam redefinir sentidos e compreender as suas instituições a partir de novas perspectivas sociais, consagrando os legados históricos pelo aprimoramento de suas categorias jurídicas e políticas. Somente a incerteza da permanência é capaz de gerar a iniciativa para o novo ou produzir forças para a continuidade das conquistas, razão pela qual não se pode mistificar saberes e correr o risco de cultivar autoritarismos teóricos e práticas sociais precárias porque conservadoras daquilo que por essência não se conserva.

É importante, por isso, consolidar um espaço teórico dedicado ao estudo do Poder Judiciário sustentado numa postura democrática sem temores, que contribua para o desvelamento de suas pilastras conservadoras e reprodutoras tanto de uma racionalidade obscura como de uma conformação funcional despolitizada e asséptica. Trata-se de compensar o déficit teórico que dominou o estudo dos tribunais e garantir que as crises declaradas e não-declaradas do Poder Judiciário sejam compreendidas e enfrentadas dentro das circunstâncias, viciosas ou virtuosas, do contexto democrático. Não existem motivos para afastar o Judiciário do debate aberto e sem amarras, do mesmo modo que não se pode manter nenhuma zona de poder intacta ao debate liberto e responsável,

condição necessária para a legitimidade das instituições sociais. Quer diante de questões de natureza estrutural ou de natureza epistemológica, a verdade é que o estudo dos tribunais possibilita inserir e compreender a Jurisdição a partir de um discurso emancipatório, bem como visualizar que as novas conformações da sociedade contemporânea reclamam um novo paradigma de Poder Judiciário. Um novo olhar sobre nossas antigas instituições, mais profundo e mais perspicaz, poderá ser revelador e provocativo.

## **EXPLOSÃO DE LITIGIOSIDADE É O CENÁRIO DE UMA JURISDIÇÃO EM CRISE**

---

A realidade contemporânea evidencia a conformação de novos modelos de produção da vida social. Em todos os campos da sociedade verifica-se uma perplexidade e uma apreensão com o novo que, ainda não conhecido em sua totalidade, desafia a compreensão do presente e as respostas elaboradas pelo passado. A capacidade de ação da sociedade foi radicalmente aumentada e não se fez acompanhar da capacidade de previsão das conseqüências de tais ações e, por conseqüência, dos conflitos que a sociedade produz. Vive-se num tempo de transição paradigmática, no qual a racionalidade moderna parece ser insuficiente para explicar as novas racionalidades e complexidades características da contemporaneidade e no qual a crise de identidade funcional acaba por alcançar praticamente todas as categorias e instituições modernas. Enfim, parece não haver mais espaço para um projeto de emancipação dentro da racionalidade científica moderna.

Enquanto o paradigma moderno tem como pressuposto a idéia de ordem e de estabilidade – a idéia de que o passado se repetirá no futuro –, o que se apresenta na complexidade contemporânea é um tempo de desassossegos, de extrema turbulência, de incertezas e de novos desafios (Santos, 2000). As certezas deram lugar aos ceticismos; a segurança ao risco; a racionalidade ao caos. Local e global se confundem e a concepção de tempo é redefinida pela revolução tecnológica.



É importante observar, no entanto, que ao mesmo tempo em que a transição paradigmática conduz a precariedade de um modelo, traz consigo os elementos constituidores de uma nova gramática social, pois o fim de um paradigma só se dá pela emergência de um outro que o substitua. Nesse sentido, compreender o momento histórico de nossas instituições é imprescindível para se promover a reformulação de suas potencialidades em níveis condizentes com as novas exigências sociais.

Como uma das importantes instituições provenientes da cultura política moderna, o Poder Judiciário<sup>1</sup> não foi isentado das transformações que desafiam a modernidade. Diferentemente das exigências e compreensões impostas pela realidade contemporânea, o Poder Judiciário moderno foi organizado para atuar dentro de limites territoriais precisos e no centro da atividade estatal, sendo eleito como a única instância competente para dirimir conflitos por meio de pronunciamentos jurídicos. Do mesmo modo, o Judiciário foi estruturado para operar por meio de uma lógica racional-legal que nega a complexidade, que valoriza exageradamente as formalidades e os procedimentos decisórios de tempo diferido e que mascara a substancialidade dos conflitos sociais e econômicos pela adoção de fórmulas e conceitos reducionistas e afinados com uma cultura de conservação do passado liberal-individualista.

A racionalidade formal-legalista do mundo moderno transforma as reais e históricas desigualdades sociais em conceitos genéricos e abstratos que viabilizam a igualdade formal de todos os homens, legitimando as contradições sociais e econômicas pelo apego às formalidades da lei, tornando possível a racionalização e o controle do exercício do poder. No contexto moderno o Judiciário representa uma instituição que visa garantir a segurança das relações em espaço e tempo precisos e restabelecer a ordem jurídica utilizando-se de expedientes racional-legais que permitam uma interferência aparentemente

---

<sup>1</sup> Obviamente que não só o Poder Judiciário sofreu com as repercussões da crise da modernidade, mas a própria racionalidade jurídica e as formas políticas de organização e controle social.

te neutra nos conflitos sociais. Com isso, define padrões de legitimidade meramente formais, mas necessários à economia capitalista, e institui uma dinâmica que decide sobre os conflitos sociais sem interferir e sem valorizar o conteúdo de tais conflitos.

O Poder Judiciário moldado pelo Estado moderno estabelece um conjunto de procedimentos decisórios de base racional-formal que negam a política e os conteúdos valorativos das demandas sociais. Em nome da segurança, da ordem e da previsibilidade da ação estatal, a modernidade racionalizou o Poder Judiciário e o incumbiu de proteger o passado legislado e de defendê-lo das interferências da política, dos valores, dos conteúdos que determinam as reais desigualdades desafiadoras de qualquer tipo de ordem. Seu afazer burocrático é marcado pela racionalização dos conflitos de ordem individualista e pela incapacidade de juridicizar os conflitos coletivos, que são aceitos apenas como problemas políticos, econômicos, culturais, históricos, etc.

Ocorre que, com as mudanças orgânicas e funcionais promovidas pelo Estado intervencionista, o direito altera sua orientação política e passa a representar um instrumento de interferência e assistência estatal para a promoção de políticas sociais. Como as políticas de administração e de reorganização social dependem da legitimação do direito, este passa a ser um instrumento de intervenção e de assistencialismo, o que resulta na politização do conjunto do direito e em sua dependência, além da política, das relações econômicas e culturais (Cappella, 2002). A emergência do *Welfare State* promove uma alteração na natureza dos conflitos, que passam de um acento individualista para características de massificação das demandas sociais, o que

traz para o judiciário uma situação inusitada e paradoxal: na medida em que a compreensão dos conflitos, sob a égide do direito liberal individualista, conduz a uma reiterada produção de decisões em descompasso com as expectativas sociais coletivas que se formam no processo de aplicação da lei pelo Judiciário – acentuando, gradativamente, a esclerose funcional de suas atividades – a necessidade de legalização dos novos conflitos pelos movimentos sociais, os

leva fazer da instância judicial o interlocutor privilegiado de suas estratégias políticas de reconhecimento institucional de direitos (Ribeiro, 2002, p. 43).<sup>2</sup>

O Estado intervencionista reformula a atuação do direito e dos juristas, tendendo a deixar de ser meramente vigilante para assumir uma função ativa, diretiva. Nesse cenário, adverte Capella<sup>3</sup>,

o magistrado não é mais a mera “boca da lei” (que nunca foi). A lei em geral, nem estável, nem duradoura, não pode ser seu único ponto de referência. Provavelmente, por razões histórico-culturais, pelo mundo de aparências legitimadoras do poder que neste universo mudado se desenvolve ainda em parte segundo as pautas do Estado gendarme, a magistratura conserva um importante relevo social, e portanto é um reduto do garantismo jurídico no âmbito público. Apesar disso se encontra funcionalmente em decadência: a atividade processual é demasiado lenta e seguramente demasiado imparcial para os novos e expeditos poderes do capitalismo organizado, que começam a arbitrar suas diferenças mediante a lei da selva econômica. (2002, p. 225).

Zafaroni (1995) sustenta que, apesar de o Estado ser significativamente mais complexo do que era antes e de as relações jurídicas se multiplicarem, não foram realizadas as transformações qualitativas na racionalidade jurisdicional, capazes de adaptá-la às novas formas de conflito que deve enfrentar. Para Campilongo (1994)<sup>4</sup>, a consagração de direitos sociais nas Constituições contemporâneas agrega ao “estado de direito um considerável aumento de complexidade,” pois, enquanto o sistema liberal de garantias se

---

<sup>2</sup> No mesmo sentido, Apostolova afirma que “a concretização dos direitos sociais exige a alteração das funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação no sentido de possibilitar e fomentar a realização de projetos de mudança social.” (1998, p. 182).

<sup>3</sup> Sobre a complexidade do direito contemporâneo e as alternativas à crise de Jurisdição, ver Moraes (1999, 1996).

<sup>4</sup> Dois outros trabalhos do mesmo autor, a respeito do tema, merecem destaque: Campilongo (1989, 1998), ambos publicados em livros organizados por José Eduardo Faria.

pautava pela seletividade e ignorância dos conteúdos materiais, o modelo jurídico do Estado social funciona como compensador dos déficits provocados pelo próprio ordenamento. Nesse sentido, “o desafio do judiciário, no campo dos direitos sociais, era e continua sendo conferir eficácia aos programas de ação de Estado, isto é, às políticas públicas, que nada mais são do que os direitos decorrentes desse ‘seletividade inclusiva’.” (Campilongo, 1994).

Nesse cenário de redefinição das funções do Estado, prossegue Campilongo, o problema posto para as funções jurisdicionais é de fundamental importância, pois somente um Judiciário sintonizado com o seu tempo será capaz de fazer frente aos subsistemas jurídicos que rejeitam o direito estatal e que trazem consigo o poder de invalidação do direito por meio da valorização de ambientes de regulação privados. Desregulação, desformalização e deslegalização são alguns dos exemplos citados pelo autor para demonstrar a crise que assola o Estado e o grande risco por que passa a racionalidade jurídica conjuntural.

Em termos gerais, verifica-se que a nova organicidade social provoca uma compressão histórica dilacerante sobre as verdades e instituições do mundo moderno. O contemporâneo desconhece limites de tempo e de espaço, reduz significativamente as fronteiras entre as nações, pulveriza o processo de produção de mercadorias e cria redes de mercados, torna o capital financeiro um agente especulador sem nacionalidade e sem controle estatal, enfim, faz com que a política seja substituída pelo mercado como espaço máximo de regulação e de controle social. O processo de exclusão social é intensificado pela aposta no projeto global de mercado, que prima pelo reinado do lucro e diminui as potencialidades das políticas públicas dos Estados-nação. Novas formas de conflitividade são geradas a partir de novos focos de pressão social, pois os conflitos de massa, étnicos e culturais redefinem a pauta de demandas sociais e jurídicas, exigindo uma ampliação do poder jurisdicional.

A sociedade contemporânea evidencia um novo paradigma, centrado na celeridade e no risco das relações, na transposição dos espaços geográficos de produção econômica e jurídica, na construção de novos espaços de decisão

e de influência, na conflitividade complexa, características que têm levado a uma crise de identidade funcional das instituições modernas, da qual o Poder Judiciário não ficou isento. As pressões provocadas pela desterritorialização do processo produtivo, pela transnacionalização dos mercados, pela redefinição de tempo e de espaço, pela rapidez e incerteza das relações sociais, pelas demandas cada vez mais complexas, caracterizam o cenário contemporâneo como uma sociedade bastante distinta daquela na qual o Poder Judiciário, nos moldes pensados pelo moderno Estado de Direito, estava acostumado a interferir, o que contribuiu significativamente para o estabelecimento de uma crise de identidade funcional deste poder (Faria, 2001). A racionalidade moderna, capaz de estabelecer conceitos e abstrações sempre “apropriados” para responder às demandas sociais, de racionalizar o conflito e reduzir as complexidades, de engendrar limites geográficos para o exercício do direito e do poder, de legitimar instituições e categorias sociais pela dimensão formal, a-histórica e apolítica da legalidade estatal, sofre no contexto contemporâneo uma crise conceitual, que é ao mesmo tempo uma crise de eficiência e de viabilidade.

A realidade contemporânea manifesta racionalidades específicas e muitas vezes incompatíveis entre si, que não são absorvidas e compreendidas pela dinâmica operacional do Poder Judiciário moderno, o que tem contribuído para a criação de novas formas e instâncias de regulação, controle e decisões sociais não alcançadas pelo Judiciário. As modernas promessas do Estado-juiz são incapazes de abarcar a complexidade dos conflitos atuais. Ora, enquanto estes conflitos não reconhecem o limite das fronteiras dos Estados-nação, o Judiciário mantém-se fiel a uma noção de competência essencialmente territorial; enquanto a economia globalizada opera em tempo real, primando pela rapidez das relações e das trocas, o tempo dos procedimentos judiciais é o tempo do retardamento, o tempo diferido; enquanto proliferam conflitos sociais de massa, próprios de uma realidade social cada vez mais excludente, o Judiciário permanece operando com um referencial teórico-prático que desconhece o conflito e reconhece apenas uma luta processual entre sujeitos iguais de direitos; enquanto as Constituições contemporâneas consagraram positivamente princípios e escolhas morais publicamente

construídos, reconhecendo as experiências e os valores históricos, o Judiciário permanece administrando os conflitos sociais da mesma forma que protegia a propriedade e a liberdade no século XVIII, isto é, apenas racionalizando e institucionalizando os conflitos em vez de enfrentá-los com suas complexidades. Este quadro aponta para o “esgotamento dos parâmetros jurídico-processuais em que foram afinal enquadrados os direitos individuais e coletivos no processo de racionalização desses mesmos direitos.” (Ribeiro, 2002, p. 58-59).<sup>5</sup>

A Jurisdição está inflacionada por discussões que se encontram no limiar do direito e da política, obrigando o Poder Judiciário a tratar de questões que tradicionalmente seriam objeto de pauta da ação legislativa ou executiva. Assim, de acordo com José Reinaldo de Lima Lopes, “chegam ao Judiciário questões que o sistema representativo brasileiro e a sociedade não têm conseguido resolver.” (1994, p. 28).

O exercício jurisdicional necessita revitalizar-se pela constituição de um novo paradigma de compreensão da conflitividade social em contínua transformação e assumir a realização política de determinados valores pelo cumprimento e pela promoção de um projeto de direito. Apesar de a crise estrutural do Judiciário ser significativa, a crise de identidade funcional é antes uma crise de racionalidade, de percepção epistemológica do direito e dos conflitos sociais contemporâneos.

Segundo José Eduardo Faria,

por tratar o sistema jurídico com um rigor lógico-formal tão intenso que inibe os magistrados de adotar soluções fundadas em critérios de racionalidade substantiva, o Judiciário se revela tradicionalmente hesitante diante das situações não-rotineiras; hesitação essa que tende a aumentar à medida que, obrigados a interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, os juízes enfrentam o desafio de definir o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional. (1994, p. 50).

---

<sup>5</sup> Sobre a crise de efetividade do sistema processual brasileiro, merece destaque o trabalho de Streck (1995).

A crise da Jurisdição revela-se como uma crise dos fundamentos dogmáticos da modernidade jurídica que, orientada para a preservação do passado por meio de práticas jurídicas de repetição, é incapaz de trabalhar com a diferença, com a complexidade da sociedade global, bem como não é apta para tomar decisões para garantir o futuro. Veja-se, por exemplo, que os direitos de terceira geração, como o direito ao meio ambiente, direito à auto-determinação dos povos, os direitos relacionados à engenharia genética e outros tantos, que estão ligados à preservação do futuro e que são capazes de ligá-lo ao passado e ao presente – pois a vida é que une estes três momentos temporais –, são objetos de uma Jurisdição que se poderia chamar de simbólica, pois possui uma competência inercial e inoperante, mas que apenas parece atuar.

Leonel Severo Rocha entende este aspecto do tempo e do direito como uma questão paradoxal, decorrente da existência de duas racionalidades diferentes que incidem conjuntamente no processo de decisões. Para o autor, “temos uma racionalidade jurídica tradicional de repetição, de uma certa legalidade, talvez necessária, e, ao mesmo tempo, temos necessidade de tomar decisões mais sociais, mais políticas, levando-se em consideração o novo tempo da sociedade, sociedade do futuro. Aí temos um paradoxo, quer dizer, começamos a enfrentar problemas ainda maiores.” (2001, p. 134). Em razão desse paradoxo, o autor destaca a necessidade de um Judiciário como organização “voltada a tomar decisões que levem em consideração esta questão de programação mais constitucional da repetição e da programação finalística da produção da diferença.” (p. 134).<sup>6</sup>

Tendo em vista que a crise enfrentada pelo Poder Judiciário pode ser identificada como uma crise da racionalidade moderna em todos os níveis sociais, a compreensão do problema jurídico contemporâneo exige uma visão interdisciplinar, necessária para enfrentar todas as variantes que moldam a

---

<sup>6</sup> Segundo o autor, “usamos o Direito como um controle do tempo baseado no passado, baseado na Constituição, por exemplo, e, ao mesmo tempo, temos de agir de maneira diferente, baseados no futuro.” (2001, p. 134).

nova conformação da realidade jurídica. Ademais, a leitura da complexidade social que afeta as funções jurisdicionais não pode ser feita de forma reducionista, sem considerar as diferentes formas de organização da vida contemporânea.

Nesse sentido é importante compreender a crise de identidade funcional do Judiciário para entender a própria crise que afeta a racionalidade do Estado moderno, que abala suas promessas, bem como para avaliar as alternativas à Jurisdição tradicional que têm aflorado como respostas para o déficit operacional do Judiciário. Conhecer os rumos das funções jurisdicionais é, pois, conhecer as escolhas do próprio Estado, suas limitações e suas potencialidades. O Poder Judiciário possui papel fundamental neste momento de transição paradigmática, pois no contexto de afirmação de novas formas de regulação social este poder necessita ser repensado como organização, revitalizado pela afirmação e pelo compromisso com o projeto constitucional.

## **OS (DES)CAMINHOS DA REESTRUTURAÇÃO JURISDICIONAL: Entre Crises e Desafios**

---

Definitivamente as promessas da modernidade de garantir a segurança jurídica a partir de um sistema normativo racionalizador, hermético e apolítico, não passaram de uma ilusão com força ideológica capaz de legitimar um modelo de organização do poder estatal. O reducionismo legalista cega o direito na capacidade de ver a amplitude das relações que marcam a vida social em seu eterno processo de construção de significados, verdades, comportamentos e também regulamentos. Além disso, enclausura o direito numa redoma de fórmulas e de procedimentos orientados de maneira dispositiva para regular de modo exclusivo as relações sociais, como se estas compusessem uma realidade observável e controlável somente por meio dos mecanismos jurídicos.

Ocorre que estes mitos jurídicos modernos, apesar de ainda insistirem e persistirem na produção de saberes e verdades jurídicas, estão sendo duramente questionados em sua essência pelo novo quadro de realidades econômicas, culturais e políticas, que não se resume e não se explica a partir de tais



mitos, uma vez que as exigências da vida contemporânea são cada vez mais complexas, imprevisíveis e determinadas por variantes praticamente desconhecidas da racionalidade moderna ou consideradas pouco significativas no processo de produção de suas verdades e de suas instituições.

O tempo é outro e distinto daquele que fez nascer a razão jurídica moderna. Vive-se hoje em um tempo de reorganização paradigmática em que a capacidade social de produzir riscos e problemas é bastante maior do que a capacidade de estabelecer soluções para atenuar esse mesmo risco ou resolver as demandas sociais. A globalização, processo paradoxal e multifacetado que avança e retrocede de forma cíclica, produz um aumento vertiginoso na capacidade de exploração econômica, amparada numa incessante revolução tecnológica que, por sua vez, não consegue prever e nem solucionar os perigos advindos dessa veloz expansão. Quanto maior é a capacidade tecnológica de expandir a economia, maior é o grau de incerteza e insegurança quanto aos possíveis riscos sociais que poderão se originar desse crescimento.<sup>7</sup> E se maior é a capacidade social de se produzirem danos e riscos, maior também é a necessidade de se regulamentar, de normatizar para evitá-los ou para corrigi-los/atenuá-los no caso de litígio.

---

<sup>7</sup> A título de exemplo, José Eduardo Faria, na obra organizada conjuntamente com Kuntz, destaca que “quanto mais a engenharia nuclear, a engenharia econômica, a biotecnologia e a biogenética avançam, maiores são os riscos de terremotos financeiros, crises de liquidez, especulações, golpes e manipulações em bolsas de valores, pânico no sistema securitário, corridas no sistema bancário e choques estruturais nos mercados de capitais, levando à inadimplência generalizada de empresas e famílias e/ou reduzindo a pó tanto o pecúlio de pequenos e médios poupadores quanto o patrimônio dos grandes investidores; de desastres genéticos, catástrofes tecnológicas, acidentes ecológicos, mudanças climáticas e degradação ambiental irreversível, penalizando comunidades inteiras e condenando ou comprometendo a qualidade de vida das gerações futuras...” (2002, p. 61). Esse fenômeno pode ser identificado em dois acontecimentos atuais da realidade brasileira: a) a discussão que envolve a liberação para plantio e comercialização da soja transgênica, um debate que gira em torno dos possíveis riscos à saúde humana, por um lado, e o aumento dos lucros por outro. Esse caso específico, de notória complexidade, gerou manifestações judiciais de todas as ordens e um conjunto de regulamentos administrativos até que se aprovou um projeto de lei que, apesar de manter uma série de dúvidas sobre o futuro, tentou dar um horizonte para a questão. b) O outro acontecimento refere-se à crise financeira que assola a multinacional Parmalat e que vai afetar diretamente a maioria dos produtores brasileiros de leite e suas respectivas cooperativas. Veja-se que neste caso a Jurisdição tradicional pouco ou nada poderá fazer para resguardar os direitos dos produtores, problema que já foi absorvido e será tratado pelo sistema político.

A reestruturação capitalista, caracterizada pela internacionalização dos mercados, pela desregulamentação da economia, pela dizimação dos monopólios públicos, do mesmo modo que ampliou a capacidade de produção e acirrou a competitividade, alterou, no plano social, a dimensão estrutural dos padrões de trabalho e motivou um desmantelamento das políticas de emprego e de seguridade social. Esse mesmo cenário afetou e reorientou a dimensão e a capacidade política soberana dos Estados, principalmente devido à internacionalização dos processos de decisão e à crescente perda de legitimidade da democracia representativa. No campo propriamente jurídico é largamente perceptível a precarização dos direitos sociais, assinalada especialmente pela deslegalização e desconstitucionalização de tais direitos. Além disso, a reestruturação da economia capitalista afetou as tradicionais instituições modernas de resolução de conflitos, conduzindo-as a uma completa reformulação estrutural e funcional ou mesmo abandonando-as e constituindo novos e alternativos modelos jurisdicionais, mais sintonizados com a lógica do mercado. (Faria; Kuntz, 2002).

Na medida em que a economia globalizada opera em escala planetária, amparada na internacionalização do mercado de capitais, na competição cada vez mais acirrada, na política de créditos internacionais, na concessão de vantagens públicas aos grandes investidores, enfim, na medida em que o mercado mundial exige ambientes seguros e confiáveis para realizar os seus negócios, os Estados-nação ficam reféns de um conjunto de políticas econômicas fixadas externamente, mas que são impostas pelo mercado como necessárias para viabilizar sua inserção no cenário mundial, o que corrói a autonomia interna dos países na definição de suas políticas econômicas. Dito de maneira diferente, a participação de países periféricos no mercado internacional está condicionada à perda de autonomia política e econômica, bem como à assunção de um conjunto de ajustes financeiros que visam garantir estabilidade e confiabilidade para a realização das negociações comerciais.

Como a economia globalizada internacionaliza o mercado, quer de produtos, serviços ou créditos, sua dinâmica desloca-se de acordo com padrões econômicos internacionais, que desconsideram em grande medida a

ingerência dos mecanismos estatais tradicionais, os quais foram estruturados para atuar num espaço limitado e por isso insuficientes para enfrentar os problemas de natureza transnacional. Por essa razão surge um conjunto de organismos e instituições internacionais, em grande parte privados, com o objetivo de organizar e solucionar os litígios que ocorrem nas relações econômicas internacionais.

Quanto mais ágil for este processo de internacionalização da economia, mais rápida a Jurisdição tradicional revelará sua incapacidade de solucionar os impasses advindos da globalização econômica. Primeiro, porque sua competência é geograficamente restrita, o que destoia da dinâmica de um mercado internacional; segundo porque os procedimentos utilizados pela Jurisdição tradicional funcionam num tempo diferido, de retardamento, enquanto os conflitos internacionais exigem respostas rápidas, adequadas às operações do mercado; terceiro porque o direito estatal tradicionalmente aplicado pela atividade jurisdicional passa a ganhar uma nova feição, caracterizada pela desregulação, desformalização e deslegalização, movimento que reflete a incapacidade do Estado em regular a sociedade e organizar a economia por meio dos instrumentos tradicionais. Surgem, muito rapidamente, normatividades paralelas e novos ambientes de regulamentação e de deliberação sobre assuntos capitais para o projeto estatal, que tendem a suplantam a exclusividade do ordenamento jurídico positivo.<sup>8</sup>

Quando se refere ao surgimento de ambientes não-oficiais de regulação e de resolução de conflitos é preciso, de plano, desfazer uma confusão: o quadro de novas regulações não é novo, mas é mais complexo, pois, se antes a Jurisdição conseguia conviver ou mesmo absorver as diversas racionalidades

---

<sup>8</sup> É importante notar, como adverte Faria, que “estão florescendo os mais variados procedimentos negociais, mecanismos informais e órgãos para-estatais de resolução de conflitos, sob a forma de esquemas de mediação, conciliação, arbitragem, auto-composição de interesses e auto-resolução de divergências e até mesmo da imposição da lei do mais forte nas áreas periféricas inexpugnáveis sobre controle do crime organizado e do narcotráfico (constituindo esta última um *direito marginal* que, na prática, revela-se um contra-direito).” (Faria; Kuntz, 2002, p. 71).

regulatórias provenientes de um direito nascido das relações sociais, à sombra do direito oficial, os traços da realidade contemporânea acusam a limitação da atividade jurisdicional frente às demais instâncias de regulação e decisão que nascem da precariedade jurisdicional convencional e do espaço deixado pelo direito oficial no trato de questões contemporâneas.

Tendo em vista que a economia globalizada enfraquece a autonomia das nações na definição de suas próprias políticas sociais, porque diretamente subordinadas ao fluxo da política monetária internacional, a legislação de cunho social perde muito de sua eficácia, de sua normatividade, praticamente reduzindo-se a uma dimensão simbólica. Esta mesma lógica está presente nas reformas constitucionais que atacam o conjunto de direitos sociais e que são apresentadas como necessárias para o ajustamento do Estado à nova realidade e exigências da economia global. Nesse cenário a Jurisdição defronta-se com um grande paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que tem o dever de fazer cumprir a lei, revela-se incapaz de garantir uma intervenção que viabilize o cumprimento dos direitos sociais, direitos estes que dependem de uma atuação direta na esfera econômica que, por sua vez, está subordinada mais à racionalidade do mercado do que à racionalidade do direito. Numa sociedade em plena reformulação paradigmática, portanto, a inclusão social dificilmente se dará de modo substancial pela prática jurisdicional tradicional, sobretudo porque a reestruturação capitalista esvazia os direitos sociais e ultrapassa os mecanismos jurisdicionais modernos pela adoção de um conjunto de procedimentos mais sintonizados com as exigências do mercado, as quais dizem respeito aos níveis de estabilidade e de confiança necessárias para o desenvolvimento das relações comerciais.

Distintamente de uma Jurisdição exclusiva e centralizada nas mãos do Estado, verifica-se o aparecimento de novos ambientes de regulação, controle e decisão, constitutivos de um neopluralismo jurisdicional e normativo, limitando consideravelmente a capacidade deliberativa da Jurisdição tradicional e reduzindo a imperatividade do direito positivo. Essa nova conformação do direito, para responder aos apelos de uma economia global, de uma sociedade

complexa, de um multiculturalismo progressivo, e para responder aos riscos cada vez maiores produzidos pelo avanço tecnológico, faz aparecer racionalidades orientadas por uma grande tendência ao pragmatismo que, diferentemente das abstrações universalistas da modernidade, empenha-se em responder aos conflitos sociais a partir de um “direito negociado”, reconhecedor das diferenças, do relativismo cultural e do papel importante que pode ser desempenhado pela participação dos agentes da sociedade civil. Isso decorre também por conta do “descentramento” do sujeito como justificador único do direito e, por conseqüência, da valorização de novas categorias e bens a serem protegidos pela tutela jurisdicional.<sup>9</sup>

Na inexistência de um poder que centralize o processo de produção e aplicação do direito no contexto de várias e complexas racionalidades, a sociedade contemporânea cede espaços para que surjam instâncias alternativas de regulação e solução de conflitos, processo que se dá tanto nacional como internacionalmente. Na seara internacional surge um direito paralelo ao dos Estados (basicamente de natureza mercatória), fruto da integração econômica e da formação de blocos entre as nações, ou mesmo fruto da “proliferação dos foros de negociação descentralizados estabelecidos pelos grandes grupos empresariais.” (Faria, 1996, p. 11).<sup>10</sup> Esse direito marginal produzido pelas grandes corporações e blocos econômicos acaba por interferir na própria legislação nacional que, preocupada em manter os níveis de confiabilidade e de segurança para os investidores externos, segue os ditames que orientam a dinâmica do comércio internacional. Outro exemplo

---

<sup>9</sup> Neste sentido o subjetivismo jurídico e a razão onipresente do sujeito, típicos da racionalidade moderna, perdem espaço e permitem pensar o direito como instância de proteção de novos sujeitos, sobretudo os coletivos e os grupos considerados especiais (crianças, idosos, índios, negros, mulheres, etc...) e mesmo de categorias até pouco tempo afastadas da tutela do Estado, como o meio ambiente, as relações de consumo, a biotecnologia e muitos outros bens. A respeito das novas perspectivas do direito na sociedade pós-moderna é importante referência a obra de Arnaud (1999).

<sup>10</sup> A título de exemplo pode-se destacar a proliferação de arbitragens internacionais privadas que atuam na solução de grande parte dos conflitos entre empresas transnacionais, fenômeno que comprova a transformação em curso que afeta os mecanismos tradicionais de resolução dos conflitos.

que também revela o enfraquecimento do direito positivo e a incapacidade de a Jurisdição estatal monopolizar a solução dos conflitos é verificado nas técnicas de regulação e resolução de interesses no universo do crime organizado, portador de uma lógica própria que garante a estabilidade e continuidade de sua racionalidade.

Ao constatar na sociedade contemporânea a publicização do privado e a privatização do público, a quase total indistinção entre poderio econômico e poderio político, como também o papel normativo exercido pela administração pública que, sem controle do parlamento e convivendo com uma multiplicidade de instâncias decisórias, estabelece um conjunto de orientações para organizar os interesses da sociedade civil, André-Noël Roth (1996) destaca que a sociedade se encaminha para um “modelo de regulação social neofeudal”, no qual as empresas transnacionais dominantes vão definindo o quadro jurídico de acordo com seus interesses, reservando à periferia uma atuação residual para ajustar detalhes, sem poder ultrapassar o quadro geral da regulação fixada.

Nesse contexto, em que o Estado demonstra total incapacidade para monopolizar o processo de regulação e resolução dos conflitos, tende a se desenvolver, segundo Roth, um “direito reflexivo, ou seja, um direito procedente de negociações, de mesas redondas, etc.” (p. 22). Assim, para o autor,

a teoria do direito reflexivo integra a incapacidade atual do Estado de “dirigir” a sociedade e legitima a multiplicação de instâncias de negociações entre atores sociais [...] O papel do Estado se limita, por um lado, a dar indicações e promover incitações (não coativas), quanto ao conteúdo das regras, e por outro lado, a controlar a conformidade dos procedimentos de negociação. (p. 24).

Aquilo que pode, numa primeira análise, parecer uma ampliação democrática das esferas decisórias e emancipatórias, tende mais a se caracterizar como feudos reprodutores de práticas jurídicas resultantes da relação de for-

ças entre interesses sociais, econômicos e políticos contraditórios. Afinal, um direito negociado em condições de radical desigualdade favorecerá os processos de dominação e o distanciamento entre a lei e a realidade da vida social.

Essas novas tendências explicam em parte a expansão dos procedimentos jurisdicionais alternativos como a arbitragem, a conciliação, a negociação, adequados que são para atender à lógica da celeridade, da informalização, da pragmaticidade, próprias da racionalidade mercadológica/pragmática contemporânea. Assim, por exemplo, o caráter dialogal e negociado dos Juizados Especiais evidenciam um utilitarismo processual despreocupado com as garantias constitucionais legadas pela democracia e revelam o compromisso da Jurisdição/administração com a eficiência e a celeridade definidas pelo mercado. Atropelam-se direitos e garantias para se ajustar a um tempo instantâneo que produza respostas imediatas e se esquece de que o direito, apesar de não estar num tempo correto, não pode ser equiparado ao tempo do mercado, pois é instrumento de garantia, de defesa de prerrogativas que exigem a reflexão, a maturação e o cuidado para não conduzir a legalismos autoritários.<sup>11</sup> Como resultado dessa paranóia o Poder Judiciário é obrigado a decidir/produzir em série para responder aos padrões/metras de eficiência, precipitando perigosamente a realização do direito.

As reformas processuais sugeridas e as em andamento confirmam esta constatação de ajustamento do direito ao tempo do mercado, capaz de produzir respostas mais rápidas e negociadas. É claro que uma Jurisdição rápida é desejo de todas as comunidades e condição indispensável para o aprimoramento do acesso aos tribunais. O que não pode ocorrer, porém, é o desvirtuamento do problema central e a utilização da morosidade da prestação jurisdicional como argumento para fazer avançar reformas legislativas que solapem os direitos e garantias que constituíram os Estados democráticos. É evidente que certas medidas de natureza estrutural precisam ser adotadas,

---

<sup>11</sup> Sobre o processo de informalização e privatização da justiça penal e sobre a construção de uma justiça dialogal, ver Carvalho; Wunderlich (2002).

mas com o cuidado de não se aumentar a crise do direito positivo com uma ridícula estratégia que salve a Jurisdição e ao mesmo tempo decreta a morte dos direitos que ela deveria garantir.<sup>12</sup>

Outro desafio contemporâneo para a prestação jurisdicional é a significativa mudança nos padrões legislativos. Distintamente da racionalidade legal racionalista/universalista de viés moderno, a explosão de conflitos cada vez mais complexos e pontuais tem resultado numa postura legislativa inflacionária, caracterizada pela aprovação de “‘leis de circunstância’ e por ‘regulamentos de necessidade’ surgidos a partir de conjunturas políticas, sociais e econômicas muito específicas e transitórias” (Faria, 2002, p. 130-131), intensidade legislativa que invariavelmente conduz a um enfraquecimento do direito em razão da pragmaticidade exagerada e da dificuldade de se conhecer a real dimensão jurídica que as normas deveriam conter.

Justamente pela dificuldade de se legislar minuciosamente e *a priori* sobre um universo de problemas incertos e transitórios, tende-se a editar normas mais abertas e genéricas para se ajustarem mais facilmente à rapidez das mudanças e à complexidade litigiosa. Em virtude da falta de clareza e precisão das normas, amplia-se a discricionariedade do Poder Judiciário e a inserção judicial na vida política, social e econômica. O ativismo judicial e a interpretação ampla dos tribunais passam a representar um processo contínuo de fixação dos significados e de alcance dos enunciados normativos, fazendo do momento de aplicação do direito o verdadeiro espaço de construção

---

<sup>12</sup> A reestruturação da atividade jurisdicional deve se manter fiel aos propósitos da democracia, devendo: atacar questões que obstruam justamente o acesso democrático, por que não dizer igualitário aos tribunais; redefinir procedimentos jurídicos (excesso de recursos, por exemplo) que fazem do litígio processual uma espera agonizante e desestimuladora para cidadãos hipossuficientes; reorganizar a burocracia cartorial; aumentar significativamente o número de profissionais que atuam na realização do direito; redefinir o processo de formação dos operadores jurídicos, na direção de valorizar o raciocínio crítico-reflexivo capaz de dar conta de uma realidade jurídica em contínua reformulação e de fazer compreender as novas feições assumidas pelo direito, etc...



semântica dos textos legais.<sup>13</sup> Nessas novas bases de produção legislativa, de aberturas propositais para dar conta de respostas pragmáticas, o exercício da Jurisdição assume um papel de produção normativa pela adequação/aproximação entre a generalidade do enunciado legal e a realidade dos fatos *sub judice*, aumentando substancialmente o papel da formação jurisprudencial do direito.<sup>14</sup> Apesar de esse processo se afigurar mais visível no terreno econômico, é possível se afirmar que o espaço jurisdicional passa a se constituir num local privilegiado na trajetória constitutiva dos direitos, sobretudo pelo fato de que o mecanismo jurisprudencial tem se afirmado como instância canalizadora dos elementos políticos, culturais e econômicos que, em última análise, determinam as exigências e o conteúdo das decisões jurídicas em um dado momento.

A partir de uma leitura sistêmica Celso Campilongo (2000) destaca que o direito não pode operar com a mesma complexidade do ambiente que pretende regular, pois se caracteriza justamente por ser um sistema que se distingue do ambiente regulado e que visa estabelecer estruturas seletivas para diminuir a complexidade e permitir um funcionamento diferenciado. Apesar de concordar que hoje se processa um rompimento com a racionalidade sistêmica do direito positivo e o florescimento de modelos negociais e paraestatais de solução de conflitos, alerta que talvez não seja correto “imaginar que o sistema jurídico seja demasiadamente singelo para disciplinar situações tão multifacetadas ou que sua operacionalidade seja cada vez mais limitada.” (p. 153). Prossegue Campilongo: se realmente a operacionalidade do direito está perdendo espaço com a globalização, não se trata do advento de um pluralismo jurídico, mas sim do aparecimento de alternativas funcionais ao direito.

---

<sup>13</sup> Verifica-se também um certo receio de legislar em temas complexos, responsabilidade que com muita frequência o Legislativo tem compartilhado com os setores da sociedade civil interessados na matéria em apreciação, o que pode representar tanto uma ampliação dos processos democráticos como um risco de apropriação da tarefa legislativa por entidades privadas com grande influência.

<sup>14</sup> Sobre essa tendência de valorização da produção jurisprudencial do direito, dois trabalhos de José Eduardo Faria são importantíssimos: Faria (2002); Faria; Kuntz (2002).

É importante destacar ainda que a crise da Jurisdição não se inicia com a reestruturação da economia capitalista e o advento de uma sociedade global, mas tão-somente se agrava, eis que são inúmeras e diferentes as variantes que a compõem. Pode-se afirmar que a crise funcional da Jurisdição decorre de um conjunto de várias crises que afetam o modelo moderno de direito como um modelo de regulação e reprodução social. O descompasso entre realidade e Jurisdição não é novo, e resulta de um conjunto de desajustes nos planos estrutural, epistemológico, operacional, teórico, representados, por sua vez, pela formação extremamente positivista dos operadores jurídicos, pela burocracia judicial ultrapassada, pelos déficits instrumentais do Poder Judiciário, pela falta de recursos humanos, pelos índices elevados de corrupção, pela legislação processual excessivamente desarticulada, etc.

Mesmo que o quadro não seja feliz, admitir, como fizeram os pensadores modernos, que a vida social pudesse ser juridicamente reduzida à continência de um único sistema de regulação é desconhecer a abundância de subsistemas de regulamentação que caracterizam as relações sociais, uma vez que a vida social não deixa de ser uma rede de regulamentos que se sobrepõem uns aos outros de forma a se reforçarem mutuamente. Apesar de realmente a Jurisdição tradicional perder espaço para novas formas de resolução dos conflitos, deve se ter clareza que essa mesma Jurisdição nunca conseguiu confirmar a promessa estatal de exclusividade no trato dos litígios sociais.

O modelo legalista é uma grande ilusão que nos cega para a influência, boa ou não, dos mecanismos não-estatais e não-jurídicos tradicionais de regulação e de solução de conflitos, bem como para a importância de um direito que emana das relações sociais, um “direito espontâneo” que responde objetivamente pela organização social e pela solução de um grande número de problemas.<sup>15</sup> E não se está falando aqui de uma regulação que nasce com a sociedade contemporânea e que se caracteriza por ser necessariamente uma decorrência da reestruturação da economia, mas sim de um conjunto de regu-

---

<sup>15</sup> Sobre o “direito espontâneo” ver Hespanha (1993).

lamentos que florescem permanentemente nas relações sociais dos mais diversos grupos que compõem a sociedade, como as associações, as instituições de ensino, igrejas e, óbvio, também as empresas.

Se, no entanto, as transformações sociais em curso acenam para o desmantelamento do Estado, para o seu enfraquecimento e para uma intervenção estatal mínima, curiosamente, como resposta aos altos níveis de desigualdade social e violência contra o patrimônio, consolida-se um Estado muito forte no campo da repressão, do controle e da punição, o que conduz a um fortalecimento da Jurisdição e da legislação penal.<sup>16</sup> Esta opção pelo penal e não pelo constitucional revela, de forma sintomática, que as escolhas sociais estão sendo filtradas por uma cortina de medo e por uma difundida cultura do terror, ambas reveladoras da segregação que ataca o tecido social em todas as suas dimensões e que transforma as políticas de segurança pública em sinônimo de política penal. Abandonam-se as políticas sociais de longo prazo e se investe em falsas soluções pragmáticas, como o aumento de penas, a retirada de benefícios dos apenados, a criminalização de outras condutas, definindo os rumos de uma Jurisdição/carrasco, uma atividade jurisdicional a serviço da caçada aos excluídos. Segundo Garapon, “passa-se de uma lógica civil ou administrativa a uma lógica penal, quer dizer, de uma lógica de reparação e de continuidade para uma lógica de expulsão e descontinuidade.” (2001, p. 105).

Além do mais, esta opção pelo penal vem reforçada por aquilo que Garapon chama de “diabolização do outro”, uma postura social que identifica o mal no outro e que, por isso, aceita a supressão de direitos constitucionais que protegem o cidadão contra a ingerência arbitrária do poder de polícia. Em outras palavras, como sempre é o “outro” que se constitui como agente do crime, renunciar às garantias significa, a partir dessa visão, uma rejeição que se opera apenas em desfavor dos agentes da maldade. Essa leitura agressiva faz

---

<sup>16</sup> O Direito Penal tende a se expandir e adaptar-se às necessidades da economia global, expansão que, não raras vezes, é apresentada como solução para a proteção dos cidadãos. Sobre os rumos do Direito Penal na sociedade global merece destaque a obra de Sánchez (2002).

do Judiciário um agente de purificação e correção sociais, para não dizer de vingança, capaz de ser o único espaço de restabelecimento da ordem e da paz, o que justifica as cobranças e as exigências a ele dirigidas. Além do mais, o Estado é cobrado a dar respostas radicais aos crimes internacionais – lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, prostituição infantil, crimes virtuais, terrorismo – para não sofrer as pressões do mercado e das superpotências, uma vez que são exigidos padrões de segurança e confiabilidade para poder operar conjuntamente com os outros países na economia global.

É importante notar ainda que os litígios tradicionais não desaparecem com este novo quadro. Pelo contrário, tendem a aumentar na mesma proporção em que se consolidam os sistemas democráticos. Se a crise do Estado-providência foi responsável pela elevação da atividade jurisdicional, resultado da defesa e da preservação dos direitos sociais ameaçados, a ampliação dos regimes democráticos tende a estimular a busca dos direitos e a transformar a realidade social pela publicização dos conflitos e pela possibilidade da divergência. Os rumos da Jurisdição estão, em grande medida, ligados ao futuro da democracia, àquilo que as sociedades conseguirem instituir e planejar livremente para o seu futuro. Afinal, todos sabem qual o papel e a importância da atividade jurisdicional nos regimes ditatoriais: apenas legitimar e reproduzir a violência, a negação do sujeito e a usurpação da utopia.

O debate a respeito da reestruturação da Jurisdição, dessa forma, não pode resumir-se às necessidades e à racionalidade do mercado, mas contemplar estratégias que indiquem para o aprimoramento da prestação jurisdicional em todos os seus níveis, construindo respostas para a crise de identidade funcional da Jurisdição que estejam comprometidas com o avanço ético e com a realização democrática do direito. Para enfrentar este conjunto de desafios e de complexidades, o projeto democrático obriga a pensar o poder jurisdicional a partir de uma racionalidade ao mesmo tempo instituidora e desinstituidora, sem compromissos com o legado antidemocrático que marcou os rumos e imprimiu a identidade das instituições jurídico-políticas no Brasil.

Devem ser evitadas e denunciadas as promessas de Jurisdição salvadora, promotora da ordem e do encontro com as ideologias perdidas. Respostas deste tipo carregam consigo quase sempre os fundamentos de novos ou antigos absolutismos, os quais pretendem dar soluções para tudo, para todos os problemas que constituem a crise jurisdicional. Como já foi referido, esta crise não é única e nem autônoma. É uma crise do Estado brasileiro, de seus poderes, de sua burocracia, de sua incapacidade de intervir no mercado. Mas é também uma crise da dogmática jurídica, dos fundamentos teóricos do direito moderno e das instituições construídas sob sua orientação. É, enfim, uma crise paradigmática a inaugurar novas tendências socioeconômicas que precisam ser lidas cuidadosamente para o bom andamento da democracia, do Estado e também da Jurisdição. Pensar a Jurisdição é, pois, pensar o Estado e a democracia.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

---

Nunca se viu uma tensão e um debate tão grandes sobre o Poder Judiciário e suas funções jurisdicionais como atualmente. Críticas, sugestões e diversas análises são dirigidas à atividade jurisdicional por diferentes segmentos sociais. A crise é uma constatação que ninguém ou quase ninguém contesta e as soluções apresentadas são de múltiplas orientações. Fala-se muito em controle externo do Judiciário, em reformas processuais para agilizar a prestação da “justiça”, em reformas estruturais, em qualificar a formação dos magistrados e em outras temáticas que envolvem direta ou indiretamente o tema. Parece, porém, que a angústia em apresentar soluções provoca uma apatia do diálogo e gera proposições perigosas, capazes apenas de atender aos reclamos pragmáticos de uma realidade complexa.

Antes de reagir, de responder ao quadro de dificuldades é preciso perguntar ou no mínimo perguntar de modo mais qualificado sobre quais são as funções da Jurisdição ou, dito de maneira diferente, o que uma sociedade democrática, que valoriza a diversidade e se fundamenta na proteção dos direitos fundamentais, espera da atuação jurisdicional e do próprio Estado. A

negação do diálogo, a castração da diferença e a racionalização estereotipada, que marcam os mecanismos tradicionais de solução de conflitos e que geram apenas soluções jurídicas formais e não sociais substanciais, têm pautado também o conjunto de respostas/soluções dadas para resolver as crises operacionais do Poder Judiciário. Isto é, o tecnicismo exagerado e o racionalismo cartesiano que cegaram o direito positivo para a sensibilidade e para as necessidades históricas continuam a cegar os operadores do direito e a induzi-los a reducionismos explicativos, um verdadeiro risco para a democracia.

Pensar o direito, os conflitos sociais e a jurisdição no contexto complexo da realidade social contemporânea não significa negar as conquistas e as virtudes da modernidade inacabada, significa, antes, repensar o direito, os conflitos e a Jurisdição para fortalecê-los. O grande desafio é humanizar o direito/Jurisdição para poder compreender os conflitos sociais também em sua dimensão humana, e não apenas jurídica, o que permitirá reconhecer nas novas formas de litígios a revelação das próprias formas da humanidade que se reproduzem e se inovam, também, pelos conflitos sociais. Como a modernidade forjou uma Jurisdição limitada para atender a uma situação de conflito rotulada aprioristicamente e limitada geograficamente em sua abrangência, para o jurista o conflito racionalizou-se, juridificou-se e perdeu o seus viés humano.

O aumento e a complexidade dos conflitos contemporâneos desafiam o purismo metodológico e a racionalidade hermética do direito positivo moderno que, ao racionalizar e centralizar o direito/Jurisdição, negou epistemologicamente a pluralidade/diversidade do conflito e perdeu a criatividade e a inventividade para tratar com o novo e com situações não padronizadas. E como os conflitos não podem ser eliminados da realidade social, uma sociedade complexa constitui-se de conflitos complexos, de conflitos não tabulados e não estereotipados, de conflitos a que a racionalidade moderna não consegue atender.

O quadro não é de otimismo, pois, nos destroços dessa Jurisdição incapaz de compreender a essência humana do conflito e insuficiente para organizar a realidade social contemporânea, não surgem soluções emancipadoras,

mas apenas novos ambientes de regulação e de solução de conflitos que, por sua vez, tendem a adaptar-se mais à “cultura” do mercado e do consumo do que ao projeto democrático. A Jurisdição tradicional, além de ceder espaços e ser questionada por novas formas de solução de conflitos, é repensada a partir da eficiência do mercado e obrigada a “produzir” soluções jurídicas em tempo real, mesmo que isso signifique muitas vezes a perda de garantias processuais.

Os conflitos sociais não são aprisionáveis por modelos e por fórmulas padronizadas. Seguem o curso da História, alimentam-se em várias fontes e reproduzem o próprio dinamismo das relações humanas. Os conflitos impulsionam para o novo, são necessários para produzir a vida, para declarar as diferenças e para aceitar os diferentes. Para os juristas e para a Jurisdição tradicional a teoria do conflito é a inexistência do mesmo, é a tentativa de evitá-lo, de repensá-lo e de redefini-lo como litígio ou como controvérsia jurídica. A padronização do conflito e a negação da diferença e do diferente tornam a Jurisdição um espaço muito frágil, um ambiente desorientado, confuso e incapaz de trabalhar com um contexto social constituído pela diversidade, pela falta de conceitos universalizantes, pelo pragmatismo, enfim, pela complexidade que não se deixa conceituar e se aprisionar.

As expectativas sociais não são consensuais, pois representam a pluralidade de interesses e de concepções de justiça, situação que se agrava nas sociedades de abissal desigualdade material e que denuncia a insuficiência e o descompasso da razão burocrática jurisdicional para atender ao conjunto de demandas da sociedade. O aparecimento de novas formas de resolução de conflitos é exemplo desta crise, que é uma crise dos paradigmas do direito, que afeta a organização da sociedade. (Ribeiro, 2002).

A Jurisdição deve constituir-se em um espaço público de debate, local privilegiado para expor e enfrentar as diferenças em conflito. Não pode ser ambiente de constrangimento, de usurpação do desejo e de negação do cidadão, sob pena de cultivar um autoritarismo devastador de sonhos e reprodutor de uma visão simplista e reducionista da realidade social. Não se pode estimular um modelo jurisdicional que se assente na rejeição da diversidade, na cas-

tração das particularidades e na generalização dos sujeitos. A democracia exige olhar e valorizar as diferenças, comprometer-se com cidadãos históricos (Pedros, Paulos, Marias e não apenas sujeitos processuais, réus, autores, eleitores, contratantes, etc.) e humanizar a aplicação do direito e os próprios conflitos sociais. Isso faz lembrar de Warat e de sua preocupação com uma magistratura que parece resolver conflitos que lhe são alheios, sem sentir a existência daqueles que fazem parte do próprio conflito. As respostas são dadas sem a participação do outro e a responsabilidade é atribuída exclusivamente à norma. Os juízes, segundo o autor, “decidem conflitos sem relacionar-se como os rostos. As decisões dos juízes são sem rosto”. (2001, p. 214-215).<sup>17</sup>

O modelo de Jurisdição moderna não consegue enfrentar as demandas da economia global e os conflitos multiculturais que caracterizam a excessiva diversidade da sociedade atual, de modo que a elaboração de um novo paradigma de resolução de conflitos deve ser conduzida a partir de pressupostos comprometidos com a ampliação e o fortalecimento das conquistas democráticas. Furtar-se ao diálogo e ao compromisso de reinventar a racionalidade jurídica neste momento de dificuldades significa permitir que as soluções se dêem à revelia dos interessados, distante das preocupações e dos espaços sociais que, ao mesmo tempo e paradoxalmente, produzem o conflito e retratam a atualização das demandas públicas pela própria implantação do litígio, seja ele absorvido ou não pelo direito estatal. Em outras palavras, quanto mais a Jurisdição sofre com um conjunto de demandas internas e externas

---

<sup>17</sup> Josef K., personagem de Kafka em sua novela *O processo*, sofrera muito com a indiferença e com os procedimentos de uma Jurisdição que era secreta para o público e também para ele, o acusado. Sabe-se que a literatura e as artes, de um modo geral, não representam o acaso, mas retratam escolhas situadas valorativa e historicamente, o que garante a pertinência do seguinte comentário do personagem principal da novela: “os funcionários não tinham contato com o público; isto, nos processos ordinários comuns, não era de maior importância visto que em tais casos o processo se desenrolava quase por si mesmo, de um modo automático, de maneira que apenas precisavam intervir nele muito pouco; mas diante dos casos extremamente simples, assim como diante dos particularmente difíceis, ficavam com frequência perplexos, pois por permanecer continuamente enascados dia e noite em suas leis não chegavam a conhecer exatamente o caráter das relações humanas, pelo que se encontravam em grandes dificuldades de resolver tais casos.” (Kafka, 2002, p. 148).



que não consegue solucionar, mais claro fica que tanto as expectativas dos grupos marginais excluídos como dos grupos marginais que se excluem não estão sendo absorvidas nem se revelam capazes de atualizar as razões operacionais e funcionais do direito.

Não será o mercado que dará as diretrizes de uma reforma jurisdicional afinada com os direitos sociais e com as conquistas constitucionais que marcaram o cenário jurídico do século XX como um tempo de significativos avanços para a afirmação da democracia. O mercado não tem compromisso com o desenvolvimento das nações, não age em razão de sentimentos de solidariedade e tampouco se preocupa com a implementação das políticas sociais que orientam as cartas constitucionais contemporâneas. A Jurisdição, que pretende ser instrumento de promoção do direito, de realização do projeto constitucional emancipatório, precisa ser uma Jurisdição forte, capaz de intervir e de mediar, sem olvidar os ditames democráticos que devem orientar as atividades estatais. A Jurisdição necessita perceber e considerar o humano que reside nos conflitos sociais, para poder construir soluções que aproximem as respostas jurisdicionais do conjunto de expectativas que a sociedade tem em relação ao direito. É preciso que a Jurisdição tradicional sofra os “riscos” de um encontro verdadeiro e definitivo com a democracia substancial, encontro que é pressuposto para se pensar de modo sério sobre os papéis jurisdicionais na complexa sociedade contemporânea.

## REFERÊNCIAS

---

APOSTOLOVA, Brista Stefanova. *O Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre modernidade e globalização: lições de Filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. In: *Revista USP*. Dossiê do judiciário, n. 21, São Paulo: USP, mar./abr./maio de 1994.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (Org). *Direito e justiça*. A função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

\_\_\_\_\_. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. O Poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. In: *Revista Serviço social e sociedade*. Ano XXII, n. especial, São Paulo: Cortez, 2001.

\_\_\_\_\_. Os desafios do Judiciário. In: *Revista USP*. Dossiê do judiciário, n. 21, São Paulo: USP, Mar./abr./maio de 1994. p. 50.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos?* São Paulo: Max Limonad, 2002.

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

HESPANHA, António. *Justiça e litigiosidade*: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: *Revista USP*. Dossiê do judiciário, n. 21. São Paulo: USP, Mar./abr./maio de 1994.

MORAIS, Jose Luis Bolsan. *Mediação e arbitragem*: alternativas à Jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. *Do direito social aos interesses transindividuais*. O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e processo*: razão burocrática e acesso à justiça. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: *Anuário do Programa de Pós-graduação em direito da Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2001. (Mestrado e doutorado).

ROTH, André-Noël. O direito em crise: o fim do Estado moderno? In: FARIA José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

\_\_\_\_\_. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. A crise de efetividade do sistema processual brasileiro. In: *Revista Direito em Debate*, n. 5. Ijuí: Ed. Unijuí, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. V. 1.

