

CELSO FERNANDES CAMPILONGO

# O Judiciário e a democracia no Brasil



CELSO FERNANDES  
CAMPILONGO é  
professor da Faculdade  
de Direito da PUC-SP  
e pesquisador do Centro  
de Estudos Direito e  
Sociedade da USP.

# Judiciário

A large, dark gray, semi-circular graphic element on the left side of the page. Inside this shape, there is a white outline of a triangle with a horizontal line above and below it. To the right of the triangle, the number '10' is written in a large, bold, white font.

# 10

## 1 - MAGISTRATURA E ESTADO DE DIREITO

Não é nova a idéia de que o modelo liberal de exercício da judicatura está em crise. O aumento da complexidade do Estado e o surgimento de novos atores no jogo dos interesses jurídicos vão desencadear a perda de legitimidade das instituições tradicionais e a articulação de novos canais de consenso social. É exatamente num contexto marcado por essa mobilidade institucional e em resposta a essas exigências que emergem os movimentos de juízes questionadores da eficácia do modelo liberal. Na Europa, fenômenos muito parecidos ocorreram na França e na Itália pós-1968, em Portugal e Espanha pós-redemocratização. Entre nós, de

forma lenta e gradual, a magistratura começa a sentir os efeitos desse processo de rediscussão de suas funções a partir da década de 80 e, com mais intensidade, após a promulgação da Constituição de 1988.

Esse período de "transição para a democracia", isto é, passagem de um sistema normativo autoritário para um contexto de regras do jogo mais abertas e transparentes, é marcado, no Brasil, por uma grande crise de hegemonia política. Segue-se a isso um vácuo institucional no qual as regras do jogo parecem ser menos importantes do que os componentes carismáticos do processo político. A lei transforma-se em instrumento relativamente impotente no momento em que a crise dos mecanismos de articulação do consenso - do Legislativo ao Judiciário, passando também pelo Executivo - coloca em discussão todos os valores sociais.

Ao rediscutir as funções do Judiciário, os juízes questionam não apenas o paradigma prevalecente de saber jurídico mas a própria sociedade brasileira. Isso, para alguns setores da vida jurídica nacional, ainda não foi bem assimilado. Há um certo despreparo, paradoxalmente, para se discutir, num clima democrático, o Judiciário.

O enfoque crítico emprestado ao conceito de estado de direito, notadamente o inconformismo com os limites do princípio da legalidade, não significa recusa ou negação da lei. Mais do que renegar a legalidade, essas posturas apontam para um esforço de combinação do conceito de estado de direito com o conteúdo social da lei. A construção de novos canais de legitimação social passa, necessariamente, pela transformação dos instrumentos de mediação dos conflitos tradicionalmente utilizados pelo Judiciário. Os magistrados envolvidos nessa discussão, apesar das deficiências inerentes a um debate ainda incipiente, possuem o indiscutível mérito de serem pioneiros na revisão histórica da função jurisdicional.

A temática da crise da legalidade, ou dos problemas de eficácia legislativa no Estado social, também não é nova. Sabe-se, de um lado, que o Legislativo tem cedido parte da sua titularidade no processo de produção das leis tanto para o Executivo quanto para os setores mais organizados da sociedade. A negociação coletiva, os pactos setoriais e a barganha social, para exemplificar, são técnicas de decisão que vinculam amplas fra-

ções sociais. Essa regulação, com inquestionáveis contornos jurídicos, escapa, muitas vezes, aos limites formais do princípio da legalidade. De outra parte, o direito forjado nas fábricas e nos movimentos sociais, informal e extra-estatal, também foge à lógica do direito positivo e da norma jurídica geral, universal e abstrata.

É óbvio que a observância do estado de direito e o cumprimento da legalidade caracterizam a ordem jurídica democrática. Contudo, no contexto de crise da legalidade que tipifica o momento institucional brasileiro e, especialmente, diante da necessidade de resposta ao problema dos direitos sociais por parte do Judiciário, o tema ganha contemporaneidade e importância que estão a merecer avaliação mais refletida de parte dos juristas.

Na geometria da tripartição dos poderes, o juiz submete-se ao império da lei. A submissão é compensada pela independência do magistrado perante todos os outros fatores do processo decisório. Isso caracteriza a atuação do Judiciário no estado de direito. A simplicidade harmônica do modelo esbarra numa única dificuldade: o mundo real.

A avaliação feita pelo magistrado no momento de aplicar a lei não está submetida apenas à observância estrita da letra da norma jurídica. A tarefa do julgador não é meramente técnica. Ao contrário, é social e politicamente determinada.

Não se trata mais da antiga e decantada capacidade de os grupos econômicos minoritários verem seus interesses generosamente acolhidos em lei ou eficazmente defendidos na Justiça. Agora, setores antes desorganizados e pouco sensíveis à utilização do Direito enquanto ferramenta de conquista e ampliação da cidadania política - ou seja, a grande maioria da população brasileira - passam a encarar o Judiciário como um espaço relevante de luta política.

Dito de outro modo: além de continuar resguardando valores tradicionalmente garantidos pela técnica jurídica, o Judiciário vive o dilema de adaptar seu repertório a situações inéditas. Essas situações, protagonizadas por grupos há pouco tempo aliados do acesso à Justiça e, muitas vezes, orientados por uma racionalidade dificilmente amoldável às rotinas judiciais, vêm, lenta mas progressivamente, desafiando a



rigidez lógico-formal dos sistemas legais. A partir disso é possível compreender, por exemplo, a práxis “alternativa” e “libertadora” de magistrados que, por dever funcional, procuram oferecer respostas a essas demandas.

Como atender às postulações - de técnica legal mas principalmente de convivência social - por certeza jurídica e garantia das expectativas? Existem condições de compatibilização entre um ordenamento jurídico concebido como completo, coerente e livre de lacunas e uma realidade jurídica fragmentária, contraditória e lacunosa?

O idealismo dos que crêem ser a legalidade o único parâmetro para decisões judiciais objetivas e racionais não se sustenta, obviamente, perante os desafios da conjuntura nacional. O conteúdo confuso da legislação torna nítido e inevitável o caráter político da atuação jurisdicional. Matérias constitucionais ou decorrentes do intervencionismo estatal, por exemplo, sempre envolvem o magistrado com questões que, de um lado, são decididas com base na lei, mas, de outro, implicam também uma avaliação axiológica dos fatos e dos estímulos do contexto sociopolítico.

A técnica jurídica sempre esteve voltada para uma representação simplificada das relações sociais. Entretanto, a realidade dinâmica e diferenciada da sociedade brasileira torna essa redução da complexidade cada vez mais problemática. A estratégia dos movimentos sociais, notadamente na arena judicial, reside exatamente nisso: explorar ao máximo as fissuras de um ordenamento jurídico que pressupõe estabilidade e ordem, mas é aplicado a uma sociedade completamente instável e desordenada.

Os desarranjos sociais, acrescidos do esvaziamento do conceito liberal de legalidade, transformam o Judiciário num foro que vai além da aplicação mecânica da lei. Para os movimentos sociais, o que está em jogo nos tribunais é também a interpretação a ser dada ao direito. Trata-se de um jogo calculado. A lei é apenas uma das peças do tabuleiro. Ainda assim, uma peça em contradição com as demais e impotente para responder a todas as exigências dos jogadores. Daí a necessidade, para os participantes do jogo, de ampliação de suas referências cognitivas. Outras peças entram em cena.

Dez anos de estagnação econômica fizeram com que o país - e praticamente toda a América Latina - tivesse os alicerces de sua estrutura social profundamente abalados. A classe média proletarizada - e nisso se incluem, também, militares e magistrados - e o proletariado reduzido a crescentes graus de miserabilidade fazem da sociedade brasileira um compreensível arsenal de reivindicações radicalizadas e sem respostas eficazes do aparato estatal.

Isso gera um completo descrédito na capacidade de as instituições públicas governarem a nação. O Executivo mostra-se autoritário ao tomar medidas radicais no domínio econômico e impotente para gerir com um mínimo de eficácia sua burocracia. O Legislativo é acusado de fisiológico e demagogo. E o Judiciário?

Desintegração social e crise do Estado compõem os ingredientes necessários para que essas perturbações se projetem no mundo dos operadores jurídicos - notadamente na magistratura, repositório de grande parte dessas angústias - de maneira inédita e causadora de grande impacto. No caso específico do Brasil, a transição democrática apresenta-se, ainda, como o tempero apimentado de todo processo. “Transição democrática” significa, para a teoria política, redistribuição de poderes e reconstrução das regras do jogo político. Pressupõe, consequentemente, um período de disputa acentuada a respeito da lei e da interpretação a ser dada ao direito *in fieri*.

Numa conjuntura com essas características, encarar o direito como passível de uma interpretação ascética, literal, unívoca, burocrática ou, weberianamente, legal-racional, não passa de exercício de abstração. Os magistrados sabem, tão bem quanto os demais operadores jurídicos, que o ideal da certeza jurídica deduzida do sistema legal é - infelizmente, para nossa cultura jurídica formalista - cada vez mais inatingível. Começam a notar, igualmente, que, sem estratégias inovadoras de enfrentamento dessas dificuldades - sejam elas nomeadas “justiça alternativa” ou não -, a legitimidade do Estado, do direito e do próprio Judiciário ficará comprometida.

O conceito de estado de direito - fundamental em qualquer concepção de democracia - assenta-se em pelo menos três pilares: o princípio da legalidade, o princípio da

publicidade e o princípio do equilíbrio entre os poderes. A legalidade do Estado contemporâneo é fruto de um labiríntico processo legislativo, gerador de leis vagas, imprecisas e amiúde contraditórias. Isso não é resultado do despreparo do legislador. É, muito mais, reflexo das discrepâncias da própria sociedade brasileira. Os “planos econômicos”, as “leis-manifestos” e as “normas programáticas” que aumentam diariamente nosso repertório legislativo são prova disso. Daí a exigência de uma nova concepção de legalidade - talvez mais plástica e amoldável à dinâmica das sociedades pós-modernas.

O princípio da publicidade, que deve orientar as instituições responsáveis pela representação da vontade geral, dá mostras de ser substituído pela lógica do segredo e do mistério. As surpresas dos pacotes econômicos e o “poder invisível” de diversos grupos de pressão fazem da publicidade dos atos da administração, incontáveis vezes, uma mera rotina burocrática. O segredo apenas encobre a perversão da suposta racionalidade formal do sistema.

Legalidade atenuada e publicidade mitigada tornam exageradamente árduo, quando não completamente impossível, para um Judiciário aferrado à posição de último baluarte do formalismo, dar vida ao controle judicial dos atos dos demais poderes.

Não se quer, com isso, dizer que o conceito de estado de direito ou os princípios que o norteiam estejam superados ou sejam incompatíveis com a realidade das sociedades modernas. Mas ocorre que o velho modelo legalista, concebido no século passado no bojo de um processo codificador adequado a sociedades mais estáveis e Estados menos interventores, dá seguidas demonstrações de não atender a grande parte das exigências da ordem social justa. Mudaram-se os parâmetros de ordem e de justiça. A legalidade precisa adaptar-se à nova conjuntura.

A ampliação das franquias democráticas e a gradual consolidação da transição brasileira têm conferido ao Judiciário uma notoriedade muito grande. O poder nunca foi tão exposto ao crivo da mídia e da população em geral como nos tempos atuais. É natural que a magistratura, antes tão ensimesmada, sinta o embaraçoso choque do novo. A expectativa é de que, na ânsia de

fazer do Judiciário um bastião não da forma da lei, mas sim do conteúdo do direito, os magistrados não se arvoreem na condição de novos demiurgos das aspirações nacionais. Ampliar os poderes do juiz (o que parece ser uma tendência mundial) não significa transformá-lo numa figura arbitrária.

Parece existir, por enquanto, uma via de mão dupla na relação entre o Judiciário e o cidadão. O cidadão deposita no Judiciário a confiança que perdeu nos outros poderes. E os magistrados dão guarida às pretensões dos que buscam os tribunais. Esse jogo, que garante momentos de recíproca legitimação aos envolvidos, possui limites evidentes. Respostas positivas a demandas cada vez mais exigentes acabariam estrangendo os demandados à impossibilidade de cumprimento das sentenças, o que ofende a racionalidade do direito.

O Judiciário tem dificuldades para lidar com essa situação. Temeroso da “contaminação política do juiz”, procura distinguir, corretamente, o magistrado do político. Contudo, na ânsia de delimitar esses territórios, menospreza o peso político inerente à atividade jurisdicional. Não há dúvida de que a função do juiz não se confunde com a do político profissional, mas isso não significa que o papel do magistrado deixe de ser político.

Por isso, mais que insistir na tese da ausência de politização da magistratura, talvez fosse o caso de se refletir sobre a nova conjuntura. De que modo resguardar a legitimidade do Judiciário sem decepcionar os que procuram os tribunais? Como garantir direitos e serviços sociais sem exigir o impossível do Estado? De que forma contribuir para a consolidação da democracia sem comprometer as políticas antiinflacionárias? São perguntas que atormentam tanto o ministro do Supremo quanto o juiz de comarca. São questões, *data venia*, jurídicas e políticas.

## 2 O JUDICIÁRIO E A LEGALIDADE TRUNCADA

Não são apenas as novas estruturas normativas - pluralismo jurídico, desregulamentação, auto-regulação social, desterritorização da lei, sistemas normativos circulares, etc. - que aduzem exigências inéditas ao Judiciário. Mudanças na própria



CARLOS MAGNO E SEU FILHO PEPINO, REI DA ITÁLIA, COMANDAM UM TRIBUNAL COM O BASTÃO DA JUSTIÇA NA MÃO E A ESPADA AO LADO. MANUSCRITO DO SÉC.IX.

normatividade estatal igualmente despertam perplexidade no julgador. Vale a pena sumariar algumas delas (1):

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.

A primeira faceta - hipertrofia legislativa - é reflexo de um Estado que desempenha

múltiplas funções e de uma sociedade crescentemente diferenciada e fragmentada. Os "novos atores sociais" e a burocracia estatal correm sempre atrás de proteção jurídica para seus interesses materiais. A forma jurídica, isto é, a lei enquanto meio, metamorfoseia-se sob a base de uma pluralidade de pretensões substantivas. A distinção entre interesses privados, coletivos e difusos não é capaz de esconder, por exemplo, que, muitas vezes, a tutela legal de uns é conflitante e contraditória com a proteção de outros. Como o sistema jurídico é ilimitado, comportando um crescimento incessante de normas e matérias de regulação, não é difícil prever que o excesso de remédios imunize o paciente e torne a terapia inócua. Ao invés de cumprir sua função de aumento da certeza e segurança jurídicas, a hipertrofia legislativa resolve-se num esvaziamento da eficácia da própria lei. Certamente, as consequências dessa situação para o juiz são polêmicas: amplia-se o espaço de argumentação e fundamentação da sentença judicial, mas em contrapartida elevam-se as possibilidades de decisões divergentes, frustrantes e fraudadoras da propalada "garantia das expectativas" pelo Judiciário.

A multiplicação das leis - mais uma contingência da sociedade e do Estado do que um desvio do legislador - rompe com a noção de sistema jurídico fechado e piramidal. A própria noção de codificação, herdada da tradição napoleônica e reproduzida nas mesas de juízes e advogados, perde importância. O estilo editorial dos códigos jurídicos mais usuais no Brasil - com anotações, comentários, remissões a leis extravagantes, indicadores econômicos, encartes suplementares, etc. - procura adaptar uma legislação fruto da visão "fechada" do ordenamento às condições mais flexíveis dos sistemas "abertos". Nos "códigos" recentes, a estrutura "aberta" é ainda mais evidente, o que gera a crítica formalista dos juristas tradicionais a leis como o "Código de Defesa do Consumidor" e o "Estatuto da Criança e do Adolescente", acusados de pouco técnicos.

O segundo aspecto - variabilidade das normas -, ainda na trilha sugerida por Ferrarese, é fruto de um contexto social altamente conflitivo e fragmentado. Novos atores, como se disse, são portadores de interesses antagônicos. O nascimento da nor-

ma, geralmente, não põe fim às expectativas opostas. Daí que a vida da lei segue sendo instável, precária e mesmo descartável. Assim como a hipertrofia legislativa, a variabilidade normativa é outro sintoma da perda da capacidade regulatória do direito. O conflito social moderno, como assinalou Dahrendorf, gira em torno da expansão de direitos. Isso equivale a dizer que o direito é, simultaneamente, parte e resultado dessa conflituosidade, o que lhe retira boa dose da estabilidade e previsibilidade próprias da racionalidade formal. Notório que essa variabilidade normativa modifica as pautas de orientação tradicionalmente observadas pelo magistrado.

A terceira dimensão das transformações das estruturas normativas estatais - problemas de coerência interna do sistema legal - é decorrência do crescimento da produção de normas e da sua instabilidade. Mesmo para o especialista, acompanhar o aumento da complexidade normativa, isto é, dar conta das mudanças legais, torna-se altamente problemático. O que dizer, então, sobre a capacidade dessas normas manterem um padrão de logicidade, integração e escalonamento minimamente orgânicos e coerentes? O direito atual rompe com os postulados de harmonia e homogeneidade da "era das grandes codificações". A idéia de unicidade do sistema jurídico é substituída por uma visão policêntrica, que admite a convivência de infinitos microsistemas normativos dotados de lógicas próprias mas dificilmente ajustáveis à pretensão de coerência do macrosistema.

O Estado social atua com base numa dupla racionalidade: uma, presidida pelo princípio da legalidade; outra, orientada pelo critério da eficiência (2). Grande parte da incoerência normativa decorre da estratégia adotada para o equilíbrio dessas racionalidades. Tanto Offe quanto Luhmann, para citar dois exemplos notórios, mencionam a diminuição do grau de precisão das normas (Offe) e o rebaixamento da pretensão de coerência do ordenamento (Luhmann), como a fórmula de superação do conflito entre legalidade e eficiência (3). As cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados e as normas programáticas, mantendo um formalismo jurídico de fachada, possibilitam uma discricionariedade administrativa e uma

política das reivindicações jurídicas que estão a exigir do magistrado uma versatilidade e uma formação profissional largamente incompatíveis com o que lhe é ensinado nas faculdades de Direito.

Os problemas relativos aos atores e às estruturas normativas, aqui arrolados de modo apenas tópico e sumário, facilitam a compreensão do fenômeno da "explosão da litigiosidade". Não há motivos para acreditar que a multiplicação dos sujeitos e objetos de tutela jurídica ou a maior complexidade dos sistemas normativos esvaziem ou descartem a relevância do Judiciário. Os descompassos entre o "tempo" do processo judicial e o "tempo" das modernas transações mercantis, os desajustes entre a aplicação judicial de regras jurídicas nacionais e as necessidades da internacionalização do processo produtivo, e o fortalecimento dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos jurídicos - a "desinstitucionalização" do conflito -, não são sinais reveladores da "inutilidade" da magistratura. Mas são indicadores da urgência: da revisão dos procedimentos; da mudança na formação; do incremento da operacionalidade do poder Judiciário.

Se ocorre uma diminuição da "demanda por justiça", isso se dá exclusivamente no plano da justiça mais institucionalizada e tradicional. O Judiciário brasileiro é um exemplo, a confirmar uma tendência que parece mundial, de aumento incessante e desmesurado da demanda social pela prestação jurisdicional. Os juizados de pequenas causas ilustram isso. Há quem defenda a capacidade "sem limites" do sistema jurídico para o atendimento dessas exigências (4). Outros advogam, contrariamente, que o ativismo judicial dos novos atores e a variabilidade das estruturas normativas produzem um direito incerto, desprovido de previsibilidade e que provoca um decréscimo na produtividade e na credibilidade do Judiciário (5). As duas posturas são exageradas, mas demonstram a significância da magistratura para o debate institucional atual.

O sistema de valores inerente à função judiciária no Estado liberal é marcado pela ideologia da fidelidade à lei. A rígida delimitação da competência do sistema judicial - marcadamente distinta da competência administrativa e legislativa - reforça a imagem

1 Ver, nesse sentido, a classificação de Maria Rosaria Ferrarese, *L'istituzione Difficile. La Magistratura tra Professione e Sistema Politico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, p. 203 e seguintes. As observações que se seguem estão amplamente apoiadas nessa obra. Ver, ainda, Gunther Teubner, "And God Laughed...: Indeterminacy, Self-reference and Paradox in Law", in Christian Joerges e David Trubek (orgs.), *Critical Legal thought: an American-German Debate*, Baden-baden, Nomos, 1989. Teubner, em análise semelhante, fala num "trilema regulatório" que esvazia as virtudes do direito formal do Estado intervencionista. Ver, por fim, José Eduardo Faria, *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, São Paulo, Malheiros, 1993.

2 Cf. José Estévez Araújo, "Estructura y Límites del Derecho como Instrumento del Estado Social", in Enrique Olivás (org.), *Problemas de Legitimación en el Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 154.

3 Cf. Claus Offe, "Críticas de Racionalidade e Problemas Funcionais da Ação Político-administrativa", in *Problemas Estructurais do Estado Capitalista*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984; e Niklas Luhmann, *Sociologia do Direito I*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983.

4 É o caso de Lawrence Friedman, *Total Justice*, New York, 1985, apud Giorgio Rebuffa, *La Funzione Giudiziaria*, Torino, Giappichelli, 1988, p. 145.

5 É o caso de Richard Posner, *The Federal Courts, Crisis and Reform*, Cambridge e Londres, Harvard University Press, 1985, apud Giorgio Rebuffa, op. cit.

doutrinária do juiz técnico, esterilizado politicamente e que faz da adjudicação um silogismo capaz de garantir, dogmaticamente, a certeza do direito. Essa tipificação já foi chamada de “folclore judicial” (6). A hermenêutica jurídica do Estado liberal, vale dizer, de uma concepção de estado de direito exclusivamente preocupada com a preservação da liberdade jurídica, “tinha uma orientação de bloqueio - interpretação de bloqueio - conforme princípios de legalidade e estrita legalidade como peças fundantes da constitucionalidade” (7). O juiz liberal é aquele que circunscreve as atividades do Estado e as funções do próprio Judiciário.

Ora, a passagem do Estado liberal para o Estado social revelará, constantemente, os limites da “ideologia da fidelidade à lei”. A “complicada convivência” do estado de direito com o chamado estado de bem-estar social fica evidenciada pelo necessário recurso a novas categorias cognitivas da parte do intérprete. Caminha-se, assim, da hermenêutica de bloqueio para a hermenêutica de “legitimação de aspirações sociais” (cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr.). A força persuasiva da ideologia do juiz subordinado à lei não se coaduna mais com a difusão de uma cultura sociológica que, geralmente de modo sutil, incorpora-se à tradição jurídica legalista.

No plano do direito processual, a temática da instrumentalidade do processo é reflexo eloquente disso. No direito civil, os debates sobre a função social da propriedade, as transformações no direito obrigacional, os novos tipos de contratos, a responsabilidade civil vista como instrumento de redistribuição de recursos, etc., apenas para ilustrar, são significativos da tentativa de reconstrução de instrumentos jurídicos a partir de conceitos tomados de empréstimo da Economia, da Sociologia e de outros ramos do conhecimento. Entretanto, é no campo do Direito Constitucional que as combinações entre o interesse público e o interesse privado, entre os direitos individuais, coletivos e difusos, entre as regras de aplicabilidade imediata, restrita e dependente, e uma infinidade de outras situações inéditas, irão consolidar a nova imagem do juiz: o sujeito ativo do processo político. Esse papel exige do julgador posturas muitas vezes incompatíveis com o rigor formalista. Claramente não é o caso, de todo

desaconselhável, de substituir a dogmática jurídica pelo sociologismo. Entretanto, esse novo direito apresenta um desafio ao jurista: “retomar os conceitos jurídicos num grau de abstração correspondente ao grau de complexidade alcançado pelas funções e prestações do sistema jurídico” (8).

As estruturas normativas do Estado social são teleológicas e hierarquizadas funcionalmente, segundo considerações de caráter valorativo. A presença do Estado no domínio econômico confere à ordem jurídica um caráter indistintamente político. A literatura sobre as novas “funções do direito” - “redistributivas”, “transformadoras”, “legitimadoras”, etc. - traz consigo o questionamento a respeito dos novos papéis do juiz. Sem abandonar a tradicional função de adjudicação da conflituosidade inter-individual, o magistrado atua, no Estado social, como um garantidor da estabilidade e da dinâmica institucionais. Os direitos sociais agregam ao estado de direito um considerável aumento de complexidade. O sistema legal de garantias liberais era altamente seletivo e impermeável a conteúdos materiais. O modelo jurídico do Estado social é compensatório dos déficits e desvantagens que o próprio ordenamento provoca. Os direitos sociais lidam com uma seletividade inclusiva. O desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais, era e continua sendo conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas, que nada mais são do que os direitos decorrentes dessa “seletividade inclusiva”.

O problema que se põe, nesse momento de redefinição das funções do Estado, é o de saber quais as correspondentes inovações no plano da atividade judicial. Com a afirmação do Estado social, inúmeras expectativas materiais transformaram-se em autênticas pretensões jurídicas. No Brasil, especialmente ao longo da década de 80, tanto a Constituição de 1988 quanto a legislação infra-constitucional caminharam nessa mesma direção. Ainda que tardiamente, nem bem terminado o trabalho da Assembléia Nacional Constituinte, recrudescera a discussão sobre a “crise do Estado” e, no seu bojo, o debate sobre a intervenção no domínio econômico, a carga tributária e, em última análise, a viabilidade do sistema compensatório e redistributivo nacional.

Desformalização, deslegalização e

6 Cf. Giorgio Rebuffa, *La Funzione Giudiziarie*, op. cit., p. 108.

7 Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., “Aplicabilidade e Interpretação das Normas Constitucionais”, in *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1990, p. 12.

8 Cf. Raffaele de Giorgi, “La Formazione del Giurista”, in *Politica del Diritto*, s. XIV, n° 1, 1983, p. 78. De Giorgi é ainda mais incisivo quando aduz que “a relação entre a formação do jurista e a sociedade não creio possa ser enfrentada, muito menos solucionada, com o alargamento, em sentido sociológico, do material de aprendizagem. O conhecimento sociológico é importante, porém, com o risco de transformar-se ou de ser reduzido a mero sociologismo, se for incapaz de forçar as estruturas dos conceitos dogmáticos num sentido amplamente funcional e relacional, isto é, político, e se for impotente para abelar o potencial de inércia conceitual do direito. Em outros termos, parece-me que o poder de crítica vem reconstruído no interior do sistema, não trazido do exterior, na base de determinados pontos de vista ou ideais”.

9 Bastante ilustrativos, sobre esses problemas, tanto a “Consulta da Presidência da República”, formulada por Gilmer Mendes, quanto o “Paracer”, de autoria de Ives Gandra da Silva Martins, sobre a questão dos aposentados. Cf. Ives Gandra da Silva Martins, “A Teoria da Impossibilidade Material e a Constituição”, in *Direito Constitucional Interpretado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, pp. 9-33.

10 Cf. Pio Marconi, “I Partiti e le Politiche di Redistribuzione”, in Renato Treves (org.), *Crise dello Stato e Sociologia del Diritto*, Milano, Franco Angeli, 1987, p. 102. Sintomaticamente, na sessão de encerramento do “II Congresso Internacional de Direito Alternativo”, em Florianópolis, em setembro de 1993, Alessandro Baratta, Carlos Maria Cárceva e José Eduardo Faria foram unânimes em defender a relevância do estado de direito, do princípio da legalidade e, especialmente, do resgate de uma cultura da legalidade.

desregulamentação são algumas das palavras de ordem desse momento de crise do Estado. Remanesce a impressão de que tanto o primado da norma geral e abstrata utilizada para a "interpretação de bloqueio" quanto as normas programáticas, as políticas públicas e as regras promocionais instrumentalizadas para a "interpretação de legitimação" são inadequados para o enfrentamento de parte da nova seletividade do sistema jurídico. Os filtros restritivos da racionalidade formal e os inclusivos da racionalidade material são criticados exatamente por suas limitações na promoção dos ajustes entre uma sobrecarga de demandas sociais e um contexto de crescente escassez de recursos a serem distribuídos socialmente. Ora, é exatamente nesse momento de luta hobbesiana pela manutenção de nacos dos poucos recursos partilháveis que entram em cena novos critérios seletivos. Dentre eles, as várias estratégias desregulamentadoras vão facilitar, então, uma redistribuição despida de transparência e de imparcialidade. É esse o grande risco da racionalidade jurídica conjuntural.

Ao combinar as hermenêuticas de bloqueio e legitimação com uma interpretação reflexiva - isto é, que espelhe a correlação de forças sociais, o momento econômico e a capacidade circunstancial de resposta do sistema político -, as práticas do Estado pós-social nada mais fazem do que calibrar, em função da escassez de recursos, as expectativas e pretensões jurídicas. Começam a ganhar corpo, no discurso jurídico, teses como a da "impossibilidade material" de aplicação do direito, da "ineficiência absoluta das decisões", do "direito supralegal" (9). Dois aspectos podem ser ressaltados: primeiro, que esse esforço conceitual é produto da "crise do Estado", das dificuldades de enfrentamento das questões jurídicas daí decorrentes, e das limitações dos instrumentos que a vulgata do formalismo jurídico coloca à disposição do exegeta; segundo, que a "flexibilização" do direito provocada pela interpretação reflexiva multiplica a instabilidade interna do sistema normativo e a insegurança externa dos destinatários da regra jurídica.

O Judiciário assume um papel absolutamente fundamental nesse momento. A interpretação reflexiva e a ênfase nas fórmulas de auto-regulação social contribuem para



a consolidação das crenças pessimistas sobre a irreversibilidade da crise da lei e a impossibilidade de garantia judicial à implementação das políticas sociais. A tendência dos sistemas jurídicos contemporâneos é a de criar novas técnicas de garantia de efetividade a sempre novos direitos vitais. Por isso, com propriedade, já se assinalou que "o progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo". A multiplicação de subsistemas jurídicos diferenciados e que rejeitam a intervenção do direito estatal traz consigo uma perigosa arma de invalidação do direito por meio de ameaças privadas. A universalização dos direitos sociais é trocada pelo favorecimento de setores sociais específicos. Se a ordem jurídica aspirar à supressão de seus vazios de eficácia, longe do caminho da regulação autorreferencial, poderá encontrar no resgate da norma jurídica um importante critério objetivo de redistribuição de direitos e de justiça social (10). Daí a importância, para a consolidação da democracia entre nós, da afirmação de um Judiciário sintonizado com as características do seu tempo.

**BÍBLIA DE CARLOS, O CALVO (DE 846, APROXIMADAMENTE), EM QUE MOISÉS ENTREGA AS HEBREUS AS TÁBUAS DA LEI.**