
Um Olhar Reconstutivo da Modernidade e da “Crise de Judiciário”: A diminuição dos Recursos é mesmo uma Solução?

Flávio Quinaud Pedron;

Mestre em Direito Constitucional pela UFMG.

Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual na PUC-Minas.

Professor de Hermenêutica Jurídica, Filosofia do Direito, Ciência Política e Teoria do Estado no Uni-Centro Izabela Hendrix, Belo Horizonte/MG. Advogado.

Resumo:

O presente artigo desenvolve uma leitura reconstitutiva da “crise do Judiciário” a partir dos seus fatores históricos e sociológicos, bem como da teoria desenvolvida por Jürgen Habermas, a fim de demonstrar que as crises desempenham um papel fundamental da Modernidade, não podendo - nem devendo - ser sanada. Na realidade, do ponto de vista funcional a “crise” é fruto de uma colonização da racionalidade sistêmica (principalmente do Mercado) que desaloja a ação comunicativa do seu habitat, trazendo prejuízo para a legitimidade do Direito moderno.

Palavras-Chave:

“Crise do Judiciário”; Modernidade; paradigmas e legitimidade do Direito.

A afirmação da existência de uma “crise” no Poder Judiciário brasileiro não é nova e, antiteticamente, parece acompanhar a história dessa instituição como uma constante. A surpresa se revela mais clara, todavia, quando se tem em mente que a palavra crise tem sua origem na palavra grega *krísis*, tão comum no vocabulário médico. Representaria, então, um estágio súbito no curso de uma determinada patologia, que coloca em dúvida os poderes de autocura do organismo afetado. Daí, pode-se compreender o significado de crise como uma “força objetiva, que priva um sujeito de alguma parte da sua soberania normal” (HABERMAS, 2002: 12).

Mas, se uma outra compreensão do termo for procurada, é possível encontrar referência no campo estético, principalmente na literatura. Nesse caso, a crise adquire o significado de uma encruzilhada que permanece como perspectiva interna à identidade das pessoas que lutam por uma salvação, ou seja, o sujeito tem de se debater internamente em razão de um conflito normativo que vai de encontro à sua identidade. Transportando esse conceito para as ciências sociais, pode-se encontrar menções ao conceito teórico sistêmico de crise, fornecido por Habermas: Conforme esta perspectiva sistêmica, as crises surgem quando a estrutura de um sistema social permite menores possibilidades para resolver o problema do que são necessárias para a contínua existência do sistema. Neste sentido, as crises são vistas como distúrbios persistentes da integração do sistema (2002:13).

As crises em sistemas sociais são, portanto, o resultado de uma incompatibilidade dos imperativos funcionais inerentes a cada sistema. Mas, para melhor compreender essa afirmativa, faz-se necessário identificar quais dentre os imperativos funcionais são essenciais para a manutenção da identidade de um dado sistema. Segundo Buzaid (1972:144), a idéia de crise do Judiciário está ligada a um desequilíbrio entre o aumento do número de demandas ajuizadas e o número de julgamentos proferidos. Em razão do maior número de demandas propostas em face do número de julgados, tem-se um acúmulo de demandas que se sedimentam, congestionando o fluxo normal da tramitação processual e prejudicando a observância regular pelo Poder Judiciário dos prazos processuais fixados na legislação processual brasileira. Dentro da problemática traçada nesta pesquisa, a questão acima adquire uma forma específica, uma vez que tal identificação depende da compreensão adequada da função que deverá ser assumida pelo sistema do Direito na sociedade moderna – qual seja a de estabilizar as expectativas de comportamento generalizadas dentro de uma determinada sociedade.

Dessa forma, a proposta lançada aqui é identificar como a “patologia” que assola o Judiciário brasileiro foi percebida ao longo do transcurso histórico, bem como quais foram as medidas tomadas até agora para sua superação. Em seguida, proceder-se-á a uma reconstrução paradigmática a fim de avaliar se as atuais medidas de contensão da “crise” se mostram não apenas eficazes, mas adequadas ao atual paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito.

As raízes históricas da “crise” podem ser identificadas ao longo do desenvolvimento da República, sendo o Supremo Tribunal Federal (STF) o órgão

que primeiro a percebeu através do Decreto n. 20.889, de 23 de novembro de 1931, que fixava o número obrigatório por semana de seções de julgamento, até que fosse esgotada a pauta das causas judiciais já marcadas (BUZAID, 1972:145). Nessa época, o número de feitos não atingia a casa anual de duzentos, mas as pautas, que não se esgotavam, já representavam uma preocupação, o que levou os estudiosos a afirmarem a existência de uma “crise no Supremo Tribunal Federal”. Com a Constituição de 1934, acreditou-se que a criação da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar e de um mecanismo administrativo de resolução de contenciosos ligados à matéria trabalhista representassem uma solução para o problema enfrentado pelo STF. Além disso, o art. 76, 2, III, do Texto Constitucional, ao disciplinar a figura do recurso extraordinário, traçou contornos mais próximos dos atualmente existentes – a pesar de ainda não haver recebido a nomenclatura atual. Ao utilizar o termo julgar ao invés da expressão consagrada no Texto Constitucional anterior (haverá recurso), ficou encerrada uma discussão existente em razão do novo art. 76, entendendo-se que o STF não funcionaria como uma corte de cassação – que anularia as decisões proferidas pelos órgãos inferiores e determinaria que os mesmos proferissem outra substituta – e optando-se pelo modelo da corte de revisão, de modo que seus ministros teriam poderes para reexaminar toda a matéria, aplicando o direito a um determinado caso em litígio, o que, operacionalmente, poderia representar uma diminuição dos trabalhos do Tribunal. Essa polêmica já é suficiente para caracterizar uma preocupação sobre o acúmulo de serviço mesmo quando os feitos endereçados ao STF somavam anualmente 800, sendo 286 o número de recursos extraordinários propostos (NAVES, 2001:11). Uma tentativa encontrada para agilizar os julgamentos foi a divisão do Tribunal em turmas de cinco juízes, por meio do Decreto-lei n. 6, de 16 de novembro de 1937. Outras medidas “desafogadoras” do STF foram, então, tomadas nos anos posteriores: (1) a Constituição de 1946 criou o Tribunal Federal de Recursos (TFR), substituindo o STF como segunda instância para as causas de interesse da União; (2) a Lei n. 3.396/58, que alterou os artigos 864 e 865 do Código de Processo Civil, determinando a necessidade de fundamentação das decisões do Presidente do Tribunal a quo que admitem ou denegam recurso extraordinário – o que possibilitou a denegação do recurso, não apenas segundo critérios formais de admissão; e (3) em 1963, por influência do Min. Nunes Leal, o STF aprovou suas primeiras súmulas de jurisprudência dominante (370 verbetes ao todo), visando a externar a posição majoritária do Tribunal para que a mesma fosse

seguida pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Foi, sobretudo, a partir de 1964 que medidas pautadas mais em razões meramente pragmáticas para solucionar a “crise do Supremo Tribunal Federal” ganharam destaque: (1) através da alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), foram consideradas prejudicadas todas as causas pendentes de julgamento há mais de dez anos, caso não houvesse manifestação expressa das partes após convocação; (2) a introdução do controle concentrado de constitucionalidade, por meio da Emenda Constitucional n. 16, consagrando o instituto da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando encaminhada pelo Procurador Geral da República; e por fim, através da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, (3) a argüição de relevância da questão federal, condicionando para o conhecimento do recurso a demonstração de reflexos na ordem jurídica e aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, julgados como um incidente prévio ao conhecimento do recurso extraordinário em seção secreta e irrecorrível. Com o movimento de redemocratização, consagrado na Constituição da República de 1988, modificações sensíveis puderam ser notadas no tocante à preocupação em não sobrecarregar o STF. A principal modificação foi a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja atribuição seria a de “guardião” da legislação federal, deixando ao STF a atribuição de proteção da esfera constitucional. A Carta Magna, contudo, deixou de consagrar o polêmico requisito da argüição da relevância para os recursos extraordinários. Com a nova Constituição, ainda se tinha a idéia de que a “crise” persistia mesmo com a criação do STJ. E não se tratava mais de uma endemia restrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, mas que rapidamente havia se alastrado aos demais órgãos do Poder Judiciário, o que conduzia à constatação de que havia uma “crise” não somente no STF, mas uma crise generalizada em todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro. Dados estatísticos acusam que, após um ano de sua criação, o STJ recebeu 14.087 processos para julgamento, conseguindo decidir apenas sobre 11.742. O mesmo aconteceu com o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, no mesmo período, julgou 20.473 processos. Contudo, tal problema não é restrito à realidade dos Tribunais Superiores. A primeira instância – englobando tanto as Justiças Estadual e Federal, Comum e Especiais – recebeu, em 1990, 5.117.059 causas, sentenciando apenas 3.637.152. Após a Constituição da República de 1988, no nível infraconstitucional, a legislação processual sofreu diversas alterações, principalmente no sentido de concentrar a tomada de decisões em

figuras individuais, como o caso do aumento dos poderes do relator dos acórdãos perante os Tribunais. Outra medida foi o uso experimental da figura da “transcendência” no recurso de revista como requisito de admissibilidade – com pretensão de propagação para todos os demais recursos para Tribunais Superiores – por meio da Medida Provisória n. 2.226/01. Tal medida foi questionada judicialmente com a proposição da ADI n. 2.527-9 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. De maneira bem sintética, pode-se afirmar que o objetivo da “transcendência” é fornecer ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) a possibilidade de desenvolver um filtro de seleção de recursos, através da demonstração pelo recorrente de que aquela causa transcende – econômica, política, social ou juridicamente – os limites do caso concreto e do interesse privado das partes processuais. Segundo seus defensores (MARTINS FILHO, 2000; SILVA, 2001), tal artifício autorizaria os Tribunais a negar o conhecimento de “causas menos importantes e repetitivas”, que tanto abarrotam as estantes dos Tribunais, dando fim precoce – ou mais célere, na definição dos mesmos – à tramitação dessas, supostamente “pacificando” o conflito pelo proferimento da decisão judicial final. Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, duas inovações ganharam destaque como propostas para a solução da “crise”: a possibilidade de o STF publicar súmulas de efeito vinculante (art. 103-A) e a necessidade de se demonstrar, em sede de recurso extraordinário, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, §3.o), funcionando como um requisito de admissibilidade desse recurso. Sobre esse último, é importante destacar que muitos estão compreendendo-o como um retorno da antiga arguição de relevância da CR/69, da mesma forma que a transcendência no recurso de revista – tratar-se-ia, então, de uma mera troca de etiquetas nas perspectivas, por exemplo, de Martins da Silva (2005:195) e de Tavares (2005:213-214; 2004:55). Se se adotar, todavia, a perspectiva da análise de Buzaid (1972:147), lançando mão do termo crise conforme o seu significado médico, parece equivocado considerar o aumento de volume de trabalho nos Tribunais Superiores como a causa da patologia denominada de “crise do Poder Judiciário”. O que se sugere como adequado é a compreensão dos mesmos fenômenos como meros sintomas, ou seja, apenas como uma consequência verificável empiricamente da incapacidade do próprio sistema jurídico de gerar respostas funcionais satisfatórias. Dessa forma, a “cura” para tal condição não decorreria simplesmente de uma solução pragmática com vistas a reduzir de forma drástica o número de recursos julgados, principalmente nos

Tribunais Superiores, mas de uma tentativa de lançar um olhar mais amplo sobre a questão. Isso porque a sobrecarga não decorre de um simples aumento no número de recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, mas de uma litigiosidade que começa desde a primeira instância e apenas segue seu curso normal. Assim, as causas da “crise” estariam no aumento demográfico (BUZAID, 1972:149) ou no processo de industrialização e urbanização brasileiro (SADEK, 2004:11). Um olhar complementar a esse é apresentado por Oliveira Filho e confirmado por Buzaid em citação de Baptista (1976:40): o acúmulo de processos, fator gerador da “crise” do STF, seria resultado da grande confiança que os litigantes estariam depositando naquela Corte. Importante ainda lembrar que os estudos sociológicos sobre a administração da justiça, em autores como Faria e Souza Santos (1989; SOUZA SANTOS, 2005:177), vêm destacando – ainda que em perspectiva diversa da adotada nesta pesquisa – o fato de que o problema da “crise” do Judiciário decorre não somente de uma sobrecarga quantitativa, mas também da incapacidade do mesmo em “absorver” novas demandas sociais que passam a exigir uma mudança de paradigma quanto ao papel da jurisdição e do poder judiciário. Todavia, parece estar ausente, em diversas pesquisas, a necessidade de uma compreensão do Direito que leve em conta uma reconstrução em paradigmas. Se assim se procedesse, ficaria mais clara a noção de que as “crises” representam movimentos constantes na modernidade, resultantes justamente do aumento de complexidade no interior da sociedade; não podendo ser, portanto, eliminadas. Deve ser lembrado ainda que cabe às instituições existentes, incluindo o próprio Judiciário, a manutenção dessa complexidade (HABERMAS, 1998:406). Tais paradigmas são resultados não apenas da leitura dos textos legais, mas principalmente do compartilhamento de um horizonte de pré-compreensão, “sendo que essa interpretação é também uma resposta aos desafios de uma situação social percebida de uma determinada maneira” (ROCHA, 2004:232-233). Por isso mesmo, que [...] o conceito de paradigma incorpora, na ciência, a compreensão da impossibilidade humana de um conhecimento absoluto, de um saber total, perfeito e eterno, precisamente em razão do nosso inafastável e constitutivo enraizamento social, histórico-cultural. [...] Só podemos observar algo com os olhos que temos, marcados socialmente e historicamente datados, e não com supostos olhos divinos e atemporais (CARVALHO NETTO, 2003b:151). Assim, poder-se-ia identificar, após a superação da concepção pré-moderna, uma nova fórmula de legitimação do poder político com o advento da Modernidade, o Estado Democrático de Direito.

Ao longo da existência deste, dois paradigmas adquiriram maior sucesso: o Estado Liberal (Estado de Direito), o Estado Social (Welfare State ou Estado de Bem-Estar Social). Todavia, desde os fins do século XX, uma nova compreensão começa a ganhar relevância, indicando para um novo paradigma. Dentro da proposta de Habermas, então, está a reconstrução dos paradigmas anteriores, para que até mesmo se torne possível traçar os contornos do que seja um paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito. A principal característica da concepção pré-moderna é a percepção de que Direito, Política, Religião, Moral, tradição e costumes são justificados por uma ordem transcendente, não apresentando diferenciações, de modo a formar um amálgama. A concepção de Direito estava, então, associada à coisa que era devida a uma pessoa em decorrência de sua posição dentro de um determinado sistema de castas. E a justiça era um produto da sabedoria e sensibilidade do aplicador (CARVALHO NETTO, 1999:476-477). Como consequência de tal compreensão, o Direito funcionava como elemento de consagração e conservação dos privilégios de cada casta, de modo a ensejar uma aplicação casuística e individual, desligada de um caráter universalizável, ou seja, proveniente de um ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos os membros dessa sociedade. Com a Modernidade, entretanto, novas luzes são lançadas. Assim, [...] o que conhecemos com o nome de modernidade começa quando desaparece a idéia de uma ordem universal – seja ela imanente ao cosmos ou transcendente a ele. Em outras palavras, a modernidade começa quando termina a idéia de “mundo” (espaço infinito, dotado de centro e de periferia e de “lugares” naturais) e de hierarquia natural dos seres, cedendo para as idéias de universo infinito, desprovido de centro e de periferia, e de indivíduo livre, átomo no interior da Natureza e para o qual já não possuímos a definição prévia de seu lugar próprio e, portanto, de suas virtudes políticas. [...] A modernidade afasta a idéia (medieval e renascentista) de um universo regido por forças espirituais secretas que precisavam ser decifradas para que com elas entremos em comunhão. O mundo se desencanta – como escreveu Weber – e passa a ser governado por leis naturais racionais e impessoais que podem ser conhecidas por nossa razão e que permitirão aos homens o domínio sobre a Natureza (CHAUÍ, 1992:350).

O primeiro paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito ficou conhecido como o Estado Liberal, que se assentava sobre três princípios básicos: igualdade, liberdade e propriedade. Esses princípios se relacionavam ainda com um novo

elemento: o indivíduo. Isso, porque, desde a Grécia Antiga até a Idade Média, havia um centro orientador e aglutinador da vida em sociedade, ou melhor, em comunidade – primeiro, tem-se a polis, que foi substituída, no período medieval, pela Igreja Católica. Como decorrência, identifica-se um deslumbramento da sociedade diante da declaração de igualdade de todos os indivíduos – marcando o fim dos antigos privilégios de nascimento – e a possibilidade de que cada um possa definir, a partir exclusivamente dos ditames de sua própria razão, os rumos que sua vida deve tomar (BAHIA, 2004:304). Tem-se, então, uma compreensão no sentido de afirmar uma divisão entre a esfera privada e a esfera pública (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:55), principalmente em razão da interpretação dos direitos fundamentais como garantias negativas, isto é, como garantia da não-intervenção do Estado na esfera da sociedade, deixando principalmente a Economia a cargo das leis mecânicas do Mercado e garantindo que cada indivíduo possa buscar por si sua felicidade (HABERMAS, 1996b:772; QUADROS DE MAGALHÃES, 2002:63). A Constituição é, então, compreendida como um “instrumento de governo”, o estatuto jurídico-político fundamental que organiza a sociedade política e limita o poder político do Estado (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:56). O Direito, como um Direito formal burguês, assume a perspectiva de um sistema fechado de regras que determina o limite e a garantia da esfera privada de cada indivíduo; portanto, adquire uma compreensão formal, privatística, de modo que percebe os conflitos sociais exclusivamente sob a perspectiva interindividual (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006:9). Movidos pela idéia de uma razão “absoluta”, os legisladores acreditavam poder positivizar o conteúdo do Direito Natural – agora não mais transcendente, mas de índole racional – em Códigos, capazes de regular toda a complexidade da vida em sociedade de modo a não deixar lacunas, no máximo obscuridades aclaradas pelo trabalho dos “comentadores”. Ao Judiciário, cabia o papel de dirimir conflitos interparticulares, ou entre esses e a Administração Pública mediante provocação; para tanto, esclarece Carvalho Netto (1999:479), o magistrado exercia uma atividade mecânica de aplicação do direito ao caso concreto através de uma subsunção do caso às hipóteses normativas identificadas mediante uma leitura direta do texto normativo, razão pela qual o juiz foi considerado por Montesquieu a bouche de la loi (boca da lei). Todavia, percebe-se que, ao alicerçar a liberdade na propriedade, restringiu-se a participação na esfera pública aos sujeitos que já integravam a ordem econômica. Além disso, essa interpretação de liberdade acabou por alimentar a eliminação da livre concorrência e uma sempre crescente

exclusão social. Como consequência, o Estado Liberal entrou em colapso, pois explodiram revoltas operárias que buscavam o reconhecimento de condições mínimas de trabalho, bem como foram difundidas as idéias de Marx e Engels, incentivando a organização proletária, o que forçou o Estado Liberal a empreender diversas mudanças em sua estrutura (QUADROS DE MAGALHÃES, 2002:64). Compreendeu-se, principalmente, que os direitos, até então positivados, não mais eram suficientes para garantia real de liberdade e igualdade. A principal queixa foi a necessidade de materialização dos direitos consagrados constitucionalmente, como meio não apenas de garantia da igualdade formal, mas como proteção ao menos favorecido. Segundo Habermas (1998: 471), essa materialização, que já havia sido explorada por Weber, ganhou relevância ao final da Segunda Guerra, mas foi compreendida inicialmente como uma crise do Direito, que dissolveria a unidade e estrutura sistemática da ordem jurídica, sobrepondo-se à concepção liberal e vindo a substituí-la. Um marco inicial do paradigma jurídico do Estado Social pode ser identificado com o chamado constitucionalismo social, movimento que ganha maiores contornos após a Constituição alemã de Weimar (1919), apesar de a Constituição mexicana de 1917 ser considerada a primeira Constituição Social (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:58; CARVALHO NETTO, 1999:480; QUADROS DE MAGALHÃES, 2002:65). Como principal consequência dessa ruptura, tem-se uma ampliação no conjunto dos direitos fundamentais, resultante não somente de um acréscimo de direitos, mas também de uma completa alteração nas bases de interpretação dos direitos anteriores. Nesse sentido, assevera Carvalho Netto: Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direito de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material (1999: 480).

Na seqüência, Leal (2002:27) alerta para uma mudança de posição estatal: a posição negativa é abandonada para se assumir uma posição positiva, isto é, o Estado passa a agir efetivamente na garantia dos direitos sociais mínimos e da autonomia privada dos cidadãos. O Estado não mais pode ser tomado como um

elemento “neutro”, distante dos conflitos sociais; passa agora a atuar no sentido de assumir-se “como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas ‘públicas’ de ‘vida boa’” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:59). Na esfera econômica, o Estado passa a desempenhar ações que visam a uma proteção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, além de compensar a desigualdade através de prestações sociais de serviços. Com isso, de cidadãos, os indivíduos se transformam em clientes. As alterações são sentidas no Direito, que passa a ser interpretado como um sistema de regras e princípios otimizáveis (valores) – a serem realizados no “limite do possível” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:59). A preocupação com a materialização do Direito levanta a exigência de novas teorias hermenêuticas que libertem o juiz da aplicação mecanizada da norma ao fato (CARVALHO NETTO, 1999:480; BAHIA, 2004:308). Nessa ótica, o Judiciário passou a representar uma peça fundamental no processo de densificação social das normas, visando à concretização de direitos carentes de políticas públicas (CARVALHO NETTO, 2003:99). Ganha relevo a teoria de Kelsen como tentativa de construção de uma Ciência do Direito “pura”, isto é, livre de qualquer elemento moral, econômico ou valorativo. Um ponto importante foi a teoria kelseniana da interpretação, que diferenciou interpretações “autênticas” (feitas pelo legislador ou pelo juiz) de “não autênticas” (feitas principalmente pela dogmática jurídica). Uma teoria da interpretação estaria diretamente vinculada a uma compreensão escalonada de normas jurídicas. A interpretação jurídica está vinculada à existência de uma autorização dada por um nível superior do ordenamento a um nível inferior para que este possa produzir atos normativos. Isso porque, para Kelsen (1999:387), a decisão judicial é também uma forma de produção de norma, porém uma norma individual. Ela está, então, vinculada à atividade de aplicação de uma dada norma jurídica. Contudo, Kelsen (1999:388) entendia que haveria sempre um espaço de livre apreciação a ser preenchido pelo aplicador. Poderiam ainda surgir situações em que essa margem para interpretação não decorresse de um ato intencional do nível superior, mas de uma mera eventualidade, como uma ambigüidade surgida na leitura do próprio texto ou entre outros textos. Como conseqüência, surge a possibilidade de uma pluralidade de interpretações sobre a aplicação de uma dada norma. Reconhecendo isso, Kelsen (1999:390) acaba por afirmar que seria possível conter todas as interpretações jurídicas sob uma mesma moldura de modo que tudo o que ficasse em seu interior seria considerado como juridicamente possível

e teria igual importância, deixando a cargo do órgão aplicador a decisão como uma questão de livre preferência. Caberia, então, à dogmática jurídica descrever todas as possíveis interpretações que poderiam estar contidas na moldura, sem, contudo, emitir qualquer juízo de valor sobre qual seria a correta, para influenciar a escolha do órgão aplicador. Todavia, a partir da edição de 1960, Kelsen lança de uma outra proposta – um giro decisionista, segundo Cattoni de Oliveira (2001:47; BAHIA, 2004:311) – defendendo que o órgão aplicador – principalmente os mais altos Tribunais – possuiria liberdade não apenas para escolher interpretações possíveis, previstas na moldura, mas estaria autorizado a ir além, produzindo uma nova interpretação e, como consequência, criando um direito novo (KELSEN, 1999:395). Como bem destaca Carvalho Netto (2003:100), a estupefação das ciências em geral – e, no caso da Ciência do Direito, ainda presa à tradição positivista – diante da indeterminação da linguagem percebida com o giro lingüístico levou à necessidade de uma compreensão modificada da racionalidade humana. A ciência, hoje, só pode ser reconhecida quando se assume como um sistema de conhecimento histórico e precário (2003:92). A necessidade de garantia da certeza e da segurança jurídica (entendida como previsibilidade) não mais poderia se dar através de métodos da ciência e foi solucionada por Kelsen na forma da consagração de uma discricionariedade do órgão aplicador, identificando na sua vontade a da sociedade. O desgaste do paradigma do Estado Social tem início a partir dos anos 60, entrando em colapso a partir da década que se segue (BAHIA, 2004:312). O paternalismo estatal, já denunciado anteriormente, se mostra como um dos entraves para o processo de cidadania que ele próprio pretendia resolver. Habermas (1994:123) lembra que, para a sua manutenção, o Estado Social necessitou desenvolver uma enorme rede normativa e burocrática, cobrindo toda a vida cotidiana da sociedade. Desenvolve-se ainda uma preocupação de garantia de direitos cujos titulares não são mais facilmente identificáveis (os chamados direitos difusos, como por exemplo, direito ao meio ambiente, direito do consumidor e direito da criança e do adolescente). Os direitos individuais e sociais ganham uma nova leitura: uma conotação processual, como destaca Carvalho Netto (1999:481). Passam a ser vistos como garantias de participação no debate público, marcando a preocupação pluralista e aberta de uma nova leitura – agora procedimental – do Direito. Uma característica importante é a necessidade de redefinição de autonomia pública e autonomia privada a partir de uma coesão interna, no sentido de que direitos

privados só são assegurados conjuntamente com os direitos políticos (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006:10). Além do mais, o estatal não é capaz de identificar a sociedade, que por meio de organizações civis passa a exigir uma maior participação; não mais depende da postura burocratizante (instrumentalizante) do Poder Administrativo nas decisões sobre direitos. Logo, “[s]omente através de espaços de discussão pública, formais ou não, em que se assegure igual participação de diferentes grupos, agindo discursivamente é que se poderá lidar com as desigualdades” (BAHIA, 2004:315). A cidadania é agora entendida como um processo, bem como a democracia, que conduz a um aprendizado social, de modo a não necessitar de pré-requisitos (CARVALHO NETTO, 1999:481-482).

Pois, da mesma forma que cidadania não é algo natural, que se garante tão-somente pelo reconhecimento de direitos privados e de uma esfera de livre-arbítrio, cidadania não se ganha nem se concede, mas se conquista. Exige luta, reconhecimento recíproco e discussão, através de todo um processo de aprendizado social, capaz de corrigir a si mesmo, todavia, sujeito, inclusive, a tropeços (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006:10).

Como consequência, o Direito também demanda uma (re)construção mais voltada à participação social na tomada de decisões públicas. Como lembra Häberle (1997), afirma-se existência de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” em substituição ao “intérprete autêntico” de Hans Kelsen. A necessidade de legitimidade das decisões passa a ser uma preocupação constante, não mais podendo tais decisões se prenderem a uma racionalidade instrumental, voltada para aspectos meramente de eficiência (SADEK, 2004:27). Todavia, tal questão parece ter ficado em segundo plano nas continuações das propostas de reformas para a solução da “crise do Judiciário”.

Essa nova abordagem teórica é fundamental para o presente trabalho, pois revela que a “crise”, na realidade, não se trata tanto da inflação de demandas perante o Judiciário, mas sim de uma “crise” decorrente da compreensão do paradigma do Estado Social. Em outras palavras, essa crise, em sua inteireza, traz à tona o fato de que múltiplas interpretações, provindas não apenas dos canais formais do Estado, passam a adentrar o cenário das discussões do Judiciário, buscando ressonância e reconhecimento (SOUZA SANTOS, 2005:177). Todavia, o que representaria uma contribuição para a democratização dos processos de tomada de decisões institucionais, atendendo a uma preocupação com a legitimidade dessas, é interpretado como um risco de dissenso que deve ser eliminado a todo custo para que se possa (re)estabelecer o primado da

“segurança jurídica” (aqui entendida como previsibilidade). Assim, retoma-se a crença, já presente em Kelsen, de que a solução decorreria do estabelecimento de uma única interpretação autorizada – no caso, a do STF – como forma de simultaneamente garantir a segurança jurídica e o desafogamento em relação às demandas.

Porém, outra ainda pode ser a explicação – que não necessariamente exclui a hipótese anterior, mas complementa-a: o resultado de uma intervenção instrumental por parte do poder econômico do Mercado (sistema econômico) no sistema do Direito. O sistema econômico regido pelo medium do dinheiro atua nos processos de integração social de maneira diversa do que acontece com o Direito. Os pressupostos comunicativos são substituídos por uma forma de ação não intencional, que segue uma lógica instrumental (HABERMAS, 1998:102). Tanto o mundo da vida quanto o Direito são elementos fundamentais para o funcionamento e para a reprodução da sociedade (FREITAG, 2002:239). Todavia, pode-se identificar como “patologia da modernidade” a chamada colonização do mundo da vida. De uma maneira parasitária, o sistema econômico intervém nos processos de decisões jurídicas através de sua própria lógica de racionalidade (adequação de meios a fins), buscando a sua expansão, mas sob pena de perda da legitimidade do Direito como consequência da expulsão da ação comunicativa de seu habitat natural (FREITAG, 2002:239).

Melo Filho (2003:79) e Silva Candeas (2004:18) alertam para a intervenção do capital estrangeiro, através do Banco Mundial e de seu plano de padronização do Judiciário de toda a América Latina, sob o pretexto de “construção de uma nova ordem” favorável ao capital e à integração econômica. Tais tendências e expectativas foram materializadas no documento técnico n. 319, denominado O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma, datado de junho de 1996. O próprio documento reconhece a necessidade de uma reforma econômica para que o Judiciário funcione bem, isto é, aplique as leis de maneira previsível e eficiente – em sua leitura, o mais célere possível – e atue na garantia da propriedade privada (DAKOLIAS, 1996:3). Diante de uma ordem econômica de proporções globais, o Judiciário pode se tornar um “parceiro” do Mercado, se levar a cabo a defesa da propriedade e atuar dentro de uma margem de previsibilidade:

[...] o Estado é essencial para a implantação dos fundamentos institucionais apropriados para os mercados, e a credibilidade do governo – a previsibilidade de suas normas e políticas e a constância de sua aplicação – pode ser tão

importante para atrair investimentos privados quanto o conteúdo dessas normas e políticas (SILVA CANDEAS, 2004:21-22).

O Estado, então, por meio do Judiciário, proporcionaria uma ordem de estabilidade causada pela previsibilidade e celeridade na aplicação de normas jurídicas e pela garantia da obrigatoriedade dos contratos, minimizando o risco das atividades econômicas. Assim,

[a] interpretação que se depreende dos textos é que o Judiciário pode tornar-se mais eficiente ao concorrer com outros mecanismos para a resolução de litígios. Por isso, o Banco estimula a aplicação dos MARD (mecanismos alternativos de resolução de disputas), quais sejam, arbitragem, mediação, conciliação e os juízes de paz, para romper com o “monopólio do poder judicial” (SILVA CANDEAS, 2004:28).

Mas o valor previsibilidade é ainda mais almejado que a eficiência:

Para o Banco Mundial, o Estado deve atuar como vetor de certezas. Na opinião do organismo, se um Estado muda freqüentemente as regras ou não esclarece as regras pelas quais ele próprio se guia, as empresas e os indivíduos não podem ter certeza hoje do que amanhã será lucrativo ou não lucrativo, lícito ou ilícito. Nesse caso, tendem a adotar estratégias arriscadas para se protegerem contra um futuro incerto – ingressando, por exemplo, na economia informal ou enviando capital ao exterior, prejudicando a economia nacional (SILVA CANDEAS, 2004:33).

É a partir desse prisma, ou seja, racionalidade voltada aos interesses do capital despersonalizado, que também pode ser compreendido o processo de centralização das decisões jurídicas, como a súmula vinculante ou mesmo a adoção de mecanismos de filtragem de recursos para os Tribunais Superiores. Ao se limitar a interpretação jurídica, centrando-a em órgãos especializados entendidos como os únicos autorizados a decidir, minimiza-se o risco de dissenso, mas assume-se, por outro lado, o risco de perder de vista o papel comunicacional presente nos processos de decisões jurídicas, responsável pela manutenção de sua legitimidade democrática. A consequência da implementação dessa proposta, segundo Melo Filho (2003:81), é fornecer mais subsídios para a hipertrofia do Poder Executivo a custo da submissão do Judiciário, que se transformaria em mero órgão chancelador das políticas públicas propostas pelo primeiro, com a subsequente redução da órbita de ação do Poder Judiciário. Tal diagnóstico parece ser confirmado quando se percebe a tentativa de defesa de uma concentração do controle de constitucionalidade por parte de STF,

principalmente com o uso da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) com efeito vinculante, após 1993. Além disso, o Executivo acaba por quase monopolizar faticamente a atividade do Judiciário. Grinover (2005:501) lembra que, no plano das demandas individuais, o principal “cliente” do Judiciário é o próprio Estado. Com base nas análises da pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas, a pedido do Ministério da Justiça, constatou-se que

[...] 79% dos processos em tramitação perante o Supremo envolvem o Poder Executivo (64% da União, 8,2% dos Estados e 6% dos Municípios; só a Caixa Econômica Federal é responsável por 44% das causas em andamento no Supremo Tribunal Federal).

Na grande maioria desses casos, o que se percebe é o uso dos procedimentos jurisdicionais, contando com a morosidade como forma de retardar a satisfação de direitos já reconhecidos, até mesmo pela própria parte recorrente. Logo, uma solução mais democrática é a proposta por Souza Cruz (2004:412): utilizando os próprios instrumentos processuais existentes, dever-se-ia voltar a atenção para a coibição de posturas estratégicas que desnaturem o conteúdo comunicativo inerente aos recursos, tornando-os meros subterfúgios para protelações. Uma vez que o exame do caso específico em juízo pode demonstrar a existência de um abuso do direito processual, o que se teria é uma situação não tutelada pelo Direito, que, ao contrário, coíbe quando caracterizada em ilícito.

Outra questão que não pode ser olvidada é que, simultaneamente ao fato de as instituições ligadas ao Estado de Direito contribuírem para a redução da complexidade social, essas, em movimento contrário, são também responsáveis por mantê-la (HABERMAS, 1998:405-406). No caso, então, da “crise” do Judiciário, a mesma se mostra como elemento fundamental – e, por isso mesmo, sem solução, uma vez que atua no sentido de colocar o Judiciário em evidência, como tema permanente dos debates públicos. Isso adquire uma perspectiva positiva, já que incentiva permanentemente a fiscalização e a crítica pública das decisões judiciais, lembrando aos aplicadores jurídicos que eles são meros representantes do papel que desempenham (GÜNTHER, 1995:52-53).

Referencias Bibliográfica:

ALMEIDA SANTOS, Francisco Cláudio. Recurso Especial: visão geral. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. a. 14. n. 56. out./dez. 1989.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle judicial difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos: contribuição para a construção de uma democracia cidadã no Brasil. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

BAPTISTA, N. Doreste. Da argüição de relevância no recurso extraordinário: comentários à Emenda Regimental n. 3, de 12-6-1975, do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUZAID, Alfredo. Estudos de Direito. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Da argüição de relevância no recurso extraordinário. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense. a. 73. v. 259. set./1977.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. Revista brasileira de estudos políticos. Belo Horizonte. n. 88. dez./2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003b.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte: Mandamentos. v.3. mai./1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Caso Ellwanger: uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/midias/ArtigoCaso_Ellwanger.doc>. Acessado em: 3 de janeiro de 2006.

- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito processual constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CHAUÍ, Marilena. Público, Privado, Despotismo. In: NOVAES, Adalto (org.). Ética. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- DAKOLIAS, Maria. The judicial sector in Latin American and the Caribbean: elements of reform. Washington: The World Bank, 1996. (World Bank Technical Paper. n. 319).
- DERZI, Mizabel de Abreu Machado. Pós-moderno e tributos: complexidade, descrença e corporativismo. Revista brasileira de estudos políticos. Belo Horizonte. n. 88. dez./2003.
- FARIA, Jose Eduardo; SOUZA SANTOS, Boaventura de. Direito e justiça: a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989.
- FREITAG, Barbara. Itinerários de Antígona: a questão da moralidade. 3. ed. Campinas: Papyrus, 2002.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GIORGI, Raffaele de. A Memória do Direito. Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey. n. 2. jul./dez. 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A necessária reforme infraconstitucional. In: TAVARES, André Ramos. LENZA, Pedro. LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. (coord.). Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004, analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.
- GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. European Journal of Philosophy. Essex: Blackwell Publishers. v. 3. n. 1. abr./1995.
- HABERMAS, Jürgen. Verdade e Justificação: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. (Humanística).
- HABERMAS, Jürgen. A crise de legitimação no capitalismo tardio. 2. ed. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Tradução: George Speiber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002b.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Paradigms of Law*. *Cardozo Law Review*. n. 17. mar./1996b.

HABERMAS, Jürgen. *La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas*. In: HABERMAS, Jürgen. *Ensayos Políticos*. 2. ed. Ramón García Cotarelo. Barcelona: Península, 1994.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para uma interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001. (Coleção Debates, n.115).

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MACIEL, Débora Alves. KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. *Lua Nova*. São Paulo. n. 57. 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8.a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Recursos no processo civil; v. 3).

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O critério de transcendência no recursos de revista: projeto de Lei n.º 3.267/00*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese. a. 66. n. 4.out./dez. 2000.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*. n. 58. nov./2000.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. *A reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivações, quadro atual e perspectivas*. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. Brasília. n. 21. abr./jun. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Legitimidade e perspectiva do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e*
Vox Forensis, Espírito Santo do Pinhal, v. 1, n.1, Jan./Jun. 2008

desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NAVES, Nilson Vital. Panorama dos problemas no Poder Judiciário e suas causas: o Supremo, o Superior Tribunal e a reforma. Revista do Centro de Estudos Judiciários. Brasília. n. 13. jan./abr. 2001.

QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. Direito Constitucional. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. t. 1.

RIBEIRO COSTA, Hélio Rubens Batista. A "súmula vinculante" e o processo civil brasileiro. In: RIBEIRO COSTA, Hélio Rubens Batista. REZENDE RIBEIRO, José Horácio Halfeld. DINAMARCO, Pedro da Silva (coords.). Linhas mestras do Processo Civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. São Paulo: Atlas, 2004.

ROCHA, Heloísa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequadas dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SADEK, Maria Thereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. Opinião Pública. Campinas. v. X. n. 1. mai./2004.

SILVA, Antônio Álvares da. A questão da inconstitucionalidade da MP 2.226. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Porto Alegre: Síntese. a. 67. n. 4.out./dez. 2001.

SILVA CANDEAS, Ana Paula Lucena. Valores e os judiciários: os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros. Brasília: AMB. a. 7. n. 13. jan./jun. 2004.

SORJ, Bernardo. A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Jurisdição constitucional democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto. O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SOUZA SANTOS, Boaventura. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos. LENZA, Pedro. LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. (coord.). Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004, analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

TAVARES, André Ramos. Recurso Extraordinário: modificações, perspectivas e propostas. In: RIBEIRO COSTA, Hélio Rubens Batista. REZENDE RIBEIRO, José Horácio Halfeld. DINAMARCO, Pedro da Silva (coords.). Linhas mestras do Processo Civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. São Paulo: Atlas, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 125. a. 30. jul./2005.

VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte / Rio de Janeiro: UFMG / IUPERJ / FAPERJ, 2002. (Humanitas).

VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Rezende de. et alli. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLELA, José Guilherme. Recurso extraordinário. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 23. n. 89. jan./mar. 1986.