

# A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA MODERNIDADE - A NECESSIDADE DE UMA DEFINIÇÃO CONCEITUAL<sup>1</sup>

**Eduardo Capellari**

Mestrando em Direito - área de concentração Instituições Jurídico-Políticas – do CPGD da Universidade Federal de Santa Catarina.

Introdução. 1. Uma delimitação conceitual: o objeto da crise. 2. A modernidade e as revoluções copernicanas. 2.1. A formação do Estado moderno. 2.2. A filosofia política do liberalismo e a era dos direitos. 3. O princípio da separação dos poderes. 4. A passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social. 5. A pós-modernidade e o neoliberalismo. 6. O Poder Judiciário no Brasil: alguns apontamentos. 6.1. Brasil: o desmonte do Estado de bem-estar social que não houve. 6.2. Os operadores do direito e o paradigma liberal-positivista. Considerações finais. Referências bibliográficas.

## Introdução

O presente trabalho procura promover uma análise *panorâmica* interdisciplinar com o objetivo de identificar os fatores causadores da crise do Poder Judiciário, no contexto da crise do Estado, do Direito e da Lei nas democracias contemporâneas, segundo a perspectiva de alguns dos autores clássicos da teoria política na modernidade (Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu e Alexis de Tocqueville) e da produção recente acerca do tema.

Nessa medida, procura verificar as condições históricas e teóricas da formação do Estado moderno e da influência filosófica do liberalismo e dos ideais da modernidade (liberdade, igualdade, emancipação do Homem) na articulação das instituições contemporâneas.

---

<sup>1</sup> Trabalho apresentado à disciplina Seminários de Instituições Jurídico-Políticas ministrada pelo Prof. Dr. Silvio Dobrowolski no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Em seguida, analisa o papel do Poder Judiciário sob a influência do princípio da separação dos poderes e do constitucionalismo, sob as duas formas que tal princípio foi interpretado - a tradição norte-americana e a tradição do *civil law* sob a influência positivista.

Em outro momento examina a passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social durante a primeira metade do século XX sob forte pressão dos movimentos sociais, e o novo papel atribuído ao Judiciário com a emergência dos conflitos coletivos e a superação do paradigma liberal-positivista.

Analisa a complexificação da atividade dos juízes no contexto das mudanças históricas decorrentes do movimento neoliberal e da pós-modernidade e do ataque às forças reguladoras da economia e das relações sociais, fenômeno que se verifica no enfraquecimento do Poder Judiciário e da Constituição com o objetivo de flexibilizar o poder normativo do Estado.

Ao final, procura expor alguns apontamentos em relação ao Brasil, identificando os elementos que aprofundam o sentido da crise, ao resgatar a experiência brasileira como a não entrada na modernidade ou a traição dos ideais da modernidade, e a crise institucional aprofundada pela (de)formação dos operadores do direito baseada no paradigma liberal-positivista e sua consequência na produção, reprodução e aplicação do direito.

## **1. Uma delimitação conceitual**

A década de 90 trouxe à tona no Brasil um novo objeto para a reflexão, para a pesquisa nas ciências jurídicas e sociais, e para o debate político-constitucional - a crise do Poder Judiciário, fato que tem provocado amplas repercussões no sistema jurídico-político, vide as reformas constitucionais propostas e em discussão no Congresso Nacional, e uma mudança de percepção acerca do papel dos juízes e tribunais na sociedade civil.

A originalidade desse objeto não reside tanto na sua abordagem, tendo em vista que as diferentes apropriações conceituais promovidas pelos pesquisadores e juristas brasileiros lançam raízes teóricas no debate acerca do papel do Poder Judiciário e dos Juízes nas democracias contemporâneas promovido no pós-guerra, e de forma acentuada nos anos 70 e 80, na Europa e nos Estados Unidos da América por uma infinidade de autores, pesquisadores, organismos governamentais, associações de magistrados, dentre outros agentes.

A novidade na abordagem brasileira acerca da crise do Poder Judiciário e, portanto, de sua função em uma democracia republicana, encontra-se no próprio fato de se trazer tal tema para o debate político e institucional do país: após 24 anos

(1964-1988) vividos em uma ditadura militar, com um Estado autoritário e burocrático, onde os poderes judiciário e legislativo foram sufocados e, através de uma leitura positivista desprovida dos valores da modernidade, serviram apenas à legitimação dos atos do executivo, é promulgada uma nova Constituição que provoca um processo crescente de democratização das instâncias do Estado, o qual, sem sombra de dúvidas, a partir do início década de 90 abarca também esse Poder, composto por homens (e agora cada vez mais mulheres<sup>2</sup>), cuja tradição, segundo Alexis de Tocqueville, é manter um instintivo pendor para a ordem, um amor natural pelas formas, um certo desprezo pela participação das massas na política, e uma infinidade de hábitos da aristocracia<sup>3</sup>, o que o leva a ser o último dos poderes da República a transformar-se nos períodos de crise.

Em que pese este recente surto de análises a respeito do tema, acredita-se ser necessária uma definição mais rigorosa a respeito do papel do Judiciário na modernidade, iniciada com a tradição liberal a partir de John Locke, de tal forma que possamos delimitar os fatores reais da crise e evitar falsas polêmicas no debate jurídico-político contemporâneo.

Comumente associam-se ao Poder Judiciário, como elementos que caracterizam sua crise e provocam o descontentamento difuso da maioria da população: (a) a lentidão/morosidade na solução de litígios; (b) o alto custo operacional da atividade jurisdicional; e (c) a dificuldade de acesso à justiça.

Nessa perspectiva de abordagem acerca do papel do Poder em questão, tematizada incansavelmente pelos meios de comunicação e pelos principais formadores de opinião, o cidadão litigante é concebido como um usuário/consumidor de decisões (sentenças) acerca de conflitos, emanadas de uma agência estatal especializada nesta tarefa.

Exageros a parte, o certo é que tal perspectiva de compreensão, sob certo ponto de vista, altamente restritiva, que pressupõe tão somente uma disfuncionalidade<sup>4</sup> na atuação do judiciário, tem encontrado um espaço cada vez mais privilegiado na medida em que setores empresariais identificam a *ineficiência* do sistema de admi-

---

<sup>2</sup> VIANNA, Luiz Werneck et alli. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan/IUPERJ, 1998. p. 67-87.

<sup>3</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Trad. de Neil Ribeiro da Silva. 2.ed. Belo Horizonte: Itatiaia / São Paulo: EDUSP, 1987. p. 203-208.

<sup>4</sup> Tais análises que partem de um pressuposto de funcionalidade acerca da atuação do Poder Judiciário, em que pesem sua importância no debate, não são suficientes para estabelecer uma compreensão mais precisa acerca dos problemas, na medida em que não estabelecem um referencial sobre o papel dos juizes na modernidade, limitando-se a análises externas ao objeto. Não havendo um referencial não há possibilidade de estabelecer uma funcionalidade.

nistração da justiça como um dos fatores do chamado “Custo Brasil”, ou seja, dos fatores que tem impacto negativo no desenvolvimento econômico do país<sup>5</sup>. O elemento central nessa análise é a eficiência econômica que pressupõe previsibilidade, segurança e hoje, cada vez mais, agilidade e rapidez, e foca suas observações no aspecto quantitativo, na medida em que ressalta a situação sob o ponto de vista externo à qualidade das decisões, baseando-se em análises acerca da quantidade de processos que entram e os respectivos julgamentos<sup>6</sup>, na enorme quantidade de recursos protelatórios permitidos pela legislação processual, na falta de recursos materiais, no número insuficiente de juizes, dentre outros fatores.

Apesar de tal situação constituir uma das faces do problema, pois tais fatores acabam por prejudicar os setores menos favorecidos da população, há uma clara distorção no debate - pautado de forma inequívoca pelo critério da eficiência - e deixa-se muitas vezes de considerar o papel do Poder Judiciário como controlador/garantidor da tutela dos direitos fundamentais, agora expressos na Constituição Federal, e, portanto, responsável em certa medida pela efetividade das normas constitucionais.

Assim muito mais importante do que o número de julgados (eficiência) é a análise da qualidade (eficácia) desses julgados que colocará em evidência a crise desse Poder.

Para tanto há que se distinguir de alguma forma essas duas funções : solucionar conflitos e garantir direitos.

Incorremos em erro ao compreendermos singularmente como função originária do Poder Judiciário a solução de conflitos. René Girard nos mostra que já havia nas sociedades primitivas formas de solução e mediação de conflitos que prescindiam de um sistema jurídico centralizado e institucionalizado, tendo em vista que tais sociedades eram caracterizadas por uma pluralidade de centros de poder que conviviam em permanente disputa<sup>7</sup>.

Hermann Heller chega a afirmar que “na história do Ocidente a decisão de toda contenda realiza-se privativamente não como justiça normativa, mas como solução e mediação, isto é, como decisão de equidade que não julga no caso concreto

---

<sup>5</sup> CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Algumas reflexões sobre o impacto do sistema judiciário no desenvolvimento brasileiro**. Florianópolis, 1999. (mimeo.)

<sup>6</sup> Pesquisa no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, demonstra que dos 4.209.623 processos entrados em 1990 no Brasil, apenas 2.434.842 (57,83%) foram julgados, havendo um resíduo de 1.774.781 (42,16%) (SADEK, Maria Teresa e ARANTES, Rogério Bastos. **A crise do judiciário e a visão dos juizes**. Revista USP (Dossiê Judiciário), São Paulo, vol. 21, 34-45).

<sup>7</sup> GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. Trad. de Martha Conceição Zamboni. São Paulo: UNESP, 1990. p. 28-42.

segundo critérios objetivos<sup>78</sup>, sendo a objetivação de preceitos jurídicos firmes e a emancipação de uma burocracia especializada, em geral, produtos tardios na história do direito.

A organização do Poder Judiciário como o conhecemos hoje dá-se gradativamente a partir de fatores distintos que concorrem para essa inovação histórica: a formação do Estado Moderno, a recepção do direito romano e sua síntese com o direito germânico (na tradição do *civil law*), a centralidade do Estado como produtor da norma (o monopólio normativo), a distinção entre Estado e sociedade civil (o governo político e os indivíduos) e, fundamentalmente, a partir da idéia de direitos, isto é, da limitação dos poderes políticos do Estado com a universalização de critérios a partir dos quais os cidadãos seriam protegidos da ação dos governo, engendrada como uma resposta ao absolutismo do final da idade média.

## 2. A modernidade e as revoluções copernicanas

Norberto Bobbio afirma que revoluções radicais não ocorrem somente pelo meio revolucionário, pois podem ocorrer grandes transformações históricas precedidas de uma revolução copernicana, isto é, de uma inversão do ponto de observação.<sup>9</sup>

A modernidade iniciada no século XVII é marcada por uma série de mudanças do “ponto de observação”, de tal forma que são articuladas novas compreensões filosóficas que impulsionarão transformações nas relações políticas entre os indivíduos e entre estes e o poder.

### 2.1. A formação do Estado moderno

Podemos afirmar que o Estado Moderno foi gestado em um contexto definido do século XVII, quando a Inglaterra e a Europa estavam imersas em guerras religiosas, fundamentalmente desencadeadas a partir da Reforma Protestante, opondo católicos e puritanos/protestantes, e em disputas entre o Rei e o Parlamento acerca da cobrança de impostos. Particularmente na Inglaterra, com a dinastia Tudor, especialmente a partir de Henrique VIII, havia a monarquia absolutista com o governo político mais centralizado da Europa.

Apesar de haver na Inglaterra um governo centralizador, persistem as características básicas da sociedade medieval: uma pluralidade de agrupamentos soci-

---

<sup>8</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1988. p. 295-327.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 57

ais (corporações, universidades, mosteiros, igreja, aristocracia) competitivos entre si e cada qual dispendo de um ordenamento jurídico próprio.

É nesse ambiente que Hobbes (1588-1679) lança sua teoria do estado de natureza, do contrato social e do soberano, através da obra "*O Leviatã*".

Através de suas proposições Hobbes sustenta que há a necessidade de justificar e legitimar o poder político como elemento essencial à garantia da paz: os homens vivem no estado de natureza, e nesse estado a utilidade é a medida do direito. Os homens buscam o prazer, a conquista dos seus interesses, a conquista do poder, havendo um clima permanente de tensão, de lutas, pois todos os homens, sendo naturalmente iguais (essa universalidade baseia-se no desejo de autopreservação) buscariam os meios para sua conservação.

Nesse sentido, para que haja paz e um ambiente onde todos possam desenvolver seus objetivos, é necessário um contrato social, um pacto social, uma sociedade civil, que garanta artificialmente as regras mínimas para regular as relações entre os homens.

Hobbes avança em sua proposição ao afirmar que para haver garantia de que as regras sejam seguidas por todos, haveria a necessidade de que cada homem submetesse a sua própria vontade à vontade de um único homem ou a de uma assembléia geral determinada - o soberano - que passaria a ser a única fonte legisladora e julgadora, tendo em suas mãos todos os poderes para executar as regras estabelecidas.

Com isso Hobbes acredita que o Rei poderá sufocar os conflitos religiosos, pois sendo a única fonte do poder político legitimada pelo contrato social, os cidadãos deveriam necessariamente lhe obedecer.

Contextualizando tal transformação Norberto Bobbio afirma que

a sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais, cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito se apresentava como um fenômeno social produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado Moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se assim o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 26-27

Em vista de tal mudança Antonio Carlos Wolkmer afirma que

a concepção de soberania introduzida por Hobbes atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo. Exata asserção indica que, na dinâmica histórica, o princípio da estatalidade do direito desenvolveu-se concomitante com a doutrina política da soberania, elevada esta à condição de característica essencial do Estado.<sup>11</sup>

Apesar de ser um defensor da monarquia e de ter contribuído teoricamente para a sua legitimação, Hobbes faz uma inversão fundamental na justificação do poder: o poder do rei é derivado do contrato social fundado no direito natural e não do direito divino, como pregavam os teólogos do século XVI, abrindo a possibilidade para o reconhecimento da legitimidade de outros tipos de governo.

Com isso cria as condições teóricas para a passagem da sociedade feudal para a sociedade moderna, e lança as bases sobre as quais John Locke posteriormente irá desenvolver seus fundamentos sobre o Governo Civil e os pressupostos filosóficos do liberalismo.

## 2.2. A filosofia política do liberalismo e a era dos direitos

John Locke (1632-1704), expõe na sua obra “*Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*”, sua teoria política, procurando construir critérios de justificativa e legitimação do governo político.

Propõe que os homens vivem, antes do pacto social, em um estado de natureza<sup>12</sup> em que todos são livres e iguais, portanto detentores do direito natural à liberdade, à autopreservação e à propriedade<sup>13</sup> (fundada na apropriação da natureza através do trabalho). Nesse estado de natureza todos os homens têm direito a julgarem aqueles que infringirem os direitos naturais (a igualdade natural entre os homens leva-os à conclusão de que cada um deve julgar os meios necessários à sua conservação, pois a utilidade dos “meios necessários” é relativa ao indivíduo que

---

<sup>11</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 1994. p. 40-41.

<sup>12</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo - ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil**. Trad. de E. Jacy Monteiro. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 35-39.

<sup>13</sup> Idem, p. 45-54

julga<sup>14</sup> ): com isso cria-se uma situação conflituosa, onde a forma de garantir tais direitos é promover um contrato civil em favor do poder político do governo civil, que passa a ser responsável pela manutenção da ordem política<sup>15</sup>.

Assim, o governo civil é fruto não de uma renúncia dos direitos naturais dos indivíduos em favor dos governantes, mas sim consequência de um pacto civil entre homens igualmente livres, que renunciam a execução das leis naturais pela próprias mãos em favor de um poder político que governaria através de leis aprovadas por mútuo consentimento dos participantes do acordo, com o fim de manter a harmonia geral entre os homens.

Estabelece-se aí os pressupostos básicos de organização da sociedade civil e limitação dos poderes do governo político, pois este possui um âmbito de atuação referencializado pelos direitos naturais, deixando de ter um poder absoluto sobre os homens.

Nesse caso, afirma Locke, havendo abuso de poder do soberano sobre os seus súditos, tornando-se esse um tirano e colocando-se em estado de guerra, os homens terão o direito à insurreição, à revolta, pois haveria uma quebra do contrato original que funda e legitima o poder<sup>16</sup>.

O governo civil seria o agente executor da soberania do povo, pois esta é derivada da vontade dos homens, e com o consentimento dos contratantes, através das leis estabelecidas deveria julgar os conflitos com imparcialidade, pois este poder lhe é conferido justamente para evitar os julgamentos individuais do estado de natureza, que tantos conflitos causavam (sendo os magistrados escolhidos pelo parlamento, na Inglaterra desse período).

O principal objetivo que movia Locke ao formular tais proposições era limitar o poder das monarquias absolutistas e, portanto, julgava conveniente que a elaboração das leis fosse efetuada por um corpo criado para esse fim – no caso da Inglaterra desse período, a Câmara dos Comuns.

Há uma mudança fundamental que irá influenciar o desenvolvimento das relações políticas entre os homens e que irá, posteriormente delimitar as funções dos poderes do Estado, e em grande medida, definir o papel do Poder Judiciário.

De uma abordagem histórica que tradicionalmente privilegiava essa relação sob a ótica do governante (Monarca) e, portanto, atribuía à coletividade deveres, o liberalismo desloca seu ponto de vista para uma abordagem sob a ótica dos governados, concebendo-os doravante como indivíduos portadores de direitos públicos subjetivos<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Idem, p. 40-42

<sup>15</sup> Idem, p. 64-70

<sup>16</sup> Idem, p. 118-131

<sup>17</sup> Nessa primeira fase, com uma forte tematização do direito de liberdade, propriedade e auto-preservação.

Norberto Bobbio sintetiza tal “revolução copernicana” com as seguintes palavras:

É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.<sup>18</sup>

Tal compreensão acerca da relação entre governantes e governados irá influenciar decisivamente os homens que se propõem a refletir acerca das melhores formas de organização do Estado, para que tais direitos públicos subjetivos estejam protegidos e longe do alcance da tirania - fundamentalmente o direito à liberdade e à propriedade.

A partir de tais condições estão articuladas as bases teóricas do Estado Moderno, a partir da centralização política do poder de estabelecer o direito, e a delimitação da esfera estatal com a filosofia política do Liberalismo, que deu origem ao Constitucionalismo moderno.

### **3. O princípio da separação dos poderes**

O princípio da separação dos poderes foi tematizado originalmente por Montesquieu quando da publicação em 1748 da sua obra principal “*Do Espírito das Leis*”, inspirado no sistema político constitucional da Inglaterra quando da visita a esse país em 1729, e veio a ser integrado na Constituição Americana em 1787, e expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

Inspirado no liberalismo inglês, Montesquieu estabelece a separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário, cada um com seus órgãos específicos e compostos por agentes diferentes, com o objetivo de estabelecer limites ao soberano e garantir a liberdade dos homens, sendo estas suas palavras nesse sentido:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o po-

---

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Cotunho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 61

der legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.(...) Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.<sup>19</sup>

Porém há uma observação essencial a ser feita, quando Montesquieu afirma:

Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir esse efeito.” (...)“Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu vigor.<sup>20</sup>

Para Montesquieu o poder julgador refere-se ao direito civil<sup>21</sup>, isto é, ao direito que opõe interesses entre indivíduos do povo, não possuindo nenhum poder de ingerência sobre o sistema político, tendo em vista que a nobreza, os representantes do povo e o monarca teriam seus conflitos dirimidos por instrumentos do Senado e da Assembléia dos Representantes. Não possuíam assim o poder de julgar a constitucionalidade das leis e os conflitos existentes entre os poderes como lhe é atribuído hoje.

Tal prerrogativa é atribuída historicamente ao Poder Judiciário a partir do debate protagonizado por Alexander Hamilton (1757-1804), James Madison (1751-

---

<sup>19</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Trad. de Fernando Henrique Cardoso. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 149

<sup>20</sup> Idem. p. 151-152

<sup>21</sup> O direito civil ao qual Montesquieu remete é fruto da recepção do direito privado romano e sua síntese com o direito germânico, o qual passará posteriormente pelo período das codificações (Código de Napoleão -1804) e influenciará historicamente diversos países, que atualmente denominamos como pertencentes ao sistema romano-germânico, continental, ou *civil law*, em contrapartida ao *common law*.

1836) e John Jay (1745-1829) no processo de discussão da Constituição norte-americana em 1787.<sup>22</sup>

A teoria da separação dos poderes foi analisada por James Madison em seu artigo “*Exame e explicação do princípio da separação dos poderes*”<sup>23</sup>, em resposta aos críticos do texto original da Constituição Federal norte-americana de 1787, que afirmavam que o ordenamento jurídico-político proposto pela redação em debate ofendia o princípio formulado por Montesquieu e colocava em risco a liberdade, pois permitia que alguns dos poderes do Estado acumulassem competências que deveriam ser atribuídas aos outros poderes.

Os críticos formulavam essa questão tendo em vista a competência do Poder Legislativo em julgar o chefe do Executivo e seus agentes – impeachment – e, fundamentalmente, a competência do poder executivo em nomear os ministros da Suprema Corte.

Madison opõe a essa crítica uma interpretação do princípio da separação dos poderes a partir do seu desenvolvimento histórico na Constituição Inglesa de 1688 e das formulações de Montesquieu, e depreendendo que a separação dos poderes não é total, pois há uma influência recíproca, uma ação parcial de um poder sobre o outro, expresso na escolha dos magistrados pelos poderes Executivo e Legislativo e o poder de veto atribuído ao Poder Executivo em relação às ações do Legislativo, dentre outros mecanismos existentes na Inglaterra, nação que primeiramente desenvolveu tal princípio.

Propõe que para manter na prática a separação essencial dos poderes, a construção do Governo deveria dar-se de tal forma que um poder reteria o outro em seu respectivo lugar. Isto dar-se-ia através de mecanismos que observassem a independência e que eliminassem, na medida do possível, a influência na nomeação dos depositários do poder de uma parte pela outra. Tal mecanismo seria estabelecido através das eleições para os detentores do Poder Executivo e Legislativo, e da formulação de um mecanismo qualificado para a escolha dos juizes. Seria efetuado ainda através de mecanismos de peso e contrapeso (*checks and balances*) das forças políticas no Legislativo através das facções (partidos), e das relações entre Legislativo e Executivo. E na cúpula do sistema político haveria um Poder Judiciário totalmente independente.

---

<sup>22</sup> Alexander Hamilton, James Madison e John Jay foram deputados constituintes que publicaram artigos nos jornais de Nova York durante o período em que a Constituição norte-americana, redigida na Convenção da Filadélfia em maio de 1787, estava sendo discutida nos Estados, textos que, mais tarde, foram compilados e publicados em *O Federalista*.

<sup>23</sup> HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Trad. de Leôncio de Gontijo de Carvalho et al. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Capítulos XLVII e LI.

Com isso podemos verificar que houve uma nítida diferença de interpretação da teoria da separação dos poderes, e portanto do papel do Poder Judiciário, na França e nos Estados Unidos da América.

Podemos afirmar que houve na França um “arranjo” político de tal forma que mesmo sob a inspiração liberal, o poder político ficou segmentado entre a aristocracia, a burguesia ascendente e o rei, configurando-se em relação ao papel do Judiciário uma visão privatista, na medida em que lhe era atribuído o julgamento, de forma neutra, dos conflitos entre os membros do povo. Ao passo que nos Estados Unidos da América deu-se a articulação de uma democracia republicana liberal e constitucional, atribuindo-se ao Judiciário, nas palavras de Tocqueville, um imenso poder político.

A propósito, assim manifesta-se Alexis de Tocqueville, após sua viagem aos EUA em 1831:

Já houve outras confederações fora da América; já se viram repúblicas noutras partes que não as terras do Novo Mundo; o sistema representativo é adotado em vários Estados da Europa; mas não creio que, até o presente, tenha alguma nação do mundo constituído o poder judiciário da mesma maneira que os americanos. O que o estrangeiro com maior dificuldade compreende nos Estados unidos é a sua organização judiciária. Por assim dizer, não há ocorrência política para a qual não ouça ele ser chamada a autoridade do juiz; e conclui, à vista disso, naturalmente, que o juiz é, nos Estados Unidos, uma das primeiras forças políticas. (...) A causa acha-se exclusivamente no seguinte fato: os americanos reconheceram o direito de fundarem os juízes as suas decisões na Constituição<sup>24</sup>, antes que nas leis. Noutras palavras, permitiram-lhes jamais aplicar as leis que lhes parecessem inconstitucionais.<sup>25</sup>

Apesar dessa diferente opção teórico-política, há no século XX uma crescente influência do modelo constitucional americano sobre os países do *civil law* e, por conseguinte, uma mudança significativa no papel do Poder Judiciário desses

---

<sup>24</sup> O poder de julgar a constitucionalidade das leis foi atribuído à Suprema Corte Americana após o famoso acórdão de John Marshall no caso *Malbury v. Madison* em 1803. (RODRIGUES, Lêda Boechat. **Direito e política - Os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 181).

<sup>25</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Trad. de Neil Ribeiro da Silva. 2.ed. Belo Horizonte: Itatiaia / São Paulo: EDUSP, 1987. p. 82-83.

países - dentre eles o Brasil.

#### 4. A passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social

Como já vimos, a formação do Estado Moderno nos séculos XVII e XVIII, que foi marcada substancialmente pela doutrina dos Direitos do Homem em contraposição ao Estado absolutista do período anterior, coloca ao Poder Judiciário, a partir da interpretação norte-americana da teoria da separação dos poderes, um papel diverso daquele preconizado pelo positivismo jurídico.

O papel de “bocas da lei” atribuído aos juízes pelos franceses, isto é, agentes responsáveis pelos julgamentos dos conflitos entre interesses particulares, é superado pela interpretação de James Madison e pelo novo papel atribuído à Suprema Corte Americana e aos juízes nos EUA, que passam a exercer o controle jurídico da constitucionalidade das leis pela via de exceção,<sup>26</sup> passando a exercer um papel político na medida em que informam suas decisões pelos valores e princípios constitucionais.<sup>27</sup>

Em que pesem as diferentes concepções acerca da teoria da separação dos poderes e, conseqüentemente, do papel do Judiciário, é certo que a opção que outorga poderes políticos aos juízes influenciou de forma decisiva a organização dos sistemas judiciais e constitucionais de vários países ocidentais.

Com a mudança do perfil do Estado a partir do início do século XX, operada pela transição do Estado liberal para o Estado social, há um aumento da complexidade da atividade desenvolvida pelos juízes.

A partir da década de 30, com a política do “*New Deal*” de Franklin

---

<sup>26</sup> “O controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar.(...) Estabeleceu-se desde aí um sistema americano de controle que consagra a via de exceção, de modo que todo tribunal federal ou estadual, não importa sua natureza ou grau hierárquico, poderá exercitar esse controle, sentenciando numa demanda a inconstitucionalidade da lei”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 272 e 281).

<sup>27</sup> Samuel Freeman afirma que o controle jurídico da constitucionalidade das leis “*encontra-se entre os dispositivos procedimentais com os quais os cidadãos soberanos livres e iguais podem racionalmente concordar e, à luz do conhecimento que têm das condições históricas, impor aos processos legislativos majoritários restrições substantivas, para proteger os direitos básicos iguais que articulam a soberania democrática.*”(FREEMAN, Samuel. **Democracia e controle jurídico da constitucionalidade**. Lua Nova/CEDEC, São Paulo, 1(32):181-199, 1994. p. 190)

Roosevelt nos EUA e de transformações semelhantes que ocorrem posteriormente na Europa, opera-se uma mudança no perfil de atuação do Estado, na medida em que deixa de atuar somente nas atividades clássicas, limitadas pelos direitos individuais de liberdade e propriedade e passa a desempenhar um papel de indutor do desenvolvimento econômico por via direta e articulador de políticas públicas com o objetivo de atender demandas sociais (educação, saúde, previdência, seguro-desemprego).

Tal mudança ocorre devido ao contexto político internacional do período e em virtude da pressão exercida pelos movimentos sociais que reivindicam ao lado dos direitos liberais (liberdade, propriedade e igualdade formal), os direitos sociais que garantirão as condições materiais (igualdade substancial) para que os primeiros possam ser exercidos.

Assim temos uma mudança fundamental de um Estado que assumia uma postura negativa (no sentido de não fazer) limitando-se a proteger direitos, ao não interferir nas liberdades individuais do cidadão e em seu direito de propriedade, para um Estado que passa a ter uma postura positiva, no sentido de promover direitos, ao articular as instituições capazes de suprir as demandas sociais.

Na medida em que tais direitos são incorporados às Constituições (Constituições escritas) ou declarados constitucionais, há uma mudança no papel do Judiciário, que passa a ter de politizar ainda mais suas atividades, pois terá de atuar no sentido de promover tais direitos da mesma forma que os outros poderes e, procurar dar solução aos conflitos entre os indivíduos e o Estado, e entre os poderes (há uma nítida concentração das atividades legislativas no Executivo e um conflito intermitente entre tais poderes).

Essa mudança no perfil de atuação dos Estados, com a constitucionnalização dos direitos humanos, aprofunda-se após a Segunda Guerra mundial com a crítica do positivismo jurídico de concepção kelseniana, por este ter sido incapaz de levantar barreiras valorativas à emergência do nazi-fascismo na Europa e aos regimes burocrático- autoritários na América Latina.<sup>28</sup>

Tércio Sampaio Ferraz observa em relação à constitucionalização dos direitos fundamentais

o sentido promocional prospectivo que supõe, para além da liberdade individual enquanto liberdade negativa, uma liberdade positiva, cujo exercício não está remetido a um tempo passado, e sim a um tempo futuro, na medida em que, no contexto do Estado social, ela não é um

---

<sup>28</sup> VIANNA, Luiz Werneck et alli. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan/IUPERJ, 1998. p. 25

Essa realidade cria uma crise no Judiciário, na medida em que os pressupostos que orientavam a estrutura política do Estado passam a não dar conta dos novos desafios,

de tal forma que “a hipertrofia “legislativa” do Poder Executivo traria consigo, então, uma perda de distinção entre os temas e o tempo da política e os do direito, repercutindo sobre a própria noção de legalidade, que, nessas novas condições, não poderia mais ser concebida classicamente, isto é, como o produto da separação característica do Estado de Direito entre a decisão legislativa e momento de sua aplicação. A confirmação do Judiciário em seu papel neutralizado faria dele um Poder anacrônico, voltado para o tempo passado em que a lei foi produzida, e, como tal, limitado à função de arbitragem dos conflitos privados, sem exercer jurisdição sobre o novo tipo de contencioso social, cuja natureza é pública e se expressa na manifestação da vontade de sujeitos coletivos.<sup>30</sup>

Assim temos de certa forma um impasse que gera a crise das instituições políticas da modernidade, nomeadamente no Judiciário, entre a norma jurídica abstrata de um lado e a pretensão de eficácia dos direitos públicos e individuais de caráter subjetivo manifestada de forma clara por uma infinidade de atores sociais de outro<sup>31</sup>.

Ou de outra forma, em relação à expressão dessa crise no Brasil, Tarso Genro afirma que

a nossa Constituição é uma Constituição “programática” que vincula os agentes do poder político à efetivação de determinadas políticas públicas, destinadas a viabilizar direitos. O direito à moradia, a um salário justo, o direito à saúde, por exemplo, conformam um “programa” constitucional que não está sendo cumprido,<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. Apud VIANNA, Luiz Werneck et alli. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan/IUPERJ, 1998 p. 26.

<sup>30</sup> VIANNA, Luiz Werneck et alli. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan/IUPERJ, 1998. p. 29-30.

<sup>31</sup> GENRO, Tarso. **Nova crise do direito e do estado**. Ijuí: Direito em Debate, Editora Unijuí, 1(1):29-40, set.1994. p. 30

<sup>32</sup> GENRO, Tarso. **Orçamento participativo e democracia**. Zero-Hora, Porto Alegre, 10 de junho de 1999. p. 15.

de forma que gera um impasse até agora insolúvel, entre as expectativas da população e a atuação cotidiana dos tribunais brasileiros, cuja tradição “*é considerar as principais normas constitucionais que limitam direitos como auto-aplicáveis e considerar aquelas que ampliam ou concedem direitos como inaplicáveis, por má ou por falta de regulamentação*”<sup>33</sup>.

## 5. A pós-modernidade e o neoliberalismo

O impasse que mencionamos anteriormente entre as promessas da modernidade (Direitos do Homem) por um lado, consubstanciadas na maioria das Constituições escritas na forma de direitos fundamentais, funcionando como verdadeiros limites substanciais à tirania e ao poder de alguns, e sua efetividade por outro, se aprofunda na medida que, desde o início da década de 80, os Estados retiram-se gradativamente da promoção de tais direitos em virtude do avanço do ideário liberal-economicista.

Podemos afirmar que desde a formação do Estado Moderno e de suas instituições básicas até a metade do século XX, é comum entre filósofos, juristas e cientistas sociais a observação de um fio condutor, isto é, a crença em um sentido na história desse período, uma teleologia, consistente na idéia de progresso para uma civilização em que todos teriam seus direitos respeitados e efetivados, a partir de uma concepção da razão como fator impulsionador de transformações para o fim do “reino das necessidades”.

Ocorre que diante dos acontecimentos das últimas décadas desse século, tal perspectiva ruiu, na medida em que aflora um ceticismo em relação à ciência<sup>34</sup> e à crença de um sentido universal na história, “desarmando” politicamente uma variedade de agentes/setores que lutavam pela implementação dos direitos fundamentais, e fragmentando indissolavelmente as relações sociais.

Paralelamente há uma enorme revolução silenciosa ocorrendo, que consiste em uma nova fase de reorganização do capitalismo mundial, potencializada pela revolução científico-tecnológica que derruba barreiras geográficas ao permitir a comunicação global em escala de tempo real, provocando uma concentração de riqueza em padrões nunca antes vistos, fortalecendo e ampliando o poder político e

---

<sup>33</sup> Idem

<sup>34</sup> Anthony Giddens afirma que “*descobrimos que nada pode ser conhecido com alguma certeza, desde que todos os “fundamentos” preexistentes da epistemologia se revelaram sem credibilidade*”. (GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 52)

econômico de grupos que passam a ditar os rumos do futuro.

Essa nova fase de acumulação capitalista traz conseqüências no plano político-jurídico, segundo Tarso Genro, que apesar de não serem totalmente perceptíveis, apresentam algumas tendências:

“I - Uma metodologia interpretativa que considere os direitos constitucionais cada vez mais programáticos e menos “materiais”, realizando um distanciamento ainda maior entre a Constituição e a vida real do cidadão; II - Haverá um grande esforço legislativo, no sentido de considerar as Constituições “enxutas” como Constituições modelares, deixando um vasto espaço para disputas “via” livre jogo das forças sociais, ou “via” decisões das Cortes Constitucionais; III - A defesa da agilidade e da rapidez, como valor político e jurídico ontológico, será um instrumento de privatização da distribuição da justiça, como estímulo à arbitragem privada e a suspensão, no campo processual, de medidas liminares que tendam a obstaculizar grandes investimentos e grandes negócios; IV - (...) Uma filosofia jurídica a serviço do “novo status quo” que crie categorias jurídicas que permitam a relativização dos direitos do cidadão, que só podem ser exercidos plenamente através do Estado; (...) V - Se é verdade que a Filosofia do Direito das classes dominantes até agora “segura-se” nas formulações positivistas, procurando separá-las do que o Iluminismo revolucionário entendeu como “direito natural”, é provável que hoje proceda-se uma construção inversa; crie-se uma espécie de “naturalismo social”, lastreado numa nova espécie de “laissez faire”, que procure extinguir radicalmente o império das leis capazes de sustentar direitos que possam perturbar os novos patamares da acumulação, necessários para a universalização da sociedade informática.”<sup>35</sup>

Com isso as relações entre Executivo, Legislativo e Judiciário passam a ser mais tensas na medida em que o Executivo, após uma fase de concentração de poderes em suas mãos, passa a ser o principal “legislador” e responsável pela implementação de reformas que criem o “ambiente” favorável aos interesses dos grandes grupos econômicos<sup>36</sup>, e encontra no Legislativo e Judiciário oposições, ainda que fundadas em um liberalismo positivista que prima pela ordem e segurança

---

<sup>35</sup> GENRO, Tarso. **Nova crise do Direito e do Estado**. Ijuí: Direito em Debate, Editora Unijuí, 1(1):29-40, set. 1994, p.38-39.

<sup>36</sup> Desnecessário apresentar um exemplo mais ilustrativo que a postura do executivo federal brasileiro no caso da medida provisória que concede vantagens para a instalação da empresa FORD na Bahia.

do ordenamento jurídico, que devem ser superadas<sup>37</sup>.

É nesse contexto que o Poder Judiciário sofre uma crítica pública, por um lado mediada pela opinião difusa de setores da sociedade que criticam o poder por este não atender seu papel essencial - garantir a efetividade dos direitos fundamentais - pois não operou a transição do paradigma liberal-positivista para um paradigma em que o papel político dos tribunais é realçado, e por outro passa a ser atacado pelos Executivos, novos “gerentes” institucionais da ordem econômica mundial que vêm no Estado genericamente, e no Judiciário especificamente, um entrave aos interesses monopolísticos, que procuram esvaziar o Estado e a Constituição do seu poder normativo<sup>38</sup>.

Nesse fogo cruzado os tribunais passam a ter de fazer uma opção essencialmente política - as demandas da cidadania ou os interesses do mercado?

## **6. A crise do Poder Judiciário no Brasil: alguns apontamentos**

Em que pesem as deficiências do plano geral exposto até agora, pois há uma complexidade inerente ao real impossível de ser esgotada conceitualmente, constituído, como já havíamos afirmado no início, de um panorama geral sobre a modernidade e suas instituições e o papel reservado ao Poder Judiciário, é chegado o momento de fazermos algumas observações - precisamente duas - acerca dos problemas que atingem o Judiciário no Brasil e aprofundam o sentido da crise.

Inobstante haver uma série de fatores que participam diretamente da construção da crise que assola o poder, tematizados por cientistas políticos, juristas, sociólogos, muitos deles passíveis de serem verificados empiricamente, acreditamos ser necessário registrar dois deles: a) a tensão entre as promessas da Constituição de 1988 e sua inefetividade, e b) a (de)formação jurídica dos operadores do direito.

---

<sup>37</sup> Seria interessante analisar tal paradoxo: a tentativa explícita por parte do governo federal brasileiro em “amarrar” o Poder Judiciário que tradicionalmente foi conservador, isto é, que nunca preocupou-se com a efetivação dos direitos fundamentais, funcionando mais como legitimador das decisões políticas das elites brasileiras.

<sup>38</sup> Ficam patentes tais intenções nas palavras do Deputado Aloysio Nunes Ferreira, Relator do Projeto de Reforma do Judiciário que tramita no Congresso Nacional, ao afirmar que está entre as intenções da “reforma” a limitação do poder normativo do Estado, inicialmente nos conflitos capital-trabalho, e a desjudicialização dos conflitos econômicos, remetendo-os ao “livre jogo das forças do mercado”.

## 6.1. Brasil: o desmonte do Estado do bem-estar social que não houve

O ambiente de destruição dos ideais da modernidade anteriormente exposto assume uma característica peculiar no Brasil, país que de uma forma geral não conheceu a maturidade das instituições da modernidade, marcado desde a época do império por um acordo político entre as elites burocráticas e oligarquias (no período imperial, rurais, hoje urbanas, estabelecidas nos grandes grupos empresariais), que se apossaram do Estado para instrumentalizá-lo com a finalidade de atingirem seus objetivos econômicos.

Sérgio Adorno propôs uma reflexão acerca desse paradoxo - liberalismo retórico e patrimonialismo efetivo - que marcou de forma indelével a formação do Estado brasileiro, afirmando que

a soberania que esteve proclamada solene e retoricamente nas leis, não esteve por certo presente nos costumes; prevaleceu a desigualdade na liberdade; haja vista a crença, quase ardente, entre as elites dominantes de que os “excessos” comprometiam a tranqüilidade, a propriedade e a segurança dos indivíduos. (...) Em outras palavras o impasse consistiu em “conciliar” a natureza patrimonial do Estado brasileiro sob o regime monárquico com o modelo jurídico liberal de exercício de poder.<sup>39</sup>

Com essas características - liberalismo retórico manipulado por elites ilustradas, e patrimonialismo/autoritarismo efetivos - vivemos no Brasil, durante toda a fase republicana, inúmeros sobressaltos institucionais com ditaduras, golpes de Estado, tentativas de ampliação da participação popular sufocadas, coexistindo com um Estado dirigente e autoritário, mas, e aqui reside uma diferença fundamental em relação aos EUA e Europa, sempre voltado aos interesses econômicos das elites locais e estrangeiras, sem ter em nenhum momento articulado as instituições que atenderiam as demandas por direitos: até hoje não temos uma rede de ensino público fundamental que universalize o acesso à escola - garantia das mais elementares em uma democracia.

É nesse contexto que a Constituição de 1988 é promulgada, após um longo período de autoritarismo e sob uma nova fase de intensa participação popular, traçando em linhas gerais a arquitetura de um Estado Democrático Constitucional de Direito, com vistas a criar as condições jurídicas e institucionais para a efetivação dos direitos fundamentais e atender as promessas da modernidade, com algumas

---

<sup>39</sup> ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 47 e 55.

décadas de atraso em relação aos países centrais.

Porém alguns anos após sua promulgação passa a ser atacada por todos os lados, pois foi formulada como instrumento jurídico-político em um mundo onde o *Welfare State* europeu estava em crise, e como já vimos, em um ambiente em que os grandes grupos econômicos procuram esvaziar o Estado do seu poder normativo.

Assim de um simulacro de modernidade<sup>40</sup>, de uma modernidade tardia e arcaica<sup>41</sup>, estamos passando para o desmonte de uma promessa de algo que não existiu - o Estado do Bem-estar Social brasileiro.

## 6.2. Os operadores do direito e o paradigma liberal-positivista

São inúmeras as reflexões em relação à formação jurídico-política dos operadores do direito no Brasil, e, em especial, da formação dos magistrados.

De um modo geral a magistratura brasileira foi formada a partir de uma matriz liberal-positivista que pressupõe a atividade jurisdicional como a resolução de conflitos inter-individuais e, portanto, é, em sua maioria, refratária à judicialização de conflitos coletivos; concebe o direito como desprovido de valores, e nessa medida não concebe a possibilidade de interdisciplinariedade metodológica como necessária à cognição dos fenômenos reais; é informada dos valores da tradição bacharelesca, na medida em que ostenta a oratória ornamental, desprovida de vinculação com o real e que esvazia de eficácia o direito, como característica cultural importante; e por fim, apegada aos aspectos formais em detrimento, muitas vezes, dos aspectos materiais do fenômeno jurídico.

Esse “caldo cultural”, que é inerente à tradição jurídica brasileira, é potencializado pela expansão desmedida dos cursos jurídicos no Brasil a partir da década de 60, formando milhares de operadores jurídicos que irão ocupar os postos da magistratura no período subsequente.

Apesar de estar havendo uma reversão dessa tendência ao conservadorismo a partir do início da década de 90, que pode ser verificada na pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros/IUPERJ<sup>42</sup>, há ainda um enorme descompasso

---

<sup>40</sup> Vieira, José Ribas. Apud STRECK, Lênio Luiz. **A constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado**. Porto Alegre. Revista do SAJU/Faculdade de Direito da UFRGS, 1(1): 202-218, dez/1998. p. 205.

<sup>41</sup> TOURAINE, Alain. Apud STRECK, Lênio Luiz. **A constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado**. Porto Alegre. Revista do SAJU/Faculdade de Direito da UFRGS, 1(1): 202-218, dez/1998. p. 205.

<sup>42</sup> VIANNA, Luiz Werneck et alli. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan/IUPERJ, 1998.

entre a formação jurídica dos magistrados (e demais operadores do Direito) que se expressa nas práticas jurídicas dos tribunais e a efetiva realidade do país que apresenta-se nas necessidades/expectativas da sociedade brasileira<sup>43</sup>.

## **Considerações finais**

- a) Procurou-se demonstrar que apropriações conceituais acerca da crise do Poder Judiciário que se restrinjam aos aspectos externos das decisões judiciais - estrutura, número de juízes, custos operacionais, produtividade decisória -, em que pesem sua disfuncionalidade em relação a um tipo-ideal de instituição da modernidade, são insuficientes, na medida em que desfocam o objeto de sua relação com o contexto em que está inserido, contexto que em geral encontra-se em crise;
- b) É a partir da compreensão do desenvolvimento das instituições da modernidade (Estado, divisão de poderes, democracia, direitos do Homem, papel normativo do direito) que vamos compreender em que medida o Poder Judiciário constrói práticas regressivas (e, portanto, negadoras das instituições modernas) que geram impasses entre estas e as expectativas sociais;
- c) Para que haja tal apropriação conceitual é necessário que se deixem de lado concepções positivistas do direito e estabeleçam-se relações interdisciplinares com outras áreas do conhecimento que tragam “luzes” à complexidade social em que o fenômeno jurídico está inserido;
- d) Em tal contexto a atividade do juiz está revestida de caráter político e, portanto, necessariamente aberta a opções valorativas;
- e) A crise do Poder Judiciário no Brasil pode ser delimitada pela não articulação das instituições modernas, a não efetividade dos direitos fundamentais, um desprezo por tais demandas expresso por uma hermenêutica jurídica conservadora, revestida de uma ornamentação liberal, causando uma tensão essencial entre tal realidade, por um lado, e as expectativas sociais, de outro;
- f) Em que pesem as profundas raízes de tal crise, há a partir da década de 90, como verifica-se na pesquisa AMB/IUPERJ, ainda que de forma tímida, uma alteração em tal tendência de reprodução do discurso jurídico dominante.

---

<sup>43</sup> Vide como exemplo o Mandado de Injunção que, após sucessivos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, foi redefinido em relação ao seu objetivo inicial expresso na Constituição Federal de 1988, e em prejuízo dos interesses da sociedade.

## Referências bibliográficas

- ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Parecer do Relator Deputado Aloysio Nunes Ferreira à Comissão Especial de Reforma do Poder Judiciário que analisava a Proposta à Constituição nº 96-A/1992** “que introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário” e apensas (PEC’s nº 112-A/95, nº 127-A/95, nº 215-A/95, nº 368-A/96 e nº 520-A/97), 1999.
- CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Algumas reflexões sobre o impacto do sistema judiciário no desenvolvimento brasileiro**. Florianópolis, 1999, (mimeo.).
- FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. **O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência**. Revista USP (Dossiê Judiciário), São Paulo, vol. 21, 12-21.
- FREEMAN, Samuel. **Democracia e controle jurídico da constitucionalidade**. São Paulo: Lua Nova, CEDEC, 1(32): 181-199, 1994.
- GENRO, Tarso. **Orçamento participativo e democracia**. Zero-Hora, Porto Alegre, 10 de junho de 1999. p. 15.
- \_\_\_\_\_. **Nova crise do Direito e do Estado**. Ijuí: Direito em Debate, Editora Unijuí, 1(1):29-40, set. 1994.
- GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. Trad. de Martha Conceição Zamboni. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1990.
- GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: EDUNESP, 1991.
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1988.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**. Trad. de Leôncio Gontijo de Gontijo de Carvalho et al. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo - ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil**. Trad. de E. Jacy Monteiro. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Trad. de Fernando Henrique Cardoso. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. **Direito e política - Os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- SADEK, Maria Teresa e ARANTES, Rogério Bastos. **A crise do judiciário e a visão dos juízes**. Revista USP (Dossiê Judiciário), São Paulo, vol. 21, 34-45.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.
- STRECK, Lênio Luiz. **A constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado**. Porto Alegre. Revista do SAJU/Faculdade de Direito da UFRGS, 1(1): 202-218, dez/1998.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Trad. de Neil Ribeiro da Silva. 2.ed. Belo Horizonte: Itatiaia / São Paulo: EDUSP, 1987.
- VIANNA, Luiz Werneck et alli. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan/IUPERJ, 1998.
- WEBER, Max. **Economía y sociedad**. Trad. de José Medina Echavarría et al. 2.ed. 3. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1977.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico - fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 1994.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder judiciário – crise, acertos e desacertos**. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.