

Crise no Modelo de Justiça: Paradigma Procedimental da Construção Normativa e o Novo Papal dos Operadores do Direito

Gustavo Raposo Pereira Feitosa *

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar o novo papel dos operadores do direito em face das mudanças sofridas nos sistemas jurídicos contemporâneos, em especial no campo constitucional. Foram abordadas as repercussões do avanço de um paradigma procedimental de construção da normatividade sobre a prática judicial e seus reflexos sobre a democracia, buscando criar uma ponte entre a análise sociológica e as teorias jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça; Direito; Liberalismo e Direito; Reforma do Judiciário.

ABSTRACT

The scope of the present work is to analyze the new role of the lawyers and judges in face of the changes in the contemporary juridical systems, especially in the constitutional field. I intended to discuss the repercussions of the progress of a procedural paradigm of normative construction on the judicial practice and your reflexes on the democracy, seeking to create a bridge between the sociological analysis and the juridical theories.

KEY-WORDS: Justice; Law; Liberalism and Law; Judiciary Reform

INTRODUÇÃO

Muito se debate sobre as novas formas de compreensão dos sistemas jurídicos nacionais, sua fundamentação e produção, contudo essa reflexão pouco se faz acompanhar de uma análise das exigências teóricas e argumentativas postas aos agentes responsáveis pela concretização das mudanças. O direito ganha atualmente um caráter eminentemente prospectivo, voltado para o futuro, menos fechado num esquema de tipificação elaborado segundo eventos ocorridos no passado (GUERRA FILHO, 2000, p.11). Em outras palavras, não há mais como atuar com a simples repetição de fórmulas, do mero enquadramento dos fatos dentro da legislação. Numa realidade mutável, muito mais complexa e em acelerado processo de transformação, parece patente a incompatibilidade entre o ritmo de produção e de aplicação das normas com as expectativas criadas em torno do sistema de justiça. Trata-se de um fenômeno marcante em países ligados a tradição do *Civil Law* e que no Brasil ganha

* Advogado, mestre em sociologia pela UFC e doutorando em ciências sociais na Unicamp.

contornos mais graves por força dos conhecidos problemas associados ao Judiciário, ao sistema policial e, genericamente, aos organismos estatais.

As soluções apresentadas a um universo cada vez mais amplo de demandas trazidas ao Judiciário não se encontram de modo explícito nas leis. Cresce a exigência de se buscar respostas em fontes constitucionais, em princípios amplos cuja aplicação prática envolve um verdadeiro *ofício legislativo*. Ao definir a interpretação e os limites de um princípio constitucional aplicado num caso prático, investe-se o jurista de uma função criadora, responsável pela inovação dentro do sistema e da atualização do direito. Essa posição representa algo extremamente importante e leva a graves repercussões políticas, sociais e teóricas. Se de um lado ela surge como uma resposta a certos pleitos, de outro ela se contrapõe à tradição jurídica brasileira.

O modo de análise desse fenômeno desdobra-se em diversos campos, com múltiplas abordagens. Por uma questão metodológica, restringirei o escopo desse estudo à discussão sobre os possíveis reflexos das mudanças sobre os operadores do direito, buscando criar uma ponte entre a análise sociológica e as teorias jurídicas.

CAMINHOS DE UM DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO

A formação do sistema jurídico Brasil sofreu influência direta do ideário liberal e de uma concepção positivista e civilista do direito. Desde a Independência, inúmeras reformas na legislação, na organização judiciária, nas atribuições das autoridades, entre outros aspectos, ocorreram sob o manto dos projetos liberais para o país. Figuras como Joaquim Nabuco e Rui Barbosa dedicaram-se intensamente a esses ideais, em especial ao processo de formação do Poder Judiciário. Sob tal inspiração, nasceram gradativamente garantias como a vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade.

O positivismo jurídico representou a outra face da construção da elite de bacharéis e do próprio Judiciário. Essa corrente do pensamento não corresponde a uma simples adaptação para o direito do pensamento de Augusto Comte. Apesar da forte presença do positivismo comtiano entre os militares, o juspositivismo, na realidade, remete a uma oposição em relação ao jusnaturalismo. No seu cerne, encontra-se a idéia de um direito nascido da razão humana, fundado na autoridade do Estado, com primazia absoluta da norma jurídica sobre qualquer outra fonte do direito. Em consonância com a tradição civilista francesa e com a *Escola de Exegese*, defendia a limitação do ato de julgar a uma aplicação das normas existentes aos casos concretos. O esforço interpretativo não poderia resultar em criação ou inovação, pois se presumia a plenitude do ordenamento jurídico. Postura diferente traria o risco de uma invasão nas atribuições do Poder Legislativo e um poder desmesurado nas mãos dos juristas.

Nas escolas de direito brasileiras reinou quase absoluta a visão do direito construída sob a égide do dogmatismo de cunho positivista. Sua influência se faz sentir ainda hoje na estrutura curricular dos cursos, na prevalência de disciplinas *práticas*, na ênfase no direito privado, entre muitos aspectos (FARIA, 1988). Década após década, formou-se uma tradição de apego à lei e de pouca valorização dos princípios constitucionais. Para Joaquim de Arruda Falcão (1984) a concepção de ordem jurídica enquanto ordem legal, formulada pela associação entre positivismo dogmático e liberalismo, apareceria como modelo hegemônico e fundamentaria, inclusive, o senso comum. Dessa forma, aprisiona-se a idéia de justiça ao universo legal e consolida-se uma espécie de monopólio estatal da definição do *justo*.

Um Judiciário nesses moldes pouco incomoda os demais poderes, situando-se numa posição de menor destaque na organização do Estado. A aplicação de um princípio de justiça não se encontraria, na verdade, nas mãos dos juízes, meros *cumpridores da lei*, *aprisionados* pelos

ditames das normas elaboradas na esfera legislativa. Associado aos vínculos políticos e de classe, e a uma cadeia de relações clientelistas, o dogmatismo compõe o quadro de sustentação de uma postura extremamente conservadora dos operadores do direito. Fortalece-se um distanciamento e uma pretensa neutralidade em relação às questões políticas e sociais do país. Preocupações de ordem valorativa não se inseririam no rol de elementos necessários para a solução dos conflitos.

Grande parte da tradição positivista brasileira sofreu a influência da obra de Hans Kelsen (1994), O mais importante representante do positivismo jurídico buscava a construção de um direito com status de ciência moderna, afastada das *falsas questões científicas*, baseado em elementos objetivos e de verificação concreta. Aspectos econômicos, políticos ou axiológicos figurariam como *fatores externos* ao direito, não sujeitos à análise dentro do campo da ciência jurídica. Em prol da positividade, o jurista deveria afastar-se, dentro de suas análises, de elementos subjetivos ou estranhos à sua área de estudo.

O sonho de construção de um Judiciário em moldes liberais, garantidor da liberdade civil e da certeza jurídica, restringiu-se, ao longo da República, à conquista gradual de garantias para o exercício da magistratura. As idéias de composição de um corpo autônomo, desvinculado dos interesses dos grupos políticos, preso unicamente ao desejo de aplicação da lei e à realização da justiça não ultrapassariam a fronteira do discurso. A criação de uma estrutura judicial respeitaria sempre as ligações com a estrutura de poder local ou regional. Desde a distribuição de cargos importantes através de trocas clientelistas, do recrutamento entre os bacharéis oriundos de escolas elitizadas, aos critérios para ascensão na carreira havia, em todos os níveis, um processo de harmonização entre o Judiciário e os grupos políticos dominantes. Na prática, verificava-se pouca independência, seja no aspecto administrativo e orçamentário, seja na análise dos processos. O ofício de julgar, na maior parte do século XX, deveria restringir-se a um pequeno número de litígios privados, solucionados a partir de parâmetros legais relativamente definidos, e ao limitado número de delitos cuja repressão merecia apreciação judicial. Tentativas de desvio dessa *expectativa* receberiam correção através dos recursos, das promoções na carreira ou mesmo de constrangimento direto.

As interações com o sistema político e as fragilidades institucionais não impediriam, todavia, a consolidação de uma ideologia capaz de identificar e orientar os membros do campo jurídico de modo diferenciado. A relação entre os juizes e os militares durante os primeiros anos do Regime Militar iniciado em 1964, mostrar-se-ia reveladora dos efeitos aparentemente contraditórios dessa longa trajetória de construção ideológica calcada, em grande medida, num formalismo dogmático. Advogados, promotores e mesmo juizes atuando *apenas nos estreitos limites das determinações normativas* poderiam criar constrangimentos ao sistema repressivo e às suas práticas (MIRANDA ROSA, 1985). Não se tratava de afrontar ou mesmo discordar das premissas que orientavam os governos militares, mas um reflexo de uma visão sobre o direito que se confrontava com a lógica da atuação militar no combate aos *inimigos do país*. Nessa *guerra* não haveria espaço para formalismos ou limitações oriundas da aplicação do próprio ordenamento jurídico, inicialmente recepcionado pelo novo regime.

No bloqueio às interferências judiciais sobre as *políticas de segurança*, os militares usaram em larga escala instrumentos legais para mudança de competência, criação de organismos controlados diretamente pela cúpula do Exército, centralização das instâncias decisórias e interferência na composição dos tribunais. Em outras palavras, uma luta que, em parte, acabou seguindo as regras do próprio campo jurídico para implementar de modo mais livre as estratégias de combate à subversão.

A democratização marcou profundamente o processo de transformação do Judiciário brasileiro. Na esteira das modificações ocorridas no país, fixaram-se novos parâmetros para

atuação dos magistrados, consolidou-se o processo de conquista das garantias ao exercício da função, desenhou-se um novo papel para o Ministério Público, além de se introduzirem elementos novos no ordenamento do país capazes de modificar a relação do cidadão com a Justiça. A Constituição Federal de 1988 abarcou um grande número de propostas geradas em meio à distensão e ainda algumas anteriores ao Regime Militar, cuja implementação abriu espaço para desdobramentos muitas vezes inesperados. Mais do que um corpo de caráter meramente formal, a Constituição trouxe ao Judiciário o germe de um processo de transformação.

PARADIGMAS DO DIREITO E AS MUDANÇAS NO JUDICIÁRIO

As transformações sofridas no Judiciário no século XX podem ser analisadas sob diversos enfoques. Ao lado de mudanças políticas, culturais, econômicas e institucionais, o direito viveu (e vive) um intenso debate teórico sobre sua estrutura e fundamentos. Importante perceber a natureza dinâmica do fenômeno jurídico e da necessária fermentação intelectual que o acompanha. Os acontecimentos vividos no Brasil e no mundo forçaram a construção de novos modelos para criação e interpretação do direito. Eventos como as grandes guerras, a guerra fria ou a aceleração dos processos de globalização interferiram profundamente na aparente solidez das formas jurídicas. Estudar as mudanças no Judiciário envolve a investigação sobre o próprio direito e vice-versa.

As discussões sobre essas transformações mobilizam autores de destaque como Habermas (1997), Luhmann (1980; 1983; 1985), Cappelletti (1993) e Garapon (2001), com direito a grandes divergências quanto à origem e os desdobramentos para o futuro. Como ponto de convergência, surge o destaque ao *Welfare State* e às inovações introduzidas pela legislação a ele atrelada. A ruptura gradual com os pressupostos do Estado Liberal, movido pela agitação e mobilização social, acarretaria uma reorganização de forças entre os poderes, uma nova forma de intervenção estatal na realidade e, entre muitos aspectos, um papel diferenciado para o Judiciário.

Jürgen Habermas em *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade* (1997) observa a invasão do direito na sociabilidade e o deslocamento da centralidade dos poderes Executivo e Legislativo para o poder Judiciário. A constante conversão de políticas do Executivo em normas, que precisam acompanhar a velocidade dos processos econômicos, coloca o Judiciário numa posição de destaque como único intérprete autorizado da legalidade e da constitucionalidade. O Judiciário aproxima-se das temáticas políticas, dos projetos governamentais, da ação do Executivo sempre expressada por normas. Cresce a penetração da ação estatal em esferas antes relegadas ao domínio do interesse privado, refletindo uma maior presença do direito e de seus operadores nas relações sociais. Ao mesmo tempo, infiltra-se o direito com uma carga de considerações sobre ética e justiça social, fato novo ante a tradição liberal dominante até então.

Outros aspectos igualmente ampliavam o papel exigido do direito. Cresciam em número e em complexidade as relações reguladas, aceleravam-se os processos de transformação social, aumentava a quantidade de lacunas na atividade legislativa, tudo isso acompanhado de uma crescente busca por soluções judiciais para os litígios. As garantias liberais asseguradas ao exercício da magistratura, a composição de um corpo autônomo voltado à solução de conflitos agora mostrava seus frutos. A relativa independência para julgar e o amparo em textos constitucionais amplos permitiam decisões com um espectro cada vez maior. Na ausência de instrumentos legais explícitos, os juízes passaram a trazer para si a responsabilidade pela aplicação de princípios constitucionais abstratos aos casos concretos.

Trata-se de uma confluência de diversos elementos refletindo-se num Judiciário maior, mais atuante e com mais poder. Para que isso ocorresse, foi necessária, num primeiro momento, a consolidação do arcabouço de proteção à atividade judicante e a formação de um corpo especializado, com uma lógica e linguagem própria para esse trabalho. Numa segunda fase, o desenvolvimento do *Welfare State*, com as novas formas de intervenção na realidade, a ampliação da produção legislativa, a dificuldade em dar soluções na qualidade e quantidade necessária, além da ampliação das vias de acesso à justiça geraram um maior demanda por seus serviços. A resposta a essa demanda ocorreu *pari passu* ao fortalecimento do direito constitucional e do desenvolvimento de novos fundamentos teóricos capazes de sustentar uma hermenêutica voltada à aplicação imediata das normas constitucionais.

Um dos grandes desafios, nesse aspecto, consiste em conciliar as formas de representação política e de divisão de poderes com as exigências de regulação e produção legislativa atual. Habermas (1997) considera que um direito em expansão e em constante mudança passa a incorporar um caráter provisório e indeterminado, contrastante com a *certeza jurídica* e com a mera exegese legal. O centro do poder para elaboração do direito deslocar-se-ia para os cidadãos, envolvidos pela descoberta da sua autonomia e da capacidade de participar da soberania popular através de processos comunicacionais e da democracia. A verdadeira função das constituições seria na proteção de um processo legislativo democrático e não a guarda de uma *suposta ordem suprapositiva de valores substanciais* (HABERMAS *apud* VIANNA, 1999, p.29).

A composição de uma concepção procedimental para a criação do direito não constitui privilégio de Habermas. A peculiaridade da última fase de sua obra advém da defesa de uma *democracia radical*, mais participativa e confiante da capacidade de desenvolvimento da autonomia dos cidadãos. Reflete a filiação à teoria crítica, mas se insere dentro de um conjunto de obras em que o **processo** aparece como resposta para as dificuldades encontradas para a produção do direito. As teorias de Habermas e Luhmann, não obstante as posições conflitantes sob muitos aspectos, compartilham, cada um a seu modo, da defesa de um paradigma processual de formação do direito.

Para Luhmann (1983), o direito constitui um sistema autônomo, dotado de códigos próprios e de uma capacidade de *auto-reprodução (autopoiesis)*. Não haveria a necessidade de encontrar em outros sistemas os elementos necessários ao seu funcionamento. Em meio ao *caos* e à contingência de um universo muito complexo, o *sistema* representaria uma redução das infinitas possibilidades encontradas e a seleção de algumas variáveis. Um sistema permaneceria vivo na medida em que fosse capaz de delimitar suas fronteiras com *mundo circundante* e restringir a complexidade das variantes presentes em seus limites. Para lutar contra a entropia, o sistema precisaria ser capaz de reproduzir-se e manter uma *estrutura* que garantisse sua *sobrevivência*. No entanto, o maior fechamento ao contato com o ambiente, não poderia impedir a adaptação, a transformação e evolução desse sistema.

As respostas às mudanças e ao contato com o mundo circundante passariam a seguir uma *dinâmica própria*. Com o aumento da complexidade e a redução da influência do ambiente, a modificação do sistema passaria a representar antes de tudo uma recriação ou uma autotransformação (*autopoiesis*). Essa reprodução nunca seria repetição e sim recriação. Ou seja, a produção do direito ocorreria segundo um conjunto de regras internas, mas não representaria um fechamento ao contato com outros sistemas. Na realidade, o contato introduziria elementos inovadores e contingentes responsáveis pela produção de novas variáveis. Economia, política, moral formariam sistemas autônomos que, em relação ao direito, constituiriam *meio ambiente, mundo circundante*.

No centro da teoria luhmasiana sobre o direito, encontram-se os juízes e os tribunais e na periferia o *contato* com os demais sistemas. A mediação desse contato com os sistemas político e econômico ocorreria, respectivamente, através da legislação e dos contratos. Em última análise, caberia aos tribunais, no centro do sistema, interpretar e definir a validade das leis e dos contratos (Luhmann, 1994). A ampliação inegável do poder dos magistrados, não significaria presença do arbítrio ou o fim da democracia. Essas manifestações judiciais partem do pressuposto processual da presença de partes em conflito, em debate de posições, ou seja, as decisões judiciais são precedidas pelo pedido de grupos ou indivíduos que desejam a regulação de seus problemas. Nesse contexto, a *Constituição revela-se como grande responsável pelo acoplamento estrutural entre os (sub) sistemas jurídico e político (...)* (NEVES *apud* GUERRA FILHO, 1997, p. 71).

Tanto Habermas como Luhmann fundam suas observações na realidade européia, principalmente, alemã. Para compreender melhor a inserção de suas teorias vale abordar brevemente alguns aspectos das transformações recentes ocorridas na atuação do Judiciário Alemão.

O ponto central para qualquer análise se encontra na sua Corte Constitucional e no modelo teórico aplicado predominantemente nos casos de sua alçada. A presença pacífica e reiterada de uma orientação para a chamada *jurisprudência de valoração* (ou *jurisprudência dos valores*) expressa um tipo de caminho adotado dentro da atividade judicial responsável pela maior interação dos tribunais com as grandes questões sociais e éticas de seu país.

Os primeiros passos da mudança originaram-se no pensamento de Rudolf von Ihering e desenvolveram-se fortemente com a obra de Philipp Heck. Sob forte influência de Ihering, Heck criticava a limitação do trabalho do juiz à mera subsunção de fatos aos conceitos jurídicos e a idéia de direito como um sistema fechado, hermético. Defendia a apreciação da *ação do direito sobre a vida, tal como ela se realiza nas decisões judiciais*. Em sua teoria, conhecida como *jurisprudência dos interesses*, afirmava que as leis resultariam *dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento* (HECK *apud* LARENZ, 1997, pp. 64-65). Para proferir uma decisão haveria a necessidade fundamental de se conhecer os interesses reais motivadores da criação daquela lei. Esses interesses expressariam na verdade, forças sociais de onde adviria a causa da ação legislativa. A ordenação dos interesses em luta entre si exigiria a concepção de uma *ordem a promover* pelo legislador e determinada por juízos valorativos.

Para Karl Larenz “[a jurisprudência dos interesses] *revolucionou efectivamente a aplicação do Direito, pois veio a substituir progressivamente o método de uma subsunção nos rígidos conceitos legislativos, fundamentada tão-somente em termos lógico-formais, pelo juízo de ponderação de uma situação de facto complexa, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo, de harmonia com os critérios de valoração próprios da ordem jurídica (...)* ***A jurisprudência dos tribunais veio-se abrindo progressivamente aos eventos da vida, tornando-se metodicamente mais consciente, mais livre e mais diferenciada*** (grifo meu) (1997, p. 77).”

A obra de Heck, infiltrada na formação acadêmica do pensamento jurídico alemão, permitiu um novo horizonte ao Judiciário. Serviu de fundamentação, dentro do corpo de juristas, para uma orientação mais permeável a fatores *externos ao direito*, aos aspectos econômicos, aos valores em jogo nas demandas judiciais e, fundamentalmente, ao próprio questionamento da abrangência e validade das normas produzidas pelo Legislativo. Com a responsabilidade de sopesar juízos de valor e investigar as causas determinantes na criação de normas, em meio a forças sociais em litígio, expandiu o poder dos juízes, que, no entanto, nem sempre

conseguiriam perceber claramente o conjunto de condicionantes dos eventos sob seu julgamento. Pouca coisa separava a compreensão dos interesses em jogo, da aplicação de juízos de valor próprios do julgador.

Os desdobramentos da *jurisprudência dos interesses* de Heck formaram o modelo hoje predominante na Corte Constitucional alemã chamado de *jurisprudência dos valores*. A crítica ao legalismo e às abstrações conceituais progrediu para consolidação de uma *compreensão da norma jurídica como prescrição de um padrão avaliativo para apreciação de casos concretos, o qual se pode fazer remontar a juízos de valor esclarecedores do sentido normativo* (GUERRA FILHO, 2000, p. 107). Nesse paradigma, caberia aos tribunais concretizar, resguardar e mesmo revelar o sentido de valores positivados no texto constitucional.

As Constituições, por sua generalidade e abrangência, permaneceriam em constante atualização, num processo de adaptação à realidade realizado pelos magistrados. Esse papel não se restringe à Alemanha sob a influência da Corte Constitucional e da *jurisprudência dos valores*. O crescimento da importância das constituições e de seus intérpretes autorizados propaga-se como um fenômeno bastante amplo no mundo ocidental. O Brasil, a partir da democratização e da Constituição de 1988, acompanha um processo de embate entre poderes, em que o Judiciário surge com um papel diferente daquele historicamente registrado. As discussões em torno das decisões do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo de juízes de primeiro grau, acerca da aplicação de princípios constitucionais ganham relevo ao transparecer a capacidade de definir a aplicação ou não de leis e projetos do Legislativo e do Executivo.

Para Garapon (2001) um novo modelo de direito e de democracia estaria nascendo, superando o direito formal do Estado Liberal e o material do estado provedor. A democracia transformar-se-ia pelas mãos do direito. O juiz teria uma nova possibilidade de julgar com base em princípios superiores, como os da Constituição e dos tratados internacionais. O caráter incompleto e amplo desses textos impõe a exigência de se explicitar o verdadeiro sentido de suas disposições. O ofício desses magistrados não se restringe a aplicação da lei, mas, acima de tudo, verificar sua conformidade com um direito superior. Garapon cita Rousseau para expressar a dimensão desse poder sintetizada na idéia de que o juiz *pode tudo impedir* (2001, p. 180).

A discórdia, a discussão e a multiplicidade de opiniões comporiam uma dinâmica inerente ao funcionamento da Justiça e da democracia, na visão de Garapon (2001). Esse Judiciário não poderia ser visto como um corpo monolítico, homogêneo, coeso o suficiente para oferecer um simples *espetáculo da discussão*. O direito, por sua vez, não se resumiria a um corpo de regras, mas, sobretudo, deveria ser encarado como um conjunto de princípios. Dessa forma, sobressai no autor a concepção de um direito aberto e em construção permanente através do debate mediado pelos juízes, ou por outros foros de jurisdição do Estado. “*Não se trata apenas de uma nova maneira de secretar o direito: é o próprio critério de justiça que evoluiu para uma forma mais procedimental (...) Não se trata mais de uma injunção abstrata imposta de fora, mas da homologação, pelo juiz, de uma decisão cujo conteúdo moral foi ditado pelas próprias partes* (GARAPON, 2000, p. 237)”.

Nesse novo processo de construção do direito destaca-se, de um lado, o poder dos juízes e, de outro, a exigência de formação do direito dentro de um ambiente de debate entre múltiplas visões. O Judiciário continua preso à provocação das partes, proibido de tomar a iniciativa para agir, o que vincula seu poder a uma essencial participação de grupos, de indivíduos, de posições diversas no processo de elaboração da decisão. A dinâmica dessas relações faz do paradigma processual quase uma consequência necessária do conjunto de transformações

vividas pelo Estado Moderno. Não se trata apenas de uma usurpação de poderes pelos juízes, mas da gestação de um direito necessariamente mais aberto à realidade e às condicionantes econômicas, políticas e sociais.

UM NOVO PAPEL PARA OS OPERADORES DO DIREITO

As múltiplas abordagens sobre as transformações do direito e do Judiciário encontram como ponto de convergência a crise do modelo positivista legalista e da orientação liberal dos sistemas jurídicos. O apego ao formalismo e a aplicação da lei por mera subsunção dos fatos às normas parecem destinadas a um papel cada vez mais secundário no panorama internacional. Esse tipo de formação, responsável pela construção das estruturas jurídicas no ocidente e que guiou diversas gerações de bacharéis, cria hoje um conflito com as expectativas projetadas sobre a Justiça e mesmo com as práticas empreendidas pelos operadores do direito.

Fenômenos como a crise no *Welfare State*, a *explosão da litigiosidade*, a aceleração dos processos sociais, a constitucionalização dos direitos, entre muitos outros, levam a transformação das estruturas do sistema jurídico e de suas práticas. Como portadores do monopólio da interpretação constitucional, os magistrados ganham uma nova posição em que há intensa interação entre os processos políticos, as mudanças sociais e a tomada de decisão. Ao mesmo tempo, precisam atuar como *legisladores* diante da infiltração do direito em áreas mais amplas da sociabilidade, da exigência de respostas às questões ainda não reguladas explicitamente e dos conteúdos incertos e provisórios dados às normas.

O Judiciário acaba por atrair para si as expectativas em torno da concretização de direitos consagrados constitucionalmente, da implementação de políticas públicas, do reconhecimento de garantias dos mais diversos grupos de interesses. “*A progressão da justiça autoriza a transposição de todas as reivindicações e de todos os problemas perante uma jurisdição em termos jurídicos* (GARAPON, 2001, p. 47).” Redefine-se o papel desse poder, estruturado sob outras orientações ideológicas e teóricas, o que repercute necessariamente sobre a ação de seus próprios membros. Ao juiz destina-se um novo tipo de demanda pouco compatível com os pressupostos tradicionais de preservação da autonomia privada, de equilíbrio entre poderes e de apego à lei e ao formalismo. Mais do que um mero instrumento de classe ou obstáculo às transformações, o direito também representa um meio de luta pela inovação e ainda um objeto dessas lutas.

Junto às mudanças no campo da política e no papel social do Judiciário nascem novos modelos teóricos para fundamentação do processo de criação e interpretação do direito. A ação dos juristas não prescinde da elaboração de um paradigma capaz de dotar de sustentação racional os argumentos necessários à justificação das decisões.

Para Habermas (1997) os novos caminhos da democracia e do direito envolveriam o fortalecimento da busca de soluções a partir dos processos comunicacionais. O poder da produção normativa deslocar-se-ia, em última instância, para a autoridade guardiã dos processos discursivos. Não haveria direito absoluto e imutável ante a defesa dos méritos dessa processualidade argumentativa.

Supera-se a crença no caráter metafísico dos direitos fundamentais para se permitir uma interpretação coerente com a constante atualização dos limites e contornos das fórmulas jurídicas consagradas. Dentro dessa lógica, o operador do direito parece ganhar uma enorme dimensão ao tornar-se a voz autorizada para cancelar o que seria a verdadeira expressão da soberania popular. Como grandes mediadores das partes em debate, os juristas se vêem

obrigados a mergulhar nos processos sociais para extrair do conflito uma solução com caráter de norma, legitimada não pela lei ou pela constituição, mas pela natureza dos procedimentos.

Sobre a mesma realidade se debruça Luhmann, mas segue em outro sentido quanto a sua leitura do fenômeno da procedimentalização do direito e sobre o papel dos juristas. Para o autor, o procedimento envolve a reconstrução do direito a partir das regras do próprio sistema jurídico. A constante atualização de conteúdos e a abertura a outros sistemas dependem essencialmente de mediadores situados na fronteira do campo jurídico. As mudanças trazidas pelas novas demandas seguem o ritmo e a lógica inerente ao direito. As respostas à infiltração do ambiente não levam a uma criação de outras estruturas e institutos, mas a uma *recriação* ou a uma *autocriação (autopoiese)*.

Essa concepção fortalece uma idéia de direito em constante transformação, sob influência dos eventos em outros sistemas e do debate entre as partes, entretanto reflete uma percepção conservadora e seletiva dos sistemas jurídicos. Os operadores disporiam de um instrumental especial para delimitar no ambiente a sua volta caminhos possíveis de transformação guiados por um desejo de estabilidade social. O direito estaria em constante construção, fundado numa percepção processual em que os princípios constitucionais balizariam o debate. Todavia, caberia aos membros do corpo jurídico filtrar o contato, reagir às interferências e produzir as *mutações necessárias*, como um organismo vivo reagindo às exigências do ambiente. Ao comentar a teoria luhmasiana, Willis Guerra Filho afirma que “*o sistema jurídico aparece como um dos ‘sistemas funcionais’ do sistema social global, com a tarefa de reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo contingências do comportamento social (...) (1997, p. 63).*”

A complexidade da realidade, a velocidade das transformações e a ampliação dos pleitos trazidos ao Judiciário exigem um esforço intenso para manter o sistema vivo, em adaptação e ainda resguardar sua unidade e estrutura própria. Seguindo essa análise, os operadores do direito superariam um paradigma formalista de apego à lei para reconstruir seus códigos de acordo com outras expectativas geradas em torno de sua atuação. Disso não resultaria uma invasão de outros sistemas ao direito, pelo contrário. A referência às normas, em especial aos textos constitucionais, condicionaria mais e mais o debate político e econômico, como um ponto de passagem necessário para se dar um caráter legítimo a seus projetos. **A maior abertura do direito à realidade social e às mudanças, antes de gerar uma invasão do direito por fatores externos, acarreta uma exportação de sua lógica para além de suas fronteiras.** O jurista, orientado pelas preocupações de realização de justiça social ou de concretização dos programas constitucionais, não abdica de manter as regras e modelos de seu campo.

A capacidade de reelaborar seus modelos de análise revela-se na consolidação de orientações teóricas nos diversos tribunais. Através dessas fórmulas, a comunidade jurídica reconstrói a realidade observada, guia o processo de decisão e fundamenta a solução final. O exemplo da formação da *jurisprudência dos valores* na Alemanha, como desdobramento da *jurisprudência dos interesses* ilustra bem a importância desses parâmetros cognitivos. “*Ao exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso julgando, a Jurisprudência dos interesses – embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada no pensamento formalista e no estrito positivismo legalista. E isto em medida tanto maior quanto aconselhou idêntico processo para o preenchimento das lacunas das leis, abrindo desta sorte ao juiz a possibilidade de ‘desenvolver’ o Direito não apenas ‘na fidelidade à lei’, mas de harmonia com as exigências da vida (LARENZ, 1997, pp. 69-70).*”

Como reflexo constante de todo esse processo de mudança, destaca-se, nos diversos contextos nacionais, o aumento do poder dos juizes. Para Luhmann (1994) essa capacidade de repelir leis elaboradas pelos legisladores e a ação legiferante dos magistrados revela um recuo da democracia. De outro modo, Garapon (2001) considera que não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas de uma transformação na democracia em que os juizes, confrontados com novas expectativas políticas, *sagraram-se heróis*. Por sua vez, Habermas (1997) acredita numa concepção de Justiça capaz de resguardar o processo de deliberação democrática e de afirmar a soberania popular.

Isso leva a questionar os riscos desse poder e do excesso de expectativas depositadas nesses agentes. O fortalecimento do paradigma procedimental, preso a princípios constitucionais amplos e de conteúdo plástico, dá uma maior margem de liberdade aos julgamentos, todavia trazem consigo os perigos de uma legitimação da interferência de fatores individuais e particulares dos julgadores. A busca pela consagração de valores, pela consecução de programas constitucionais em situações novas lança ao juiz a responsabilidade de formular juízos de valor, muitas vezes de difícil gradação objetiva e pouco explicitados. Ultrapassa-se a fronteira da previsão legal, dos valores contidos no ordenamento jurídico para entrar no campo obscuro das opções subjetivas e da insegurança quanto aos critérios normativos.

O paradigma procedimental só parece fortalecer a democracia na medida em que é acompanhado de mecanismos reais de ampliação da presença dos cidadãos dentro do Judiciário e do fortalecimento de instâncias capazes de dividir o poder de determinação do conteúdo do texto constitucional (como uma Corte constitucional não exclusivamente pertencente ao Judiciário). Vale ainda observar que esse papel pretendido de *guardião dos ideais republicanos* (GARAPON, 2001) encontra-se nas mãos de um corpo bastante fechado, pouco transparente nos seus procedimentos internos, distante da participação dos cidadãos, com formas de recrutamento e ascensão na carreira sujeitas a um filtro ideológico e a uma análise do perfil de atuação. A juridicização do debate democrático ou a mediação judicial da expressão da soberania popular podem acarretar, dependendo do contexto de cada país, um verdadeiro risco para a democracia.

A mudança nos paradigmas transforma operadores do direito em agentes políticos de destaque, colocando esse papel como algo explícito. Se antes havia uma necessidade de criar uma aura de neutralidade política e afastar do discurso as referências a uma intervenção em domínios de outros poderes, há uma tendência à incorporação de novas falas na atuação judicial. Juizes e promotores vêm-se como construtores da democracia e defensores de cidadãos desprovidos de participação e preparo para tal. Repete-se, assim, o discurso liberal da tutela dos cidadãos por uma elite esclarecida. A defesa desses *tutelados* pode gerar um efeito contrário, com a construção de um regime de passividade e a delegação da administração da vontade popular a terceiros.

De fato, os fenômenos diante dos quais se coloca o direito e seus operadores exigem transformações de diversas ordens. Caminha-se para um ponto de inflexão em que novos modelos jurídicos passam a orientar a argumentação e a ação do Judiciário. Não obstante, dentro da realidade brasileira, essas mudanças se inserem num horizonte maior de democratização nacional, de reforma do Estado e de luta por direitos. Agrava-se, sobremaneira, a complexidade do processo, pois não se trata apenas de rever posturas e modelos jurídicos, mas de (re)construir verdadeiramente instituições e a própria idéia de democracia.

BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, N.. **O positivismo jurídico - Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- CAPPELLETTI, M.. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CARVALHO, J. M. de. **A construção da ordem: a elite política imperial**. Brasília: UnB, 1981.
- FALCÃO, J. de A. **Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife**. In: FALCÃO, J. de A. (org.). **Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas no Recife**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- FARIA, J. E. (org.). **Crise do Direito numa sociedade em mudança**. Brasília: UnB, 1988.
- . A crise do Poder Judiciário no Brasil. **Justiça e Democracia**. São Paulo, 1, p. 18-64, 1996.
- GARAPON, A.. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2 ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GUERRA FILHO, W. S.. **Autopoiese do Direito na Sociedade pós-moderna: introdução uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- . **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- HABERMAS, J. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- IHERING, R. von. **A luta pelo direito**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- KELSEN, H.. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- KOERNER, A. O debate sobre a reforma judiciária. **Novos Estudos CEBRAP, 54: 11-26, julho, 1999**.
- LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LUHMANN, N.. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980.
- . **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- . **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- . Entrevista concedida a Willis Santiago Guerra Filho. Foz do Iguaçu, 1994. In: GUERRA FILHO, W. S.. **Autopoiese do Direito na Sociedade pós-moderna: introdução uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- MIRANDA ROSA, F. A. de. **Justiça e Autoritarismo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.
- SANTOS, B. de S. *et al.* Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, 11, n. 30, p. 29-61, 1996.
- VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, M. P. C. M.; BURGOS, M. B. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- . **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- . **O Perfil do Magistrado Brasileiro**. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1996.