

Crise e reforma do sistema brasileiro de Justiça

*Fábio Henrique Falcone Garcia*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

O século XX foi palco de profundas transformações nas ordens jurídicas de todo o mundo. De um modelo de Estado de direito liberal, fundado na defesa do cidadão contra o Estado e na construção de garantias individuais negativas, emergiu um modelo de Estado intervencionista, de bem-estar social, fruto de uma necessidade política inerente à polarização ideológica do mundo após a Segunda Guerra Mundial e da disseminação de uma doutrina econômica de orientação keynesiana, que sugeria a necessidade de intervenção estatal para cobertura de falhas do mercado como meio de atenuar as crises capitalistas de produção. O papel dos poderes judiciários acompanhou essas transformações.

Desde o advento da República, o Judiciário brasileiro foi consolidando-se como instituição autônoma, a despeito das dificuldades de relacionamento com o Executivo, talvez porque sua atividade fosse mais restrita, à época, ao julgamento de questões individuais. A própria compreensão da interpretação e da função do sistema jurídico contribuía para a formação de um poder relativamente homogêneo e desprovido de uma atuação criativa, reformadora ou revolucionária do direito. O principal ponto de atrito entre poderes dizia respeito ao julgamento de questões relacionadas à liberdade individual. Em outras palavras, a autonomia do Judiciário não representava ameaça para os sistemas político ou econômico, desde que os juízes permanecessem adstritos a uma atuação despolitizada e destinada a aplicar a lei silogisticamente ao caso concreto (FERRARESE, 1984, p. 50-51).

O processo de redemocratização do país, acompanhado da positivação de direitos sociais e da formação de uma jurisprudência transformadora, aliada ao reconhecimento da condição política dos agentes judiciários, seja na base do sistema judiciário, seja mediante a atuação de sua cúpula (que representam fenômenos absolutamente distintos

¹ Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Integrante do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da Escola Paulista da Magistratura. Integrante do Grupo de Estudos em Direito e Economia da USP – GEDE.

em função e em grau de irritação do sistema político), representa a tônica judiciária da época em que foi promulgada a Constituição de 1988.

Novos direitos, novos conflitos e novos papéis em torno de uma estrutura marcada pela tradição conduziram a uma crise real, mas cuja dimensão é reforçada discursivamente, assumindo uma proporção fictícia. Entre a realidade da crise e os discursos de reforma, é possível identificar um projeto de transformação do Estado e do direito, com reflexos na estrutura judiciária.

Este artigo teve como escopo demonstrar, a partir de uma breve exposição das doutrinas da *Law and Development*, *Rule of Law* e *Law and Economics*, expandidas e fomentadas por instituições financeiras mundiais (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento), e do contexto de crise (real) do Judiciário, a existência de um projeto de reconstrução da estrutura jurídica brasileira a partir de um modelo economicamente orientado por uma concepção liberal. O texto será dividido em três partes: na primeira, serão expostas as dimensões da crise e suas relações com o tema da atuação jurisdicional. Na segunda parte, será exposta a disseminação das doutrinas que relacionam direito e economia. Por fim, serão examinadas as principais respostas legislativas ou judiciárias que interferem na feição institucional do sistema de justiça brasileiro.

As múltiplas dimensões da crise

Vários autores tentaram diagnosticar os problemas de funcionamento da justiça, no Brasil e no mundo. Sadek (2004) ressalta que a crise tem dupla dimensão. De um lado, há a dimensão política do problema, inerente à sobrevalorização do Judiciário a partir do papel atribuído pela Constituição Federal de 1988, “legitimando a atuação pública da magistratura e transformando a arena judicial em um espaço que abriga e arbitra o confronto entre as forças políticas” (SADEK, 2004, p. 82). A aceitação desse papel, de ator concorrente na cena política, provoca reações adversas por parte do sistema político, suscitando, de quando em quando, propostas reformistas (idem, p. 85). A crise também teria uma dimensão não política, decorrente de dois fatores preponderantes: uma anomia na recepção de demandas, com marginalização de conflitos, e o aproveitamento da morosidade pelo excesso desmesurado de demandas, especialmente por parte de empresas públicas. José Eduardo Faria (2004, p. 104) ressaltou a ineficiência do Judiciário no desempenho de suas três funções principais: instrumental,

política e simbólica. O problema principal estaria na inadequação da estrutura de funcionamento em relação à conjuntura das demandas e da estruturação da sociedade brasileira. Segundo essa análise, o Judiciário estaria preparado para exercer essas funções em uma sociedade relativamente estável, permeada por conflitos interindividuais, cujas soluções afetariam exclusivamente as partes. No entanto, quer em função da industrialização, quer em razão da ampliação do modelo de acesso à Justiça e da alteração da natureza dos conflitos estabelecidos em juízo, surge uma incompatibilidade de meios que, de modo geral, induz o sistema judiciário a tornar-se uma máquina de produção de decisões desprovida de racionalidade sistêmica. O exercício da atividade criativa do julgador no tratamento de questões que envolvem políticas públicas e lides de massa, aliado à falta de um sistema legal coeso, provoca déficits de previsibilidade e suscita reações do sistema político, especialmente do Executivo, que utiliza o discurso da ingovernabilidade como instrumento de revelação dos prejuízos da atuação jurisdicional em sua seara. José Reinaldo de Lima Lopes (1994, p. 22-33) coloca o problema em termos de descompasso entre uma estrutura destinada a tratar de questões de justiça comutativa, que passa, a partir do desenvolvimento da sociedade contemporânea, a receber demandas de justiça distributiva. Em outros termos, conflitos policêntricos, que exigem a adoção de uma lógica consequencialista para adequada solução, são resolvidos conforme os parâmetros de uma justiça responsiva, que opera com uma lógica principiológica no esquema condicional se, então. Daí a disfunção estrutural que sustenta, em grande parte, a crítica institucionalista à expansão do Judiciário, tema estreitamente ligado ao reconhecimento do protagonismo judicial (ativismo).

O cerne do problema parece residir no colapso do modelo novecentista, cuja formulação pressupunha a distinção clara entre política e direito, ou seja, entre as funções de fazer ou de aplicar as regras da comunidade, limites que se tornam tênues, “esfumacados”, no próprio texto constitucional, a partir da judicialização de novas espécies de conflitos, sobretudo após a positivação dos direitos sociais. Campilongo (1994) acrescenta à análise uma perspectiva sobre a conjuntura do momento de abertura política brasileira, argumentando que a transição para a democracia importou uma crise de hegemonia política na qual “as regras do jogo parecem ser menos importantes do que os componentes carismáticos do processo político” (p. 118).

A estrutura normativa do ordenamento sofre os reflexos da transição para uma sociedade cada vez mais complexa e fragmentada, em

torno de princípios constitucionais que tentaram conduzir o país a um capitalismo social. Problemas de hipertrofia normativa, seja legislativa, seja decorrente de outras fontes normativas, agências reguladoras, agentes sociais dotados de capacidades normativa de conjuntura etc., e agentes de instabilidade da legislação abalam a coerência interna do ordenamento, já que pululam normas representativas de grupos de interesses antagônicos e plurais, tirando do ordenamento a racionalidade tão presente nas épocas de ouro dos Códigos legislativos (CAMPILONGO, 1994, p. 122-123; MARTÍN, 2000, p. 74-78; FERRARESE, 1984, p. 203).

Eis, portanto, o paradoxo: limitado por uma estrutura normativa e funcional interindividual, o juiz é compelido a aplicar a lei e dar efetividade a direitos sociais positivados pela Constituição Federal. O paradigma da neutralidade do Judiciário coloca-se em crise: construído para tutelar liberdades negativas, à vista de violações promovidas pelo Estado ou por terceiros, o Judiciário assume uma responsabilidade finalística, de garantir a concretização de liberdades positivas, incompatível com a neutralização que, desde os primórdios do constitucionalismo, mostrou-se corolário inexorável da divisão de poderes.

Em suma, o processo de neutralização política do Judiciário permitiu a construção do Estado de Direito liberal burguês, na medida em que, por meio da transformação da atividade jurisdicional em uma operação funcional, hipotética e condicional, possibilitou a manutenção de um alto grau de segurança abstrata, ainda que em um contexto de elevada insegurança concreta (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 16). Os postulados de igualdade formal de todos perante a lei (isonomia) e generalidade do comando normativo viabilizavam a existência de uma estrutura jurídica altamente adaptável às necessidades de coesão do sistema. Mas as novas demandas e a complexidade da sociedade contemporânea acabam por revelar a insuficiência do paradigma liberal clássico.

A fórmula de ouro do sistema de divisão de poderes clássico, calcada em uma determinada imagem de independência do Judiciário também tem de ser revista. O conceito de lei sofre alterações em virtude de causas internas e externas. Causas externas giram em torno da quebra dos pressupostos culturais, instrumentais e legitimadores do modelo anterior; já as causas internas seriam o próprio impacto da normatividade constitucional e a prática normativa destinada à “administrativização da lei” (MARTÍN, 2000, p. 84).

A quebra dos pressupostos culturais é representada pela ruptura do paradigma de ciência a partir de uma Razão abstrata, capaz de conduzir o sujeito a um conhecimento verdadeiro; a lei perde o caráter de

instrumento básico de regulamentação da sociedade moderna, à medida que as opções econômico-sociais – que se colocam para solução dos problemas da sociedade – se apresentam como únicas alternativas possíveis. As sociedades modernas, por uma série de circunstâncias, inclusive pela formação de “consensos” em torno de “agendas político-econômicas”, não são nem tão abertas, nem tão plurais, no que tange à dominação política: as sociedades e democracias formalmente consideradas pluralistas sujeitam-se a condicionamentos econômicos que reduzem a importância do subsistema político. Cada vez menos importa quem ou qual seja a vertente vencedora em um processo eleitoral. Como consequência, o direito e a lei são afetados, submergindo uma prevalência do direito privado, do mercado, do direito contratual em face do Estado, da lei e do direito público. O direito passa a regulamentar, cada vez mais, a troca de interesses, o que faz com que a lei em si perca importância diante da antirregulamentação social, ao mesmo tempo que é alterada, qualitativamente, o que se demonstra com o surgimento de leis especiais e de microssistemas legislativos setoriais (MARTÍN, 2000, p. 74-76).

Outra causa externa é a perda do referencial de legitimidade da lei, produto de três fatores. Em primeiro lugar, a crise da democracia representativa, diante dos vícios do processo eleitoral e do sistema de representação partidária promove a “dessacralização da lei”. A consequência é a transformação da lei em um mecanismo normativo de conjuntura que produz uma desordem no funcionamento do Estado, afetando, inclusive, a configuração do Estado de Direito e de suas garantias. Finalmente, a lei perde seu referencial de eficácia quando o próprio Estado não se importa com sua aplicação, seja se omitindo quando da violação, seja quando constrói instrumentos para burlá-la, seja, ainda, quando diretamente a viola (como no caso das torturas policiais) (MARTÍN, 2000, p. 77-78).

Internamente, a lei sofre com a hipertrofia constitucional, que pressiona o sistema jurídico para um dilema inerente à tutela de valores contraditórios entre si². A lei perde sua condição de norma estável e legítima a partir da suspeita de inconstitucionalidade. Essa suspeita assume graus elevados em função da ação dos tribunais constitucionais. O outro lado da hipertrofia de valores impõe a normatização de princípios, que remete à “administrativização da lei”, termo cunhado

² Tais como a fórmula: *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (CF/88, art. 1º, IV), valores opostos, já que o capitalismo se pauta na luta (*Kampf*) de indivíduos cujos interesses opõem trabalho e capital, como já observara Weber (2015, p. 26; 2006, p. 258-259).

por Martín para indicar o fenômeno segundo o qual as leis do Estado social carecem, cada vez mais, de determinações jurídico-normativas destinadas a lhes dar concretude (MARTÍN, 2000, p. 84-95).

O final do século XX trouxe consigo transformações igualmente impactantes: o fim da Guerra Fria; a consolidação das grandes agências de fomento internacional; a transformação das telecomunicações com o advento da rede mundial de computadores, modificando a velocidade do fluxo comunicacional, ao lado do desenvolvimento de novas tecnologias de produção e informação; a emergência do capitalismo financeiro, desvinculado da produção; a modificação das estruturas de produção em relação à situação geográfica das unidades produtivas; a formação do Consenso de Washington; a privatização do direito administrativo, com modificação de diversos ordenamentos jurídicos nacionais; a globalização econômica; a expansão das práticas terroristas; o surgimento de novas formas de protesto, desprovidas de líderes anunciados (*net ativismo*). Essas modificações remetem a uma mudança paradigmática de sociedade.

A complexidade da formulação de políticas planificadas e o desenvolvimento de tecnologias em velocidade crescente impuseram a necessidade de se abandonar a ideia de condução das ações da Administração através de uma política legislativa. Trata-se da denominada “sociedade reticular” (LADEUR, 2010), marcada por uma base cognitiva estruturada sobre um ambiente de elevada complexidade das relações sociais. Para Ladeur (2010, p. 30-31), surge um novo modo de produção, no qual a informação é o insumo principal. O conhecimento tecnológico não é mais concentrado em comunidades especializadas, mas distribuído por “comunidades epistêmicas”, vinculadas ora a instituições públicas, ora a instituições privadas, que combinam conhecimentos gerais e específicos em formas híbridas de comunicações. Essas formas híbridas de organização combinam limites operacionais com regras de mercado.

A noção de “sociedade reticular” é correlata a um arranjo institucional marcado pela fragmentariedade dos centros decisórios, em um direito mais “flutuante” (*soft law*), negociado entre Estados e grandes atores privados (corporações transnacionais), influenciado pela *Lex Mercatoria das big firms*, mas também pela capacidade de transferência de capital, informação e *commodities*, enfim, marcado por uma heterarquia³ incompatível com a leitura tradicional do direito derivado da lei.

³ Conceito cunhado originalmente por McCulloch (1945) e depois assimilado pela teoria sociológica para significar, contemporaneamente, uma forma de organização das relações de poder que, ao contrário das figurações hierárquicas (que operam com condições de *dependência*), envolvem interdependência, *accountability* lateral e heterogeneidade organizacional (STARK, 2001, p. 24).

Não se trata de uma tendência ao desaparecimento do Estado ou das instituições públicas. O desapego à força da lei é visto mais como produto de uma reconfiguração do Estado do que propriamente um esmaecimento do direito como sistema autônomo, até porque a legislação positiva nunca representou, efetivamente, a base sobre a qual o direito aplicado se desenvolveu, mesmo nos tipos societários anteriores.

Nesse contexto, alteram-se as condições de exercício da prática jurídica: o direito perde a capacidade de conduzir, por meio de programas, a vida social e assume uma perspectiva regulatória de natureza mais negocial. A coordenação entre Administração e controle judicial encontra novos desafios, uma vez que de um lado a Administração tem de lidar com múltiplas variáveis e um universo de projeções para cenários complexos antes ignorados. Os Tribunais, por seu turno, sofrem com a dificuldade de impor a observância de regras pontuais para situações complexas, atentando às condições de exequibilidade de suas decisões e reconhecendo os limites da própria capacidade de adaptação do sistema jurídico em relação às funções de estabilização de expectativas, a partir de uma projeção sobre as condições operacionais no futuro.

Os limites do sistema jurídico são, na sociedade reticular, atualizados em diferentes níveis de operações, sem que haja propriamente um condicionamento territorial segmentado. Há uma concorrência de atores e de redes normativas entrelaçadas, de modo que alguns conflitos se resolvem no âmbito de decisões negociadas entre grandes empresas, com o uso da *Lex Mercatoria*, ao mesmo tempo que conflitos envolvendo empresas menores são direcionados a tribunais estatais; soluções intergovernamentais são negociadas à vista da expectativa de reações empresariais em organismos multilaterais cujas decisões são assimiladas pelo direito nacional ora por tratados, ora por meio de sanções econômicas impostas por organismos multilaterais; a soberania se torna “porosa”, pois o Estado passa a concorrer com outros atores no cenário internacional, o que o torna mais e mais suscetível às ingerências derivadas de determinações jurídicas adotadas em ambientes transnacionais. O Estado, impulsionado por transformações políticas e econômicas, internas e externas, passa a delegar competências normativas e a trabalhar com um parâmetro regulatório mais flexível, enquanto os Tribunais assimilam influência de uma hermenêutica consequencialista no âmbito de decisões outrora proferidas com lastro em argumentos de princípio.

O funcionamento do Judiciário altera-se nesse contexto de rearranjo da dinâmica de poderes e do próprio Estado. “A partir do mo-

mento que o estado de direito é, por sua própria natureza, um sistema institucional, as mutações institucionais o atingem em sua substância” (FORSTHOFF, 1973, p. 232). Na base, os juízes lidam com conflitos distributivos utilizando instrumentos variados e, assim, produzindo toda sorte de decisões. Na cúpula, os tribunais superiores passam a figurar como protagonistas de um cenário que antes era restrito à relação Parlamento-Executivo. Essa condição desequilibra as relações entre os poderes, suscitando reações legislativas e políticas. O Supremo Tribunal Federal, nesse contexto, não só é chamado a decidir questões políticas antes reservadas à esfera dos demais poderes, como também adota uma postura ativa, de reorganização do texto constitucional à luz de interpretações que lhe parecem adequadas a um novo momento histórico, assumindo papéis de interlocutor do sistema político, tratando de casos que importam revisão do próprio texto constitucional.

Todas essas alterações se processam em meio às construções de consensos em torno da necessidade de reforma e de como conduzi-la.

***Law and Development, Rule of Law e Law and economics:* consensos em torno da reforma do sistema de justiça**

A compreensão do discurso de ingovernabilidade e das mudanças na ordem jurídica após 1988 reclama um olhar sobre as condições do processo de redemocratização e suas relações com o crescimento das doutrinas liberais da *Law and Development* e da *Rule of Law*.

O modelo de expansão capitalista promovido pela Conferência de Bretton Woods⁴ foi acompanhado do surgimento, entre as décadas de

⁴ A Conferência de Bretton Woods foi um acordo multilateral envolvendo 45 países, promovido em 1944, no final da Segunda Guerra Mundial. Essa conferência revela um momento de transição da hegemonia britânica para a hegemonia norte-americana no cenário monetário internacional, adotando-se o dólar americano como moeda forte do sistema econômico mundial. Embora houvesse uma preocupação com a livre mobilidade do capital, houve consenso em garantir, por meio da política cambiária, certo controle pelos governos nacionais sobre o fluxo de capitais. A criação do FMI, destinado a monitorar o balanço de pagamentos, e do BIRD, instituição de fomento de crédito internacional para recuperação das economias atingidas pela guerra, tinha como objetivo “possibilitar aos estados nacionais um ambiente macroeconômico estável que garantisse políticas de emprego, evitando os efeitos sociais e políticos desastrosos verificados no entre-guerras” (COELHO, 2012, p. 23). A ordem promovida pelo acordo envolvia um liberalismo autocontido, no sentido de que se estabelecia a possibilidade de livre mobilidade do capital, porém sujeita a uma política cambiária capaz de assegurar controle, pelos governos nacionais, sobre o fluxo de capitais. Como se sabe, nas décadas de 1960 e 1970, os Bancos Mundiais e de Desenvolvimento passaram a conceder empréstimos a países em desenvolvimento, alterando sua função originária e promovendo uma intervenção cada vez maior no sistema interno de governo da economia.

1960 e 1970, da *Law and Development*. Trubek (2006, p. 75) a caracteriza como derivada da prioridade conferida ao papel do Estado nacional na economia e do desenvolvimento dos mercados internos. A despeito do destaque conferido ao aspecto libertário e democrático do desenvolvimento, os projetos priorizavam o crescimento, ainda que por meio de políticas autoritárias (TRUBEK, 2006, p. 75). Havia um forte componente ideológico, pois essa política representava uma resposta ao comunismo (TRUBEK, 2006, p. 82), vinculando as noções de crescimento econômico e democracia.

A crise do petróleo na década de 1970, o surgimento de outras nações capazes de ameaçar a hegemonia norte-americana (Alemanha e Japão) na década de 1980 e a criação do chamado *euromercado de divisas* contribuíram para a superação desse modelo. Esses fatores, aliados aos altos custos da Guerra Fria e da Guerra do Vietnã e ao desenvolvimento de praças financeiras *off-shore*, impulsionaram o desenvolvimento de um sistema de empréstimos privados desvinculados dos termos do acordo de Bretton Woods. Esses empréstimos tinham como característica a fixação de prazos de amortização mais reduzidos do que os contratos anteriores e previam mecanismos de correção e taxas flutuantes. Progressivamente, o fluxo de capital se deslocava para os países em desenvolvimento que, por seu turno, iniciaram um processo de endividamento acentuado⁵. O dólar foi estabelecido como moeda de referência internacional e a liquidez provocada pelas operações *off-shore* viabilizou uma oferta de crédito sem precedentes (COELHO, 2012, p. 122).

Às bases econômicas pautadas pela mudança do modelo de produção industrial, somaram-se a queda do muro de Berlim e a preponderância de um modelo hegemônico cujo reflexo cultural, no direito, foi a doutrina da *Rule of Law* (ENGELMANN, 2009, p. 8).

Rule of Law representa um movimento formado pela confluência de duas correntes: de um lado, a tutela de um modelo de democracia liberal fundada no respeito aos direitos humanos; de outro, o denominado “projeto de mercados”, com a criação de instituições destinadas a protegê-los. O projeto de difusão dos mercados tinha como pressupostos uma política de crescimento das exportações, de livre mercado, de privatizações e de atração de investimentos estrangeiros. Em comum,

⁵ Ao final do período das ditaduras latino-americanas, “o montante do endividamento externo como proporção do PIB para cinco economias sul americanas era: Argentina (74%), Chile (128%), Brasil (46%), Bolívia (139%) e Uruguai (89%)” (COELHO, 2012, p. 124).

essas doutrinas pregavam a crença em um modelo de legalidade formal como predicado necessário, especialmente em países periféricos, para expansão de novos mercados (TRUBEK, 2006, p. 85). Eficiência tornou-se sinônimo de previsibilidade e celeridade jurídicas. O custo dos sistemas de justiça passou a figurar nos relatórios do Banco Mundial que, a partir de então, passou a gerenciar políticas de fomento de reforma⁶.

A Constituição de 1988 surgiu exatamente no início da consolidação da política da *Rule of Law*. Todavia, os princípios e a estrutura organizacional do Estado propugnada pelo texto constitucional apontavam uma direção segura para um Estado de bem-estar social, dissociado da lógica neoliberal que já despontava no cenário internacional (MELLO, 2008, p. 50). Os anos seguintes e as inúmeras reformas constitucionais promovidas a partir de 1990 tratariam de recolocar o Brasil na órbita da política global estabelecida pelas agências mundiais.

Um dos elementos centrais da política da *Rule of Law* foi a realização de diagnósticos dos sistemas de justiça, justificando-se a necessidade de se promover alterações legislativas e institucionais capazes de conformar determinada estrutura judiciária ao programa de homogeneização e incremento de previsibilidade do sistema às demandas econômicas. Esses programas restringiam a autonomia dos países para criar leis, afetando a própria estrutura democrática, ao argumento de imperativos econômicos (TAMANHA, 2008, p. 539).

Paralelamente, fomentou-se a crença no fracasso das instituições jurídicas dos países periféricos (ESQUIROL, 2011). O relatório do Banco Mundial acerca da situação do sistema de justiça no Brasil, de 2004, aponta como principais queixas a morosidade processual, a ineficiência do sistema de justiça criminal, especialmente no que tange à impunidade de culpados, às restrições de acesso e, finalmente, à corrupção interna (BANCO MUNDIAL, 2004). A inserção dessas doutrinas no contexto político nacional foi facilitada pela elaboração de um consenso virtualmente construído pelos meios de comunicação de massa, especialmente em torno de uma agenda de redução do papel do Estado

⁶ Em uma pesquisa no sítio eletrônico do Banco Mundial, é possível verificar a infinidade de projetos dedicados à reforma dos sistemas de justiça, especialmente em países periféricos (<

e de seu fracasso como instituição capaz de conduzir o processo de desenvolvimento⁷.

Propugnou-se, como solução, modelos de reforma capazes de promover incremento de eficiência e transparência; criticou-se genericamente o formalismo dos sistemas judiciários da América Latina, pela suposta dependência a instituições jurídicas transplantadas de outras realidades, ao mesmo tempo em que se despejavam críticas sobre a ineficiência das instituições, o subjetivismo dos aplicadores do direito e o hiato entre o Direito e a sociedade. Como resposta, havia um pacote de transformações destinadas a revigorar a *Rule of Law* (ESQUIROL, 2011, p. 450).

A crítica, marcada por um diagnóstico pleno de generalizações, permitiu a construção de uma imagem de fracasso absoluto dos sistemas de justiça desse continente, reputados como vinculados a raízes europeias arcaicas, ao formalismo jurídico e a um ranço de autoritarismo que são descritos como *defeitos de concepção do sistema jurídico*, reconhecido quase como inaproveitável.

Nesse contexto, ganham corpo as teorias da corrente *Law and Economics*. Sua “principal premissa é um diagnóstico de falência governamental – mais especificamente, das instituições públicas que interferem na atividade de mercado” (ESQUIROL, 2011, p. 485). No que diz respeito às reformas dos sistemas de justiça, propugna-se a adoção de sistemas mais eficientes, argumentando-se com os custos econômicos de um sistema corrupto, atrasado, incapaz de solucionar demandas, enfim, anacrônico. A disseminação dessas doutrinas, mais do que fruto de uma evolução espontânea do pensamento jurídico, é estimulada por governos e mercados, inclusive para a Europa, conforme observou Teubner (2015, p. 80-81).

A reforma brasileira do sistema de justiça e a construção do Judiciário nacional

O sistema de justiça brasileiro tem um traço histórico peculiar, já que sua organização combina elementos oriundos do constitucionalis-

⁷ De acordo com Fonseca, os periódicos brasileiros de grande circulação, ainda que com tradições políticas distintas, uniram-se em torno de um projeto comum. A partir da análise de editoriais e reportagens dos grandes periódicos nacionais entre as décadas de 1980 e 1990, esse autor constatou a presença “consensual” de referências negativas à história da administração pública brasileira, ao “patrimonialismo” que teria sido herdado de nossas raízes portuguesas, formulando uma “linguagem única, mesmo que por caminhos e posições transversas” (FONSECA, 2005, p. 389).

mo norte-americano, de base anglo-saxã, com uma estrutura judiciária de base portuguesa (aproximada, mas não idêntica, ao modelo abstrato de *civil law*). O Brasil teria construído, ao longo de sua história, uma organização judiciária estruturada nos dois sistemas, combinando, sob o aspecto do recrutamento, o concurso público – e a formação de um corpo burocrático – com a indicação política, concentrada no vértice institucional (VIANNA et al., 1997, p. 36-46). À medida que se ascende ao vértice da pirâmide, seria possível observar uma abertura maior ao ambiente do sistema, com flexibilização dos parâmetros normativos. Historicamente, também, adotou-se uma combinação de mecanismos de controle de constitucionalidade que, desde o início da República, permitiu aos juízes da base ampliarem seus espectros hermenêuticos. Essa organização *sui generis* reforça a dicotomia entre a base e a cúpula do Judiciário brasileiro⁸. Essa correlação de forças se mostrou presente durante o processo de reforma do Judiciário.

Os anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988 foram marcados por significativas alterações na Constituição Federal, destinadas a viabilizar a construção de um Estado mínimo, afim a um direito regulatório favorável à realidade da sociedade “reticular”. Algumas alterações infraconstitucionais prepararam o terreno para a aceitação jurídica do modelo de governo a ser implantado, especialmente nos direitos processual civil e administrativo.

A primeira foi a edição da Lei nº 8.437/92, que impôs restrições à concessão de medidas cautelares contra o Poder Público, inclusive com possibilidade de suspensão das liminares⁹ por ato político-administrativo do presidente do Tribunal a que competisse a apreciação do recurso.

⁸ A dicotomia entre a base e a cúpula não é particularidade brasileira, conforme anota Ferrarese: “[...] a organização hierárquica e o espírito burocrático, além de determinar a subalternidade política dos magistrados ao poder executivo, introduzem forte disparidade dentro do próprio corpo judiciário, dividindo-o em duas partes quase contrapostas: de uma parte, a ‘oligarquia judiciária’ e de outra, a massa dos juízes colocados nos níveis básicos da escala hierárquica. Assim, o mesmo controle político da parte do governo, vinha mesmo mediado pela elite judiciária que funcionava como um órgão de controle sobre o resto do corpo judiciário, assegurando o conformismo jurisprudencial e a implantação de políticas judiciárias agradáveis ao poder político” (1984, p. 49). No entanto, essa peculiaridade parece acentuar o problema, combinando traços culturais de um e outro sistema.

⁹ O instrumento da suspensão das liminares foi originalmente introduzido na legislação do mandado de segurança, sendo definitivamente incorporado à Lei nº 4.348, de 1964, e recepcionado pela Lei nº 12.016/09. De constitucionalidade duvidosa, por representar interferência político-administrativa em decisão judicial, suprimindo-lhe a eficácia, foi identificada como instrumento de força do regime militar, destinado a limitar a eficácia do *writ*. Nada obstante, o Supremo reconheceu, por maioria de votos, a constitucionalidade dos mecanismos de suspensão de liminares, não só nos mandados de segurança, como também nas ações cautelares (BRASIL, 2003).

Essas restrições foram aumentadas, posteriormente¹⁰. O resultado foi o seguinte: a) proibição da concessão de liminares deferindo compensação de créditos tributários ou previdenciários; e b) possibilidade de suspensão liminar da medida, inclusive contra decisão de manutenção da decisão em agravo de instrumento interposto contra a medida (§§ 5º e 7º); a inocuidade da interposição de agravo de instrumento em relação ao processamento do pedido de suspensão (§ 6º); possibilidade de extensão dos efeitos da suspensão a casos supervenientes, mediante simples aditamento do pedido (§ 8º); e, finalmente, a extensão da vigência da decisão até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal¹¹.

A Lei nº 9.424/97 também modificou a lei de ação civil pública (Lei nº 7.347/85, doravante denominada LACP), restringindo o âmbito da eficácia das decisões proferidas pelo juiz de primeiro grau à competência territorial do órgão prolator (art. 16)¹². Em 1993, sobreveio a Emenda Constitucional nº 3, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade. Por meio dessa ação, o governo passou a ter condições de provocar o controle concentrado de constitucionalidade antes mesmo do surgimento de conflito a respeito da validade da norma. Essa emenda inaugurou o sistema de decisões vinculantes em relação aos demais órgãos dos poderes estatais, na fase republicana. Sua inserção pode ser compreendida como mais um instrumento destinado à contenção de demandas e de conflitos.

Essas alterações ocorreram durante a época das privatizações de governos que expediram inúmeras medidas provisórias (art. 62 da CF/88). Em 1995, vieram as Emendas Constitucionais nº 6, 7 e 8, de 15 de agosto, e a Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. Com essas emendas suprimiu-se o conceito de empresa brasileira de capital nacional, permitiu-se que a exploração do solo brasileiro viesse a ser promovida por empresas controladas por pessoas não residentes no país (Emenda nº 6), autorizou-se que a navegação de cabotagem e interior fosse feita por embarcações estrangeiras (Emenda nº 7), eliminou-se o monopólio da exploração de serviços de telecomunicações – antes carreado da União

¹⁰ Pelo advento, primeiro, da Lei nº 9.494/97; depois, da medida provisória 1.984-13, de 2000.

¹¹ Criou-se uma antinomia sistêmica, aparentemente incompatível com a necessidade de se conferir eficiência e coerência ao sistema jurídico: permitir a suspensão da eficácia da decisão até o trânsito em julgado retarda o julgamento e representa subtração de competência do tribunal de segundo grau de jurisdição. Em outras palavras, a decisão somente viria a ter eficácia depois de ultrapassadas as instâncias políticas do Judiciário, instaladas nos tribunais de superposição.

¹² Sobre a constitucionalidade dessa disposição, ver Almeida (2001, p. 167-170); Didier Júnior e Zaneti Júnior (2007, p. 141-148); Venturi (2007, p. 419-447).

ou por concessão a pessoa sob controle acionário estatal (Emenda nº 8) –, e, finalmente, promoveu-se a flexibilização do monopólio do petróleo (Emenda nº 9). Carmen Lúcia Antunes Rocha (2001, p. 26) afirmou que tais modificações inseriram o país nos rumos de uma globalização econômica na qual a *lex mercatoria* teria se transformado em *lex fundamentalis*, contrastando com cláusula pétrea da Constituição Federal, afetando, possivelmente, a defesa da soberania. O foco das Emendas nº 6 e 7 era a privatização da Vale do Rio Doce, empresa estatal de expressão internacional. Já a Emenda nº 8 tinha como escopo viabilizar a privatização do setor de telecomunicações. Houve, desde o início do programa de privatizações, uma *guerra de liminares* (DINIZ, 2004, p. 111-112).

Em 1999, foi editada a Lei nº 9.868, destinada a disciplinar o processamento das ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, e permitiu ao Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da decisão, restringindo os efeitos da declaração ou postergando sua vigência, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” (art. 27). Por fim, estendeu os efeitos vinculantes por meio de lei ordinária para todas as espécies de controle concentrado de constitucionalidade (art. 28).

As discussões a respeito da constitucionalidade dessa lei foram superadas, em 2004, pela Emenda Constitucional nº 45, que tornou regra a vinculação das decisões em controles dessa espécie e introduziu a súmula vinculante¹³.

Embora essas alterações tenham lastro em um discurso racionalizante, destinadas à redução da morosidade e à eliminação de decisões conflitantes, o aspecto mais significativo parece denotar a existência de um processo de deslocamento de força do sistema para o vértice da estrutura judiciária.

Um exemplo foi a Resolução STJ nº 12/09. Por ela, o Superior Tribunal de Justiça recuperou competência para rever decisões de turmas recursais, originariamente não previstas no rol de competências da Constituição Federal (art. 104; súmula nº 203 do STJ). Entre a edição da súmula 203 e a Resolução 12/09, sobreveio a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01), com previsão de criação de turmas de uniformização de jurisprudência, para dirimir divergências entre Turmas Recursais, com

¹³ A súmula vinculante, inspirada nos assentos de jurisprudência do direito colonial (SILVA, 2006, p. 560) e na figura dos precedentes, do direito norte-americano (TAVARES, 2005, p. 108 e ss.) foi uma modificação polêmica da Emenda Constitucional nº 45/04. Silva (2006), David Araújo e Nunes Júnior (2009, p. 394), de um lado, afirmaram sua inconstitucionalidade, em contraposição à Tavares (2005).

possibilidade de provocação do STJ sempre que a decisão contrariasse decisão daquele tribunal (art. 12). A Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/09) repetiu a fórmula (art. 18).

Paralelamente, surgiram as Leis nº 11.276/2006, nº 11.418/2006 e nº 11.672/2008. A primeira foi responsável por permitir que o juiz deixasse de receber recursos contrários às súmulas dos tribunais superiores; a segunda lei introduziu os arts. 543-A e 543-B no Código de Processo Civil de 1973, estabelecendo a possibilidade de o STF negar seguimento a recurso extraordinário quando a questão não tivesse repercussão geral e o sobrestamento de todos os recursos sobre matéria idêntica. A terceira estabeleceu a possibilidade de o STJ julgar um recurso paradigma, com suspensão do andamento de todos os demais referentes à mesma matéria jurídica, nos moldes do que fora previsto para o Supremo. Sobreveio também a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, com a criação do Conselho Nacional de Justiça.

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal emitiu uma decisão que permitia o uso da reclamação para corrigir descumprimentos às posições consolidadas pelo Superior Tribunal de Justiça. A reclamação é uma ação destinada à preservação de competência e de garantia da autoridade do tribunal (art. 105, I, *f*, CF/88) e sempre teve caráter censório. Mesmo assim, em razão da decisão do Supremo – e embalado pelas reformas legislativas citadas, o STJ editou a Resolução nº 12, de 14 de dezembro de 2009, disciplinando o instrumento como meio necessário para dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal de juizado especial estadual e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O procedimento envolve requisição de informações e expedição de ofícios à presidência e à corregedoria do tribunal de justiça do estado em questão. Em outras palavras, em tese – ainda que não se admita esse caráter à reclamação relacionada com o sistema dos juizados especiais – os juízes e turmas recursais passaram a se sujeitar ao risco de um processo disciplinar, caso viessem a descumprir a jurisprudência do STJ.

A introdução do Conselho Nacional de Justiça insere-se nesse contexto de reforma centralizadora (dita racionalizadora) do Judiciário, com escopo de normalizar a atuação jurisdicional a partir das decisões proferidas no vértice do sistema. Talvez essa tenha sido a inovação mais polêmica da Reforma do Judiciário de 2004. Logo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade. Os principais argumentos da ação eram a violação à separação de poderes e ao princípio do pacto federativo.

As garantias institucionais da magistratura adquiriram, no corpo da Constituição Federal, um desenho estruturado conforme o federalismo dual, ou seja, dividido em estrutura federal (comum e especializada) e estadual (comum), como visto. A todos os tribunais, tratados como sistemas judiciários autônomos, foram garantidos autogoverno, capacidade normativa interna e autonomia administrativa e financeira (arts. 96, 99, 125, I e 168 da CF/88). No entanto, a menção da Constituição Federal a “órgãos do Poder Judiciário” e a estrutura herdada da reforma constitucional de 1977, com imposição de uma Lei Orgânica Nacional à magistratura, fez com que o Supremo Tribunal Federal decidisse que a introdução do Conselho Nacional de Justiça não importaria violação ao federalismo, porque este preceito não se aplicaria ao Poder Judiciário, uno que é.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1-DF¹⁴ redefiniu as bases do federalismo brasileiro, restringindo a incidência do princípio aos poderes Legislativo e Executivo, embora se tenha assinalado a necessidade de preservação da auto-organização dos tribunais. Segundo o Relator, “o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas ou metonímias, *Judiciários estaduais* ao lado de um *Judiciário federal*”¹⁵.

Em seguida, paulatinamente, houve o reconhecimento da possibilidade de emissão de regulamentos normativos autônomos, com condição para inovar a ordem jurídica independentemente de lei. O CNJ construiu uma imagem em cima de discursos legitimadores da necessidade de modificação da estrutura judiciária. A presença de resquícios tradicionalistas em inúmeros tribunais, tais como o julgamento sigiloso de sessões administrativas ou a ausência de fundamentação na definição de alguns critérios de organização da carreira, permitiu que o órgão adquirisse legitimidade interna, dentro da instituição, como instrumento de defesa dos magistrados e operadores do direito injustiçados

¹⁴ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

¹⁵ Argumentou-se com o caráter unitário da jurisdição. Esse argumento não se sustenta, rigorosamente, já que a jurisdição apresenta “unidade apreciável apenas do ponto de vista externo e, internamente, pela convergência recursal para tribunais superiores e, em última instância, para o STF” (TAVARES, 2005, p. 163). A unidade ou pluralidade de jurisdições não está relacionada ao modo de exercício desse poder, ou seja, em razão de unidades compostas em modelo federativo ou unitário, conforme ensina Canotilho (1999, p. 615-616), até porque o poder que justifica a Constituição dos Estados-membros também é uno e decorre de manifestação da soberania. A coexistência de ordens jurídicas no interior do Estado federal se explica por uma relação de supracoordenação, que “exige uma visão conjugada de normas e competências”, na expressão de Miranda (2009, p. 154).

com os abusos dos tribunais inferiores. De outro lado, o órgão trabalhou ações de impacto midiático, promovendo decisões que acompanhavam, em parte, as críticas do direito fracassado e que se coadunavam com o desejo da opinião pública. O exemplo mais significativo é a proibição do nepotismo, estabelecida pela Resolução nº 07, de 2005. A proibição envolvia um valor muito difícil de ser contestado, em termos de defesa da lisura da impessoalidade, tanto que a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-DF foi ajuizada pela própria Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Era uma tese sem adversários, mas que envolvia admitir poder normativo primário ao Conselho¹⁶. O reconhecimento do poder normativo primário, contudo, vem contrabalançado por um recurso retórico: o de que a restrição ao nepotismo estaria implícita no art. 37 da Constituição Federal. A argumentação do Supremo dispensou o Conselho de se referir à Lei. Desde então, várias Resoluções são editadas sobre supostos vácuos normativos¹⁷.

Estruturou-se, então, uma nova feição institucional do Poder Judiciário: não mais federalizado, este poder, de caráter nacional, passou a se orientar em função das decisões proferidas no vértice do sistema. Antes, juízes e tribunais interpretavam leis e a consolidação dessa jurisprudência estruturava-se da base à cúpula, que, para modificá-la, sujeitava-se a pesado ônus argumentativo.

Inicialmente, permitiu-se a criação de uma vinculação informal da base profissional da magistratura aos tribunais que compõem o vértice institucional. Aos poucos, essa vinculação foi sendo positivada, por meio de leis infraconstitucionais. O Código de Processo de 2015,

¹⁶ Veja-se a argumentação do Ministro relator: “[...] A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04”. (BRASIL, 2009a).

¹⁷ Consoante ao estudo de André Janjâco Rosilho, dentre 74 resoluções pesquisadas, 24 não fizeram referência a qualquer norma constitucional ou legal. Elas “foram editadas em um certo vácuo normativo, no qual o CNJ pôde gozar de ampla discricionariedade, não encontrando qualquer tipo de obstáculo jurídico-formal relativamente ao seu poder de criar normas” (ROSILHO, 2010, p. 62).

com a adoção do chamado sistema de precedentes, oriundo do direito norte-americano (CPC/2015, arts. 926-928; 988, III), legalizou essa regulação em todo o âmbito processual civil, embora a Constituição Federal tenha definido hipóteses muito pontuais de vinculação, restritas às ações de controle concentrado de constitucionalidade e à súmula vinculante (CF/88, arts. 102, § 2º e 103-A).

Esses mecanismos, criados para incrementar a eficácia e a racionalidade do sistema judiciário, paradoxalmente estimulam a abertura do sistema para operar com uma racionalidade material estranha à lógica própria da esfera jurídica, o que pode trazer problemas de coerência e racionalidade sistêmicas. É o que revela, por exemplo, o tratamento conferido às causas envolvendo expurgos inflacionários.

Na década de 2000, proliferam as causas envolvendo contratos bancários e cobrança de expurgos inflacionários provocados pela edição dos planos econômicos Bresser (1987), Verão (1989) e Collor (1990 e 1991). Esses planos modificaram unilateralmente o índice de remuneração das cadernetas de poupança, provocando perdas significativas aos poupadores. Reiteradas decisões dos tribunais impunham às instituições financeiras o ressarcimento integral dos correntistas, inclusive em tribunais superiores. Nada obstante, a Confederação do Sistema Financeiro ingressou com ação invocando descumprimento de preceito fundamental, pretendendo revisar a jurisprudência estabelecida pela Corte.

Nessa ação (ADPF nº 165), a liminar foi indeferida, sob o argumento de falta de verossimilhança do direito alegado, já que as decisões combatidas tinham lastro em entendimento consolidado nos tribunais superiores (BRASIL, 2009b). Milhões de ações, contudo, vieram a ser suspensas posteriormente, pelos mecanismos previstos nos arts. 543-B e 543-C do CPC (RE 626.307-SP e RE 591.797-SP; AI nº 754.745-SP)¹⁸. Até a conclusão deste trabalho, esses recursos não haviam sido julgados no mérito. Ainda que se argumente que a demora inerente ao processamento dos recursos, a suspensão dos feitos, em nítida contradição com a posição adotada na ADPF nº 165, indica a reversão da eficácia de uma decisão jurídica por um mecanismo de racionalização, utilizado para a preservar o sistema financeiro nacional.

Em outro caso, fazendo uso da reclamação, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu o andamento “de todas as ações envolvendo abusividade de juros em contratos bancários”, em curso nos juizados especiais cíveis (BRASIL, 2011). Impôs-se, enquanto tramitava o processamento

¹⁸ O andamento e as decisões estão disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>.

do recurso, uma suspensão não prevista em lei. O escopo, evidente, era evitar o surgimento de decisões divergentes, em primeiro grau de jurisdição, o que certamente diminui a irritação sistêmica da cúpula do Judiciário¹⁹. Ao agir dessa forma, esses instrumentos permitem aos tribunais superiores não apenas a redução da demanda, mas a redução do ônus argumentativo em face das decisões dos tribunais de composição profissional.

O que se observa, pois, é um deslocamento dos fatores desestabilizadores da racionalidade jurídica, com risco à sua diferenciação sistêmica (CAMPILONGO, 2002, p. 62-63), em favor, nesses casos, de uma racionalidade economicamente orientada. Não se trata de um conflito entre valores constitucionais: especialmente no primeiro caso, a suspensão das decisões contraria uma corrente jurisprudencial lastreada na aplicação da força obrigatória dos contratos que, nesse caso, favorecia os poupadores. Trata-se da possibilidade de se introduzir uma nova espécie de assimetria de valores no sistema. Antes, o desequilíbrio se definia por valores contraditórios albergados pela Constituição Federal. Agora, trata-se de um reflexo da sobrevalorização de uma racionalidade econômica sobre a racionalidade jurídica.

O sistema jurídico não é um simples complexo normativo, isento de pressões. A Constituição Federal criou um novo sistema de princípios e direitos, voltados não para uma revolução econômica, mas para um modelo de Estado social. A introdução de instrumentos de pressão para adoção de interpretações-padrão não se coaduna com a lógica decisória de conflitos de justiça distributiva, de um lado. Na dicotomia entre a base profissional do sistema e a cúpula, de composição política, o resultado do complexo de alterações legislativas e jurisprudenciais aponta para o incremento do controle da atividade decisória à vista de uma previsibilidade afim à adequação do Estado brasileiro a um *regime Shumpeteriano de competição* (JESSOP, 2003, p. 10-14).

Considerações finais

Em um contexto de disfunção própria da racionalidade jurídica, trazida em alguma medida pelo advento do Estado de bem-estar social

¹⁹ Ao final, a reclamação não foi conhecida. Nada obstante, é curiosa a forma de determinação, por meio de comunicação exarada em reclamação, obstando a todos os demais órgãos judiciários o julgamento de determinadas causas.

e, posteriormente, pelas transformações inerentes ao paradigma da sociedade “reticular”, o Estado brasileiro, assim como outros Estados, sofreu um processo de desregulamentação, desestatização e privatização que alterou significativamente seu direito público. Nesse processo, alterou-se, também, significativamente a feição institucional do Judiciário. Este artigo procurou destacar alguns aspectos do plexo de fatores que orientou a reforma do Judiciário e favoreceu a reorganização da estrutura judiciária em torno de uma unidade nacional. Não é tarefa da ciência tomar posição contra ou a favor de um determinado processo histórico. Todavia, algumas questões devem ser ressaltadas, pois remetem à compreensão da conjuntura judiciária nacional.

A crise da racionalidade jurídica favorece e é favorecida pela dificuldade de se operar, juridicamente, com as próprias referências. Essa dificuldade traz problemas para a legitimação do direito em si, gerando um processo degenerativo de sua força simbólica. Nesse sentido, a introdução de um sistema de precedentes, sem lastro em uma tradição cultural jurídica que informe os valores prevalentes no sistema, pode conduzir a uma insegurança decisória, especialmente na base do sistema. A despeito das garantias formais de imparcialidade, o julgador se vê exposto a um órgão gestor central cujos poderes não estão regulamentados em lei²⁰, e a tribunais que podem reconhecer *descumprimentos decisórios* a partir de interpretações jurídicas, estabelecendo uma ameaça de punição implícita que subtrai a força renovatória das instâncias de base.

Observa-se, também, um paulatino deslocamento de força do sistema judiciário para o vértice, com prejuízo da eficácia das decisões provenientes de instâncias profissionais (primeiro e segundo grau de jurisdição); este vértice se mostra sensível aos reclamos de governabilidade em detrimento da observância estrita de preceitos constitucionais ou da legalidade, sem que se obtenha um grau razoável de racionalidade demonstrável por uma coerência argumentativa.

²⁰ É certo que o Conselho Nacional de Justiça trouxe inegáveis avanços no arranjo de forças internas dentro da estrutura judiciária. A despeito da perigosa ausência de limites e do exorbitante poder normativo primário, o CNJ trabalha algumas questões com sensibilidade democrática. Assim o fez, por exemplo, ao promover a publicidade dos atos dos tribunais, que não hesitavam em decidir questões administrativas a portas fechadas. Mas, a pretexto de corrigir essas e outras imperfeições, o Conselho avoca a si a prerrogativa de legislar sobre tudo o que diz respeito à magistratura, tornando-se perigoso instrumento de controle dos tribunais, que correm o risco de se transformar em seguidores de uma política nacional normalizadora, apresentada, de resto, como solução das antinomias políticas do sistema de justiça.

Procurou-se mostrar, neste artigo, que o plexo de fatores que conduz o processo de reforma institucional do Judiciário, com reflexos em sua estrutura federativa e na condição individual do exercício da magistratura pelos juizes, deriva menos de uma opção ou incapacidade pessoal do membro do Poder, mas de uma inexorável tensão entre movimentos de racionalização do sistema jurídico, condição, de resto, inerente ao direito moderno (WEBER, 1999, p. 142-153). Weber, em seus escritos sobre o direito, apresenta uma análise em que se combinam estruturas, sujeitos, cultura e ordem, a viabilizar a consolidação de sentidos atribuídos ao mundo e a formação de uma base de legitimação das múltiplas esferas de interação social, dentre elas, o direito. A força da análise weberiana reside justamente em apresentar a relação entre os processos de coesão, expansão e estruturação da ordem jurídica a partir de uma *tensão permanente* entre *racionalidade formal e material*, que conduz inexoravelmente à formação de gaps (lacunas) de irracionalidade, pressuposto para novas etapas evolutivas. Isso revela, portanto, que grande parte dos problemas imputados aos sujeitos envolvidos na prática judiciária deriva de uma contradição estrutural do direito. Nesse contexto, propostas reformistas que se colocam como panaceias para as contradições narradas se assemelham a livros de autoajuda: podem ser consumidas como alento à espera da próxima “crise”.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BANCO MUNDIAL. *Fazendo com que a Justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil*. Relatório nº 32789-BR, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2007/04/10/000020439_20070410105404/Rendered/PDF/327890PORTUGUE10Que0A0Justica0Conte.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.251 (MC)/DF*. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgamento em: 15 mar. 2001. DJ 24/10/2003. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266193>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12*. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em: 20 ago. 2008. DJ 18/12/2009. Brasília, DF, 2009a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165-MC/DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão: 12 de março de 2009. DJ 18/03/2009. Brasília, DF, 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+165%2ENU-ME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 3 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 5.786 – MT (2011/0088981-0)*. Rel. Min. Sidnei Beneti. Julgado em: 10 maio 2011. DJ 01/12/2011. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=15400830&formato=PDF>>. Acesso em: 10 out. 2017.

CAMPILONGO, Celso. O judiciário e a democracia no Brasil. *Revista USP*, n. 21, p. 118, 1994.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COELHO, Jaime Cesar. *Economia, poder e influência externa: o Banco Mundial e os anos de ajuste na América Latina*. São Paulo: Unesp, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2009. v. 4.

DINIZ, Adriana Nascimento. *BNDES: de agente desenvolvimentista a gestor da privatização: 1952-2002*. 2004. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade de Campinas, Campinas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ENGELMANN, Fabiano. A Globalização e o sentido do rule of law no Brasil: uma proposta de análise. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 33., 2009, Caxambu. *Anais...* São Paulo: ANPOCS, 2009.

ESQUIROL, Jorge L. O direito fracassado da América Latina. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. *Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago. 2004.

FERRARESE, Maria Rosa. *L'istituzione difficile: la magistratura tra professione e sistema politico*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, n. 21, p. 18, 1994.

FONSECA, Francisco. *O consenso forjado: a grande imprensa e a formação da agenda ultraliberal no Brasil*. São Paulo: Hucitec, 2005.

FORSTHOFF, Ernest. *Stato di diritto in trasformazione*. Tradução de L. Riegert e C. Amirante. Milão: Giuffrè, 1973.

JESSOP, Bob. *Narrating the future of the national economy and the national state? Remarks on remapping regulation and reinventing governance*. Lancaster: Lancaster University, Department of Sociology, 2003. Disponível em: <<http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/Jessop-Narrating-the-Future.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

LADEUR, Karl-Heinz. *The emergente of global administrative Law and the evolution of general administrative Law*. Hamburgo: University of Hamburg. Disponível em: <http://works.bepress.com/karlheinz_ladeur/1/>. Acesso em: 10 nov. 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*, n. 21, 1994.

MARTÍN, Carlos de Cabo. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000.

McCULLOCH, Warren. A heterarchy of values determined by the topology of nervous nets. *Bull. Math. Biophysics*, n. 7, p. 89-93, 1945. Disponível em: <http://vordenker.de/ggphilosophy/mcculloch_heterarchy.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSILHO, André Janjácómo. O poder normativo do CNJ e o sistema de justiça brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, abr./jun. 2010.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 18, n. 51, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STARK, David. Heterarchy: exploiting ambiguity and organizing diversity. *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 21, n. 1 (81), p. 21-39, jan.-mar. 2001.

TAMANAHA, Brian Z. The dark side of the relationship between the Rule of Law and Liberalism. *NYU Journal of Law & Liberty*, v. 3, p. 516-547, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a Justiça: comentários completos à Emenda Constitucional nº 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEUBNER, Ghunter. *Direito e teoria social: três problemas*. Tempo soc., São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75-101, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702015000200075&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 nov. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/0103-2070201524>.

TRUBEK, David. The “Rule of Law” in development assistance: past, present and future. In: TRUBEK, David; SANTOS, Álvaro. *The new law and economic development: a critical appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999. v. 2.

_____. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2015. v. 1.

_____. *História geral da economia*. Tradução de Klaus von Puschen. São Paulo: Centauro, 2006.