

**JUÍZES ADMINISTRADORES? O MARTELO QUE NEM TUDO PODE:** a explosão dos novos direitos e o triunfo da judicialização

¿ LA GESTIÓN DE LOS JUECES? EL MARTILLO QUE NO TODO PUEDE: la explosión de nuevos derechos y el triunfo de la judicialización

Monica Teresa Costa Sousa<sup>1</sup>

Paulo Fernando Soares Pereira<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo tem como objetivo analisar a função do Judiciário em um contexto em que a teoria da separação das funções estatais alcançou nova perspectiva após a Constituição Federal de 1988, indagando se os juízes estariam desempenhando a função de administradores públicos, no campo dos conflitos da Administração Pública, bem como se estariam atuando como censores, em relação à sociedade civil. Analisa-se, inicialmente, a compreensão atual a respeito da teoria da repartição das funções estatais, para, em seguida, discutir a atribuição da magistratura diante das novas demandas sociais que passaram a chegar ao Judiciário, questionando-se social, política e juridicamente qual o papel dos juízes no Brasil e qual a sua relação com a burocracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judiciário; Políticas públicas; Novos direitos; Magistratura. Burocracia.

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como objetivo analizar el papel de la judicatura en un contexto en el que la teoría de la separación de poderes del Estado alcanzó nueva perspectiva después de la Constitución Federal de 1988, preguntando si los jueces estarían jugando el papel de los gestores públicos en el ámbito de los conflictos Administración Pública, así como si actuaran como censores, en relación con la sociedad civil. Analiza, inicialmente, la comprensión actual de la teoría de la división de poderes del Estado para, después, discutir la distribución del poder judicial frente a las nuevas demandas sociales que ahora están llegando a los tribunales, cuestionando ya sea social, político y jurídico cuál es el papel de los jueces en Brasil y cuál es su relación con la burocracia.

**PALABRAS CLAVE:** Poder Judicial; Políticas públicas; Nuevos derechos; Poder Judicial. Burocracia.

## **I – INTRODUÇÃO**

A função judiciária brasileira, após 1988, experimentou um novo paradigma. Anteriormente, fortemente atrelada ao princípio da legalidade, teve que se adaptar às novas

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA). Avaliadora do MEC/INEP. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito e Desenvolvimento e do Núcleo de Assessoria Jurídica Popular (NAJUP) "Negro Cosme".

<sup>2</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA). Procurador Federal com exercício no Estado do Maranhão. Professor Universitário junto ao Departamento de Direito da Faculdade Estácio São Luís.

espécies de demandas que lhe foram apresentadas, passando a interferir, de forma mais acentuada, tanto na atividade legislativa quanto na atividade administrativa.

Quais as razões sociais, políticas e jurídicas desse fenômeno? O objetivo do presente trabalho é discutir as razões de judicialização dos novos conflitos, principalmente no que diz respeito à ingerência do Judiciário nos assuntos da sociedade civil e da Administração Pública.

Dessa forma, o trabalho procura discutir as razões pelas quais a sociedade e a Administração Pública não conseguem resolver seus conflitos, por si só, devotando-se ao Judiciário a função de decidir sobre quase tudo e sobre quase todos, como se essa função fosse uma nova nobreza do Estado (BOURDIEU, 2013).

O título da pesquisa faz alusão à obra de Mauro Cappelletti *Juízes legisladores?*, tendo em vista que, no campo da Administração Pública, principalmente, os membros da magistratura são levados a se portar como administradores, apresentando soluções que, em princípio, deveriam estar a cargo daquela. Já no campo da sociedade civil, surge a necessidade, às vezes, de se portarem como censores, na linguagem Ingeborg Maus (2000).

De se ressaltar, ainda, que o artigo não tem por objetivo apontar apenas aspectos negativos do Judiciário, mas em compreender por que a sociedade e a Administração Pública preferem delegar atribuições de gestão a um corpo de pessoas supostamente mais habilitadas para decidir sobre os seus conflitos.

Metodologicamente, o trabalho é dividido em duas partes. Em um primeiro momento, trata a respeito da teoria das funções estatais e os contornos atuais que isso representa. Em seguida, discute o papel dos juízes em um contexto social emergente no qual houve uma explosão de direitos individuais e sociais, o que impulsionou o movimento de crescente judicialização em um país de modernidade tardia como o Brasil.

## **II – A RECONSTRUÇÃO DA TEORIA DA REPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES PÚBLICAS E A EXPLOSÃO DOS NOVOS DIREITOS: as promessas não cumpridas da modernidade e a judicialização**

Parecendo constituir um dogma (AZAMBUJA, 1998) ou mito do direito público, a teoria da separação das funções estatais ou “teoria da separação dos poderes” é uma das invocações discursivas mais rotineiras quando se discorre a respeito dos limites da atividade judiciária, frente aos novos direitos individuais e sociais<sup>3</sup>. O esboço da teoria foi elaborado

---

<sup>3</sup> “Hoje, tende a considerar-se que a teoria da separação dos poderes engendrou um mito. Consistiria este mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados: o executivo (o rei os seus ministros), o legislativo (1ª câmara e 2ª câmara, câmara baixa e câmara alta) e o judicial (corpo de magistrados). Cada poder recobriria uma função própria sem qualquer interferência

pela primeira vez por Aristóteles, em *A Política*; depois, *Locke*, no *Segundo tratado sobre o governo civil* também ofereceu sua contribuição, tendo sua consagração, por fim, em *O Espírito das Leis*, de Montesquieu (MORAES, 2002).

Aristóteles (2013), em *A Política*, pregava que na organização do Estado havia três partes que deveriam merecer especial cuidado. A primeira, a assembléia dos cidadãos, o corpo deliberante, o verdadeiro soberano; a segunda seria a magistratura, os funcionários designados pela assembléia para certas funções e; a terceira, o corpo judiciário. Todavia, se Aristóteles discriminou os órgãos, confundiu as funções, pois deu à assembléia o conjunto de todas as atribuições, sendo os dois outros órgãos simples delegações suas, sem atribuições bem definidas (AZAMBUJA, 1998).

Em verdade, Locke foi o primeiro escritor que realmente colaborou para a teoria da divisão dos poderes (AZAMBUJA, 1998). Inspirando-se na Constituição inglesa, ele pregava, em seus *Ensaio*s, que era necessário que as funções do Estado fossem exercidas por órgãos diferentes<sup>4</sup>.

A Montesquieu, em *O Espírito das Leis*, coube não somente a sistematização de uma teoria completa da divisão dos poderes como também a difusão de tal doutrina pela Europa, fato que veio a se constituir em um dos maiores fatores na organização dos Estados modernos (AZAMBUJA, 1998). Primeiro, ao discorrer sobre a Constituição da Inglaterra, distinguiu os chamados três poderes<sup>5</sup>, para, em seguida, justificar as razões pelas quais os três ‘poderes’ deveriam estar separados<sup>6</sup>.

---

dos outros. Foi demonstrado por Eisenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado, reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do direito de veto; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo interfere sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de amnistias (sic) e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara Alta sob acusação da Câmara Baixa.

Além disso, mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes: os juízes eram apenas ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’; o poder executivo e legislativo distribuíam-se por três potências: o rei, a câmara alta e a câmara baixa, ou seja, a realeza, a nobreza e o povo (burguesia). O verdadeiro problema político era o de combinar estas três potências e desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política favorecida” (CANOTILHO, 1998, p. 110-111).

<sup>4</sup> “O Poder Legislativo é o que tem do direito de determinar a forma como se deve empregar o poder público, para proteger a comunidade e seus membros. As leis podem ser elaboradas em pouco tempo, e assim não é necessário que o Poder Legislativo esteja reunido. Por outro lado, dada a fragilidade humana, grande seria a tentação de abusar do poder se as mesmas pessoas que fazem as leis devessem executá-las. Assim, o Poder Legislativo deve estar separado do Executivo” (LOCKE *apud* AZAMBUJA, 1998, p. 177-178).

<sup>5</sup> “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU, 2000, Livro XI, Capítulo VI, p. 167-168).

<sup>6</sup> “A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo

A separação dos poderes, dessa maneira, foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação; com a evolução dos diversos povos, novas exigências foram criadas, atingindo profundamente a atuação daquele, que passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais, o que impôs, por sua vez, a necessidade de uma legislação mais numerosa e técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes; com o *Welfare State*, o Legislativo, por sua vez, já não tinha condições de estabelecer regras específicas, enquanto o Executivo não podia ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa para, só então, responder às exigências sociais, não raras vezes graves e urgentes (DALLARI, 2002).

A separação de poderes foi um dos remédios contra o abuso do poder estatal, inclusive do próprio Legislativo, consistindo não apenas em uma separação vertical das principais funções do Estado entre os órgãos situados no vértice da administração estatal, mas também a separação horizontal entre órgãos centrais e periféricos nas várias formas de autogoverno, que vão da descentralização político-administrativa até o federalismo (BOBBIO, 1992), tendo sido concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos, e muito embora seja clássica a expressão separação de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível, sendo normal e necessária à existência de muitos órgãos exercendo o poder do Estado, porque a unidade do poder não se quebra por tal circunstância (DALLARI, 2002).

Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos (DALLARI, 2002, p. 215-222).

Eros Roberto Grau (1998) adverte que o importante é verificar que na construção de Montesquieu, não se cogita de uma efetiva separação de poderes, mas de uma distinção entre eles, que deveriam atuar em clima de harmonia não custando lembrar o que o próprio filósofo político já alertava<sup>7</sup>:

---

senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” (MONTESQUIEU, 2000, Livro XI, Capítulo VI, p. 168).

<sup>7</sup> “Montesquieu, como vimos, além de jamais ter cogitado de uma efetiva separação de poderes, na verdade enuncia a moderação entre eles como divisão dos poderes entre as potências e a limitação ou moderação das pretensões de uma potência pelo poder das outras” (GRAU, 1998, p. 171).

Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo Poder Executivo, que o será, por sua vez, pelo Poder Legislativo. Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente (MONTESQUIEU, 2000, p. 176).

Montesquieu, antes de tudo deve ser compreendido e interpretado no quadro da revolução burguesa que se deu em França de 1789<sup>8</sup> (LEAL, 1997), e conquanto tenha bem demonstrado a necessidade da separação dos poderes, julgava também necessário que eles fossem harmônicos; que se limitassem reciprocamente, sem que, todavia, fossem absolutamente separados e não paralisassem uns aos outros; entretanto, os revolucionários franceses desvirtuaram-na, proclamando a separação absoluta das funções do Estado, de forma que os três poderes não se limitavam reciprocamente, mas se entravavam, provocando conflitos e determinando a paralisação da atividade pública (AZAMBUJA, 1998).

Nesse contexto, fica compreensível entender que a interferência do Judiciário em assuntos do Legislativo e do Executivo não é uma anomalia, caso seja feita em uma estrutura institucional que permita o diálogo com as outras funções e até com a oitiva dos anseios da sociedade, pois sendo o Judiciário uma função republicana, não poderia a mesma se manter imóvel ante as novas demandas e a busca por soluções avindas do vazio legislativo ou da inércia administrativa.

É certo, porém, que essa interferência ainda causa certa perplexidade, diante de um novo contexto constitucional que tem como característica a mutabilidade e o reconhecimento de direitos que são descobertos no próprio texto constitucional, na medida em que surgem novos atores, protagonizam-se novos anseios e potencializam-se velhos conflitos, servindo o Judiciário como um dos espaços democráticos para a discussão desses direitos.

Assim, as Instituições dos Sistemas de Justiça passam por um momento de peculiar consolidação, em decorrência do permissivo democrático pós 1988, sendo relevante que o mundo acadêmico avalie comparativamente outros modelos, com as críticas e ponderações necessárias, podendo-se, dessa forma, entender por que razões a definição e a execução das políticas públicas têm migrado da função legislativa e executiva para a judiciária.

Ronald Dworkin (2010), ao criticar as teorias da decisão judicial estadunidenses, adverte que essas concepções de *Common Law* veem as regras do direito costumeiro como vagas, as quais devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las a casos novos, devendo

---

<sup>8</sup> “A teoria da divisão dos poderes está, pois, condenada no mundo contemporâneo. Mas ela nasceu para atender a um reclamo profundo da consciência humana, que é a proteção das liberdades do homem e do cidadão. O problema, pois, que se arma nos dias de hoje é o de descobrir uma nova técnica de proteção das liberdades humanas. Técnica que ainda não se conhece e que, portanto, não está sendo posta em prática nos países onde o poder tem tido necessidade de se afirmar com vigor” (LEAL, 1997b, p. 35).

os juízes criar um novo direito, como se fossem delegados do Legislativo, promulgando-se lei que, na concepção dos magistrados, os legisladores promulgariam caso estivesse diante de determinado caso.

Assim, “os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas” (DWORKIN, 2010). É interessante notar que Max Weber (s/d) já fazia um contraponto a esse pensamento de Ronald Dworkin e a metáfora do juiz Hércules.

A ideia de ‘uma lei sem lacunas’ é claro, energicamente questionada. A representação do juízo moderno como autômato que recebe os processos e os custos a fim de poder emitir o veredicto, junto com as razões justificadoras deste, mecanicamente transcritas de parágrafos codificados, é uma representação aereamente resistida, talvez com motivo de que uma sólida burocratização da justiça traz aparelhada certa aproximação a esse modelo. No âmbito do procedimento judicial há setores nos quais o legislador leva diretamente o juiz burocrático a ‘individualizar’ os procedimentos.

Bruce Ackerman (2008), ao analisar, por exemplo o modelo institucional estadunidense, diz que a Constituição dos Estados Unidos da América leva as instituições normais a agirem com prudência, não defendendo a sua autoridade a qualquer preço; elas são explicitamente convidadas a trabalhar arduamente em uma pareceria com as instituições não-convencionais que representam o povo<sup>9</sup>. No entanto, se as instituições usuais podem ceder às reivindicações populares dos ativistas revolucionários em um momento anômalo, elas continuam a desempenhar um papel estabilizador essencial, sustentando uma continuidade constitucional significativa mesmo em momento de ruptura institucional radical. Não é em vão que os estadunidenses conseguiram transformar momentos de crises intensas em triunfos democráticos de criatividade constitucional.

Essa suposta delegação legislativa acabou levando os juízes americanos, em diversos momentos históricos, ora mais ou menos atuantes, ao ativismo, pois ao tempo em que sustentavam que os tribunais deveriam aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas, desenvolveram princípios de legalidade e igualdade, os quais poderiam ser renovados de continuamente conforme a posição moral da magistratura ao julgar os atos do Legislativo e do Executivo (DWORKIN, 2010).

Ocorre que o papel da magistratura nos países que enfrentaram a modernidade tardia não ocorreu no mesmo momento histórico da magistratura estadunidense. Com certo atraso, o protagonismo judicial brasileiro veio se afirmar, de forma efetiva, somente após 1988, tendo em vista que o ativismo está intimamente ligado à questão de acesso à justiça.

---

<sup>9</sup> O papel crucial dos mercados não torna as outras instituições insignificantes, mesmo em termos de resultados que a economia pode produzir; os resultados de mercado são influenciados por políticas públicas em educação, epidemiologia, reforma agrária, proteção legal, havendo muito o que se fazer através da ação pública, o que pode alterar o resultado de relações econômicas locais e globais (SEN; KLIKSBURG, 2010).

Este último, por sua vez, está diretamente ligado à democracia que só floresceu após o término do regime militar (RIBEIRO, 2008), o que comprometeu sobremaneira a consolidação das instituições brasileiras, dentre elas o Judiciário e as demais Instituições dos Sistemas de Justiça, que passaram a travar verdadeira guerra em busca da efetividade dos velhos e novos direitos individuais, sociais e coletivos.

Mas a estrutura dos novos direitos sociais é radicalmente diferente daquela das liberdades tradicionais: e a diferença é tal que explica a extrema dificuldade da realização concreta destes direitos, e da realização portanto da nova democracia político-social por estes caracterizada.

Não basta, de fato, diversamente daquilo que acontece para os direitos individuais de liberdade, a afirmação dos direitos sociais em uma norma constitucional para que estes, automaticamente, encontrem o correspondente reflexo na realidade jurídica do Estado: estes não comportam para o Estado, como as liberdades políticas, uma mera obrigação *negativa* de não fazer, de deixar de fazer, ao contrário, comportam uma obrigação *positiva* de agir – uma obrigação, mais ainda, que tem o caráter de *permanência*, tem a necessidade de ser permanentemente cumprida e com vigilante assiduidade, porque não é daquelas que se cumpre e se extinguem de uma vez para sempre [...] Enquanto com os direitos tradicionais ‘se aponta para salvaguardar a liberdade do cidadão da opressão política’, com os novos direitos sociais se aponta ao invés, ‘para salvaguardar da opressão econômica. O fim é o mesmo, isto é, a defesa das liberdades individuais, mas os meios são diferentes: porque, enquanto para satisfazer os direitos sociais, o Estado deve empenhar-se ativamente para destruir o privilégio econômico e para auxiliar o necessitado a liberar-se da necessidade, a tarefa do Estado para a defesa da liberdade não se encerra mais na cômoda inércia do *laissez faire*, mas implica uma tomada de posição no campo econômico e uma série de prestações ativas na luta contra a miséria e contra a ignorância’ (CAPPELLETTI, 2010, p. 63).

Neste trabalho, as teorias de Mauro Cappelletti serviram de base a respeito da discussão entre judicialização e as Instituições dos Sistemas de Justiça. Justifica-se tal aporte teórico em virtude do jurista italiano ter compreendido os problemas do processo moderno em um contexto social, político e econômico, ou seja, o pensador não se preocupou apenas em verificar as questões internas do processo, como algo a ser resolvido pelos juristas, tendo investigado a questão em uma esfera mais abrangente, indo além da crença infantil de que os problemas de efetividade processuais são meros problemas de legislação<sup>10</sup>.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na obra *Acesso à Justiça* (2002), informam três ondas de acesso à justiça, quais sejam: (i) a expansão da oferta de serviços jurídicos aos setores pobres da população; (ii) a incorporação dos interesses coletivos e difusos; e (iii) a contemplação de mecanismos alternativos de solução de litígios, tais como a justiça informal, a simplificação da lei e o desvio de casos de competência do sistema formal legal (RIBEIRO, 2008).

---

<sup>10</sup> Cappelletti e Garth (2002, p. 15-20) recordam que embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescente e aceito como um direito social básico nas sociedades modernas, o conceito de ‘efetividade’ é, por si só, vago, pois a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’, ou seja, a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagonicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos; a igualdade perfeita, contudo, seria utópica, devendo ser ultrapassados os obstáculos ao acesso à justiça, como as custas judiciais, o tempo do processo etc.

Contudo, no Brasil, atualmente, parece que já não se trata de uma questão de acesso<sup>11</sup>, mas de efetividade<sup>12</sup>, ou seja, o país criou todo um aparato institucional para proporcionar que os cidadãos tivessem acesso às instituições formais. Porém, aquele fica comprometido quando se analisa a qualidade, a efetividade e a temporalidade, haja vista que as Instituições dos Sistemas de Justiça não estavam desvinculadas de seu histórico burocrático.

O acesso à justiça não pode ser compreendido, dessa maneira, apenas com a ampliação quantitativa, sem preocupação com a questão qualitativa da distribuição daqueles que dela necessitam (RIBEIRO, 2008). Por exemplo, preocupou-se muito com a questão do aparelhamento institucional das Instituições, com discursos muitas vezes corporativistas em busca de autonomia financeira e administrativa de instituições como o Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública e Polícias, mas, por outro lado, cobrou-se muito pouco, em termos de eficiência de resultados, dessas instituições.

E o que é pior: o discurso de acesso à justiça, principalmente aos pobres<sup>13</sup> e à proteção dos interesses coletivos<sup>14</sup>, não raras vezes, é utilizado apenas para se garantir ou se conquistar novas benesses<sup>15</sup> à “nobreza ou fidalguia burocrática” das Instituições dos

---

<sup>11</sup> As barreiras do acesso à justiça estariam diminuindo; os pobres estariam obtendo assistência judiciária em número cada vez maiores, não apenas para causas de família ou defesa criminal, mas também para reivindicar direitos novos, não tradicionais, como demandantes ou demandados (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

<sup>12</sup> A respeito da assistência judiciária aos pobres, “mesmo presumindo que haja advogados em número suficiente, no país, é preciso que eles se tornem disponíveis para auxiliar aqueles que não podem pagar por seus serviços. Isso faz necessárias grandes dotações orçamentárias, o que é o problema básico dos esquemas de assistência judiciária. A assistência judiciária baseia-se no fornecimento de serviços jurídicos relativamente caros, através de advogados que normalmente utilizam o sistema judiciário formal. Para obter os serviços de um profissional altamente treinado, é preciso pagar caro, sejam os honorários atendidos pelo cliente ou pelo Estado. Em economias de mercado, como já assinalamos, a realidade diz que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres, também” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 47).

<sup>13</sup> Na teoria de Cappelletti e Garth (2002, p. 31-32) a assistência judiciária aos pobres se insere na denominada primeira onda, na qual os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se em proporcionar serviços jurídicos para os mais necessitados, considerando que, na maior parte das sociedades modernas, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar ou responder uma demanda.

<sup>14</sup> “Interesses difusos são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação. [...] Assim, conquanto como regra, a proteção privada de interesses difusos exija ação de grupos, é difícil assegurar que tal ação coordenada tenha lugar, se o próprio governo falha, como no exemplo acima, em sua ação em favor do grupo. Uma posição tradicional e ainda prevalente em muitos países é a de simplesmente recusar qualquer ação principal privada e continuar, em vez disso, a confiar na máquina governamental para proteger os interesses públicos e dos grupos. Pesquisa comparativa recente, no entanto, demonstrou o quanto é inadequado confiar apenas no Estado para a proteção dos interesses difusos. É profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 27-28).

<sup>15</sup> As lutas corporativistas do Judiciário, por exemplo, na Alemanha, são lembradas por Ingeborg Maus (2000, p. 194), para quem “a Justiça transformou em fetiche sua independência mediante exigências corporativistas, ao mesmo tempo que, ao negar fundamentalmente sua ‘vinculação à legalidade’, exigiu independência do recém-democratizado Poder Legislativo”.



Sistemas de Justiça brasileiras<sup>16</sup>, desconsiderando-se outras formas de resolução de conflitos<sup>17</sup>, extrajudiciais<sup>18</sup>, bem como de instituições não formais<sup>19</sup>.

A eficiência dessas instituições (principalmente do Judiciário), consumindo uma boa parcela dos orçamentos públicos<sup>20</sup>, passou a ser questionada o que acabou desencadeando na Emenda Constitucional n. 45/2004, inscrevendo-se o vago princípio da razoável duração do processo administrativo e judicial no texto constitucional.

Portanto, trata-se de uma falácia acreditar que apenas a inscrição do princípio da razoabilidade na Constituição pode suscitar transformações que impliquem a reorientação do arranjo organizacional existente no Poder Judiciário. Apenas a alteração dos constrangimentos sistêmicos pode, de fato, promover uma ampliação do acesso da população à justiça, por intermédio da celeridade dos pronunciamentos judiciais. (RIBEIRO, 2008, p. 475).

Há de se reconhecer que a Emenda Constitucional n. 45/2004 teve o mérito de permitir um aparato institucional (burocrático, em sua acepção weberiana), objetivando fazer o controle da atividade não judiciária do Judiciário, instituindo um órgão de controle, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que tem contribuído bastante para o estudo da engenharia administrativa e judicial de sua instituição protagonista<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Trata-se de um problema histórico e cultural já trabalhado por Sérgio Buarque de Holanda (1995), para quem o Estado não seria uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particulares, de que a família é o melhor exemplo; não haveria, entre a família e o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição; com a transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasceria o Estado, fazendo-se do simples indivíduo um cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável, ante as leis da cidade.

<sup>17</sup> Para Cappelletti e Garth (2002, p. 13), o processo não deveria ser colocado no vácuo, sendo que os juristas necessitariam reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais, que os tribunais não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.

<sup>18</sup> A terceira onda de acesso à justiça diz respeito a um novo enfoque de acesso, incluindo a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, ou até mesmo superando essa premissa; a nova onda centraria atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas (CAPPELLETTI; GARTH, p. 67-68)

<sup>19</sup> “Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além mais dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 13).

<sup>20</sup> Cláudio D. Shikida e Ari Francisco de Araújo Jr. (2006, p. 80-82), ao analisarem por que o Estado cresce e qual seria o tamanho ótimo do Estado brasileiro, lembram que o governo brasileiro não é diferente de outros e costuma conceder vantagens e privilégios aos grupos que se apossaram do governo, como uma marca registrada. Dessa forma, o Estado costuma conceder privilégios cartoriais a determinados grupos da sociedade, que extrairá renda de uma atividade improdutiva, seja dando empregos a apadrinhados políticos, seja dificultando o processo de demissão de funcionários públicos, que passam a ser detentores de verdadeiras rendas vitalícias. Além disso, a autoridade tende a ser dissipada e o tamanho do Estado aumentar, devido a impossibilidade de automonitoramento de seus agentes, que costumam gerir a distribuição de determinados serviços públicos. Segundo os autores, os serviços oferecidos aos constituintes, geralmente são produzidos por uma burocracia auto-interessada e disposta a capturar parte da renda do monopólio da autoridade, ou seja, parte da receita pública vai ser objeto de interesse dos grupos de agentes que capturam a mesma.

<sup>21</sup> [Art. 103-B](#). O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: [...] § 4º

Retornando ao ponto inicial da discussão, novos direitos e reflexos na atividade jurisdicional, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002), lembram que nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, o direito de acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação, significando, no entanto, que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção; com o crescimento da sociedade do *laissez-faire*, em tamanho quanto em complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical, momento em que as ações e relacionamentos assumiram caráter mais coletivo que individual e no qual as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas ‘declarações de direitos’, típicas do século XIX.

Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 11-12).

---

Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. § 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: I - receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; III - requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízes ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios. § 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

As Instituições dos Sistemas de Justiça, assim, parece que foram preparadas para atuar na tutela de direitos tradicionais, para os quais a modernidade não conseguiu realizar as suas promessas<sup>22</sup>. Os novos direitos ou direitos não tradicionais, para todas as sociedades modernas, tornaram-se difícil de serem transformados em vantagens concretas para as pessoas comuns, pois mesmo supondo-se que houvesse vontade política de mobilizar os indivíduos para fazerem valer seus direitos, ou seja, supondo que esses direitos fossem para valer, colocou-se a questão fundamental de como fazê-lo efetivá-los (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

A modernidade, com as suas promessas, teria sido fruto do Iluminismo e da Revolução Francesa<sup>23</sup>. Para Jünger Habermas, o projeto da modernidade estaria inacabado e ainda poderá ser completado sob os instrumentos analíticos políticos e culturais desenvolvidos pela modernidade da qual não se pode retirar prematuramente (MARCHESAN, 2007).

Em contraponto à modernidade, floresceu o movimento denominado pós-modernidade. Os críticos da modernidade dizem que a mesma se trata de um projeto inacabado, com promessas não cumpridas<sup>24</sup>, o que engendrou um conjunto de fatos sociais, econômicos e culturais que deu abertura a um novo período, que se passou a denominar de pós-modernidade (MARCHESAN, 2007).

Uma das características da pós-modernidade seria a compressão do tempo-espço, acentuando-se a volatilidade e efemeridade de modas, produtos, técnicas de produção, processos de trabalho, ideologias, valores e práticas estabelecidas, em que o domínio da produção de mercadorias tem como efeito primário a ênfase nos valores e virtudes da instantaneidade (alimentos e refeições instantâneos e rápidos e outras comodidades) e da descartabilidade (xícaras, pratos, talheres, embalagens, guardanapos, roupas etc.), gerando uma de uma sociedade do descarte, com um bombardeio de estímulos no campo das mercadorias, o que gera a problemas de sobrecarga sensorial no ser humano (HARVEY, 1994). Dentre as implicações da compressão do espaço, que interessa a este

---

<sup>22</sup> A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos, pois o processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes e respeito de seus próprios interesses individuais, direitos os quais não pertencem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento público não se enquadravam bem nesse esquema (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 49-50).

<sup>23</sup> O princípio da igualdade formal poderia ser alcançado caso a estrutura burocrática do Estado nivelasse governantes e governados: “o mais decisivo na democratização é a equiparação dos governados frente ao grupo governante, burocraticamente estruturado, o qual, por sua vez, pode desempenhar um papel bastante autocrático, tanto formalmente quanto de fato” (WEBER, s/d, p. 56).

<sup>24</sup> “Uma ‘igualdade formal perante a lei’ e uma distribuição e administração ‘racionalmente calculáveis’, tal como exigido pelos interesses burgueses, não servem às massas despossuídas. Da perspectiva destas, é natural que a justiça e administração de bens sirvam para reparar as carências das suas oportunidades econômicas e sociais de vida, com relação às classes possuidoras. Mas a justiça e a administração somente podem desempenhar esse papel se assumirem em grande medida o caráter informal” (WEBER, s/d, p. 47).

trabalho, as estratégias de atração baseadas nas geografias dos lugares se destacam como forma de alavancar o desenvolvimento<sup>25</sup>.

Nesse cenário de uma suposta pós-modernidade, com as críticas às promessas não cumpridas da modernidade, questiona-se o papel tradicional do Estado, alicerçado no princípio da legalidade, fortemente atrelado a uma estrutura burocrática, emergindo a força de um ator que se redescobre institucionalmente, o Judiciário, chamado para concretizar as omissões da função legislativa e administrativa. Essa crítica à função do Estado é necessária, mas não pode ser ilusória ao ponto de se pensar, atualmente, que seria possível abdicar de sua estrutura burocrática.

Os governados, por sua vez, não podem prescindir do aparelho burocrático de autoridade, ou substituí-lo, quando já existe, visto que esta burocracia funda-se em uma preparação especializada, uma divisão funcional do trabalho, e uma constelação de atitudes metodicamente integradas. Se o funcionário deixar de trabalhar, ou se o seu trabalho sofrer uma interrupção forçada, sobrevêm o caos e é difícil encontrar, entre governados, substituintes que sejam capazes de controlá-lo. Isto vale tanto para a administração pública quanto para a administração econômica privada. A sorte material das massas depende cada vez mais do andamento regular e correto das estruturas cada vez mais burocráticas do capitalismo privado. E isto faz com que cada vez mais seja utópica a tentativa de eliminá-las (WEBER, s/d, p. 59-60).

O Estado para ser eficiente necessita de uma estrutura burocrática da qual não se pode abdicar; o que deve ser combatido não é o fenômeno da burocracia, mas a apropriação da máquina burocrática por grupos ou interesses que não representam as diversas coletividades, criando-se novas espécies de “nobrezas do estado”.

A crise da eficiência do Estado, muitas vezes ocasionada pela apropriação da máquina burocrática pelas minorias tecnocráticas e políticas não pode servir de mote a um discurso de eliminação daquele. O Estado deve buscar a sua eficiência seja na atividade legislativa, seja na atividade administrativa, sob pena de sufocar o Judiciário, com pautas que superam a sua capacidade institucional, o que compromete inclusive a proteção dos direitos

---

<sup>25</sup> “Se os capitalistas se tornam cada vez mais sensíveis às qualidades espacialmente diferenciadas de que se compõe a geografia do mundo, é possível que as pessoas e forças que dominam esses espaços os alterem de um modo que os torne mais atraentes para o capital altamente móvel. As elites dirigentes locais podem, por exemplo, implementar estratégias de controle da mão-de-obra, de melhoria de habilidades, de fornecimento de infraestrutura, de política fiscal, de regulamentação estatal etc., a fim de atrair o desenvolvimento para o seu espaço particular. Assim, as qualidades do lugar passam a ser enfatizadas em meio às crescentes abstrações do espaço. A produção ativa de lugares dotados de qualidades especiais se torna um importante trunfo na competição espacial entre localidades, cidades, regiões e nações. Formas corporativas de governo podem florescer nesses espaços, assumindo elas mesmas papéis desenvolvimentistas na produção de climas favoráveis aos negócios e outras qualidades especiais. E é nesse contexto que podemos melhor situar o esforço das cidades, assinalado na Parte I (pp. 87-92) para forjar uma imagem distintiva e criar uma atmosfera de lugar e de tradição que aja como um atrativo tanto para o capital como para pessoas ‘do tipo certo’ (isto é, abastadas e influentes). O aumento da competição entre lugares deveria levar à produção de espaços mais variegados no âmbito da crescente homogeneidade da troca internacional. No entanto, na medida em que essa competição abre as cidades a sistemas de acumulação, acaba sendo produzido o que Boyer (1988) chama de monotonia ‘serial’ e ‘recursiva’, ‘gerando a partir de padrões ou moldes já conhecidos lugares quase idênticos em termos de ambientes em diferentes cidades: South Street Seaport, de Nova Iorque; Quincy Market, de Boston; Harbor Place, de Baltimore” (HARVEY, 1994, p. 266).

individuais básicos, tendo-se em conta que o mesmo tem sido instado a substituir papéis de outros agentes públicos e até mesmo a função que deveria competir à própria sociedade civil.

Nesse contexto, se Mauro Cappelletti (1993) já tratava dos *Juízes Legisladores*, parece que se poderia falar, também, de *Juízes Administradores*, pois a atividade judiciária cada vez mais é instada a se debruçar sobre a pauta administrativa, a quem tradicionalmente não lhe competia manifestação.

### **III – JUÍZES ADMINISTRADORES? DA MERA INTERPRETAÇÃO DA LEI À ADMINISTRAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: o burocratismo administrativo e o protagonismo judicial**

O corpo administrativo brasileiro parece ter nascido já com a pecha dos desvios éticos, o que contribuiu para desvirtuar as concepções weberianas de burocracia<sup>26</sup>, baseadas na ideia de um estado de legalidade no qual não poderia haver favoritismos e no qual os procedimentos deveriam estar previamente definidos até se alcançar a finalidade<sup>27</sup>.

A burocracia, na concepção de Max Weber (s/d), implica a possibilidade de se colocar em prática o princípio da especialização das funções administrativas conforme regulamentações estritamente objetivas; as atividades particulares são confiadas a funcionários especializados que, com a prática administrativa, vão aprendendo cada vez mais, advindo daí a superioridade técnica da mesma<sup>28</sup>; assim, a resolução “objetiva” dos assuntos pressupõe primeiramente uma resolução conforme as normas calculadas e “sem levar em conta as pessoas”. O Estado, através de seus funcionários, corporificaria essa engenharia burocrática impessoal, objetivando a satisfação dos interesses da sociedade.

A superioridade puramente técnica da organização burocrática foi sempre razão decisiva do seu progresso com relação a cada outra forma de organização. O mecanismo burocrático é para as demais organizações como a máquina o é para os modos de produção não mecanizados.

Precisão, velocidade, certeza, conhecimento dos arquivos, continuidade, direção, subordinação estrita, redução de desacordos e de custos materiais e pessoais são qualidades que, na administração burocrática pura, e fundamentalmente na sua forma monocrática, atingem o seu nível ótimo. A burocracia planejada é, nos mencionados aspectos, comparativamente superior às restantes formas de administração, colegiada, honorífica e não profissional (WEBER, s/d, p. 37).

---

<sup>26</sup> Em que pese a afamada burocracia brasileira, que se fez conhecer país afora, Guy Hermet (2002, p. 46 e 195) adverte que embora o Brasil sofra indiscutivelmente de uma excessiva propensão ao formalismo e à papelada, por outro lado, o país, nesse aspecto, não deixaria de se caracterizar por sua seriedade e até por uma rigidez quase prússica, que deveria merecer elogios.

<sup>27</sup> “Diferentemente do autogoverno democrático das pequenas unidades homogêneas, a burocracia vai ligada necessariamente à moderna democracia de massas. Isto deriva do princípio definitório da burocracia: a regulação abstrata da prática da autoridade, a qual procede do requerimento de ‘igualdade perante a lei’ e, por conseguinte, do repúdio de privilégios e do tratamento dos assuntos “‘caso a caso’” (WEBER, s/d, p. 53).

<sup>28</sup> “O predomínio da estrutura burocrática baseia-se na sua superioridade “técnica”. Aqui, como em geral em toda a técnica, este fato tem a seguinte consequência: o avanço burocrático foi mais lento quanto às formas estruturais mais antigas tinham um bom desenvolvimento técnico e adaptavam-se funcionalmente às necessidades do momento” (WEBER, s/d, p. 58).

No caso brasileiro, a realidade social, econômica, política e jurídica deu outros contornos à noção de burocracia, tendo em conta que o Estado acabou se tornando uma extensão dos domínios privados<sup>29</sup>.

O funcionário está por toda parte, dirigindo a economia, controlando-se e limitando a sua própria determinação. Uma realidade política se entrelaça numa realidade social: o cargo confere fidalguia e exercício da parcela de poder que o acompanha. A expressão completa desta comédia se revela numa arte, cultivada às escondidas: a arte de furto. A nota de crítica e de censura flui de duas direções, ao caracterizar o enriquecimento no cargo como atividade ilícita: a ética medieval, adversa à cobiça, e a ética burguesa, timidamente empenhada em entregar o comércio ao comerciante. [...] Desta confusão de águas não resulta apenas a peita, a corrupção, senão a enxurrada de servidores e pretendentes a servidores, de soldados e dependentes, de reivindicadores de pensões para a velhice (FAORO, 2001, p. 100-101).

O quadro administrativo brasileiro, portanto, teve em sua gênese a preocupação com os interesses individuais<sup>30</sup>, o que deu margem para o surgimento de uma espécie de fidalguia, a que Pierre Bourdieu (2013) denominou de “a nobreza do estado”, ao analisar o exemplo de formação das elites francesas a partir da análise do sistema escolar, inicialmente, e, posteriormente, a burocracia estatal<sup>31</sup>.

Em sentido semelhante ao exposto acima, Michel Crozier (1983) já havia analisado o exemplo da burocracia da França como forma de bloqueio à sociedade<sup>32</sup>, em obra

---

<sup>29</sup> O patrimonialismo brasileiro imperou desde tempos remotos, com tipo primitivo de família patriarcal, na qual os detentores das posições públicas não sabiam bem distinguir os domínios públicos e privados; o burocrata puro, o funcionário patrimonial veria a gestão política como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles são auferidos se relacionam a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucederia em verdadeiro Estado burocrático *weberiano*, no qual deveria prevalecer a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos; além disso, a escolha dos homens que iriam exercer as funções públicas, no patrimonialismo, faz-se conforme a confiança pessoal que mereçam os candidatos e não conforme méritos próprios (HOLANDA, 1995), não sendo de se estranhar que, atualmente, pululem cargos de “confiança” em todos os âmbitos da Administração Pública.

<sup>30</sup> Em contraponto, é interessante lembrar o padrão da formação da burocracia dos Estados Unidos. Alexis de Tocqueville (1998, p. 157), há séculos, descrevia a mesma nos seguintes termos: “os funcionários públicos, nos Estados Unidos, ficam confundidos em meio à multidão dos cidadãos; não têm palácios, nem guardas, nem trajes cerimoniais. Essa simplicidade dos governantes não se deve unicamente a uma tendência particular do espírito americanos, mas aos princípios fundamentais da sociedade. Aos olhos da democracia, o governo não é um bem, é um mal necessário. É preciso atribuir aos funcionários certo poder, pois, sem esse poder, para que serviriam? Mas, de modo algum, são as aparências exteriores do poder indispensáveis à marcha dos negócios de Estado; ferem ademais, inutilmente, a suscetibilidade que não obtiveram o direito de situar-se acima do povo, pelo seu poder, a não ser sob condição de descer ao nível deles pelas suas maneiras”.

<sup>31</sup> Nesse ponto, Guy Hermet (2002) relembra as lições de Pierre Bourdieu (2013) a respeito do modelo de solidariedade de castas dos altos funcionários franceses e o ‘espírito de serviço público’ da administração, supostamente de filiação napoleônica do Estado republicano francês.

<sup>32</sup> Ao comentar sobre o bloqueio, advinda principalmente de uma forte centralização, Michel Crozier (1983, p. 77) aduz que “essa tradição de centralização é ligada a uma outra característica mais raramente reconhecida, mas igualmente essencial, a estratificação. As administrações francesas são profundamente estratificadas em linhas funcionais, mas principalmente hierárquicas. A passagem de uma categoria a outra é difícil e a comunicação entre categorias limitada. Dentro de cada categoria, a regra da igualdade prevalece e a pressão do grupo sobre o indivíduo é considerável. Tal sistema apresenta vantagens de estabilidade, regularidade e previsibilidade. Mas, ao mesmo tempo, é extremamente rígida e mascara a rotina. Como os subordinados têm interesse em bloquear as informações, os superiores, eu não têm os meios de conhecer na prática as variáveis essenciais a serem levantadas em consideração, tendem naturalmente a se apoiar em regras abstratas ou utilizar os precedentes para a tomada de decisões. A centralização e a estratificação constituem barreiras tão fortes à

intitulada *A sociedade bloqueada*<sup>33</sup>, na qual argumenta que o peso da burocracia, o impacto de uma longa tradição de comando militar, o desenvolvimento de organizações industriais que adotaram o modelo de organização oferecido pelo Estado ou pelo Exército habituaram os franceses a um modelo geral de centralização que seria temperado pela anarquia dos privilégios e ‘bons sentimentos de paternalismos’; o sistema seria acompanhado por um fosso entre dirigentes e executantes, por um estilo rígido de relações entre grupos humanos, por um modelo limitante de jogo baseado na defesa e na proteção e por uma paixão geral dos indivíduos pela segurança de seus interesses<sup>34</sup>.

Desse modo, essa nova nobreza “nobreza de toga”, cujos herdeiros estruturais e, às vezes descendentes, são os tecnocratas contemporâneos<sup>35</sup>, seria um corpo que se julga criando ao Estado, que, para constituir-se, deve construir o Estado, ou seja, seria uma Filosofia Política inteira do ‘serviço público’ como serviço ao Estado, ou ao ‘público’ (não só ao rei, como a antiga nobreza), e desse serviço como atividade supostamente ‘desinteressada’ e orientada para fins universais (BOURDIEU, 2013).

Para que isso ocorra, há uma prolongação dos circuitos de legitimação, na qual o dominador utiliza vários mecanismos para que os dominados legitimem a dominação, utilizando-se, inclusive, do argumento de autoridade, *expertise*<sup>36</sup>, tão comum no serviço

---

comunicação que as conseqüências das decisões burocráticas ainda demorarão muito tempo a aparecer. O sistema não pode se corrigir em função de seus erros; ele tende a se fechar sobre si mesmo”.

<sup>33</sup> No caso francês, Michel Crozier (1983, p. 116-117) trata de três sistemas de controle que manteriam a estratificação, a hierarquização e compartimentalização que bloqueariam as inovações daquela sociedade: a) o *sistema administrativo*, que controlaria todas as atividades coletivas públicas de importância, inclusive as econômicas; b) o *sistema de educação*, que controlaria grande parte dos mecanismos de seleção sobre os quais se basearia o jogo da promoção e do sucesso; c) o *sistema político*, monopolizando a integração das atividades coletivas e impedindo, em simbiose com o sistema administrativo, que qualquer atividade integradora pudesse ser assegurada a um escalão intermediário, o que atrofiaria a vitalidade das unidades de inovação. O mesmo autor (CROZIER, 1983, p. 129-133), também, dedica algumas páginas para tratar do problema da seleção da elite e da manutenção das castas tradicionais, à semelhança do que fez Pierre Bourdieu (2013).

<sup>34</sup> “Mesmo no interior das empresas, as relações entre indivíduos de condições diferentes continuam difíceis. O indivíduo é então rejeitado ao grupo de seus pares, que é o único que pode assegurar sua proteção. Isto resulta numa situação de estratificação em que cada grupo luta por manter seus privilégios” (CROZIER, 1983, P. 71).

<sup>35</sup> Evidentemente, aqui, podem ser incluídos todos aqueles que fazem parte das Instituições dos Sistemas de Justiça, que direta ou indiretamente, podem acabar bloqueando os anseios da sociedade. Ingeborg Maus (2000, p. 201) alerta: “a nova imago paterna afirma de fato os princípios da ‘sociedade órfã’. Nesta sociedade exige-se igualmente resguardo moral a movimentos sociais de protesto. Os parlamentos podem mais facilmente desobrigar-se da pressão desses pontos de vista que vêm ‘de baixo’ na medida em que já internalizaram eles próprios os parâmetros funcionalistas de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis [...] Que desta forma os espaços jurídicos autônomos desapareçam é tão notável quanto o fato de que na sociedade atual a integração jurídica dos aparelhos do Estado e a integração moral das relações vitais concretas permaneçam ainda acentuadamente independentes uma das outras”.

<sup>36</sup> “O conhecimento técnico do perito foi obtido cada vez mais a base da situação do poder do funcionário. Por conseguinte, o governante viu-se obrigado a descobrir uma forma de utilizar o conhecimento especializado dos peritos sem perder, por esse motivo, a sua posição dominante. É típico que com a ampliação qualitativa da gestão administrativa e, conseqüentemente, com a indispensabilidade do conhecimento técnico, o monarca já não se satisfaça com consultas ocasionais com confidentes pessoais de confiança, ou com uma assembleia destes convocada intermitentemente e em momentos difíceis” (WEBER, s/d, p. 73).

público ou entre as Instituições dos Sistemas de Justiça, na qual atuam fortemente as forças do campo do poder<sup>37</sup>.

Julgam-se como os agentes necessários de uma política necessária, capaz de gerar a felicidade do povo, apesar de ele, e, por exemplo, estão convencidos de que, reformando a organização e os processos de decisão nas grandes empresas privadas, a ‘revolução da gestão’ permite arvorar-se uma revolução em matéria de direitos de propriedade; mas em idêntica medida se sentem obrigados a pensar em uma perspectiva ‘social’, a conduzirem-se como agentes do Estado mais que homens de negócios e a fundar suas decisões na ‘neutralidade’ da ‘*expertise*’ e na ética do ‘serviço público’. De modo igual, a tentação de se autolegitimar que levar a alguns dos novos mandarins coroados por sua competência cultural, a usar desta competência para coroar-se e legitimar-se por si sós, supõe um reconhecimento forçado dos poderes propriamente culturais e encontra seu antídoto na complexidade das relações de competência para a produção e a imposição dos princípios de visão e de divisão do mundo social, resultantes da diferenciação sem precedente do campo do poder, e que posam, em condições profundamente renovadas, a questão da legitimação dos poderes.

A dominação deve fazer-se reconhecer, ou seja, conhecer e reconhecer por aquilo que não é: a tautologia ‘os dominantes são dominantes’ (ou ‘as relações de poder são relações de força’) funciona como uma denúncia e se uns dominantes foram levando por sua conta, adotaria a forma de uma cegueira autodestrutiva (BOURDIEU, 2013, p. 539).

Com ponto de vista de semelhante, Ingeborg Maus (2000), ao analisar o Judiciário alemão, com uma perspectiva psicológica, em forma de metáfora, diz que a sociedade moderna seria uma sociedade orfã<sup>38</sup>, na qual a figura do pai (o príncipe) estaria sendo substituída pelos predicados morais dos juízes<sup>39</sup>, seres humanos supostamente ‘livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e satisfação’, uma ‘elite nacional’, muitas vezes com veneração quase religiosa<sup>40</sup>, sendo exemplo disso a existência de um forte biografismo dos juízes de supremas cortes. A autora questiona se o Judiciário teria um direito “superior”, como espécie de censor ilimitado, dotado de atributos morais, aos simples direitos das outras funções estatais (Legislativo<sup>41</sup> e Executivo) e da própria sociedade (o espaço de liberdade anteriores dos

---

<sup>37</sup> “O campo do poder é um campo de forças definido em sua estrutura pelo estado da relação de forças entre formas de poder ou distintos tipos de capital. É também, inseparavelmente, um campo de lutas pelo poder entre portadores de poderes diferentes, um espaço de jogo no qual os agentes e instituições que têm em comum possuir uma quantidade de capital específico (econômico ou cultural, especialmente), e suficiente para ocupar posições dominantes em seus respectivos campos, enfrentam-se em estratégias destinadas a preservar ou a transformar essa relação de forças” (BOURDIEU, 2013b, p. 369).

<sup>38</sup> “Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração quase religiosa” (MAUS, 2000, p. 185).

<sup>39</sup> “A pergunta a ser feita é, portanto, a seguinte: não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituída do imperador, o próprio monarca substituído?” (MAUS, 2000, p. 187).

<sup>40</sup> “A expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular” (MAUS, 2000, p. 190).

<sup>41</sup> “A ascensão da Justiça, a última instância de consciência da sociedade é acompanhada, em alguns ramos dos tribunais, por um método de aplicação do direito que em face das representações de Montesquieu não somente as corrige em seus momentos decisórios como as inverte detalhadamente. As leis são reconhecidas



indivíduos se transformariam em produtos de decisão judicial fixados caso a caso), o que constituiria uma notória regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

Para o crescente *animus litigandi* contribuem até mesmo os movimentos sociais de base democrática que não renunciam a seus pontos de vista morais em favor do aparato estatal, procurando desenvolver-se autonomamente e em oposição a ele. Ainda que pareça indubitável que processos administrativos têm a possibilidade de limitar os excessos do Executivo, ignora-se facilmente que, paralelamente ao crescimento do arbitramento judicial dos conflitos, isto vem ao encontro dos mais altos interesses do próprio aparato judicial. [...] Nos estímulos sociais a uma Justiça pronta para expandir seu âmbito de ação encerra-se o círculo da delegação coletiva do superego da sociedade (MAUS, 2000, p. 190-191).

Desse modo, o serviço público, seja no âmbito judicial ou administrativo, infelizmente, não raras vezes, deixa de atender aos anseios do interesse público, destinando-se à formação de protegidos e à satisfação de vontades e privilégios pessoais<sup>42</sup>. Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 146), a respeito do patrimonialismo imperante entre nós, registra que:

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade.

Esses privilégios senhoriais consistiram em uma forma de perverter a burocracia do Estado brasileiro<sup>43</sup>, na qual poucos dirigem, controlam e infundem seus padrões de condutas a muitos; “o grupo dirigente não exerce o poder em nome da maioria, mediante delegação ou inspirado pela confiança que do povo, como entidade global, se irradia”, ao contrário, “o governo, o efetivo comando da sociedade, não se determina pela maioria, mas pela minoria que, a pretexto de representar o povo, o controla, deturpa e sufoca”, tratando-se de um fenômeno permitido pela ordem democrática, dentro dela concebido mas em oposição ao seu princípio fundamental (FAORO, 2001), o que trouxe reflexos na execução das políticas públicas que são planejadas e executadas.

---

indiferenciadamente como meras previsões e premissas da atividade judicial, desprezadas as suas diferentes densidades regulatórias” (MAUS, 2000, p. 193).

<sup>42</sup> Alexis de Tocqueville (1998, p. 165-166), ao comentar a questão remuneratória nos Estados Unidos, dizia que: “em geral, a democracia dá pouco aos governantes e muito aos governados. O contrário se verifica nas aristocracias, onde o dinheiro do Estado aproveita principalmente à classe que conduz os negócios públicos”.

<sup>43</sup> Max Weber (s/d, p. 25) foi bastante claro ao discorrer sobre as implicações de referidos privilégios no âmbito da burocracia: “quando não somente outorgam-se direitos econômicos, mas também privilégios senhoriais para a sua realização pessoal, com a estipulação de serviços pessoais ao soberano, nos afastamos ainda mais da burocracia assalariada. Estes privilégios outorgados variam; por exemplo, no caso do funcionário político, podem assumir a qualidade do domínio ou qualidade de autoridade oficial”.

Com um Legislativo apático e despreparado<sup>44</sup> e com um Executivo desarticulado e ineficiente, abre-se espaço para um Judiciário afoito em concretizar os direitos individuais, sociais e coletivos. Todavia, até que ponto vão os limites da atividade judiciária? Até que ponto está o Judiciário preparado para substituir o legislador<sup>45</sup>, na ausência de normas, e o administrador, na omissão dos gestores das políticas públicas? A nova nobreza estatal<sup>46</sup>, de raiz eminentemente conservadora, fruto da cultura bacharelesca<sup>47</sup>, estaria preparada para atender as novas demandas?

Sobre o assunto, Boaventura de Souza Santos (2007) responde que a construção do Estado latino-americano, até final dos anos de 1980, no que se inclui, evidentemente, o Brasil, ocupou-se com o crescimento do executivo e da sua burocracia, procurando subverter o Judiciário em uma parte dos aparatos burocráticos do Estado, um órgão para o poder político controlar, ou seja, com espécie de instituição sem mecanismos para deter a expansão do Estado e seus mecanismos reguladores. Após esse período, de maneira geral, com a derrocada dos regimes autoritários, o sistema judicial adquiriu forte atuação, passando a intervir ativamente nas políticas estatais.

Aliás, tal movimento, nos países latino-americanos, assemelha-se ao desenvolvimento da interpretação judicial que ocorreu nos Estados Unidos durante o período compreendido entre 1890 a 1937, fase de intensa participação judicial na vida econômica daquele país<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Ingeborg Maus (2000, p. 195-196) argumenta que “o suposto déficit de conhecimento jurídico do Parlamento; a estrutura consensual de suas leis, nas quais se reproduz o antagonismo dos interesses sociais; o confronto entre as particularidades das diversas matérias jurídicas, que põe em questão a unidade e coerência do sistema jurídico – tudo isso exige da Justiça um senso de clareza que lhe possibilite organizar a síntese social, distante de disputas partidárias, e garantir a unidade do direito, independentemente de interesses envolvidos na produção legislativa. Dessa maneira, o juiz torna-se o próprio juiz da lei – a qual é reduzida a ‘produto e meio técnico de um compromisso de interesses’ – investido-se como sacerdote-mor de uma nova ‘divindade’: a do direito suprapositivo e não escrito. Nesta condição é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social [...] Nessa função controladora da Justiça reconhece-se um simbolismo que remete à integração de mecanismos sublimadores”.

<sup>45</sup> O processualismo achou um ambiente bastante favorável na América Latina. Para Guy Hermet (2002, p. 132) diz que “por sua parte, a questão da confiabilidade da ordem jurídica e do aparato judicial não se limita à existência de um Estado de direito. Como o Estado de direito pode existir meramente no papel, o que realmente conta pode ser enunciado da seguinte maneira: os juízes devem ser suficientemente independentes, tanto com respeito à esfera política como quanto às diversas esferas econômicas, sociais ou, em caso extremo, mafiosas. Por outra parte, os profissionais do direito devem manifestar outra concepção do seu ofício que aquela que o limita a orquestrar queixas de procedimento para evitar que se faça justiça. Este último aspecto é provavelmente o mais crítico quando se sabe que o direito processual, precisamente, fez da América Latina sua pátria adotiva”.

<sup>46</sup> A burocracia, em Max Weber (s/d, p. 54), parte do pressuposto segundo o qual, com um corpo de funcionários, devidamente remunerados, substituir-se-ia a antiga nobreza: “a democracia de massas varre os privilégios feudais, patrimoniais e plutocráticos da administração – isto último pelo menos no propósito. Substitui necessariamente a administração como recreação, historicamente herdada e desempenhada por notáveis, por uma tarefa profissional remunerada”.

<sup>47</sup> Sobre o bacharelismo e conservadorismo, cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 132-139; cf., também, com uma discussão mais aprofundada, NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

<sup>48</sup> A respeito do assunto, o chamado devido processo substantivo e econômico, cf. WOLFE, Chistopher. **La transformacion de la interpretacion constitucional**. Madrid: Civitas, 1991, p. 201-226.

No movimento de protagonismo judicial, ante a pouca eficácia das políticas públicas, o Judiciário brasileiro passou a ser uma alternativa eficaz para a execução dos diversos direitos previstos na Constituição de 1988, em movimento que vai desde a simples concessão de medicamentos ou internação até ao reconhecimento de direitos sequer previstos, expressamente, na mesma (SANTOS, 2007).

Esse deslocamento da prática da execução da política pública a cargo do Executivo para o Judiciário, transformando esta última função em verdadeira extensão da primeira, como forma de cumprir a ineficiência executiva, acaba tirando a atenção daquilo que, efetivamente, deveria estar passando por uma análise jurídica aprofundada.

Nos Estados democráticos de direito, afora as dimensões de importância do Legislativo e do Executivo moderno, o Judiciário recebe função de destaque, pois assume papel central na dialética das demandas sociais decorrentes das novas cartas de direitos sociais, experimentando a transferência de parte do poder político, que tem migrado das funções legislativa e executiva, mesmo se reconhecendo que os paradigmas calcados no positivismo normativista clássico ou no seu extremo, o moralismo, geralmente fundado nas condições super-humanas dos juízes, são insuficientes (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010; BARBOZA; KOZICKI, 2012).

O crescimento do Judiciário se dá não apenas no sentido quantitativo, mas no sentido de que cada vez mais o mesmo se manifesta sobre questões centrais para a sociedade, ao decidir sobre políticas públicas, o que redesenha os próprios papéis das funções legislativa e executiva, o que se explica, no caso da América Latina, principalmente pela adoção do constitucionalismo que se deu com a implementação de regimes democráticos após um período de regimes ditatoriais (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

Desse modo, no Brasil, após a Constituição Federal de 1988, o Judiciário<sup>49</sup>, de tímido expectador da implantação das políticas públicas, foi instado a se manifestar, no ritmo crescente das novas demandas, sob os mais diversos assuntos, ante a explosão democrática que irradiou a partir desse momento histórico. Passou-se a viver, então, em momento de extremo protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do direito, como fatores decisivos da vida coletiva democrática, do desenvolvimento de uma política forte e densa de acesso ao direito e à justiça (SANTOS, 2007).

---

<sup>49</sup> Uma visão do Judiciário moderno e contemporâneo pode ser encontrada em APOSTOLOVA, Bistra Estefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

Deve-se registrar que, conquanto o Judiciário tenha se mostrado como um forte concretizador dos direitos individuais, sociais e coletivos, omitidos pelo Legislativo e Executivo, há excessos que fragilizam o sistema democrático<sup>50</sup>.

Para dar efetividade a uma avalanche de direitos e manter seu protagonismo, o Judiciário precisa estar preparado, tanto intelectual, quanto estruturalmente, para se manter rápido, eficaz e independente<sup>51</sup>.

A efetividade do Judiciário passou, dessa forma, a constituir uma espécie de carma, sujeito a todas as espécies de reformas processuais, incapazes de dar conta das novas demandas.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002) trataram a respeito de três ondas como soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, interessando, neste trabalho a questão da representação dos interesses difusos, a denominada segunda onda. Sobre esse tema, ensinavam que tanto nos países do sistema *Common Law* como no *Civil Law*, as instituições governamentais, em virtude de sua tradição, encontravam dificuldades para proteger tais interesses, já que são inerentemente vinculadas a papéis tradicionais e não estavam sendo capazes de assumir, por inteiro, a defesa dos interesses difusos recentemente surgidos.

Com novos direitos, as Instituições dos Sistemas de Justiça passam a lidar com novos paradigmas de resolução de conflitos sociais. No entanto, acostumadas com a arena do Judiciário, aquelas direcionam sua força institucional para resolver as questões novas junto a um velho ator, incapaz de compreender eficazmente alguns temas e quando o compreende, no entanto, incapaz de dar efetividade a suas resoluções, o que compromete a construção de um modelo democrático eficiente.

Nessa perspectiva, deve-se fazer o resgate do pensamento de Habermas, para quem uma democracia é muito mais do que o estabelecimento de regras do jogo pela maioria;

---

<sup>50</sup> Sobre a temática, Boaventura de Souza Santos (2007, p. 21) comenta que “é verdade que a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas torna difícil sua efetivação, mas não é menos verdade que esse catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle da constitucionalidade do direito ordinário. Muitas das decisões judiciais protagônicas acabam por consagrar princípios e normas constitucionais para além ou ao contrário do que está estabelecido na lei ordinária. No caso brasileiro, um bom exemplo dessa intervenção judicial está na proteção jurídica alcançada por casais homoafetivos. Neste caso, aplicando o princípio constitucional da igualdade, as decisões judiciais têm atribuído direitos aos companheiros homossexuais a despeito da inexistência de uma lei específica que tutele seus interesses. Por estas razões – diferentes de país para país, mas convergentes no seu sentido geral – temos mesmo vindo a assistir, em alguns países, a um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário. Esta transferência da legitimidade é um processo gradual, nalguns Estados a ocorrer mais rapidamente do que em outros. Esse movimento leva a que se criem expectativas positivas elevadas a respeito do sistema judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver. Acontece que a criação de expectativas exageradas acerca das possibilidades do judiciário é, ela própria, uma fonte de problemas”.

<sup>51</sup> “A burocracia facilita, e na sua combinação mais favorável, as disposições requeridas pelo aparelho externo da cultura moderna. Somente a burocracia colocou o fundamento para a administração de uma lei racional, conceitualmente sistematizada, com base em estatutos, tais como os que foram sancionados por primeira vez, com um alto grau de perfeição técnica, na última época do Império Romano” (WEBER, s/d, p. 40).

pressupõe a democracia um cunho procedimental e deliberativo, com o restabelecimento do diálogo rompido pelo predomínio sistêmico de auto-reprodução das sociedades capitalistas modernas (HABERMAS, 2003; OLIVEIRA JÚNIOR, 2010).

O Judiciário, como instituição inserida no jogo democrático, deve se dar conta que existem vários embates entre os diversos grupos que compõe a sociedade, não devendo utilizar a sua legitimidade decisória para atuar, sob um discurso protetor de interesses coletivos, em favor apenas de alguns desses grupos ou setor, a partir de ideologias homogeneizantes e fechadas culturalmente, pois há de se reconhecer um imbricado paradoxal e contraditório entre as culturas que compõe o sistema (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010).

Desse modo, de maneira geral, quanto à aplicabilidade políticas públicas, não parece que a arena principal para a discussão das mesmas seja o Judiciário. Evidentemente, ter-se-á alguma exceção que deve passar pelo Judiciário, mas isso não pode se transformar em regra, sob pena de se comprometer outros espaços de discussão. O Judiciário é legítimo para interferir nas políticas públicas quando as mesmas desrespeitam a democracia e as regras do jogo; assim, o que deve ser combatido e colocado em níveis toleráveis é o grau de interferência que o Judiciário vai agir sobre aquelas.

#### **IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os novos direitos têm provocado profundas mudanças nas estruturas institucionais de países de democracia emergente como o Brasil. O princípio da legalidade, uma das conquistas da modernidade tem se defrontado situações com as quais as rígidas previsões legislativas não conseguem acompanhar.

Nesse contexto, novas demandas individuais e sociais foram postas diante do Legislativo e do Executivo. Todavia, por razões históricas, a perversão da formação burocrática dos agentes daquelas duas funções gerou a lentidão do primeiro e a ineficiência do segundo, daí se dizer que a modernidade não teria cumprido as suas promessas: liberdade, igualdade e fraternidade.

Com esse cenário, com os novos catálogos de direitos, aliados aos compromissos descumpridos da modernidade (igualdade, liberdade e fraternidade, que não atingiu a todos os homens), fomentou-se uma sociedade civil mais exigente, que passou a requerer maior rapidez e eficiência quanto à aplicabilidade dos direitos individuais, sociais e políticos, despontando a função judiciária como uma arena redescoberta (pois já existia) no jogo democrático.

Porém, o trabalho procurou discutir as implicações sociais, políticas e jurídicas do protagonismo judicial, apresentando as razões pelas quais o Judiciário, através de seus

membros, tem assumido uma função de administradores públicos, no campo da Administração Pública, e de censores, em outras áreas que envolvem a sociedade civil.

Ao final, pode-se afirmar que a pesquisa não desmerece a função judiciária, mas questiona a delegação excessiva do campo decisório que deveria estar repartido de forma equânime entre as outras funções estatais, assim como em relação à sociedade civil, que não pode ter sua relevância negligenciada, sob pena de se enfraquecer um regime democrático que está em processo de consolidação.

## V – REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

APOSTOLOVA, Bistra Estefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Carlos D. Por que o Estado cresce e qual seria o tamanho ótimo do Estado brasileiro? *In*: MENDES, Marcos (Org). **Gasto público eficiente: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil**. São Paulo: Topbooks, 2006, p. 97-110.

ARISTÓTELES. **Política**. 6. ed. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2013.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 11. ed. São Paulo: Editora Globo, 1998.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICHI, Kátia. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista GV**. jan-jun, 2012, p. 059-085.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **La nobleza de estado: educación de elite y espíritu de cuerpo**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. **Processo, ideologias e sociedade:** volume II. Porto Alegre: Fabris, 2010.

CROZIER, Michel. **A sociedade bloqueada.** Tradução de Maria Lúcia Álvares Maciel. Brasília: Editora da UnB, 1983.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna:** uma pesquisa sobre origens da mudança cultural. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1994.

HERMET, Guy. **Cultura e desenvolvimento.** Tradução de Vera Lúcia Lúcia Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2002.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e outros problemas.** vol. 2. Série Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”. *In: Novos Estudos*, Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque, São Paulo, CEBRAP, nº 58, nov. 2000.
- MORAES, Alexandre de (org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. Cultura da democracia para direitos humanos multiculturais. *In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). Cultura e prática dos direitos humanos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- RIBEIRO, Ludmila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. **Revista Direito GV**. jul-dez. 2008, v. 4, p. 465-492.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2007.
- SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. 4. ed. Tradução e notas de Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte/São Paulo: Editora Itatiaia/Editora da USP, 1998.
- WEBER, Max. **O que é a burocracia**. Brasília: Conselho Federal de Administração, s/d.
- WOLFE, Christopher. **La transformación de la interpretación constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.