

## 2. DOCTRINA NACIONAL

---

### O JUDICIÁRIO APÓS A GLOBALIZAÇÃO

JOSÉ EDUARDO FARIA

Por desconhecer limites de tempo e espaço, reduzir as fronteiras jurídicas e burocráticas entre as nações, tornar os capitais financeiros imunes a fiscalizações governamentais, fragmentar as atividades produtivas em distintos países, regiões e continentes e reduzir a sociedade a um conjunto de grupos e mercados unidos em rede, a globalização levou a política a ser substituída pelo mercado como instância máxima de regulação social, esvaziou os instrumentos de controle dos atores nacionais e tornou sua autonomia decisória vulnerável a opções feitas em outros lugares sobre as quais têm escasso poder de influência e pressão. Acima de tudo, ao gerar formas de poder e influência novas e autônomas ela também pôs em xeque a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicas do Estado moderno, baseadas nos princípios da soberania e da territorialidade, no equilíbrio dos poderes, na distinção entre o público e o privado e na concepção do direito como um sistema lógico-formal de normas abstratas, genéricas, claras e precisas.

Como uma das instituições básicas do Estado constitucional moderno, em cujo âmbito tem a função de aplicar uma ordem jurídica previamente estabelecida por outro poder igualmente independente, o Judiciário não ficou imune a todas essas transformações. Originariamente, como é sabido, ele foi concebido para conferir eficácia aos direitos individuais, assegurar os direitos fundamentais, ga-

rantir as liberdades públicas e afirmar o império da lei, protegendo os cidadãos contra os abusos de poder do Estado. Mais tarde, o Judiciário também passou a implementar direitos sociais, condicionando a formulação e execução de políticas públicas com propósitos compensatórios e distributivistas. E, agora, ele se vê diante de um cenário novo e cambiante, no qual o Estado vai perdendo sua autonomia decisória e o ordenamento jurídico vê comprometida sua unidade, sua organicidade e seu poder de “programar” comportamentos, escolhas e decisões. Por causa das pressões centrífugas da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário, ao menos sob a forma de uma estrutura fortemente hierarquizada, operativamente fechada, orientada por uma lógica legal-racional e obrigada a uma rígida e linear submissão à lei, tornou-se um poder com os dias contados.

Em termos de jurisdição, por exemplo, como foi organizado para atuar dentro de limites territoriais precisos e no contexto de centralidade da atuação estatal, seu alcance tende a diminuir na mesma proporção em que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações e dos transportes e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de interação. Quanto maior a velocidade desse processo, mais o Judiciário passa a ser atravessado pelas justiça inerentes quer

aos espaços infra-estatais (os locais, por exemplo) quer aos espaços supra-estatais. Os espaços infra-estatais estão sendo crescentemente polarizados por formas “inoficiais” ou não-oficiais de resolução dos conflitos (como usos, costumes, diferentes estratégias de mediação, auto-composição de interesses e auto-resolução de divergências, arbitragens privadas ou mesmo a imposição da lei do mais forte nos guetos inexpugnáveis controlados pelo crime organizado). Já os espaços supra-estatais têm sido polarizados pelos mais diversos organismos multilaterais (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio etc.), por conglomerados empresariais, por instituições financeiras e por organizações não-governamentais.

Em termos organizacionais, o Judiciário foi estruturado para “administrar” os processos civil, penal e trabalhista, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, ritmos e horizontes temporais presentes na economia globalizada. O tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é real, isto é, o tempo da simultaneidade. Além disso, o Judiciário também não costuma dispor de meios materiais nem de condições técnicas para tornar possível a compreensão, em termos de racionalidade substantiva, dos litígios inerentes a um contexto econômico cada vez mais complexo e transnacionalizado. Não é por acaso que as corporações empresariais e financeiras transnacionais fogem deliberadamente dos burocratizados e ineptos tribunais e do direito positivo por eles aplicado. Uma fuga em três dimensões complementares: primeiramente, tendem a acatar seletivamente as distintas legislações nacionais, optando por concentrar seus

investimentos apenas nos países onde elas lhes são mais favoráveis; em segundo lugar tendem a se valer de instâncias alternativas especializadas, seja no âmbito governamental, sob a forma de autoridades administrativas independentes com poder de decisão, com prerrogativas de regulação, controle e fiscalização e com capacidade técnica tanto para apreciar litígios quanto para aplicar sanções; seja no âmbito privado, por meio de mediações e arbitragens; e, por fim, tendem a acabar criando, elas próprias, as regras de que necessitam e a estabelecer mecanismos de auto-resolução dos conflitos.

Em termos funcionais, como foi concebido com a prerrogativa exclusiva de aplicar o direito positivo do Estado, sob a forma de uma ordem jurídica postulada como completa, lógica coerente e livre de ambigüidades, de lacunas ou de antinomias, o monopólio adjudicatório do Judiciário hoje é desafiado pela expansão de direitos paralelos ao oficial. São direitos autônomos, com regras e procedimentos próprios, entreabrindo a coexistência — por vezes sincrônica, por vezes conflitante — de diferentes normatividades; mais precisamente, de um pluralismo jurídico de natureza infra-estatal ou supra-estatal. No âmbito econômico, por exemplo, é esse o caso, por um lado, da *Lex Mercatoria*, o corpo autônomo de práticas, regras e princípios constituído pela comunidade empresarial para auto-disciplinar suas atividades; e, por outro, o *Direito da Produção*, o conjunto de normas técnicas formuladas para atender às exigências de padrões mínimos de qualidade e segurança dos bens e serviços em circulação no mercado transnacionalizado, de especificação de seus componentes, da origem de suas matérias-primas etc.

## TIPOS DE ORDENS NORMATIVAS

| TIPOS DE ORDEM<br>CARACTERÍSTICAS | LEX MERCATORIA<br>E DIREITO<br>DA PRODUÇÃO           | DIREITO INOFICIAL             | DIREITO POSITIVO                            | DIREITO<br>MARGINAL         |
|-----------------------------------|------------------------------------------------------|-------------------------------|---------------------------------------------|-----------------------------|
| O que está em jogo                | Tensões<br>não declaradas<br>publicamente            | Conflitos materiais           | Litígios<br>jurídico-processuais            | Agressões                   |
| Objetivos                         | Relações                                             | Soluções substantivas         | Soluções formais                            | Contestação                 |
| Tipos de norma                    | Pragmático e casuísta                                | Soluções <i>ad hoc</i>        | Direito codificado                          | Lei do mais forte           |
| Racionalidade                     | Procedimental                                        | Material                      | Formal                                      | Irracional                  |
| Modo<br>de formalização           | Contratual                                           | Negociação                    | Aplicação                                   | Ausência<br>de formalização |
| Tipo de procedimento              | Transação/mediação                                   | Conciliação/<br>arbitragem    | Decisão                                     | Repressão                   |
| Grau de<br>institucionalização    | Organização flexível<br>e Sistemas<br>auto-regulados | Campo social<br>semi-autônomo | Campo normativo<br>estatal                  | Marginalidade               |
| Efetividade do Direito            | Por aceitação<br>e inclusão                          | Por adaptação<br>ao contexto  | Pretensão de<br>aplicabilidade<br>universal | Desafio                     |

O resultado é, no plano infra-estatal, o advento de justiça profissionais (especializados em arbitragem) e não-profissionais (comunitárias, por exemplo), ambas operadas basicamente com critérios de racionalidade material e circunscrevendo sua atuação e conflitos intra-grupos, intra-comunidades e intra-classes; e no plano supra-estatal, a proliferação de foros descentralizados de negociação e a multiplicação de órgãos técnico-normativos — como a *International Organization for Standardization* — criados especialmente para fixar parâmetros, homologar pesquisas, dar pareceres e também promover arbitragens (quase sempre mais rápidas e eficientes do que as sentenças judiciais). Atualmente, a resolução de mais de 80% dos conflitos mercantis no âmbito da economia globalizada é feita por mediações e arbitragens privadas. Nos Estados Unidos, a

*American Arbitration Association*, uma entidade privada, conta com 57 mil árbitros inscritos em 35 filiais. Sediada na França, a *Chambre Internationale du Commerce*, igualmente privada, coordena mais de 750 arbitragens em 30 diferentes países, envolvendo partes de 90 nacionalidades.

Diante da crescente autonomia dos diferentes setores da vida social propiciada pelo fenômeno da globalização, com suas racionalidades específicas e muitas vezes incompatíveis entre si levando à ampliação dos sistemas auto-organizados e auto-regulados, o Judiciário foi levado a uma crise de identidade. Por um lado, o Estado do qual faz parte, ao promulgar leis, cada vez mais tem de levar em conta o contexto internacional para saber o que pode realmente regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. Por outro lado, o Judiciário

rio e os demais poderes do Estado também já não podem mais almejar disciplinar sociedades complexas por meio de seus instrumentos, categorias e procedimentos jurídicos tradicionais. Daí as polêmicas estratégias de deslegalização e desconstitucionalização hoje adotadas no mundo inteiro, paralelamente aos programas de privatização dos monopólios públicos e à substituição dos mecanismos estatais de seguridade social por seguros privados, ampliando pluralismo de ordens normativas.

O que estimula e fundamenta a proliferação dessas estratégias é, entre outros fatores, uma espécie de cálculo de custo/benefício por parte do legislador. Com mecanismos jurídicos excessivamente simples para lidar com questões extremamente complexas e sem condições de ampliar a complexidade de seu ordenamento normativo e de seu aparato judicial ao nível equivalente de complexidade dos problemas socioeconômicos, o legislador, pensando pragmaticamente, não hesita em optar pela desregulamentação. Afinal, se quanto mais tenta disciplinar e intervir menos consegue ser eficaz e obter resultados satisfatórios, o que ficou evidenciado desde a crise “fiscal” e pela crise de “ingovernabilidade sistêmica” do *Welfare State*, não lhe resta outra alternativa para preservar sua autoridade funcional: quanto menos disciplinar e intervir, menor será o risco, evidentemente, de ser desmoralizado pela inefetividade de seu instrumental regulatório.

A consequência desse processo tem sido uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas internos e externos, nos planos micro e macro. Uma parte significativa dos direitos nacionais, por exemplo, hoje vem sendo internacionalizada pela expansão da *Lex Mercatoria* e do *Direito da Produção* e por suas relações intersticiais com as normas emanadas dos organismos multilaterais. Uma outra parte, por sua vez, vem sendo

esvaziada pelo crescimento de normas privadas, no plano infra-nacional, na medida em que cada corporação empresarial, valendo-se do vazio normativo deixado pelas estratégias de desregulamentação e deslegalização, cria as regras de que precisa e jurisdiciza suas áreas e espaços de atuação segundo suas conveniências. A desregulamentação ao nível do estado significa, desta maneira, a re-regulamentação e a relegalização ao nível da sociedade — mais precisamente, ao nível das organizações privadas capazes de oferecer empregos, impor comportamento etc.

Contribuindo assim para acelerar a crise de identidade do Judiciário, o direito positivo que ele aplica encontra-se com sua estrutura lógico-formal quase inteiramente erodida. Vê destruída a tradicional *summa divisio* entre o público e o privado em torno da qual foi organizado. Tem sua organicidade fragmentada por uma multiplicidade de ramos jurídicos altamente especializados, o que provoca a ruptura da unidade conceitual da cultura legal (com inspiração eminentemente privatística) da magistratura. E ainda acaba sendo obrigado a responder às exigências de caráter social e econômico de modo casuístico e *ad hoc*, conforme o poder de pressão, influência e mobilização desta ou daquela empresa, deste ou daquele sindicato, desta ou daquela ONG, etc. O que resta daquele ordenamento originariamente estruturado com base no dogma da completude, no princípio da coerência e no postulado da inexistência de lacunas e antinomias acaba sendo substituído por uma legislação “descodificada” que, cada vez mais, parece caminhar na direção de diferentes cadeias normativas e na substituição dos “interesses gerais” como princípios “totalizantes” do sistema jurídico por interesses corporativos conflitantes entre si. No limite, essa seria a legislação típica de um Estado que, não mais ocupando com exclusividade uma posição central

de controle da sociedade, é reduzido a um de seus sistemas funcionais, entre tantos outros.

Esse cenário conduz ao desaparecimento do Judiciário? Obviamente que não. Ele perde seu monopólio adjudicatório, é certo. Mas não sai de cena, tendo pela frente pelo menos três importantes áreas de atuação. A primeira delas diz respeito às consequências da globalização. Como ela é um fenômeno perverso, aprofundando a exclusão social à medida que os ganhos de produtividade são obtidos às custas da degradação salarial, da informatização da produção e do subsequente fechamento de postos de trabalho, a simbiose entre marginalidade econômica e marginalidade social torna o Estado responsável pela preservação da ordem, da segurança e da disciplina. Com a globalização, em outras palavras, os "excluídos" do sistema econômico perdem progressivamente as condições materiais para exercer seus direitos fundamentais, mas nem por isso são dispensados das obrigações e deveres estabelecidos pela legislação. Com suas prescrições normativas, o Estado os integra ao sistema jurídico basicamente em suas feições marginais - isto é, como devedores, invasores, transgressores, réus, condenados etc. Diante da ampliação da desigualdade, dos bolsões de miséria, da criminalidade e da propensão à desobediência coletiva, cabe assim ao Estado - e, dentro dele, ao Judiciário - funções eminentemente punitivo-repressivas. Para tanto, ele vem mudando a concepção de intervenção mínima e última do direito penal, tornando-a cada vez mais simbólica, promocional, intervencionista e preventiva, mediante a disseminação do medo no seu "público-alvo" (os excluídos) e a ênfase a uma pretensa garantia de segurança e tranquilidade social. Enquanto no âmbito do direito econômico e trabalhista vive-se hoje um período de refluxo e "flexibilização", no direito penal se tem uma situação inversa: uma

veloz e intensa definição de novos tipos penais; uma crescente jurisdicização e criminalização de várias atividades em inúmeros setores na vida social; o enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade, por meio do recurso a normas com "textura" aberta; a ampliação do rigor de penas já cominadas e da severidade das sanções; a aplicação quase irrestrita da pena de prisão; e o estreitamento das fases de investigação criminal e instrução processual.

Uma segunda área diz respeito às consequências do desequilíbrio dos poderes provocado inicialmente pela expansão do Estado intervencionista e, mais tarde, pela relativização de sua soberania, com o advento da globalização. Se num primeiro momento o Executivo foi avocando a titularidade da iniciativa legislativa, "publicizando" o direito privado, "administrativizando" o direito público e "tecnizando" a política, num segundo momento seu choque de competências com o Legislativo levou o Judiciário a ser acionado como instância capaz de promover o desempate institucional e superar a paralisia decisória. Como o juiz é obrigado a julgar com base no ordenamento jurídico os casos que lhes são apresentados, essa obrigação ganha especial relevância em face, justamente, das já mencionadas transformações em andamento nesse mesmo ordenamento. Seja por causa do conflito de competências entre os poderes, seja por causa da resistência de determinados setores da sociedade à revogação dos direitos fundamentais e sociais pelos processos de deslegalização e desconstitucionalização, o fato é que, quanto mais cambiante é esse cenário, mais o Judiciário é levado ao centro das discussões políticas e mais tem de assumir papéis inéditos de gestor de conflitos - fenômeno esse hoje conhecido como "tribunalização da política" e considerado altamente disfuncional na economia globalizada, em cujo âmbito os protagonistas concentram decisões de

investimento em países sem tribunais congestionados, com ritos processuais simples e baixo potencial de intervenção.

Por fim, a terceira área de atuação diz respeito aos problemas tradicionais de justiça “corretiva” ou “retributiva”. Foi para manter sua jurisdição sobre eles que, nos últimos tempos, o Judiciário optou por se transformar organizacionalmente, procurando informalizar-se e “desoficializar-se” por meio de juizados de negociação e conciliação para as pequenas causas de natureza civil — ou seja, para os litígios de massa, abundantes e rotineiros, com pequeno valor material e já suficientemente “jurisprudencializados”. Embora tenham a aparência de uma justiça de 2.<sup>a</sup> classe para cidadãos de 2.<sup>a</sup> classe, não se pode, é evidente, subestimar a contribuição desses juizados para viabilizar o acesso de contingentes expressivos da população aos tribunais. Ocorre, porém, que a perversa distribuição de renda e as distorções por ela geradas estão levando muitos desses problemas tradicionais a serem progressivamente contaminados por conflitos distributivos — o que, por consequência, converte “simples” questões corriqueiras de direito em questões de caráter inequivocamente político.

Essa contaminação tem sido evidenciada pela instrumentalização ideológica de temas como aposentadoria, seguro-saúde, previdência, inquilinato, rescisão de contrato trabalhista etc. E também tem sido explicitada pelas próprias dissensões internas no âmbito da magistratura, sob a forma de movimentos de “juízes para a democracia”, de juízes favoráveis ao “direito alternativo” e de juízes exclusivamente preocupados com sua situação funcional e com a preservação de suas prerrogativas corporativas. Diversamente destes últimos, os dois primeiros movimentos revelam consciência de que a ruptura da unidade do ordenamento jurídico em inúmeras cadeias normativas, ao provocar um significativo aumento das

possibilidades de escolha e decisão, abriu caminho para a politização da categoria. Divergem, contudo, quanto à orientação política a ser adotada, estimulando desta maneira o retorno, ao debate jurídico, do antigo e tradicional problema relativo ao alcance e aos limites da interpretação. Num contexto social estigmatizado por dualismos profundos e num contexto jurídico fragmentado por normas contraditórias e fracamente articuladas por princípios gerais muito abertos (como os constantes dos cinco primeiros artigos da Constituição), de que modo — eis o eixo central do debate — a interpretação pode resumir-se a um simples ato de conhecimento (e não de decisão, ou seja, não-política) e de descrição de normas (e não de criação)?

A primeira grande dúvida, portanto, é saber se o Judiciário conseguirá dar conta desses dois papéis contraditórios — um, de natureza essencialmente punitiva, aplicável sobre os segmentos marginalizados; outro, de natureza eminentemente distributiva, o que implica, além da necessária coragem e determinação política, a adoção de critérios compensatórios e protetores em favor desses mesmos segmentos, tendo em vista a instituição de padrões mínimos de integração e coesão sociais. A segunda grande dúvida é saber se os integrantes desse poder têm consciência não só do alcance e das implicações dessa contradição, mas, igualmente, do fato de que seu enfrentamento e sua superação exigem uma discussão preliminar sobre a democratização da instituição — sob a forma, por exemplo, de algum controle externo efetivo. Afinal, como pode almejar ser o depositário da legitimidade democrática um poder que controla de modo quase total e absoluto o acesso aos seus quadros funcionais e que na maioria das vezes se exime de responder a cobranças por desqualificar *a priori* seus críticos, considerando-os tecnicamente despreparados e desinformados? A terceira grande dúvida é

saber se a corporação terá humildade e sensibilidade para extrair lições do debate acima mencionado, optando por reciclar, modernizar e adaptar à nova realidade uma cultura técnico-profissional assentada em princípios e postulados tornados anacrônicos pelo fenômeno da globalização.

Eis aí, enfim, a encruzilhada em que esse poder se encontra. Por um lado, o Judiciário faz parte de um Estado cuja soberania, cuja iniciativa legislativa e cuja autonomia decisória são postas em xeque pela transnacionalização dos mercados e subsequente conversão das economias nacionais numa "economia-mundo". Por outro, está situado em contextos sociais contraditórios e explosivos, que nada lembram aquela idéia de sociedade (típica da cultura jurídica tradicional)

como uma pluralidade de cidadãos livres, independentes e encarados a partir de sua individualidade; um contexto em que a cidadania, quando não é excluída e condenada ao universo da informalidade, é integrada e submetida à lógica avassaladora do capital transnacionalizado. Acionado pelos "excluídos" para dirimir conflitos que afetam o processo de apropriação das riquezas e dos benefícios sociais, mas desprezado e ignorado pelos setores "incluídos" na economia transnacionalizada, que têm suas próprias normas, ritos e justiça, o Judiciário, desde o advento da globalização, vive um dilema de feições pirandellianas: é um poder em busca não de um autor, mas de espaços mais nítidos de atuação, de uma identidade funcional e de maior legitimidade política.