

# neoliberalismo e o direito vazio de justiça

Investigação em Curso

Estudos políticos e sócio-jurídicos

Maria da graça Marques Gurgel

Mestra em Direito Constitucional e Doutora em Teoria do Direito pela UFPE-Universidade Federal de Pernambuco, Brasil. Professora Adjunta na graduação e pós-graduação em Direito na Universidade Federal de Alagoas. Juíza Estadual aposentada voluntariamente.  
e-m.gracagurgel@uol.com.br

## Resumo

As diretivas neoliberais degradam o Estado Social e representam um desafio à consciência institucional do Judiciário da América Latina. Ao problematizar os requisitos de liberdade e consciência social com o novo paradigma das Constituições democráticas e a frequência em que aquela instância nega a concretização de direitos que demandam a prestação estatal, discute a produção jurídica. Ao lado desta emerge o fenômeno da verticalização das deliberações, cujas pretensões denotavam a uniformização e a racionalização de contendas como coincidente com a intensa judicialização dos conflitos e buscas de direitos fundamentais, na maioria, negados sob argumentos formais e extrajurídicos. Debitam-se desvios na autonomia, legitimação e funcionalidade do judiciário e apoio indireto aos sistemas políticos, estratagema que se denomina: “Direito Vazio de Justiça”.

Palavras-chave: 1.Neoliberalismo;2.Poder Judiciário;3.Injustiça

## Introdução

O presente trabalho volta-se para o papel que representa o Poder Judiciário em face das democracias constitucionais da América Latina, no momento ainda dominante do capitalismo econômico neoliberal e suas *policies*. Isso porque, a partir dos anos 80, é francamente observável o aumento de judicialização de demandas à concretização de direitos sociais em face de retrátil posição da maioria dos Estados desse continente, com a adesão ao programa das agências financeiras e do mercado transnacional.

A América Latina, como aborda PISARELLO (2009), não se explica a partir “[...] *de una suerte de debilidad congénita* [...]”<sup>1</sup>, no que aponta o autor que com relação a essa situação, há fatores internos e externos. No âmbito deste trabalho considera-se que, as decisões judiciais que vem ao encontro da política interna de retração estatal, envolvem também situações que passam por sua autonomia e mesmo o modo anacrônico de decidir, aspecto visitado na citação do autor, que assim divisa:

*“(...)dentro de una organización judicial verticalizada y burocratizada se difunde la imagen del juez aséptico y sin ideología y se identifica imparcialidad no con la independencia de los partidos o los grupos del poder sino con um llamado a la total despolitización. Así, em una version renovada y grotesca de la clásica proposición de MONTESQUIEU, el juez opera no como **bouche de la loi**, sino como boca muda del poder político y económico. Sobre esa base, puede entenderse la frecuente apelación a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, com el objeto no tanto de permitir que se expresen los órganos com mayor legitimidad democrática sino de evadir la tarea de control y cubrir de ese*

*modo la actuación arbitraria de la administración. (Pisarello, 2009, pp231-232) ”<sup>2</sup>*

Por tal, há um controverso fenômeno que leva à discussão da autonomia institucional, legitimação e ainda da função do Judiciário, considerando o novo paradigma das constituições democráticas. Para melhor inserção, essa problemática será vista sob três ângulos de afetação: desigualdade socioeconômica, distribuição de justiça social e com o fenômeno tratado como verticalização dos tribunais.

O primeiro ângulo é o local, o ambiente social latino-americano. Sua seleção decorre de suas específicas circunstâncias darem conta do alto número de desigualdades sociais. Numerosa quantidade de cidadãos despojados de benefícios essenciais representa às mazelas sociais candentes, agora, aprofundadas.

No segundo ângulo, o advento do projeto econômico-financeiro neoliberal é um condicionante específico para a América latina. De fato, o controle das diversas reformas estatais, decorrentes da dependência econômico-financeira e da anuência política da maioria dos Estados da América Latina cominou às suas instituições a replicação do seu modelo ideológico, normativo e pragmático desobstruindo as últimas barreiras para o Mercado. O terceiro ângulo decorre de que, mais do que influência, a ideologia toma forma no poder judiciário na sua estrutura, gestão, hierarquia e produção, não se mantendo tais setores indenes ao ideário neoliberal. De modo que, como se verá há a aparência de comprometimento com os valores do sistema político interno e transnacional, agregados às decisões judiciais.

Resultado disso é o freqüente contraste entre o direito enunciado nas Constituições de cunho dirigente e o debate jurisprudencial. Este último, vários doutrinadores constatam não tem desenvolvido o espírito do Estado Social de modo a realizar os mencionados direitos, nos casos concretos que lhes são submetidos.

Sobre o assunto, veja-se:

“““. Esta é a diferença entre uma teoria que se sustenta no mundo prático, no modo-de-ser no mundo, e que tem na consciência da história efetual o seu requisito para a aferição dos pré-juízos verdadeiros ;e uma teoria que substitui a razão prática pela razão comunicativa e que se sustenta em discursos de fundamentação elaborados *prima facie*, que desoneram o juiz( judiciário) da tarefa de elaboração do discurso que fundamenta a validade da norma a ser aplicada.”(Streck;2006.p.134)

Assim, crê-se que, muitos dos óbices presentes na deliberação do Estado-juiz advêm de discursos de autoridades que, sem maiores justificativas ou diferenciação dos fundamentos às negativas aos direitos sociais, ignoram suas pretensões amparadas por enunciados constitucionais e mesmo a base material e histórico-social em que aqueles se ancoram.

De modo que, não é preciso uma crítica antissistêmica contra as deliberações do judiciário para que se constate essa espécie “falta” nas prestações jurisdicionais sobre direitos fundamentais. Juristas liberais-substancialistas, somam-se aos críticos antissistêmicos do Direito ao discernirem que, as motivações judiciais ao invés de se adaptarem aos princípios cardeais do constitucionalismo fraterno latino-americano, que inclui uma visão contextual entre possibilidades do texto e necessidades do contexto.

A América Latina, Ásia e países onde haja maior distribuição de renda, por exemplo, exigem diferenciações, com base na igualdade/ ou /desigualdade material (Jaramillo: 2010). Refoge a qualquer princípio de justiça a América Latina, que ostenta a riqueza nas mãos de 10% de sua população (vindo a privilegiar 48% por cento dos ganhos de capital) ser comparada com a situação da Ásia. Isso porque, para esta última a igualdade da pobreza sinaliza tratar-se de uma igualdade mais horizontalizada, com menos contradição que a primeira (idem, ibdem).

Outra difícil comparação é a que é feita entre esses continentes e a Europa Central, cujos países detêm melhor distribuição de renda e de qualidade de vida. Talvez em razão dessas diferenças é que a doutrina se reporta que: *“la recepción crítica pero creativa es una de las principales formas que tienen los países no productores de teorías de conformar sus respectivas tradiciones jurídicas”* (Jaramillo:2010:pp.313-366)<sup>3</sup>.

De modo que, independente de afiliações, dirimir conflitos pela estrutura jurídica é também situar a própria autonomia judicial em comunicação com o seu cabedal social, envolvendo por tal, a racionalidade argumentativa e a seleção dos fundamentos da decisão. Para o Judiciário, o desafio sociológico há de ser, na visão dos autores citados, também como um desafio teórico e institucional.

Ao encontro dessas opiniões, reafirma-se a importância da judicialização das demandas por direitos sociais, sempre enaltecendo a necessidade de considerar as condições econômico-sociais locais, quando se decide. Chegando-se a inferir que a indiferença a realidade dos fatos é característica dos discursos meramente formais. (Pisarello,2010)<sup>4</sup> Nessa direção, o cabedal social a ser concretizado, representa um novo paradigma, cuja escolha se endereça à maior ou à menor autonomia judiciária.

## 2. O Cabedal Social da Autonomia Judiciária

A autonomia do Judiciário se adscrive à execução de sua ordem constitucional, mormente em face da estabilidade democrática dos Estados latino-americanos, pós-ditatoriais. Diferentemente das contenções e coerções típicas que lhes antecederam, as decisões do Judiciário, agora provindas de um maior espaço de liberdade normativa permite sua reafirmação no espaço social como um poder ao lado dos demais poderes, no momento em que se vincula ao ordenamento constitucional nas fundamentações de suas deliberações, principalmente nas escolhas difíceis em que se tensionam os interesses contraditórios.

Assim, chama-se de cabedal social parte dos enunciados normativos com que o juiz pode produzir suas decisões sobre direitos fundamentais sociais. É dizer, há uma capacitação de juízos valorativos nas deliberações que se identifica no código do direito positivo em enlace com a realidade social e as possíveis contradições reais. Essa capacidade, por seu turno é significativa a autonomia judicial, quando apelada a se manifestar concretamente.

Os seus textos são autorizativos à potencialização de efeitos compensatórios aos estamentos mais vulneráveis ou mesmo demarcado pela desigualdade material. No entanto, para tal, exige-se um desvencilhamento do clichê infecundo de neutralidade e o conseqüente engajamento na experiência histórico- material sob o modelo do novo constitucionalismo latino-americano.

Nesse, há uma expectativa de que as decisões, derivadas de qualquer das subestruturas estatais, possam extrair do contexto normativo razões práticas buscadas na realidade social a que se dirige. Na dimensão do substancialismo, há uma expectativa de que, no âmbito de sua capacidade discursiva façam emergir apelos retóricos de forte repercussão assecuratória de autossuficiência e conservação do sistema de poder (Bonavides. 2001.p.184)<sup>5</sup> bem como, em boa medida, guarneçam as assimetrias existentes no meio ambiente, evitando-se rupturas ou mesmo crescente desarmonia social.

Isso vem ao encontro da constatação de que, os discursos que integram as decisões judiciais no âmbito de tantas lutas sociais são considerados como manipuláveis.<sup>6</sup> É dizer, o Estado Social, nascido das contingências do Estado liberal, também oculta aspectos reacionários e contrapostos ao seu próprio paradigma, melhor identificados em sua dinâmica e trajetória de pouca efetividade.

Nessa esteira, o presente trabalho tem na hipótese da hierarquia dos tribunais e de sua dependência junto aos demais poderes uma significativa perda de autonomia que tanto pode ser investigada nas relações sociais de sua produção com o executivo e legislativo, como nos seus discursos e nos efeitos de reconduzir ao tecido social o conflito que poderia ter sustado na demanda concreta.

Quando o cabedal social do Judiciário Latinoamericano é predominantemente alienado do processo histórico-material, fruto de conquista da sociedade, suas decisões operam nos limites

procedimentais e formais, ou, ainda sob critérios extrajurídicos não resolvendo o conflito e fazendo-o “desaparecer” sob os efeitos mágicos dos conceitos e da instrumentalização ideológica do procedimento. Conseqüência dessa falta de articulação no enredo histórico-material das transformações político-sociais que se apresentam na *Grundnorm* é que não se efetiva o acesso à Justiça e aos bens jurídicos por esta tutelada.

Em verdade, as diversas vertentes teóricas que criticam a capacidade lingüística e comunicacional do Direito constitucional latinoamericano pós- ditatorial. Há uma quase unanimidade de que há muito a ser potencializado. Veja que, a crítica, retratada por Pisarello, de que o Judiciário tem sido menos do que o juiz boca da lei, em face das omissões dos demais poderes, é uma crítica sistêmica, nos limites do Estado Burguês. porquanto reconhece aquele autor, como visto, que dentro deste Estado se encontram as alternativas à mão do Judiciário de se pronunciar sobre as omissões e desvios dos demais poderes.

No entanto, sob outra análise, quando o direito é identificado como um “mediador fetichista” (Romero *et alii*) em prol da autoconservação dos poderes. Ou, não menos acidamente, afirma-se que suas elocuições evitam confrontos entre poderes extrema-se o descrédito de sua práxis enquanto distribuidor de justiça.

No entanto, apesar de radical, as correntes jurídicas antissistêmicas, cuja análise denuncia os dogmas do Direito, não deixam de realizar importante estudo epistemológico multidisciplinar sobre o seu atuar, embora que justificado porque aquele existe “(...) *en la constitución y el funcionamiento de las relaciones de producción (...)*”. (Romero et al.2001.)<sup>7</sup>

De fato, o Direito ao operar com as relações sociais de produção e com as forças produtivas, atualmente, sob o ângulo do capitalismo neoliberal, mais que identificado necessita de ser controlado em sua produção, por seus destinatários Isso porque, com o fim da auto-tutela individual, o Estado –juiz se autonomiza com credenciais legitimatórios e funcionais, para produzir normas individualizadas no processo judicial, mas, como mencionado com repercussão no tecido social e nas relações sociais subjacentes ao processo.

Resultado disso é que nessas relações sociais se refletem as contradições decorrentes das forças produtivas (capital e trabalho) de modo que, no plano dos enunciados compensatórios que buscam diminuir as seqüelas de tais relações, não parece ser possível, sob o ponto de vista constitucional, que as decisões do judiciário reflitam uma posição de indiferença ou de neutralidade, ao invés de uma posição de concretização do novo paradigma.

Afinal, não é o Direito aplicado à “(...) uma sociedade concreta marcada pela existência e a oposição de classes”?(Miaille: 1979:) <sup>8</sup> Então, qual a razão de se produzir o direito vazio de justiça, e com isso corrigir parte dos seus estereótipos?

Ao encontro dessas questões sociais, recupera-se a discussão da produção, legitimação e da funcionalidade do Poder Judiciário, enquanto manejador técnico de enunciados jurídicos, controlador de sua constitucionalidade e concretizador das garantias e direitos fundamentais, presentes na Constituição.

Se, amiúde há a não-efetivação de direitos sociais, sob argumentos e fundamentos vazios, é de se investigar as razões desse fenômeno em desacordo com a legitimação, a produção vinculada ao Estado Democrático de Direito e a funcionalidade regular de distribuidor oficial de justiça.

Compreende-se, porém, que a adoção de tal postura pelo Judiciário é sempre uma decorrência da consciência de cada um. Também, da consciência gestada no meio ambiente sócio-econômico e cultural. Por isso mesmo é que, vários autores sistêmicos, cujo escrúpulo conota consciência social, concitam aos juízes seu vínculo à democracia constitucional.

Exemplo é a introdução feita por Müller em parecer dado sobre as transformações necessárias ao Judiciário brasileiro, fundado em estudo comparativo, notabilizado no país destinatário como “Decálogo”, no qual destacou a questão da autonomia do Judiciário, da seguinte maneira:

*“O Judiciário deve poder manifestar-se finalmente como “terceiro poder”, isto é deve ser emancipado sobretudo do Poder Executivo. Com isso, o Estado como um todo se torna também, no sentido moderno desse conceito, uma República nos termos do Direito Público. Nesse contexto, o Judiciário deve ser vinculado ao mesmo tempo mais fortemente ao princípio da democracia.” (Müller:2005:pp27-36) <sup>9</sup>*

Porém, quando esse *status* de terceiro poder não se vincula ao Estado Democrático de Direito, variação do Estado Social, de forma autônoma e republicana é de se perceber no uso indevido do cabedal social, na pouca concretude dos direitos fundamentais sociais o modo de produção do que se chama de Direito Vazio de Justiça

### 3. Delimitação do Direito Vazio de Justiça

Não se desconhece as inúmeras injustiças cometidas em nome do Direito, em razão da ambivalência das escolhas que seu código propicia nem sempre encontrar na justiça o seu apoio. (Ferraz Jr.2005.) <sup>10</sup> Também, não se ignora que, o valor justiça tem sido posto em julgamento: Pérez Lunõ, por meio do seu estudante-imaginário “Alep”, demonstra exatamente isso. E o faz, quando ao explicar as diversas compreensões desse léxico por intermédio do seu personagem peregrino desenha variados entendimentos sobre justiça. Desde Kelsen a Dworkin, passando pelo próprio autor e por Rawls, tendo por referência as dualidades procedimentais e substanciais.

Assim “Alep” peregrina no imaginário do autor por compreender a justiça como uma ideologia. Que, segundo Kelsen pode ou não está presente na norma, mas que para Rawls, dado a tratá-la como um ente metafísico passível poderia se converter em meio à discussão em um tema não-consensual, de intermináveis discussões e inclusive, impedindo acordos. Por outra via, a justiça é considerada uma questão intrínseca ao Direito, portanto uma questão de fundo. Ou, como resume o autor, um dos princípios vetores do direito. (Pérez Luño:2012:)<sup>11</sup>

Em face dessas e de outras compreensões sobre o que seja justiça, impõe-se que se identifique que tipo de (in) justiça se refere o que se chama de Direito Vazio de Justiça. Para o esclarecimento vamos limitar o jogo de linguagem as compreensões trazidas por conduto do autor citado. O ponto de partida é a afirmativa de que, existem decisões judiciais jurídicas, porém, injustas. Tal afirmativa é um constrangimento, mas não gera desacordo. Diversamente, afirmar-se que as decisões jurídicas são sempre justas poderia atrair conjuntamente, constrangimento e desacordo, além de poder ser considerada uma “ideologia”. Doutra banda, afirmar-se que a justiça é uma questão intrínseca ao Direito, considerando-se o direito estatal, igualmente levaria ao desacordo, pois, para alguns, não seria uma resposta completa, pois, pode-se fazer justiça fora do direito estatal. Porém, a admissão de que a justiça é um dos vetores do Direito, ao contrário das demais alternativas, afigura-se suficientemente razoável, para que se divise o que seja o direito vazio de justiça.

É que tal jogo de palavra facilita a assimilação de que o valor justiça não se subsume a acordo na comunicação, nem a certeza do procedimento correto, mas a uma escolha com base em princípios (Alexy: 2001). Escolha que, no âmbito judicial é jurídica por que provém do código do direito. Ou, como diz certo autor “Se os juízes podem” dizer o que querem” sobre o sentido das leis, ou se os juízes podem decidir de forma discricionária os *hard cases*, para que necessitamos de leis?” (Streck:2006.)

Por outros argumentos, para efeito de decisão judicial, a justiça é um dos vetores (Pérez Lunõ: 2012). Assim é, na medida da legitimação estatal de tutelar as controvérsias. Noutra direção, o entendimento de que o direito estatal é uma das formas de organização social cuja função é dirimir o conflito que lhe for trazido, investe o Estado-juiz de um poder cuja obediência não é totalmente legitimada na coerção e sim, em discursos históricos que incorporaram a distribuição de justiça para tornar a obediência exequível.

Noutra perspectiva, por integrar a supraestrutura social, o direito compõe com um sistema de

idéias, valores, sentimentos antes de se constituir formalmente como organização social, (Martins: 2011: p.33) <sup>12</sup> De modo que, dessa supraestrutura o direito estatal pode enganosamente ser visto como algo estático para cometer o controle das relações de produção em face das forças produtivas, no entanto, em sua dinâmica há vários discursos que lhe dão consistência e reforça à sua automanutenção.

O citado autor exemplifica que, as várias idéias, valores, sentimentos e a própria organização social, nada mais são do que formas. Formas representativas que podem ser moldadas segundo a consciência social de quem delibera. Como forma de organização social, a experiência histórica de suas convenções sobre as necessidades humanas têm permitido que sua materialidade se diversifique, na medida em que se esgotem as crenças do seu próprio sistema, o qual, no meio ambiente social sofre as ações e contradições econômico-sociais em meio às mudanças do modo de produzir.

Nesse contexto de experiência, o direito assume-se como forma atuante sobre a realidade social não só à disciplina de comportamentos, mas para enquadrar perspectivas. Sua linguagem, por tal, é sempre diferenciada em face das razões históricas subjacentes e das forças políticas hegemônicas que passa a dar significados ao seu próprio código. Os critérios de justiça emanam dessas lutas também em direção ao Direito, produzindo para este, experiência em salvaguardar-se como organização social, sob discursos do seu próprio código: a vida humana na sua dignidade, bem como, as próprias necessidades humanas, cada vez mais complexas são igualmente representadas.

Efetivar mudanças de sua linguagem no paradigma do direito social é fazer justiça com as lutas sociais e mesmo com o Direito como forma de organização social: é pagar ou compensar as dívidas sociais. Estas que são pressuposto da legitimação da justiça estatal e motor da funcionalidade igualmente cometida à mesma. Doutra forma (Alexy:2001) "não se tem Direito e sim, força bruta".

Os direitos sociais são direitos que necessitam menos do poder Judiciário e mais dos demais poderes: legislações que afirmem direitos e esclareçam procedimentos para o acesso a tais direitos, bem como, fixem recursos para provê-los. Avulta-se como o papel do legislador, que deverá sempre auditar a comunidade de modo a ter a percepção dos seus reclamos. Fornecer os meios de acesso aos direitos sociais, com os recursos possíveis, e deixar transparente as possibilidades e limites, afigura-se como papel do poder executivo.

De modo que, ao poder Judiciário restaria, nas lides concretas resultantes das demandas judiciais, em face da omissão dos demais poderes, ou mesmo de indagações de possíveis desvios de recursos deslocados, exercerem sua intervenção, controlando e compelindo os poderes inadimplentes na omissão e no desvio aos deveres constitucionais.

Esse quadro utópico não se realiza por diversas razões, algumas já precipitadas nesse artigo. Na sociedade complexa afirma-se que o ato de julgar é: "(...) cada vez mais técnica procedimental e argumentativa e cada vez menos discernimento sapiencial do mais justo." (Ferraz Jr.2005.) <sup>13</sup> Porém, adjunta-se a essa constatação, outra reflexão do mesmo autor de que tal situação: "(...) não impede que a busca de novas e adequadas formas de racionalização da decisão jurídica, na seqüência das profundas transformações que acompanham o fim da modernidade (...) persista como um desafio para o mundo (...)". (O.cit.p272)) <sup>14</sup>

O Direito Vazio de Justiça, por tal, é aquele que produz e reproduz os próprios estereótipos de sua criticada ideologia. Articulada com abstrações conceituais, evita convergir e estabelecer conexão com a realidade social o que, no presente contexto, encontra-se sob impacto do capitalismo neoliberal.

#### **4. O Impacto Neoliberal:na Produção Jurídica Judicial**

O capitalismo neoliberal tem infundido obstáculos à efetividade dos direitos fundamentais sociais. Ao doutrinar de modo engenhoso suas pretensões de universalidade e com isso, de irreversibilidade (ao revés de se reconhecer no seu próprio âmbito cíclico, de inevitável exaurimento), esse pensamento tem midiaticizado e reproduzido sua ideologia chegando à burocracia do Estado.

A devastação produzida, principalmente nas sociedades periféricas e semi-periféricas, como alinha Azevedo já pode ser contrastada com suas vãs promessas: desemprego, subemprego, desconstrução das conquistas sociais e dos direitos coletivos laborais, diminuições das garantias do funcionalismo público, dentre outras seqüelas (Azevedo: 2000p. 107).<sup>15</sup> Tudo isso acrescido ao: consumismo desvairado, a concentração de renda nas empresas transnacionais, a perda do poder do salário da classe média, ao aviltamento de novo direcionamento das patentes estrangeiras, a dependência dos estados nacionais, com influxos em todos os seus setores e sobretudo a relativização de suas soberanias.

O seu caráter ideológico (Paschukanis: 1976.)<sup>16</sup> perpassa por diversos discursos e esferas que se supõem blindadas. Enquanto processo, o neoliberalismo reproduz seu doutrinamento mediado também por instituições. Sua ideologia chega ao juiz e aos próprios tribunais superiores, quando suas recomendações, sob formato de documentos normativos (resoluções, relatórios, documentos técnicos.) e de eventos (conferências, congressos, seminários), articulam a um só tempo as reformas dos Estados e, com estas, as reformas dos Judiciários da América latina e do Caribe.

Atingidos por mudanças normativas, práticas voltadas ao mercado, o Judiciário latinoamericano replicou em sua estrutura e modo de gestão, o receituário neoliberal. A gestão verticalizante dos Tribunais e autoritariamente hierárquica para os juízes de instâncias inferiores refletem a ideologia em comento.

Como toda ideologia, essa não fugiu a regra da ornamentação. Benefícios prometidos, alternados com a imposição de que os subsídios das agências transnacionais (ONU, BM, FMI, e outros) viriam com as reformas, como também com ameaças e admoestações nas ajudas financeiras condicionadas às mudanças pretendidas.

Ao se acercar dos documentos e dos compromissos selados por aquelas organizações com o Judiciário, Candeas (2004) no capítulo 2 de sua dissertação de mestrado, publicada por órgão da magistratura brasileira de divulgação nacional indaga: “Juízes para o Mercado,” Com essa indagação, a autora traz à tona a descrição com os fins dos documentos publicados desde 1978.<sup>17</sup> Nestes, anuncia-se que, o Banco Mundial: “produz pesquisas e publicações, promove conferências e financia projetos sobre o papel dos tribunais nacionais” (Candeas: 2004.).<sup>18</sup>

Nessas condições, afirma a autora que, o Relatório do Banco Mundial de 1997, “consagra o mercado mundial de bens e serviços como um bem público internacional”. Quanto ao relatório de 2002, esgrime que o Judiciário é tratado como um dos “mecanismos externos de observância”, ao lado da arbitragem, considerado por aquele órgão importante meio para “o desenvolvimento de mercados integrados”.<sup>19</sup>

“Naquele trabalho há registro, igualmente, da referência de que: “o Judiciário é instituição-chave” para a manutenção desse ambiente quando decide de maneira previsível e quando obriga a cumprir contratos”.

Como é passível de se concluir, a tarefa operacional legitimada e normatizada pela via constitucional passa a sofrer uma interferência não-estatal, mas provinda do que se chama de: “caráter de aparelhos de Estado supranacionais”. (Gurgel:2003:.p.119.)<sup>20</sup>

Como é possível de ver, plantou-se a crença de que, para o desenvolvimento sustentável, termo ornamental sempre presente nos discursos dos órgãos supranacionais, deveria ser posta em prática, sob procedimento uniforme, a priorização dos interesses políticos voltados para o mercado transnacional. Desse modo, criaram-se os discursos de grande repercussão prática em várias linguagens no Direito (penal, processual, direito privado, trabalhista, previdenciário, administrativo), mantendo-se todos os discursos com a tradição de serem inoculados pela “neutralidade”, sob uma ética que convoca a lei e a ordem, para flexibilizar garantias, ao empreendedorismo para justificar a retração do estado de bem estar e, assim por diante.

A aplicação do direito positivo feita pelo Judiciário no âmbito de suas linguagens anteriormente mencionadas passou a ser ressignificada, uniformizada e contextualizada Além de que, poucas foram as

vozes que se manifestaram contrariando esse doutrinamento. A intervenção na prática judiciária foi consolidada institucionalmente, com poucas manifestações contrárias. Dentre essas, destaca-se, naquele mesmo ano de 2004, por exemplo, o pronunciamento do 1º vice presidente da FLAM-Federação Latinoamericana de Magistrados. Este, na mesma revista corporativa, onde se encontra o artigo de Candeas, explica sua versão sobre a intervenção desses organismos supranacionais.

Dentre várias intenções sob-reptícias, identifica o magistrado que, as propostas não se acompanhavam de qualquer recomendação em face do mal- funcionamento da prestação jurisdicional. Nada, em torno das constantes “quebras” constitucionais. Nada, sobre o modo de recrutamento dos magistrados que, em muitos casos leva o magistrado latinoamericano a uma submissão aos Tribunais em face de sua escolha para terem acesso à instância superior. Nenhum questionamento acerca das necessidades cidadãos da América latina, nem tampouco, sobre alternativas jurídicas que aplaquem as intensas desigualdades apresentadas para o Judiciário decidir. O denunciante, membro à época de um Tribunal de 1º grau, do sul do Brasil, reportou-se ao inteiro descaso com a formação das Cortes Superiores latinoamericanas, em algumas situações, sem a prerrogativa da inamovibilidade, dentre outras incorreções. Concluiu que, o modelo foi imposto a toda América Latina e ao Caribe, com semelhanças, contemporaneidade e sem qualquer discussão e participação que instasse os seus destinatários. (Spode: 2005).<sup>21</sup>

Nessa direção, nega-se a justiça, nega-se a verdade e nega-se a verossimilhança, porquanto se substitui o *due process* por crenças, volvendo-se apenas ao núcleo duro do Direito, que é a dominação. Relegam-se a liberdade e a igualdade materiais.

Exemplo hiperbólico desta indexação foi o discurso pronunciado por uma autoridade falando para mais de 300 juízes brasileiros, quando afirmou:

“[...] os magistrados são co-responsáveis pela política econômica, ao confirmarem ou não, por suas sentenças, as decisões do governo. Co-responsáveis pelo sucesso ou pelo fracasso, tal qual um Ministro da Fazenda ou um líder da oposição”. (Falcão:2001):<sup>22</sup>

Diversamente, o paradigma neoliberal debate a questão social para os hipossuficientes com base no equilíbrio a ser provido pelos Mercados transnacionais. Suas idéias de expansão e crescimento econômico- financeiros globais confluem para diversos ângulos como: as reformas financeiras e fiscais dos Estados Nacionais e o controle de suas corrupções burocráticas e da inflação, como soluções à superação da desigualdade social, mediada por ajustes macro-econômicos.<sup>23</sup> Em suas práticas, todavia, trata-se de um modelo que alterna relativizar ou violar o Direito, mormente o direito constitucional.

Em boa medida, parte de uma análise reducionista do que seja desenvolvimento social. Prova desta afirmativa é que o capitalismo de mercado até o presente não realizou a sua pretensão de obter justiça social para os necessitados com o alcançado aumento nominal da renda *per capita* e o desenvolvimento social proposto na Declaração de Copenhague. Essa orientação política tem sido constantemente frustrada quanto à perspectiva de reduzir à metade, a população mundial que vive em extrema pobreza.

Ao desencontro desse pensamento, interpretam-se as chamadas “emoções do dever”, como um sentimento que não se consegue ofuscar do Direito, um tipo de ética geral, a qual não é tão fácil de erradicar. (Petrazhisky apud Souto: 1988. pp.83-100)<sup>24</sup> Válido registrar que a resistência a essa concepção, durante muito tempo foi e ainda por muitos é vista como um contra-direito, uma produção marginal. No entanto, na medida em que a doutrina e as práticas do neoliberalismo econômico passam a ser desmentidas como impulsionadoras de desenvolvimento social, vindo a propiciar danos à grande parte da sociedade. Na medida em que, os movimentos sociais se mobilizam em direção a tributar o crescimento de pessoas excluídas do Mercado ao modelo deletério em exame, cresce a reflexão e a reação por um constitucionalismo solidário, fraterno.

Atente-se que no procedimentalismo conjecturado por Habermas, o Direito tem uma narrativa que viabiliza suas duas faces – burguesa e social –, desde que, submetidas ao seu próprio jogo de



linguagem.<sup>25</sup>. Afinal, os intérpretes de Habermas, Arendt e os demais liberais de matriz kantiana, renegam a “reificação”, a “burocratização” e a “colonização” do Direito, sendo propositivos a reagirem a esses fenômenos.<sup>26</sup>

Equivalentemente, quando se fala dos “atos discursivos significantes” a neutralidade é substituída pela responsabilidade político-valorativa.<sup>27</sup> Daí porque, mesmo os céticos refletem sobre a exigência de fundamentações que pontuem as decisões judiciais de justiça razoável. (Adeodato:2002.)<sup>28</sup> Afinal, parte dos pensadores positivistas, ainda que tenha no dogma da segurança jurídica suas raízes, reconhece que esse direito à estabilidade não briga com a justiça. Ao contrário, é factível de compor com os seus elementos materiais. (Ferraz Jr:2005.p.271)<sup>29</sup>

De modo que, a crise de efetividade dos direitos fundamentais sociais na seara do poder Judiciário, ao que parece, é uma crise de justiça. Justiça que se afigura como a base possível do exercício de uma democracia orientada para a emancipação, legitimação e funcionalidade do direito estatal e que transcorre em período de monólogos dirigentes do capitalismo atual.

### **A Guisa de Conclusão**

No momento atual, a justiça tem sido uma espécie de valor que tem sua cotação variável ao sabor do poder hegemônico e da capacidade de resistência a esse poder. A América latina, por intermédio de suas lutas sociais gerais e específicas está no momento particular de subir a cotação de sua justiça social, em nome de suas conquistas e a despeito da sempre danosa intervenção das superpotências econômicas infiltradas nos Estados e nas suas instituições.

O poder Judiciário necessita entender-se como corpo político à disposição da república que envolve igualdade e liberdade Bem como emancipar-se dos ditames políticos e do mercado quando estes forem incompatíveis com a Constituição social.

Aristóteles completa as palavras de Bias acrescentando que a Justiça do exercício do poder, diferentemente da justiça da “disposição de alma” para o justo, é a excelência moral de quem tem poder e ao mesmo tempo é membro de sua comunidade.<sup>30</sup> O juiz e os membros dos tribunais são autoridades, mas, são também membros das comunidades em que prestam jurisdição.. Com essa ilação, no campo estatal, a justiça política, entendida não como estado de exceção, mas sob a imanência das decisões públicas se entrelaçam com a ética material da obrigação do Estado de proteger os seus cidadãos, principalmente, os mais vulneráveis.

Contra a violação dessa ética, a qual absorve a legitimação do Estado-juiz, têm sido constantemente construída críticas ao Direito e ao Estado, enquanto formas correspondentes de organizações sociais. Bem como, manifestações e outros atos de repúdio à violação de direitos não efetivados à custa de discursos trasladados da instância política e da governança das potências econômicas transnacionais para o interior das instituições.

Com base nessa diretiva é que se comunga que a justiça em crise é resultante da produção jurídica estatal anódina e de uma disfunção social, comprometendo sua legitimação de tutelar as contendas e distribuir justiça, sua autonomia institucional e sua funcionalidade:

Somente se a justiça é compreendida como conceito jurídico e não, por exemplo, como categoria de moral pessoal, e somente se a justiça (política) depende por si da realização num estado; podem ser preservadas as intuições contidas no positivismo do Direito e do estado e, ao mesmo tempo, ser impedida a consequência única de entregar o Direito e Estado ao arbítrio dos dominadores. Do mesmo modo vale: somente se Direito e Estado estão obrigados originariamente à justiça, pode ser reconhecido o interesse justificado das teorias críticas, o não incondicional contra qualquer opressão, exploração e despotismo,

filtrando-se, porém, aquele momento de fantasia, de acordo com o qual a convivência humana somente encontrará uma figura legítima após a eliminação de toda coerção.(Hoffe:2004.pp17-39)<sup>31</sup>

Como o Direito estatal é também uma prática comunicativa que trabalha com valores que podem ser diluídos ou reconstituídos por retóricas, não é incomum sua instrumentalização e a legitimação de discursos por vezes heterodoxos ao próprio sistema jurídico-constitucional.

Diluindo ou reconstituindo, os valores refletem fenômenos sociais justos ou injustos à sociedade, de acordo com graus de benefícios trazidos a esta, exercendo o Estado-juiz um papel muito forte nessa apreciação.

É sempre importante lembrar a história e os momentos em que o Direito se esvaiu de justiça. Aqueles e os momentos atuais deixam a impressão da negligência dos agentes públicos investidos de poder relegarem coletivos de pessoas, sujeitando-os ao arbítrio das dominações.

## Notas

1.pisarello, gerardo. *Estado de derecho y crisis de la soberania em américa latina*. Carbonell, miguel & vazquez(compiladores) *in el estado de derecho:dilemas para américa latina* .lima>palestra eds.,2009.pp223-248.

2 idem, ibidem. P231-232.

3.jaramillo,leonardo garcía.*el neoconstitucionalismo em colombia:¿ Enteléquia innecesaria o novedad pertinente? Inel cannon neoconstitucional*. Carbonell,miguel & jaramillo,leonardo g.(eds). Colômbia:universidad externado de colombia,2010. Pp.313-366.

4.idem,ibdem..

5.bonavides não nos permite esquecer que mesmo significando transformação superestrutural do antigo estado liberal, o estado sócia l”(...)Conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia”.**do estado liberal ao estado social**. São paulo:malheiros eds.2001.p184.

6.adeodato,joão maurício leitão **ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São paulo: saraiva, 2002,.pp. 262-268.

7.romero,ángel ascencio,**ruiz**,josé enrique gonzález, **bazán**,cutberto pastor,**salinas**,medardo reyes &**cachi**,camilo valqui.**capital y derecho:dialéctica crítica de la enajenación jurídica**. *In corrientes filosóficas del derecho:una crítica antissistémica para el siglo xxi*. Perú-upagu,cajamarca – peru.2009.pp17-56.

8.miaille, michel.**introdução crítica ao direito**. Trad. Ana prata.lisboa:moraes ed.1979

9.müller, friedrich. **Dez propostas para a reforma do judiciário na república federativa do brasil**. Trad.peter naumann. *In revista do instituto de hermenêutica jurídica.vol.1,n.3crítica à dogmática* .dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. Porto alegre:ihj. 2005.pp27-36.

10.ferraz jr, tércio sampaio. **Segurança jurídica, coisa julgada e justiça**. *In crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. Porto alegre: instituto de hermenêutica jurídica, 2005, p. 271 e ss.

11. os sentimentos de justiça se inspiram em percepções de kelsen, ross, do próprio luño e lon fuller, entre outros. *teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. carlos alarcon cabrera, rafael gonzalez –tablas y antonio ruiz de la cuesta. madrid: editorial tecnos. 2012. Pp. 22-23

12. **Martins**, carlos eduardo. *globalização, dependência e neoliberalismo na américa latina*. São paulo: boitempo, 2011, p33

13. **ferraz jr.**, tércio sampaio. segurança jurídica, *coisa julada e justiça*. in crítica à dogmática Jurídica: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. revista de hermenêutica jurídica, vol. 1, n. 3. 2005. pp 263-278.

14. idem, ibidem. p272.

15. **zevedo**, pláuto fáraço direito , justiça social e neoliberalismo são paulo: ed. revista dos tribunais, 2000. p. 107

16. eugenio paschukanis já diria que: “o carácter ideológico del concepto no anula la realidad y la materialidad de las relaciones que expresa”. *teoría general del derecho y marxismo*. trad. virgilio zapatero barcelona: editorial labor, 1976. p63.

17a autora, faz referência aos relatórios n/19/1997, n°24/2002 e, ao documento técnico n°3198. **Valores e os judiciários: os valores recomendados pelo banco mundial para os judiciários nacionais**. In revista da amb, ano 7. n°13-1° semestre de 2004. Pp 17-38.

18. **candea**, ana paula lucena silva. valores e os judiciários: os valores recomendados pelo banco mundial para os judiciários nacionais. In revista da amb, ano 7 n°13-1° semestre de 2004. pp 18-22.

19. idem, ibidem. p. 23.

<sup>1</sup> cláudio gurgel, referiu-se a ocde, fmi, banco mundial, onu, clube de roma, omc, com outros blocos econômicos e instituições menores. **a gerência do pensamento: gestão contemporânea e consciência neoliberal**. são paulo: cortez, 2003. p. 119..

<sup>1</sup> **spode**, guinther. **a justiça na américa latina e os objetivos das flam**. In revista da amb, ano 7 n°13-1° semestre de 2004. pp-73-77.

<sup>20</sup> publicado no jornal virtual da femperj, em 26 de outubro de 2001, em artigo subscrito pelo prof. Doutor joaquim falcão, noticia que no encontro da associação dos juizes federais, em campos do jordão, diante de mais de 300 juizes, o então advogado geral da união da república do brasil, gilmar mendes, atual ministro do supremo tribunal federal do brasil, defendeu a tese citada. Disponível em: <<http://www.femperj.org.br/jornal/041101.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2005.

<sup>1</sup> boa parte dos estudos implementados pelas agências referidas podem ser lidos no endereço eletrônico [www.imf.org/external/np/esafhipc/1999/index.htm](http://www.imf.org/external/np/esafhipc/1999/index.htm).

<sup>21</sup> **souto**, cláudio. Por uma axiologia jurídica científico-social. In: **anúário do mestrado em direito**. N.04. Recife: universidade federal de pernambuco, jan-dez, 1988, p. 83-100.

22. veja-se, por exemplo, a inserção no plano do direito de família do direito do filho não reconhecido ter conhecimento de sua identidade genética, como um direito personalíssimo.

<sup>1</sup> sobre essa discussão, ver os destaques de list vieira em **os argonautas da cidadania**. São paulo:

record, 2001, p. 51-65.

23. **ricoeur, paul. O discurso da ação.** Tradução de artur morão. Lisboa: edições 70, 1988, p. 25-27.

24. nas palavras de adeodato: “[...] A contingência fática, instável e imprevisível por excelência, é controlada e possibilita a estabilidade jurídico-política.” **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica.** 2002, *o.cit.* P. 32.

25. **ferraz jr.** Tércio. segurança jurídica, coisa julgada e justiça(...). *o.cit.* pp.270-272,

26. segundo bias “o exercício do poder revela o homem.”, p. 93.

<sup>27</sup>. **höffe, otfried. Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado.** Trad. De ernildo stein. Petrópolis: vozes, 1991, p. 26.

### Referências bibliográficas

Adeodato, joão maurício leitão. *Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica.* são paulo: saraiva. 2002.

Alex, robert & bulygina, eugenio *la pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral.* trad. paula gaidobogotá: universidad externado de colombia, 2001.

Aristóteles. **Ética à nicômacos.** Trad. mário da gama cury. Brasília: unb, 1995.

Azevedo, plauto fâraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo.* são paulo: revista dos tribunais. 2000.

Bonavides, paulo. *do estado liberal ao estado social.* São paulo: malheiros. 2001

Candeas, ana paulalucena silva. valores eo o judiciário: os valores recomendados pelo banco mundial para os judiciários nacionais. *in* revista da amb, ano 7, nº13. 1/ semestre de 2004. pp.17-39.

Falcão, joaquim. *jornal virtual da femperj.* edição de 26.10.2001. Disponível em: <<http://www.femperj.org.br/jornal/041101.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2005.

Ferraz jr, tércio sampaio. *Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. In crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais.* Porto alegre: instituto de hermenêutica jurídica, 2005. pp.263-272.

Gurgel, cláudio. *A gerência do pensamento: gestão contemporânea e consciência neoliberal.* são paulo: cortez, 2003.

Höffe, otfried. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado.** Trad. De ernildo stein. Petrópolis: vozes, 1991

Jaramillo, leonardo garcía. *el neoconstitucionalismo en colombia: ¿ Enteléquia innecesaria o novedad pertinente? In el cannon neoconstitucional.* Carbonell, miguel & jaramillo, leonardo g.(eds). Colômbia: universidad externado de colombia, 2010.

Luño, antonio -perez. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. carlos alarcon cabrera,rafael gonzalez –tablas y antonio ruiz de la cuesta.madrid:editorial tecnos.2012.

Martins, carlos eduardo.globalização,**dependência e neoliberalismo na américa latina**. São paulo:boitempo,2011.

Miaille, michel.**introdução crítica ao direito**. Trad. Ana prata.lisboa:moraes ed.1979

Müller, friedrich. **Dez propostas para a reforma do judiciário na república federativa do brasil**. Trad.peter naumann. In revista do instituto de hermenêutica jurídica.vol.1,n.3crítica à dogmática .dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. Porto alegre:ihj. 2005.pp27-36.

Paschukanis, eugenio *teoría general del derecho y marxismo*.trad.virgilio zapatero barcelona:editorial labor,1976.

Pisarello, gerardo *estado de derecho y crisis de la soberania em américa latina* .carbonell, miguel & vazquez(compiladores) in *el estado de derecho:dilemas para américa latina* .lima>palestra eds.,2009.

Ricoeur, paul. **O discurso da ação**. Tradução de artur morão. Lisboa: edições 70, 1988.

Romero,ángel ascencio,ruiz,josé enrique gonzález, bazán,cutberto pastor,salinas,medardo reyes &cachi,camilo valqui.*capital y derecho:dialéctica crítica de la enajenación jurídica*. In *corrientes filosóficas del derecho:una crítica antisistémica para el siglo xxi*. Perú-upagu,cajamarca – peru.2009.pp17-56.

Souto, cláudio. Por uma axiologia jurídica científico-social. In: **anúário do mestrado em direito**. N.04. Recife: universidade federal de pernambuco, jan-dez, 1988, p. 83-100.

Spode,guinther.**a justiça na américa latina e os objetivos das flam**. In *revista da amb,ano7n°13-1°semestre de 2004.pp-73-77*.

Streck, lênio luiz .verdade e consenso.constituição,hermenêutica e teorias discursivas.rio de janeiro:lumen juris,2006.

---

