

**JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA E
ESPAÇOS DE CONVIVÊNCIA DEMOCRÁTICA**

(Para a construção de uma legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade)

MOACIR CAMARGO BAGGIO

Santo Ângelo
2010

MOACIR CAMARGO BAGGIO

**JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA E
ESPAÇOS DE CONVIVÊNCIA DEMOCRÁTICA:
Para a construção de uma legitimidade da prestação jurisdicional na
contemporaneidade**

Dissertação de Mestrado em Direito apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado

Orientador:

Prof. Dr. Adalberto Narciso Hommerding

Santo Ângelo (RS),
Agosto de 2010

MOACIR CAMARGO BAGGIO

**JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA E
ESPAÇOS DE CONVIVÊNCIA DEMOCRÁTICA:
Para a construção de uma legitimidade da prestação jurisdicional na
contemporaneidade**

Dissertação de Mestrado submetida à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - *Campus* de Santo Ângelo (RS) -, como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa II: Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos.

Comissão Julgadora:

Prof. Dr. Adalberto Narciso Hommerding
Orientador

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior
Examinador

Profa. Dra. Zélia Luiza Pierdoná
Examinador

Santo Ângelo (RS), 24 de agosto de 2010.

Para Oda, amada companheira de distâncias e fins-de-mundo:

“(...) Ah, amor, sejamos fiéis

Um ao outro.

Pois o mundo, que parece

Estender-se à nossa frente como

Uma terra de sonhos,

Tão diversa, tão formosa, tão nova,

Na verdade não tem nem alegria,

Nem amor, nem luz,

Nem certeza, nem paz, nem lenitivo para a dor;

E estamos aqui como numa planície penumbrosa,

Varrida de confusos alarmas de combate e fuga,

Na qual exércitos ignorantes à noite travam batalha.”

(“A praia de Dover” - fragmento. Matthew Arnold).

*Para tudo há um momento, há um tempo para cada coisa
debaixo do céu. (ECLESIASTES 3, 1) -*

Em memória de Aladya.

Agradeço ao Professor orientador, Prof. Dr. Adalberto Narciso Hommerding, pela franca troca de ideias, apoio e compreensão quanto às particulares limitações e dificuldades de se levar a cabo uma empreitada como a presente;

Ao Professor Dr. José Alcebiádes de Oliveira Júnior, por sua constante abertura ao diálogo, desprendimento e estímulo incansável à pesquisa;

Aos colegas e amigos, juízes federais e mestres pela UFRGS, Cândido Alfredo da Silva Junior (mestre em filosofia) e Paulo Canabarro Trois Neto (mestre em direito), bem como ao Dr. André de Azevedo Coelho, Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e mestrando em ciências jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por suas prestimosas indicações e pela disponibilização de selecionada e variada bibliografia, além de valiosa interlocução;

Aos valorosos colegas de curso, em especial aos mestrandos Jean e Ana Paula, pelo companheirismo e sempre presente disponibilidade para o debate aberto e produtivo;

A meus filhos queridos, Sofia e Iuri, e a minha amada esposa, luzes do mundo que são.

RESUMO

Tentar esclarecer como deve ser tratado o problema da legitimidade da prestação jurisdicional nas sociedades contemporâneas periféricas de Estados democráticos e de direito, para o fim de melhor compreender quais devem ser os contornos e o papel desta atividade estatal neste contexto, é o *objetivo geral* deste trabalho. Para tanto, parte-se da hipótese de que o tratamento dado atualmente ao estudo deste problema é extremamente restritivo, já que normalmente se fixa apenas nas questões que tratam do temor de um avanço excessivo da atividade jurisdicional sobre a atividade política, bem como nos possíveis prejuízos à democracia representativa que adviriam desta situação. Considera-se, ainda, que esta atual visão restritiva é o reflexo de uma séria reação ao pós-positivismo que se encontra em curso na contemporaneidade, de forma exacerbada. Assim, na medida em que tal visão incita a uma limitada discussão teórica sobre os contornos e o papel da jurisdição e da democracia, ressaltando negativamente a natural relação de tensão entre estes institutos, promove e dá resguardo a práticas que acabam por mutilar-lhes o potencial de atuação sinérgica para a construção de uma convivência social mais harmônica. No entanto, para além de identificar esta realidade, o que esta investigação propõe é que esta situação pode e deve ser modificada, justamente a partir da ampliação crítica dos estudos sobre a legitimidade da prestação jurisdicional no contexto já mencionado, já que os resultados de tal renovação do debate deverão se propagar às práticas ligadas a tal tema. Assim, sugere-se que isso possa ser feito, primeiro, a partir de uma investigação geral que promova uma ampliação horizontal desta discussão (por consideração de vetores e resultantes de pensamento da contemporaneidade), além de uma ampliação vertical deste debate (por consideração crítica de seus pressupostos). Depois, propõe-se que tal estudo possa ser ainda mais aprofundado a partir de um estudo crítico e específico sobre os atuais elementos de degradação e de resgate da legitimidade jurisdicional, viabilizado a partir daí. Por conta deste esquema concebido para uma ampliação crítica do debate, a investigação identifica, então, num primeiro momento, os vetores de pensamento/orientação (ou ideológicos) da realidade social contemporânea que seriam condicionantes da discussão (vetores da *tendência de supressão do tempo e do espaço de diferenças*, bem como vetor da manutenção de um paradigma de *racionalizações simplificantes*), bem como inicia uma revisão crítica das categorias teóricas fundantes do debate (categorias da legitimidade, da democracia e da jurisdição). Posto isso, estabelece que seja possível identificar e investigar *elementos de degradação e de resgate da legitimidade jurisdicional* na atualidade, seguindo-se o caminho aberto pela identificação dos vetores da contemporaneidade relativos ao trato do tempo e do espaço da diferença, de onde extrai que: a) quanto ao vetor da tentativa de supressão do tempo, devem ser objeto de estudo os fenômenos da *“presentificação”*, da *“destemporalização”* e da *“retemporalização”* da prestação jurisdicional; b) quanto ao vetor da tentativa de supressão dos espaços da diferença, devem ser objeto de estudo as questões da busca de uma *“diferenciação suficiente das decisões judiciais”*, da rejeição ao arbítrio judicial, por conta da busca pelo *“justo para o caso concreto”*, bem como a questão da rejeição da redução do valor e papel dos princípios constitucionais, além do repúdio à desconsideração das responsabilidades éticas e políticas do juiz na construção de uma *democracia constitucional em sentido amplo* (por inclusiva e participativa). Por fim, a investigação estabelece ser também fundamental para o resgate da legitimidade jurisdicional na atualidade, no que se refere à dimensão ético-política desta atividade, adotar uma postura de acolhimento da função judicial transformada para contribuir com a construção da democracia nos termos já referidos (em detrimento de um *“funcionalismo judicial positivista”* em voga atualmente). Para tanto sugere ser necessário que a jurisdição atue a partir da consideração e acolhimento de novos pressupostos neste campo específico: a) o pressuposto de que se deva *acolher o conflito como coisa inerente à democracia*, na busca de uma incessante *pacificação social “qualificada”*; b) o pressuposto de que se deva *acolher a incerteza inerente à democracia*, por meio da aceitação de que a fixação do sentido das regras de convivência e dos conteúdos de seus nortes constitucionais se dá de forma dinâmica e incessante, sempre a partir da ação direta dos atores sociais em conflito (principalmente da ação direta de *“demandantes-cidadãos”*); c) o pressuposto de que deva observar uma *“ética do eterno retorno”*, representada pelo dever de se implementar um incansável papel de mediação do conflito em reedição permanente na democracia e de se garantir, assim, a construção/manutenção incessante de *espaços de convivência democrática*. Com isso a investigação pretende concluir, ao fim, que um estudo ampliado e crítico da legitimidade jurisdicional, concebida para democracias periféricas ou emergentes atuais, pode ter relevantes e positivos efeitos, tanto no campo teórico quanto no prático, seja para a compreensão e efetivação de uma nova prestação jurisdicional para a contemporaneidade, seja para a permanente construção de uma democracia de sentido ampliado, não sendo, assim, uma nova jurisdição para a contemporaneidade incompatível com uma tal espécie de democracia, mas, pelo contrário, desempenhando relevante papel complementar e sinérgico a ela.

Palavras-chave: Jurisdição – Democracia – Legitimidade – Contemporaneidade - pacificação social qualificada – espaços de convivência democrática – correlações positivas.

ABSTRACT

To Try to elucidate how it should be treated the problem of legitimacy of the judicial review (and judicial activity in a broad sense) in contemporary societies peripheral in democratic states of law, in order to better understand what should be the outline and the role of this state activity in this context, it is the *overall objective* of this paper. To such degree, it starts from the hypothesis that the treatment currently given to the study of this problem is extremely restrictive, since normally only lays on the issues that deal with the fear of an excessive judicial expansion of the judicial review (and judicial activity) on political activity, as well as on the possible damage to the representative democracy which result from such situation. It is considered, moreover, that this actual restrictive view is a reflection of a serious reaction to the post-positivism that is underway in contemporaneity, exacerbated. Thus, in so far as vision encourages the limited theoretical discussion on the outlines and the role of judicial review and democracy, emphasizing negatively the natural value of tension between these institutes, it promotes and gives voucher to practices which ultimately end by mutilating them, the potential of synergy action for the construction of a more harmonic social acquaintanceship. However, in addition to identify this reality, what this investigation proposes is that this situation can and must be modified, precisely from the criticism amplification of the studies about the legitimacy of the judicial review (and judicial activity) in the context previously mentioned, once the results of such renewal of the debate should propagate practices connected to this issue. Thus, it is suggested that this can be done, first, from a general research which promotes a widening horizontal this discussion (by consideration of vectors and resulting from thinking of contemporaneity), in addition to a vertical widening of this debate (regarding criticism of their assumptions). After, it is proposed that such study can be further deepened from a critical study and on the specific elements of current degraation and of rescue of the judicial review made, possible, thereafter. On account of this scheme designed for a widening criticism of the debate, the research identifies, then, in the first time, the vectors of thought/guidance (or ideological) of contemporary social reality that would be constraints of discussion (vectors of the tendency of suppression of the time and area of differences, as well as vector of maintaining a paradigm of simplifying rationalization), as well as initiating a critical review of theoretical categories founding of the debate of judicial review (categories of legitimacy, democracy and judicial review). That said, it is based that it is possible to identify and investigate evidences of degradation and redemption of legitimacy of judicial review (and judicial activity) today, following the path opened by the identification of vectors for the treatment of contemporary time and space of the difference, from where it is elicited: a) as the vector of the attempted of suppression of time should be object of studying of the phenomena of "presentificação", of "destemporalização" and "retemporalização" of judicial review (and judicial activity); b) as the vector suppression attempt of the space of differences the issue should be studied in a way of finding a "sufficient differentiation of judgments," the rejection of judicial discretion, in the search for the "just for the case", as well as the rejection of reducing the value and the role of constitutional principles, beyond the rejection of disregard ethical and political responsibilities of the judge in setting up a constitutional democracy in a broad sense (for inclusive and participatory). Lastly, the research also establish itself essential for the redemption of legitimacy of judicial review (and judicial activity) today, with regard to the ethical-political dimension of this activity, adopting a posture of welcoming the judicial function transformed to contribute to set up democracy as provided above (in rather than a "legal positivist functionalism" in vogue today). Therefore, it is suggested being necessary that the judicial review (and judicial activity) act from the consideration and acceptance of new assumptions in this particular field: a) the assumption that one must accept the conflict as something inherent to democracy, in a ceaseless quest for social peace "qualified"; b) the assumption that one must accept the uncertainty inherent in democracy, through the acceptance of that fixing the meaning of the rules of coexistence and the content of their constitutional north occurs dynamically and continuously, always from the direct social action actors in conflict (mainly the direct action of "citizen-plaintiffs"), c) the assumption that one must observe "the ethics of eternal return," represented by the duty of implementing a tireless mediating role of conflict in continuing reissuing democracy and to ensure, thereby, setting up/maintaining continuous spaces of democratic coexistence. With this, the research intends to conclude that an expanded and critical study of the legitimacy of judicial review (and judicial activity), designed for remote current democracies, can have important and positive effects, both in theoretical and in practical, either for the understanding and realization of a new provision for judicial review nowadays, either for the permanent construction of a heightened sense of democracy and is not therefore a new judicial review and judicial activity to contemporary incompatible with such a kind of democracy, but rather, playing significant role in complementary and synergistic to it.

Keywords: Judicial review – judicial activity – Democracy – Legitimacy – Contemporary – Qualified social appeasement–Spaces of democratic life – Positive correlations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
-----------------	----

PRIMEIRA PARTE

JURISDIÇÃO, LEGITIMIDADE & CONTEMPORANEIDADE.

DA LIMITAÇÃO DO DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE JURISDICIONAL E SEUS EFEITOS DELETÉRIOS NA MODERNIDADE PRESENTE.....	18
--	----

CAPÍTULO I -

O DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE:

REAÇÕES AO NOVO PAPEL DA JURISDIÇÃO NA MODERNIDADE PRESENTE E POTENCIAIS ESPAÇOS DE CONVIVÊNCIA DEMOCRÁTICA EM SUPRESSÃO.....	19
---	----

1. Apresentação das linhas gerais do problema.....	19
2. Da excessiva restrição do debate sobre a legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade: <i>demonstração de um reflexo reativo complexo ao pós-positivismo</i>	20
3. Da limitação do debate pela (a) desconsideração do significado inicial de uma nova jurisdição hoje: <i>a necessidade de ampliação do debate no ponto</i>	34
4. Da limitação do debate pela (b) desconsideração da realidade contemporânea (contexto) e pela (c) restrição à consideração crítica dos pressupostos do debate: <i>necessidade de ampliação horizontal e vertical da discussão</i>	38

CAPÍTULO II –

LIMITAÇÕES À DISCUSSÃO DA LEGITIMIDADE JURISDICIONAL NA CONTEMPORANEIDADE VISÕES CONTEMPORÂNEAS. RESTRIÇÕES ATUAIS E NECESSIDADE PREMENTE DE AMPLIAÇÃO DA DISCUSSÃO.....	52
---	-----------

1. Limitação da discussão pela <i>desconsideração da realidade contemporânea: Da necessidade de ampliação horizontal do debate pela consideração de vetores e resultantes da contemporaneidade para uma apreciação crítica da legitimidade jurisdicional</i>	52
---	-----------

1.1. **Vetores:**

<i>Tempo, espaço e razão na contemporaneidade</i> como perspectivas influentes numa abordagem crítica da legitimidade da prestação jurisdicional na atualidade.....	53
---	----

1.2. **Resultantes:**

<i>os distintos critérios de legitimação</i> vigorantes na contemporaneidade. A modernidade funcionalista e a predominância da legitimação por <i>eficácia técnico-produtiva</i>	59
--	----

2. **Limitação da discussão por restrição à consideração e à crítica de pressupostos do debate:**

<i>Da necessidade da ampliação vertical do debate</i> pela consideração da problemática da pressuposta conformidade exclusiva com princípios da democracia representativa.....	70
---	----

2.1. **Visões contemporâneas**

<i>sobre a legitimidade democrática da prestação jurisdicional (constitucional)</i>	71
---	----

2.2. **Legitimidade, democracia e jurisdição:**

breves revisões e considerações críticas sobre pressupostos do debate (a questão do vislumbre do novo papel da jurisdição: permitir a convivência pacífica “sob uma perspectiva ética”, viabilizando espaços de convivência democrática substancial).....	110
---	-----

CAPÍTULO III –

EFEITOS DELETÉRIOS DA RESTRITIVA DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ATUAL E CONTEMPORANEIDADE: A REDUÇÃO DE PAPEL FUNDAMENTAL E A PERDA DE POTENCIAIS ESPAÇOS DE CONVIVÊNCIA DEMOCRÁTICA.....145

1. *Do problema das tentativas de supressão do tempo:*
“presentificação” do mundo e desvios em busca de legitimação da prestação jurisdicional.....145
2. *Do problema das tentativas de supressão do espaço das diferenças:*
a explosão de litigiosidade e o mau trato da conflituosidade das sociedades contemporâneas em transição.....169
3. *Do problema da manutenção de superados paradigmas da ciência do espírito:*
o passado que limita o presente e impede o futuro do direito, do processo e da democracia.....202

SEGUNDA PARTE

JURISDIÇÃO, LEGITIMIDADE & DEMOCRACIA.

DEGRADAÇÃO E RESGATE DA LEGITIMIDADE JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA: IDENTIFICANDO ELEMENTOS DE SUPRESSÃO E ABERTURA DE POTENCIAIS ESPAÇOS DE CONVIVÊNCIA DEMOCRÁTICA.....219

Introdução à segunda parte.....220

CAPÍTULO IV –

TEMPO E LEGITIMIDADE JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA:
“PRESENTIFICAÇÃO” OU “RETEMPORALIZAÇÃO” DA JURISDIÇÃO.....222

1. *A ilusão do tempo único do processo* (ou da regulação absoluta do tempo):
degradação da legitimidade da jurisdição por “destemporalização”228
2. O resgate da *ideia de tempo devido do processo* (um *Kairós* para a atualidade):
tentativas de recuperação da legitimidade da prestação jurisdicional a partir da busca pela temperança, justiça e re-humanização do tempo.....242
3. Conclusão: Do *direito ao tempo devido na prestação jurisdicional*. O *Kairós* da atualidade:
primeira e última busca da construção da legitimidade sob o vetor temporal.....252

CAPÍTULO V -

ESPAÇO DAS DIFERENÇAS E LEGITIMIDADE JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA:
“DESREALIZAÇÃO” ou “REPROBLEMATIZAÇÃO” DA JURISDIÇÃO.....255

Breve introdução específica: da “desrealização” (por *indiferenciação das decisões judiciais*) à construção de uma “**racionalidade complexa**” adequada à prestação jurisdicional nas democracias periféricas (por *diferenciação suficiente*).....255

1. Arqueologia da “desrealização” do jurídico.

Das origens remotas das conceitualizações universalizantes no Direito e abandono da ideia de justo casuístico: o humanismo e o Direito, na visão de MICHEL VILLEY.....258

- 1.1 O Humanismo e o Direito.....260
 - 1.1.1. A renascença das filosofias helenísticas.....267
 - 1.1.2 A jurisprudência humanística: influências e contribuições do humanismo à ciência jurídica moderna.....280

2. Racionalização simplificante ou Racionalidade complexa: conceitualizações e soberracionalizações vs. a busca pela “resolução de problemas concretos” na jurisdição contemporânea. Da indiferenciação à diferenciação suficiente das decisões judiciais.....	290
3. Suficiências ou insuficiências do decidir e do fundamentar: interpretação, aplicação e fundamentação ou “ <i>applicatio</i> ” e justificação (fundamentação no sentido do art. 93, X, da CF/88). O problema do como se dá a diferenciação suficiente e a legitimidade jurisdicional.....	332
4. O “justo da lei” (ou das conceitualizações e abstrações) ou “o justo do caso concreto”. Arbitrariedade judicial e legitimidade jurisdicional (o problema da única ou “da” resposta correta).....	362
5. A redução de princípios constitucionais a regras homogeneizáveis ou a efetivação dos princípios norteadores da Constituição Federal: <i>O problema da concretização dos princípios constitucionais para a construção da legitimidade jurisdicional numa democracia constitucional em sentido amplo</i> (arts. 1º e 3º da CF como princípios de consideração da identidade e da alteridade na contemporaneidade).....	390

CAPÍTULO VI –

DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE JURISDICCIONAL CONTEMPORÂNEA:

“FUNCIONALISMO JUDICIAL” POSITIVISTA OU FUNÇÃO JUDICIAL TRANSFORMADA PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLO.....403

1. A negação da legitimidade democrática do conflito (pela jurisdição funcionalista) ou o acolhimento do conflito como coisa inerente à democracia (pela busca da pacificação social qualificada).....	405
2. A ausência de compromisso com uma contribuição para a transparência dos atos do poder ou a responsabilidade pela transparência das decisões judiciais como elemento de construção da democracia constitucional.....	418
3. O equívoco das tentativas atuais de homogeneização da prestação jurisdiccional (pela via de um inadequado modo de uniformização jurisprudencial) ou a busca por uma adequada transcendência das decisões judiciais nas democracias constitucionais.....	423
4. A busca por certezas judiciais incompatíveis com a democracia ou a “incerteza democrática” acolhida pela jurisdição (uma fixação dinâmica de conteúdos dos <u>nortes constitucionais da convivência a partir da ação direta dos atores sociais em conflito</u>).....	438
5. A ética do eterno retorno (o papel da jurisdição numa dinâmica de “espaço vazio” do poder na democracia contemporânea): legitimação final pelo papel fundamental de mediação do conflito em reedição permanente na democracia <i>e construção incessante dos espaços de convivência democrática</i>	447

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....451

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....461

INTRODUÇÃO

A prestação jurisdicional é um dos relevantes instrumentos de viabilização da convivência em sociedade. Pode, sob certa configuração admissível atualmente, representar um modo de se construir esta convivência humana de forma mais pacífica e justa, qualificada pela busca de uma harmonia entre liberdade e igualdade, num ambiente solidário¹. E, sob esta mesma formatação, pode, inclusive, se prestar a configurar um diferenciado meio de franquear um acesso direto do cidadão ao poder, enriquecendo as práticas democráticas da contemporaneidade² a partir de uma possível atuação de “demandantes-cidadãos”, em substituição a meros “demandantes-litigantes”.

Nos países periféricos (ou ditos emergentes), então, isso pode representar auxílio fundamental em um processo educativo e civilizatório, em direção à progressiva construção de uma nova cidadania autônoma e consciente, preparando o ambiente para uma democracia que transcenda os limites dogmáticos da mera delegação da soberania popular.

Logo, ao invés de se ter as ampliadas possibilidades de atuação jurisdicional em sociedade, no pós-positivismo, somente como ameaças latentes e, por vezes, admite-se, mesmo severas à democracia (representativa), seria possível, sob certo enfoque, conceber esse seu relativamente novo e diferenciado papel como um ponto de apoio à evolução da própria democracia.

Estribando-se numa relativa flexibilidade atual de atuação permitida ao Judiciário na busca por respostas aos conflitos inerentes à democracia contemporânea e à vigente realidade hipercomplexa da diversidade, que ajusta esta resposta estatal a estes mesmo conflitos característicos de uma sociedade plural e em transformação constante, de forma mais dinâmica, seria possível conceber o exercício dessa diferenciada função como um instrumento de criação, difusão e ampliação de espaços de convivência democrática substancial. Seria possível, em suma, conceber tal atividade também como voltada para o assentamento de novas bases para uma democracia participativa, substancial e verdadeiramente plural.

Paradoxalmente, no entanto, o que se vê atualmente, no campo das discussões acadêmicas ou práticas, é uma desconsideração dessas possibilidades a partir de um olvidar deste novo papel da jurisdição, particularmente como elemento contributivo de uma transformação democrática substancial.

Face aos temores e reações de um liberalismo ainda arraigado numa visão conservadora do direito, num extremo, bem como frente ao medo e rejeição a certos ativismos judiciais realmente exacerbados hoje, no outro, o que se presencia atualmente é um olvidar do potencial enorme deste papel no campo da concretização de uma democracia que transcenda os meros esquemas de delegação formal do poder. E particularmente assim quando da substituição de um debate de fato ligado a esta questão por um outro, infinitamente menor, que se cinge a discutir o papel que deveria ser reservado à atuação judicial em sociedade a partir da necessidade de preservação dos dogmas da democracia representativa.

¹ Cf. notas introdutórias.

² Idem.

Por conta disso, o que se constata também nesse passo é uma não-realização do potencial democrático da jurisdição, com uma conseqüente supressão dos espaços democráticos que adviriam de uma sua atuação diferenciada para a contemporaneidade. Mas, ainda pior: tudo com um final aviltamento crescente de seu papel até mesmo funcional em nossas sociedades, que termina por aniquilar completamente a possibilidade de que ela exerça qualquer função mais significativa na tarefa de, não só preservar, como modificar e ampliar a democracia. Isso seja por restrições teórico-práticas que sumariamente desconsideram toda esta problemática em favor da realização de uma atuação judicial de mero resultado (nem a justiça, nem a democracia, mas tão somente a eficácia como novo e quase exclusivo parâmetro), seja, de outra parte, por ampliações arbitrárias do agir jurisdicional, que realmente são disruptivas da democracia vigente, mesmo no ambiente das necessidades periféricas contemporâneas que demandam justificadamente uma maior intervenção judicial no meio social.

Nesse contexto, de modo muito particular é que se torna verdadeiramente simbólico o *restritivo debate* acerca da **legitimidade da prestação jurisdicional** no âmbito dos atuais Estados Democráticos e de Direito. Representa ele muito bem esse agir paradigmático de uma reação progressiva ao pós-positivismo, seja em suas bases e contornos mais comuns e desejáveis, seja em seus excessos intoleráveis. Trata-se do reflexo direto de uma reação complexa ao fenômeno de transformação do papel jurisdicional, que engloba confusamente razões relativamente justificáveis, com outras absolutamente insustentáveis ante ao quadro da contemporaneidade e, particularmente, das sociedades democráticas periféricas.

Por conta de todas estas constatações é que a proposição desta investigação é abordar esta complexa problemática justamente a partir da *identificação do relevo que assume esta restrição indevida no debate acerca da legitimidade da prestação jurisdicional*. Isso para bem desvelar o problema e pôr a descoberto a questão do potencial democrático da jurisdição, a partir de seu novo papel, para além dos discursos que se prendem aos temores da democracia meramente representativa.

Reenfocar este tema para permitir um debate crítico³ sobre um tal papel é, pois, o que se persegue aqui; auxiliar na desobstrução dos canais de um diálogo⁴ teórico e prático a ser levado adiante nestes novos termos, é o que anima este escrito. Tudo de modo produtivo, para que se contribua, ainda que de forma mínima, para a construção progressiva de uma nova democracia, de uma nova jurisdição e de novas relações entre estes termos fundantes das possibilidades de nosso viver gregário atual, como os desafios da realidade da mundialização hodierna das relações humanas e da sociedade contemporânea em transição, na condição de adventos simbólicos da modernidade presente, requerem.

Em função disso é que se pode fixar como *objetivo geral* perseguido neste estudo o de **esclarecer como deve ser tratada ou enfrentada a problemática da legitimidade da prestação jurisdicional atual no âmbito das sociedades contemporâneas periféricas de Estados Democráticos e de Direito**⁵, a bem de que os contornos e papel desta atividade estatal, devidos para modernidade presente neste contexto, sejam adequadamente desvelados.

³ Cf. Notas introdutórias.

⁴ Idem.

⁵ Idem.

Como a apresentação geral desta problemática certamente já deixou antever, o problema cuja análise foi objetivada nestes termos é de extrema complexidade, o que acabou por exigir a medida pouco comum de se dividir este estudo em duas partes distintas, de três capítulos cada.

A **primeira parte** recebeu, então, o título de “**Jurisdição, legitimidade e contemporaneidade: da limitação do debate sobre a legitimidade jurisdicional e seus efeitos deletérios na modernidade presente**”; a **segunda parte**, por sua vez, foi denominada “**Jurisdição, legitimidade e democracia: degradação e resgate da legitimidade jurisdicional contemporânea (identificando elementos de supressão e abertura dos potenciais espaços de convivência democrática)**”.

Procurou-se abordar na **primeira parte** desta investigação, portanto, *como esta questão é de fato tratada hoje e porque acaba sendo objeto de abordagem tão restritiva*, também de forma crítica, tudo nos capítulos I, II e III deste estudo, reservando-se, o primeiro e o segundo capítulos, para considerações de índole mais teórica ou abstrata, e o terceiro capítulo, para uma demonstração da aplicação e das implicações desta visão reducionista nas concepções sobre prestação jurisdicional e na sua prática atual.

Especificamente no *primeiro capítulo*, promoveu-se, então, uma apresentação mais geral do problema da atual excessiva restrição do debate acerca da legitimidade da prestação jurisdicional, em suas possíveis causas, consequências e formas.

Já no *segundo capítulo*, a investigação voltou-se para uma demonstração mais específica das causas e modos da atual limitação desta discussão, apresentando-se, inclusive, um bosquejo sobre as visões contemporâneas acerca desta problemática. Tudo isso para sugerir, também, a necessidade de se promover a ampliação desta discussão a partir de dois grandes eixos concebidos para tanto: um eixo de ampliação horizontal do debate (por consideração de vetores e resultantes da contemporaneidade) e um eixo de ampliação vertical do debate (por consideração crítica aos pressupostos deste mesmo debate).

No *terceiro capítulo*, por fim, realizou-se um apanhado e uma breve análise dos efeitos deletérios mais práticos da restritiva discussão da legitimidade jurisdicional sobre a compreensão e exercício da jurisdição na contemporaneidade, mormente nas democracias periféricas como a brasileira, bem como de seus negativos reflexos para a criação – e, mesmo, manutenção – dos espaços de convivência democrática atual, tudo à luz de vetores filosóficos e ideológicos fundantes, que parecem vir norteado a modernidade presente.

A **segunda parte do estudo**, por sua vez, foi pensada como uma espécie de resposta às perplexidades geradas a partir da primeira parte; ou seja, buscou-se *apresentar neste espaço uma ampliação e um aprofundamento crítico do estudo da legitimidade da prestação jurisdicional para a contemporaneidade*, em contraposição ao limitado debate que sobre ela vem sendo levado a termo na modernidade presente. E justamente para que os deletérios efeitos teórico-práticos desta restritiva discussão possam ser enfrentados fundadamente, a partir da descoberta e afirmação de um novo modo de compreender os contornos e papel da função jurisdicional na contemporaneidade e no âmbito das democracias periféricas ou emergentes.

Para tanto, esta parte da investigação foi elaborada a partir de uma proposta de especificação dos elementos perniciosamente restritivos da discussão da legitimidade da jurisdição atual, e, pois, do papel da prestação jurisdicional na contemporaneidade e na democracia. Assim, à definição dos pretensos elementos redutores e degradantes do papel da jurisdição e da construção de sua legitimidade, precisamente como elemento identificador do cumprimento deste papel, num primeiro momento, buscou-se fazer com que correspondesse, no momento seguinte da apresentação - como um espelho -, a discussão relativamente simétrica de abordagens ampliativas e conservativas do sentido renovado da jurisdição e de uma revista categoria da legitimidade jurisdicional a lhe acompanhar e referir, tudo gerando noções que talvez pudessem ser adotadas hoje, mesmo com base no ordenamento vigente no Brasil.

Deste modo, de forma mais especificada e articulada, tem-se que, no *quarto capítulo*, tratou-se de tentar identificar e analisar possíveis elementos de resgate e de degradação da legitimidade jurisdicional contemporânea, no interior do vetor da modernidade presente que aqui foi denominado de vetor da tendência da “supressão do tempo”, discorrendo-se neste espaço sobre aspectos de “presentificação” ou de “retemporalização” da jurisdição na atualidade.

Por sua vez, no *quinto capítulo* deste trabalho, tratou-se de tentar identificar e analisar possíveis elementos de resgate e de degradação da legitimidade jurisdicional contemporânea no interior do vetor da modernidade presente concebido nesta pesquisa como sendo o vetor da tendência a “supressão do espaço das diferenças”, discorrendo-se aí sobre aspectos de “desrealização” ou de “reproblematização” da jurisdição na modernidade.

Por derradeiro, no *sexto e último capítulo*, a tentativa foi de identificar e analisar possíveis elementos de resgate e de degradação da legitimidade jurisdicional contemporânea sob um ponto de vista ético-político, discorrendo-se neste ponto sobre as conexões possíveis entre a atividade de prestação jurisdicional e de efetivação da democracia na atualidade, a partir das distintas concepções de um “funcionalismo judicial” positivista ou, contrariamente, de uma função judicial transformada para a construção de uma democracia constitucional em sentido amplo.

Estes, pois, os sumários contornos e sintéticas pretensões de cada capítulo desta pesquisa, que, de certa forma, refletem também os objetivos mais específicos que compõem a totalidade da investigação.

De se esclarecer, ainda, acerca dos elementos teóricos desta pesquisa, que autores como Ovídio Araújo Baptista da Silva e Luiz Alberto Warat, no âmbito de uma crítica do Direito, bem como Hans-Georg Gadamer, Paul Ricoeur e Lenio Luiz Streck, no âmbito de uma hermenêutica filosófica a ser transposta para o Direito, foram os principais referências teóricos adotados neste trabalho.⁶

Por fim, de se considerar que esta investigação pretende pôr à prova as hipóteses de trabalho que de certa forma já foram implicitamente adiantadas ao início desta exposição, mas que talvez possam ser sintetizadas de forma mais ordenada e articulada, ainda que com algum prejuízo à exata

⁶ Cf. Notas introdutórias.

compreensão da complexa problemática em foco, do modo que segue. São, pois, hipóteses desta investigação as da:

- a) Existência de uma restrição excessiva ao debate sobre legitimidade jurisdicional;*
- b) Existência de uma reação ao pós-positivismo, em curso e com graves consequências para a jurisdição e para a construção da democracia contemporânea;*
- c) Possibilidade de resgate dos contornos e papel da prestação jurisdicional contemporânea pelo estudo crítico e ampliado dos atuais elementos de incremento e degradação de sua legitimidade;*
- d) Possibilidade de obter avanços efetivos na prestação jurisdicional e concretização da democracia na contemporaneidade periférica ou emergente, precisamente a partir deste esforço de adequada definição de contornos e papel de uma prestação jurisdicional legítima para a modernidade presente.⁷*

Em suma, *a hipótese geral ou a ideia central que este trabalho se propõe a demonstrar é a de que o estudo ampliado e crítico de uma legitimidade jurisdicional concebida para uma modernidade periférica presente pode ter relevantes e positivos efeitos teóricos e práticos para a compreensão e efetivação de uma nova prestação jurisdicional para a contemporaneidade, bem como para a construção (e reconstrução permanente) de uma democracia de sentido ampliado - uma democracia constitucional em sentido amplo, por dirigir-se à inclusão e à participação direta dos cidadãos na definição de sentido das regras de convivência em geral -, não sendo uma nova jurisdição para a contemporaneidade, pois, incompatível com a democracia, mas, pelo contrário, desempenhando relevante papel complementar e sinérgico a ela.*

Expostas tais considerações que já se alongam, é tempo de passar ao desenvolvimento desta investigação propriamente dita, sem mais demora, na tentativa de apresentar as possíveis respostas às complexas indagações levantadas aqui, que instigaram e motivaram a realização deste árduo trabalho de pesquisa que ora se traz à pública avaliação.

⁷ Cf. Notas introdutórias.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

1. Particularmente a partir de um suporte constitucional como o do Brasil, mormente quando se considera a existência de disposições como as do artigo 1º e 3º da CF/88, bem como o extenso catálogo de direitos fundamentais expressamente elencados naquela Constituição. Afinal, como diz STRECK, superada “a (pretensa) plenipotenciabilidade da regra – como fonte e pressuposto do sistema–”, sobrevêm os textos constitucionais que resguardam “promessas contidas no modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito”, o que implica “introduzir o ideal de vida boa, abrindo espaços para a institucionalização da moral no direito produzido democraticamente”, a partir da denominada “positivação de princípios.” E isso tudo permite que, assim, “*de um direito meramente reprodutor da realidade, passe-se a um direito com ‘potencialidade de transformar a sociedade’*, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil, bastando, para tanto, uma simples leitura de alguns dispositivos, em especial, o art. 3º. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação de realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais.” E adiante: “Em síntese, o fenômeno do (neo)constitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados a partir de uma característica fundamental [citando-se GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico.*]: a existência de uma Constituição ‘extremamente embebedora’ (pervasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário à ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.* 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp.2-3.).

2. Cf. as ideias de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (*Processo e ideologia: o paradigma racionalista.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.) de jurisdição como “agente descentralizador e pulverizador do poder” e, pois, como “instrumento democrático” (p.317), sintetizadas aqui na seguinte passagem: “Os liberais, aliás, não escondem que, apesar da retórica, dirigimo-nos cada vez menos na direção do povo. Giovanni Sartori não-lo confirma, ao escrever: ‘Hoje em dia, não obstante a retórica em contrário, nos movemos na direção de cada vez ‘menos’ poder do povo. A causa óbvia disto é que um máximo de poder popular só é possível em sociedades simples nas quais as funções de direção sejam relativamente elementares. A maior complexidade, interconexão e magnitude gigantesca dos mecanismos da vida social e econômica determina que a opinião dos especialistas adquira um peso específico superior a seu voto como eleitor’. Esta é a questão que nos obriga a pensar numa *profunda descentralização do poder, capaz de aproximar-la do povo, permitindo o exercício autêntico de um regime democrático, de que o Poder Judiciário pode ser o fiador. A jurisdição, num regime verdadeiramente democrático, ao contrário do nosso, deve ser o agente ‘pulverizador’ do Poder, o órgão produtor de micro-poderes, que passam a contrabalançar o sentido centralizador que os outros dois ramos zelosamente praticam.*” (pp.315-316- destaquei).

3. E assumindo-se que um dos marcos teóricos centrais do trabalho seja a filosofia hermenêutica e ideias afins, é importante destacar a plena compatibilidade das pretensões críticas com um tal referencial teórico, como bem destaca STEIN, ao refutar uma suposta aparência acrílica da hermenêutica, nos seguintes termos: “É para mim um ponto muito importante que a hermenêutica poderia parecer acrílica, poderia parecer ingênua. *Mas ao contrário, o que acontece é que hermenêutica justamente nos dá uma consciência crítica na medida em que ela forma a nossa consciência histórica e nos permite assumir uma situação histórica determinada, através de fusão de horizontes e na diluição de horizontes*, de maneira que ao ficarmos presos a um conjunto de pré-conceitos dos quais não nos libertamos inteiramente como seres históricos e fáticos.” (STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica.* 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p.78 –destaquei.).

4. É imperioso recordar, por que pertinente ao ponto, da abertura da hermenêutica ao diálogo: “Existe em toda a questão hermenêutica uma espécie de *dialética da pergunta e da resposta.* O nos aproximarmos dos textos é uma espécie de interrogação que fazemos deles é a resposta que deles recebemos. Como a hermenêutica filosófica de Gadamer não trata apenas dos textos, o aproximar-nos da história, o aproximar-nos de temas das diversas ciências do espírito sempre é um perguntar através da interpretação e receber uma resposta pela compreensão é uma espécie de diálogo entre a pergunta e a resposta.” (STEIN, *Aproximações....*, op.cit., p.79).

5. Precisamente através da consideração genérica inicial de seu novo e fundamental papel nestas mesmas democracias (qual seja, o de auxílio na construção de uma convivência pacífica, “sob uma perspectiva ética”, que resulte na criação e multiplicação de espaços de convivência democrática, com participação direta).

6. Respectivamente tendo-se arrolado nesta passagem os autores mais consultados para dar embasamento a este escrito, como rápida consulta à bibliografia, citações e notas claramente revelará, bem como as teorias de base (ou marcos teóricos) que dão suporte a esta investigação.

7. E, mais articuladamente, tem-se, então, para tais hipóteses, o seguinte: **Hipótese “a”:** *há uma restrição excessiva e indevida no atual debate sobre a legitimidade da prestação jurisdicional*, mormente em se considerando o contexto das democracias de países periféricos ou emergentes em que deve atuar na contemporaneidade, já que o enfoque nesta discussão se dá, via de regra, apenas a partir do temor do avanço da atividade jurisdicional sobre a atividade política e dos prejuízos à democracia representativa alegadamente advindos daí; **Hipótese “b”:** uma tal restrição é também *reflexo de uma séria*

reação ao pós-positivismo atualmente em curso, que já apresenta graves consequências teóricas e práticas no que tange a uma compreensão e realização adequada da prestação jurisdicional e da própria democracia na modernidade presente, principalmente na realidade periférica ou emergente; Hipótese “c”: apesar do referido nas hipóteses “a” e “b”, *é possível resgatar os devidos contornos e papel de uma prestação jurisdicional contemporânea, mormente para as democracias periféricas ou emergentes da modernidade presente (ou seja, apta a lidar com as complexidades da contemporaneidade e com as questões da periferia), se a tarefa de proceder a uma discussão mais ampla e crítica acerca da legitimidade da prestação jurisdicional neste contexto for enfrentada, na extensão e profundidade necessárias, a ponto de que se possam especificar aqueles que seriam seus elementos centrais de degradação e de resgate; Hipótese “d”:* Por meio da *definição dos contornos aproximados de uma prestação jurisdicional legítima para a contemporaneidade, mormente no âmbito das democracias periféricas, não só se revelarão também os contornos mais elementares de uma nova prestação jurisdicional e de seu papel mais moderno, como será possível efetivar esta atividade de um modo apto a contribuir para o estabelecimento de uma convivência social mais harmônica, para a consolidação do respeito e ampliação da democracia, bem como para o incremento e renovação dos espaços públicos de sua realização e para a própria educação para a cidadania.*

- PRIMEIRA PARTE-

JURISDIÇÃO, LEGITIMIDADE

&

CONTEMPORANEIDADE :

Da limitação do debate sobre a legitimidade jurisdicional e seus
efeitos deletérios na modernidade presente

CAPÍTULO I

O DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE: REAÇÕES AO NOVO PAPEL DA JURISDIÇÃO NA MODERNIDADE PRESENTE E OS POTENCIAIS ESPAÇOS DE CONVIVÊNCIA DEMOCRÁTICA EM SUPRESSÃO.

1. Apresentação das linhas gerais do problema do trato da legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade

O presente capítulo pretende servir de introdução específica ao enfrentamento do problema objeto dos dois capítulos seguintes deste estudo, qual seja: *o problema particular de se investigar como é hoje tratada a questão da legitimidade da prestação jurisdicional na doutrina jurídica* (capítulo II) e *na prática forense e de administração da justiça* (capítulo III), mormente no contexto de sociedades afetas a países periféricos ou emergentes, cujos Estados (ainda) se pretendam Democráticos e de Direito.

Todavia, desde logo é impositivo esclarecer: o objetivo de demonstrar os contornos atuais desta problemática não pode reduzir a tarefa a ser desenvolvida nestes primeiros capítulos a um mero esforço descritivo, com pretensões a uma suposta neutralidade “científica”⁸. Na medida em que o presente trabalho pretende desenvolver uma *abordagem crítica*⁹ deste complexo tema, impositiva será a tomada de posição¹⁰ acerca do que progressivamente vá se revelando no curso desta apresentação

⁸ Diz BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS: “A neutralidade e a objetividade são as cinzas de um passado que nunca existiu [referindo-se às pretensões da ‘ciência jurídica’]. A ciência moderna, que sempre se caracterizou pela sua antropofagia, acaba por se comer a si própria, e é a partir da sua própria digestão que pode visualizar a transformação por que passa.” (“Da Sociologia da Ciência à Política Científica”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.1, Coimbra, Portugal, p.3 a 56. apud ROCHA, Leonel Severo. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007; ver também WOLKMER, A.C. *Ideologia, Estado e Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.92).

⁹ Algo como um “projeto de cunho crítico-interdisciplinar” nesta área do Direito, como refere WOLKMER, A.C. *História do Direito no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.140.

¹⁰ Sobre o significado que se quer dar aqui à expressão, ao menos na medida do que se mostrar possível no trato específico do tema, conferir o que leciona A.C. WOLKMER na obra “Introdução ao pensamento jurídico crítico”, após tratar da “crise de racionalidade e mudança de paradigma”, no ponto “natureza e conceituação da crítica”. Assevera aquele autor que “discorrer sobre a teoria crítica impõe necessária e primeiramente destacar o(s) sentido(s) da ‘crítica’, expressão que não deixa de ser ambígua e elástica”, marcando posição, em seguida, no sentido de que “isso posto, avança-se no sentido de que a ‘crítica’ pode compreender ‘aquele conhecimento que não é dogmático, nem permanente, (mas) que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio. E, seguindo a posição de que não existe conhecimento sem práxis, o conhecimento ‘crítico’ seria aquele relacionado com um certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade. Somente uma teoria ‘crítica’ pode resultar na libertação do ser humano, pois não existe transformação da realidade sem libertação do ser humano’ [citando PAULO FREIRE, in Luis Peluso, ‘O projeto da modernidade no Brasil’, Campinas: Papirus, 1994, p.44.]. A ‘crítica’, enquanto processo histórico identificado ao utópico, ao radical, ao desmitificador, assume a ‘função de abrir alternativas de ação e margem de possibilidades que se projetam sobre as continuidades históricas’ [citando JÜRGEN HABERMAS, in Gabriel L. Santiago, ‘As utopias Latino-Americanas’, Campinas: Alínea, 1998, p.44.]. Uma posição crítica, portanto, não só como uma avaliação crítica ‘de nossa condição presente, mas crítica em trabalhar na direção a uma nova existência (...)’ [citando RICHARD QUINNEY, in Antonio C. Wolkmer, *Ideologia, Estado e Direito*. 3a. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.5]. Desse modo, *pode-se ‘conceituar’ teoria crítica como o instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora. Trata-se de proposta que não parte de abstrações, de um ‘a priori’ dado na elaboração mental pura e*

como sendo elemento constitutivo desta realidade investigada. Daí, inclusive, a inevitabilidade de, a bem de ser preservado um discurso compreensível e menos fragmentário, por vezes se impor o adiantamento de posições críticas mais agudas que, a rigor, talvez estivessem mais bem situadas nos capítulos finais deste estudo.

Por sua vez, no que tange propriamente ao texto introdutório que se segue, é de se dizer apenas que dele constam, fundamentalmente: primeiro, um início de demonstração da excessiva restrição do debate atual acerca da legitimidade da prestação jurisdicional e uma tentativa de esclarecimento de suas prováveis causas e consequências; depois, uma esquematização permissiva de um tratamento mais articulado e compreensível, além de crítico, da complexa questão das causas desta limitação da discussão, bem como das antevistas necessidades de ampliação do debate, abordagem esta que será desenvolvida de forma mais elaborada nos subitens subseqüentes dos capítulos seguintes deste trabalho.

Feitas estas breves e necessárias considerações preliminares, passa-se à apresentação introdutória, propriamente dita, de como vem sendo tratado o tema¹¹ objeto da presente dissertação na contemporaneidade.

2. Da excessiva restrição ao debates sobre a legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade: demonstração de um reflexo reativo complexo ao pós-positivismo

a) Estado atual do debate e início de demonstração de sua excessiva restrição: O problema da *legitimidade da prestação jurisdicional* no âmbito dos atuais Estados Democráticos e de Direito enseja hoje infindáveis e acaloradas discussões¹², tanto na academia como no foro. E embora esse recorrente debate suscite o surgimento de variados argumentos em torno das posições que polariza, é possível anotar atualmente uma particularidade que, mesmo pouco destacada, é comum aos diversos discursos que abordam o tema. Trata-se do fato destes debates comumente virem se dando em termos *demasiado*

simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais." (2001, pp. 3, 4 e 5 - destaquei).

¹¹ Especificando-se, para fins de maior clareza, tem-se, para este estudo, o seguinte: Tema: legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade e na democracia de países periféricos ou emergentes; Tema delimitado: **A busca por legitimidade na prestação jurisdicional** atual no âmbito das sociedades contemporâneas de países periféricos e Estados democráticos e de direito **a partir da consideração genérica de seu novo papel fundamental na democracia dos países periféricos ou emergentes** (construção de uma convivência pacífica sob 'uma perspectiva ética' (Ricoeur)).

¹² A respeito, conferir STRECK, *Verdade e consenso...*, op.cit., p.18, ao mencionar que "o debate se alonga e parece interminável", citando, em nota (nº3), inúmeros doutrinadores e textos que tratam da questão, como, por exemplo: BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang ("Los metodos de la Interpretación Constitucional. Inventário e crítica", in *Escritos sobre Derechos fundamentales*. Baden-Baden, Nomos, 1993); CANOTILHO, J.J. GOMES (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 4ª ed.. Coimbra: Coimbra Editores, 1994.); FERRAJOLI, Luigi ("Jueces y política. Derechos y Libertades." In: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año IV. Janeiro de 1999, n.7. Madrid: Universidad Carlos III.); OST, François (*O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.); NEVES, Marcelo. "Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais do poder". RTDP nº12. São Paulo: Malheiros, 1995). E ainda outros autores, tais como: KÄGI, Werner; LERCHE, Peter; PÉREZ, Miguel Angel Aparício; PERRY, M.J. ; DIAZ, Elias; CATTONI, Marcelo.

restritivos, mormente para o contexto do ‘Civil Law’¹³ e de países periféricos ou emergentes, como o Brasil¹⁴.

De forma mais específica, o que se quer destacar com esta assertiva inicial¹⁵ é que tais discussões vêm, de um modo ou de outro, se concentrando e encerrando num questionamento quase exclusivo sobre *os limites da jurisdição na democracia representativa*¹⁶. Dito de outro modo: o tema é invariavelmente desenvolvido a partir de um exame de conformidade com uma certa noção pressuposta de *legitimidade democrática* da prestação jurisdicional (constitucional), num enfoque claramente limitante que, por sua vez, vem sendo ainda mais restringido pela própria compreensão também estreita de seus pressupostos¹⁷.

Nesse sentido, traz MARIONINI¹⁸ uma perfeita síntese de como esta complexa questão é vista de forma reducionista¹⁹ quando de seu tratamento mais corriqueiro pela dogmática jurídica, particularmente a nacional²⁰

¹³ Conferir sobre as linhas gerais de distinção entre os sistemas de Direito, o clássico estudo de RENÉ DAVID, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. (Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986).

¹⁴ Conferir a respeito MARINONI, LUIZ GUILHERME. “Aproximação crítica entre as jurisdições de ‘civil law’ e de ‘common law’ e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. In: *Revista de Processo*, ano34, nº 172 (jun./2009). São Paulo: RT, 2009. pp.175-232 – mais particularmente, p.213 e respectivo trecho transcrito adiante.

¹⁵ Note-se que não se pretende chegar aqui a um enfrentamento mais direto de possíveis razões últimas desta problemática, inerentes a um afirmado “papel essencial” da “teoria jurídica” “no seio das relações de poder”, que seria o de genericamente “fixar a legitimidade do poder” (ROCHA, *Genealogia da crítica jurídica*...op. cit., pp.190-1), passando invariavelmente, assim, ao largo de um debate sobre o poder propriamente dito (questionamentos estes que acabaram tendo discussão mais ampla e adequada fora do discurso jurídico, em estudos de M.FOUCAULT (“Soberania e Disciplina”, in *Microfísica do Poder*, ou *Vigiar e Punir*, v.g.) e N.POULANTZAS (*Estado, poder e socialismo*), segundo o mesmo autor antes referido - pp.218 e ss., e, mais genericamente, no capítulo IV da obra citada, intitulado “Poder e disciplina em Michel Foucault”, pp.206 e ss.). Deve restar esclarecido desde o início, então, que discussões acerca destas raízes mais profundas do problema (relações entre o poder e o discurso jurídico, teses acerca da soberania e do problema da legitimidade do poder e da obediência etc), ou sobre determinados problemas mais específicos inerentes a tais aprofundamentos, tais como o da soberania como técnica de poder ou como “forma de dominação”, bem como o do eventual ocultamento ou desconsideração destas questões pelos juristas (Id.,p.191), que estariam subjacentes à questão da legitimidade, não poderão ser abordadas nos limites deste trabalho, ainda que nele se pretenda seguir uma linha crítica, sob pena de inviabilização do projeto por ampliação demasiada de seu objeto. A respeito, para maior aprofundamento, conferir, assim, autores como Leonel Severo Rocha e Antônio Carlos Wolkmer, nas seguintes obras: PÊPE, Albano Marcos Bastos; ROCHA, Leonel Severo. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007; WOLKMER, A.C. *Ideologia, Estado e Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁶ Conferir STRECK, *Verdade e Consenso*..., op. cit., p.18-9, que parece bem identificar a questão na seguinte passagem: “Se se compreendesse a democracia como a [mera, acrescento] prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que ‘subtrai’ da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários.” Contudo, *uma simplificação da questão nestes termos, ou seja, como singela “contraposição entre democracia e constitucionalismo”*, segundo o mesmo autor, *não passa de um “perigoso reducionismo”*. (destaquei).

¹⁷ Vale dizer, por via exemplificativa: sempre esta posta aí a discussão dos *limites* para uma ação formalmente válida do Poder Judiciário e no âmbito da democracia meramente *representativa*; pouco, quase nunca, um questionamento sobre a possibilidade desta ação instrumentalizar *novas formas de participação direta* do cidadão no poder; muito menos ainda, se apresenta a questão da admissão da atuação judicial em sociedade na busca do justo do caso concreto, v.g., como elemento relevante para a construção da legitimidade desta atividade estatal no âmbito desta discussão (ou seja, a discussão sobre outros elementos (marcadamente de cunho ético-político) caracterizadores da legitimidade jurisdicional e, pois, sobre sua *essência* na contemporaneidade), já que, nesta ótica juricista-reducionista, se parte sempre do pressuposto limitante da deficiência de *delegação* do poder soberano do povo aos juízes como exclusivo ponto atrator dos interesses neste tema.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo* (Curso de Processo Civil, vol.1). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. pp.431-2. Evidentemente o trabalho do preparado processualista não é invocado como exemplo de trato reducionista da matéria, como mais evidente ficará adiante. Mas é por demais sintomático que, para poder tratar de um modo

O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, ou melhor, a respeito da legitimidade do controle da constitucionalidade da lei²¹, funda-se basicamente no problema da legitimidade do juiz para controlar a decisão da maioria parlamentar²². Isso porque a lei encontra respaldo na vontade popular que elegeu o seu elaborador – isto é, na técnica representativa. Por outro lado, os juízes, como é sabido, não são eleitos pelo povo [o que, segundo o explicitado na mesma citação, adiante, lhes inculcava uma ‘deficiência de legitimidade de origem’], embora somente possam ser investidos no poder jurisdicional através do procedimento traçado na Constituição, que prevê a necessidade de concurso público para ingresso na magistratura de 1ª grau de jurisdição – de lado outros critérios e requisitos para o ingresso, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal.

Como se vê, a restrição no tratamento do tema inicia-se pelo fato mais óbvio – mas ainda assim olvidado - de que, em realidade, não se parte de uma discussão crítica e aberta *sequer acerca de que (ou quais) critério(s)* deveria(m) servir de parâmetro para avaliar a legitimidade jurisdicional na contemporaneidade. Ou, por outra, que elementos, *além* do necessário compromisso com a democracia (representativa), se haveria de considerar para se tê-la por legítima neste contexto. A eleição do critério exposto é arbitrária, sendo ele dado como elemento certo, suficiente e não-questionável.

Mas tal modo restritivo de abordagem ultrapassa esse ponto mais evidente, indo em direção a uma circunscrição ainda maior do debate. Isso é o que ocorre quando se pressupõe, em seguida, que uma discussão sobre uma tal legitimidade só se apresenta quando se configura a questão mais específica do controle da constitucionalidade das leis²³. E também assim, quando, adiante, não se

algo mais aprofundado do tema em seu manual de processo, tenha que partir exatamente desta generalização que reflete o senso comum hoje imperante sobre o tema para que possa se fazer entender e iniciar o seu discurso crítico.

¹⁹ Cf. STRECK, op.cit., p.19, alertando para uma das formas mais reiteradas de reducionismo do trato da matéria: “...considero necessário deixar claro que a contraposição entre democracia e constitucionalismo é um perigoso reducionismo. Não fosse por outras razões, não se pode perder de vista o mínimo, isto é, que o ‘Estado Constitucional só existe e tornou-se perene a partir e por meio de um processo político constitucionalmente regulado’ (Loewestein). Na verdade, a afirmação da existência de uma ‘tensão irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno, que entendo deva ser desmi(s)tificado. Frise-se, ademais, que, se existir alguma contraposição, esta decorre necessariamente entre a democracia constitucional e democracia majoritária, questão que vem abordada em autores como Dworkin, para quem ‘a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais’ [citando-se DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 80 e ss.]”.

²⁰ Salvo exceções que apenas confirmam a regra: por exemplo, em âmbito nacional, os trabalhos de FABIO KONDER COMPARATO (v.g., *O Poder Judiciário no regime democrático*. In: “Estudos Avançados”, 18 (51), 2004. pp.151-159. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>>. Acesso em: 08/02/2010.); PAULO BONAVIDES (v.g., *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. In: “Estudos Avançados”, 18 (51), 2004. pp.127-150. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>>. Acesso em: 08/02/2010.); e LENIO STRECK (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2004).

²¹ De resto, há aí outro limite à discussão da legitimidade da prestação jurisdicional contemporânea a ser tratado oportunamente: o de que somente a jurisdição constitucional, formalmente considerada, possa ensejar discussões acerca de sua legitimidade “democrática”, ou, por outra, com relação à construção de adequados espaços de convivência democrática na contemporaneidade.

²² Referindo-se, no original, a seguinte citação: ROBERTO GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno...*, cit. E: para uma abordagem da relação entre a jurisdição constitucional e a democracia, desde o paradigma liberal-positivista até a teoria habermasiana, ver CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, *Jurisdição Constitucional...*cit.

²³ Pode-se iniciar uma reflexão acerca do ponto a partir da seguinte afirmação de STRECK: “É dever dos juízes e tribunais aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais, além de estarem obrigados a ‘colmatarem’ lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcança, inclusive, a jurisdição cível, abrangendo de forma horizontal, as normas de direito privado. Daí o oportuno alerta de SARLET [cita-se: Cf. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, op.cit., pp.351 e segs.]..., no sentido de que ainda no âmbito de uma vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais, não

cogita de um questionamento crítico mínimo acerca do próprio significado atual da noção de democracia²⁴ que é posta a adjetivar esta particular ideia de legitimidade invocada aí. Assim, quanto ao último ponto, além de se ter como fato dado e pressuposto inquestionável a ideia de que só está em causa, para uma atuação jurisdicional (constitucional) legítima, a sua conformidade com certos dogmas²⁵ da democracia *representativa*, não se enceta nem mesmo a discussão sobre a validade e alcance atual destes mesmos dogmas²⁶.

A verdade, portanto, é que para se falar de legitimidade jurisdicional na contemporaneidade, com uma amplitude e um espírito críticos suficientes, a rigor seria necessário se perquirir antes sobre *a que (qual ou quais) critério(s) ela estaria referida* e mesmo *a que conceitos pressupostos* a discussão estaria sendo efetivamente atrelada já desde o seu início. Vale dizer: antes seria necessário responder *de que jurisdição*²⁷ se estaria a tratar aqui, e, ainda, mesmo em termos de uma busca de legitimidade *democrática* propriamente dita, a *qual democracia*²⁸ se faria referência aí - ou a que contornos ou nortes democráticos se estará referindo tal busca por legitimidade²⁹.

se deverá perder de vista que os próprios atos judiciais que atentem contra os direitos fundamentais poderão constituir objeto de controle jurisdicional.” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.159).

²⁴ É dizer, de forma mais ampla, as próprias categorias que estão necessária e visceralmente envolvidas nesta abordagem (v.g., as da democracia e da jurisdição, além daquela da legitimidade propriamente dita) são dadas como de conteúdo certo e determinado, malgrado a sua evidente polissemia e dinâmica transformação no contexto da contemporaneidade (tempo) e da realidade de países periféricos ou centrais (espaço).

²⁵ V.g., o da estrita separação dos poderes e o princípio da maioria (no máximo mitigado pelo peso contramajoritário das decisões judiciais, apenas toleradas pelas correntes mais conservadoras do liberalismo).

²⁶ Cf. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, ao asseverar que “é necessário reconhecer que os problemas enfrentados pelo processo civil, na cultura do ‘capitalismo desorganizado’, radica na crise de legitimidade da democracia representativa” (*Processo e Ideologia...* op.cit., p.56), referindo-se, ainda, a um certo ponto em que “o dogmatismo jurídico entra em conflito com a autêntica democracia participativa.” (Id., p.55).

²⁷ Que visão ou noção essencial, nuclear, ainda que aproximada ou inicial, da jurisdição estaria em consideração? A tradicional, do juiz como “boca da lei”, presa de maneira inflexível aos dogmas do liberalismo (que adquiriu feições muito particulares e conservadoras no Brasil, cf. WOLKMER, em *História do Direito no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 74,75 e ss.), dogmas estes que forjaram nosso direito processual e a administração da justiça no Brasil ao longo das últimas centenas de anos (cf. WOLKMER, op.cit., capítulo II, particularmente no item “os operadores jurídicos e a administração da justiça”, pp. 58 e ss. e p. 65 e ss., onde encontra-se interessante síntese sobre a análise da administração da justiça no período colonial brasileiro, por STUART B. SCHWARTZ [citando-se sua obra *Burocracia e Sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Perspectivas, 1979, bem como WEHLING, Maria José e WEHLING, Arno, na obra *O magistrado no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro – Perfil histórico institucional*. Sociedade brasileira de pesquisa histórica (SBPH). Anais da XVI Reunião. Curitiba, 1996, p.157.] ? Ou uma noção diversa, atenta a um outro papel, de caráter transformador (Cf. STRECK, *Verdade e consenso...*, op.cit., p.9), no pós-positivismo e, mais particularmente, no constitucionalismo contemporâneo, até como pré-compreensão de uma nova essência desta função e dos seus potenciais contornos futuros?

²⁸ Afinal, parece ser possível se ter por, no mínimo, questionável pelas condições da atualidade (particularmente de ampliação extrema da diversidade, massificação global de interesses consumistas - em detrimento do interesse por ideais cidadãos), e, em suma, em razão da hipercomplexidade das relações humanas adquirida com a mundialização - a própria validade de se ter a clássica noção (liberal) de democracia meramente *representativa*, apoiada exclusivamente, ou quase exclusivamente, no *princípio da decisão pelas maiorias*, como forma absolutamente preponderante, e mesmo suficientemente bastante em si mesma, para a concretização da essência dos ideais democráticos. Cf., a respeito, OVIDIO BAPTISTA, *Processo e Ideologia...*, op.cit., p.309, citando BOBBIO em *O Futuro da Democracia*, p.35.

Cf., ainda, a respeito de tais difíceis condições, as lições de inúmeros autores, das mais variadas áreas, afiliações acadêmicas e ideológicas, tais como, v.g., COSTA, Sérgio. “Complexidade, diversidade e democracia: alguns apontamentos conceituais e uma alusão à singularidade brasileira”; DALLMAYR, Fred. “Para além da democracia fugidia: algumas reflexões modernas e pós-modernas”; HONNETH, Axel. “Democracia como cooperação reflexiva. John Dewey e a teoria democrática hoje”; NEVES, Marcelo. “Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas” e “Justiça e diferença numa sociedade global complexa”; FRASER, Nancy. “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”, todos In: SOUZA, J. (organizador). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, respectivamente, às pp. 461-476; 11-38; 63-91; 111-163 e 229-363; 245-282. Também elucidativos são os seguintes estudos e obras: TRINDADE, Helgio. “Reforma Política: os desafios da democracia social”. In: BENEVIDES, Maria V.; VANNUCHI, P.; KERCHÉ, F. (org.). *Reforma política e*

Entretanto, como já se adiantou, não é essa a realidade do ordinário debate contemporâneo acerca do tema.

b) Um reflexo reativo complexo ao pós-positivismo: o emaranhado das causas e consequências da limitação do debate: Com efeito. Com o crescente protagonismo assumido pelo Judiciário a partir do século XX³⁰, que acabou tomando contornos mais elásticos em épocas mais recentes³¹ – de forma ainda mais destacada nos países periféricos³² ou emergentes –, tal debate tornou-

cidadania. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003. pp. 57-82 (especialmente no item “A democracia sem povo e a crise de representação”, pp.58 e ss. do artigo do prof. de ciência política da UFRGS); BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998 (particularmente no capítulo III, “Os estranhos da era do consumo: da sociedade de bem-estar à prisão”, pp.49 e ss.); BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70 (especialmente a segunda e terceira partes, respectivamente, “Teoria do Consumo” e “‘Mass media’, sexo e lazeres”, apresentando-se nesta um processo de alienação radical na sociedade de consumo); CANCLINI, Nestor García. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Trad. Maurício Santana Dias. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006. (principalmente a introdução “Consumidores do século XXI, cidadãos do XVIII”, pp.29 e ss.); CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. (particularmente no capítulo V, “Poder e Direito em Babel”, pp. 229 e ss.).

²⁹ Cf., v.g., ROCHA, *Genealogia...*, op.cit., pp.199 e 201-205.

³⁰ Nas palavras de PIER PAOLO PORTINARO “...Ainda hoje tende-se a qualificar o sujeito oitocentista da política com a expressão ‘Estado legislativo de Direito’ em contraposição ao ‘Estado constitucional de Direito’ que lhe teria sucedido no século XX, em particular depois das trágicas experiências dos totalitarismos: a diferença consistiria fundamentalmente no fato de que, no primeiro, a garantia dos direitos fundamentais era confinada unicamente à política legislativa; no segundo, ao contrário, ela é remetida à Constituição – e a uma Constituição presidida por um órgão que exerce o controle de constitucionalidade [cita-se: L. FERRAJOLI, *Garanzia*, em ‘Parolechiave’, 19 (1999)].” – p.472 do estudo “Para além do Estado de Direito: Tirania dos juízes ou anarquia dos advogados?” (in: “*O Estado de Direito: História, teoria, crítica*”, org. Pietro Costa e Danilo Zolo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 465-488). E confirmando esta assertiva inicial: “O século XX concluiu-se, como de resto algumas tendências já tinham previsto nos primórdios, com uma transformação no equilíbrio dos poderes em vantagem do poder judiciário, com um peso crescente da justiça na vida coletiva e com a difusa e crescente preocupação com uma degeneração que, segundo o juízo de muitos, estaria produzindo uma profunda alteração do Estado de Direito.” (Op.cit., p.474).

³¹ “Muitos intérpretes voltam (...) a identificar, como preponderante tendência atual nos sistemas políticos ocidentais e como peculiaridade de alguns, em particular (o alemão), uma involução do Estado legislativo parlamentar em Estado democrático constitucional [cita-se: E.-W.BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt a.m., 1991, p.190].

³² Diz PAULO BONAVIDES, no artigo intitulado *Jurisdição constitucional e legitimidade...*Op.cit., p.132-3: “Houve tempos, porém, ao começo da idade constitucional moderna, em que o Poder Judiciário, sem embargo do princípio da separação dos poderes, que devera fortalece-lo, era, todavia, pelas taras do ‘ancien régime’, o mais fraco dos Poderes que emergiram da Revolução Francesa. Poder desarmado, é ele, de natureza, poder débil. Mas, de necessidade, urge que seja poder forte, apto a dirimir grandes conflitos políticos e sociais cuja profundidade afeta a manutenção das estruturas institucionais. Sua relação com o controle da constitucionalidade é crucial; é a questão vexatória do Direito Constitucional desta época, que não teve e dificilmente terá solução na teoria e na práxis, porquanto entende com o suposto caráter político da jurisdição constitucional, tema movediço, escorregadio, mergulhado nas incertezas polêmicas do debate doutrinário. **Mas a crise da forma representativa em países do chamado Terceiro Mundo e a decadência da lei e do legislativo ordinário em sistemas nos quais impera ou deve imperar a normatividade da Constituição fazem avultar, sem dúvida, a importância da jurisdição constitucional, nomeadamente em regimes onde a expansão normativa do Poder Executivo ocorre sem freios, com o grave risco de absorção ou esmagamento do Poder Legislativo.**” (destaquei). Nesse ponto, o mesmo autor refere-se também ao problema do que chama de “política governativa de Medidas Provisórias.” (Op.cit, p.130). Conferir, ainda, em sentido similar, STRECK, em seu *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, pp. 165-6: “O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma porque foi engendrada, no campo do direito constitucional e da ciência política, **uma nova legitimidade**, no interior da qual o Direito assume a tarefa de transformação, até mesmo em face da crise do modelo de Estado Social, onde as políticas públicas começaram a se tornar escassas, questão que colocava em risco a realização dos direitos sociais e fundamentais. **Daí que se altera a configuração do processo de legitimação: ao contrário das constituições liberais ou meramente sociais, a legitimidade, agora, advém da própria Constituição** (Villalón), que **exsurge de um processo de re-fundação da sociedade**.”

se cada vez mais focalizado no que se convencionou chamar de “politização do Direito”³³ ou de “juridicização [ou, ainda, judicialização] da política”³⁴.

Como tal fenômeno³⁵ consistiria, segundo seus críticos, essencialmente, “na vontade ou na necessidade de subtrair competências ao legislador para demandá-las ao juiz”, constituindo-se, inclusive, na “manifestação mais evidente da crise do Estado de Direito clássico”, a suposta premência

Mais ainda, é necessário ter em conta que o paradigma do Estado Social Intervencionista trabalha com a perspectiva de um Estado que intervém através de políticas que não são – ou raramente o são – escolhas motivadas por um querer genético da sociedade, refletindo, antes disso, os interesses de grupos eventualmente no poder. Esse diagnóstico, observam bem Luciano de Oliveira e Alonso Pereira, que já se verifica em nível teórico mais geral, é sobretudo evidente quando nos debruçamos sobre o caso do Brasil: ‘As escolhas políticas que informam no desempenho intervencionista do Estado não são – ou raramente o são – escolhas motivadas por um querer genético da sociedade. *Antes, elas refletem os interesses dos grupos eventualmente no poder.* Historicamente, sabemos todos, o Estado brasileiro não se constitui como um espaço público livremente pactuado *ao qual todos os segmentos sociais tenham iguais possibilidades de acesso*, desde que participem do jogo político cujas regras são fixadas em normas gerais, objetivas e estáveis, como quer o modelo liberal clássico, e é o que define a democracia. Ao contrário, *historicamente, o Estado brasileiro se caracteriza, antes, como um ‘locus’ tradicionalmente apropriado por elites econômicas que instrumentalizam o poder para servir aos seus próprios negócios, quase como se tivéssemos uma espécie de apropriação privada dos espaços públicos.* E essa visão pouco lisonjeira do Estado brasileiro chega até os nossos dias. Basta ver o que ocorreu com o seu modelo de expansão econômica mais recente, quando o ‘bem comum’ *da segurança e desenvolvimento* serviu, na verdade, como álibi para a promoção de políticas claramente antipopulares justificadas com infeliz metáfora do bolo que precisava crescer. É necessário atentar para o fato de que o modelo de desenvolvimento brasileiro nos últimos anos teve no Estado um dos principais atores. Estado que, atuando e intervindo sob a manta protetora da presunção de legitimidade, promoveu crescimento econômico excludente e concentrador, no dizer praticamente unânime dos nossos economistas. Hoje, quando se passa a euforia desse período, dificilmente alguém consideraria que a performance da Administração foi a favor do bem comum da sociedade brasileira como um todo. E, no entanto, não houve desvio de finalidade no sentido jurídico do termo!’. Por isso, o advento do Estado Democrático de Direito representa um salto e um ‘plus’ (normativo) sobre o modelo anterior de Estado-Intervencionista, mormente se considerarmos (...) as especificidades brasileiras.” (destaques do original).

³³ “Com o Estado legislativo ou Estado administrativo submetido à reserva da lei, o Estado de Direito clássico conservava de todo modo sólida a sua substância estatal como sujeito soberano. O Estado de Direito contemporâneo surge, ao contrário, como um sujeito cuja soberania é sempre mais limitada e dúbia. Nesta mudança de situação, *verificar-se-ia, portanto, com base nos diagnósticos clássicos que obtiveram em anos recentes sempre maior difusão, uma tendência à ‘juridicização’ ou ‘justicialização’ da política que inevitavelmente implicaria uma indébita politização da magistratura e dos órgãos judiciários* [cita-se: o diagnóstico e crítico mais radical da justicialização do político permanece C.SCHIMITT, ver *Il custode della costituzione* (1931), Giuffrè, Milano, 1981; ver também C.SCHIMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), Giuffrè, Milano, 1984, p.181. – em português, para uma melhor compreensão do pensamento de tal autor, consultar MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*, publicado pela Max Limonad]. – *Id.*, p.473 – destaquei e acrescentei referência à obra em português antes citada.

Sobre o trato introdutório do fenômeno e significado da expressão no âmbito nacional, e em época bem mais recente, conferir OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Politização do Direito e Juridicização da Política*. In: “BuscaLegis.ccj.ufsc.br” Revista nº32, Ano 17 (julho de 1996). pp.09-14. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br> >. Acesso em: 05/02/2010.

³⁴ STRECK (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.25), revelando a atualidade do tema e sua relevância, refere que “as teses procedimentais ganham corpo a cada dia, pela acusação que fazem da judicialização da política (ativismo judicial) pregada pelos setores mais identificados com as teorias materiais.”

³⁵ Em verdade, segundo PORTINARO, “um componente decisivo dessa evolução [para uma tendência à juridicização da política] consistiria no papel de ‘guardião da Constituição’, assumido por um órgão judiciário (uma Corte constitucional com base no modelo esboçado por HANS KELSEN, logo depois da Primeira Guerra Mundial, *ao qual é atribuído não só o controle de constitucionalidade dos atos legislativos, mas a tarefa de promover a realização da Constituição e a concretização dos direitos fundamentais.* Os críticos dessa inovação constitucional identificaram de forma recorrente, precisamente na vontade ou na necessidade de subtrair competências ao legislador, para demandá-las ao juiz, a manifestação mais evidente da crise do Estado de Direito clássico. *Do lado oposto*, os defensores do controle de constitucionalidade apontaram as suas flechas sobre o caráter ideológico da doutrina clássica da separação dos poderes, evidenciando como o órgão ao qual era confiado o poder de anular as leis inconstitucionais fosse, sim, organizado em forma de tribunal, mas considerado em virtude de sua função ‘órgão do poder legislativo’ [citando-se: “Como é sabido, esta é a tese de H.KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, p.173, exposta no decorrer de sua controvérsia com CARL SCHMITT e com a *Staatslehre* tradicional.”]” (*Op.cit.*, p.473–destaquei).

de uma nova realidade ensejada por tal situação passou, ao que tudo indica, a ser suficiente para justificar, por si só, este ponto de partida limitante da discussão.

Mas nesse passo é necessário já considerar, para além desta justificação mais epidérmica das razões para uma circunscrição assim excessiva (e não mais sustentável) do debate, as prováveis causas de raízes um pouco mais profundas para que ele tenha até agora se assentado, ao menos em aparência, nestes lindes mais estreitos.

E nessa quadra a provável causa motora mais remota³⁶ do estreitamento desta discussão parece ter sido a própria “crise do positivismo jurídico”³⁷ e o subsequente advento do neoconstitucionalismo-alçado que foi à condição de uma poderosa resposta àquela crise -, além do importante crescimento do já referido protagonismo judicial cada vez mais significativo que se sucedeu àqueles eventos.

Ou, melhor dito: a restrição atual acerca do nodal debate de legitimidade jurisdicional, nos termos já expostos, parece encontrar suas origens numa *progressiva reação aos eventuais excessos, incertezas ou inadequações*³⁸, reais ou *supostas*³⁹, das soluções engendradas judicialmente ao longo do tempo⁴⁰, em termos de aplicação do direito, pelo novo quadro surgido desde então – em detrimento de anteriores respostas escoradas no puro exame da lei posta (como regra). Sob este prisma, tal restrição aparece, portanto, como um importante *reflexo direto desta reação*, natural e não concertada, a um certo evoluir da relevância da aplicação do direito pelo judiciário e do próprio modo de se conceber esta atividade.

Sucedem que o relevante evento da “crise do positivismo”⁴¹ acabou por inicialmente desaguar, dentre outras coisas, em uma clara “abertura da filosofia do direito aos valores ético-políticos”⁴².

³⁶ Considerando os limites de aprofundamento crítico já delineados nas notas iniciais deste estudo.

³⁷ A expressão é de CARLA FARALLI, em seu *A filosofia contemporânea do Direito: temas e desafios* (Trad. de Candice Premaor Gullo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006), p.1. De forma sintética, pode ser compreendida a partir do seguinte: “Em princípio, o juspositivismo encontra suporte na teorização dos cientistas sociais do final do século XIX, que sustentam a impossibilidade programática de valoração da ciência social e a impossibilidade estrutural de encontrar critérios de juízo de ordem moral para decidir em direito e política. Mais tarde, na primeira metade do século XX, ele passa a se apoiar na filosofia analítica que, ao tratar dos valores, desenvolve uma metaética não-cognitivista, afirmando a impossibilidade de conhecê-los objetivamente.

O debate contemporâneo questionou as duas teses em que se apoiava o positivismo jurídico, *determinando a abertura da filosofia do direito, por um lado, ao mundo dos valores ético-políticos e, por outro, ao mundo dos fatos*. Quanto ao primeiro aspecto, pode-se remeter o início do pós-positivismo, com certa aproximação, às críticas de RONALD DWORKIN e HERBERT HART, reunidas no volume de 1977, *Taking Rights Seriously*. Quanto ao segundo, às elaborações neo-institucionalistas de OTA WEINBERGER e NEIL MACCORMICK, que resultaram no volume conjunto de 1986, *An Institutional Theory of Law*.” (Op.cit., pp.2-3).

³⁸ Particularmente no contexto do sistema continental de direito, ou “civil law”, como se verá adiante.

³⁹ E aqui uma conexão indireta e possível com o papel conservador do discurso jurídico, em termos de detenção do poder.

⁴⁰ Reação ao novo papel da jurisdição *com base em sua evolução temporal*.

⁴¹ Op.cit., p.1, onde FARALLI assevera que “a crise do positivismo” teria sido tão relevante que teria até mesmo inaugurado o que se poderia convencionar como sendo o início da “filosofia do direito contemporânea”: “O adjetivo ‘contemporâneo’ gera no mínimo incerteza: quando na linguagem comum (...) referimo-nos à época em que vivemos, assumindo uma delimitação não definitiva, mas maleável. Na história, o início da idade contemporânea é fixado em datas geralmente precisas que, porém, variam nos diversos países e culturas. Por esse motivo, faz-se necessário *indicar o momento de início da filosofia do direito contemporânea*. Assumiremos como termo ‘a quo’ o *final dos anos 1960 do século XX, ou seja, a crise do modelo juspositivista na versão hartiana, em outras palavras, a época posterior a Hart*.” (destaques apostos).

Logo, mercê das tendências de superação da até então vigente distinção rígida entre o direito e a moral, cresceu sobremaneira “a importância dos processos de aplicação do direito, *em particular dos judiciários*, para sua determinação no interior dos sistemas constitucionais.”

Especialmente com a abertura do direito à ideia da existência de princípios⁴³ na estrutura normativa dos sistemas constitucionais contemporâneos (e à significativa diferença entre estes e as regras⁴⁴), na visão de novas correntes do pensamento jus-filosófico, como a do “neoconstitucionalismo”⁴⁵, passou a evidenciar-se “a vinculação, no âmbito da estrutura político-

⁴² FARALLI, *A filosofia contemporânea do Direito...*, op.cit., p.11. Sumariamente tem-se aqui o seguinte: “(...) a crise do positivismo jurídico levou à superação da rígida distinção entre direito e moral e à conseqüente abertura do debate filosófico-jurídico contemporâneo aos valores ético-políticos. Essa abertura teve vários resultados, dentre os quais os mais significativos parecem ser as chamadas teorias constitucionalistas ou *neoconstitucionalistas* e a nova teoria do direito natural.” (Id., Ibid.- destaquei).

⁴³ Leciona FARALLI a respeito: “DWORKIN (n.1931) (...) questionando a tese hartiana da separação entre direito e moral, sustenta que não é possível reduzir os ordenamentos jurídicos a meras estruturas normativas e que, ao lado das regras (‘rules’), existem os princípios (‘principles’), que vão além do direito estatuído, na medida em que se referem a fins (como o bem-estar da comunidade) ou a valores (entre os quais os direitos individuais). Eles representam ‘um padrão que deve ser observado não por provocar ou manter uma situação (econômica, política, social) desejada, mas por ser uma exigência de justiça ou retidão, ou de qualquer outra dimensão moral’. Os ‘principles’ são realidades heterogêneas em relação às [regras], mas são complementares a elas no ordenamento jurídico: as regras são válidas enquanto normas estabelecidas, e podem ser mudadas por força de uma deliberação, enquanto os princípios são válidos enquanto correspondem a exigências morais sentidas num período específico, e seu peso relativo pode mudar no decorrer do tempo. Os tribunais devem recorrer a esses últimos para resolver os casos difíceis (‘hard cases’), aos quais não seria possível aplicar uma regra sem cometer uma injustiça.

Com o tempo, o momento interpretativo torna-se tema dominante na construção de Dworkin, que em *Law’s Empire* chega a uma teoria do direito como interpretação e integridade, no sentido em que o direito é concebido como uma complexa atividade de interpretação, que todavia não é deixada à discricionariedade dos juizes, mas firmemente ancorada aos princípios, fruto de um preciso desenvolvimento histórico.

Assim, com a queda da rígida distinção entre direito e moral, que caracterizara o positivismo de Hart, abre-se um novo caminho para uma filosofia do direito normativa, empenhada em questões de grande repercussão política e moral, em estreita conexão com a filosofia política e a filosofia moral [citando, a partir daí a autora, a importância, desde o início dos anos 1970, do filósofo estadunidense JOHN RAWLS (1921-2002), com o seu *A Theory of Justice*, que “havia relançado a ética substantiva e política normativa”, com releituras da obra de Kant, abalando, assim “uma das teses fundamentais do positivismo: a convicção da impossibilidade de uma discussão racional sobre os conteúdos deontológicos ou de uma teoria científica de tais conteúdos” (FARALLI, *A filosofia contemporânea do Direito...*, op.cit., p.6). Cita-se, ainda, na Alemanha, mais ou menos no mesmo período, processo similar, com reabilitação da filosofia prática, mencionando-se, dentre outros, OTFRIED HÖFFE).

⁴⁴ Mas não só isso, eis que, segundo FARALLI, “a reflexão de DWORKIN é construída em relação direta com a necessidade de desenvolver novas categorias teóricas para a compreensão das transformações constitucionais dos sistemas jurídicos”, o que leva à “exigência de um aparato teórico diferente”, que encontra “pleno desenvolvimento em sua concepção no direito como integridade e pode ser reconstruída segundo três aspectos”, quais sejam: “o primeiro aspecto, é relativo à distinção ‘qualitativa’, isto é, de estrutura, entre regras e princípios” (cuja presença no sistema jurídico “é relacionada com a ligação entre direito e moral, que deve ser realizada na dimensão de fundação da comunidade jurídica: esta última é legítima se expressa, através de direitos conferidos aos indivíduos, a exigência moral de igual consideração e respeito aos seus membros” [ideia de ‘equal concern and respect’]); “o segundo aspecto está ligado aos processos de integração interpretação e aplicação do direito” (sendo que aí “o postulado da integridade de traduz na exigência de que a decisão judiciária seja coerente com os princípios e realize o postulado de igual consideração e respeito”, ou seja, “a integridade compreendida como coerência expressa à exigência de universalizabilidade da decisão, isto é, tratar os casos iguais de modo igual.”); “o terceiro aspecto diz respeito à possibilidade de uma fundamentação relativamente objetiva das decisões jurídicas e dos problemas morais”, o que, em última análise, levaria à “possibilidade de determinar uma resposta correta para as diversas questões suscitadas pela interpretação dos princípios e dos direitos num âmbito pluralista.” Por fim, conclui-se que “a teoria dworkiana sintetiza esses aspectos numa perspectiva centrada numa visão fundamentada tanto nos direitos dos indivíduos (‘rights based’), quanto numa concepção constitucional de democracia, não mais vista como simples deliberação da maioria, mas como sistema baseado em princípios que exprimem os direitos dos indivíduos e têm como pressuposto a ideia de igualdade, entendida como ‘equal concern and respect’.” (Op.cit., pp.13-4 - destaquei).

⁴⁵ Segundo FARALLI (op.cit., pp.11-12), “A identificação do constitucionalismo [neoconstitucionalismo] como teoria específica do direito e sua distinção do positivismo (ou legalismo) foi proposta por R. ALEXANDER e R. DREIER no final dos

constitucional”, “do legislador aos princípios e aos direitos constitucionais, *bem como o papel decisivo dos juízes para sua execução, mesmo em contraste com as decisões legislativas e com a lei*”⁴⁶.

Daí se falar de uma *provável reação* a essa ampliação do papel do judiciário, em detrimento daquele desempenhado pelo legislativo, que já de início, sob certa visão, poderia representar uma ameaça aos ideais da democracia, particularmente se concebida nos termos clássicos da modernidade liberal⁴⁷.

E, mais, daí se falar também de uma *progressiva reação*, que se incrementou na medida em que as demandas por atuação judicial recrudesceram na contemporaneidade, por uma série de fenômenos inerentes a este espaço temporal, desembocando em tendências a um crescente ativismo judicial⁴⁸ (e ao já referido protagonismo do judiciário mais evidenciado recentemente)⁴⁹.

Ora, mas se a limitação da discussão sobre a legitimidade da prestação jurisdicional *não é percebida criticamente como um reflexo direto desta progressiva reação*⁵⁰, têm-se aí algumas consequências imediatas deste reducionismo que são bastante importantes para o presente estudo.

Ocorre que, nestas circunstâncias, passa-se a assumir, sem discussão, que um “excesso antidemocrático de agir judicial” é uma atual realidade *inquestionável e monolítica*. Pressupõe-se que o que deve estar em pauta, doravante, é um problema dado e verificado de uma já pressuposta necessidade de mera redução desta atividade, que supostamente avança sem freios, ao seu lugar devido

anos 1980, à luz do debate alemão sobre o papel da *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal) e a interpretação da jurisprudência. Enquanto as teorias legalistas são reconduzidas ao âmbito do juspositivismo tradicional, a principal característica das teorias constitucionalistas consiste no reconhecimento da complexidade da nova estrutura normativa dos sistemas constitucionais contemporâneos, que está ligada à introdução dos princípios e à diferença entre estes e as regras. A abordagem constitucionalista, como dissemos, foi antecipada pela concepção do ‘direito como integridade’, de R. DWORKIN, que pode ser vista como sua primeira e coerente formulação.” (destaquei). Afirma, ainda, a mesma autora, que “As teorias que melhor desenvolveram esses conteúdos e podem ser consideradas teorias constitucionalistas do direito são as de DWORKIN e ALEXY.” (Op.cit., p.12).

⁴⁶FARALLI, *A filosofia contemporânea do Direito...*, op.cit., p.7.

⁴⁷ É preciso compreender, nesse ponto, como refere STRECK (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.7), que o “neoconstitucionalismo significa **ruptura** tanto com o positivismo **como com o modelo de constitucionalismo liberal**”, ou seja, a transformação é profunda e afeta a compreensão de noções fundamentais como as de Constituição (e de seu papel) e de democracia. Aliás, segundo o mesmo autor, “por isso o direito deixa de ser regulador para ser transformador”, tudo isso se constituindo, pois, numa “questão paradigmática”. Daí a íntima ligação da questão da legitimidade da prestação jurisdicional atual com a necessidade de se desvelar a imperiosidade de um debate que alcance o tratamento desta questão e destes pressupostos, não se mantendo o embate apenas na superfície do trato de uma legitimidade idealizada para os contornos de uma democracia representativa também idealizada, por desconectada da realidade presente e presa de forma pouco flexível aos dogmas centrais do liberalismo.

⁴⁸ Cf. STRECK, op.cit., p.15, nota n° 14, bem como p.32, nota n°29, para uma distinção entre um desejável e necessário substancialismo judicial e um conceito de ativismo num certo sentido negativo e indesejável.

⁴⁹ E é precisamente a respeito desta transformação que “foi se concentrando o debate novecentista sobre as perspectivas do Estado de Direito.” (FARALLI, *Op.cit.*, p.472.). Cf. ainda, confirmando o exposto, *Interpreting Constitutions: a comparative study*. (GOLDSWORTHY, Jeffrey (org.).Oxford: Oxford University Press, 2006, pp.335 e ss., inclusive em nota posta adiante sobre este estudo).

⁵⁰ Diga-se: tão relevante que habitualmente suplanta hoje a própria discussão prévia desta problemática toda, excluindo-a do horizonte de consideração dos estudiosos do tema, ao menos nestes termos mais diretos e abertos.

no âmbito de um Estado democrático e de direito ‘ideal’⁵¹ e único (daí a discussão passar a se dar apenas em termos de um perscrutar os limites desta atividade no seio de democracias representativas ideais).

Mas mais relevante ainda: passa a tornar-se, por fim, *extremamente problemático um discernir consistente* entre discursos acerca de uma legitimidade jurisdicional que sejam mais fortemente comprometidos ideologicamente com aquelas premissas conservadoras e estritamente dogmáticas, daqueles que, de outra parte, gozem de um maior respaldo jurídico e razoabilidade, por se prenderem a uma retórica mais coerente com a defesa da democracia em certos moldes necessários hoje⁵².

Em suma, neste contexto, o discurso que se prende a uma retórica meramente conservadora, no fundo ainda vendo no próprio pós-positivismo inaugural uma afronta a certos dogmas que são intocáveis para um liberalismo desta cepa, tende a ser de difícil identificação⁵³. E assim também aqueles outros, que, em sentido diverso, realmente estejam preocupados pelos motivos corretos com certos avanços demasiados de um ativismo judicial desmedido⁵⁴ - caracterizador de um agir que, encoberto pelo manto da aplicação de princípios constitucionais, passou a ter o potencial de verdadeiramente usurpar, por pura arbitrariedade, o lugar de um compromisso devido com a soberania popular (vale dizer, com a lei e com a própria Constituição), mesmo em democracias periféricas⁵⁵ ou emergentes onde um certo substancialismo se faz imprescindível.

Há que *discernir* aqui, portanto, no mínimo *dois momentos distintos ou possibilidades diversas* deste **fenômeno complexo de reação ao pós-positivismo**, e mais especificamente, *ao*

⁵¹ No sentido de um “velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista)”, como refere STRECK (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.8.), e de uma democracia exclusiva e restritivamente representativa, num sentido cada vez mais estreito, ditado por um certo funcionalismo imperante na contemporaneidade e pelos seus consequentes critérios predominantes de eficácia tecno-produtiva.

⁵² Sim, por que também é necessário perceber que, em certo grau e medida, frente a situações extremas geradas com o evoluir desta situação, **a resistência ou reação pode ser justificada**. Senão, confira o que diz STRECK: “...é preciso compreender que, nesta quadra da história, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como conseqüência um efeito crescimento no grau de deslocamento do pólo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição(constitucional), pela impossibilidade de o legislador (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação. Na medida em que aumentam as demandas por direitos fundamentais e na medida em que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade cada vez mais o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador) *crece a necessidade de se colocar limites ‘ao poder hermenêutico’ dos juízes*. Na medida em que decresce a liberdade de conformação do legislador em detrimento do crescimento do espaço destinado à justiça constitucional – e as razões pelas quais isso aconteceu a partir do segundo pós-guerra têm natureza paradigmática – torna-se necessário construir as condições para um controle democrático da aplicação (judicial) da lei.”(STRECK, Lenio Luiz.*Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp.1-2 – destaquei.).

⁵³ Ou aquele discurso, característico, nos dizeres de STRECK, de “uma dogmática jurídica refém de um positivismo exegetico-normativista, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos (...), as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito-objeto” (*Verdade e consenso...*op.cit., p.1).

⁵⁴ Cf. STRECK, *Verdade e consenso...*, op.cit., pp.1-2.

⁵⁵ **Em suma**: sempre há uma possibilidade real (a do excesso arbitrário), sob certo aspecto e em determinada medida; mas também, numa certa visão mais crítica, quiçá, uma reação, ao menos em parte, que não se dirigiria propriamente a excessos (indesejáveis, no sentido anterior), mas a certas “indeterminações” (não propriamente deslegitimantes da atuação jurisdicional, em sentido mais amplo) de todo incompatíveis (apenas) com um maior controle “disciplinador” do exercício de parcelas de poder, e com certos ideais tecnocráticos e cientificizantes, que buscariam numa maior objetivação do processo decisório e de seus resultados o atendimento de finalidades de “segurança” (e controle) de quem efetivamente detenha o poder.

“*neoconstitucionalismo*” e suas progressões, que normalmente não são articulados e que são relevantes para o trato do tema ora proposto, justamente por conta das restrições referidas: *primeiro*, o momento ou a possibilidade da reação conservadora, liberal, à proposta pós-positivista (que se faz presente, em alguns segmentos das doutrinas e determinados locais, de forma bastante marcante até hoje⁵⁶) – ou, se assim se preferir, da dogmática jurídica ainda positivista; *segundo*, o momento da reação a excessos (e eventuais desvirtuamentos de parcela da própria razão de ser do neoconstitucionalismo⁵⁷) nos posteriores encaminhamentos desta teoria frente às severas demandas concretas da contemporaneidade recente.

Essa, pois, a *primeira constatação fundamental e relevante quanto ao problema da atual restrição da discussão sobre legitimidade jurisdicional*: da forma reducionista como se dá a abordagem da problemática em foco, passa-se ao largo de todas estas *distinções relativas ao fenômeno da reação progressiva* ao neoconstitucionalismo (e pós-positivismo como um todo) e às suas diferentes causas e consequências. E em assim procedendo-se, passa-se por alto também, por conseguinte, de certas constatações e considerações fundamentais daí derivadas, tais como a de que meras reações conservadoras não podem ser misturadas com justificáveis temores frente a um ativismo judicial arbitrário⁵⁸.

Mas não é só. Por força desta deficiência de abordagem crítica do tema, o fenômeno da progressiva reação ao novo papel da prestação jurisdicional, sob o neoconstitucionalismo inaugural, refletido na forma de uma discussão restrita sobre a legitimidade desta atividade estatal, é ignorado não só no que diz respeito a sua evolução no tempo⁵⁹, mas *também quanto às suas especificidades espaciais*⁶⁰ (no concernente ao modo como atua e atuou nos diferentes sistemas de direito e nos diferentes ordenamentos jurídicos e países, centrais ou periféricos).

Noutras palavras e mais especificamente: deixa-se, *a uma*, de se considerar, ainda, que estas preocupações e contendas, concentradas em torno desse eixo mais delimitado de abordagem da problemática da jurisdição na contemporaneidade, se agudizaram ainda mais no âmbito da “Civil

⁵⁶ Cf., STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.12.

⁵⁷ Consistente na diminuição do arbítrio dos juízes do positivismo que, quando não tinham solução dada pela aplicação da regra, nos casos difíceis das “zonas de incertezas”, estavam autorizados ao exame e solução discricionária para o caso, a partir do recurso a determinadas ferramentas para tanto, fechamento este do sistema que simplesmente se perde, em considerando-se displicente ou equivocadamente o atrelar do juiz a um sistema de princípios constitucionais como uma abertura à discricionariedade judicial, quando o que se pretendeu com isso, desde sempre, foi justamente o contrário: uma vinculação do juiz a princípios aferíveis em seu conteúdo de forma a justamente limitar o arbítrio que, ao fim e ao cabo, vigorava no positivismo. Aliás, isso vale para as variadas teses decisionistas (discricionárias) de variados matizes, no sentido do esclarecido por STRECK: “É difícil caracterizar as teses decisionistas (discricionárias). Aqui parece adequada a noção ‘forte’ de discricionariedade cunhada por Dworkin, para criticar as posturas positivistas. De qualquer modo, assim como é difícil fazer um quadro acerca de (todas) as modalidades de positivismo, também é complexo delinear as posturas decisionistas, que vão desde o normativismo Kelseniano, que atribui ao juiz, nos casos difíceis, um poder absoluto, até as teses da escola de direito livre e do realismo norte-americano, passando por HERBERT HART, alvo principal das críticas de Dworkin. A partir de tais autores e posturas, forjou-se um enorme contingente de concepções, que tem no esquema sujeito-objeto o seu suporte epistemológico.”(Cf. STRECK. *Verdade e Consenso...*op.cit., p.4, nota 3.). A não se perceber essa realidade, seria preferível um sistema do tipo positivista, que, quanto a questão da discricionariedade judicial, ao menos seria mais honesto, ao assumir a chamada “ ‘delegação positivista’ (na zona de penumbra em Hart, ou no perímetro da moldura em Kelsen)”. (Cf. STRECK, op.cit., p.180.).

⁵⁸ No ponto, conferir a advertência de STRECK (*Verdade e Consenso...*op.cit., p.32, nota nº29): “O modelo substancialista [ao qual aquele autor, em determinados termos, se alinha (*vide* op.cit., p.25)] **não se coaduna com ativismos judiciais (e/ou decisionismos)** que venham a colocar em xeque a relação ‘constitucionalismo-democracia’.” (destaquei).

⁵⁹ Fala-se de uma (a) reação referida à sua evolução temporal (do novo papel jurisdicional).

⁶⁰ Fala-se de uma (b) reação referida às suas especificidades locais (do novo papel jurisdicional).

Law”⁶¹, como forma de reação sistemática mais exacerbada ao pós-positivismo e suas evoluções⁶². E isso, num primeiro momento, em decorrência das características gerais deste sistema de Direito (de adaptação mais difícil à ideia de um protagonismo judicial⁶³ totalmente estranho à figura e papel clássico dos juízes como “boca da lei”⁶⁴) – ainda que o criticado incremento decisivo das causas do protagonismo judicial (e de uma reação a ele), em termos mais gerais, tenha sido também gerado progressivamente por injunções históricas e políticas outras e, em parte, supervenientes⁶⁵.

⁶¹ Conferir LUIZ GUILHERME MARIONI, no artigo “Aproximação crítica entre as jurisdições de ‘civil law’ e de ‘common law’ e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. In: *Revista de Processo*, ano 34, nº 172 (jun./2009). São Paulo: RT, 2009. p.175-232. Refere aquele autor, sobre o ponto: “Não há dúvida que o ‘civil law’ passou por um processo de transformação das concepções do direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. (...) Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do ‘civil law’ passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do ‘civil law’ e tão criativo quanto o do seu colega do ‘common law’. *O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a idéia de supremacia do Legislativo.*” (pp.210-11 – destaquei).

⁶² Fala-se de uma (b.1.) reação referida às especificidades do sistema de direito (em que inserida a necessidade de nova atuação jurisdicional).

⁶³ Embora se deva deixar claro que a afirmação esteja condicionada a uma separação arbitrária e também reducionista em demasia entre os grandes sistemas da “Civil Law” (romano-germânico ou continental, nos dizeres de René David) e o da “Common Law”, a partir de seus traços mais gerais. Em verdade, tais sistemas são bastante matizados por variantes culturais e históricas, legais e políticas, de países determinados ou áreas de influência cultural comum, de modo que variações relativamente amplas podem ser encontradas no interior de cada grande sistema, particularmente quanto à questão da abertura na interpretação pelos juízes da Constituição, ou da lei frente à Constituição. Conferir, a respeito, *Interpreting Constitutions: a comparative study*. (GOLDSWORTHY, Jeffrey (org.).Oxford: Oxford University Press, 2006), particularmente nos itens “Explaining the differences”, “Legal Culture”, “judicial appointments and homogeneity” e “political culture” (pp.335 e ss.). Deste estudo comparativo se extrai, por exemplo, que os juízes responsáveis pela interpretação das constituições do Canadá, da Austrália e da Índia eram, “by the end of the 19th century...much more legalist than that the United States”, o que não permitia que os juízes se afastassem muito dos textos. Nos primeiros tempos do século XX a situação permaneceu similar, até que progressivamente estes contornos foram se alterando: **no Canadá**, surgiu “an enthusiastic form of judicial activism, in partly due to its proximity to the United States” [mudança ocorrida com a adoção da “Charter of Rights in 1982”, quando “the Supreme Court of Canada under Chief Justice Dickson, was fully open to all sources that would help it to develop a new jurisprudence for a new era of judicial review” – cf. p.81]; **na Austrália**, “the controversial emergence of a limited and tentative form of judicial activism in the 1990s has been attributed partly to the introduction of more pragmatic, consequentialist theories at Sidney Law School in the 1950s”; **na África do Sul**, “widespread condemnation of the legal positivism that dominated legal thinking in the apartheid era, and which some feared would stunt implementation of the new Constitution, has no doubt inspired judges to adopt a more normativist approach”; já **na Índia**, “a tradition of narrow, technical, ‘black letter’ legal education continued until quite recently. This was well after legalism in constitutional jurisprudence came to an end in the 1970s, which must be attributed to other factors” (pp.336-7). De qualquer sorte, a importância de uma “legal culture” era ainda mais evidente originalmente na Alemanha, permeada por uma “‘civilian-positivistic’ tradition” (p.336, e capítulo 4, pp.208 e 207, especificamente), como se assevera no dito estudo. De resto, para outras contribuições comparativas relevantes ao tema, e especialmente sobre o modo de se proceder nesse campo, conferir a obra *Julgare nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. (GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis.Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008), particularmente quanto as advertências postas na sua introdução (“Uma fratura cultural interna no Ocidente”– pp.1-2), sintetizadas nas palavras de PAUL RICOEUR: “A compreensão...é uma aventura perigosa em que todas as heranças culturais correm o risco de afundar em um sincretismo vago [citando-se: Paul Ricoeur, ‘Histoire et vérité, Paris, Seuil, 3ª ed. 1964, p.229.]”.

⁶⁴ Conferir a respeito, MARIONI, “Aproximação crítica entre as jurisdições de ‘civil law’ e de ‘common law’..., op.cit., pp.196 e ss. e 208 e ss., onde trata, respectivamente, dos tópicos: “O juiz como ‘bouche de la loi”” e “O impacto do constitucionalismo no ‘Civil Law””. Também a respeito do juiz como “boca da lei” e o tradicional papel limitado da jurisdição neste também chamado sistema continental ou romano-germânico, conferir OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em seu *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*.(2ª ed. rev. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.).

⁶⁵ Mais concernentes à chamada crise do Welfare State, em países centrais, e ao fenômeno do descompasso histórico dos países periféricos, quanto a este ponto, na contemporaneidade, nos termos do que se discutirá oportunamente nos capítulos seguintes.

Além disso, deixa-se de considerar, quando parece ser absolutamente necessário fazê-lo, *a duas*, que este processo reativo todo vem ocorrendo, de resto, de forma particularmente ainda mais clara no Brasil, também por força do acréscimo de outras causas mais peculiares à realidade local⁶⁶.

E assim parece ser possível afirmar, *primeiro*, em decorrência da especificidade do ordenamento jurídico nacional, no que toca ao sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis⁶⁷, eis que, como refere JUAREZ FREITAS⁶⁸, “todo o juiz, no sistema brasileiro, é, de certa forma, juiz constitucional”⁶⁹ – o que teria o potencial de incrementar os supostos riscos à democracia representativa (bem como eventuais excessos reais de ativismo) e, pois, a força da dita resposta reativa a eles. *Depois*, também, em virtude das peculiaridades inerentes a países periféricos, ou ditos emergentes, tão características de nosso país, onde, mercê das agruras sociais e políticas da contemporaneidade, se passou a demandar, ainda mais do que noutros locais, uma atuação extremamente interventiva do Judiciário, no sentido de forçar o governo ao cumprimento de determinadas promessas constitucionais - até mesmo no concernente à própria consecução de certas políticas públicas⁷⁰.

⁶⁶ Fala-se de uma (b.1.) reação referida às especificidades do ordenamento jurídico e da condição local periférica (em que inserida a necessidade de nova atuação jurisdicional).

⁶⁷ Conferir a respeito MARIONI, LUIZ GUILHERME. “Aproximação crítica entre as jurisdições de ‘civil law’ e de ‘common law’ e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. In: *Revista de Processo*, ano34, nº 172 (jun./2009). São Paulo: RT, 2009. p.175-232. E mais particularmente a seguinte afirmação contida neste ensaio: “*O fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no ‘civil law’.* Ao contrário do que acontece em grande parte do direito continental europeu, em que o controle de constitucionalidade não é deferido à ‘magistratura ordinária’, *todo e qualquer juiz brasileiro tem o poder-dever de realizar o controle de constitucionalidade nos casos concretos. Isso confere ao sistema judicial brasileiro uma grande particularidade, na medida em que o juiz de 1º grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos tem o poder de negar a lei desconforme a Constituição, assim como de dar sentido judicial à lei através da técnica das da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais. Trata-se de um poder de ampla latitude, que faz do juiz brasileiro uma figura que em nada se assemelha ao magistrado da tradição do ‘civil law’.*” (p. 214-destaquei).

⁶⁸ FREITAS, JUAREZ. “O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional”. In.: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). São Paulo: Malheiros, 2001. pp.226-248. Eis a citação completa da passagem referida, para uma melhor compreensão: “*Todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional e se afigura irrenunciável preservar, ao máximo, a coexistência pacífica e harmoniosa entre os controles difusos e concentrado de constitucionalidade.*” (p.246).

⁶⁹ No mesmo sentido, PAULO BONAVIDES, Op.cit., *Jurisdição constitucional e legitimidade.....*, op.cit., p.134: “O controle difuso, sobre ser de índole jurídica ou judicial, com limites definidos no afastamento de aplicação da norma inconstitucional, é também grandemente democrático, visto que nasce das bases do sistema, no seu subsolo, na sua horizontalidade, e por ele se irradia com tal amplitude que *todo o juiz do ordenamento é, na via da exceção, juiz constitucional.*” (destaquei). E ainda que o conteúdo destas duas últimas notas expresse um sentido positivo, na avaliação de tal sistema, precisamente porque até mesmo poderia ensejar a própria ampliação das vias democráticas de decisão, a realidade é que um tal poder conferido aos magistrados suscita, ordinariamente, indagações acerca de eventuais excessos e da invasão da esfera de competência de outros poderes, como a experiência e a atenção diária aos comentários de um certo senso comum evidência.

⁷⁰ Conferir, além do já exposto em nota anterior sobre o ponto, também a contundente afirmação de STRECK, na mesma obra já citada: “Por tudo isso, a discussão acerca do papel do Direito e da justiça constitucional, a toda evidência, deve ser contextualizada, levando em conta as especificidades de países como o Brasil, onde – insisto – não houve a etapa do ‘Welfare State’, que Habermas considera superada (embora-justiça seja feita- Habermans, ao expor sua tese, jamais se referiu a países como o Brasil). Antes da crise que envolve os modelos liberal e do Estado Social, há que se superar, em países como o Brasil, uma crise anterior, isto é, a crise de paradigma liberal-individualista, que, diante do novo modelo do Estado Democrático de Direito, traduzido pelo processo constituinte – portanto, pacto fundante do que se propôs como o novo – obstaculiza o aparecer da própria Constituição.” (Op.cit., p.175).

c) A exclusão das questões dos **contextos de atuação** da jurisdição, do **exame crítico dos pressupostos** da discussão de sua legitimidade e da **consideração inicial do novo papel** da atividade jurisdicional: Conclui-se, por fim, por conta de tudo isso, que para além do exposto terminar de demonstrar a efetiva restrição do debate a uma área por demais específica, acaba também por revelar, de forma bastante consistente, a sua origem numa complexa conjunção de reações diversas ao pós-positivismo, a partir de variadas causas e circunstâncias⁷¹.

Parece ser possível afirmar, então, que a restritiva abordagem do tema da legitimidade da prestação jurisdicional contemporânea é *reflexo de uma reação complexa a um novo modo de se ver esta atividade estatal* após a crise do positivismo. E em se tratando de um reflexo reativo a esse novo modo de compreender a prestação jurisdicional, acaba por encerrar em seu âmago uma visão parcial (e mesmo parcializada) deste tema específico.

Vale dizer, como expressão de reação ao pós-positivismo que é, o exame restritivo da legitimidade jurisdicional deixa, por variadas causas, justificáveis ou não, de considerar, a uma, a intrincada *questão dos contextos de atuação* da prestação jurisdicional contemporânea (da realidade da *contemporaneidade* em si, daquela que particulariza *países periféricos* etc). Ademais, desconsidera também, a duas, a relevante *questão do exame crítico dos pressupostos* desta discussão (revisão mínima das categorias fundantes da própria *legitimidade*, da *democracia* e da *jurisdição*).

Mas, mais do que isso, esse proceder reducionista demite-se ainda, desde o início, da fundamental tarefa de considerar de forma suficiente e adequada *o novo papel da jurisdição* nesta modernidade presente⁷², ao menos em seus possíveis ou prováveis contornos iniciais⁷³.

Assim, deixa-se de lado uma imprescindível consideração mínima, ainda que mais ou menos provisória, acerca da função necessariamente *transformadora* da jurisdição nos dias atuais⁷⁴, mormente *como instrumento de realização substancial de democracia*.

Conferir, também, para uma síntese desta ótica, ADALBERTO NARCISO HOMMERDING, no tópico “Considerações preliminares: acerca da modernidade tardia no Brasil”, de seu artigo “Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: necessidade do debate ‘procedimentalismo ‘versus’ substancialismo” (In.: “Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado da URI – Santo Ângelo/ Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões” – v.1, nº1 (dezembro de 2006). – Santo Ângelo : EDIURI, 2006. p.11-38). Confira-se, por fim, os reclamos de constitucionalistas e publicistas eminentes pela postulação de um eventual controle de constitucionalidade das políticas públicas. Diz PAULO BONAVIDES, julgado precedente o pleito do jurista que cita, o seguinte sobre o tema: “Foi, aliás, o escândalo das privatizações, preâmbulo da desnacionalização da economia brasileira, que levou FÁBIO KONDER COMPARATO, eminente publicista e constitucionalista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a postular o eventual controle da constitucionalidade das políticas públicas.” (Op.cit., p.143).

⁷¹ Desde causas referidas à sua evolução temporal até circunstâncias concernentes a especificidades locais da atividade jurisdicional.

⁷² Cf. STRECK, *Verdade e consenso...*, op.cit., p.22 e anteriores, como referência inicial a respeito do ponto.

⁷³ *No sentido de uma pré-compreensão deste seu papel, em termos hermenêuticos*, a alavancar uma posterior construção mais firme do seu real significado e contornos futuros.

⁷⁴ Assevera STRECK: “...é preciso compreender que o direito –neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do ‘welfare state’ (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um ‘plus’ normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o pólo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia.” (*Verdade e consenso...*op.cit, pp.9-10.).

Em síntese: mais do que qualquer coisa, uma tal abordagem circunscrita da legitimidade da atividade jurisdicional exclui aprioristicamente quaisquer discussões (iniciais ou subsequentes) relativas aos *contornos mínimos deste novo papel devido pela jurisdição, mormente na contemporaneidade democrática periférica ou emergente* (suprimindo o discurso potencialmente transformador), para cingir-se a encaminhar o debate estrito acerca dos limites de uma jurisdição concebida de forma tradicional, no seio de democracias representativas ideais (no mínimo perpetuando, até em face do baralhamento do tema, discursos de mera manutenção do ‘status quo’).

E esse, ao fim de tudo, parece ser um de seus mais graves e relevantes defeitos, a ser necessariamente desvelado e enfrentado neste estudo.

3. Da limitação do debate pela (a) descon sideração do significado de uma nova jurisdição hoje: a necessidade de ampliação do debate no ponto

Como se viu, uma relevante descon sideração do novo papel da jurisdição nos Estados Democráticos e de Direito frente à contemporaneidade⁷⁵, particularmente nas democracias periféricas atuais, está fortemente embutida na presente restrição do debate sobre a legitimidade desta atividade estatal.

A busca por legitimidade na prestação jurisdicional, no âmbito da sociedade contemporânea em transição e dos Estados e países configurados da forma já referida, *deve dar-se*, antes de tudo e também, *através da inicial compreensão/realização do papel fundamental da jurisdição, que é aquele de auxílio na construção de uma convivência pacífica sob a “perspectiva ética”⁷⁶, (o que implica também ser capaz de funcionar como diferenciado instrumento democrático⁷⁷, no mínimo complementar).*

Contudo, esta problemática simplesmente não pode estar contida nos estreitos limites de uma discussão sobre legitimidade referida exclusivamente a um critério de conformação ou respeito à democracia representativa, em seu sentido liberal mais puro (quando não a implícitos critérios outros, de cunho meramente funcionalista, como o da preponderância absoluta da eficácia, tão em voga na

⁷⁵ Fosse a necessária consideração desse papel concebida como referência diretiva meramente genérica e inicial, fosse como objeto de debate construtivo posterior, para melhor definição desse mesmo papel.

⁷⁶ No sentido do que consta no sétimo estudo da obra de PAUL RICOEUR, “O si-mesmo como um outro” (Trad. Lucy Moreira César. Campinas, São Paulo: Editora Papyrus, 1991, pp.199-236), intitulado “O si e a perspectiva ética” e composto pelos seguintes sugestivos subitens: “1. Visar à ‘vida boa’...” (no sentido aristotélico do termo, encontrado já nas primeiras linhas da *Ética* à Nicômaco(I), ou de ‘vida verdadeira’, como nomina Proust, segundo esclarece o próprio Ricoeur na obra mencionada, p.203 e notas); “2...com e para o outro...; 3 ... nas instituições justas.”. A junção de todos estes termos é o que Ricoeur denomina justamente de “perspectiva ética” no referido ensaio, senão, confira-se: “*Chamamos de ‘perspectiva ética’, a perspectiva da ‘vida boa’, com e para outros nas instituições justas.*” (op.cit., p.202). Ou, se assim se preferir, sob certo enfoque, na busca da construção de uma “paz perpétua”, no sentido Kantiano da expressão (em *A paz perpétua*), mas que seja qualificada e renovada por uma busca constante (ou seja, que se estribe numa espécie de “equilíbrio dinâmico” decorrente desta busca e construção permanente da paz), e da “boa vida”, no sentido Aristotélico da expressão, em *Ética* a Nicomaco (I).

⁷⁷ Cf. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, acerca da “preservação da jurisdição estatal, de modo a assegurar-lhe o papel de instrumento democrático” (*Processo e ideologia...*, op.cit., pp.317 e ss.), inclusive por meio de *uma função de pulverização*[i.e., distribuição] *do poder*, cf. nota inicial anterior e pp. 315 e 315.

atualidade). O espaço reduzido do campo de discussão demarcado por esta restrita moldura não comporta o mais largo conteúdo inerente àquela temática.

O que primeiro importa constatar e destacar a partir daí, portanto, é que um debate que acaba tendo tal relevo não pode ser conduzido assim, de forma tão estreita. Ou ainda, de forma tão confusa ou parcial e, até mesmo, por vezes, simplista.

Não pode, tal debate, ser reduzido a uma polêmica sobre a suposta deficiência de origem de legitimidade democrática dos juízes no modelo representativo, sem qualquer exercício crítico sobre os termos fundantes desta afirmação. Tampouco pode ser encarado como só mais um mero embate doutrinário qualquer entre correntes acadêmicas divergentes, onde, por exemplo, “substancialistas” ou “procedimentalistas” se ponham a examinar e contender sobre os hipotéticos *limites* da atividade jurisdicional na democracia (sem prévia discussão à qual jurisdição e à qual democracia se estaria a fazer referência) - aliás, especificamente quanto ao ponto, a bem da verdade, antes de se controverter sobre os *limites* de atuação judicial, o espaço aqui deveria ser reservado à discussão sobre a *essência* ou conformação *nuclear*⁷⁸ desta atuação, no contexto da complexa realidade atual.

A se entender de forma diversa, acolhendo-se a restrição ou a simplificação da contenda, perde-se de vista o que realmente importa nessa questão toda e, por fim, contribui-se, no mínimo por omissão, precisamente para uma deformação irreversível da *compreensão do possível papel que pode e deve ocupar a jurisdição na atualidade*⁷⁹ e no futuro⁸⁰.

⁷⁸ Ver MORIN, acerca da necessidade de definição de noções a partir de seu núcleo e não de seus elementos periféricos: “...creio que temos necessidade de **macroconceitos**. Assim como um átomo é uma constelação de partículas, o sistema solar uma constelação em volta de um astro, do mesmo modo temos necessidade de pensar por constelação e solidariedade de conceitos. Além disso, *devemos saber que, nas coisas mais importantes, os conceitos não se definem jamais por suas fronteiras, mas a partir de seu núcleo. É uma idéia anticartesiana, no sentido de que Descartes pensava que a distinção e a clareza eram caracteres intrínsecos da verdade de uma idéia.* Tomemos o amor e a amizade. Pode-se reconhecer claramente em seu núcleo o amor e a amizade, mas há também a amizade amorosa, amores amigáveis. Há, pois, intermediários mistos entre amor e amizade; não há uma fronteira clara. *Não se deve jamais procurar definir por fronteiras as coisas importantes. As fronteiras são sempre fluidas, são sempre interferentes. Deve-se pois buscar definir o centro, e esta definição pede em geral macroconceitos.*” (Introdução ao pensamento complexo. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2005, pp.72-3. – destaquei).

⁷⁹ Para um ponto de vista mais crítico acerca do papel da dogmática como elemento de “neutralização do judiciário”, conferir TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *A função social da dogmática jurídica*, p.63-64-5 *apud* ROCHA, *Genealogia...*, op.cit., pp.163-4: “...a substituição do rei pela nação, conceito mais abstrato e, portanto, de uma maleabilidade maior, permitirá a manutenção do caráter uno, indivisível, inalienável e imprescritível da soberania (Constituição Francesa de 1791), em perfeito acordo com a divisão dos poderes que, por sua vez, dará origem a uma concepção de poder judiciário com caracteres próprios e autônomos ...De fato, a **neutralização do judiciário** é uma das peças importantes no aparecimento da Dogmática como uma teoria autônoma. Ela se torna, no correr do século XIX, e com todos os percalços que a acompanham, a pedra angular dos sistemas políticos mais desenvolvidos, na medida em que permite a substituição da unidade hierárquica concreta simbolizada pelo ‘rex’ por uma estrutura complexa de comunicação e controle de comunicação entre forças mutuamente interligadas. *Esta atuação é acompanhada de uma desvinculação progressiva que irá sofrer o direito de suas bases políticas, éticas e, mais tarde, nas suas formas epigônicas e até sociais.*”

E complementa, então, ROCHA: “Trata-se, assim, da *gênese política que originou o paradigma jurídico hoje dominante: o senso comum teórico dos juristas (revestido do ritual teórico da lei-ciência, neutra e imparcial, tornando-se um ‘topos’ mítico fundante dentro dos estratagemas políticos, utilizados historicamente). Ou seja, o da igualdade e segurança social, constituído pela teoria da divisão dos poderes e por uma visão liberal da lei.* Desta forma, ‘contrariamente ao que sustenta a mística jurídicista (Estado de direito e autonomia do Direito), o jurídico é antes de mais nada político e um fundamento do Estado, mas uma forma constitutiva do mesmo e submetido a suas determinações gerais. *Ocorre que o ‘culto à lei’ e ‘a separação dos poderes’ (junto a seu corolário, a ‘independência do poder judicial’), se interpõe como veio ideológico que dissimula e inverte a natureza eminentemente política do direito.*’[citando: JOSÉ MÁRIA GOMEZ, ‘Sorpresa de uma crítica: a propósito de juristas repensando las relaciones entre el Derecho y el Estado’, Comunicação apresentada na VI Jornada da ALMED, PUC/RJ, 09/04/81.]”(destaquei).

Por isso é impositivo dizer a esta altura: persistir nessa linha de disputas e polêmicas que enfocam exclusivamente a dita deficiência de origem da legitimidade democrática dos juízes, pode significar afinal, num certo extremo deste reducionismo, uma forma de resistência a esta realidade, insustentável e não justificada. Ou, quiçá, somente justificada por uma deliberada intenção de encobrir reais possibilidades de contribuição legítima para a transformação da sociedade, a partir de uma nova atuação jurisdicional, sob o manto do discurso da ilegitimidade democrática do judiciário.

Afinal, como assevera LUIZ GUILHERME MARINONI⁸¹, o descaso em considerar e debater a questão da **prestação jurisdicional** no âmbito do neoconstitucionalismo⁸², quanto ao seu **novo significado neste peculiar contexto**, *buscando-se substituir essa discussão pelo restrito enfoque num cuidado exclusivo em demonstrar que o dogma da separação dos poderes continua plenamente íntegro e deve ser observado antes de qualquer coisa*, revela precisamente esta *desconsideração com o próprio papel a ser necessariamente assumido pela jurisdição neste novo momento*. E assim também, acrescenta-se, uma *despreocupação em buscar uma maior compreensão e realização crítica deste papel* na sociedade contemporânea em transformação.

Não há dúvida que o ‘civil law’ passou por um processo de transformação das concepções do direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. (...) Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do ‘civil law’ passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do ‘civil law’ e tão criativo quanto o do seu colega do ‘common law’. *O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a idéia de supremacia do Legislativo.* (...) *No entanto, percebe-se que há no ‘civil law’, preocupação em negar ou obscurecer – ou talvez tornar irrelevante – o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz. Há completo descaso pelo significado da NOVA FUNÇÃO JUDICIAL. Não há qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado Constitucional, deixou de ser um mero servo do Legislativo. Há apenas cuidado em demonstrar que o princípio da separação dos poderes mantém intacto⁸³, como se importantes fossem apenas os princípios e não a transformação da realidade.*

⁸⁰ Com as consequências deletérias já apontadas antes, acrescidas de outros resultados palpáveis desse reducionismo todo, que poderiam ser sintetizados, então, quem sabe da seguinte forma: *primeiro*, a recorrência, hoje, de um debate severamente desfocado, no tocante à legitimidade da prestação jurisdicional, onde estão ausentes a amplitude e a clareza de tratamento necessárias, gera progressivo baralhamento da questão do seu papel e sucessivas distorções no seu tratamento teórico e prático, alcançando até mesmo o campo da edição ou da aplicação das normas; *segundo*, esta ausência de clareza no trato crítico do tema gera consequente alimentação progressiva da tensão gerada pela demanda e exercício de uma atividade jurisdicional que, sem o norte dado pelo debate mais amplo acerca de sua real função atual, oscila ao sabor dos ventos destes embates parciais e das novas necessidades da sociedade, em variações de grande amplitude, que vão dos extremos de um excesso injustificável de intervenção judicial (chegando a arbitrários ativismos) a uma intolerável omissão do Judiciário em questões que, de forma muito evidente, lhe competiria apresentar solução - tudo sem que se vislumbre qualquer diretriz mais razoável ou consistente para assestar adequadamente os rumos desta especial atividade estatal; *por fim*, esta situação toda gera uma progressiva desconfiança social nesta atividade, inclusive frente a tais variações (e, por isso, em parte justificada), particularmente incrementada e fomentada também por discursos que reclamam a observância do dogma da “segurança jurídica” como elemento preponderante da manutenção da “ordem” social (e, nisso, injustificada), desconfiança esta derivada precisamente desta falta de clareza e incompreensão de todos os atores sociais quanto ao papel jurisdicional, o que culmina, sob outro aspecto, por reduzir progressivamente o seu grau de legitimação em sociedade.

⁸¹ Conferir LUIZ GUILHERME MARIONI, no artigo “Aproximação crítica entre as jurisdições de ‘civil law’ e de ‘common law’”, op.cit., pp.210-11 e 213.

⁸² E dos fenômenos da contemporaneidade, acrescento.

⁸³ E isso não significa dizer que o princípio separação entre os poderes e delimitação das esferas de suas competências não permaneça importante e não deva ser observado, como esclarece o próprio MARINONI logo a seguir, nos seguintes termos: “Como é óbvio, não se quer dizer que o princípio da separação dos poderes não mais tem significado ou importância. Deseja-se tão-somente demonstrar que, quando se tenta acomodar a realidade na forma de regras, corre-se o risco de ver surgir algo que mais parece com uma imagem refletida a partir de um espelho de circo. O vício de acomodar a realidade às regras e aos

Essa é, pois, a essência do indevido desta simplificação neste ponto: tanto não se parte de uma pré-compreensão adequada do novo papel da jurisdição em sociedade, realizando-se uma leitura inadequada da função judicial na contemporaneidade, quanto, por conta disso, não se progride na discussão e compreensão sobre este seu novo papel, com riscos, inclusive, de uma muito pernicioso regressão no que tange ao entendimento do que possa e deva hoje significar a função judicial.

Justamente por isso é que a persistência do reducionismo no tratamento da questão da legitimidade na atividade jurisdicional contemporânea vai ainda mais longe em seus efeitos deletérios: conduz a uma superficialização ou até mesmo à supressão da abordagem desta questão nevrálgica para a *formação de salutar e harmoniosos espaços de convivência democrática (participativa) na sociedade* - já que, como será visto, também de uma adequada compreensão e atuação da jurisdição depende a abertura, consolidação e ampliação de tais espaços hoje.

Assim, resulta, no extremo, numa contribuição negativa ao estudo da Constituição e à busca por meios de real efetivação da própria democracia contemporânea⁸⁴ por meio destas importantes vias complementares.

Por tudo isso, então, simplesmente não parece ser mais possível continuar a aceitar, quanto ao ponto, uma discussão de relevância crucial para a construção de uma convivência mais harmônica em sociedade no interior destas balizas excessivamente estritas. E mais ainda, ante a realidade atual, constituída não só pelo assentamento do constitucionalismo como uma realidade posta no âmbito do “Civil Law”, e mesmo do Brasil, como também pelo influxo das grandes transformações sociais determinadas pelos fenômenos da contemporaneidade⁸⁵.

princípios faz com que a realidade seja distorcida e até mesmo negada. São as regras e os princípios que devem adquirir outra conformação, adaptando-se às novas realidades, e não o contrário. A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do ‘civil law’, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz da ‘common law’.” (Op.cit., p213 - destaquei).

⁸⁴ Conferir sobre o quão fundamental para a democracia é hoje este papel de contribuição para a formação e estabelecimentos de espaço públicos de convivência na contemporaneidade, à vista da complexidade e diversidade cultural das sociedades atuais (inclusive a brasileira), no item “democracia e diversidade cultural”, do ensaio de SÉRGIO COSTA, “Complexidade, diversidade e democracia...”, op.cit., p.470 e ss. Nesse sentido, aliás, é o mesmo autor que assevera: “O sentido de uma ordem política sensível às diferenças deve ser precisamente possibilitar a convivência de pessoas e grupos com diferentes concepções de vida boa...” (Id., ibid., p.473-4).

⁸⁵ Para se tomar emprestada a descrição de tão grande desafio do “momento vivido pela experiência constitucional brasileira atual na instauração do Estado Democrático de Direito”, formulada nas felizes palavras de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, trata-se aqui de encontrar um modo adequado para bem realizar um exercício constante, ainda que limitado por este viés da atividade judicante, de tentar encontrar um modo pelo qual “as exigências do Estado Social se jurifiquem, no sentido formal da palavra, [ainda] nos contornos do Estado de Direito, quebrando, porém, o velho hibridismo da lógica liberal conjugada com uma práxis autoritária.” (Em “Notas sobre as contribuições sociais e solidariedade no contexto do Estado Democrático de Direito”, p.215, publicado na obra *Solidariedade Social e Tributação*, coord. por Marco Aurélio Grecco e Marciano Seabra de Godói. (São Paulo: Dialética, 2005. p.208-221)).

4. Da limitação do debate pela (b) desconsideração da realidade contemporânea (contexto) e pela (c) restrição crítica aos pressupostos do debate: necessidade de ampliação horizontal e vertical da discussão

a) *Para a complementação de uma rearticulação da discussão sobre a legitimidade jurisdicional: reinserção da realidade e da crítica aos pressupostos do debate:* A verdade é que tudo o que se expôs está a demonstrar que não está em causa apenas a preservação dos dogmas da democracia representativa em seu sentido clássico e formal⁸⁶, quando da consideração inicial e contínua verificação posterior do papel que cabe ao judiciário nas sociedades contemporâneas em transição – e, pois, quando do debate da legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade.

O que está em jogo, para muito além disso, num primeiro momento, *é um melhor conceber e justificar a própria razão de ser da jurisdição no mundo atual*, além de, em última análise, até mesmo *uma necessidade de redefinir o significado essencial da democracia* nos tempos que correm, redefinição essa que, por sua vez, de forma circular, afeta profundamente o modo pelo qual se deve encarar, afinal, a atividade estatal da prestação jurisdicional (e, finalmente, a própria questão de sua legitimidade).

Destarte, a percepção inicial de um novo papel da jurisdição na contemporaneidade deve ser criticamente trazida para dentro do debate da legitimidade jurisdicional. Mas não é só. A notória realidade contemporânea de uma mundialização das relações de convivência humana plenamente

⁸⁶ Aqui as referências de JUAN RAMÓN CAPELLA, ao abordar a questão da “construção jurídico-política da modernidade”, podem auxiliar a esclarecer o sentido da assertiva: “O pensamento ilustrado elaborou um relato acerca da natureza do poder político embasado não mais na fé, senão na razão. Um relato que acabou tomando a forma de uma espécie de teorema, ainda eficaz hoje – apesar de fazer água por todas as partes -, no sentido de que legitima os sistemas políticos representativos que conhecemos.” Assim, “se houvesse que estabelecer um ‘vocabulário mínimo’ do relato – as palavras especiais indispensáveis para contá-lo -, constaria de: ‘indivíduo’, ‘estado da natureza’, ‘esfera pública e esfera privada’, ‘soberania’, ‘direitos’, ‘pacto’, ‘cidadania’, ‘povo’ e ‘representação’.” (p.104). No que importa mais diretamente ao ponto isso significaria que tais elementos do teorema clássico se articulariam da seguinte forma, segundo aquele autor: “*Em um sistema de representantes*, os titulares da soberania a delegam incondicionalmente por um tempo determinado. (...) **A função formal da cidadania ou povo soberano fica limitada na prática à eleição de ‘representantes políticos’**. Como é impossível lograr a unanimidade do povo ou ‘vontade de todos’, supõe-se que através de sistemas eleitorais com a participação de quantos querem fazê-lo se formam ‘maiorias’, renováveis e susceptíveis de modificação, que constituem o mais aproximado formalmente à ‘vontade de todos’; essas ‘maiorias’ determinam o que na terminologia herdada de Rousseau se chama ‘vontade geral’.

As leis, decididas pelos representantes políticos, são no relato produto desta ‘vontade geral’. Desse modo, se supõe realizado o ideal político moderno, que em palavras precedentes de Rosseau pode expressar-se como segue: ‘que o homem ao obedecer à lei, não faz outra coisa que obedecer a si mesmo como cidadão’ (nas condições que impõem a vida em sociedade).

Ficam fora deste ‘vocabulário mínimo’ do relato político moderno, algumas questões importantes. (...) Não se falou aqui dos ‘sistemas políticos’ em sentido estrito, determinados no fundamental, em linha de princípio, por Locke e Montesquieu. Tais sistemas se organizam segundo a metáfora, muito da época, dos artifícios mecânicos, da relojoaria: como sistemas de ‘pesos e contrapesos’. As funções de poder dos monarcas absolutos se distribuem entre instituições distintas: um poder legislativo – emanado da soberania popular (...); um poder executivo ou mais propriamente de governo; e um poder ‘judicial’ ou magistratura independente. Os três ‘poderes’ ficam separados por atribuir-se a diferentes organismos estatais e relacionar-se com a ‘soberania popular’ de modos distintos.” (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp.116, 177-8 destaquei).

Para maior aprofundamento, conferir a respeito NORBERTO BOBBIO, ao tratar da “lição dos clássicos” (pp.103-104 e ss.) e, mais específica e longamente, da democracia, na quarta parte (pp.371-471) do seu *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos* (BOVERO, M. (organizador). Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.), p.103-104 e ss.).

estabelecida⁸⁷, com um extremo incremento de sua velocidade e de sua tendência à supressão de distâncias e espaços de diversidade cultural e humana⁸⁸, bem como um resultante aumento

⁸⁷ STUART HALL trata precisamente desta questão da globalização, na sua obra sobre a identidade cultural na pós-modernidade, e sobre o incremento atual da velocidade a ela imprimida: “ *O que, então, está tão poderosamente deslocando as identidades culturais nacionais agora, no fim do século XX? A resposta é: um complexo de processos e forças de mudança, que, por conveniência, pode ser sintetizado sob o termo ‘globalização’.* Como argumenta Anthony McGrew (1992), a ‘globalização’ se refere àqueles processos, atuantes numa escala global, que atravessam fronteiras nacionais, integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo, tornando o mundo, em realidade e em experiência, mais interconectado. A globalização implica um movimento de distanciamento da idéia sociológica clássica da ‘sociedade’ como um sistema bem delimitado e sua substituição por uma perspectiva que se concentra na forma como a vida social está ordenada ao longo do tempo e do espaço (Giddens, 1990, p.64). Essas novas características temporais e espaciais, que resultam na **compressão de distâncias e de escalas temporais**, estão entre os aspectos mais importantes da globalização a ter efeito sobre as identidades culturais. Eles são discutidos com mais detalhes no que se segue.

Lembremos que a globalização não é um fenômeno recente: ‘A modernidade é inerentemente globalizante’ (Giddens, 1990, p.63). Como argumentou David Held (1992), os estados-nação nunca foram tão autônomos ou soberanos quanto pretendiam. E, como nos faz lembrar Wallerstein, o capitalismo ‘foi, desde o início, um elemento da economia mundial e não dos estados-nação. O capital nunca permitiu que suas aspirações fossem determinadas por fronteiras nacionais.’ (Wallerstein, 1979, p.19). Assim, ‘tanto’ a tendência à autonomia nacional ‘quanto’ a tendência à globalização estão profundamente enraizadas na modernidade (veja Wallerstein, 1991, p.98).

Devemos ter em mente essas duas tendências contraditórias presentes no interior da globalização. Entretanto, geralmente se concorda que, desde os anos 70, tanto o alcance quanto o ritmo da integração global aumentaram enormemente, acelerando os fluxos e os laços entre as nações.” (*A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11ª ed. Rio de Janeiro : DP&A Editora, 2006. p 61- destaques apostos).

⁸⁸ As colocações de STUART HALL, na passagem seguinte, parecem bem exemplificar a assertiva. Particularmente interessante é a referência ao incremento das tensões da diferença como consequência ou resultante desse ambiente social dito de modernidade tardia. Apenas de se registrar, contudo, que a eventual pertinência destas constatações não pode resultar, e não resulta necessariamente, na validade de algumas inferências posteriores, noutros estudos, que acabem por desaguar em teses sociológicas ou jurídicas que aparentam sustentar um progressivo abandono da figura do Estado como ente ativo e capaz de ser o orientador, em boa medida, dos rumos da vida em sociedade (como algumas de cunho sistêmico), bem como em outras que julgam se estar ante ao fim das possibilidades dos universais, dos princípios mais abstratos e elevadamente norteadores de uma convivência humana pacífica, ante a pluralidade e ao fragmentado do mundo (como algumas de orientação por visões ditas pós-modernistas): “*As sociedades modernas são, portanto, por definição, sociedades de mudança constante, rápida e permanente. Esta é a principal distinção entre as sociedades ‘tradicionais’ e as ‘modernas’.* Anthony Giddens argumenta que: ‘Nas sociedades tradicionais, o passado é venerado e os símbolos são valorizados porque contêm e perpetuam a experiência de gerações. A tradição é um meio de lidar com o tempo e o espaço, inserindo qualquer atividade ou experiência particular na continuidade do passado, presente e futuro, os quais, por sua vez, são estruturados por práticas sociais recorrentes’ (Giddens, 1990, pp.37-8). *A modernidade, em contraste, não é definida apenas como a experiência de convivência de mudança rápida, abrangente e contínua, mas é uma forma altamente reflexiva de vida, na qual: ‘as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz das informações recebidas sobre aquelas próprias práticas, alterando, assim, constitutivamente seu caráter.’ (ibid., pp.37-8).*

*Giddens cita, em particular, o ritmo e o alcance da mudança - ‘à medida em que áreas diferentes do globo são postas em interconexão umas com as outras, ondas de transformação social atingem virtualmente toda a superfície da terra’ - e a natureza das instituições modernas (Giddens, 1990, p. 6). Essas últimas ou são radicalmente novas, em comparação com as sociedades tradicionais (por exemplo, o estado-nação ou a mercantilização de produtos e o estado-assalariado), ou têm uma enganosa continuidade com as formas anteriores (por exemplo, a cidade), mas são organizadas em torno de princípios bastante diferentes. **Mais importantes são as transformações do tempo e do espaço e o que ele chama de ‘desalijamento do sistema social’ - a “extração” das relações sociais dos contextos locais de interação e sua reestruturação de escalas indefinidas de espaço-tempo**’ (ibid., p.21). (...) Entretanto, o ponto geral que gostariza de enfatizar é o das ‘descontinuidades’:*

‘Os modos de vida colocados em ação pela modernidade nos livraram, de uma forma bastante inédita, de todos os tipos tradicionais de ordem social. Tanto em extensão, quanto em intensidade, as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas do que a maioria das mudanças características dos períodos anteriores. No plano da extensão, elas serviram para estabelecer formas de interconexão social que cobrem o globo; em termos de intensidade, elas alteraram algumas das características mais íntimas e pessoais de nossa existência cotidiana (Giddens, 1990, p.21).

David Harvey, fala da modernidade como implicando não apenas ‘um rompimento impiedoso com toda e qualquer condição precedente’, mas como ‘caracterizada por um processo sem-fim de rupturas e fragmentações internas no seu próprio interior’ (1989, p.12). Ernest Laclau (1990) usa o conceito de ‘deslocamento’. Uma estrutura deslocada é aquela cujo centro é deslocado, não sendo substituído por outro, mas por ‘uma pluralidade de centros de poder’. As sociedades modernas, argumenta Laclau, não têm nenhum centro, nem um princípio articulador ou organizador único e não se desenvolvem de acordo com o desdobramento de uma única ‘causa’ ou ‘lei’. A sociedade não é, como os sociólogos pensaram muitas vezes,

extraordinário da complexidade das relações sociais⁸⁹ nestas circunstâncias, também deve ser objeto de reinserção crítica nesta equação. Não pode mais permanecer de fora da discussão acerca do real significado da legitimidade da prestação jurisdicional hoje, como vem ocorrendo, ao menos no sentido de uma inclusão ampla e suficientemente questionadora do tema naquele debate.

É por isso que *o real objetivo que se apresenta neste estudo*⁹⁰, considerado em sua integridade, *é o de buscar reenfocar mais ampla e adequadamente este debate, mercê da prática das referidas inserções temáticas.*

Por consequência, é por isso também que, no que toca mais especificamente aos primeiros capítulos deste mesmo estudo, objeto desta síntese introdutória, o problema posto deve ser, para além de esclarecer o quão restritivamente é tratada a questão da legitimidade jurisdicional hoje, *o de apresentar da forma mais articulada possível estas limitações do debate, ao tempo em que já se tece a pertinente crítica aos achados da pesquisa.*

Nesse passo trata-se, portanto, de, primeiro, reconhecer expressamente que não só aquela já abordada restrição referida a uma estreita pré-compreensão que se tem ordinariamente do papel da jurisdição, nos termos do que foi antes mencionado, vem limitando o tratamento da legitimidade daquela atividade, mas, ainda, de também se assumir e esclarecer que há outras formas pelas quais esta discussão vem sendo limitada, a partir das reações ao pós-positivismo mencionadas alhures.

Fala-se aqui, pois, em termos mais esquemáticos – para se permitir uma abordagem mais ordenada de tão intrincado e complexo problema-, de identificar claramente a existência de duas grandes ordens de limitações no debate atual sobre a legitimidade jurisdicional:

- a) de uma *limitação da discussão por falta de consideração crítica da realidade*⁹¹ (ou do contexto) em que deve atuar a jurisdição na contemporaneidade, por sua vez,

um todo unificado e bem delimitado, uma totalidade, produzindo-se através de mudanças evolucionárias a partir de si mesma, como o desenvolvimento de uma flor a partir de seu bulbo. Ela está constantemente sendo ‘descentrada’ ou deslocada por forças fora de si mesma.

As sociedades da modernidade tardia, argumenta ele, são caracterizadas pela ‘diferença’; elas são atravessadas por diferentes divisões e antagonismos sociais que produzem uma variedade de diferentes ‘posições de sujeito’ – isto é, identidades – para os indivíduos. Se tais sociedades não se desintegram totalmente, não é porque elas são unificadas, mas porque seus diferentes elementos e identidades podem, sob certas circunstâncias, ser conjuntamente articulados. Mas essa articulação é sempre parcial: a estrutura da identidade permanece aberta. Sem isso, argumenta Laclau, não haveria nenhuma história.” (Op.cit., pp. 14-17- negritos e destaques apostos).

⁸⁹ Conferir, a respeito: MARCELO NEVES (“Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas”. In: SOUZA, J. (organizador). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 111-163 – particularmente pp.128-9; “Justiça e diferença numa sociedade global complexa”. In: SOUZA, J. (organizador). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 329-363- particularmente pp.331-2); JÜRGEN HABERMAS (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003.pp.17-8); LENIO LUIZ STRECK (*Hermenêutica Jurídica (em) Crise*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.p.17); SÉRGIO COSTA (“Complexidade, diversidade e democracia: alguns apontamentos conceituais e uma alusão à singularidade brasileira”. In: SOUZA, J. (organizador). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 461-476 – particularmente p.463).

⁹⁰ Mais do que um mero sintetizar as posturas doutrinárias jurídicas existentes acerca do tema até o momento, num extremo, ou do que um buscar aprofundamentos críticos impossíveis nos limites deste escrito, de outro.

caracterizada por uma série de vetores e resultantes funcionalizantes das sociedades e instituições públicas atuais (correspondente à necessidade de ampliação dos horizontes da análise do tema);

- b) de uma *limitação da discussão por falta de consideração crítica das noções pressupostas* para o enfrentamento do tema (noções de legitimidade, democracia, jurisdição), para além daquela da suficiente compreensão do novo papel da jurisdição (correspondente à necessidade de um aprofundamento crítico ou “verticalização” da discussão⁹²).

Esclarecer estas formas de indevida limitação da problemática da legitimidade da prestação jurisdicional e, a um só tempo, enfrentar a necessidade de ampliação das discussões a seu respeito, nestes termos, é, por conseguinte, fundamental para que se possa avançar neste estudo. E mais: para que, ao final, esta discussão sobre legitimidade possa voltar a ter maior significado e utilidade crítica, em termos de avanços quanto a um conceber mais adequado do papel da jurisdição e da própria democracia na realidade hodierna, mormente das democracias periféricas⁹³.

b) Dificuldade da dupla tarefa (esclarecimento das limitações à ampliação crítica da discussão): Mas nada é simples na tarefa proposta no ponto anterior.

Se já os conceitos fundantes, normalmente tidos por *pressupostos* desta problemática⁹⁴, devem ser abordados criticamente, percebe-se como é difícil encontrar um ponto de apoio mínimo para

⁹¹ A indicação de que efetivamente existe uma descontextualização da discussão acerca da legitimidade da prestação jurisdicional, representada pela desconsideração ou consideração insuficiente da realidade da contemporaneidade e, além disso, das peculiaridades periféricas, parece ser suficientemente respaldada, ao menos de início, pelo que se pode inferir das seguintes observações de STRECK - ainda que expostas em contexto algo distinto, relativo à sua afirmação de que o embate entre substancialistas e procedimentalistas encontra respostas na opção paradigmática entre fundamentar/justificar discursos ou compreender (fenomenologicamente) – ou seja, na escolha entre respostas conteudísticas (busca da verdade, dentro de certos limites) e procedimentais (busca de consenso), op.cit., p.3: “A importância deste embate está no fato de que o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) se torna possível a partir dos princípios e regras – produzidos democraticamente – introduzidos no discurso constitucional e que representam a efetiva possibilidade de *resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo* (veja-se, nesse sentido, por todos, o sistema de regras defendido por jusfilósofos como KELSEN e HART). Assim, é possível dizer que *esse mundo prático –seqüestrado metafisicamente pelas diversas posturas epistemo-metodológicas – está centrado no ‘teatro do sujeito autocentrado e desdobrado sobre as palavras possíveis, coerentes, sensivelmente concebíveis’, proporcionando um ‘grande exorcismo da realidade’, mantendo-a distanciada, ‘nada querendo saber dela’.*” (Verdade e consenso..., op.cit., p.5- destaqui).

⁹² Daí porque uma das hipóteses do presente trabalho é exatamente esta: o tema da legitimidade da prestação jurisdicional é tratado de forma *reducionista* pela doutrina e pela prática da contemporaneidade, justo porque hoje se parte do pressuposto dado de que se trata de uma discussão que busca apenas os *limites da jurisdição na democracia representativa* (sem questionar criticamente o *contexto* (época=contemporaneidade/ local=periferia) de sua atuação e deste debate – necessidade de ampliação horizontal da discussão (alargamento de horizontes) - ou os *pressupostos* deste debate (sem se promover a mínima revisão crítica das categorias fundamentais da discussão: legitimidade, democracia, jurisdição) – necessidade de ampliação vertical da discussão (aprofundamento crítico da discussão)), quando na verdade todo o debate deveria se dar precisamente a *partir da consideração da essência do novo papel da prestação jurisdicional na contemporaneidade* (ao menos em seus contornos aparentes e iniciais), *principalmente nas democracias periféricas*.

⁹³ Não por outro motivo o **problema objeto desta dissertação** foi definido como sendo o de “**como tratar (enfrentar) a questão da legitimidade na prestação jurisdicional atual**, no âmbito das sociedades contemporâneas de países periféricos e de estados Democráticos e de Direito (no Brasil, artigos 1º e 3º da CF/88), **a partir da consideração genérica de seu novo e fundamental papel na realidade destas democracias periféricas ou emergentes** (considerando-o, inicialmente, como sendo principalmente o de auxílio na construção de uma convivência pacífica “sob uma perspectiva ética”, o que pressupõe a utilização da jurisdição como instrumental diferenciado da democracia, para criação e multiplicação de espaços de convivência democrática, inclusive em forma de participação direta).

⁹⁴ E aqui surge um problema apontado por A.C.WOLKMER: o fato de “os juristas muito pouco se preocuparem em examinar o fenômeno do poder sob o ângulo dos chamados ‘fatores extrajurídicos’ ou de uma visão ampliada e interdisciplinar”

alavancar esta iniciativa. Basta verificar que, a rigor, a própria noção de legitimidade⁹⁵, como categoria que envolve discussões inaugurais da teoria jurídica, extremamente amplas e complexas, pode ser bastante imprecisa e até mesmo dúbia – para não se falar acerca dos próprios conceitos políticos de democracia ou cidadania⁹⁶.

Por outro lado, buscar-se um tal apoio, que logre transcender esse difuso mundo de vagos conceitos transdisciplinares, fluidos e em transição na dinâmica extrema da atualidade, por meio de um estribar-se nas constatações da própria *realidade* desse também cambiante mundo das coisas, não parece uma ideia muito melhor, em termos de diminuição dos riscos “científicos” da empreitada. Considerando-se a multiplicidade e fragmentariedade dos componentes fáticos que dão os atuais contornos multifacetários da realidade hodierna, também este pareceria um proceder, no mínimo, pouco produtivo, senão demasiado arriscado.

Todavia, nesse passo constata-se não restar alternativa⁹⁷. Se a reintrodução da realidade fática vigente na discussão, além do exame de certos pressupostos conceituais fundantes da problemática em estudo, são pontos essenciais à pretensão final de se reformular o debate, objeto desta pesquisa, há de se enfrentar abertamente estes desafios.⁹⁸ E há de se considerar, portanto, tanto a necessidade de se examinar pressupostos da discussão como a necessidade de se examinar dados da realidade em que insere, sem se evitar uma ou outra destas áreas.

Logo, como proceder investigativo inaugural, na ausência de melhor opção, há de se buscar uma reinserção conjunta (e progressiva) destes dois aspectos não suficientemente considerados quando dos exames tradicionais acerca da legitimidade da jurisdição, segundo o já examinado.

A proposta deste estudo, para alcançar tal desiderato, será, portanto, a de:

(*Ideologia, Estado e Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.78.), e estarem mesmo, de resto e a bem da verdade, muito pouco preparados para a utilização de uma tal visão, como acrescenta-se aqui.

⁹⁵ Como observa FABIO KONDER COMPARATO, e melhor será examinado nos itens seguintes, “o conceito de legitimidade adquiriu no pensamento moderno uma apreciável polissemia” (*Ética...*, op.cit., p.595). Ademais, como refere A. C. WOLKMER, citando LUCIO LEVI, “o sentido da palavra legitimidade não é estático, e sim dinâmico”, na medida que, sob certo sentido, “a concepção de legitimidade... ‘expressa uma situação e um valor de convivência social.’” (Op.cit., p.88.).

⁹⁶ Conferir, sobre “o perigo de conceitos ambíguos” como este o que escreve o jurista DALMO DE ABREU DALLARI (“Estado de Direito e cidadania”..., op.cit., pp.193 e ss.).

⁹⁷ No ponto é necessário esclarecer sobre a imposição de que se assumo o risco de incursões por áreas distintas do Direito propriamente dito, para a realização do desiderato proposto e para o suprimento das necessidades identificadas como essenciais para levar este estudo adiante. Se a temeridade do proceder é uma realidade, dada a formação acadêmica hiper-especializada de que todos somos fruto hoje, a multidisciplinariedade (ou “transdisciplinariedade”) neste estudo é, em contraposição fundamental, da qual não se pode abrir mão. Não reconhecer e enfrentar este desafio de se arrojar em direção ao temerário, da melhor forma que for possível, implicaria em ceder ao “paradigma da simplificação”, de que fala EDGAR MORIN (*Introdução ao pensamento complexo*. Trad. E. Lisboa. 3ªe. Porto Alegre: Sulina, 2007. p.11 e ss. e p.51), cedendo também a um “obscurantismo científico que produz especialistas ignoros”, para, por fim, aceder sem luta a uma “visão mutiladora e unidimensional” pela qual “paga-se bem caro nos fenômenos humanos.” O compromisso com uma tentativa de respeito mínimo ao “complexo do real”, pois, impõe o proceder descrito a seguir, sob pena de uma auto-anulação deste estudo já no seu nascedouro.

⁹⁸ E ainda que se reconheça nesse passo a necessidade de certas simplificações, não menos arriscadas quando em si mesmo consideradas, para que seja possível o trato do tema nestes termos propostos, busca-se, ainda assim, ao menos o afastamento das puras “racionalizações” (Cf. MORIN, op.cit., p.15) que tendem a ocultar ou dissolver a “complexidade antropossocial”, justamente pelo seu enfrentamento (Id., ibid., p.14).

- a) primeiro, buscar uma **ampliação horizontal** da discussão da legitimidade (alargamento de seus horizontes), mediante a *articulação de um questionamento acerca do contexto da atuação da jurisdição contemporânea* (no que se refere aos elementos de *época e local* de atuação – representados respectivamente, pois, por uma breve consideração da *contemporaneidade* e da realidade dos *países periféricos, ou ditos emergentes*, como o Brasil);
- b) depois, buscar uma **ampliação vertical** da discussão da legitimidade (aprofundamento crítico), por meio da articulação de *um questionamento acerca das categorias fundamentais desta discussão, que funcionam como conceitos pressupostos nesse debate* (legitimidade, democracia e jurisdição), inclusive por meio de uma mínima revisão crítica de tais categorias, na medida do que o fôlego deste estudo permitir.

De resto, no decorrer desta abordagem inclusiva de tais complexas temáticas, e, mais particularmente, no momento de se questionar a categoria jurisdição propriamente dita, será pretensão desta investigação também *inserir o tratamento da questão do vislumbre inicial do novo papel da jurisdição na contemporaneidade*⁹⁹, como mais um elemento a complementar a formação de um ponto de apoio precário, mas suficientemente consistente, para se iniciar o resgate de um debate ampliado acerca da legitimidade jurisdicional hoje.

Segue, pois, um esquema sumário do modo pelo qual se pretende abordar a realidade das limitações referidas, bem como a necessidade de reinserção dos elementos de realidade no debate e do exame crítico das categorias pressupostas, como elementos do mundo moderno presente em que insere a prestação jurisdicional de hoje, nos dois capítulos seguintes do trabalho, para o fim de viabilizar a ampliação do debate sobre legitimidade da jurisdição contemporânea.

*c) Do modo proposto de atuação – ampliação horizontal do debate: reinserção do elemento realidade*¹⁰⁰ *na discussão (pela consideração do contexto, mormente a partir do estudo da contemporaneidade):* Para arrostar esta espinhosa problemática da reintrodução da realidade do mundo contemporâneo na *discussão* sobre a legitimidade jurisdicional, parte-se do ato decisivo¹⁰¹ de isolar algumas características mais marcantes e aparentemente típicas da contemporaneidade, ainda que de forma mais ou menos arbitrária, confortada apenas por uma comunidade de opiniões

⁹⁹ De permitir uma convivência social pacífica, “sob uma perspectiva ética” (cf. RICOEUR), viabilizando espaços de convivência democrática substancial, é sempre de se fixar. Cf., ainda, STRECK, *Verdade e consenso...*, pp. 3 e 22, v.g..

¹⁰⁰ Conferir STRECK, *Verdade e consenso...*, op.cit., p.5, ao falar, citando comentador de Heidegger [cita-se: “HAAR, Michel. *Heidegger e a essência do homem*. Lisboa: Piaget, s/d, pp.115 e segs.”], do “**grande exorcismo da realidade**” promovido pela negação do mundo prático –“sequestrado metafisicamente pelas diversas posturas epistemo-metodológicas”-, negação esta que no direito, mais especificamente, foi patrocinada pelo positivismo.

¹⁰¹ Cf., a respeito, a necessidade de enfrentamento deste tipo de situação mencionada por ROCHA, em termos aproximados aos ora descritos (*Genealogia...*, op.cit., p.93.).

abalizadas¹⁰² acerca de sua indubitável presença no mundo atual das relações humanas. Isso é o que se propõe e o que se procura fazer já na abertura do segundo capítulo deste estudo¹⁰³ (em seu ponto 1).

A contemporaneidade surge, assim, desenhada em largos traços, bastante genéricos, mas suficientes para o seu mínimo reconhecimento comum, bem como para sua suficiente consideração para os fins aqui almejados. Expressa-se naquilo que se designa nesta investigação como *vetores* ou valores característicos da época, quais sejam: os de uma busca incessante pela máxima supressão do tempo; da verificação de uma idêntica tentativa de supressão do espaço (das distâncias e diferenças) entre os homens; e, finalmente, da manutenção e presença de uma racionalização demasiado simplificadora das complexidades deste mundo contemporâneo, como derivação herdada de uma ainda não superada (e, mesmo, revigorada) racionalidade cartesiana da modernidade, além de consequência impositiva da perseguição dos dois primeiros desideratos.

Tais vetores, por muito influentes num certo modo contemporâneo de ver o mundo e as relações humanas nele postas, que vêm se generalizando nas sociedades contemporâneas em transição, e que, em boa medida já se encontra até mesmo institucionalizado¹⁰⁴, são concebidos, então, como uma espécie de síntese esquemática do *ideário*¹⁰⁵ dominante da contemporaneidade.

A partir daí, tem-se que esse ideário em franco processo de assentamento, por sua vez, dita uma certa finalidade, geral e preferencial, à vista da qual viria progressivamente se ordenando esta sociedade¹⁰⁶ contemporânea em transição, consistente numa busca extremada por *funcionalidade*¹⁰⁷ e

¹⁰² Cf. profusão de notas a respeito no item seguinte, mencionando-se, apenas a título ilustrativo inicial, as posições dos juristas e pensadores FRAÇOIS OST, LEONEL SEVERO ROCHA e OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA.

¹⁰³ Embora, é claro, a própria opção por uma abordagem hermenêutica do problema seja a maior resposta à exclusão da consideração das peculiaridades da realidade quando da prestação jurisdicional ainda norteada pelo espírito positivista ou mais conservador. O *compreender* (*hermeneuticamente*) os casos submetidos à prestação jurisdicional (ou, o considerar a problemática da *applicatio*), importa já o reintroduzir a faticidade da forma mais visceral possível quando do exercício desta função. Entretanto, a bem de expor de forma mais direta a dita desconsideração do contexto da realidade na discussão sobre a legitimidade da jurisdição, se faz necessário o proceder ampliativo aqui proposto, de buscar traçar os contornos gerais desta contemporaneidade onde hoje o direito opera.

¹⁰⁴ Sendo claramente influente hoje, *v.g.*, de um certo modo de se compreender também a prestação jurisdicional atual, ao menos na prática cotidiana brasileira, como será visto especialmente no capítulo III.

¹⁰⁵ Diz FABIO KONDER COMPARATO: “O ideário de uma sociedade representa bem aquele ‘*animus*’ de que falavam os romanos, isto é, o princípio vital, a sede da vontade, dos sentimentos e das paixões que animam um grupo social.” (*Ética...*, op. cit., p.23). Para que se utilize aqui uma outra imagem semelhante, mas intensamente ligada a seminais estudos da sociologia, eis que, segundo COMPARATO, “noutra imagem, esse ideário corresponde ao que MAX WEBER, em obra de grande repercussão [cita-se ‘*Die protestantische Ethik und der ‘Geist’ des Kapitalismus*’, 104-05, ou seja, “A Ética protestante e o espírito do capitalismo”], denominou o ‘espírito’ da sociedade, e que a ciência social contemporânea designa, preferencialmente como ‘mentalidade social’.” (Id., *Ibid.*). A respeito, conferir, por fim, a seguinte referência de Comparato: “Como salientou DURKHEIM [citando-se Emile Durkheim, ‘*De la division du travail social*’, Presses Universitaires de France, 1978, p.46.], o conjunto de crenças e sentimentos comuns aos membros de uma sociedade forma um sistema que tem vida própria. O grande sociólogo denominou-o como ‘consciência coletiva ou comum’...” (Id., *ibid.*, p.24). Anote-se, todavia, que a utilização destes termos aqui não é rigorosamente técnica, do ponto de vista da sociologia, mas meramente ilustrativa, para fins de auxílio na melhor compreensão geral do discurso.

¹⁰⁶ Diz COMPARATO: “... Não existe ordem social desvinculada de um objetivo último.... (Op.cit., p.23).

¹⁰⁷ Conferir SÉRGIO PAULO ROUANET: “As duas modernidades.” *In*: MACHADO DA SILVA, Juremir e SCHULER, Fernando (organizadores). *Metamorfozes da Cultura Contemporânea*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2006. pp. 103-110; ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade: ensaios*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003 – especialmente os capítulos “Iluminismo ou barbárie” (pp. 9-45) e “Ilustração e modernidade” (pp.120-184).

por uma *eficácia técnico-produtiva*¹⁰⁸, antes de outros objetivos quaisquer – num recrudescimento de um certo modo de pensar que já de há tempos¹⁰⁹ permearia o imaginário social da modernidade¹¹⁰ (descrição crítica esta que haverá de ser apresentada a partir do ponto 1.2 do capítulo seguinte).

Surge, nesse ponto, uma *resultante* da interação e assunção dos referidos vetores da contemporaneidade pelo meio social e pelas instituições, que acabaria por se materializar justamente nesta revigoração e tendência de consolidação de *um implícito critério de legitimação política (por funcionalidade e eficácia tecnocrática) das ações e instituições humanas, ou, enfim, da organização*

¹⁰⁸ Conferir CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: Uma aproximação...* Op.cit., pp.262-3.

¹⁰⁹ Sobre o tema, a seguinte passagem das lições de LEONEL SEVERO ROCHA sobre “Saber jurídico e política”, é bastante ilustrativa: “No final do século XIX com o acirramento das questões políticas no capitalismo a dissociação entre saber e poder já é mínima, e mesmo (e devido) com o surgimento de um maior rigor para a obtenção de verdades científicas, a Ideologia comanda as disputas teóricas. Com efeito, não é por acaso que paulatinamente o positivismo (e o empirismo) e o culto ao método ocupam os espaços do poder, pois é exatamente um conhecimento dotado de maior eficácia e especialização que interessa à sociedade capitalista.

WEBER [Max], que identifica racionalidade com a industrialização, a burocracia com a eficácia, e utiliza a lei como a moderna forma de legitimidade, não poderia deixar de ser o vencedor da disputa com os neokantianos sobre o método.

Weber elabora uma refinada teoria dos tipos ideais, categorias capazes de descrever o real com o máximo de objetividade e, o que é fundamental, com total neutralidade axiológica. Sem negar o positivismo em seu trabalho, a análise rigorosa de determinadas situações até então relegadas à metafísica, Weber descortinou um vasto espaço de utilização da ciência pelo poder, dissociando-o da Ideologia e, o que é surpreendente, desde sua perspectiva de autonomia disciplinar das ciências, das próprias ciências. *Estava inaugurada a época da sociedade dos especialistas, a era do Estado voltado ao ‘bem comum’, manifestado pela eficácia.*” (PÊPE, Albano Marcos Bastos; ROCHA, Leonel Severo. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p.100).

E prosseguindo ROCHA, em direção aos reflexos do pensamento da época no campo do Direito: “Na segunda década de nosso século (XX), com a crítica generalizada feita pelo [ao] positivismo pelo próprio Weber, que veio acentuando-se desde o século passado a Teoria do Conhecimento voltada à análise filosófica foi abandonada pela Teoria da Ciência, onde cabe à ciência sistematizar a realidade. Neste momento, o conhecimento científico passou a necessitar (...) além do método rigoroso, (...) a epistemologia – metalinguagem postulada desde Comte para ordenar as ciências, que identifica conhecimento e ciência. O movimento que melhor desenvolveu a epistemologia foi o neopositivismo lógico, também chamado de Círculo de Viena. (...) Deste modo, a ciência depurada de seus aspectos ideológicos atingiria através deste processo de elucidação os requisitos epistemológicos exigidos pelo neopositivismo: neutralidade, sistematicidade, universalidade, objetividade etc. **Tal matriz teve no conhecimento jurídico sua maior aplicação através de HANS KELSEN, em sua Teoria Pura do Direito.**” (Op.cit., p.101).

¹¹⁰ Reforce-se que, no campo do direito, quanto ao exposto, basta lembrar a postura de KELSEN a respeito dos critérios de legitimação jurídica, segundo a visão de outro importante autor da crítica do Direito, A.C. WOLKMER, em passagem que se amolda ao exposto ao final da nota anterior: “No rol de uma perspectiva jurisdicista, importa situar a postura rigorosamente formalista de HANS KELSEN que, além de ter dado uma ínfima consideração ao tema da legitimidade, restringiu-a à mera consequência, da ordem jurídica posta. Assim, a legitimidade não é só a expressão, mas princípio que se confunde com a validade de uma legalidade. **Desconsiderando os aspectos axiológicos e políticos, Kelsen defende a idéia de que a legitimidade ‘está intimamente ligada ao princípio da eficácia’.** Para ele, a validade da nova ordem jurídica (...) está em sua eficácia, ou seja, em termos estritamente técnicos, a norma jurídica para ser válida deve produzir efeitos. (...) a eficácia de uma ordem jurídica é apenas uma das condições de sua validade, e não o seu fundamento (...). O fundamento último da validade de uma ordem jurídica, (...) segundo Kelsen, reside na ‘norma fundamental’ pressuposta [citando-se: JOSÉ F. DE CASTRO FARIAS, *Crítica à noção tradicional do poder constituinte*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1988, p.82-3; HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. Coimbra, Arménio Prado, 1979, pp.289-292.]” (A.C. WOLKMER, Op.cit., p.89. – destaquei).

Aliás, isso poderia servir de confirmação ao já exposto inicialmente acerca das resistências à plena consideração da revolução de um direito aberto às considerações de cunho ético-político (do pós-positivismo), desvelando um outro aspecto ou face das múltiplas formas de negação possível deste fenómeno ainda nos tempos que correm (ou, se assim não se pudesse concluir, acaso se considerasse um resgate e preponderância extremada do critério da eficácia como uma mera consequência prática das necessidades do neoconstitucionalismo exposto às agruras da contemporaneidade – aparente posição de ROCHA em estudo citado a seguir (*Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico*) -, no mínimo demonstraria uma má condução das possibilidades do direito aberto à moral e à política, mesmo nestas circunstâncias extremas da atualidade).

*social*¹¹¹ como um todo, que naturalmente se reflete diretamente no campo do direito e da prestação jurisdicional.

O desvelar deste critério preponderantemente norteador das ações humanas na modernidade posta, por meio deste franco exame dos vetores e resultante da contemporaneidade se prestará então, já a esta altura, a cumprir a difícil tarefa de servir de ponto de apoio inicial para o estudo ora pretendido.

Isso por que permitirá, como consequência lógica, uma sua primeira contemplação franca. Ou, pelo menos, o vislumbre inaugural de um critério de legitimação política da organização social contemporânea que parece ser o realmente predominante na atualidade¹¹², mas que não costuma ser apresentado nestes termos, quando da abordagem ordinária do tema objeto desta investigação. E será importante como ponto de apoio primeiro, também, por que permitirá, assim, o descortinar de um critério referencial de legitimação que, em verdade, é muito diferente daquele que haveria de se esperar fosse o apto a dar respaldo ao discurso da impositividade da prevalência da legitimidade democrática da prestação jurisdicional dos dias de hoje, ante os propalados riscos da politização da justiça¹¹³.

Desvelar esta primeira constatação, da predominância de um tal critério de legitimação das ações humanas e instituições nesta sociedade, por vezes travestido ou escondido sob roupagens outras (inclusive as de garantia da democracia), então, seria a primeira tarefa desmisticizadora desta descrição crítica da atualidade e de uma equivalente busca pelos parâmetros de uma nova legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade. E abriria, outrossim, portas para um considerar mais amplo e crítico também da questão da legitimidade da jurisdição hoje, bem como, por consequência, de contornos mais precisos de seu papel, sob o prisma da ampliação horizontal da discussão, tal como esquematicamente proposto alhures.

d) Do modo proposto de atuação – ampliação vertical do debate: reinserção do elemento da crítica às categorias da discussão (pela reconsideração dos pressupostos do debate, inclusive do novo papel da jurisdição): Neste contexto e sob este prisma, já passaria a se mostrar útil, de fato, a

¹¹¹ COMPARATO, *Ética...*, op.cit. p.27.

¹¹² Conferir a respeito, para maior aprofundamento, LEONEL SEVERO ROCHA na obra *Genealogia da crítica jurídica...* (PÊPE, Albano Marcos Bastos; ROCHA, Leonel Severo. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.), mais precisamente o capítulo III, intitulado “O legítimo e soberano”, pp.179 e ss. – e ainda mais especificamente, p.199.

¹¹³ E aqui, num certo sentido, caberia a advertência de BERCOVICI, mencionada por STRECK (*Verdade e consenso...*, op.cit., p.34: “O problema, pois – e a advertência é de Bercovici, fulcrado em Pedro de Vega García-, é a *ausência* cada vez maior do elemento democrático [num diferenciado sentido contemporâneo, mais substancial e participativo] como justificador da legitimidade, reduzido, com o auxílio das teorias processuais da Constituição, a um simples procedimento de escolha de governantes. [citando-se ARAÚJO, José Antônio Estévez. *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*, op.cit., pp.139-143]”. Quer dizer, como melhor se verá adiante, no ponto específico: no âmbito do direito e da jurisdição, em verdade, ante a predominância destes elementos do pensamento contemporâneo, não estaria em causa, ao menos num primeiro plano, nem, v.g., a busca por justiça, nem a discussão sobre uma maior realização ou não da democracia, mas, isto sim, a perseguição da concretização da *máxima eficácia funcional*. É dizer: na democracia, então, a *regra da maioria*, imperando como vetor quase absoluto (a forma e o procedimento a legitimar antes de tudo) – e a admissão, no máximo, de uma ação de contrapeso de minorias, sem muita margem para transgressões das grandezas matemáticas objetivadoras das verdades formais do procedimento instituído. Na *jurisdição*, por sua vez, o resultado do número, da quantidade de casos julgados, de uma “justiça objetivada” por fatores de “produção” de decisões diretamente aferíveis pela técnica burocrática: *o maior número, no menor tempo*, como lema e crença geral.

realização de uma breve revisão das posições doutrinárias acerca da questão da legitimidade da prestação jurisdicional hoje vigentes (ponto 2.1 do capítulo II).

A pesquisa e apresentação de tais posturas teóricas, nesse momento do trabalho, se justifica por dois motivos: *primeiro*, porque é possível, a partir dela, melhor contrastar o fato de que tais posições doutrinárias são engendradas, como regra, sobre os pilares prevalentes da observância dos limites da atuação jurisdicional traçados pela impositividade de uma soberania popular exercida por delegação, enquanto vigente na prática social e mesmo institucional, em realidade, um outro critério legitimador das ações humanas (de máxima eficácia funcionalista), de prevalência crescente¹¹⁴, nos termos do que antes desnudado.

Depois, por que, nestas circunstâncias, passa a se revelar já intuitivamente a imperiosidade de novos questionamentos acerca dos próprios pressupostos de toda esta discussão sobre a legitimidade da prestação jurisdicional. Revisar, ainda que brevemente, *categorias* como as de *jurisdição*, *democracia* e, mesmo, da *legitimidade*, à luz dos reflexos da contemporaneidade, passa a se constituir numa necessidade evidenciada pelo próprio descortinar de que as doutrinas antes referidas, que discutem os limites da jurisdição, normalmente não procedem assim¹¹⁵, deixando um incômodo vazio quando de uma reflexão deste tema que seja mais aprofundada criticamente, no sentido ora proposto.

Sob este aspecto, uma revisão, ainda que relativamente contida, das posições doutrinárias acerca da legitimidade da prestação jurisdicional, hoje tidas como relevantes, se presta, portanto, a também servir de eloquente *introdução à questão da necessidade de ampliação vertical do debate*, a ser encaminhada como já referido alhures e nos termos do que segue.

Finalmente, nesse passo é que se apresenta, então, a questão da necessidade de uma breve revisão crítica das mencionadas categorias fundantes da discussão da legitimidade jurisdicional (ponto 2.2 do capítulo II).

E já que a proposta é a de um exame crítico destas noções à luz da realidade hodierna, previamente constatada em linhas gerais, não há como deixar de partir do registro de incômodas indagações que teimam em aflorar quando do reexame da dita discussão mediante a consideração dos vetores e resultantes da contemporaneidade.

Assim, postas as constatações acerca da realidade de um certo ideário social e institucional em desenvolvimento, que tem por critério determinante das ações uma força resultante que não condiz exatamente com uma mentalidade que daria suporte a um critério de legitimação preponderantemente democrático¹¹⁶ (ao menos num sentido mais *substancial* de democracia), como se deveria

¹¹⁴ E mais: que, de resto, vem alterando e reduzindo até mesmo o significado desta representação democrática.

¹¹⁵ Ou, se procedem, o fazem de modo fragmentário.

¹¹⁶ Ou que teria um critério de legitimação democrática extremamente enfraquecido pela consideração de uma noção de democracia representativa ainda mais formalizada e objetivada pela burocracia funcionalista da contemporaneidade. Vale dizer, que teria um critério de legitimação democrática considerado apenas no seu aspecto mais formal e passível de objetivação funcionalista, reduzindo, assim, a ideia de democracia não só a um exclusivo modelo de representação, mas, mais grave, a um modelo ainda mais formalizado e dessubstancializado (por distanciado da vida cotidiana dos cidadãos), que, por sua vez, se configuraria de forma cada vez mais restrita nos dias de hoje, a ponto de se reduzir a um “simples [além de brevíssimo e pontual] procedimento de escolha dos governantes”, como já referido antes, com uma perda de significado que

compreender a questão da legitimidade da atuação jurisdicional na contemporaneidade? Em que termos seria possível ou cabível abordar este tema, ante a tais circunstâncias? E mais agudamente ainda: o que permitiria dizer, afinal, que um critério ligado com a busca do incremento dos processos de modernização funcionalizante seria espúrio ou inadequado, acaso exclusivo ou absolutamente predominante, na tarefa de aferir a legitimidade de atuação do judiciário de hoje, se vem se assentando uma certa crença nesse ideal da celeridade-efetividade no próprio meio social, ainda que a partir de um trabalho intenso de transformação deste arcabouço ético mínimo promovido quotidianamente nas sociedades contemporâneas também por um certo “sistema global *multimedia*”¹¹⁷?

Não seria, afinal, precisamente esse *elemento subjetivo*, de aceitação do poder institucional formatado em moldes supostamente correspondentes às aspirações médias comuns da sociedade, que seria determinante para se ter um certo proceder ou um determinado critério de conduta como sendo legitimado pela sociedade? Esse novo “consenso” urgente e disseminado acerca da suprema necessidade de eficácia não é o que legitima por si só? Ou, em sentido contrário, há critérios objetivos de legitimidade, que não podem ser manipulado nem mesmo pela eventual transformação induzida do senso comum do meio social, em meio às (e sob o pretexto das) urgências da contemporaneidade?

Enfim, resumindo estas tormentosas indagações ao essencial e logicamente antecedente: *de que legitimidade se haverá de falar aqui?* Ou por outra: *legitimidade referida a que?* A que *critérios*¹¹⁸ se haveria de recorrer nesta circunstância complexa, de uma realidade transpassada - mesmo que à força de certos mecanismos de indução eventualmente questionáveis - por uma *vontade de eficácia* (e não por uma “*vontade de constituição*” propriamente, como diz KONRAD HESSE¹¹⁹), contraposta (ou superposta) a um (insuficiente) discurso dogmático mais preocupado em debater a legitimidade a partir da manutenção de uma formal correspondência da conduta jurisdicional com os dogmas da democracia (meramente) representativa?

Ora, a verdade é que a síntese de tais preocupações aqui verificadas remete a discussão necessariamente a um difícil “passo atrás”: antes de tudo, para se iniciar uma resposta a elas, deve-se

gera a alimentação crescente do desinteresse já verificado amplamente de participação cidadã nas coisas e interesses públicos.

¹¹⁷ Diz COMPARATO sobre o ponto: “*Em regra geral, a função de justificação ética, ou legitimação política, da organização social, é feita pelos grupos ou classes no poder, como instrumento de autodefesa. Os homens nascem, crescem e morrem em uma cultura de legitimação do poder de um grupo social sobre o outro. Nas sociedades escravocratas, o filho do escravo era convencido, desde criança, da inevitabilidade de sua posição de dominado, a fim de não alimentar esperança alguma de lograr, um dia, libertar-se da condição servil. (...) Da mesma sorte, o assalariado contemporâneo.... A persistência do trabalho assalariado em condições de subordinação é apresentada como uma espécie de dado da natureza, por razões de ordem ‘científica’, no quadro da teoria econômica, quando não é defendida com argumentos de ordem moral e até religiosa. Nas sociedades contemporâneas, esse amplo trabalho de propaganda axiológica faz-se, principalmente, por intermédio dos grandes veículos de comunicação coletiva: a imprensa, o rádio, a televisão, o cinema ou a ‘internet’, todos eles, hoje, ligados tecnicamente em um sistema global (multimedia).” (Ética...op.cit., pp.27-8.- destaquei).*

¹¹⁸ Ainda que certamente haja um espaço e um lugar adequado para a efetividade hoje, para critérios de aferição da atuação das instituições e da própria jurisdição pela eficácia, na medida em que não é possível simplesmente negar a faticidade da aceleração da velocidade das relações humanas em âmbito mundial, como seria possível falar de um seu reposicionamento numa certa coleção de valores que ainda tenha significado na atualidade e melhor represente uma mentalidade social ainda vigente (como revela, no mínimo, o chamado “mal-estar na modernidade”) – em que pese o trabalho intenso de transformação deste arcabouço ético mínimo promovido quotidianamente nas sociedades contemporâneas também por um certo “sistema global *multimedia*”?

¹¹⁹ Cf. KONRAD HESSE, *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreria Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.19.

definir do que se está a falar quando da utilização da categoria legitimidade. E, por sua vez, responder a esta indagação passa a impor, senão um mergulho profundo nas viscerais discussões sobre o poder e a soberania¹²⁰, pelo menos um estudo mínimo e mais específico, uma breve revisão enfim, da complexa categoria legitimidade, antes de mais nada.

Assim, um breve exame histórico e de certos estudos teóricos a respeito do tema¹²¹ vai, nesse ponto, resgatar a realidade de que, em princípio, já foi tal categoria referida aos mais distintos critérios. Mas um exame, logo a seguir, que tenda a dar um mínimo de transparência e maior precisão a esta noção polissêmica¹²², traçando os seus contornos *subjetivos*¹²³ e *objetivos*¹²⁴, dará a tranquilidade de operar-se sobre uma base mais unívoca de sentido, para fins de desenvolvimento do trabalho.

Com isso, ficará claro que a a *legitimidade* a par de um *sentido subjetivo*, que se identifica, sob certo enfoque, mais propriamente com uma noção de *legitimação*¹²⁵, também possui um *sentido objetivo*, de destacada relevância no contexto turbulento da contemporaneidade, por capaz de ancorá-la em determinados padrões éticos e de justiça.

Restará, ainda, evidenciado, que uma definição dos critérios ou parâmetros de legitimidade, do ponto de vista objetivo, se presta justamente a permitir que a noção de legitimidade não caia num vazio de significado, servindo apenas a discursos de legitimação de quem eventualmente ocupe as posições de poder¹²⁶, já que, embora tais critérios sejam, em princípio, vagos e indeterminados, estão referidos não a uma conformidade meramente legal, mas a elementos ético-políticos palpáveis¹²⁷.

Nesse ponto, a distinção entre as figuras da legitimidade e da legalidade¹²⁸, que sempre tendem a ser aproximadas quando da busca pela eficiência como critério preponderantemente

¹²⁰ Ante as limitações desta pesquisa já destacadas em nota inicial (conferir nota 10 e referência à conferência de ROCHA, *Genealogia da crítica jurídica...* op.cit., pp.190-1).

¹²¹ Nos termos sugeridos, fundamentalmente, por ANTÔNIO CARLOS WOLKMER (principalmente em *Ideologia, Estado e Direito*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2000, p.88 e ss.), bem como por FÁBIO KONDER COMPARATO (em *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006).

¹²² Nos termos de nota anterior, cf. COMPARATO, *Ética...*, op.cit., p.595; A.C.WOLKMER, *Ideologia, Direito e Estado...* op.cit., p.88.

¹²³ Cf. COMPARATO, *Ética...*, op.cit., p.594 e ss.

¹²⁴ Cf. COMPARATO, *Ética...*, op.cit., p.593 e ss.

¹²⁵ Cf. MARINONI, *Teoria Geral do Processo...*, op.cit., p.431, em nota, para uma distinção inicial a ser adotada aqui, em determinados termos e para certos fins, entre legitimidade e legitimação.

¹²⁶ Cf. ROCHA, *Genealogia da crítica jurídica...* op. cit., pp.190-1; M.FOUCAULT, nos clássicos escritos “Soberania e Disciplina”, in *Microfísica do Poder e Vigiar e Punir*. Neste ponto, anote-se, ainda, sobre a conexão entre a categoria legitimidade e a esfera jurídica, que LEONEL SEVERO ROCHA (cf. op.cit., pp.179 e ss., no capítulo III, intitulado “o legítimo e o soberano”) afirma que “a teoria jurídica, principalmente a partir da Idade Média, tem um papel essencial no seio das relações de poder: fixar a legitimidade do poder”. E “neste intento é que os juristas vão desenvolver as teorias da soberania, que passam a ser a matriz onde se organiza todo o pensamento jurídico ocidental” (e prossegue: “Desta forma, para FOUCAULT, ‘o sistema do direito, o campo judiciário, são canais permanentes de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos.’”[citando Michel Foucault, “Soberania e Disciplina”, in *Microfísica do poder*, p. 182]) – op.cit., p.190.

¹²⁷ Que, de se dizer, inclusive, são em grande parte passíveis de extração das grandes linhas, princípios, objetivos e ideários norteadores postos na Constituição Federal, no caso do Brasil.

¹²⁸ Cf. WOLKMER, A.C. *Pressupostos de legitimidade da justiça e do direito na contemporaneidade*. In: “Direitos Culturais. Revista do programa de pós-graduação em Direito. Mestrado da URI. Santo Ângelo – v.2, nº3 (dezembro de 2007). Santo Ângelo: EDIURI, 2007. pp.23-32 (particularmente, p.24).

norteador das ações humanas em sociedade¹²⁹, haverá de aparecer, para deixar ainda mais claro, ao final, que “a construção crítica de uma legitimidade democrática que venha a fundamentar o Poder político e o Direito justo tem seu ponto de referência deslocado da antiga lógica de legitimação, calcada na legalidade técnico-formal, para uma legitimidade ‘instituinte’, formada no justo consenso da comunidade e num sistema de valores aceitos e compartilhadas por todos”¹³⁰, ou seja, numa “consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como ‘reais’, ‘justas’ e ‘éticas’”¹³¹.

Esse caminho marcará a possibilidade de se vislumbrar “os fundamentos políticos de uma legitimidade política para o século XXI”, nos termos do referido por COMPARATO¹³², tudo assinalando a intrínseca conexão do tema com a necessidade de uma breve crítica ao conceito vigente de democracia (marcadamente representativa e formal) e a determinados “‘princípios-fins’ do Direito Moderno, tais como a segurança e a certeza jurídicas”¹³³. Como se verá, então, tais princípios ainda caros ao direito (e à jurisdição) moderno(a) identificam-se precisamente com essa concepção restritiva (liberal-conservadora) do conceito de democracia, tudo agindo negativamente no que tange à construção das “exigências humanas de legitimidade”¹³⁴, o que deve ser objeto de consideração, ainda que mínima, também neste estudo.

É, pois, nesse contexto que se colocará, adiante, a necessidade de reconsiderar em alguma medida, também, a noção de democracia, já que comumente invocada como elemento-critério de legitimidade para a prestação jurisdicional, mas, como se vê, invariavelmente de forma mais ou menos acrítica e permissiva de distorções e até manipulações.

Uma necessidade de se indagar, como faz LEONEL SEVERO ROCHA na conclusão de estudo acerca da relação entre legitimidade e soberania, sobre “o que será que existe de ‘novo’ na velha palavra democracia?”, e, ao final, acerca de “Qual o ‘verdadeiro’ sentido da expressão soberania popular?”¹³⁵, eis o que surge nesse ponto.

Por fim, é a partir destas constatações e considerações críticas iniciais, além destas ampliações mais verticalizadas da discussão acerca dos pressupostos do objeto da presente dissertação, que se tornará possível, finalmente, se questionar também acerca de que contornos haverá de ter uma *jurisdição* que se pretenda, de fato (e de forma substancial), democraticamente legitimada, nessa realidade em progressivo distanciamento dos modelos ideias da democracia representativa clássica.

Mercê desta *ampliação da discussão acerca da legitimidade* é que se poderá aprofundar também esta discussão no campo específico da prestação jurisdicional, bem como a impressão inicial

¹²⁹ Cf. COMPARATO, *Ética...*, op.cit., p.595 (mencionando Max Weber); também assim, WOLKMER, A.C. *Ideologia, Estado e Direito*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000, p.89 (para Weber e Kelsen).

¹³⁰ Cf. WOLKMER, A.C. *Ideologia, Estado e Direito...*op.cit., p.92 (destaquei).

¹³¹ Idem, citando-se no mesmo texto, na nota nº 70: “Cf. Antônio Carlos Wolkmer. *Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Alfa-ômega, 1994. p.287-291.”.

¹³² *Ética...*, op.cit., pp.615 e ss..

¹³³ Cf. WOLKMER, A.C. *História do Direito no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp.31-2.

¹³⁴ “...e não a uma idealização tecno-formal sem limites, o que se tem revelado numa cultura individual-positivista, natural impedimento da transformação e do Direito”, como assevera o autor da passagem, A.C. WOLKMER. *História do Direito no Brasil...*op.cit., p.32.

¹³⁵ ROCHA, *Genealogia...*, op.cit. p.201.

(ou pré-compreensão, se assim se preferir) do *significado de uma nova jurisdição* reclamada pelo pós-positivismo da contemporaneidade periférica¹³⁶, e, assim, trabalhar dialogicamente para que aquela discussão, objeto deste escrito, passe a tornar-se profícua¹³⁷. Mais: para que deixe ela de representar um “diálogo de surdos”, estéril, onde já a restrição do debate e a ausência de concerto prévio mínimo acerca dos pressupostos que o animam impeçam qualquer resultado útil, em termos de construção progressiva de significados do que seja *uma jurisdição adequada para a contemporaneidade*, mormente no que toca a um seu *novo papel* fundamental, de contribuição para a construção e ampliação de espaços de convivência democrática demandados pelas sociedades plurais da modernidade presente.

De resto, é importante ainda ressaltar que uma relevante discussão posterior (a ser levada a cabo no terceiro capítulo deste escrito) é ensejada a partir da espinhosa abordagem das abstrações tratadas neste primeiro capítulo: trata-se do exame dos reflexos deletérios práticos ao papel da prestação jurisdicional em países periféricos como o Brasil, que a aplicação dos vetores e resultantes da contemporaneidade e das restrições doutrinárias acerca da legitimidade trazem à compreensão e ao *exercício da jurisdição nas democracias periféricas da atualidade*.

Com tudo isso, espera-se que seja possível traçar um esboço crítico de *como é hoje tratada a questão da legitimidade da prestação jurisdicional na doutrina jurídica* (capítulo II), bem como *na prática forense e de administração da justiça* (capítulo III), mormente no contexto de países periféricos e Estados que ainda se pretendam Democráticos e de Direito, ao mesmo tempo em que se alinhavam as condições preliminares para uma especificação maior da problemática restritiva e das respostas a ela na segunda parte e capítulos finais da investigação (respectivamente em IV, V e VI).

Passa-se, adiante, pois, a construir, de forma mais detida, o esboço crítico da atual problemática restritiva da legitimidade jurisdicional, nos termos que acabam de ser propostos.

¹³⁶ Onde os trabalhos de OVÍDIO BAPTISTA (particularmente nas obras *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica* e *Processo e Ideologia*), MARINONI, J.J. CALMON DE PASSOS (mais especificamente no estudo “Administração da Justiça no Brasil. Visão para além do imediato”, STRECK e PAUL RICOEUR (*O si-mesmo como outro*) serão fundamentais para o trato breve, mas focado e consistente deste tema, com este propósito específico.

¹³⁷ Afinal, como de certa forma já se referiu alhures, o que fica de fora da discussão é a assunção da realidade de que há uma “nova função jurisdicional” a ser considerada, mormente pela Civil Law e pelos países periféricos, e de que ela tem um significado, no âmbito de sua adequada compreensão institucional e, principalmente, da viabilização de uma adequada convivência social moderna que simplesmente não é claramente discutida – embora, como se viu, o neoconstitucionalismo já esteja bem longe de ser uma novidade.

Mais do que isso: afora essa mudança não bem digerida e tratada no âmbito deste sistema do direito, o que resta extirpado do debate mercê de tal restrição do espectro da discussão, e isso é crucial, é um correto enfoque acerca das transformações da contemporaneidade, que atingiram todos os locais do globo – e de uma forma muito particular, ainda mais os países em desenvolvimento –, e uma discussão aberta sobre seu amplo significado para todos os sistemas de direito, particularmente no que diz com o papel da prestação jurisdicional a partir desta nova realidade posta.

A ausência de discussão acerca *do que realmente pode ser considerado como o conjunto de elementos fundantes de uma legitimidade da prestação jurisdicional ante a estes sobrepostos desafios de uma contemporaneidade pulsante* – sejam os derivados de uma verdadeira mudança paradigmática nos sistemas de direito tal como foram concebidos por séculos, ainda não adequadamente assimilada, seja os múltiplos fatores que alteraram completamente a realidade da convivência social nas últimas décadas e anos –, simplesmente impede que se avance também, de outra parte, na discussão produtiva acerca de *qual afinal é ou deve ser o seu papel atual*.

Simplesmente discutir, então, sobre os limites da jurisdição, do ponto de um devido respeito à separação dos poderes no âmbito de uma democracia meramente representativa, em face de um mundo como o que ora se nos apresenta, como não raro tem sido feito na doutrina mais dogmática brasileira, acaba por se revelar inútil. Pior do que isso: manter intocado o debate acerca de certos dogmas e pressupostos, tanto jurídicos como políticos, que estão na raiz deste tema, só contribui para o baralhamento desta fundamental definição do papel devido pela jurisdição nos Estados Democráticos e de Direito da atualidade.

CAPÍTULO II

LIMITAÇÕES À DISCUSSÃO DA LEGITIMIDADE JURISDICIONAL NA CONTEMPORANEIDADE: VISÕES CONTEMPORÂNEAS. RESTRIÇÕES ATUAIS E NECESSIDADE PREMENTE DE AMPLIAÇÃO DA DISCUSSÃO

1. Limitação da discussão pela desconsideração da realidade contemporânea: Da necessidade de ampliação horizontal do debate (pela consideração de vetores e resultantes da contemporaneidade para uma apreciação crítica da legitimidade da prestação jurisdicional atual)

O objetivo específico deste tópico é descrever o contexto em que a jurisdição deve atuar hoje, no que diz respeito à época em que vivemos, nos termos e para os fins já adiantados no capítulo anterior (demonstração da restrição e necessidade da ampliação do debate).

Busca-se apresentar, em linhas muito breves e gerais, um esboço crítico da contemporaneidade, que de certa forma resgate o pano de fundo em que se dão as (limitadas) discussões sobre o papel e legitimidade da prestação jurisdicional atual. Tudo para, mais do que recuperar prontamente frações de realidade para o debate, demonstrar que a própria contemporaneidade tem sido o lugar primeiro de uma certa negação da condição humana, e, pois, de determinadas realidades que lhe são inerentes. Ou, por outra, de forma mais direta: para *desvelar que a realidade desta época, sob certo aspecto, é precisamente a de uma severa e insidiosa negação da própria realidade*, o que tem reflexos indeléveis sobre a atuação jurisdicional e todas as discussões que lhe sejam inerentes.

Para tanto, serão apresentados a seguir (em 1.1) os aqui denominados *vetores da contemporaneidade*, correspondentes a certos valores que parecem característicos da época e, por isso, capazes de denotar um certo ideário preponderantemente vigente nas sociedades contemporâneas em transição.

A interação destas forças e ocorrências da contemporaneidade apresenta, por fim, uma *resultante de pensamento e ação* que atualmente parece permear e dar norte preponderante às ações humanas nos mais variados campos, inclusive no político e no jurídico, que também deve passar a ser criticamente considerada (em 1.2). Tudo para que se possa ampliar o horizonte dos debates acerca da legitimidade da prestação jurisdicional de modo mais profícuo, na medida em que essa resultante parece permanecer como uma espécie de critério oculto, ou ao menos subdimensionado, para fins de aferição da legitimação também nesta temática.

1.1. Vetores: Tempo, espaço e razão na contemporaneidade como perspectivas influentes numa abordagem crítica da legitimidade da prestação jurisdicional na atualidade

A contemporaneidade é o lugar da *tentativa da supressão do tempo*. Nas *sociedades contemporâneas em transição*¹³⁸ constata-se, já pela experiência comum hodierna, uma busca desesperada pela instantaneidade das relações humanas e imediatidade das soluções de seus conflitos.

A contemporaneidade é, também, o momento da procura extremada pela eliminação das distâncias entre os homens¹³⁹, em sentido amplo. Nas sociedades atuais, a noção de *espaço*, como elemento de separação e delimitação de diferentes posições humanas (daquelas propriamente geográficas às que se constituem em referências culturais), sofre uma radical *tentativa de dissolução*¹⁴⁰.

Nesse sentido, registra FRANÇOIS OST

P. Virílio, teórico da velocidade, explica que nosso mundo tornou-se o da presença virtual, da telepresença: não apenas das comunicações, mas também da tele-ação (trabalho e compra à distância,

¹³⁸ A expressão é utilizada por MICHAEL WALZER, na obra *Da Tolerância* (Martins Fontes: São Paulo, 1999. p.119), e é empregada aqui como forma proposital de se evitar a discussão sobre as denominações acerca da modernidade, que vão de modernidade tardia à pós-modernidade e suas variantes. Para efeitos da presente investigação, assume-se que se refere à sociedade mundial (e local) atual, atravessada por problemas derivados das compressões de espaço-tempo dos tempos que correm (“globalizações”), dos deslocamentos de identidade, das necessidades de reconhecimento diferenciado da alteridade, que representa, antes mesmo que um momento histórico, um momento cultural especificamente vivenciado hoje, pela pretensão de convivência organizada humana como um todo, com indeléveis reflexos políticos, jurídicos, sociológicos e, mesmo, de natureza antropológica.

¹³⁹ A fim de corroborar as assertivas anteriores, apenas de modo exemplificativo, consulte-se GIDDENS, em *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. (Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p.41-3): “A *globalização como vou concebê-la no que se segue, não diz respeito em absoluto, apenas, à interdependência econômica, mas à transformação do tempo e espaço em nossas vidas. Eventos distantes, quer econômicos ou não, afetam-nos mais direta e imediatamente que jamais antes. Inversamente, decisões que tomamos como indivíduos são com frequência globais em suas implicações. (...) A revolução das comunicações e a difusão da tecnologia da informação estão profundamente ligadas a processos de globalização. Isso ocorre mesmo na arena econômica. Mercados financeiros que operam 24 horas por dia dependem de uma fusão de tecnologias de satélite e computador, afetando muitos outros aspectos da sociedade também. Um mundo de comunicação eletrônica instantânea, em que até aqueles nas regiões mais pobres estão envolvidos, perturba instituições locais e padrões cotidianos de vida. (...) A globalização, em suma, é uma complexa variedade de processos, movidos por uma mistura de influências políticas e econômicas. Ela está mudando o dia-a-dia, particularmente nos países mais desenvolvidos, ao mesmo tempo em que está criando novos sistemas e forças transnacionais. Ela é mais do que o mero pano de fundo para políticas contemporâneas: tomada como um todo, a globalização está transformando as instituições das sociedades em que vivemos. É com certeza diretamente relevante para a ascensão do ‘novo individualismo’ que figurou com tanto destaque em debates socialdemocráticos.*” (destaques apostos).

¹⁴⁰ Nesse ponto é significativa a constatação de que uma tal espécie de percepção se evidencia como fundamental na caracterização da sociedade atual para investigadores ligados às mais variadas linhas de pensamento da sociologia ou do direito, como bem expressa a observação introdutória de LEONEL SEVERO ROCHA – pesquisador notoriamente ligado à teoria dos sistemas sociais e, mais precisamente, à matriz pragmático-sistêmica do Direito, que tem como autor principal Niklas Luhmann (*Soziale Systeme*, 1984), além de outros autores como Teubner, Beck e o próprio Giddens, antes já citado (p.180) -, bem como a sua sugestão sobre a relevância do tema na investigação desta nova forma de sociedade: “(...) no início do século XXI, surgiu uma nova forma de sociedade, que se pode chamar, conforme os autores, de *globalizada, pós-moderna, [da] modernidade-reflexiva, [da] modernidade líquida, que tem como uma das características fundantes a dissolução da noção de tempo/espaço tradicional*. Portanto, uma das possibilidades de se pensar, de se entrar nessa nova forma de sociedade, poderia ser tentada a partir da idéia do tempo: o que é o tempo dentro dessa nova forma de sociedade? E onde é que o Direito contribui para a construção do tempo? E qual seria o papel da Constituição?” (ROCHA, Leonel Severo. *Tempo e Constituição*. In: “Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado da URI – Santo Ângelo/ Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões” – v.1, nº1 (dezembro de 2006). – Santo Ângelo : EDIURI, 2006. p.178 – destaques apostos).

por exemplo) e logo, tele-sensação (graças a ‘data suit’, combinação interativa de dados que permite sentir e tocar a distância) [citando VIRILIO, P. ‘La Vitesse de libération’. Paris: Galilée, 1995. p.54.]. Fazendo isto, atingimos e ultrapassamos a ‘velocidade de liberação’ (28.000km/h, velocidade necessária para nos tirar da gravidade terrestre): *o mundo deixa de nos opor qualquer resistência; os intervalos de tempo e de espaço remetem-se a zero ou quase; o tempo ultracurto, o instante de razão da conexão eletrônica. Um ‘muro do tempo’ é assim ultrapassado, transtornando nossos pontos de referência: escalas, grandezas, horizontes, duração, tudo é rebaixado no espaço-mundo da comunicação planetária em tempo real.*¹⁴¹

No entanto, malgrado a evidência dos extraordinários e até surpreendentes êxitos humanos na consecução pontual de tais utópicos desideratos de supressão da realidade, no intervalo de um período até relativamente curto¹⁴², naturalmente nem o *tempo* teve o seu curso realmente interrompido pelo vórtice dos avanços tecnológicos da modernidade atual, nem o *espaço*, que ainda separa os homens em sentido amplo, de fato deixou de existir.

Mais do que isso e até pelo contrário: a consumição inexorável do tempo, de modo paradoxal, tanto mais passou a se evidenciar¹⁴³ quanto mais se dinamizaram e mais se tornaram céleres as relações entre indivíduos ou coletividades distintas; a separação espacial (em todas as suas variações, inclusive culturais) entre os homens, tanto mais se comutou óbvia, quanto mais facilmente, v.g., se lançaram os indivíduos no desterro voluntário de terras estrangeiras¹⁴⁴.

Em verdade, esse processo radicalizado de *compressão do espaço e do tempo*¹⁴⁵, verificado nestas *sociedades contemporâneas em transição*¹⁴⁶, só tornou mais agudamente perceptíveis, primeiro,

¹⁴¹ OST, François. *O tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru/SP: Edusc, 2005. p.328 -destaquei.

¹⁴² Cf. COMPARATO, Fabio Konder. *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 420-421.

¹⁴³ Bastando o cessar, por um breve momento de lucidez, da “falação” ou “falatório” do “ser no mundo, entorpecido e dominado por ele” (entendida como a natural degradação do discurso na quotidianidade), que conduz a uma vida inautêntica, de que falava HEIDEGGER (consultar *Ser e Tempo*, §§ 35 e ss; ver também a interpretação do ponto feita por HERVÉ PASQUA, *Introdução à leitura do ser e tempo de Martin Heidegger*. Trad. De Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. pp.86 e ss.).

¹⁴⁴ Conferir, sobre o ponto as verdadeiras “diásporas” da contemporaneidade, provocadas pelo estado de coisas em descrição, STUART HALL, em seu *A identidade cultural na pós-modernidade* (Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11ª ed. Rio de Janeiro : DP&A Editora, 2006.), particularmente o que consta dos capítulos “Globalização”, subitem “*The rest in the West*” (p.81-82), e “Fundamentalismo, diáspora e hibridismo”, pp.91 e seguintes.

¹⁴⁵ Sobre a expressão “compressão espaço-tempo”, como uma das principais características da globalização, bem como o impacto de sua última fase sobre a questão das identidades nacionais, veja-se HALL, *A identidade cultural na pós-modernidade*..., *op.cit.*, pp.69 e ss.

¹⁴⁶ Nesse ponto, cabe um exemplo paradigmático das divergências acerca de denominação e significado do momento atual de transformação da sociedade, feito através das assertivas de TOURAINE (TOURAINE, Alain. *Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?* Trad. Carlos Aboim de Brito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. pp. 173-181), que prefere compreender o fenômeno a partir da tripartição da modernidade em “alta modernidade”, caracterizada por um princípio de “ordem social”, “média modernidade”, caracterizada pela ideia de “progresso” e de “desenvolvimento econômico” e, finalmente, de “baixa modernidade”, asseverando o seguinte: “Entramos num terceiro período, a baixa modernidade (*late modernity*, *Spatkapitalismus*), e a questão que se impõe (...) é a seguinte: como podemos nós, que vivemos na terceira etapa da modernidade, constituir-nos em sociedades? Qual é o princípio de combinação da racionalização do mundo e da liberdade pessoal, da ciência e da consciência, que substituirá a ordem social e o desenvolvimento econômico, que perderam, um e outro, a sua força de integração?” (p.177). E adiante: “(...) Se é preferível falar de baixa modernidade, do que hipermodernidade, é porque este período exige um princípio fraco de integração e não um princípio forte; acabamos de definir este princípio, o Sujeito; agora é preciso explorar a natureza das sociedades nas quais é o Sujeito e já não uma ordem institucional ou o movimento do progresso que assegura a unidade da vida social” (p.178). E nesse ponto, a sua proposta de caracterização do momento atual: “O que caracteriza a nossa baixa modernidade é o desaparecimento de qualquer concepção objectivista da vida social. (...) Foi Anthony Giddens que formulou mais claramente esta representação da modernidade, que chama tardia, organizando-a em torno de três temas principais.

a *ineliminável temporalidade* inerente à própria condição humana, e, segundo, a natural presença de insuprimíveis *diferenças* existentes entre homens¹⁴⁷ e culturas, que, encobertas pela deificação da razão e pela capa de uma certa noção abstrata (e até contraditória) de “individualidade-padrão”¹⁴⁸, a modernidade pareceu ter desde sempre procurado ignorar ou superar¹⁴⁹.

Tais fenômenos básicos da contemporaneidade parecem se constituir, portanto, quando examinados mais de perto, simplesmente na parcela mais externa e recente que encima o vetusto “iceberg” da modernidade. Nas suas porções talvez hoje menos evidentes, encontram-se, pois, antigos e conhecidos pressupostos basilares desta modernidade de séculos, tornada célebre pelo *cogito cartesiano*¹⁵⁰, que talvez tenham perdido o brilho da evidência da superfície, mas que, ainda em grande medida insuspeita, permanecem íntegros e muito sólidos abaixo da linha d’água.

Estes pressupostos da modernidade se constituem, primeiro, daquelas ideias que gravitam em torno da noção ideal de um *homem capaz de quase superar a sua própria mortalidade*, como signo máximo da limitação inerente a esta condição, ao ser tido por supostamente apto a lidar com um apartado¹⁵¹ *mundo exterior* através de uma onipotente racionalidade *interior*¹⁵², produtora de certezas e verdades quase divinas¹⁵³.

O primeiro, é a *deslocalização* (*‘disembedding’*) no espaço e no tempo dos fenômenos sociais, que são arrastados para uma forma ou outra de globalização cuja manifestação mais visível é a circulação instantânea dos capitais e das informações do mundo. **O segundo**, inspirado pelo pensamento de Ulrich Beck, é que *as certezas são substituídas pela dúvida e a reprodução da ordem pelo risco* [a *sociedade do risco*, de Beck, conforme consta da mesma obra, p.27], o que dá uma importância cada vez maior à confiança (*‘trust’*), ideia que, por sua vez, Alain Peyrefitte colocou no centro da sua análise da modernização precoce do Ocidente, sobretudo protestante. **O terceiro** é a *reflexividade*, isto é, a crescente capacidade de nossas sociedades de transformarem suas práticas a partir de um conhecimento que adquirem...” (op.cit., pp.178-9 - destaquei).

¹⁴⁷ Ainda que se os conceba aqui como “iguais-diferentes”, segundo os termos apresentados por NORBERTO BOBBIO, conforme se verá adiante.

¹⁴⁸ E por isso mesmo, até mesmo nas visões políticas mais radicalmente liberais. Não importa se a *racionalização homogeneizante* do mundo moderno impôs a radicalização utópica ora de um ideal de liberdade, ora de outro de igualdade, em doutrinas políticas mais essencialistas, seja do naipe que tiverem (Conferir a respeito da permanência das distinções sobre “esquerda e direita”, bem como sobre suas características, NORBERTO BOBBIO, na obra de mesmo nome citada adiante). Seja sob a forma da redução da importância da ideia de indivíduo, mesmo até à quase anulação (em coletivismos totalitários de esquerda ou de direita), seja em favor de uma supervalorização desta mesma *noção abstrata de indivíduo* (em liberais “libertários” – conferir TOURAINE a respeito, em *A crítica da modernidade*, conforme citações adiante), não há, em qualquer destas visões hiper-racionalizadas do homem uma preocupação com o indivíduo real, com as especificidades dos homens de carne-e-osso e de suas relações peculiares aos grupos em que se encontram reunidos, que corporificam reais diferenças culturais entre eles.

¹⁴⁹ Cf. a respeito TAYLOR, Charles. *As fontes do self: A construção da identidade moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

¹⁵⁰ Embora de raízes e preparação muito mais longa, conforme se extrai das análises de CHARLES TAYLOR na obra referida na nota anterior.

¹⁵¹ Sobre a questão da *separação sujeito-objeto*, ver especialmente OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A filosofia na crise da modernidade*. São Paulo: Edições Loyola, 1989, particularmente pp.109-110. Referido autor faz síntese esclarecedora sobre a transição e contraposição entre o que chama de uma “reflexão cosmocêntrica-objetivante”, encontrada na antiguidade de Platão e Aristóteles (centrada no que é pensado, ou numa ordem cósmica), e uma “reflexão antropocêntrica-subjetivante” (do pensamento), que seria inerente à modernidade e que se teria tornado mais clara a partir de Kant (onde tudo é considerado a partir da polaridade sujeito-objeto), quando discorre sobre a filosofia transcendental. Nesse sentido: “A metafísica clássica, como ciência, pretende dar uma visão racional de conjunto da realidade enquanto totalidade. Tudo foi considerado por ela na medida mesma de sua integração à totalidade. Para Aristóteles, isso significou, concretamente, pôr a pergunta pelo ente enquanto ente e pensá-lo em sua estrutura dual. O homem, que é o ‘lugar’ onde a visão de conjunto se realiza, é considerado simplesmente como todos os outros entes, isto é, como um ente entre os outros entes, ou seja, como um determinado modo de ente dentro da ‘ordem hierárquica de entes’. O homem aparece como que absorvido pelo contexto universal da realidade, onde ocupa o lugar mais alto, dentro da série dos demais entes. Essa posição pode ser denominada de ‘cosmocêntrica-objetivante’, no sentido de que a reflexão aqui se concentra sobre ‘o que’ é pensado, ou a ordem cósmica e só depois – quando já está estabelecido o que seja a estrutura fundamental do ente – se põe a pergunta sobre o espírito do homem que pensa o ente. Ora, essa posição implica, de um certo modo, uma ‘ingenuidade’, pois é impossível saber o que é o ente sem

Referem-se, ainda, à criação da noção de uma *individualidade*¹⁵⁴ *dotada de uma autonomia radical* em relação ao mundo, às coisas e aos outros, apta a tornar o sujeito provido de uma *razão totalmente “desprendida”*¹⁵⁵, geradora de uma visão e de um trato das coisas e das relações abstrato e homogeneizado ao extremo, que chegam ao máximo do dispensar o exercício do diálogo no viver em relação.

Em suma, na ânsia contemporânea de *negação do tempo e do espaço* parece estar implícita ainda a presença onipotente de determinados *elementos fundantes da modernidade*, relidos com excesso e soberba. Ou, dito de outra forma, neste impressionante fenômeno da contemporaneidade, de negação radicalizada daquilo que representa os limites inerentes à própria condição humana, parece se desvelar a evolução desmedida de certos pecados capitais da modernidade, agora revisitados, transmutados e potencializados à insustentabilidade nas sociedades atuais.

Revela-se por meio deste “querer negar fundamental”, pois, a **manutenção** insidiosa destes elementos¹⁵⁶ oriundos e ainda ligados a um paradigmático **conceito de razão simplificadora**¹⁵⁷ (ou,

levar em consideração que o homem pensa o ente e reflete sobre esse fato e suas conseqüências. Está dentro da própria lógica imanente ao pensamento ocidental que esta pergunta seja posta explicitamente. Contudo, essa nova orientação fundamental do pensar só surgiu nos tempos modernos e se explicitou com toda a clareza na filosofia de Kant. O pensar não é mais simplesmente considerado como um ente entre outros, mas é radicalmente distinto de todos e controposto a todos eles. Verifica-se, assim, uma ruptura radical da unidade fundamental em que havia sido concebida a realidade e, desde então, tudo é considerado a partir da polaridade *sujeito-objeto* [passa a tratar, então, de como se chegou o pensamento moderno a essa dimensão antropocêntrica-subjetivante do pensamento].” (destaquei). Confira-se, ainda, MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad. Eliane Lisboa. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2007, particularmente nas pp. 39-41, e as colocações de CHARLES TAYLOR a respeito do tema, na obra já referida nas notas anteriores, apenas a título exemplificativo de fontes para uma adequada apreensão desta questão.

¹⁵² Cf. a respeito TAYLOR, Charles. *As fontes do self: A construção da identidade moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edições Loyola, 2005, particularmente na parte II daquela obra (“Interioridade”), pp. 149-270, inclusive para a utilização desta expressão e de outras que seguem. Aliás, interessante destacar os capítulos que compõe esta parte, que trazem farto conteúdo diferenciado, intimamente conectado com o que se expõe aqui: capítulo 5: Topografia moral; 6: O autodomínio de PLATÃO; 7: “*In interiore homine*” (referindo-se a SANTO AGOSTINHO); 8: A razão desprendida de DESCARTES; 9: O ‘self’ pontual de LOCKE; 10: Explorando “*l’humaine condition*” (com enfoque em MONTAIGNE); 11: A natureza interior; 12: Uma digressão sobre a explicação histórica.

¹⁵³ Cf. GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*. Trad. Constantino Ruiz-Garrido. Barcelona: Herder Editorial, 2003, especialmente na parte final da introdução da obra.

¹⁵⁴ Conferir, a respeito, STUART HALL, *A identidade cultural na pós-modernidade....*, op.cit., pp.24 e 26, no contexto do capítulo denominado “nascimento e morte do sujeito moderno”.

¹⁵⁵ Ver, para tais expressões, a obra de CHARLES TAYLOR já referida, como mencionado. Particularmente consulte-se, no ponto, o exposto no capítulo 8 da parte II daquela obra, intitulado “A razão desprendida de Descartes” (*As fontes do self....*, op. cit., pp. 189-208). Considere-se, ainda, o especial valor desta alentada e diferenciada obra (664 pp.) para o trato do tema e do que se encontra posto nesta investigação como um todo, que pode ser vislumbrado já de uma rápida verificação dos títulos das partes e de alguns capítulos que a compõem: Parte I: A identidade e o bem; II: Interioridade; III: A afirmação da vida quotidiana (composta pelos capítulos: 13: “Deus ama advérbios”; 14: Cristianismo racionalizado; 15: Sentimentos morais; 16: A ordem providencial; 17: A cultura da modernidade); IV: A voz da natureza (composta pelos capítulos: 18-Horizontes fraturados; 19-O iluminismo radical; 20- A natureza como fonte; 21- A virada expressiva); V: Linguagens mais sutis (Composta pelos capítulos: 22-Nossos contemporâneos vitorianos; 23- Visões da era pós-romântica; 24- Epifanias do modernismo; 25 – Conclusão: os conflitos da modernidade).

¹⁵⁶ Ou, de forma ainda mais direta, tem-se também esta possível síntese; revela-se, primeiro, a manutenção de *uma pretensão à imortalidade do homem*, na busca de certezas e verdades, a partir da suposição da detenção de uma razão onipotente – e a consequente *desconsideração da temporalidade humana*; depois, revela-se a manutenção de *um culto a uma individualidade radicalizada*, degenerada em individualismo extremo, na busca de uma liberdade discursivamente “libertária”, a partir da suposição da possibilidade de uma razão absolutamente autônoma – e a resultante *desconsideração*, por vias tortas, *da preservação essencial mínima do espaço dos iguais-diferentes sobre a terra* (que, por sua vez, é pressuposto viabilizador da própria ideia de *diálogo e compreensão* do mundo, em sentido lato).

nos dizeres de MORIN, de **racionalização** redutora da complexidade da vida relacional) inerente à modernidade.

Mas que efeitos a complexa interação de tais de fenômenos verificados na contemporaneidade (tendências à supressão do espaço e do tempo, garantidas e retroalimentadas pela manutenção do ideal e da prática das racionalizações redutoras e simplificadoras da hipercomplexa realidade da vida de relação) têm, no que tange às atuais possibilidades da impositiva convivência em sociedade e da necessária organização política e jurídica desta convivência?

Ora, os efeitos deste quadro todo sobre as possibilidades de construção de uma convivência mais harmoniosa e solidária em sociedade (nos termos, por exemplo, do contratado na CF/88, particularmente em seus artigos 1º e 3º), já intuitivamente parecem se revelar severamente deletérios. Basta considerar que, na medida em que se substitui o tempo e o espaço do debate e do diálogo para o acerto das diferenças e conflitos, pela busca da maximização da celeridade das soluções destes embates inerentes à convivência plural, trabalha-se no sentido de suprimir arbitrariamente o espaço destas diferenças. E opera-se, ainda, no sentido de assim se desconsiderar também o valor intrínseco dos próprios conflitos para a garantia da pluralidade e da diversidade, bem como o importante significado de um tempo devido e adequado para o trato e solução das dificuldades e controvérsias humanas.

Por sua vez, os reflexos de uma época fortemente permeada por tais vetores ou valores sobre a concepção inicial do papel da jurisdição na contemporaneidade também são obviamente negativos.

Nesse sentido, imagine-se uma jurisdição que, por afinada com o espírito do tempo, especialize-se, como já paulatinamente vem ocorrendo, na perseguição da máxima eliminação do tempo para a solução das demandas a quase qualquer preço, numa tentativa impossível de quase “instantaneidade” de resposta jurisdicional¹⁵⁸, que não só ignore o natural custo temporal da própria mediatização das relações provocada pela proibição da autotela com a instituição da própria jurisdição, como deixe de considerar que há um tempo devido para que o direito possa operar adequadamente, conforme leciona OST¹⁵⁹ (de forma segura e no tempo devido).

¹⁵⁷ E aqui desde logo é necessário esclarecer o que se quer dizer com isso, eis que obviamente ninguém haverá de negar os avanços imensuráveis proporcionados por eles ao longo dos últimos séculos, como esclarece EDGAR MORIN, mesmo ao fazer a crítica atual do que chama do “paradigma da simplificação”, bastando, para tanto, consulta à obra já referida em nota anterior: *Introdução ao pensamento complexo*,...op.cit., pp. 11 e 15, especialmente.

¹⁵⁸ Instantaneidade esta que é impossível já pela ideia de necessidade de um processo, como ensinam já os melhores manuais de direito processual. Nesse sentido, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, no pórtico do volume I do seu *Curso de Direito Processual (Curso de Processo Civil, vol.1 (Processo de Conhecimento)*. 7ª edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2006.), ao referir: “A necessidade de processo judicial representa um custo para todos os titulares de direitos ou de outros interesses legalmente protegidos pela ordem jurídica, à medida em que, estabelecido o monopólio da jurisdição, como uma decorrência natural da formação do Estado, afasta-se definitivamente a possibilidade de reações imediatas tomadas pelos titulares para a pronta observância e realização do próprio direito. A ideia de ‘processo’ afasta a ideia de ‘instantaneidade’ da reação que o titular do direito ofendido poderia ter, se não tivesse de submetê-lo, antes, ao crivo de uma investigação sempre demorada, tendente a determinar a sua própria legitimidade.” (op.cit., pp.1-2- destaqui).

¹⁵⁹ Cf. OST, no seu *O Tempo do Direito*, é papel do direito, como instituição cultural e humana, também cadenciar e dar ritmo à vida em sociedade (op.cit..., pp.36-7), tudo, acrescentamos, para que a convivência se dê de forma mais harmoniosa e fraterna – no caso brasileiro, inclusive nos termos do contratado constitucionalmente -, e não propriamente, por exemplo, somente se render aos reclamos utópicos da mídia, norteados pelo espírito da contemporaneidade, pela imediatidade da solução dos conflitos.

Considere-se, ainda, uma prestação jurisdicional que igualmente, a bem de dar respostas nessa velocidade extraordinária pretendida, tenda a uma homogeneização racionalizante das soluções propostas aos conflitos sociais surgidos no bojo deste mundo, ao menos de fato, cada vez mais plural e diverso (por uma imposta aproximação espacial entre os homens), como também já se verifica ordinariamente nos dias que correm, segundo, v.g., registra OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA¹⁶⁰.

Por fim, suponha-se uma prestação jurisdicional que, até para dar conta de atender aos reclamos atuais dirigidos a esta atividade, nos termos anteriormente referidos, se atenha à exposição de discursos racionalizantes, deixando de *compreender*¹⁶¹ as situações trazidas ao judiciário, com isso afastando-se sempre, mais e mais, da realidade da vida e dos casos concretos, tudo para supostamente cumprir o seu desiderato de compor os conflitos sociais hodiernos na base da tentativa de sua radical eliminação, como STRECK¹⁶² parece sugerir ser marca desta atividade mesmo em tempos de pós-positivismo (principalmente na realidade brasileira).

O que se terá nesse caso, então, será uma jurisdição que não detém o potencial de viabilizar a transformação da realidade a partir do constitucionalmente posto, como seria de hoje se esperar¹⁶³, onde isso se apresente como impositivo e cabível, mas que apenas permite a realização do antigo papel do direito de mero *reprodutor* da realidade posta¹⁶⁴. Essa atividade jurisdicional simplesmente conformada a estes vetores ou valores da contemporaneidade, reflexo das forças que permeiam a época, não será uma atividade que contribua para o cumprimento das promessas instituídas constitucionalmente¹⁶⁵, conforme consta, por exemplo, do artigo 3º da Constituição Federal brasileira de 1988. E, por fim, muito menos se prestará a instrumentalizar um potencial viabilizador e catalisador da construção de uma concepção *substancial* de democracia¹⁶⁶, como uma nova formatação de seu papel no pós-positivismo e na contemporaneidade hoje exigiriam.

Disso tudo derivará uma concepção de *legitimidade* da prestação jurisdicional que, por sua vez, só poderá estar afinada a uma ideia assim restrita e conservadora de jurisdição. Uma noção de legitimidade que não é buscada objetivamente em certos padrões de justiça ou de ética, mas, ao final, na mera verificação da conformidade de atuação dos juízes aos reclamos da época, a estes vetores que comumente norteiem o momento vivido na modernidade presente. Ou seja, um padrão de avaliação do

¹⁶⁰ Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. *Justiça da lei e justiça do caso*. In: “Revista Forense” – v.400 (novembro/dezembro 2008) – Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.189-205.

¹⁶¹ Em um sentido hermenêutico, como restará bastante claro do alentado exame sobre o tema que se fará na segunda parte deste estudo a partir da consideração das obras de GADAMER, GRONDIN, STEIN, dentre outros.

¹⁶² Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.9: “...ainda vivemos em um mundo jurídico que **busca exorcizar os fatos e os conflitos tratados pelo direito**, isto é, em um mundo no qual a metodologia jurídica continua com a função de promover a desvinculação do caráter historicamente individualizado do caso que esteja na sua base, para atingir o abstrato generalizável e comum, como bem alerta Castanheira Neves. Para tanto basta um passar d’olhos na operacionalidade do direito no Brasil, para constatar a resistência exegético-positivista, calcada muito mais em decisionismos e discricionariedades do que em discursos que procurem efetivamente colocar o direito como uma ciência prática, destinada a resolver problemas (sociais), mormente nesta fase da história, em que lemos, por exemplo, na Constituição, que o Brasil é uma república cujos objetivos são, entre outros, a redução da pobreza, a justiça social, etc.” (destaquei).

¹⁶³ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.9.

¹⁶⁴ Id., *ibid.*, p.2

¹⁶⁵ E, “como relegar a um segundo plano as promessas que fizemos a nós mesmos”, segundo OST, em seu *O Tempo do Direito*, apud STRECK, op.cit., p.22.

¹⁶⁶ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.30-1.

agir jurisdicional que se apresenta como mensurador de uma mera *legitimação* da função judicial frente a *expectativas restritivas* a seu respeito, *desenvolvidas por este espírito do tempo*.

É por isso, então, que estes vetores do tempo, espaço e da razão (racionalização) na contemporaneidade, surgem, assim, como perspectivas influentes numa abordagem crítica da questão da legitimidade da prestação jurisdicional na atualidade, e devem ser postos às claras para que se possa considerá-los abertamente e melhor tratar desta problemática neste estudo.

Mas não é só. Toda esta realidade, comumente extirpada do debate sobre o tema, surge de forma ainda mais clara quando se passa a considerar que há uma resultante da conjunção destes vetores ou destas forças que se materializa de forma ainda mais objetivamente verificável quando do trato crítico da matéria. Trata-se da concepção (ou revitalização¹⁶⁷) de um certo critério de legitimação das condutas humanas em sociedade, e, pois, da atividade jurisdicional assim distorcidamente concebida, que busca seus contornos num *juízo de eficácia tecno-produtiva*, de forma *preponderante*, como passa a ser verificado no ponto seguinte.

1.2. Resultantes: os distintos critérios de legitimação vigorantes na contemporaneidade. A modernidade funcionalista e a predominância da legitimação por *eficácia técnico-produtiva* (vs. legitimação democrática)

Dado e verificado que os fins predominantemente perseguidos nas interações sociais atuais¹⁶⁸ seriam aqueles que dizem com os referidos vetores reducionistas (do tempo, das distâncias de diferenças, da complexidade racional), passa a surgir clara, no horizonte das considerações desta investigação, a constatação de uma tendência à adoção de um critério totalmente funcionalista,

¹⁶⁷ Sobre o tema, a seguinte passagem das lições de LEONEL SEVERO ROCHA sobre “Saber jurídico e política”, é bastante ilustrativa: “No final do século XIX com o acirramento das questões políticas no capitalismo a dissociação entre saber e poder já é mínima, e mesmo (e devido) com o surgimento de um maior rigor para a obtenção de verdades científicas, a Ideologia comanda as disputas teóricas. Com efeito, não é por acaso que paulatinamente o positivismo (e o empirismo) e o culto ao método ocupam os espaços do poder, pois é exatamente um conhecimento dotado de maior eficácia e especialização que interessa à sociedade capitalista.

WEBER [Max], que identifica racionalidade com a industrialização, a burocracia com a eficácia, e utiliza a lei como a moderna forma de legitimidade, não poderia deixar de ser o vencedor da disputa com os neokantianos sobre o método.

Weber elabora uma refinada teoria dos tipos ideais, categorias capazes de descrever o real com o máximo de objetividade e, o que é fundamental, com total neutralidade axiológica. Sem negar o positivismo em seu trabalho, a análise rigorosa de determinadas situações até então relegadas à metafísica, Weber descortinou um vasto espaço de utilização da ciência pelo poder, dissociando-o da Ideologia e, o que é surpreendente, desde sua perspectiva de autonomia disciplinar das ciências, das próprias ciências. *Estava inaugurada a época da sociedade dos especialistas, a era do Estado voltado ao ‘bem comum’, manifestado pela eficácia.*” (PÊPE, Albano Marcos Bastos; ROCHA, Leonel Severo. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p.100).

E prosseguindo ROCHA, em direção aos reflexos do pensamento da época no campo do direito: “Na segunda década de nosso século (XX), com a crítica generalizada feita pelo [ao] positivismo pelo próprio Weber, que veio acentuando-se desde o século passado a Teoria do Conhecimento voltada à análise filosófica foi abandonada pela Teoria da Ciência, onde cabe à ciência sistematizar a realidade. Neste momento, o conhecimento científico passou a necessitar (...)além do método rigoroso, (...) a epistemologia – metalinguagem postulada desde Comte para ordenar as ciência, que identifica conhecimento e ciência. O movimento que melhor desenvolveu a epistemologia foi o neopositivismo lógico, também chamado de Círculo de Viena. (...) Deste modo, a ciência depurada de seus aspectos ideológicos atingiria através deste processo de elucidação os requisitos epistemológicos exigidos pelo neopositivismo: neutralidade, sistematicidade, universalidade etc. **Tal matriz teve no conhecimento jurídico sua maior aplicação através de HANS KELSEN, em sua Teoria Pura do Direito.**” (Op.cit., p.101). Até por que manter ou revigorar o positivismo significa fazer permanecer ou revitalizar tudo o que vem com ele, inclusive seus pressupostos epistemológicos.

¹⁶⁸ Diz COMPARATO: “... Não existe ordem social desvinculada de um objetivo último...” (Ética...,op.cit., p.23).

vinculado à busca de uma máxima *eficácia* tecno-produtiva na atuação humana em sociedade, como resultante da interação de forças da contemporaneidade já referida antes.

Este seria o critério de aferição de legitimação verdadeiramente predominante na contemporaneidade¹⁶⁹, a também afetar o campo do direito¹⁷⁰, e não outros quaisquer. Nem mesmo aqueles condizentes com o discurso mais afinado com a preservação de ideais da democracia representativa em suas formas mais liberais – que deveriam dar suporte à crítica das ações interventivas do judiciário em searas alegadamente reservadas à validação suprema por meio do exercício da (representação da) soberania popular.

Vale dizer: surge o vislumbre inaugural de um critério de legitimação política da organização social contemporânea que, além de parecer ser o realmente prevalente na atualidade¹⁷¹, não costuma ser apresentado nestes termos, quando da abordagem ordinária do tema objeto desta investigação, e que muito se diferencia de um critério de estrita legitimação “democrática” da atividade jurisdicional.

O pensamento desta vigente modernidade funcionalista, nos dizeres de SERGIO PAULO ROUANET, seria, em verdade, movido pela mola propulsora do “aumento da eficácia”, mais do que por outros móveis menos ordinários. Incrementar modernidade, seria incrementar eficácia, a ponto de

¹⁶⁹ Parte-se, desta forma, da hipótese de trabalho de que, *grosso modo*, a interação de tais valores encarna um certo “espírito” predominante nesta sociedade [Cf. COMPARATO: “O ideário de uma sociedade representa bem aquele ‘animus’ de que falavam os romanos, isto é, o princípio vital, a sede da vontade, dos sentimentos e das paixões que animam um grupo social.” (*Ética*..., op. cit., p.23); E ainda: “...noutra imagem, esse ideário corresponde ao que MAX WEBER, em obra de grande repercussão [cita-se ‘*Die protestantische Ethik und der ‘Geist’ des Kapitalismus*’, 104-05, ou seja, “A Ética protestante e o espírito do capitalismo”], denominou o ‘espírito’ da sociedade, e que a ciência social contemporânea designa, preferencialmente como ‘mentalidade social.’” (Id., Ibid.).] – ou que se está nela ainda há incutir – posta em vigoroso processo de mundialização atual. Dito de outro modo, a se preferir: formula-se o pressuposto de que nessa conjunção de forças se encontra uma “mentalidade social” [Cf. referência de COMPARATO: “Veja-se, a respeito, a excelente obra ‘*Histoire des mentalités*’ de Georges Duby, que faz parte da ‘*Encyclopédie de la Pléiade*, *L’Histoire et ses méthodes*’, Paris, Gallimard, 1961.” (Id.Ibid., nota 10).], ou uma certa “consciência coletiva ou comum” [Cf. COMPARATO: “Como salientou DURKHEIM [citando-se Emile Durkheim, ‘*De la division du travail social*’, *Presses Universitaires de France*, 1978, p.46.], o conjunto de crenças e sentimentos comuns aos membros de uma sociedade forma um sistema que tem vida própria. O grande sociólogo denominou-o como ‘consciência coletiva ou comum’...” (Id., p.24), sempre anotando, todavia, que a utilização destes termos aqui não é rigorosamente técnica, do ponto de vista da sociologia, mas meramente ilustrativa, para fins de auxílio na melhor compreensão geral do discurso.], que vem se desenhando como sendo apta a representar a tendência de ânimo desta sociedade contemporânea em transição.

A partir daí, tem-se que esse ideário em franco processo de assentamento, por sua vez, dita uma certa finalidade, geral e preferencial, à vista da qual viria progressivamente se ordenando esta sociedade contemporânea em transição, consistente numa busca extremada por *funcionalidade* [Cf. SÉRGIO PAULO ROUANET: no escrito “As duas modernidades” e na obra *Mal-estar na modernidade: ensaios*., conforme notas e referências completas adiante.] e por uma *eficácia técnico-produtiva* [Cf. CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: Uma aproximação*...Op.cit., pp.262-3.], antes de outros objetivos quaisquer – num recrudescimento de um certo modo de pensar que já de há tempos [cf. ROCHA, nos escritos sobre “Saber jurídico e política” (*Genealogia*..., op.cit., p.101 e ss.), onde fala-se de WEBER e KELSEN, conforme consta já de nota anterior] permearia o imaginário social da modernidade [Cf. A.C. WOLKMER, *Estado, Ideologia e Direito*...op.cit., p.89., ao lembrar, no campo do direito, a postura de KELSEN a respeito dos critérios de legitimação jurídica, conforme nota já citada anteriormente: “No rol de uma perspectiva jurisdicista, importa situar a postura rigorosamente formalista de HANS KELSEN que, além de ter dado uma ínfima consideração ao tema da legitimidade, restringiu-a à mera consequência, da ordem jurídica posta. Assim, a legitimidade não é só a expressão, mas princípio que se confunde com a validez de uma legalidade. *Desconsiderando os aspectos axiológicos e políticos, Kelsen defende a idéia de que a legitimidade ‘está intimamente ligada ao princípio da eficácia’.* Para ele, a validade da nova ordem jurídica (...) está em sua eficácia, ou seja, em termos estritamente técnicos, a norma jurídica para ser válida deve produzir efeitos. (...) a eficácia de uma ordem jurídica é apenas uma das condições de sua validade, e não o seu fundamento (...). O fundamento último da validade de uma ordem jurídica, (...) segundo Kelsen, reside na ‘norma fundamental’ pressuposta. [citando-se: JOSÉ F. DE CASTRO FARIAS, *Crítica à noção tradicional do poder constituinte*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1988, p.82-3; HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. Coimbra, Arménio Prado, 1979, pp.289-292 (–destaquei).].]. Desta forma, entende-se que uma *resultante* da interação e assunção dos referidos vetores da contemporaneidade pelo meio social e pelas instituições acabaria por se materializar justamente nesta revigoração e tendência de consolidação de *um implícito critério de legitimação política (por funcionalidade e eficácia tecnocrática) das ações e instituições humanas, ou, enfim, da organização social* [COMPARATO, *Ética*..., op.cit. p.27.] como um todo, que naturalmente se reflete diretamente no campo do direito e da prestação jurisdicional.

¹⁷⁰ Conferir ROCHA, *Genealogia*..., op.cit., p.194.

¹⁷¹ Conferir a respeito, para maior aprofundamento, LEONEL SEVERO ROCHA na obra *Genealogia da crítica jurídica*... (PÊPE, Albano Marcos Bastos; ROCHA, Leonel Severo. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.), mais precisamente o capítulo III, intitulado “O legítimo e soberano”, pp.179 e ss. – e ainda mais especificamente, p.199.

que hoje outros critérios de legitimação possam ser simplesmente postos de lado ou ao menos deixados num segundo plano, de forma progressiva, tudo causando um paradoxal mal-estar, tanto mais se atinjam os objetivos de concretização social e institucionalização desta forma de pensar. Isso, precisamente ante a não-abolição de outros valores ou critérios de justificação ética das condutas e muito menos do discurso de sua relevância nesta mesma sociedade (a exemplo daqueles referentes aos ideais de democracia e justiça).

Nesse sentido, assevera ROUANET

É preciso partir de uma constatação paradoxal: nossa modernidade é atravessada por um profundo mal-estar, e não há como escapar a esse mal-estar senão através da própria modernidade.

O mal-estar vem do fato de que a modernidade que conhecemos é, em grande parte, a realização de um modelo puramente funcional, em que modernidade significa aumento de eficácia. (...)

Os processos modernizadores se deram em três esferas distintas: a econômica, a política e a cultural. Na esfera econômica, a modernidade supõe a existência de uma força de trabalho formalmente livre e a incorporação crescente da ciência e da técnica ao processo econômico. Na esfera política, o Estado moderno se organiza com base num sistema tributário centralizado, num poder militar permanente, no monopólio da violência e principalmente numa administração burocrática racional. Na esfera cultural, enfim, a modernidade se caracteriza pela secularização das visões do mundo tradicionais, principalmente a religião. Em suma: a modernidade funcional tem caráter globalizante e individualista e destina a tornar funcionalmente mais eficazes os três principais subsistemas da vida social: o econômico, o político e o cultural.

Esse modelo impôs-se na maior parte do mundo e nos países em que ele se concretizou, de fato, é responsável por enormes progressos científicos e materiais. Mas gerou, também, graves patologias sociais, que provocaram reações de dois tipos, que eu chamaria anti-modernas e pós-modernas.¹⁷²

¹⁷² ROUANET, Sergio Paulo. *As duas modernidades...*, op.cit. pp.103 e ss. – destaquei. E prossegue ROUANET, confirmando, de forma enriquecedora, o que se assevera aqui: Podemos distinguir um [I] anti-modernismo de direita, que critica a modernidade em nome do passado, da tradição, e outra de esquerda, que pretende transformar as estruturas sociais da modernidade.

Assim, a tendência globalizante da modernidade é criticada pela direita, porque suas pressões niveladoras destroem as culturas tradicionais (posição de Le Pen); e pela esquerda, que se insurge contra a submissão do mundo ao capitalismo imperial (posição de Chomsky). Há um anti-individualismo de direita, preocupado com a erosão das virtudes comunitárias, com o arrefecimento do patriotismo, com o eclipse da ética do trabalho; e um anti-individualismo de esquerda, que vê no culto contemporâneo do indivíduo um obstáculo à mobilização política das massas e no narcisismo de nosso tempo um estímulo ao encolhimento da esfera pública e um conseqüente risco para a democracia. Há uma crítica da direita à modernidade econômica, que seria responsável pela difusão de valores materialistas; e uma crítica de esquerda, na medida em que, mesmo nos países mais ricos do mundo, ela não conseguiu extinguir a pobreza e só fez acentuar as desigualdades sociais. Há uma crítica de direita à modernidade política, na medida em que a liberdade que ela facultou só faz produzir, por excesso de indulgência, um relaxamento da disciplina social; e uma crítica de esquerda, na medida em que liberdade moderna seria meramente formal, e a maior racionalização ocorrida na esfera política teria levado a uma burocratização crescente da vida social, não a um aumento de liberdade, mas ao que Weber chamou 'Freiheitsverlust', perda de liberdade, condenando o homem a mover-se num 'Stahlhartes Gehäuse', numa gaiola dura como aço. Enfim, há uma crítica de direita à modernidade cultural, na medida em que a dessacralização teria provocado um 'Sinnverlust', uma perda de sentido, e encorajado atitudes hedonistas, anômicas, incompatíveis com a ordem pública e com as virtudes do trabalho; e uma crítica de esquerda, na medida em que o sistema cultural moderno dissemina uma racionalidade instrumental que bloqueia qualquer percepção de horizontes alternativos e contém mecanismos de intoxicação das consciências que impedem os indivíduos de pensarem por si mesmos.

Já as correntes pós-modernas [II], consideram essa divisão entre esquerda e direita como historicamente ultrapassada. Esses rótulos fazem parte, justamente, da própria 'episteme' moderna que está sendo deixada para trás. Os pós-modernos não criticam nada e não reivindicam nada: limitam-se a observar a realidade nova que já existe diante dos seus olhos e que só não é vista pelos intelectuais clássicos, ainda profundamente mergulhados nos valores da modernidade. É o caso de LYOTARD, que constata, sem se comover com isso, o fim das 'grandes narrativas' da modernidade, como a da revolução e a do saber enciclopédico, e vê a sociedade pós-moderna, já advinda, como uma nebulosa de jogos de linguagem, não como um sistema durkheimiano de solidariedades, mas como uma rede de interações linguageiras. É também em grande parte o caso de BAUDRILLARD, para quem no mundo pós-moderno, que já é o nosso, a realidade tornou-se obscena, porque tudo é transparência e a visibilidade imediata, que excluem a dimensão da interioridade. A obscenidade tradicional era o reino do oculto, do reprimido; hoje é total a visibilidade do que não tem mais segredo. É o caso de JAMESON, para quem o que caracteriza o pós-moderno é que estaríamos vivendo o terceiro estágio do capital – o multinacional, que se seguiu ao

capitalismo de mercado, limitado a espaços nacionais, e ao monopolista ou imperialista, que procurar anexar outros mercados. E é o caso de MAFFESOLI, o maior e mais eloquente sociólogo do mundo pós-moderno. Ao contrário de outros pós-modernos, que também registram o que vêem, mas dão-nos a impressão de serem observadores tristes, Maffesoli poderia ser chamado um 'pós-moderno feliz', para parodiarmos uma designação que Foucault inventou para si mesmo: o de 'positiviste hereux'. Como extraordinária acuidade, ele só descreve o que vê, mas o que vê nada tem de melancólico. O que ele enxerga é um mundo novo, mas paradoxalmente, esse novo é sob muitos aspectos um retorno ao arcaico, paradoxo que segundo ele só pode assustar os espíritos tímidos, ainda atrelados à noção de progresso. Podemos encontrar em Maffesoli todos os temas anti-modernos, mas transfigurados pela perspectiva nietzscheana da afirmação jubilosa, da 'Bejahung'. Não se trata mais de criticar o globalismo, mas de observar o anti-globalismo 'in actu' que já se implantou na sociedade, sob a forma de uma incoercível tendência para a re-territorialização, para o re-enraizamento, para a revalorização da dimensão local da existência. Nem de criticar o individualismo, porque na prática já está havendo um retorno à vida comunitária: é o tribalismo pós-moderno, a tendência de que todos, inclusive os intelectuais, saiam de si, organizem-se em tribos, com seus valores próprios e os seus rituais específicos. A crítica ao sistema econômico tornou-se supérflua, porque as novas tribos já são espontaneamente anti-produtivistas, cultivam a festa, o desperdício, a 'dépense', no sentido de Georges Bataille. A crítica ao sistema político se tornou redundante, porque os jovens são radicalmente apolíticos e não têm nenhum uso para palavras como democracia, Estado, contrato social. A crítica ao sistema cultural perde a razão de ser, porque a racionalidade moderna foi desativada por um estado de espírito em que a efervescência dionisíaca conta mais que a razão. Enfim, a preocupação weberiana com a 'perda de sentido' induzida pela secularização não mais se justifica, porque tendências como a 'new age' e o esoterismo apontam para um re-encantamento do mundo.

Penso que nem a perspectiva anti-moderna, nem a pós-moderna conseguem lidar adequadamente com os problemas da modernidade. E isso porque elas não dispõem de nenhum outro modelo que não seja o da **modernidade funcional**, **cujo foco exclusivo é o aumento de eficácia dos diferentes sub-sistemas sociais**. **Proponho, assim, uma terceira perspectiva, ao lado da anti-moderna e da pós-moderna: a neo-moderna. Ela se funda na existência de outra modernidade, ou de outra vertente da modernidade, lado a lado com a modernidade funcional.** Com isso, volto ao ponto de partida de minha intervenção: os males da modernidade só podem ser curados pela própria modernidade. Mas a frase perde seu aspecto aporético, paradoxal, porque a modernidade criticada não é a mesma modernidade que critica.

A modernidade, com efeito, tem um rosto de Jânus. Ela tem um vetor funcional, sistêmico, ligado à racionalidade instrumental. É o modelo que examinamos até agora. Mas tem também um vetor que provisoriamente podemos chamar de humanista, ligado a uma racionalidade comunicativa no sentido de Habermas. No primeiro vetor, **a palavra de ordem é a eficácia**. Um sistema social é mais moderno que outro, quando suas estruturas são mais eficazes. No segundo vetor, é a autonomia que é decisiva. Um sistema social é mais moderno que outro **quando abre mais espaço para a autonomia dos indivíduos**.

O **vetor iluminista** tem os mesmos elementos que o vetor funcional, mas seu conteúdo não é mais o mesmo. **Em lugar de globalização** movida por uma razão instrumental e sistêmica, que só conhece objetivos de lucro e de eficácia, **ele fala em processos de universalização**, regidos pela razão comunicativa e conduzidos por interlocutores plenamente capazes de defender a especificidade de suas formas de vida. **Em lugar de individualismo**, tendência anômica e anti-social, **ele fala em individualidade**, objetivo que só pode ser alcançado por uma intensa socialização. **Em lugar da eficácia econômica, política e cultural**, que tem a ver com **estruturas**, ele fala em **autonomia econômica, política e cultural**, que tem a ver com **seres humanos**.

Universalismo, individuação, autonomia: essa descrição produz uma forte impressão de 'déjà vu'. É que ela coincide, em grandes linhas, com algo que conhecemos bem, o programa das Luzes. Tem razão, assim, o grande biógrafo de Diderot, Arthur Wilson, quando disse que 'o que um cientista social do século XX entende por modernização correspondente ao que um filósofo do século XVIII entendia por 'lumières'. Podemos agora chamar a modernidade humanista por seu verdadeiro nome: **a modernidade iluminista**.(...)

É onde entra a perspectiva neo-moderna. Ela tem jurisdição sobre a totalidade do projeto moderno, abrangendo tanto o vetor funcional quanto o vetor iluminista. Sua tarefa é recuperar a vertente iluminista da modernidade, torná-la novamente visível, fazer sua anamnese, para que o esquecido possa ser rememorado e convertido novamente em fermento do acontecer histórico. Em nenhum momento, o neo-modernismo negligencia a modernidade funcional, mas procura reconectá-la com a modernidade iluminista, restaurando com isso o vínculo entre racionalidade técnica e razão substantiva que nunca havia sido perdida de vista pelos filósofos enciclopedistas, para os quais toda ciência e toda técnica estavam necessariamente a serviços de fins humanos.

A perspectiva neo-moderna adquire assim um fundamento para criticar a modernidade funcional. E conquista um critério para desenhar os contornos de uma modernidade utópica. Ela recupera a capacidade crítica, porque a existência de 'outra' modernidade proporciona-lhe os meios para avaliar a modernidade existente. Ela pode encampar e dar uma formulação plausível a virtualmente todas as críticas dirigidas pelos anti-modernistas contra a modernidade funcional – sua tendência globalizante, conduzida sem a participação dos diretamente interessados, seu individualismo atomístico, que bloqueia a formação de individualidades socialmente responsáveis, e os obstáculos à autonomia dos agentes, na esfera econômica, política e cultural. Todas essas características encontram um fundamento sólido nas estruturas normativas e axiológicas da modernidade iluminista. **A perspectiva neo-moderna tem os meios, também, para criticar as posições pós-modernas** que contrariam os princípios fundamentais da idéia iluminista, como o ideal Kantiano da 'Mündigkeit', da condição adulta, da consciência livre e não-tutelada.

E pode ser a base de uma utopia concreta, no sentido de Ernst Bloch, **porque ao contrário dos anti-modernos**, que vivem num mundo sem transcendência, **e dos pós-modernos**, para os quais a utopia já está presente nas formas existentes de vida

Dando suporte a estas constatações críticas, que identificam a resultante da interação dos valores da contemporaneidade numa tendência à absolutização da eficácia como critério legitimador das ações humanas e institucionais em sociedade, tem-se as considerações de JUAN RAMÓN CAPELLA¹⁷³, que focam na elaboração do problema a partir de causas mais recentes¹⁷⁴ e, pois, tendem a corroborar o esboço da realidade contemporânea, bem como a indicação de suas potenciais consequências, nos termos do que exposto e adiantado no tópico anterior deste estudo.

CAPELLA inicia por referir-se a um fenômeno social e político de escala planetária, que teria se materializado a partir da década de 70 do século passado, que denomina como “a grande transformação”

A crise do Estado intervencionista e assistencial se resolve na ‘**grande transformação**’ [cita-se: Seguindo a P. Mercado (loc.cit.), se toma a expressão do título do notável livro de K. Polanyi, ‘La gran transformación’ [1944]...] que se produz aceleradamente desde mediada a década de 1970, e que em vinte anos origina um mundo novo, uma Babel de características próprias.

(...)

Compõem a grande transformação **dois macrofenômenos** estreitamente interdependentes entre si: uma **mundialização** (‘desigual’ ou ‘desforme’) das relações sociais, e uma **nova revolução industrial**; a terceira¹⁷⁵.

E esclarecendo o conteúdo destes macrofenômenos desta modernidade que ainda se vivencia, prossegue asseverando o mesmo autor

A **mundialização** desigual das relações sociais é uma globalização multifacetária¹⁷⁶ – econômica, dos fluxos de bens e de comunicação, que cria relações de interdependência entre as distintas populações do planeta e **reorganiza o tempo e a distância na vida social**. A mundialização configura um sistema desigual: com um ‘sul’ do mundo infradotado cuja periferia se afunda na miséria – esta inclusive pode

alternativa, os neo-modernos têm como horizonte uma modernidade ideal que é ao mesmo tempo irrealizável e irrenunciável – o horizonte da utopia.” (Op.cit., pp.103-110 – destaques apostos).

¹⁷³ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Trad. Gresielia Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹⁷⁴ Ainda que o complexo fenômeno deva remontar às concepções, primeiro, de Weber, na sociologia, ao final do século XIX, e, depois, de KELSEN, no Direito da primeira metade do século XX, acerca da legitimidade do poder e do Direito, conforme já mencionado em notas anteriores, tendo, depois, sido submetido às transformações impostas pelo período do pós-positivismo, para só por último vir a sofrer os reflexos (revitalizantes) do espírito e das imposições da realidade moderna mais recente.

¹⁷⁵ CAPELLA, *Fruto proibido...*, op.cit., p.236- negritos apostos.

¹⁷⁶ Para melhor focar o ponto, conferir a advertência de BOLZAN DE MORAIS sobre o tema: “Talvez, e é o que pretendemos apontar, devemos perceber o fenômeno da globalização como não restrito às estratégias do capitalismo financeiro, mas desde a perspectiva de que ‘não é um estado e sim um processo radicalmente incerto e ambivalente’ que se projeta por sobre os mais variados aspectos da vida e que ao mesmo tempo em que rompe com os lugares tradicionais da economia, da política, das relações e práticas sociais implica em uma imbricação entre os diversos lugares em que tais ocorrem, multiplicando ‘de maneira simultânea e superposta fenômenos de homogeneização, localismo, desterritorialização, renacionalização e fragmentação de identidades coletivas, o que as torna multifacetadas, fluidas, ambíguas e em profundo processo de transformação’ [Gomes, p.67]. Assim, neste espectro, ‘a globalização não deve ser equacionada exclusivamente como um fenômeno econômico ou como um processo único, mas como uma mistura complexa de processos freqüentemente contraditórios, produtores de conflitos e de novas formas de estratificação e poder, que interpela fortemente subjetividades e tradições, exigindo maior reflexividade na ação diante do incremento da complexidade e da incerteza, e que diz respeito não apenas à criação de sistemas em grande escala, mas também às mudanças nos contextos locais e até mesmo pessoais de experiência social.” (“De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização”. In: *Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. (org. Ingo Wolfgang Sarlet). Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003. pp.58-59).

ser crescente em certos cenários – e um ‘norte’ trifocal (em torno do Japão, União Européia e a América do Norte), com seu próprio entorno.

A **terceira revolução industrial** adota novos materiais químicos, tecnologia informática que permite inovar em todos os ramos da produção e novas técnicas de organização produtiva e empresarial.

Neste processo se fundem quase todas as burocracias industrializadas (paradigmáticamente, a URSS, carentes de flexibilidade para adaptar-se ao processo [cita-se: *Vid.*, no mesmo sentido, C. Castoriadis, ‘La Crie des sociétés occidentales’, em ‘La montée de l’insignificance. Les carrefours du labyrinthe IV, cit.]; e também ficam atrás as estruturas do tipo ‘fordista’, superadas por formas empresariais transnacionais, geralmente reticulares, que operam segmentando o processo produtivo e deslocalizando-o, com grande capacidade de inovação organizativa. A força de trabalho experimenta uma minoração brutal.¹⁷⁷

Nesse passo, CAPELLA passa a afirmar que precisamente como decorrência deste fenômeno de mundialização passaria a ter se imposto uma nova estrutura do poder, o que resultaria também numa modificação do sistema de legitimação do poder e do Direito, em busca de adaptação aos contornos desta realidade

A **mundialização impõe uma nova estrutura ou campo de poder**: a forma Estado perde sua primazia ao subordinar-se a um soberano privado supra-estatal de caráter difuso, com uma atribuição de funções nova neste ‘campo’ inter-relacionado. **O sistema de legitimação tende a mudar também, e o direito se adapta e adquire características apropriadas à nova situação.** A problemática ecológica segue aí. Uma nova cultura babélica, presença o enfrentamento de tendências contrárias: o impulso à barbarização de todas as relações sociais, que pode desembocar em tiranias integrais e catástrofes sociais duradouras, e a debilitada tendência a um ulterior afiançamento, contra as desigualdades estruturais, do processo de democratização.¹⁷⁸

Em verdade se estaria ante à configuração de “um novo campo de forças”, no que tange ao poder político, que se apresentaria, doravante, como uma complexa rede de relações e interesses, e que permitiria justamente que o sistema de legitimação política, antes aceito no ocidente exclusivamente nos termos de um relato democrático-representativo, não seja o único operante, no mínimo abrindo espaço para distintos sistemas de legitimação.

Até agora a ação do poder político podia ser tratada segundo a metáfora física das ‘causas’. A condição de introduzir cada vez mais complexidade – dada a natureza socializada do poder no estado moderno, funcionalmente ‘dividido’ entre instituições pluripessoais distintas -, podia afirmar-se verossimilmente que certos fatos sociais eram ‘causados’ pelo poder.

(....)

Com a ‘grande transformação’, compreender os fenômenos de poder ‘geral’ (o que até agora chamávamos ‘poder público’) deixa de ser exequível nesses simples termos. Se se quer conservar de algum modo a idéia de determinação da vida social por entidades dotadas de poder é preciso recorrer a alguma metáfora mais complexa, como pode ser a noção da física moderna do ‘campo de forças’. Isto é: há que prescindir da idéia de um único agente causal e passar a falar de um âmbito no que se suscitam determinações, ainda que estas não possam ser atribuídas linearmente a um só agente gerador ou inclusive ainda que uma situação concreta a determinação do gerador fique obscurecida, ou seja, impossível dentro do campo. Trata-se de determinações interrelacionadas.

O poder ‘político’ modificou sua estrutura profunda com a ‘grande transformação’; pela primeira vez a partir do nascimento da modernidade não pôde ser descrito em termos de soberania e legitimidade simples. **O ‘campo de poder’ contemporâneo – se sustentará aqui – está constituído pela inter-relação de um ‘soberano privado supra-estatal difuso’¹⁷⁹ e – posto que se mantém a base territorial de**

¹⁷⁷ CAPELLA, *Fruto proibido...*, op.cit., p.237- destaquei.

¹⁷⁸ Id., Ibid..

¹⁷⁹ A noção de “soberano privado supra-estatal difuso” está em CAPELLA, op.cit., pp.257-8.

assentamento do poder – um ‘estado permeável’¹⁸⁰, ou umas ‘associações estatais permeáveis, abertas ou porosas’ (como pode ser a União Européia¹⁸¹). Analogamente, *deixa de ser certo que o sistema de legitimação reconhecido no relato político aceito –nas metrópoles ocidentais, o relato democrático-representativo –seja o único operante: o ‘campo de poder’ admite a copresença de distintos sistemas de legitimação.*¹⁸²

Mas CAPELLA vai mais longe ainda, na elaboração sobre a existência de novos sistemas de legitimidade do poder na contemporaneidade, a se ancorarem em um novo e proponderante critério referido à eficácia, ao afirmar que “a natureza do soberano supra-estatal difuso lhe impede fazer seus os sistemas legitimadores adotados pelas entidades estatais”

Não pode recorrer a sistemas de legitimação de tipo comunitário, como os dos nacionalismos ou dos fundamentalismos, pois lhe é impossível apresentar-se como comunidade, já que é excludente das populações como tais. E não pode apresentar-se como um poder democrático (nem sequer em uma concepção degradada e pervertida da democracia como é a procedimental ou formalista) precisamente por contrapor-se aos poderes incoativamente democráticos; tampouco pode fazê-lo por razões estruturais: por ser difuso e manifestar-se só espectralmente na esfera pública.¹⁸³

Restaria, pois, segundo o mesmo autor, a pretensão de um tal poder de **legitimar-se** por um critério de *eficácia técnico-produtiva*, num discurso que vai sendo introjetado pelo imaginário coletivo, pela própria sociedade, e interiorizado pelas instâncias públicas submetidas.

A legitimidade que pretende o soberano privado supra-estatal é a da eficácia. Esse poder estratégico dos grandes agentes econômicos, que comparece no cenário mundial e dita as condições de vida coletiva sem haver sido chamado a isso por ninguém, *conta com um discurso acerca da ‘eficácia técnico-produtiva’* que começa a ser interiorizado, não só pelas instâncias públicas subalternas senão também pelas sociedades dominadas.

O discurso pela eficácia ‘produtiva’ cobra verossimilidade e se instaura paulatinamente no imaginário coletivo do ‘norte’; sobretudo na medida em que trata de coexistir com as instituições representativas sob as quais surgiu o soberano difuso. O discurso da eficácia – com seus corolários acerca do

¹⁸⁰ A noção de “estado aberto”, por sua vez, está em CAPELLA, op.cit., p.259.

¹⁸¹ Sobre um suposto crescente *déficit de legitimidade democrática* na União Europeia, no plano do ordenamento comunitário, em razão da edição de normas supranacionais, de origem comunitária, em sobreposição aos ordenamentos nacionais locais, consultar LUIGI FERRAJOLI, no artigo “O Estado de Direito entre o passado e o futuro” (in.: “**O Estado de Direito: História, teoria, crítica**”, org. Piestro Costa e Danilo Zolo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 418-464), ao referir-se a uma crise hodierna dos dois modelos de Estado de Direito (o Estado legislativo de Direito e o Estado constitucional de Direito): “Emblemático (...) é o processo de integração da Europa. Por um lado, a União Européia é ainda um ordenamento jurídico e politicamente amorfo, cujas características contradizem ambos os princípios do constitucionalismo democrático: a representatividade política dos órgãos da União dotados de maiores poderes normativos e a rígida subordinação das suas decisões a um controle de validade claramente fiado na tutela dos direitos fundamentais. Por outro lado, o processo de integração européia deslocou para fora dos Estados nacionais os lugares de decisão reservados tradicionalmente à soberania dos Estados: não só em matéria econômica, mas também em questões de relações comerciais, de imigração de defesa dos consumidores, de proteção do ambiente e de políticas sociais. **Calcula-se que quase 80% da produção legislativa é, enfim, direta ou indiretamente, de origem comunitária.**” (p.442- destaquei). E complementa, sobre o déficit democrático propriamente dito: “O déficit democrático da União manifesta-se antes de tudo sobre o plano do ordenamento comunitário. As fontes reportam-se a órgãos não diretamente representativos, como o Conselho e a Comissão, fortemente condicionados por ‘lobbies’ tão mais potentes quanto mais endinheirados e organizados. Mas a carência de representatividade e de responsabilidade política retroage sobre os próprios ordenamentos nacionais dos quais as novas fontes começam a fazer parte: pela maior distância dos cidadãos em relação aos órgãos normativos; pela pouca influência dos parlamentos nacionais sobre as escolhas de seus governos na participação de processos decisórios complexos que se concluem freqüentemente com deliberações adotadas pela maioria; pela desinformação e desinteresse para com os assuntos europeus, tanto por parte da classe política quanto pela opinião pública. Igualmente enfraquecido resulta o controle de constitucionalidade sobre as fontes comunitárias. Essas fontes não só entram diretamente em vigor nos ordenamentos nacionais (...), mas são hierarquicamente supra-ordenadas, segundo a jurisprudência da Corte de Justiça, a todas as normas de direito interno, inclusive as constitucionais.” (pp.443-444).

¹⁸² CAPELLA, *Fruto proibido...*, op.cit., p.255-destaquei.

¹⁸³ CAPELLA, *Fruto proibido...*, op.cit., p.262-destaquei.

crescimento econômico e do progresso – resulta conatural às pessoas que em vez de participar como cidadãos contemplam o espetáculo político a partir de seu nicho consumista; é adequado para os que levam ‘uma vida muito privada’ e se atém a suas relações particulares desentendidos das coisas públicas. A ‘eficácia’ é uma qualidade do ‘sistema’, o ‘tirano benévolo’ ao que se atribui a procuração indefinida de 2 ou 3% anual de crescimento das rendas nas metrópoles do ‘norte’.¹⁸⁴

Num tal quadro, que seria precisamente o da contemporaneidade (ou, nos termos do já exposto ao citar-se ROUANET, o de uma modernidade funcionalista hoje vigorante), CAPELLA assevera que “o Direito aparece como ‘deprimido’ sob o açoite das políticas de desregulação”, que, esclarece ainda ele, “não significa ausência de normas”, mas, “bem pelo contrário”, uma subsistência de normas que “para a maioria das populações resultam muito mais gravosas que na etapa anterior”, eis que esta desregulação possuiria dois aspectos fundamentais:

a) no plano do direito dos estados abertos, ou das associações regionais de estados abertos, a *desregulação tem o significado geral de um deslocamento da capacidade de normatizar em direção a esfera privada*, de traslado do peso das obrigações até os sujeitos mais débeis (responsabilizando finalmente com ele os que não estão em condições de transferi-lo a sua vez), e de liberação de responsabilidades ou deveres ao empresariado, e em geral aos capitais;

b) no plano da soberania privada supra-estatal difusa, o direito toma a forma de uma ‘nova lex mercatoria metaestatal’, estabelecida e garantida pelos grandes sujeitos econômicos transnacionais, previamente negociada por grandes gabinetes jurídicos que atuam em numerosos países ao mesmo tempo.

(....)

A desregulação, sem embargo, tem o significado geral de uma múnua do poder público. Não só decresce a consciência cultural relativa aos interesses gerais ou públicos: decresce também o âmbito jurídico público mesmo. Isso nem sempre se materializa através de uma privatização formal do ‘espaço público’ ou dos bens de titularidade pública, senão que amiúde opera implicitamente, por meio da atribuição a sujeitos privados¹⁸⁵ da capacidade de decisão determinante para a configuração do âmbito público.¹⁸⁶

O fato é que, a se dar pelo menos alguma credibilidade a tais elaborações, será impositivo concluir que o espaço público, ou os espaços de convivência democrática parecem minguar. A supressão do tempo, do espaço das diferenças, norteadas pela manutenção das racionalizações funcionalistas transformadas da contemporaneidade, é também a supressão progressiva da materialização consistente daqueles espaços. O complexo fenômeno da integração destas forças do tempo corrente, visto sob esta ótica, empurra ideais políticos e caras construções jurídicas da civilização ocidental para uma condição de progressiva irrelevância prática no mundo das coisas (ou para uma transformação deformante de suas próprias feições¹⁸⁷). E a dita mundialização parece garantir a generalização do fenômeno, tanto atravessando países e culturas diversas, quanto distintas áreas do saber e do agir humanos.

¹⁸⁴ CAPELLA, *Fruto proibido...*, op.cit., pp.262-3-destaquei.

¹⁸⁵ PIER PAOLO PORTINARO chega a afirmar, partindo de constatações similares resultantes do reconhecimento deste processo de globalização que redundam numa redução do Estado de Direito a um estado de interesses, muitas vezes exclusivamente privados, talvez não sem algum excesso, que “o que caracteriza a problemática do Estado de Direito no alvorecer do século XXI não são, portanto, os perigos de abuso e prevaricação por parte dos aparelhos públicos, mas as ameaças provenientes das grandes concentrações de poder privado” (Cf. p. 485, artigo “Para além do Estado de Direito: Tirania dos juizes ou anarquia dos advogados?”. in.: “*O Estado de Direito: História, teoria, crítica*”, org. Pietro Costa e Danilo Zolo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 465-488.).

¹⁸⁶ CAPELLA, *Fruto proibido...*, op.cit., p.265-6-destaquei.

¹⁸⁷ Como parece ocorrer com a própria ideia de democracia representativa, quando reduzida quase que exclusivamente ao evento, relativamente raro e episódico, de uma tífia chamada dos eleitores (só aí cidadãos) à escolha de seus governantes.

E se os Estados e caros institutos políticos sentem a pressão dos tempos contemporâneos, se o Direito sofre e se apequena neste contexto, naturalmente também a prestação jurisdicional, como atividade estatal de tão peculiar função (transformar direito em realidade), recebe um impacto deformador e potencialmente incapacitante de grandes dimensões. Nesse sentido, CAPELLA enfatiza especificamente:

O direito estatal que regulava tradicionalmente o ‘marco’ das atividades privadas, que estabelecia a ‘ordem pública’ da esfera privada, sofre, ademais do impulso desregulador, o impacto dos fenômenos ligados à mundialização. Esses fenômenos são a ‘instantaneidade’ de certos intercâmbios e a generalização do que se chamou ‘engenharia financeira’. Os dois tendem a converter a ordem jurídica pública estatal, até agora determinante, em mero condicionante, soslaível para alguns sujeitos em certas circunstâncias. A ordem pública econômica da esfera privada, pois, fica em parte subtraída ao direito estatal.

A globalização dos intercâmbios impôs a realização de algumas atividades econômicas mundiais ‘em tempo real’. Assim, as atividades financeiras: as principais bolsas de valores do mundo se acham intercomunicadas eletronicamente entre si e com seus operadores, de modo que os deslocamentos de capital operam mundialmente em tempo real (sem dilações operativas) e efetivamente. *Os instrumentos estatais de mediação, e fundamentalmente a jurisdição, que exige ‘tempo e formas’ – condições de garantia – para conhecer e decidir, resultam inoperantes e obsoletos para os grande agentes econômicos atuais, os quais recorrem a instâncias de mediação privadas.*¹⁸⁸

De resto, parece muito claro que as peculiaridades típicas de países periféricos, ou ditos emergentes, como é o caso do Brasil, ainda trariam relevantes elementos adicionais a esta problemática, como se verá adiante, no capítulo III.

Assim, no âmbito do direito e da jurisdição, a precária conclusão preliminar a que se chega é no sentido de que, em verdade, ante a predominância destes elementos do pensamento contemporâneo, não estaria em causa, ao menos num primeiro plano, nem, v.g., a busca por justiça, nem a discussão sobre uma maior realização ou não da democracia, mas, isto sim, a perseguição da concretização da máxima eficácia funcional¹⁸⁹ também nestas áreas.

Com efeito. O objetivo e critério norteador de sua atuação conforme a um certo sistema de valores predominante (ou seja, a sua suposta legitimação neste contexto) residiria na obtenção do maior incremento possível da eficácia tecno-produtiva, travestida da sua roupagem final da efetividade-efetivação das decisões judiciais¹⁹⁰ no mundo real, da viabilização da mais pronta

¹⁸⁸ CAPELLA, *Fruto proibido...*, op.cit., p.268-destaquei.

¹⁸⁹ ROCHA, comentando HABERMAS, refere o seguinte: “Segundo HABERMAS [citando-se HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. v. I-II Madrid: Taurus, 1988.], por outro lado, a ideologia da troca de equivalentes [que] legitimava a existência do Estado liberal, foi abandonada hoje pela ciência e pela técnica. Para ele ‘A Ideologia tecnocrática partilha com as demais ideologias a característica de tentar impedir a problematização do poder existente. Mas distingue-se radicalmente de todas as outras ideologias do passado porque é a única que visa esse resultado, não através da legitimação das normas, mas através da sua supressão: o poder não é legítimo por obedecer a normas legítimas, e sim por obedecer a regras técnicas, das quais não se exige que sejam justas, e sim que sejam eficazes (...) A ideologia tecnocrática é muito mais indevassável que as do passado porque ela está negando, na verdade, a própria estrutura da ação comunicativa, assimilando-a à ação instrumental. Pois enquanto aquela se baseia numa intersubjetividade fundada em normas, que precisam ser justificadas (mesmo que tal justificação se baseie em falsas legitimações), esta se baseia em regras, que não exigem qualquer justificação[citando-se: Cf. Bárbara Freitag e Sérgio Paulo Rouanet, *Introdução in Habermas, São Paulo, Ática, 1980*]” (ROCHA, *Genealogia...*, op.cit., p.194-5).

¹⁹⁰ Conferir ROCHA, Leonel Severo da. *Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico*. In. “Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado – anuário 2007, nº4”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008. Nesse trabalho, que será objeto de maiores considerações adiante, ROCHA procura demonstrar, no tocante ao ponto, que se o Direito Kelseniano obtém sua legitimidade da Constituição, como fundamento da unidade e validade de todo o sistema normativo e do Estado,

realização dos desejos e pretensões humanas no mundo real – já que a contraposição de alguém a tais interesses, a partir da visão da parte litigante¹⁹¹ ou do próprio sistema judicial, não teria um valor em si mesma, para fins dialéticos construtivos de um discurso concertado e mediado judicialmente, só contando como mero obstáculo, elemento a atrasar a pronta realização de um ter ou fazer qualquer, seja a quem for ele devido. O conflito e o inerente embate dialético que se verifica no processo, neste caso, não tem valor em si, a não ser, o valor negativo¹⁹² do empecilho à produção de uma imediata decisão, do entrave a uma ação eficaz, como objetivo em si mesmo – realizar rapidamente, não importa verdadeiramente o quê, desde que estribado o agir efetivador num certo procedimento mínimo a lhe dar suporte formal.

E, nesse contexto, como se vê, mesmo as eventuais discussões acerca da realização da democracia, estariam filtradas ou postas à conta de um medidor pautado pelo mesmo implícito critério dominante¹⁹³, nunca por outro meio qualitativo de avaliação, de maior verniz subjetivo (ou de substancial comprometimento ético-político). É dizer: *na democracia*, então, **a regra da maioria**, imperando como vetor quase absoluto (a forma e o procedimento – simplificados- a legitimar antes de tudo) – e a admissão, no máximo, de uma ação de contrapeso de minorias, sem muita margem para transgressões das grandezas matemáticas objetivadoras das verdades formais do procedimento instituído. *Na jurisdição*¹⁹⁴, por sua vez, o resultado do número, da quantidade de casos julgados, de uma “justiça objetivada” por fatores de “produção” de decisões diretamente aferíveis pela técnica burocrática: *o maior número, no menor tempo*, como lema e crença geral.

Mercê de tais verificações, restariam *postos a descoberto os verdadeiros critérios* possivelmente vigorantes hoje *para a aferição da legitimidade* do poder e, mais especificamente, *da própria atuação jurisdicional*, segundo um certo senso comum pautado pela resultante da interação e

quando se passa a viver numa sociedade globalizada, onde a cultura também se fragmenta, e o Direito passa a ser plural, passa-se a ter um tipo de Direito onde necessariamente as normas jurídicas não são o mais importante, além de uma série de profundas mudanças consequentes. Com isso, passa a ser necessário pensar possibilidades de racionalidade de um outro tipo para o direito, para além das propostas normativistas clássicas. Dentre as alternativas, segundo ROCHA, a primeira seria a de se dar corpo à idéia de efetividade (a idéia de validade é trocada ou posta em segundo plano). O novo sistema do Direito, que não é mais normativo, passaria a substituir a idéia de validade, pela idéia de efetividade [literalmente: “Se a validade de um sistema normativo é dada por uma hierarquia, agora a validade é trocada ou colocada em segundo plano. Então, o mais importante para o sistema do Direito – não mais normativo – passa a ser a efetividade.” (Op.cit, p.176)]. Nos dizeres do autor: “É preciso eficácia naquilo que o Direito determina como comportamento obrigatório, como possibilidade de construção de algum tipo de realidade social.” (a sociologia de Max Weber substituindo a teoria Kelseniana). E prossegue: Se o grande problema do Direito nas sociedades complexas passa a ser “a efetividade de seu processo de tomada de decisões”, o Poder Judiciário passa a ter, nessa lógica, “uma função determinante: operacionalizar, com efetividade, a equação entre os meios normativos e os fins sociais”.

¹⁹¹ Sempre, então, um “demandante-litigante”, nunca um “demandante-cidadão”, como melhor se verá oportunamente.

¹⁹² ROCHA. *Genealogia...*, p.199, primeiro parágrafo.

¹⁹³ ROCHA, *Genealogia...*, op.cit., p.199, terceiro parágrafo.

¹⁹⁴ É claro que eventualmente se pode acusar a elaboração anterior de excessiva “ideologização” do problema. Mas a par da crítica que se poderia fazer à própria acusação, o âmbito de uma discussão que se pretende crítica, por princípio, a verdade é que a essência destas elaborações parece se manter quando se estende a pesquisa a outras visões e estudos. Particularmente quando se retrocede ao período da chamada “grande transformação”, especificamente no campo do direito, já se pode vislumbrar fundamentos para afirmar que a tendência de que um critério de eficácia permeando as questões da busca por legitimidade do poder e do direito é coisa que pode ser afirmada com relativa segurança. Tome-se, por exemplo, a posição original Kelseniana a respeito do tema e as transformações determinadas pelo pós-positivismo.

aplicação dos vetores da contemporaneidade ao político, ao jurídico, à jurisdição, e, enfim, à vida de relação nas sociedades contemporâneas em transição¹⁹⁵.

E revelada a constatação da predominância de tais critérios de legitimação das ações humanas e instituições nesta sociedade, por vezes travestidos em outras denominações ou supostas diversas formas, tem-se aberta uma primeira via para um considerar mais amplo e mais crítico da questão da legitimidade da jurisdição hoje, bem como, por conseguinte, também de seu papel.

¹⁹⁵ ROCHA, comentando Luhmann, assevera: O lugar do poder moderno é um lugar burocrático. É um lugar burocrático-soberano porque concilia em sua positividade o simbólico (o ideológico) e a **eficácia** (a racionalidade). É a articulação entre a ideologia e a racionalidade que proporciona a **legitimidade (legitimação) do poder burocrático**. *O discurso jurídico forma parte deste lugar e seus procedimentos se destacam dentro dos mecanismos ideológicos do capitalismo tardio, sendo por excelência ponto de aglutinação entre a teoria da soberania e legitimidade.* (Genealogia..., op.cit., p.194 -destaquei).

2. Limitação da discussão por restrição à consideração e à crítica de pressupostos do debate: Da necessidade de ampliação vertical da discussão

O objetivo específico deste tópico é demonstrar que a restrição do debate sobre a legitimidade da jurisdição também se dá por deficiência de consideração crítica de seus pressupostos. Além disso, também será sua meta particular oportunizar uma breve discussão destas categorias ou noções apenas indicadas (pressupostas) neste debate.

Para tanto, inicia-se por realizar uma *breve revisão de algumas posições doutrinárias atuais* acerca da questão da legitimidade da atividade jurisdicional (no ponto 2.1). Tal revisão servirá, a um só tempo, de *elemento de ligação* com a discussão contida nos tópicos anteriores e de *introdução à ampliação vertical de seu debate*, isto é, ampliação pela consideração crítica das categorias da legitimidade, da democracia e da jurisdição.

Assim, esta sumária pesquisa apresentar-se-á (a) como *elemento de ligação* entre tópicos, na medida em que melhor evidenciar o quanto tais posições doutrinárias focam a questão na mais estreita discussão *dos limites* da jurisdição *dados pela necessidade de preservação da democracia representativa*¹⁹⁶; e mais: o quanto *elegem a conformidade com tal paradigma político como critério de legitimação preponderante ou exclusivo*, enquanto de forma preocupante já vigora na prática social e mesmo institucional, em realidade, mais um ou até mesmo outro critério legitimador das ações humanas e suas instituições (o de máxima eficácia funcionalista) - tão olvidado neste debate acadêmico, mas de prevalência igualmente crescente¹⁹⁷ na modernidade, nos termos do que antes desnudado.

Será apresentada ainda, tal investigação, (b) como *texto de caráter introdutório à questão da necessidade da ampliação vertical do debate*, por que se evidenciará, seja já intuitivamente nesse passo, seja por alguns problemas levantados no embate entre estas posições doutrinárias abordadas, a impositividade de uma crítica aos próprios pressupostos da discussão sobre a legitimidade jurisdicional nas democracias periféricas. Revisar, ainda que brevemente, *categorias* como as de *jurisdição, democracia* e, mesmo, da *legitimidade*, à luz dos reflexos da contemporaneidade e de certas especificidades locais, passará, então, a se revelar aí, quase que de forma automática, como verdadeira necessidade, justamente pela constatação da ordinária ausência de uma reflexão articulada nestes termos ora propostos (ou pela fragmentariedade da eventual reflexão porventura existente).

E demonstrado, assim, que comumente não se chega a descer à crítica conjunta destes pressupostos, nos embates correntes acerca da legitimidade da prestação jurisdicional, justificado e oportunizado estará também que se apresente de forma sumária, a seguir, uma proposição de ampliação do tratamento da matéria sob este prisma. Nesse sentido é que o último subitem deste capítulo (em 2.2) tratará de apresentar as bases iniciais deste aprofundamento discursivo crítico mínimo.

¹⁹⁶ Ou de uma noção de democracia formal, ou mais ligada a formas do que substâncias (ou, ainda, que, no máximo, julga ser possível garantir substância a partir de exclusivos controles procedimentais).

¹⁹⁷ E com aptidão, como já se disse noutro lugar, até mesmo para, de resto, alterar e reduzir o próprio significado desta concepção de representação democrática.

Com isso restará, por fim, possível o encerramento deste segundo capítulo, dando-se por suficientemente apresentada a problemática do restritivo tratamento da questão da legitimidade da prestação jurisdicional da contemporaneidade, no que tange aos seus aspectos *mais abstratos*, e permitindo-se que o trato do mesmo tema, no capítulo seguinte, se dê de forma mais *aplicada* à realidade presente, particularmente, à realidade local brasileira.

2.1. *Visões contemporâneas sobre a legitimidade democrática da prestação jurisdicional (constitucional) na atualidade*

a) *Justificativas preliminares da sumária revisão*: A presente revisão não tem a mínima pretensão de completude. Nem ao menos a síntese das visões dos expoentes das correntes doutrinárias que se digladiam nesta temática é almejada aqui. Como já se disse antes, embora seja importante e útil deter a noção de que há embates entre correntes acadêmicas¹⁹⁸ que julgam as necessidades de atuação jurisdicional interventiva na sociedade contemporânea mais ou menos necessárias, ou mais ou menos legítimas – o que, no Brasil, tem-se colocado em termos de uma divergência entre posturas “procedimentalistas”¹⁹⁹ e posturas “substancialistas”²⁰⁰ -, é tempo de superar as restrições sugeridas também pela apresentação simplesmente polarizada deste debate.

¹⁹⁸Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.28, nota nº 20, que apresenta extenso rol de estudiosos do tema, nacionais e estrangeiros, buscando dar equacionamento a suas pesquisas sobre o tema numa dessas duas linhas, nota esta que, apesar da extensão, por muito esclarecedora e útil, como ponto de apoio inicial para a pesquisa, permite-se aqui transcrever: “Muito embora procedimentalistas e substancialistas reconheçam no Poder Judiciário (e, em especial, na justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, **a corrente procedimentalista**, capitaneada por autores como Jürgen HABERMAS, Antoine GARAPON (*‘Le gardien de Promesses’*, Paris, Odile Jacob, 1996) e John Hart ELY (*‘Democracy and Distrust. A Theory of judicial review.’* Cambridge, Mass, 1980), apresenta consideráveis divergências (consultar, v.g., STARCK, Christian. *‘La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité.’* In : *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra. Coimbra Editores, 1995, p. 59 e segs.) com a **corrente substancialista**, sustentada por autores como CAPPELLETTI, ACKERMAN, L.H. TRIBE, M.J. PERRY (desse autor, ver *‘The Constitution the Courts and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Polymacking by the Judiciary’*. Yale University Press, New Haven and London, 1982), H. H. WELINGTON (v.g., *‘Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication’*. *The Yale Law Journal*, vol. 83, nº2, dezembro de 1973), em alguma medida por DWORKIN, pelo menos na leitura que dele faz Robert ALEXY, e no Brasil por juristas como PAULO BONAVIDES (*A Constituição Aberta*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993); INGO SARLET (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ªed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004); (...) CLÉMERSON CLÈVE (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995); (...) LUIS ROBERTO BARROSO (*O direito constitucional e a efetividade das normas*. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996); (...) JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS (*Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996) [dentre outros tantos citados na nota] (...). Em defesa da tese procedimentalista, ver (...) MARCELO CATTONI (*Direito processual Constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2001; *Interpretação jurídica, processo e tutela jurisdicional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, nº 4, Madrid, 2001); ROGÉRIO GESTA LEAL (op.cit.); ÁLVARO SOUZA CRUZ (op.cit.); ANTÔNIO MAIA (*Considerações acerca do papel civilizatório do direito-prefácio; A distinção entre fatos e valores e as pretensões neofrankfurtianas*. In: *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005); GISELE CITTADINO (*Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999) (...), entre outros.” (destaques para nomes de autores apostos).

¹⁹⁹ Cf. STRECK, que conceitua as **posturas procedimentalistas** a partir da discussão do problema em Habermas, da seguinte forma: “(...) Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma ‘nação de cultura’, mas, sim, em uma ‘nação de cidadãos’. Crítica a assim denominada ‘jurisprudência de valores’ adotada pelas cortes européias, especialmente a alemã. Uma interpretação constitucional orientada por valores que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece, na opinião de Habermas, não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo. A concepção de comunidade ética de valores

Assim, ir além deste ponto, embora não signifique ignorar estas relevantes classificações que esquematicamente agrupam compreensões distintas sobre os limites legítimos da atividade jurisdicional, implica tornar forçoso encontrar uma abordagem que seja, senão original, no mínimo, menos óbvia para o trato desta matéria. Uma abordagem que transcenda a mera discussão sobre limites da atividade judicial e se dirija à indagação sobre a essência dos macroconceitos previamente envolvidos nesta problemática. Tudo numa atitude, aliás, que inclusive compense a admitida deficiência de extensão da revisão numa investigação do fôlego da presente.

Pois bem. Parece que este efeito pode ser conseguido aqui se, ao invés de simplesmente se optar por arrolar teorias sobre os limites da prestação jurisdicional em Estados Democráticos e de Direito, elaborando sínteses descontextualizadas do conteúdo de tais posicionamentos e agrupando-os sob determinadas posições esquemáticas, as diversas posições acadêmicas sobre a legitimidade democrática da prestação jurisdicional forem abordadas a partir da *concepção de democracia, em sentido amplo*, que indiretamente revelem ao indicarem a visão que têm sobre a paradigmática *relação democracia-constitucionalismo*.

Com efeito. Se houver interpretação restritiva da noção de democracia incrustada na posição teórica examinada, deverá tal concepção limitada deste parâmetro de aferição da legitimidade da prestação jurisdicional já ser de pronto revelada pelo exame desta relação proposta por tal teoria entre o exercício do poder soberano do povo, expresso no princípio majoritário (democracia, num sentido mais restrito), e o exercício e manutenção de direitos e garantias constitucionais (que resguardam um princípio contramajoritário, ínsito ao constitucionalismo).

E assim, na medida em que estes exames forem revelando a compreensão nuclear da concepção democrática que as teses sobre legitimidade trazem ínsitas em seu bojo, segundo um juízo elaborado a partir da consideração da própria Constituição a que submetida originalmente a dita teoria, se estará realizando a finalidade proposta de não só se persistir na demonstração de como este debate

compartilhados, que justifica o modelo hermenêutico proposto pelos comunitários (ou substancialistas) parece desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas. É por isso que no Estado Democrático de Direito os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição. Habermas propõe, pois, 'que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito.' O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e a forma de sua solução." (STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 159-160.).

²⁰⁰ Cf. STRECK, que conceitua as **posturas substancialistas** da seguinte forma: "Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um verdadeiro intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política. O modelo substancialista – que em parte aqui subscrevo, ressaltando sempre o problema do 'fundamento' da Constituição, que não pode ser entendida como uma categoria ou hipótese, preferindo entendê-la como um paradoxo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico, e não como um ponto de partida congelado). É o 'constitucionalismo-dirigente' que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional), 'passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que tange à jurisdição constitucional.'" (STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica...*, op.cit., p. 163.).

não é ordinariamente feito, mas de introduzir a discussão crítica dos pressupostos da legitimidade jurisdicional, de forma dirigida ao questionamento de essências nesta temática.

Ademais, um tal exame imporá uma recontextualização da discussão, sob o ponto de vista também do local de onde se está fazendo o discurso ou para quem ele é feito. Isso por que o questionar sobre a relação democracia-constitucionalismo, para fins de desvelar a concepção de democracia agasalhada implicitamente pela tese analisada, implicará que necessariamente se refira esta relação a uma determinada Constituição. Uma vez que é segundo a natureza da Constituição de cada país e conteúdo das disposições lá inscritas que se pode aferir o significado desta relação e, pois, da própria noção prevalente de democracia, em sua essência, será imprescindível voltar a se considerar de onde e para onde é feito o discurso teórico.

Tudo isso impõe, ao final, a formulação de uma indagação central, e que servirá de fio condutor à revisão aqui proposta. Trata-se de, em síntese, se questionar sobre *que concepção de democracia*, no que tange à *sua relação com o constitucionalismo*, *consagra a Constituição* que dá suporte à análise da questão da legitimidade da prestação jurisdicional que seja objeto de consideração. Ou, por outra, que concepção de democracia, no que diz respeito à relação da democracia (no sentido de exercício da soberania popular) com a garantia e realização de direitos fundamentais postos constitucionalmente, enseja a Constituição a que deverá se reportar o intérprete da legitimidade da prestação jurisdicional que está sendo objeto de consideração.

E tais questionamentos podem ser expandidos em suas ricas variantes, a fim de bem e melhor se responder sobre a questão da restrição do debate de legitimidade da prestação jurisdicional na democracia, verificada neste estudo. Para cada visão contemporânea proposta sobre o tema se pode indagar, por exemplo: a relação democracia-constitucionalismo, ou democracia-direitos e garantias constitucionais, se estabelece de forma equilibrada, nesta tese sob exame, ou a interpretação das disposições da Constituição em questão impõe a prevalência de um dos termos desta equação quando de situações de divergência ou atrito entre a vontade das maiorias eventuais, formadas pelos representantes do povo, e a manutenção ou o exercício de determinadas garantias ou disposições constitucionais? Qual dos termos é tido aqui por prevalente? E mais ainda: a própria natureza destes atritos, como é concebida? A relação de tensão é de alguma forma entendida como deletéria à realização da democracia que se põe em causa, como uma espécie de mal a ser evitado, ou mesmo apenas necessário em alguma mínima medida, ou, pelo contrário e num outro extremo, tal relação é vista como uma dimensão natural e complementar da própria democracia, em certa medida, até mesmo desejável?

Propõe-se, portanto, nesse passo, para viabilizar o tratamento desta revisão nestes termos, que a discussão seja encaminhada mais especificamente para a questão do perscrutar o significado da democracia quando em contato com o papel da prestação jurisdicional constitucional na contemporaneidade, o que, afinal, permitirá melhor abordar a temática da legitimidade democrática desta atividade nas sociedades atuais, tudo por meio do exame da posição inicial do constitucionalista norte-americano BRUCE ACKERMAN, a respeito do que ele chama de “democracia dualista”.

Isso introduzirá a discussão do tema da legitimidade democrática, nos termos em que ela se dá atualmente, começando por teóricos estadunidenses, o que permitirá, por sua vez, ultrapassar de forma

qualificada esta barreira geográfico-cultural, expandindo posteriormente o exame para a discussão da temática no âmbito europeu (mais particularmente no da Alemanha – com rápidas incursões pelas posições de outros juristas daquele continente sobre o tema). Por fim, permitirá um rápido exame da matéria na visão de alguns teóricos de países periféricos, particularmente, do Brasil, até que seja possível retornar-se a estas afirmações preliminares e sobre elas realizar um juízo crítico diferenciado, qualificado à luz das posturas doutrinárias bosquejadas. Tudo para que já se adiante também, assim, uma possibilidade de busca por posição, no tocante à questão da legitimidade da jurisdição e de seu papel na atualidade, que seja mais compatível com as necessidades da contemporaneidade e dos democracias dos países periféricos ou emergentes.

b) Bosquejo sobre o debate estadunidense a partir das visões de BRUCE ACKERMAN sobre a matéria: Eis, pois, a “ideia básica”²⁰¹ de BRUCE ACKERMAN²⁰² acerca do que denomina de “*modelo de democracia dualista*” (a partir da explanação do que significa uma Constituição também dita “dualista”), modelo este que considera ser o “mais adequado para captar o espírito distinto da Constituição dos Estados Unidos”²⁰³:

Acima de tudo, a Constituição dualista busca distinguir duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A *primeira delas é a decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo.*

As *decisões tomadas pelo povo raramente ocorrem* e estão sujeitas a condições constitucionais especiais. Antes de conquistar a autoridade para exercer a lei suprema em nome do povo, os partidários de um movimento político devem, primeiramente, convencer um número extraordinário de cidadãos, comprometidos a conduzir sua iniciativa proposta com seriedade demonstrando sua discordância política; em segundo lugar, devem permitir à oposição uma oportunidade justa de organizar suas forças; em terceiro lugar, devem convencer a maioria dos cidadãos simpatizantes a apoiar sua iniciativa, enquanto o mérito é discutido repetidamente nos fóruns estabelecidos para a criação da lei. *É somente dessa forma que um movimento político obtém legitimidade plena, reconhecida pela constituição dualista, a partir das decisões tomadas pelo povo.*

As *decisões tomadas pelo governo ocorrem diariamente*; entretanto, mediante determinadas condições. De forma relevante, os representantes do governo devem prestar contas regularmente nas votações. Além disso, incentivos devem lhes ser dados para que tenham uma visão ampla do interesse público, sem a influência indevida de grupos com interesses paralelos. *Mesmo quando esse sistema de ‘criação regular da lei’ opera com sucesso, a Constituição dualista impede que políticos eleitos abusem de sua autoridade. Eles não podem alegar que uma vitória eleitoral regular seja capaz de lhes conceder o poder de aprovar uma lei que vise a subverter as garantias alcançadas pelo povo em julgamentos anteriores.* Se, ainda assim, eles pleitearem essa forma mais elevada de legitimidade democrática, deverão seguir o rumo especial e oneroso de obstáculos permitido pela Constituição dualista para fins de criação da lei. Apenas por meio do sucesso da mobilização de cidadãos comprometidos e na conquista do seu apoio incessante em resposta aos seus opositores, somente assim,

²⁰¹ No original de ACKERMAN, veja-se o capítulo 1, intitulado *Dualist Democracy* (pp.3 e ss.), que abrange precisamente o tópico *The Basic Idea* (pp.6-7). Além destes, consultar *Monistic Democracy* (pp.7-10); *Rights Foundationalists* (pp.10-16); *Historicism* (pp.16-32) (*We the people: foundations*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1993).

²⁰² Quanto a um possível enquadramento deste autor americano no contexto da discussão entre correntes ditas procedimentalistas e substancialistas acerca do papel da prestação jurisdicional (constitucional) contemporânea nos Estados democráticos e de direito, conferir o que assevera LENIO LUIS STRECK, em seu *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, parecendo pretender incluí-lo numa posição quase intermediária neste embate de correntes: “É difícil acomodar o pensamento de Ackerman no interior dos eixos temáticos aqui propostos.(....)De certo modo, concordo com a tese de Rosenkarantz (....) as teses de Ackerman, mormente (....) em ‘We the people’, *estão mais distantes do que próximas das posturas procedimentalistas....*” (pp. 177-8, nota 43. Destaquei). De qualquer modo, é bom destacar que em *Verdade e Consenso*, STRECK arrola ACKERMAN dentre os chamados autores substancialistas.

²⁰³ Cf. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.6.

podem os governantes ter a autoridade para declarar que o povo mudou de opinião e dar ao governo uma nova direção.²⁰⁴

Isso significa o seguinte, em termos de atuação jurisdicional constitucional: o *judicial review* é acolhido, sem restrições mais profundas ou uma compreensão negativa acerca de sua natureza e papel na democracia, nos casos em que os políticos eleitos “abusem de sua autoridade”. Ainda que a regra da maioria seja acolhida como elemento essencial e caracterizador da democracia americana (e não se possa falar aqui de um conceito de “democracia constitucional”, como faz Dworkin), ela não tem de ser vista como um símbolo quase sagrado da democracia, ordinariamente infenso ao exame da constitucionalidade, que só de forma absolutamente excepcional pode sofrer intervenção judicial para a correção de suas desconformidades constitucionais (como sustentam teorias como a defendida por ELY). Enfim, não se presume a natureza “antidemocrática”, *a priori*, do controle judicial, como fazem outras correntes americanas, segundo o que se verá adiante.

Pelo contrário. A posição “dualista”, ainda que dentro do entendimento que possui de que a Constituição americana privilegia a vontade popular como característica da democracia acolhida no âmbito daquela cultura e daquele país, busca um maior equilíbrio na relação “democracia-constitucionalismo”, a ponto de acolher naturalmente a eventual necessidade de os direitos (constitucionais) se sobreponem “às conclusões na política democrática regular”²⁰⁵, em caso de excessos das maiorias.

No entanto, isso deverá ser feito sem se olvidar de que, ao final, na relação entre democracia-constitucionalismo, ainda pende a balança em direção à vontade popular, o que se revela principalmente²⁰⁶ no fato de que, segundo ACKERMAN, em momentos extraordinários, de excitação política constitucional diferenciada em que o povo sai da “normalidade de seu privatismo de cidadão” (em que, por exemplo, emendas constitucionais são criadas), já não mais terá cabimento se falar de qualquer possibilidade de revisão judicial constitucional²⁰⁷.

²⁰⁴ ACKERMAN, *Nós, o povo soberano*...., op.cit., pp.7-8 -destaquei.

²⁰⁵ Id., *ibid.*, pp.15,16 e 17 – vide nota adiante com citação completa.

²⁰⁶ E também no fato de que aí se distingue Ackerman de Dworkin e de teorias similares, ao mencionar expressamente, como se verá adiante, que o *judicial review* poderá ser feito sem o auxílio de “princípios não-democráticos”, como aqueles invocados pelo que ele, Ackerman, denominada como teorias fundamentalistas de direito.

²⁰⁷ O significado de tudo isso em termos de atuação jurisdicional, no que diz respeito ao tema em exame, tenta ser explicitado pelas seguintes colocações de HABERMAS: “Num contexto análogo, **Bruce Ackerman** reage a essa tensão externa entre facticidade e validade, introduzindo a *Supreme Court* como mediadora entre o ideal e a realidade. Ele propõe que interpretemos o vaivém das inovações políticas, seguindo o modelo kuhniano do desenvolvimento da ciência. Do mesmo modo que os fazeres ‘normais’ da ciência só são interrompidos raramente por ‘revoluções’ que permitem introduzir novos paradigmas, assim também o andar normal do empreendimento político automatizado burocraticamente: ele corresponde à descrição liberal de uma luta pelo poder, conduzida estrategicamente e dirigida pelo interesse próprio. *Somente quando a história se torna quente, ou seja, em ‘momentos de excitação política constitucional’, ‘o povo’ sai da normalidade de seu privatismo de cidadão, apropria-se da política que lhe é burocraticamente estranha e cria provisoriamente – como na era do New Deal – uma base de legitimação não prevista para inovações que apontam para o futuro. Esse modo vitalista de interpretar a autodeterminação democrática coloca a vontade popular, durante muito tempo latente, numa oposição à legislação institucionalizada dos representantes por ele eleitos. Durante esses intervalos, os juízes do Tribunal Constitucional Federal, no papel de guardiães de uma prática de autodeterminação atualmente silenciada e congelada nas rotinas do negócio parlamentar, devem assumir vicariamente os direitos de autodeterminação do povo: ‘The Court at last appears not as the representative of the People’s declared will but as representation and trace of the People’s absent self-government’ [citando-se ACKERMAN, B. ‘The Shorts Lectures: Discovering the Constitution’, in Yale Law Review, 93, 1984, 1013-1072. Cf. tb. Id. *We the People*. Cambridge, Mass., 1991.].” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol.I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 343-4.).*

Mas é preciso contextualizar tal posição, no âmbito do debate acadêmico norte-americano sobre o ponto, para que seja possível melhor apreciar seu valor. Assim, para compreender exatamente o seu alcance, é necessário prosseguir na classificação que o próprio ACKERMAN apresenta acerca dos grupos de acadêmicos que investigam e divergem, nos Estados Unidos, sobre a questão do significado da democracia e das possibilidades de atuação da prestação jurisdicional constitucional legítima, justamente frente aos limites estatuídos pelos contornos de uma tal concepção prévia de democracia.

O autor americano em questão distingue, então, duas escolas de relevo neste debate, ambas divergindo da concepção dualista de democracia e Constituição por ele referida, em razão de distintos motivos: a escola dos “democratas monistas” e a daqueles que denomina como “fundamentalistas de Direito” – salientando-se, a título de proporcionar já desde o início um maior significado à tal divisão, segundo o ordinariamente conhecido em nosso meio acadêmico, que posto dentre os integrantes da primeira escola encontra-se o “procedimentalista” John Ely, sendo que no outro extremo deste espectro, no segundo grupo de pensadores, está o “substancialista” Ronald Dworkin.

No que se refere aos acadêmicos norte-americanos que seriam integrantes da primeira escola e que conceberia um modelo de democracia denominada por ele de “democracia monista”, bem como no tocante à essência de tal concepção, expõe ACKERMAN

No que diz respeito à escola moderna, os democratas monistas representam o mais alto escalão: WOODROW WILSON²⁰⁸, JAMES THAYER²⁰⁹, CHARLES BEARD²¹⁰, OLIVER WENDELL HOLMES²¹¹, ROBERT JACKSON²¹², ALEXANDER BICKEL²¹³ e JOHN ELY²¹⁴. Esses entre muitos outros pensadores e práticos distintos, fizeram do monismo uma teoria dominante entre os constitucionalistas de renome no correr do último século. Em decorrência de todas essas opiniões, surgem as complexidades. No entanto, *na sua essência, o monismo é muito simples: a democracia monista garante aos vencedores das últimas eleições a autoridade para a criação de leis no plenário – desde que, como requisito básico, as eleições tenham sido conduzidas segundo regras justas e livres, e desde que os vencedores não venham a impedir próximos turnos eleitorais desafiadores.*

Em outras palavras, essa idéia nos leva a uma conclusão institucional crítica: *no período entre eleições, todas as verificações institucionais sobre os vitoriosos elegíveis são presumidamente antidemocráticas.* Para os monistas de elite, essa seria somente uma presunção. Talvez, algumas restrições constitucionais possam evitar que os vitoriosos anulem uma eleição futura; ou talvez outras possam ser justificadas, considerando a forma como as eleições são ineficientes em cumprir os ideais da justiça eleitoral. Enquanto essas exceções podem ter grande importância prática, os monistas não deixam de ofuscar o aspecto principal: quando a Suprema Corte, ou qualquer outra, invalida uma norma, esse fato cria um “obstáculo contra-majoritário”, que deve ser superado antes que um bom democrata se demonstre satisfeito com legislação tão perfeita.

Nessa teoria, a onipresença reguladora é uma versão idealizada da prática parlamentar britânica.

(....)

No que diz respeito aos monistas, o sistema britânico é capaz de captar a essência da democracia. O único problema dos Estados Unidos, em questão, é a incapacidade de seguir o modelo transatlântico.

²⁰⁸ Obras de referência mencionadas na própria citação: WOODROW, Wilson, *Congressional Government* (1885); Woodrow Wilson, *Constitutional Government in the United States* (1907).

²⁰⁹ JAMES THAYER, “*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*”, 7 Harv. L. Rev. 129 (1893).

²¹⁰ CHARLES BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913).

²¹¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 74 (1905) (HOLMES, J., divergências).

²¹² ROBERT JACKSON, *The Struggle for Judicial Supremacy* (1941); *Railway Express Co. v. New York*, 336 U.S. 106, 111 (Jackson, J.).

²¹³ ALEXANDER BICKEL, *The Least Dangerous Branch* (1962).

²¹⁴ JOHN ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980).

Ao invés de conceder o poder monopolizado a uma única e popularmente eleita Casa de Representantes, os estadunidenses toleram grande insubordinação de ramificações cuja conexão eleitoral é suspeita ou inexistente. Enquanto o Senado dispõe de uma parcela de participação, o principal objeto é a Suprema Corte. Quem deu a nove velhos juristas a autoridade de contestar os julgamentos de políticos democraticamente eleitos?²¹⁵

E, no tocante à visão de tais componentes da escola dita monista acerca do *judicial review*, ou seja, das possibilidades da jurisdição constitucional numa democracia assim concebida, esclarece que, embora existentes, tal como concebidas por alguns de seus mais relevantes integrantes, a partir da variação decorrente de suas posturas políticas ou ideológicas, são bastante restritas, já por princípio

Há respostas monistas para essa questão [referindo-se a indagação acerca de quem teria dado autoridade a Suprema Corte para contestar os julgamentos de políticos democraticamente eleitos] – que *tentam reconciliar a revisão judicial com as premissas fundamentais da democracia monista*. Assim, conservadores constitucionais como ALEXANDER BICKEL²¹⁶, políticos de centro como JOHN ELY²¹⁷ e progressistas como RICHARD PARKER²¹⁸ propuseram papéis para a Suprema Corte com a finalidade de operar premissas monistas.

(....)

[Contudo] Digamos que esses [os monistas] são hostis aos direitos, pelo menos por meio da visão dos fundamentalistas.

A bem da verdade, somente quando a Suprema Corte começa a invalidar leis em nome dos direitos fundamentais, os monistas começam a se preocupar com o ‘obstáculo majoritário’, que requer revisão judicial presumivelmente ilegítima.

[e prosseguindo em nota] Não que os monistas necessariamente se oponham a todos os exercícios de revisão judicial. Como sugeri, a escola tem sido bastante ingênua ao justificar a tutela judicial de um ou de outro direito como instrumento para o funcionamento democrático do regime. Vide autores citados.....²¹⁹

Para demonstrar, de forma exemplar e direta esta postura, pode-se tomar as considerações lançadas por um dos expoentes desta corrente, JOHN HART ELY, já na abertura de sua clássica obra, “Democracy and Distrust: a theory of judicial review”²²⁰, ao abordar a contenda acerca desta matéria, no âmbito estadunidense, entre correntes denominadas de “interpretativistas” e “não-interpretativistas”²²¹. Diz ELY que há dificuldades em conciliar a questão do *judicial review* com uma

²¹⁵ ACKERMAN, B. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. pp.09-10 – destaquei.

²¹⁶ Obras de referência mencionadas na própria citação: Vide ALEXANDER BICKEL, supracitado n.6; Alexander Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress* (1970).

²¹⁷ JOHN ELY. Supracitado n.7.

²¹⁸ RICHARD PARKER, “The Past of Constitutional Theory-And Its Future”, 42 Ohio St. L.223 (1981).

²¹⁹ ACKERMAN, B. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. pp.10-11 e 14 – destaquei.

²²⁰ ELY, JOHN HART. *Democracy and distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge : Harvard University Press, 1980.

²²¹ ELY, *Democracy and distrust...* op.cit., p. 1 (onde o autor menciona que “Today we are likely to call the contending sides ‘interpretivism’ and ‘noninterpretivism’...”, ao tempo que esclarece em nota que “ ‘activism’ and ‘self-restraint’ are categories that cut across interpretativism and noninterpretativism, virtually at rights angles.”) e ss., no capítulo “The Allure of Interpretativism”. DWORKIN critica essa forma de distinção no seu “O Império do Direito”, mencionando expressamente a obra e o trecho de ELY, utilizados aqui, bem como escritos de M.PERRY, R.BORK e THOMAS GREY, nos seguintes termos: “A erudição acadêmica explorou uma distinção diferente que divide os juízes em dois campos: o interpretativismo e não interpretativismo. Esses rótulos são também extremamente enganosos. Sugerem uma distinção entre os juízes que acreditam que as decisões constitucionais devam basear-se somente, ou principalmente, na interpretação da própria Constituição, e outros para os quais deveríamos fundamentá-las em bases extraconstitucionais. Esta é uma forma acadêmica do grosseiro equívoco popular de que alguns juízes obedecem à Constituição e outros a desconsideram. É um erro que ignora o caráter filosófico do Direito como interpretação. Qualquer juiz consciencioso, em qualquer destes campos opostos, é um adepto da interpretação em seu sentido mais amplo: cada um tenta impor a melhor interpretação a nossas estrutura e prática constitucionais, para poder vê-las em sua melhor perspectiva. Divergem sobre qual seja a melhor interpretação, mas é um erro analítico, uma infecção localizada deixada pelo agulhão semântico, confundir isso com uma divergência quanto a se o julgamento da constitucionalidade deve ser interpretativo. *Os grandes debates sobre o método constitucional são debates*

teoria que acolha a forma de governo da democracia representativa, como ocorre nos Estados Unidos, quando se considera que “most of the important policy decisions are made by our elected representatives (or by people accountable to them)”, enquanto “judges, at least federal judges (...), are not elected or reelected”²²².

(...) Thus the central function, and it is at the same time *the central problem, of judicial review: a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people’s elected representatives that they cannot govern as they’d like*. That may be desirable or it may not, depending on the principles on the basis of which it is done. (...)

This, in América, is a charge that matters. *We have as a society from the beginning, and now almost instinctively, accepted the notion that a representative democracy must be our form of government*. The very process of adopting Constitution was designed to be, and in some respects it was, more democratic than any that had preceded it. The Declaration of Independence had not been ratified at all, and the Articles of Confederation has been ratified by the various states legislatures. The Constitution, however, was submitted for ratification to ‘the people themselves’, actually to ‘popular ratifying conventions’ elected in each state. (...)

The document itself, providing for congressional elections and prescribing a republican form of government for the states, expresses its clear commitment to a system of representative democracy at both the federal and state levels. Indeed, and this surely is remarkable, no other form of government was given more than passing consideration. *A passage from Federalist 39 – and remember, ‘The Federalist’ was propaganda, designed to assure ratification –, testifies eloquently to the day’s assumed necessities of effective argument: (...) it is ‘essential to such government that it be derived from the great body of the society, not from an inconsiderable proportion or a favored class of it...’*. Federalist 57 elaborates:

‘Who are to be the electors of the federal representatives? Not the rich, more than the poor; not the learned, more than the ignorant; not the haughty heirs of distinguished names, more than the humble sons of obscurity and unpropitious fortune.

The electors are to be the great body of people of the United States. They are to be the same who exercise the right in every State of electing the corresponding branch of the legislature of the State’.

It is also instructive that once the Constitution was ratified virtually everyone in America accepted it immediately as the document controlling his destiny. Why should that be? Those who had opposed ratification certainly hadn’t agreed to such an arrangement. It’s quite remarkable if you kind about it, and the explanation has to be that *they too accepted the legitimacy of the majority’s verdict*.²²³

Como se vê, confirma-se pela exposição de ELY que a corrente “monista” realmente acolhe uma posição que concebe a relação democracia-constitucionalismo em termos negativos, ou pouco otimistas, considerando o *judicial review* como não mais do que uma espécie de “mal muito eventualmente necessário”, e, por isso mesmo, algo a ser restrito apenas a alguns casos muito particulares e extremos²²⁴.

dentro da interpretação, não a respeito de sua importância. Se um juiz acha que as intenções dos fundadores da Constituição são muito mais relevantes do que um outro acredita que são, isso é resultado de uma divergência interpretativa mais fundamental. O primeiro acha que a equidade ou a integridade exige que qualquer interpretação bem fundada corresponda ao estado de espírito dos fundadores; o último não concorda. Ainda assim, é bastante fácil corrigir a distinção acadêmica do modo que segue. *Podemos utilizar o termo ‘historicista’ para nos referir ao que ela chama de interpretativista*. Um **historicista**, dizemos agora, *decidiu-se por um tipo de prestação jurisdicional em matéria constitucional que limita as interpretações aceitáveis da Constituição aos princípios que exprimem as intenções históricas dos fundadores.*”(O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp.431-2.-destaquei.).

²²² ELY. *Democracy and Distrust*...Op.cit., p.4.

²²³ ELY. *Democracy and Distrust*...Op.cit., pp.4-6 – destaquei..

²²⁴ Na verdade, HABERMAS, dá indicações mais precisas sobre a posição de ELY, propriamente dita: “A concepção cética de J.H.ELY procura aliviar a jurisprudência da orientação por princípios jurídicos de proveniência moral ou ética geral. *Ely parte da ideia de que a constituição americana regula, em primeira linha, problemas de organização e de procedimento, não sendo talhada para a distinção e implementação de valores fundamentais*. No seu entender a substância da constituição não reside em regulamentos materiais e sim formais (...). *Se a ‘Supreme Court’ tem como encargo vigiar a manutenção da constituição, ela deve, ‘em primeira linha’, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende*

Tudo isso revela, ao fim, que aqui se dá agasalho a uma concepção bastante estreita de democracia, concepção esta que procura se ater ao máximo ao princípio majoritário, precisamente por acreditar que a Constituição estadunidense, já historicamente, definiu que a democracia acolhida pelos norte-americanos deve ser e é aquela exclusivamente comprometida com os dogmas ideais de uma *democracia puramente representativa*.

Então, há divergência entre dualistas e monistas porque “na confrontação com o monismo, o principal objetivo dos dualistas é romper o elo rígido que os monistas construíram entre duas idéias distintas: ‘democracia’, de um lado e ‘soberania parlamentar’”, de outro. E prossegue, Ackerman, asseverando que “tanto quanto os monistas os dualistas também são democratas”, já que eles “acreditam que o povo constitui a autoridade maior nos Estados Unidos”. A discordância entre as duas visões acadêmicas residiria apenas quanto ao “modo normalmente utilizado pelos políticos eleitos para legislar em nome do povo”²²⁵ – já que os dualistas, como melhor será visto adiante, “dão espaço (...) para que os ‘direitos triunfem’²²⁶ [em havendo necessidade] sem violar o compromisso rígido do monista com a primazia da democracia”.²²⁷

Já no que se refere ao segundo grupo de intelectuais, denominados por Ackerman de “Fundamentalistas de Direito”, a divergência com os dualistas é outra e se encontra posta nos termos do que segue, o que nos dizeres daquele autor encaminha a noção acerca da essência caracterizadora daquela corrente teórica, bem como a identificação de alguns de seus expoentes acadêmicos norte-americanos

a eficácia legitimativa do processo democrático. O tribunal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os ‘canais’ para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza: ‘unblocking stoppages in the democratic process is what judicial review ought preeminently to be about’ [citando-se, ELY, *Democracy and Distrust...*, p.117].” (*Direito e Democracia...*, op.cit., p.326 -destaquei). “Por isso” – prossegue HABERMAS –“, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no níveis das corporações parlamentares...Ely imprime um rumo procedimental inesperado à desconfiança liberal em relação a minorias tirânicas. (...) **Apoiado em tal compreensão procedimentalista da constituição, Ely deseja fundamentar o ‘judicial self-restraint’.** Em sua opinião, o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade, se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. (...) **O ceticismo de Ely volta-se, com razão, contra uma ‘compreensão paternalista’ do controle jurisdicional de constitucionalidade, a qual se alimenta de uma desconfiança amplamente difundida entre os juristas contra a irracionalidade de um legislador que depende de lutas de poder e de votações emocionais da maioria.**” (Op.cit., pp.328-329 - destaquei).

²²⁵ ELY. *Democracy and Distrust...* Op.cit., p. 13.

²²⁶ Não é por outro motivo, aliás, que HABERMAS, defensor de tese severamente procedimentalista, acerca do papel dos Tribunais nestas questões, sustenta crítica a ACKERMAN nesse ponto em particular, ao afirmar que sua tese permite o retorno, ao final, a um paternalismo judicial que é repellido por ELY: “Como lugar-tenente repulicano das liberdades positivas que os próprios cidadãos, enquanto portadores ‘nomeados’ dessas liberdades, não podem exercer, o tribunal constitucional termina reassumindo um papel paternalista, que Ely condena através de sua compreensão paternalista da constituição [o que é sugerido quando ACKERMAN afirma que, afora aqueles momentos em que “a história se torna quente, ou seja, em ‘momentos de uma excitação política constitucional’”, quando o povo sai de seu “privatismo de cidadão” e decide autonomamente novos rumos, sem poder ser questionado pelo judiciário, devem os juízes do Tribunal Constitucional se prestarem a servir de guardiões dos direitos de autodeterminação do povo, frente às “rotinas do negócio parlamentar”].” (*Direito e democracia...*, op.cit., p.344).

²²⁷ ACKERMAN, *Nós, o povo soberando...*, op.cit., pp. 15-6. Aliás, como depois melhor esclarece ACKERMAN, “...diferentemente do monista, ele [o dualista] não terá problemas em apoiar a idéia de que os direitos se sobrepõem às conclusões na política democrática regular”, como resultado de sua crença no fato de que “...a Corte deve apreciar a causa da democracia, quando essa preserva os direitos constitucionais contra a corrosão pelas elites politicamente ascendentes que mobilizam o povo, para apoiar a rejeição de princípios anteriores à criação da lei.” (Id., ibid., p.16).

Em oposição [às posições de primazia da democracia entendida como soberania popular, compartilhadas por monistas e dualistas], **a primazia da soberania popular é desafiada** por uma segunda teoria moderna. *Enquanto nenhum desses teóricos* [ditos fundamentalistas de direito] *nega completamente um espaço para os princípios democráticos* [ou seja, os fundamentalistas também seriam democratas, a seu modo], *seus anseios populistas são limitados por compromissos e direitos fundamentais*. Não é de se admirar que os adeptos dessa teoria divirjam no que diz respeito à identificação dos direitos considerados fundamentais. Conservadores como RICHARD EPSTEIN²²⁸ dão ênfase ao papel fundamental do direito de propriedade; liberais como RONALD DWORKIN²²⁹ valorizam o direito ao respeito e à atenção igualitária; coletivistas como OWEN FISS²³⁰, apontam para os grupos menos favorecidos. Essas diferenças transparentes não nos devem cegar perante a idéia que os une. Quaisquer que sejam os direitos, somos unânimes em concordar que a constituição estadunidense, se encontra voltada, essencialmente e primordialmente para a proteção destes. Na verdade, a simples questão de possuímos direitos é ligada ao fato de fazermos uso das decisões tomadas pelas instituições democráticas, que devem legislar visando ao bem-estar coletivo. Para melhor visualizar esse traço comum, achei conveniente agrupar esses pensadores e denomina-los de ‘fundamentalistas de direitos.’²³¹

Por sua vez, o modo de os ditos “fundamentalistas de direitos” encararem o *judicial review* é afetado por esta visão particular da democracia e, pois, é bastante distinto daquele concebido pelos monistas, caracterizando-se, essencialmente pela maneira como encaram a possibilidade de que a Suprema Corte invalide leis, superando o chamado “obstáculo majoritário”, em nome de direitos fundamentais – quer dizer, quando uma legislação, ainda que democrática, encaminhe-se a “ratificar ações opressoras”. Segundo ACKERMAN, “quando ocorrem tais violações, o fundamentalista demanda a intervenção judicial apesar de negligenciar o princípio democrático.” Nesse contexto, então, os ditos “fundamentalistas de direitos” entenderiam que “os direitos se sobrepõem à democracia, desde que, obviamente, sejam direitos legítimos.”²³²

Mas a explicitação das aproximações e distanciamentos entre as correntes monistas e fundamentalistas, feita por ACKERMAN, merece ser levada a termo em uma maior extensão e de forma mais minudente nesse ponto. Isso por que uma tal espécie de análise pode auxiliar na revelação do real significado destas distinções, em suas nuances e sutilezas, de um modo que por vezes passa despercebido das abordagens que se centram exclusivamente nas classificações gerais entre correntes procedimentalistas e substancialistas sobre a prestação jurisdicional num ambiente democrático – desconsiderando, inclusive, as especificidades e diferenças desta discussão quando tratada nos Estados Unidos ou na Europa, como melhor se verá adiante.

Assim, oportuno verificar o que o próprio RONALD DWORKIN, como um dos maiores expoentes da corrente dita por Ackerman como “Fundamentalista de direitos”, assevera acerca das possibilidades do *judicial review* frente (e mesmo em oposição) ao princípio da maioria

²²⁸ Obras de referência mencionadas na própria citação: RICHARD EPSTEIN, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (1985).

²²⁹ RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, ch.5 (1978); Ronald Dworkin, *Law's Empire*, caps. 10-11 (1986).

²³⁰ OWEN FISS, “Groups and the Equal Protection Clause”, 5. *Phil. & Pub. Aff.* 107 (1976).

²³¹ ACKERMAN, B. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. pp.13-4 – destaquei.

²³² Id., *ibid.*, p.14 e 15- destaquei.

Qualquer interpretação competente da Constituição como um todo²³³ deve, portanto, reconhecer, ao contrário das duas afirmações dos passivistas, que alguns direitos constitucionais se destinam exatamente a impedir que as maiorias sigam suas próprias convicções quanto ao que a justiça requer. A Constituição insiste em que a equidade, entendida do modo como o passivista deve entendê-la, deve render-se a certos direitos fundamentais.

(....)

A equidade exige deferência para com as características estáveis e abstratas da cultura política nacional, isto é, não aos pontos de vistas de uma maioria política local ou passageira apenas por haverem triunfado em uma ocasião política específica.²³⁴

O princípio da maioria, pode, pois, conforme antes já havia sido afirmado, ser amplamente suplantado à vista de determinadas violações relevantes a direitos fundamentais constitucionalmente postos.

No entanto, esse forte pendor da relação democracia-constitucionalismo em direção ao último termo, encontrado na visão de DWORKIN sobre o tema, não pode ser confundido com um desprezo pela democracia em seu sentido mais restrito (de acolhimento da soberania popular para a condução política), ou com a autorização da pura e simples substituição dos juízos populares pelos juízos de uma “elite” judicial.

Isso por que, mesmo aí, há marcados limites para a atuação judicial revisional e eles nem de longe implicam a abertura da tese de Dworkin a ativismos arbitrários. Pelo contrário. Basta ver que aquele autor tece críticas tanto ao que denomina de “passivismo” quanto ao chamado “ativismo” judicial (no sentido de expressão de discricionarismo). Em verdade, DWORKIN apresenta o “direito como integridade” como via complexa alternativa a estes extremos, eis que é “sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, a uma concepção de equidade como convém a uma Constituição”.

Podemos resumir. O passivismo²³⁵ parece, à primeira vista, uma teoria atraente sobre a medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas. Mas, quando tomamos o cuidado de desemaranhar os diferentes problemas que mistura²³⁶, seus fundamentos intelectuais tornam-se

²³³ Acerca da “exigência de integridade constitucional” na interpretação da Constituição, cf. os esclarecimentos introdutórios de DWORKIN em *O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp.15-17.

²³⁴ DWORKIN, R. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp.450 e 451. - destaquei.

²³⁵ É próprio DWORKIN quem esclarece sobre o alcance da expressão “passivismo” (*O Império do Direito*, op.cit., pp.441 e ss.): “É preciso distinguir o historicismo de uma teoria ainda mais influente da prática constitucional que chamarei de ‘passivismo’. Seus partidários distinguem entre o que chamam de abordagem ‘ativa’ e ‘passiva’ da Constituição. Os juízes ‘passivos’, dizem eles, mostram grande deferência para com as decisões de outros poderes do Estado, o que é uma qualidade do estadista, enquanto os ‘ativos’ declaram essas decisões inconstitucionais sempre que as desaprovam, o que é tirania. Eis aqui uma afirmação e uma defesa representativas da doutrina passivista: ‘As grandes cláusulas constitucionais que nossos irmãos ativos invocam para anular o que foi feito pelo Congresso, pelo presidente ou pela legislação de algum estado são apresentadas em uma linguagem muito genérica e abstrata. Todos terão uma opinião diferente sobre o que querem dizer. Seu sentido também não pode ser determinado, do modo como pensam os historicistas, mediante uma consulta às intenções concretas dos fundadores, pois estes freqüentemente não tinham intenções pertinentes, e não temos um modo confiável de descobrir quais eram suas intenções. Em tais circunstâncias, a teoria democrática insiste em que as próprias pessoas devem decidir se a Constituição proscreve a segregação, assegura a liberdade de aborto ou proíbe a pena de morte. Isso significa atribuir ao Estado e aos legislativos nacionais a última palavra sobre estas questões. As pessoas só podem contrariar a Suprema Corte mediante o processo complicado e improvável de emenda constitucional, o que de qualquer modo exige muito mais do que uma maioria simples. Podem modificar o legislativo da eleição seguinte.’”

²³⁶ Sobre o ponto, esclarece DWORKIN (*O Império do Direito*..., op.cit., pp.443 e ss.): “Mas essa afirmação do passivismo mistura problemas diferentes, e nosso exame deve começar pela distinção entre eles. A afirmação [destacada na citação

invariavelmente mais frágeis. Deve ser ou conter uma teoria sobre o que a Constituição já é enquanto direito fundamental, o que significa que deve ser uma interpretação prática constitucional entendida em sentido amplo. O passivismo apenas precariamente se ajusta a essa prática, e só a mostra em sua melhor perspectiva se admitirmos que, como questão de justiça, os indivíduos não têm direitos contra as maiorias políticas – o que é estranho à nossa cultura constitucional – ou que a equidade, definida de um modo especial que zomba da própria idéia de direitos constitucionais, é a virtude essencial mais importante. *Se rejeitarmos essas idéias nada atraentes, rejeitaremos também o passivismo.* Isso significa que devemos aceitar a teoria contrária, a teoria bicho-papão que os passivistas chamam de “ativismo”?

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por ‘fiat’, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz da maneira complexa (...). Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: **o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo toscos, atrelado apenas ao senso de justiça de cada juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo²³⁷, não cede espaço algum à tirania.**²³⁸

anterior do corpo do texto] parece dirigir-se a **três questões diferentes ao mesmo tempo**. A **primeira**, é a questão da aprovação. *Quem deve fazer a Constituição?* O direito fundamental deve ser escolhido por juízes que não foram eleitos, mas nomeados por toda a vida, ou, de algum modo mais democrático, por legisladores eleitos pelo povo perante o qual se torna responsável? A **segunda questão** é de competência. Que instituição, no sistema político norte-americano, tem autoridade para decidir o que a atual Constituição, devidamente interpretada, realmente exige? A **terceira** é a questão jurídica. *O que a atual Constituição, devidamente interpretada, realmente exige?* Alguns passivistas pensam estar respondendo à segunda questão; a maioria age como se estivesse respondendo à primeira. *Mas a terceira, a jurídica, é aquela à qual se deve dirigir se pretendem que a sua teoria tenha alguma importância prática.* E na tentativa de então desemaranhar estas questões, prossegue DWORKIN: “O caso ‘*Marbury vs. Madison*’ decidiu a **segunda** [a questão da competência], a questão da competência, pelo menos para o futuro previsível: a *Suprema Corte, queira ou não, deve decidir por si mesma se a Constituição proíbe que os estados criminalizem o aborto em certas circunstâncias*. O passivismo afirma que a Corte deve exercer esse poder ao adotar como sua a resposta do legislativo, *mas esse conselho só se sustenta se decorrer da resposta à terceira questão, à jurídica*. Se a resposta certa a essa questão afirmar que a Constituição realmente proíbe que os estados criminalizem o aborto, então submeter-se à opinião contrária de uma legislatura significaria ‘emendar’ a Constituição exatamente da maneira que o passivismo considera estarrecedora. A **primeira questão**, a da aprovação, depende da terceira, a jurídica, exatamente do mesmo modo. Os passivistas denunciam a criação judicial de normas de nível constitucional; afirmam que a democracia significa que o povo deve criar o direito fundamental. Mas a relevância dessa atraente proposta pressupõe, uma vez mais, uma resposta à terceira questão, a jurídica. Se a Constituição, devidamente interpretada, não proíbe a pena de morte, então certamente um juiz que declarasse ser inconstitucional que os estados executem criminosos estaria mudando a Constituição. Mas se a Constituição, devidamente interpretada, de fato proíbe a pena de morte, um juiz que se ‘recusasse’ a anular leis estaduais que estabelecessem as penas de morte estaria mudando a Constituição por decreto, usurpando autoridade em desafio ao princípio constitucional.

A **questão de direito [terceira]**, em outras palavras, é inevitável. Devemos entender o passivismo para declarar que, juridicamente, as cláusulas abstratas da Constituição não concedem aos cidadãos ‘nenhum’ direito, a não ser os direitos concretos que, indiscutivelmente, decorrem somente da linguagem destas cláusulas. De outro modo, toda sua indignação sobre a usurpação judicial, todo o seu fervor pela democracia serão irrelevantes à prática jurídica, uma profusão de pistas falsas.” (Op.cit., p.443-4 – destaquei.). E é precisamente por isso que ele não se sustenta, na visão de DWORKIN.

²³⁷ Importante referir a conclusão de DWORKIN, após argumentar contra o historicismo e o passivismo, a respeito deste exame feito sobre o estado da teoria constitucional acadêmica nos Estados Unidos, ao tempo da elaboração da obra *O Império do Direito*: “O passivismo e o historicismo não podem oferecer uma boa interpretação. Podemos aprender com seu fracasso: **devemos desconfiar de qualquer estratégia interpretativa apriorística**, fixada numa orientação estreita e formada pela justaposição de idéias, para decidir o que é uma constituição.” (Op.cit..., p.453 – destaquei.). E, adiantando-se algo que será visto com mais fôlego adiante, e que merece reflexão a partir da advertência de Dworkin: o que tem vingado, contemporaneamente, em nosso meio jurídico nacional, senão uma forte intenção e prática voltada às estratégias interpretativas apriorísticas?

²³⁸ DWORKIN, R. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp.451 e 452. - destaquei.

Mas o que é mais significativo nesse ponto é que, ao fim e ao cabo, DWORKIN, a partir de uma interpretação do direito como integridade²³⁹, estribando-se na valorização da idéia de princípios²⁴⁰ e num norte fundamental de dever de igual consideração entre as pessoas que deva acompanhar sempre o agir político²⁴¹, revela que pensa a *democracia* (ou a *relação democracia-constitucionalismo*) de forma muito diversa daquela proposta por ELY.

²³⁹ Cf., para uma **discussão geral da integridade no direito**, *Law's Empire*, ou *O Império do Direito*, op.cit, mormente nos capítulos VI ("Integridade", pp.213 e ss.) e VII ("Integridade no Direito", pp. 271 e ss.). Cf. ainda, sobre o mesmo assunto, o tópico "A integridade da lei", em *O Direito da Liberdade...*, op.cit., pp.129 e ss.; e particularmente sobre a "**exigência de integridade constitucional**" na interpretação, cf. os seguintes esclarecimentos introdutórios: "...a **interpretação constitucional sob a leitura moral é disciplinada pela exigência de 'integridade' constitucional...** Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado. Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com as outras (Em outro texto, eu disse que *os juízes são como escritores que criam juntos um romance-em-cadeia no qual cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história* [vide *Law's Empire*, p.228, cf. nota n.7 do original].) Mesmo um juiz que acredite que a igualdade econômica é uma exigência da justiça abstrata não pode, em seu trabalho de interpretação, concluir que o dispositivo da igualdade de proteção significa que a igualdade de riqueza ou de propriedade coletiva dos meios de produção são exigências da Constituição, pois essa interpretação simplesmente não se harmoniza com a história dos Estados Unidos, com a prática norte-americana e com o restante da Constituição. *O juiz também não pode, sem fugir à plausibilidade, pensar que a estrutura constitucional deixa a seus cuidados mais do que certos direitos políticos básicos e estruturais.* O juiz pode até ser de opinião de que uma sociedade verdadeiramente comprometida com a igualdade de consideração forneceria recursos especiais aos deficientes, ou garantiria a todos um acesso seguro a parques recreativos, ou ainda proporcionaria tratamentos médicos heróicos ou experimentais, por mais caros e incertos que fossem, para qualquer pessoa cuja vida tivesse a mínima possibilidade de ser salva. Mas o juiz violaria a integridade constitucional se tratasse essas determinações como elementos do direito constitucional. *Os juízes devem se submeter à opinião geral e estabelecida acerca do caráter do poder que a Constituição lhes confere. A leitura moral lhes pede que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais – a melhor concepção, por exemplo, de o que realmente significa a igualdade moral dos homens e das mulheres – que se encaixe no conjunto da história norte-americana. Não lhes pede que sigam os ditames da própria consciência* ou das tradições da própria classe ou do partido, *caso esses ditames ou tradições não se enquadrem nesse conjunto histórico. É claro que os juízes podem abusar de seu poder – podem fingir observar a integridade constitucional e na verdade infringi-la.* Mas o fato é que os generais, os presidentes e sacerdotes também podem abusar de seu poder. *A leitura moral é uma estratégia aplicável por advogados e juízes que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais do que isso. Saliento as restrições da história e da integridade por que elas demonstram o quanto é exagerada a queixa comum de que a leitura moral dá aos juízes um poder absoluto para impor a todos nós suas próprias convicções morais.*" (DWORKIN, R. *O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp.15-17- destaquei).

²⁴⁰ Cf. DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, capítulos 1-5, particularmente aqueles denominados "o modelo de regras I" e "o modelo de regras II", destacando-se, ainda, o tópico "Regras, princípios e políticas", pp.35 e ss., para algumas definições e distinções importantes (particularmente, entre regras e princípios, pp.37 e ss., e entre "políticas" e princípios (p.36).

²⁴¹ Cf. DWORKIN, *O Direito da Liberdade...* op.cit., p. 26: "*O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e respeito.*" (destaquei). Sobre a relevância da noção de "direito ao igual respeito" na visão de Dworkin, cf. a análise que faz do tema à luz da teoria de RAWLS, em *Levando os Direitos a Sério* (São Paulo: Martins Fontes, 2002), no capítulo "A justiça e os direitos", particularmente às pp.279 e ss., onde destaca que o direito ao igual respeito, na teoria de Rawls, nem chega a ser um direito que emerge do contrato, mas é, antes disso, um "direito fundamental" que deve ser pressuposto, como "uma condição para a admissão à posição original" naquela teoria (p.279). Daí concluir ali que "podemos dizer que a justiça enquanto equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito" (p.280) e que "*o pressuposto mais básico de Rawls não é o de que os homens tenham direito a determinadas liberdades que Locke ou Mill consideravam importantes, mas que eles têm direito ao igual respeito e consideração pelo projeto das instituições políticas*" (p.281-destaquei). A relevância dessa ideia ainda se manifestará nas considerações a respeito da legitimidade política, segundo a visão de DWORKIN, onde a melhor defesa desta legitimidade vai ser encontrada "no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes", o que engloba também essa necessidade de igual consideração, afim de que se possa conceber a existência de verdadeiras obrigações associativas, no campo político (Cf. *O Império dos Direitos*, pp. 237 e ss., especialmente pp.242-3, e pp.249 e ss., especialmente 249 e 257).

A sua concepção do instituto é mais larga, já por princípio, do que aquela idealizada pelos defensores da democracia representativa extremada, em termos de um quase absoluto governo da maioria²⁴². Ela transcende o formalismo da democracia meramente representativa e se coloca numa dimensão que não exclui a regra majoritária, mas que vai bem mais além do que simplesmente tolerar a (excepcional) existência de um princípio contramajoritário (representado pelo relevo dado ao constitucionalismo na sua relação com a ideia de democracia em sentido mais estrito) na democracia.

Com efeito. Trata-se de uma compreensão de democracia que busca, precisamente a partir de uma *composição com o constitucionalismo* (com o princípio contramajoritário inerente ao *judicial review*), uma dimensão mais *substancial* (e não apenas procedimental) daquela categoria política fundamental, agora compreendida de forma mais aberta e larga.

O que DWORKIN apresenta e defende, então, é uma *concepção constitucional de democracia*, em oposição a uma *concepção majoritária de democracia*²⁴³ (como é a de ELY), segundo o que se extrai da seguinte passagem

Democracia significa governo do povo. Mas o que significa isso? Nenhuma definição explícita de democracia se estabeleceu em definitivo. Muito pelo contrário, a realidade da democracia é objeto de profundas controvérsias. As pessoas discordam acerca de quais técnicas de representação..., qual periodicidade eleitoral...e quais outros arranjos institucionais constituem a melhor versão possível da democracia. Porém, *por detrás destes conhecidos debates sobre a estrutura da democracia, existe, na minha opinião, uma disputa filosófica acerca do ‘valor’ ou ‘objetivo’ fundamental da democracia; e uma determinada questão abstrata é crucial para essa disputa, embora isso nem sempre seja reconhecido. Devemos aceitar ou rejeitar a premissa majoritária?*

A premissa majoritária é uma tese a respeito dos resultados justos de um processo político: insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos deles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e tempo suficiente para refletir

(....)

Se rejeitarmos a premissa majoritária, precisaremos de uma explicação diferente, e melhor, do valor e da finalidade da democracia. Vou defender agora uma explicação que chamo de *concepção constitucional da democracia* – que efetivamente rejeita a premissa majoritária. Segundo essa explicação, o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais não é nem uma meta nem uma definição da democracia. *O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito.* É certo que essa explicação alternativa exige uma estrutura de Estado muito semelhante à exigida pela premissa majoritária. Exige que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares. *Porém, a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria. Por isso, não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não-majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia, e não aceita que essas exceções sejam causa de arrependimento moral.*²⁴⁴

²⁴² DWORKIN denomina a sua concepção de democracia de “*concepção constitucional de democracia*” e não teme em afirmar expressamente: “Vou defender agora uma explicação – que chamo de *concepção constitucional de democracia*, que efetivamente rejeita a premissa majoritária.” (O Direito da Liberdade...op.cit., p. 26 – destaquei).

²⁴³ Cf. DWORKIN, O Direito da Liberdade...op.cit., p. 29.

²⁴⁴ Cf. DWORKIN, O Direito da Liberdade...op.cit., pp.24 e 26. - destaquei.

E conclui DWORKIN

Em suma, a *concepção constitucional da democracia* assume em relação ao governo majoritário a atitude descrita a seguir. A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições ‘democráticas’ – de igualdade de ‘status’ para todos os cidadãos. *Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas.*²⁴⁵

Há de se dizer, de resto, que a par de isso acarretar uma relativização mais ampla do princípio majoritário – o que, na visão de Ackerman, nos termos do historicamente posto na Constituição americana, seria questionável -, ou mesmo um deslocamento do eixo de compreensão da função e valor de tal princípio na democracia, acarreta ainda a necessidade de recurso aos clássicos da filosofia política para o fim de encontrar o suporte necessário a suas ideias. E essa aparente substituição da sabedoria popular da maioria, por uma orientação a partir dos pensadores da política, também enseja críticas, no âmbito do debate americano. Diz ACKERMAN, a respeito deste relevante ponto²⁴⁶

Enquanto os monistas mencionam uma série de americanos, desde Wilson e Thayer até Frankfurter e Bickel, os fundamentalistas valorizam os escritores filosóficos, posteriormente removidos no tempo e no espaço – tendo KANT (por meio de RAWLS) e LOCKE (por meio de NOZICK), atualmente representado as mais importantes fontes de inspiração.

(...)

Entretanto, há um problema nesse contexto. Na verdade, é a ansiedade com relação à definição arbitrária de direitos que induz dos pensadores fundamentalistas a recorrer a grandes filósofos como Kant e Locke, em um esforço de interpretar a Constituição. Se cabe aos juízes evitar a arbitrariedade na definição de direitos fundamentais, não deveriam eles tirar vantagens das mais profundas reflexões sobre o assunto, disponíveis na tradição ocidental?

*Para o monista, esse enfoque dado aos grandes livros é, portanto, outro sintoma do desvio antidemocrático dos fundamentalistas. Quaisquer que sejam os méritos dos filósofos do discurso fundamentalista, este é invariavelmente esotérico, ligado a autores e doutrinas que a maioria das pessoas com grau universitário astuciosamente evitaram em sua vida acadêmica. Esse discurso exaltado sobre Kant e Locke apenas **ressalta o elitismo** notório que anula as questões fundamentais do processo democrático [alega o monista].*

Essas objeções raramente convencem o fundamentalista. Elas simplesmente surgem para gerar mais ansiedade sobre a facilidade com a qual a democracia monista pode ser banida pela irracionalidade demagógica. E assim, o debate continua, com os dois lados discutindo entre si: a democracia contra os direitos e os direitos contra a democracia, sem que se mude a opinião de ambos.

Veja-se, nesse passo, o quanto mais profundas são as divergências entre tais correntes do que se poderia supor a partir de uma análise mais superficial de sua mera qualificação como tendentes a um procedimentalismo ou a um substancialismo jurisdicional. Anote-se, ainda, o quanto mais complexa (e rica) parece apresentar-se esta questão toda à luz do exame dos pressupostos da discussão acerca do *judicial review*, ou seja, à luz do exame das concepções de cada corrente acerca de democracia, à partir da compreensão do que a Constituição americana consagra a esse respeito.

²⁴⁵ Cf. DWORKIN, *O Direito da Liberdade*....,op.cit., p.27. - destaquei.

²⁴⁶ Cf. ACKERMAN, *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*....,op.cit., pp. 14-15 – destaquei.

De qualquer sorte, é interessante destacar ainda, a esta altura, que este debate já permite definir a existência de um papel certo e relevante do Judiciário na democracia contemporânea, mesmo no âmbito das mais restritivas correntes americanas acerca dos limites da legitimidade da prestação jurisdicional, que não pode ser mais ignorado ou minorado.

Ainda que se restrinja a democracia à sua dimensão representativa, ainda que se acolha a posição da regra majoritária como quase absoluta, não se pode razoavelmente deixar de considerar a necessidade de uma intervenção judicial relevante em situações mais extremas, eis que até mesmo os ditos monistas americanos acolhem a possibilidade do *judicial review* em determinadas situações. Especialmente em situações de se garantir um papel contramajoritário essencial à jurisdição constitucional, como no caso das violações de direitos de minorias, há a compreensão de que deva haver alguma forma de intervenção judicial para a garantia da democracia, no âmbito do que prevê a Constituição americana.

Nesse sentido é a postura do próprio JOHN HART ELY. Senão veja-se o que consta a respeito do ponto em seu clássico “Democracy and distrust”, ao se admitir a necessidade de certos mecanismos para o combate de sobreposições indevidas da maioria sobre a minoria, apesar de todas as advertências de que isso deve se dar de forma contida e de que “rule in accord with the consent of a majority of those governed is the core of the American governmental system”²⁴⁷, seja já no primeiro capítulo da obra, seja, de forma mais completa no seu capítulo 6, intitulado “Facilitating the representation of minorities”²⁴⁸.

O ponto nodal deste tema, entretanto, é indagar, então: o argumento que justifica uma maior ou menor restrição da atuação jurisdicional, e, pois, que dá suporte aos entendimentos mais ou menos limitados acerca da legitimidade da prestação jurisdicional, no âmbito já restrito desta discussão, é extraído de onde, de que compreensão da democracia? E de que Constituição ou interpretação da Constituição se extrai, por sua vez, essa noção de democracia?

É aí que se revela a origem da restrição das correntes monistas ao *judicial review*, por exemplo. Os ditos monistas concebem a intervenção judicial sempre como um mal, ainda que eventualmente necessário, por que partem sempre do pressuposto de que o dito “obstáculo majoritário” torna a revisão judicial presumivelmente ilegítima, até prova em contrário²⁴⁹. A sua compreensão restritiva de democracia, e a sua interpretação de que é a democracia representativa que está resguardada e prevista pela Constituição norte-americana – e não outra qualquer –, é que autorizam esse ponto de vista.

Já os fundamentalistas não encontram razão para dar um tão amplo respeito ao princípio majoritário da democracia. Sua visão a respeito desta temática é precisamente oposta a esta sobrevalorização do princípio majoritário, como se viu. Isso porque, para eles, segundo Ackerman, a Constituição e a proteção aos direitos se encontram em primeiro lugar, à frente das possibilidades

²⁴⁷ ACKERMAN, *Nós, o povo soberano*...., op.cit., ao longo das pp. 6,7 e 8 – citação extraída da p.7.

²⁴⁸ Id., *ibid.*, pp.135 e ss.

²⁴⁹ Id., *ibid.*, p.14.

derivadas da política democrática regular²⁵⁰. Ou por outra: o *judicial review* não é concebido como uma espécie de mal necessário, que deva ser tão absolutamente restrito quanto concebem os monistas, que o tem por aceitável apenas para situações extremas de assecuração um papel mínimo de balanço contramajoritário cabível ao judiciário. Ele pode e deve ser tomado como instrumento de mais larga proteção aos direitos fundamentais postos na Constituição²⁵¹ e, de certo modo, à própria democracia concebida de uma forma algo mais ampla do que aquela exposta pela simples consideração da regra da maioria como elemento central (e quase único) de caracterização desta forma de governo.

É, pois, uma concepção de **democracia constitucional**, em oposição a uma concepção majoritária de democracia, *que garante uma legitimidade da prestação jurisdicional constitucional mais larga*, para se utilizar aqui a visão de DWORKIN sobre o tema²⁵².

E, aliás, é precisamente neste contexto, inclusive, que se apresenta a célebre abertura aos princípios – já mencionada antes –, como possibilidade ampliativa de uma tal atuação judicial em casos em que se verifique a necessidade de intervenção judicial nestes moldes – embora, desde logo se adiante, a própria distinção feita por Dworkin entre princípios e “policies”²⁵³ já bem demonstre que mesmo este autor, no âmbito da Constituição e realidade americanas, entende limitada esta possibilidade de intervenção judicial democraticamente legítima, na orientação da vida em sociedade e particularmente na realização de políticas públicas, com se verá.

Ora, bem postas estas questões, passa a ser possível a melhor compreensão da própria posição de BRUCE ACKERMAN²⁵⁴ acerca da democracia estadunidense e das possibilidades do *judicial review* naquele contexto, por comparação. E isso se dá a partir da resposta que aquele autor engendra à seguinte indagação que formula na sua obra ora em foco: “Como a introdução do dualismo modifica a forma desse campo controverso que nos parece familiar? – referindo-se ao debate continuado entre as

²⁵⁰ Id., *ibid.*, pp. 16 e 17. Diz ACKERMAN que para os fundamentalistas “...os direitos se sobrepõem às conclusões na política democrática regular” (p.16) e que “a Constituição [para eles] encontra-se em primeiro lugar, engajada na proteção de direitos; apenas em segundo plano é que autoriza o povo a impor sua vontade sobre outras questões.” (p.17).

²⁵¹ Direitos estes tidos por DWORKIN como *trunfos contra a maioria*, como bem refere o constitucionalista português REIS NOVAIS, que menciona que a ideia originária de Dworkin é que “ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado; a força da qualidade de trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, bate a força do número, da quantidade, das cartas dos outros naipes.” Aliás, a proposta de REIS NOVAIS para compreender esta noção é a seguinte, conforme deflui do que expõe ao tratar os “direitos como trunfos contra a maioria”, especificando o “sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático” (Capítulo I), em sua obra **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria** (Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.17): “Propomo-nos fazer aqui uma reflexão sobre as relações complexas entre Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais, recorrendo basicamente à ideia originária de DWORKIN segundo a qual ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado; a força da qualidade de trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, bate a força do número, da quantidade, das cartas dos outros naipes. Aplicada ao sistema jurídico de Estado de Direito, e tendo em conta que o outro ‘jogador’ é o Estado, já que primariamente, os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais face ao Estado, ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, a final, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos. A imagem dos direitos fundamentais como trunfos remete, nesse sentido, para a hipótese de uma tensão ou, até, uma oposição –dir-se-ia insuperável – entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre Estado de Direito e democracia”.

²⁵² Diz DWORKIN: “Temos de examinar o que está por detrás da democracia a fim de considerar à luz dessas virtudes e valores mais profundos, **qual concepção de democracia – a concepção majoritária, baseada na premissa majoritária, ou a concepção constitucional que a rejeita – é a mais sólida.**” (*O direito da liberdade...*, op.cit., p.29 – destaquei.).

²⁵³ Cf. DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério...*, op.cit., p.36.

²⁵⁴ Que tenta, assumidamente, uma relativa conciliação entre as posições divergentes, como se verá em seguida.

duas correntes de pensamento já examinadas, onde se estabelecem as polarizações do tipo “a democracia contra os direitos e os direitos contra a democracia”²⁵⁵. Diz ACKERMAN que, nesse ponto, o dualismo oferece

(...) uma estrutura que **permite a ambos os lados acomodar**, para não dizer todos, mas **alguns de seus interesses**. O **primeiro recurso** mediador é o sistema de mão-dupla da criação da lei. Ele dá espaço à visão fundamentalista para que os ‘direitos triunfem’ sem violar o compromisso rígido monista com a primazia da democracia. (...) Como verificamos, o dualista acredita que a Corte deve apreciar a causa da democracia, quando essa preserva os direitos constitucionais contra a corrosão pelas elites politicamente ascendentes que mobilizam o povo, para apoiar a rejeição de princípios anteriores à criação da lei. Assim, diferentemente do monista, ele **não terá problemas em apoiar a idéia de que os direitos se sobrepõem às conclusões na política democrática regular**. Ele **poderá fazê-lo, entretanto, sem o auxílio de princípios não-democráticos** proferidos pelos fundamentalistas de direitos. Desta forma, o dualista oferece uma **reconciliação** mais efetiva da **democracia** e dos **direitos** daqueles que encontram propriedade nos dois pólos do debate.²⁵⁶

Mas como precisar melhor, em que exatamente, afinal, o dualismo seria distinto do “fundamentalismo de direitos”, então, e, mais do que isso, no que supostamente seria “melhor”, já que sua posição parece mais se aproximar de uma preocupação que se distânciava, sob certa perspectiva, dos limites mais puramente procedimentalistas da prestação jurisdicional constitucional – para utilizar-se aqui uma terminologia mais próxima da discussão brasileira - que parecem caracterizar a posição monista?

A resposta de Ackerman é corajosa e surpreendente: **quanto à distinção**, encontra-se fundamentalmente no fato de que, apesar de a posição dualista se preocupar com a assecuração de direitos constitucionalmente postos, *sua prioridade é a preocupação, antes de tudo, com a realização da vontade popular, apesar de todas as consequências extremas e deletérias* que é possível derivar desta firme posição de prevalência soberana desta vontade *acaso levada às últimas consequências* (v.g., no caso da prevalência das emendas constitucionais e impossibilidade de sua revisão judicial, como se verá adiante) – ao passo que os fundamentalistas, como adiantado, invertem essa prioridade: a preocupação daqueles seria antes com a garantia dos direitos fundamentais, do que com a soberania popular²⁵⁷.

Já **quanto ao motivo** para se preferir a posição da corrente dualista à dos fundamentalistas, assume Ackerman lisamente que ele deriva pura e simplesmente do fato de que, na ótica daquela corrente, *a Constituição dos Estados Unidos da América é que determina esta prioridade*. Vale dizer:

²⁵⁵ Cf. ACKERMAN, *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional...*op.cit., p. 15.

²⁵⁶ ACKERMAN, *Nós, o povo soberano...*, op.cit., pp.15,16 e 17- destaquei..

²⁵⁷ Diz ACKERMAN: “Essa reconciliação [referindo-se ao trecho já transcrito no corpo do texto] evidentemente, não será suficiente para todos os adeptos das outras teorias conflitantes. O problema para o fundamentalista compromissado, sem dúvida, é o da superficialidade das fundamentações construídas pelos dualistas para a proteção de direitos. Admite o fundamentalista que o dualista aclamará a tutela de direitos se uma garantia for assegurada na criação da lei no grau superior. Mas essa é uma hipótese bastante imprevisível. E se o povo não adotar a legítimo Instituto legal? Deve a Constituição ser interpretada de modo a permitir a perpetração injusta da lei?

São as diferentes respostas a essa questão que *continuam a distinguir os dualistas dos fundamentalistas compromissados*.

Para os dualistas, a tutela de direitos depende da declaração democrática prévia na instância superior de criação da lei. Nesse sentido, *a Constituição dualista é, antes de tudo, democrática, e posteriormente, asseguradora de direitos*. **O fundamentalista compromissado** reverte essa prioridade: **a Constituição encontra-se, em primeiro lugar, engajada na proteção de direitos; apenas em segundo plano é que autoriza o povo a impor sua vontade sobre outras questões.**” (*Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional...*op.cit., p. 17- destaquei.).

*não há posição essencialista quanto ao ponto; a postura dualista não é essencialmente “melhor” ou mais aceitável de um ponto de vista da realização da democracia (até porque justamente ao contrário, isso depende do conceito de democracia que se deva ter, segundo o que se procura defender neste estudo). A dita inversão de prioridade só é, então, “melhor”, no sentido de mais adequada ao estudo proposto por Ackerman, porque, no entendimento daquele estudioso, é possível concluir que a Constituição estadunidense é estabelecida sobre bases dualistas, e não fundamentalistas*²⁵⁸.

E é uma tal posição corajosa por que, como se adiantou, acaso levada às últimas consequências, coloca uma tal tese frente a situações extremamente complicadas, como revela o próprio ACKERMAN, nos exemplos hipotéticos vertidos às páginas 17 e 18 de sua obra ora em foco

Um caso hipotético: suponhamos que o renascimento religioso, atualmente predominante no mundo islâmico, pudesse constituir a primeira onda de um grande despertar que envolvesse o Ocidente cristão. Uma rejeição generalizada contra o materialismo pagão mobilizando políticas de massa e que resultasse finalmente em um projeto de alteração parcial da Primeira Emenda Constitucional. Com o renascer do novo milênio, a Emenda XXVII seria proclamada por todo o território nacional com a seguinte redação: ‘O cristianismo é a religião nacional do povo estadunidense e os cultos públicos a outros deuses, de qualquer natureza, são proibidos nos termos desta Emenda.’

Este dispositivo constitucional proporcionaria uma transformação essencial na nossa herança jurídica constitucional, na mesma proporção, embora de um modo diferente, das conquistas realizadas pelos Republicanos da Reconstrução e pelos Democratas do ‘New Deal’ em gerações passadas. *No entanto, tal emenda desrespeitaria profundamente o próprio compromisso com a liberdade de consciência. Não obstante, se tivesse eu o infortúnio de ser um membro da Suprema Corte (servindo como mediador), não teria qualquer dúvida quanto à minha responsabilidade. Embora eu tivesse a convicção de que tal emenda de natureza religiosa estivesse inteiramente equivocada, deveria interpretá-la como parte integrante da Constituição estadunidense: somente se algum opositor do novo milênio oferecesse um projeto para convencer o Supremo do contrário, somente assim, deveria discutir o assunto com outros membros da Corte para rejeitar o pedido, ou demitir-me do meu cargo, e associar-me a uma campanha para convencer o povo estadunidense a mudar de idéia.*

*No entanto, eu não seguiria o curso sugerido pelos fundamentalistas, ou seja, manifestar formalmente a minha opinião divergente negando a validade da alteração da Primeira Emenda. Além do mais, duvido que a maioria dos advogados americanos discorde dessa afirmação*²⁵⁹, mesmo entre aqueles que aderem ao fundamentalismo retórico.²⁶⁰

Conclui ACKERMAN, então, que não importa que se chegue a este tipo de consequência²⁶¹ extremamente indesejável, no caso de uma tal deletéria emenda constitucional: *no âmbito do previsto*

²⁵⁸ ACKERMAN, *Nós, o povo soberano...*, op.cit., p.17.

²⁵⁹ Cita-se a seguinte passagem relevante, a respeito do ponto, no original (Op. cit., p.18, nota nº20): “O recente movimento contra a proposta ‘flag-burning amendment’ do Presidente Bush ilustra essa visão. Nenhum opositor de renome sugeriu que a Primeira Emenda não pudesse ser validamente revisada, embora a iniciativa de Bush atingisse o âmago da preocupação da Emenda com a livre expressão política. Em vez disso, os opositores confiaram no bom senso do povo dos Estados Unidos e o persuadiram com sucesso a rejeitar essa agressão ao legado nacionalista de liberdade.”

²⁶⁰ Id., ibid., pp.17-18 - destaquei.

²⁶¹ Embora Ackerman, mesmo aceitando estas sérias e negativas consequências do modelo americano de democracia e de constituição, quando levadas ao extremo, não deixe de lamentar que assim deva ser, nos seguintes termos: “Falando como cidadão, não me alegra essa descoberta. Eu, particularmente, acredito ser uma boa idéia impedir a revisão da Declaração de Direitos contra grupos majoritários americanos no futuro, envolvidos em algum paroxismo neonazista. Todavia, de certo modo, o exposto apenas reforça o meu ponto de vista, que é o de esclarecer o espírito da Constituição como ela é, não como ela poderia ou não ser. A menos que um movimento político tenha sucesso em estabelecer uma Declaração de Direitos moderna, o dualismo permanece como o melhor representante dos anseios da sociedade estadunidense, em comparação com qualquer outra interpretação fundamentalista. A constituição coloca a democracia em primeiro plano; contudo, não de maneira simplista, como supõem os monistas.” (Op.cit., p.20- destaquei).

na *Constituição dos Estados Unidos*²⁶², seria absurdo²⁶³ pretender revisar uma tal decisão adotada democraticamente (precisamente num daqueles momentos de excepcional manifestação da vontade do povo para o fim de alterar a própria Constituição), por meio do *judicial review*, ante a **prioridade consagrada por ela à vontade popular**. “Nos Estados Unidos”, prossegue Ackerman, “*diferentemente do que ocorre na Alemanha, é o povo a fonte dos direitos; a Constituição não determina os direitos que o povo deve estabelecer ou exercer*”.²⁶⁴

O que mais importa ressaltar nesse passo, contudo, para bem dimensionar como o contexto estadunidense se afasta neste ponto das possibilidades postas por Constituições ditas por ele como “fundamentalistas de direitos”, tal qual seria a da Alemanha, atualmente (e, **sob este ponto de vista**²⁶⁵, certamente a *Constituição Federal brasileira de 1988*, considerada nestes termos, segundo parece possível concluir aqui). Segundo o próprio Ackerman, **seria absolutamente possível e admissível (mesmo um dever) a atuação da jurisdição constitucional da Corte Constitucional alemã no contexto do exemplo hipotético antes referido**.

Eis o excerto onde resta expressa tal postura

Esse desacordo jurídico não seria absurdo em outros países, mais notadamente na Alemanha moderna. Na Alemanha pós-nazista, a nova *Constituição da Alemanha Ocidental explicitamente declarou que uma extensa lista de direitos humanos fundamentais não poderiam ser constitucionalmente revisados*, não obstante o número de alemães que a pudesse rejeitar. Diante desse ato consciente de preservação, **seria absolutamente correto que a Corte Constitucional alemã emitisse um parecer, embora absurdo no contexto estadunidense, que derrubasse uma emenda violando abertamente a liberdade de consciência**. Mediante esta **constituição fundamentalista**, os juízes estariam dentro do seu direito de resistir: se a maioria política dominante insistisse na rejeição, seriam obrigados a substituir toda a constituição por uma outra, nova, perante a sua determinação de destruir os direitos fundamentais.

Contudo, o exposto, simplesmente, deixa claro o quanto a América dualista se encontra distante, atualmente, da Alemanha fundamentalista. Até certo ponto, os Estados Unidos já são experientes quando se trata de manter contato com a teimosia alemã, dela obtendo resultados bastante negativos. Os fundadores tinham perfeito conhecimento da resistência em 1787, mas não se utilizaram desse recurso para servir à causa da liberdade dos homens. Eles empregaram esse aparato para solidificar o comércio de escravos, proibindo expressamente o povo estadunidense de criar emendas para impedir essa prática até o ano de 1808. Esse relato histórico pressupõe a inconsistência da interpretação fundamentalista mediante as premissas existentes no sistema estadunidense de legislar. **Nos Estados Unidos, diferentemente do que ocorre na Alemanha, é o povo a fonte de direitos; a Constituição não determina os direitos que o povo deve estabelecer ou exercer**.²⁶⁶

²⁶² Interessante, nesse passo, o esclarecimento de ACKERMAN, em *Transformação do Direito Constitucional: Nós, o povo soberano*. (Belo Horizonte: Del Rey, 2009), no prefácio a esta edição brasileira de *We the people: transformations*, tentando chamar a atenção para a realidade específica americana: “O constitucionalismo nos Estados Unidos não se caracterizou por ser um movimento que, conforme estabelecido pela versão simplista, ‘jogou pelas regras’. Ele envolve um processo bem mais criativo de adaptações institucionais e teóricas em decorrência da prática de soberania popular das últimas gerações. É somente ao manter a Constituição vinculada às práticas de autodeterminação populares que o governo norte-americano conseguiu manter a sua reivindicação de legitimidade no curso dos dois últimos séculos.” (Op.cit., p.xxviii – destaquei).

²⁶³ A expressão utilizada por Ackerman é exatamente esta. Cf. ACKERMAN, *Nós, o povo soberano...*, op.cit., p.19, linha 9.

²⁶⁴ Id., Ibid., p.20 – destaquei.

²⁶⁵ Como se verá em nota posterior, em que pese esta similaridade básica fundamental entre as constituições alemã e brasileira quanto a estes pontos específicos, que as distingue da americana, Streck parece entender não ser possível levar esta aproximação até o fim. Ou melhor, por mais específico: aquele autor parece divergir quanto à natureza dos vetores diretivos que se encontram fixados em cada uma destas constituições (na CF/88, exclusivamente princípios fixariam tais diretivas, dotando-a de caráter *exclusivamente deontológico*, sem espaço para uma dimensão axiológica – ao contrário do que se fixa, ou pelo menos se interpreta, para a constituição alemã, no que diz respeito a valores).

²⁶⁶ ACKERMAN, *Nós, o povo soberano...*, op.cit., pp.19-21 – destaquei.

Tudo isso, a par de pôr fim a este brevíssimo esboço acerca das correntes acerca do papel e dos limites de legitimidade democrática da jurisdição constitucional no âmbito da realidade norte-americana, orientado pela visão de ACKERMAN²⁶⁷, *leva a uma primeira conclusão fundamental sobre o ponto*: a pura e simples transposição de conclusões procedimentalistas da academia americana, ou mesmo de certos limites mais rígidos a um exercício jurisdicional substancialista, no âmbito de um regime democrático, desconsideraria essa diferença fundamental apontada pelo próprio autor estadunidense. Ou seja: desconsideraria as peculiaridades da Constituição e das concepções norte-americanas de democracia.

Ou ainda por outra, de forma mais ampla: só se pode debater acerca da questão da legitimidade democrática da prestação jurisdicional constitucional – e, mais ainda, sobre os limites desta atividade, para que se mantenha nos lindes do que autorizado pela democracia - a partir da realização de uma revisão dos pressupostos mais basilares deste debate. Ou seja, a partir de uma indagação crítica acerca *de qual Constituição*²⁶⁸ se está a tratar e *de qual é a concepção de democracia derivável do que se encontra previsto e autorizado pelo documento político em consideração*. Dito, ainda de outro modo: não é possível que se prossiga, como hoje, nos debates sobre os limites da legitimidade da prestação jurisdicional sem que se passe a questionar criticamente, antes de tudo, no que consiste a democracia, nos termos do autorizado pela Constituição que dá os contornos políticos do Estado onde insiro um tal debate. Não é possível que se procure a definição de tais limites, *sem que antes haja um renovado exame crítico da essência dos conteúdos que lhe dão nome e corpo*.

Esta a revelação mais importante, supostamente óbvia, mas, entretanto, tantas vezes omitida e olvidada neste debate, que o exame das teses deste diferenciado constitucionalista norte-americano, neste momento e nos termos do ora apresentado, nos faz – de profundas e nodais consequências para a discussão e reflexão proposta neste estudo, como se adianta.

Agora, sim, com a clareza desta nova percepção acerca da temática da legitimidade democrática da prestação jurisdicional constitucional, haurida do debate estadunidense envidado nos termos antes examinados, é que parece possível avançar para outras paragens, sem riscos do lugar comum e da ordinária perda de direção no trato deste assunto.

²⁶⁷ Sobre o ponto, diz ACKERMAN, ao final do capítulo 1, de *We the people: foundations*. (op.cit., pp.32-33), no tópico de conclusão: “...each of the rivals does illuminate some important aspects of the American Constitution. *The monist* is right to insist that our government is, first and foremost, based on democratic principles; *the foundationalist* is right to emphasize its protection of fundamental rights against normal political change; *the Burkean* is right to point out the historically rooted character of our constitutional tradition; and *the partisans of Hartz and Pocock* are right to see that America is distinctive in its embrace of special sort of liberalism and republicanism. *But it is only dualism that incorporates all these insights into a larger whole* – a whole that invites deepening reflection upon the distinctive strengths and weaknesses of the American Constitution, as it has come down to us over two centuries of debate and decision.” (Op.cit., pp.32-33-destaquei).

²⁶⁸ Cf. STRECK, nesse sentido: “...não é possível falar, hoje de uma teoria geral da Constituição. *A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado nacional e de sua inserção num cenário internacional*. Do mesmo modo, não há ‘um constitucionalismo’, mas, sim, vários constitucionalismos. Ou seja, (...) *é necessário que se entenda a teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional*.” (Verdade e Consenso..., op.cit., p.16 – destaquei).

c) *Bosquejo sobre o debate na Alemanha (a partir de visões de Habermas sobre a matéria) e Europa. Diferenças para com o debate estadunidense*²⁶⁹. *Reflexos para o Brasil e países periféricos ou emergentes*: Partindo-se das últimas considerações, tem-se que quando a própria Constituição elege uma posição “fundamentalista” em termos de direitos – para se utilizar aqui a expressão de Ackerman, ainda que algo inadequada noutros contextos que não o especificamente americano- , não pareceria mais possível ignorar a impositividade de se considerar essa determinação na apreciação do que signifique a própria democracia frente a um tal ordenamento. Por consequência, também não seria adequado ignorar um papel mais destacado à jurisdição constitucional neste contexto, vez que a regra da maioria seria colocada, então, em uma posição absolutamente distinta daquela que encontra assento comum na (interpretação da) Constituição americana.

As últimas e fundamentais constatações remeteriam, então, para uma rápida discussão acerca do tema na Alemanha e no Brasil, além de breves e eventuais referências ao que sucede no âmbito desta discussão em alguns outros países europeus, a partir destas premissas. Estariam elas a indicar, assim, que a relação mais adequada entre democracia e constitucionalismo, nestes países, a partir do que posto em suas Constituições, determinaria um pendor para o último termo referido. A concepção de democracia nestes países, mais compatível com suas Cartas Políticas, seria a de uma *democracia constitucional*, nos termos do sustentado por DWORKIN para o debate estadunidense, a serem extraídas todas as consequências das conclusões postas no tópico anterior, bem como levadas a seu extremo.

Ora, ainda que estas impressões assim precariamente adiantadas devam ser, em boa medida, confirmadas no curso da exposição deste tópico, um contraponto a tal postura, permitido pelo declarado (e severo) procedimentalismo de um acadêmico do calibre de JÜRGEN HABERMAS, não permitiria agasalhá-la açodadamente como conclusão definitiva e bastante para encerrar a discussão sobre o tema nestes termos.

²⁶⁹ Aliás, sobre a questão das diferenças de pressupostos mais remotos ou profundos acerca dos quais partem os debates nos distintos sistemas de direito ou ordenamentos, oportuno ressaltar o que aponta GUSTAVO ZAGREBELSKY ao se referir ao tema dos “limites do controle de constitucionalidade das leis” (*El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009, pp.64-5): “Se da aquí una *situación paradójica: en Europa* – donde el proceso constitucional está construido sobre la doble exigencia de tomar en consideración no sólo los derechos, sino también el poder legislativo – no existe una cláusula de exención frente a la jurisdicción constitucional como la que, según la jurisprudencia norteamericana referente a las ‘justicability doctrines’, protege las ‘political questions’. Esto es así porque, en Europa, la jurisdicción constitucional nace propiamente como equilibrio entre ‘iura’ y ‘leges’ y, por tanto, no cabría concebir leyes que no entrasen en este equilibrio. Las leyes que pretendieran situarse al margen, en nombre de una incondicionada ‘razón de Estado’, no serian nada distinto a la superveniencia de un absolutismo legislativo del tipo de aquel característico del Estado de derecho legislativo del siglo XIX. Por ello, *las cuestiones de legitimidad constitucional de las leyes nunca pueden ser ajenas al control de constitucionalidad*. Pueden ser infundadas cuando la ley respecta la Constitución o cuando falta la norma constitucional de referencia (es decir, los casos de opciones legislativas constitucionalmente indiferentes). **En cambio, en Estados Unidos**, donde no se reserva al legislador ningún tratamiento específico en el control de las leyes, *opera el principio de separación de poderes, lo que permite impedir exorbitancias ‘políticas’ de los Tribunales, incluyendo el Tribunal supremo, en las cuestiones ‘inherently non justiciable’*. Esto no podría suceder en Europa, porque los Tribunales constitucionales son considerados generalmente al margen, o por encima, de la separación de poderes. *Pese las diferencias de principio entre los distintos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, ha habido – como se sabe- importantes pasos de aproximación*. El Tribunal supremo de Estados Unidos es ahora el juez especial de las grandes cuestiones de constitucionalidad, semejante a los Tribunales constitucionales europeos, y, de otra parte, la introducción del control de las leyes a través de cuestiones prejudiciales de constitucionalidad ha situado a los Tribunales constitucionales europeos en el circuito de la justicia ordinaria, con resultados asimilables en muchos aspectos a los del sistema estadounidense. Por otro lado, el propio sistema francés ha experimentado una espectacular evolución, todavía en curso, hacia una concepción ‘ordinaria’ de la justicia constitucional. **Ahora bien, las diferencias persisten** y – como se ha tratado de mostrar – **están vinculadas a la diferente relación entre ley y derechos originariamente instituida por la Constitución.**” (destaquei).

A questão se coloca, pois, da seguinte forma, para início de seu tratamento no tópico: se é tão óbvio e incontestável o impositivo acolhimento de uma democracia dita constitucional (que possui contornos bastante distintos, ou termos bem mais largos do que uma democracia puramente representativa ou baseada em concepções majoritárias) por uma Constituição que assegure um amplo rol de garantias e direitos fundamentais, inclusive não-passíveis de alteração por emendas constitucionais, como compreender que precisamente na Alemanha (e, do mesmo modo, no Brasil) surja tão qualificada resistência a uma postura judicial substancialista, em termos de jurisdição constitucional? Ignorando-se a resistência meramente dogmática, de menor aprofundamento crítico quanto a tais temas, já algo superada a esta altura, como compreender a recusa a posições que entendam ser (democraticamente) legítimo (e mesmo imprescindível) um agir judicial mais amplo na concretização do posto na Constituição, em termos de encaminhamento de uma convivência em sociedade mais conforme a tais balizas?

Para dar resposta a tais indagações, parece ser profícuo examinar o ponto justamente a partir das posturas e críticas de Habermas, no contexto alemão, acerca desta temática.

E a primeira observação que parece ser importante fazer, para estabelecer certas distinções mais sutis, é que a postura crítica de Habermas ao substancialismo (e nisso, a uma democracia constitucionalista de corte dworkiano) certamente não está presa à defesa de uma concepção de democracia meramente representativa (do naipe defendido por extremistas da corrente monista americana²⁷⁰), no sentido de uma filosofia mais puramente liberal²⁷¹, ou mesmo estritamente assentada sobre intocáveis dogmas deste naipe²⁷². Suas teorias acerca da *ação comunicativa* e de uma consequente *democracia deliberativa* não permitiriam que assim se concluísse validamente.

E de resto, é o próprio Habermas que bem analisa o paradigma liberal do Direito, bem como os problemas e deficiências surgidas com o superveniente paradigma do Direito fornecido pelo Estado Social, para concluir que mesmo estas deficiências atuais não constituem razão suficiente para a simples restauração daquele antigo paradigma liberal – no que até mesmo um crítico mais contundente como BÖCKENFÖRD concorda.²⁷³

Senão, considere-se a análise de Habermas acerca destes pontos. Diz ele que no modelo liberal de sociedade “tarefas e objetivos do Estado continuavam entregues à política...”²⁷⁴. Esclarece, ainda, que a compreensão dos direitos fundamentais como direito de defesa, referidos ao Estado, da compreensão liberal, onde eles se fundamentam apenas pretensões dos cidadãos contra o Estado, que se omite em relação a eles (com um consequente claro condicionamento da jurisdição), o legislador criou uma situação jurídica fácil de compreender (pois ele podia limitar-se a garantir a ordem pública, prevenir abusos da liberdade na economia, etc). Quer dizer, segundo HABERMAS

²⁷⁰ Malgrado a declarada simpatia pela postura procedimentalista de J.H.ELY, Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I...,op.cit., v.g., p.325.

²⁷¹ Aqui, não no habitual sentido norte-americano no termo.

²⁷² Apesar da destacada relevância dada ao dogma da separação dos poderes, como garantidor da democracia, aparentemente como proteção à dita arbitrariedade da jurisprudência de valores do Tribunal Constitucional alemão.

²⁷³ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I...,op.cit., p.325.

²⁷⁴ Id., *ibid.*, pp.304-5.

No Modelo liberal, a ligação estrita da justiça e da administração à lei resulta no clássico esquema da divisão de poderes, que deveria disciplinar, através do Estado de direito, o arbítrio do poder estatal absolutista. A distribuição das competências entre os poderes do Estado pode ser entendida como cópia dos eixos históricos de decisões coletivas: ***A prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro, que ligam o agir futuro e a administração controla problemas que surgem na atualidade.*** Esse modelo parte da premissa segundo a qual a constituição do Estado de direito democrático deve repelir primariamente os perigos que podem surgir na dimensão que envolve o Estado e o cidadão, portanto nas relações entre o aparelho administrativo que detém o monopólio do poder e as pessoas privadas desarmadas. Ao passo que as relações horizontais entre as pessoas privadas, especialmente as relações intersubjetivas, não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal de divisão dos poderes. *Nisso se encaixa a representação positivista do direito, que o tem na conta de um sistema de regras fechado recursivamente.*²⁷⁵

Logo, completa ele,

*Quando se parte desse modelo, a ordem jurídica materializada do Estado social – a qual não consiste apenas, e em primeira linha, em programas condicionais claramente delineados, pois inclui objetivos políticos e uma fundamentação em princípios – pode aparecer como um abalo, ou melhor, como uma corrupção da arquitetônica constitucional.*²⁷⁶

[Assim]: Comparada à tese positivista da separação, a materialização do direito carrega atrás de si uma ‘remoralização’, a qual ‘afrouxa’ a ligação linear da justiça às vantagens do legislador político, na medida em que a argumentação jurídica se abre em relação a argumentos morais de princípio e a argumentos políticos visando à determinação de fins. As normas de princípio, que ora perpassam a ordem jurídica, exigem uma interpretação construtiva do caso concreto, que seja sensível ao contexto e referida a todo o sistema de regras.” (...) ...no interior do sistema de direito, ela significa um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito, às custas da autonomia dos cidadãos.²⁷⁷

Nesse passo, passam a ser pôr as questões da dificuldade de legitimidade democrática do Tribunal Constitucional²⁷⁸, como se verá adiante. Todavia, independentemente disso e retornando ao ponto destacado antes, que interessa mais diretamente aqui, a verdade é que conforme assevera HABERMAS, nem mesmo isso justifica o puro e simples retorno ao paradigma liberal do Direito

²⁷⁵ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia, I...*, op.cit.,Id., p.305- destaquei.

²⁷⁶ Id., ibid., pp.305-306-destaquei.

²⁷⁷ Id.,ibid., p.306- destaques apostos.

²⁷⁸HABERMAS cita, no ponto, BÖCKENFÖRDE, E.W., *Grundrechte als Grundsatznormen*, in: BÖCKENFÖRDE (1991),189ss.: “À luz da eficácia jurídico-objetiva dos direitos fundamentais chega-se – do ponto de vista tipológico – a uma aproximação entre a formação parlamentar do direito e a que se dá através do tribunal constitucional. A primeira é rebaixada, passando do nível originário da normatização para o da concretização, ao passo que a última é elevada, passando da aplicação interpretativa do direito a da concretização criadora do direito....Desta maneira, a antiga diferença qualitativa entre legislação e jurisprudência desaparece. Ambas formam direito no modo da concretização e, ao mesmo tempo, concorrem nisso. Nesta relação de concorrência, o legislador dá o primeiro lance, porém o tribunal constitucional detém a primazia....A questão envolvida aí é a da **legitimação democrática do tribunal constitucional.**” (*Direito e Democracia, I...*,op.cit, p.309 - destaquei). Ainda segundo Habermas, “Böckenforde está convencido de que os princípios do Estado de direito podem ser combinados com uma compreensão liberal dos direitos fundamentais, que os têm na conta de liberdades subjetivas de ação de pessoas jurídicas privadas frente ao Estado, válidas imediatamente; caso contrário, a separação funcional da justiça em relação à legislação e, com isso a substância democrática do Estado de direito, não pode ser mantida: ‘Quem deseja manter a função do parlamento escolhido pelo povo, determinante para a formação do direito e evitar a remodelação progressiva da estrutura constitucional em benefício de um Estado jurisdicional apoiado na jurisdição constitucional, tem que aceitar também que os direitos fundamentais – reclamáveis judicialmente – são ‘apenas’ liberdades subjetivas e não simultaneamente normas objetivas (obrigatórias) de princípios para todos os domínios do direito.’” (Op.cit., p.310).

(....) *O paradigma liberal do direito representara uma solução eficiente para esse problema: nas circunstâncias históricas atuais, reconhecidas pelo próprio Böckenförde, ele exige uma resposta diferente.*²⁷⁹ (....)

*É certo que o paradigma do direito fornecido pelo Estado social não consegue mais convencer plenamente. Mesmo assim, as dificuldades desse novo paradigma, que Böckenförde analisa com grande acuidade, não constituem razão suficiente para a restauração do antigo.*²⁸⁰

O problema que se põe, portanto, diz respeito, segundo a visão de Habermas, à qualidade e às consequências desta resposta, no âmbito de um *Estado que ainda queira preservar a autonomia decisória dos cidadãos como fundamento de sua democracia*, e não transferi-la arbitrariamente quem quer que seja (inclusive ao Judiciário). Quer dizer, *se há necessidade de uma alteração de paradigma, no sentido de uma abertura do Direito a princípios*²⁸¹, e, pois, de uma consequente ampliação da jurisdição constitucional, do papel dos próprios Tribunais, com uma “agudização da problemática da indeterminação do direito”²⁸², não está dado que “o recurso inevitável a tais normas de fundo” necessariamente abra “ao Tribunal Constitucional a porta para uma criação do direito inspirado politicamente, a qual, segundo a lógica da divisão dos poderes, deveria ficar reservada ao legislador democrático.”²⁸³

Destarte, mesmo que se tenha por correto o apontamento inicial de ACKERMAN, no sentido de que no ambiente de Constituições como a da Alemanha (ou do Brasil, dizemos nós), a concepção de democracia reclamada é a de uma democracia mais substancial, ou, nos dizeres de DWORKIN, *uma concepção constitucional de democracia*, não se pode descurar de considerar que HABERMAS apresenta uma *fundamental questão* nesse passo para que se discuta a questão da legitimidade da prestação jurisdicional constitucional, qual seja: até que passo a forma de se realizar esta democracia constitucional não anula o outro elemento integrante da equação democracia-constitucionalismo? Ou por outra, até que ponto uma compreensão por demais elástica do que permita um paradigma do Direito que recepcione os princípios pode acabar por facilitar ou promover a substituição indevida da discussão política, que deve ser reservada à esfera legislativa, por uma intervenção judicial arbitrária e baseada apenas em *preferências* da elite julgadora?

Na verdade, HABERMAS coloca, nesse ponto, a questão da crítica as decisões do Tribunal Constitucional Federal baseada numa “jurisprudência de valores”, que abriria a porta a uma discricionariedade judicial invasiva da esfera que deveria ser reservada, mais do que ao legislativo, à discussão cidadã das questões políticas que no âmbito daquele Poder, por princípio, deveriam ser

²⁷⁹ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia I...*, op.cit., p.311- destaquei.

²⁸⁰ Id., ibid., p.312- destaquei.

²⁸¹ Habermas coloca assim a questão: “O paradigma liberal do direito expressou, até as primeiras décadas do século XX, um consenso de fundo muito difundido entre os especialistas em direito, preparando, assim um contexto de máximas interpretações *não questionadas* para a aplicação do direito. Essa circunstância explica por que muitos pensavam que o direito podia ser aplicado a seu tempo, sem o recurso a princípios necessitados de interpretação ou a “conceitos-chaves” duvidosos. De fato, toda a ordem jurídica que se justifica, a partir de princípios, depende de uma interpretação construtiva e, desta maneira, daquilo que Sunstein qualifica como ‘normas de fundo’. *Toda interpretação de princípios ultrapassa uma interpretação de texto de lei, necessitando de uma justificação externa...*”(Direito e Democracia...op.cit., pp. 313-4 - destaquei). E prossegue: “Tal consideração não esclarece se o recurso inevitável e tais normas de fundo não abre ao tribunal constitucional a porta para uma criação do direito inspirado politicamente, a qual, segundo a lógica da divisão de poderes, deveria ficar reservada ao legislador democrático.”(op.cit., p.314- destaquei).

²⁸² Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia, I...*,op.cit., p.303.

²⁸³ Id., ibid., p.314.

intermediadas. E assim o faz, não necessariamente em razão do vigente apelo aos princípios²⁸⁴, e a uma certa indeterminação do Direito daí decorrente, mas precisamente à vista de sua *utilização excessiva ou inadequada*. Ou mais precisamente: em razão da (na sua ótica, indevida) *transformação de princípios em valores*²⁸⁵, como mandamentos de otimização, operada naquela Corte, a partir de determinadas correntes doutrinárias, que permitiria o discurso da “ponderação de valores”, e, com ele, a dita transformação daquele Tribunal numa “instância autoritária”²⁸⁶. Daí, ao menos em parte²⁸⁷, a razão de derivar, ao final, para uma rejeição global a uma jurisdição constitucional de qualquer forma substancial.

Toda esta problemática é assim apresentada por aquele autor

*As reservas contra a legitimidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal não dependem apenas da mudança de paradigmas, mas também de concepções metodológicas. Na República Federal da Alemanha, a crítica pode referir-se a uma “doutrina de ordem de valores”, desenvolvida pelo próprio tribunal, portanto a uma autocompreensão metodológica dos juízes, a qual teve conseqüências problemáticas para a decisão de importantes precedentes, o que não acontece nos Estados Unidos. A crítica justificada à jurisprudência de valores dirige-se, muitas vezes de forma brusca, contra as graves conseqüências que resultam do Estado de direito, sem esclarecer que se trata apenas de uma auto-impressão falsa. Com isso, ela perde de vista a alternativa de uma compreensão correta da interpretação construtiva, segundo a qual, direitos não podem ser assimilados a valores.*²⁸⁸

E prossegue HABERMAS

Para o Tribunal Constitucional Federal, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas ‘uma ordem concreta de valores’ (semelhante

²⁸⁴ Aliás, é próprio Habermas que refere: “Críticos cuidadosos como Böckenförde, Denninger e Maus, decifram, nas decisões do Tribunal Constitucional Federal, uma dogmática implícita dos direitos fundamentais, a qual faz jus ao fato de que o sistema de direitos não pode mais ser garantido na base tradicional de uma sociedade econômica liberada, que se reproduz espontaneamente através das decisões particulares autônomas privadas, devendo, ao invés disso, ser concretizado através das realizações de um Estado que dirige reflexivamente, que prepara infra-estruturas e afasta perigos, que regula, possibilita e compensa. *Nas sociedades complexas, com sistemas parciais diferenciados horizontalmente e interligados*, o efeito protetor dos direitos fundamentais não atinge apenas o poder administrativo, mas também o poder social de organizações superiores. *Além do mais, o efeito protetor não pode mais ser entendido como algo meramente negativo, como defesa contra ataques, uma vez que fundamenta também pretensões e garantias positivas*. Por isso, as decisões do Tribunal Constitucional Federal qualificam os direitos fundamentais como princípios de uma ordem jurídica geral, cujo conteúdo normativo estrutura o sistema de regras em seu todo.” (Op.cit. pp. 306-7-destaquei). Habermas então afirma que está fora de dúvida que existe aí uma mudança na conceitualização dos direitos fundamentais, que se reflete na jurisprudência constitucional, “...uma mudança na ordem jurídica que garantem a liberdade e a legalidade da intervenção, que sustentam os direitos de defesa e **transportam inexplícitamente** o conteúdo dos direitos subjetivos de liberdade para o conteúdo jurídico objetivo de normas de princípio, enérgicas e formadoras de estruturas. A essa mudança correspondem, sob o ponto de vista metodológicos, ‘conceitos-chave do direito constitucional’ (Denninger), tais como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, a reserva do possível, a limitação de direitos fundamentais imediatamente válidos, através dos direitos fundamentais de terceiros, a proteção dos direitos fundamentais através de organizações e procedimentos, etc. Em caso de colisão, eles servem para relacionar diferentes normas, tendo em vista a ‘uniformidade da constituição’...” (op.cit., pp.307-8 – destaquei). E prossegue: “(....) É possível compreender, em parte esses conceitos-chave, nascidos da própria prática de decisão, como princípios procedimentais, nos quais as operações da interpretação construtiva do caso singular, exigida por Dworkin, se refletem, tendo como referência a totalidade de uma ordem jurídica reconstruída racionalmente.”(p.308- destaquei). E apesar dos detalhes severos de sua crítica, Denninger chega a uma “avaliação global positiva”. Contudo, já, no subitem seguinte do mesmo ponto [3], diz Habermas que “mesmo partindo de um diagnóstico semelhante, Böckenförde chega a um juízo totalmente diferente sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. (...) Ele é de opinião que a passagem do Estado Parlamentar legislativo para o Estado de jurisdição constitucional será incontornável, caso não se consiga restaurar uma compreensão liberal do direito..”(Op.cit, p.309).

²⁸⁵ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I..., op.cit, p.315.

²⁸⁶ Id., *ibid.*, p.321.

²⁸⁷ Certamente a sua crença nas possibilidades da discussão cidadã, com comunicação e deliberação efetiva na esfera legislativa, constituindo-se noutro pilar para rejeitar a temerária solução da abertura indiscriminada ao judiciário da possibilidade de juízos meramente valorativos travestidos de jurídicos.

²⁸⁸ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I..., op.cit., pp.314-5 - destaquei.

à de Max Scheler ou de Nicolai Hartmann). Böckenförde, concordando com o teor de fundamentações importantes de juízos do Tribunal Constitucional Federal, também interpreta princípios como valores²⁸⁹: ‘normas fundamentais objetivas’ devem apoiar-se em ‘decisões valorativas’. Seguindo I. Maus, ele adere à *proposta de R. ALEXY, a qual consiste em interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade*. Essa interpretação vem ao encontro do *discurso da ‘ponderação de valores’, corrente entre juristas, o qual, no entanto, é fróuxo. Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraída da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa realização concretizadora de valores, referida a casos (...).*²⁹⁰

A partir daí, HABERMAS apresenta uma ampla fundamentação para a distinção entre princípios e valores²⁹¹, bem como uma demonstração de que a orientação do agir concreto não pode ser a mesma segundo se dirija por uma ou outra, já que a partir de normas é possível decidir o que deve ser feito, enquanto valores permitem apenas descobrir que comportamento seria recomendável.

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras **normas** podem ser justificadas, possuem um sentido **deontológico**, ao passo que os **valores** têm um sentido **teleológico**. **Normas** válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que **valores** devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo ‘sim’ ou ‘não’, ou abster-nos do juízo. **Os valores**, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que **determinados bens** são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições normativas pode ser **maior ou menor**. A validade deontológica de **normas** tem sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de **VALORES** tem o sentido **RELATIVO** de uma **apreciação de BENS**, adotada ou exercitada **no âmbito de formas de vida ou de uma cultura**: decisões valorativas mais graves ou preferenciais de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões.²⁹²

E, sobre a diferença de ações exigidas em relação a uma norma ou a um valor, prossegue

Posso orientar o meu agir concreto por normas ou por valores, porém a orientação da ação não é a mesma nos dois casos. A pergunta: ‘o que eu devo fazer numa situação dada?’ não se coloca da mesma maneira em ambos os casos, nem se obtém a mesma resposta. À luz das **normas**, é possível **decidir** o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte dos **valores**, é possível saber qual comportamento é **recomendável**. O problema da aplicação exige, naturalmente, em ambos os casos, a seleção da ação correta; porém, no caso das **normas**, **‘correto’** é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a **ação é igualmente boa para todos**; ao passo que, numa constelação de **valores**, típica de uma cultura ou forma de vida, é **‘correto’** o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, **é bom para nós**. *Quando se trata de princípios do direito ou de bens jurídicos, essa diferença é freqüentemente desconsiderada*, porque o direito positivado vale somente para uma determinada área jurídica e para um

²⁸⁹ Após citar este trecho, HABERMAS afirma que Böckenförde “...toma a autocompreensão metodológica do Tribunal Constitucional Federal ao pé da letra e a critica, servindo-se da tese de Carl Schmitt sobre a ‘tirania dos valores’, *sem perceber que o verdadeiro problema reside na adaptação de princípios do direito a valores.*” (Op.cit, p.316-destaquei).

²⁹⁰ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia, I...*, op.cit., p.315 - destaquei.

²⁹¹ HABERMAS distingue, de forma objetiva, princípios e valores assim: “Portanto, **normas e valores distinguem-se**, em **primeiro lugar**, através de suas respectivas **referências ao agir obrigatório ou teológico**; em **segundo lugar**, através da **codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade**; em **terceiro lugar**, através de sua **obrigatoriedade absoluta ou relativa** e, em **quarto lugar**, através dos **critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer**. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, **elas não podem ser aplicados da mesma maneira.**”(Op.cit.,p. 317-destaquei).

²⁹² Cf. *Direito e Democracia, I...*, op.cit., pp.316-7- destaquei.

correspondente círculo de destinatários. *No entanto*, sem prejuízo dessa limitação fática da esfera de validade, *quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens* [digo eu, considerando a finalidade a ser alcançada com eles] *otimizáveis do direito, não estão se referindo à mesma coisa.*²⁹³

É a partir dessas reflexões que HABERMAS adverte que “os que pretendem diluir a Constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico.” Isso porque “enquanto *normas do direito*, os *direitos fundamentais*, como também as regras morais, são formados segundo o modelo das normas de *ação obrigatória* – e não segundo o modelo de *bens atraentes*.”²⁹⁴

Isso, por sua vez, leva à crítica de que, na verdade, as teorias acerca de bens²⁹⁵, quando são postas de forma demasiado abstrata se prestam apenas a passar uma falsa impressão de que eles detêm um caráter deontológico, quando na verdade o seu verdadeiro caráter é teleológico, ligado a valores. E como a escolha ligada a valores não poderia ser concretizada de forma racional, eis que orientada por preferências, acaba-se sempre procedendo aí de forma arbitrária, ainda que mascarada por argumentações que pretendam dar ares de racionalidade a tais escolhas. Daí a candente crítica de HABERMAS a esta jurisprudência de valores²⁹⁶, ou seja, a uma busca de concretização judicial de valores que potencialmente conduz ao autoritarismo e à arbitrariedade judicial, por permitir o incremento de perigosos juízos irracionais travestidos de juízos justificados racionalmente.

²⁹³ Op.cit., pp.317-8-destaquei.

²⁹⁴ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I...,op.cit., p.318.

²⁹⁵ Diz ainda HABERMAS que: “Do ponto de vista da análise conceitual, a distinção terminológica entre normas e valores *somente* perde seu sentido nas teorias que pretendem validade universal para os bens e valores supremos – como é o caso das *versões clássicas da ética dos bens*. Esses princípios ontológicos objetivam bens e valores *transformando-os* em *entidades que existem em si mesmas*;” [*no entanto, adverte Habermas*] “sob condições do pensamento *pós-metafísico*, no entanto, elas *não são mais defensáveis*.” (*Direito e Democracia*, I...,op.cit., p.319).

“Em teorias contemporâneas desse tipo [que são versões da clássica da ética dos bens] *os pretensos bens universais* assumem uma forma *a tal ponto abstrata*, que é possível reconhecer facilmente nelas *princípios deontológicos* [ao contrário do que seria de se esperar para teorias de bens, digo eu], tais como dignidade humana, solidariedade, auto-realização e autonomia [*cita-se aqui TAYLOR, Ch. ‘Sources of the Self’*. Cambridge, Mass. 1989; cf. Minha crítica in: HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a/M, 1991, 176-185.]. A *transformação* conceitual de *direitos e valores fundamentais* significa um *mascaramento teleológico* de direitos que encobre a circunstância de que, no contexto de fundamentação, normas e valores assumem papéis diferentes na lógica da argumentação. Por essa razão, teoria de valores *pós-metafísicos* levam em consideração a particularidade dos valores, bem como a flexibilização das hierarquias a serem estabelecidas entre os valores e a validade meramente *local* de configurações de valores. Na visão dessas teorias, *os valores* surgem de *tradições e orientações axiológicas culturais consuetudinárias* ou – quando desejam sublinhar o caráter subjetivo e consciente da escolha de valores – de decisões existenciais sobre metrapreferências e *‘higer order volitions’*.” (Op.cit., pp.318-319).

²⁹⁶ Cf. MAUS, Ingeborg, *O Direito e a política: teoria da democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 294: “Uma teoria que, em muitos aspectos, supera a concepção de DWORKIN, foi desenvolvida por ROBERT ALEXY. Sua teoria, especialmente elaborada, *coloca-se aqui como exemplo para a teoria constitucional dominante na República Federal da Alemanha e também pode valer como uma expressão precisa da prática real do Tribunal Constitucional deste país*. De certa forma, *a seguinte crítica se relaciona, também, à judicatura constitucional alemã*. Uma delimitação adicional do Direito consiste, em Alexy, em relação a Dworkin, em que *um conceito mais ampliado de princípio é inserido*. Dworkin ainda tinha entendido princípios como garantias de direitos individuais e diferenciados de ‘policies’, que se relacionam a bens coletivos e que caem no âmbito de competência do legislativo. Nele também se encontra a indicação de que, sob certas condições, até princípios deveriam recuar em favor de ‘policies’ [*cita-se: Dworkin (como nota 3), p.82 seg.92.*]. Alexy vai além da jurisdição constitucional –de toda forma dominante na Alemanha-, ao entender, de início, direitos individuais e bens coletivos como objetos, de igual valor, de princípios [*cita-se: ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte*. Frankfurt/M. 1985, p.99. Sobre a crítica desse aspecto, vide a recensão de SCHOLDERER, Frank em: *Kritische Justiz* 20 (1987), p.115 seg. (118). Pode ser entendida como uma crítica antecipada a Alexy: PREUSS, Ulrich K. *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*. Frankfurt/ M.1979, p.180.]. *Através dessa ampliação do conceito de princípio, é estendido ainda mais o limite do que seria direito constitucional vigente, enquanto, simultaneamente, as garantias constitucionais de direito individuais se submetem a maiores delimitações*.” (destaquei).

Tal 'jurisprudência de valores' **levanta realmente o problema da legitimidade**, que Maus e Böckenförde analisam, tomando como referência a prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois *ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente*.

(...)

Ao deixar-se conduzir pela idéia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância **autoritária**. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela *compreensão deontológica de normas e princípios de direito*.²⁹⁷

E prossegue, em seguida:

A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização. Nas palavras de Denninger: 'Valores só podem ser relativizados através de valores; porém **o processo através do qual valores são preferidos ou rejeitados escapa à conceituação lógica**. Isso leva Dworkin a entender direitos como 'trunfos' a serem usados contra argumentos de colocação de objetivos.'²⁹⁸

Por fim, confirmando o já exposto:

Normas e princípios possuem uma *força de justificação maior do que a de valores*, uma vez que podem pretender, além de uma *especial de preferência*, uma *obrigatoriedade geral*, devido ao seu *sentido deontológico de validade*; **valores** têm que ser *inseridos, caso a caso*, numa ordem transitiva de valores. *E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários*. Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, *cresce o perigo de juízos irracionais*²⁹⁹, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. (...) ³⁰⁰

É nesse ponto, e nesses termos, que se apresenta para a investigação de HABERMAS o problema central da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, como ele próprio refere expressamente na mesma obra sob análise: "No tocante ao **problema da legitimidade do controle judicial da constitucionalidade, esta consideração metodológica traz conseqüências práticas e críticas** em relação a uma autocompreensão falsa e suas conseqüências, não para a possibilidade de uma decisão racional de recursos constitucionais em geral.(...)." ³⁰¹ Com efeito, segundo aquele autor

"(...)A partir do momento em que uma norma não permite mais tal aplicação coerente, portanto, conforme à constituição, coloca-se a questão do controle abstrato de normas, a ser empreendido basicamente na perspectiva do legislador. (...) Então é preciso perguntar se a delegação parlamentar aos

²⁹⁷ HABERMAS, *Direito e Democracia, I...*, op.cit., pp.320-1 – destaquei.

²⁹⁸ Id., *ibid.*, p.321.

²⁹⁹ Diz HABERMAS: " (...) Uma Jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida em um determinado conflito - **e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores**. E certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento esta sob a reserva da coerência, a qual garante que todas as normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso *uma única solução correta*. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte de nossos desejos, sob circunstâncias dadas. *Aquilo que é melhor para cada um de nós não coincide eo ipso com aquilo que é igualmente bom para todos*." (*Direito e Democracia, I...*, op.cit., p.323 - destaquei).

³⁰⁰ Id., *ibid.*, p.321.

³⁰¹ Id., *ibid.*, p. 323- destaquei.

juízes constitucionais é suficiente para satisfazer à exigência de uma legitimação democrática da percepção judicial de uma função, que tem que ser entendida – na arquitetura da constituição e na lógica da divisão de poderes – como uma delegação do autocontrole do legislador ao tribunal constitucional.”(p. 325).

Nesse momento, por força de tudo o que se expôs antes é que Habermas vai deixar clara a sua posição procedimentalista, acerca dos limites da legitimidade do controle judicial da constitucionalidade.

Sucedo que se reconhece que não é possível mais retornar ao paradigma liberal do Direito, bem como necessário dar estofa ao compromisso com o Estado Social, entende que isso não pode ser feito à custa de impedir a auto-organização da comunidade jurídica e, portanto, a própria realização da democracia, no sentido deliberativo. Assim, não seria a concepção de uma atuação jurisdicional, que retirasse de uma ordem jurídica global prevista “a priori”, o direcionamento ou a imposição de uma forma de vida à sociedade, que permitira suplantar as mazelas da contemporaneidade, garantindo, ainda assim, a existência de espaço democrático suficiente para a concretização de uma autonomia cidadã.

A utilização do Tribunal Constitucional para orientar assim a vida em sociedade, extraindo direcionamento substancial da vida social a partir do arbitramento entre valores postos constitucionalmente, sufocaria a esfera pública onde a comunicação e a deliberação deveriam se dar. Seria invadido e suprimido o espaço do legislativo, onde a democracia deliberativa haveria de se concretizar, numa substituição ilegítima do cidadão pelo juiz³⁰².

Isso é o que parece sustentar HABERMAS ao defender, por consequência, que só restaria, assim, limitar o papel do Judiciário, no que concerne à sua legitimidade para a jurisdição constitucional, a *investigar e assegurar as condições processuais da gênese democrática das leis*

(...)E se – *impulsionados pelas atuais circunstâncias do compromisso com o Estado Social – pretendemos manter, não apenas o Estado de direito, mas o Estado democrático de direito e, com isso, a idéia de auto-organização da comunidade jurídica*, então a constituição não pode mais ser entendida apenas como uma ‘ordem’ que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social, econômico e administrativo necessita de disciplinamento por parte do Estado de direito. **De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como um ordem jurídica global e concreta, destinada a impor ‘a priori’ uma determinada forma de vida sobre a sociedade.** Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). *Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão dos poderes no interior do Estado de direito: o tribunal*

³⁰² A essência desta postura procedimentalista está posta também noutro autor europeu de penetração no âmbito nacional, ANTOINE GARAPON, como parece bem revelar o seguinte excerto da conclusão de sua obra “*O Guardador de promessas: Justiça e democracia*” (Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p.283.): “A justiça não pode regular todos os problemas e dizer, simultaneamente, a verdade científica, histórica, definir o bem político e responsabilizar-se pela salvação das pessoas. Ela não o pode nem o deve, sob pena de nos fazer afundar a todos num inferno processual frustrante, estéril e destruidor que não é desejável por ninguém. A justiça não nos livrará nunca da perturbação de ter de fazer política, mas convida a inventar uma nova cultura política. (...) *A salvação virá da nossa capacidade de favorecer a transparência dos procedimentos, de encontrar a certeza da norma e de estimular a responsabilidade dos agentes.*” (destaquei).

constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada dos cidadãos.

303

Quer dizer, segundo HABERMAS não se pode, à custa de tentar manter o Estado Social, quebrar a idéia de um Estado **democrático** de direito, nos termos em que compreendido por ele (que assegure as condições de autonomia privada dos cidadãos). Por isso, resta achar uma função para o Tribunal Constitucional que se limite à verificação das *condições processuais da gênese democrática das leis* – numa compreensão procedimentalista também da constituição, que evite a cristalização de valores em seu quadro -, e que impeça, já pela raiz, que o Judiciário se substitua indevidamente na eleição de valores preferenciais para nortear a vida em sociedade, em detrimento da vontade autônoma dos cidadãos.

Com isso, embora admita que o esquema clássico de separação dos poderes não seria mais suficiente para a contemporaneidade, HABERMAS entende assegurada uma legitimidade da prestação jurisdicional constitucional que não ultrapasse os limites do que a democracia deliberativa imporia

O esquema clássico da separação e interdependência dos poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais (...) não pode limitar-se a proteger cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais (...). Por isso o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente *No contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição*³⁰⁴.

Ora, a apresentação dos problemas mais viscerais, inerentes à jurisprudência de valores, e da necessidade de se preservar o espaço devido para a autonomia privada dos cidadãos, quando da prestação jurisdicional constitucional, permitindo que a democracia se dê mediante as deliberações cabíveis, no âmbito da vida em sociedade e do legislativo, são questões relevantíssimas, que não podem ser ignoradas quando de um aprofundamento crítico do tema em questão.

A verdade é que sob o pretexto de garantir direitos e garantias constitucionais frente aos eventuais excessos da maioria, ou mesmo de se acatar a realidade de que determinadas Constituições (como a brasileira e a alemã) são compromissárias e consagram direitos fundamentais não tangenciáveis pela vontade de maiorias eventuais, não se pode abrir espaço ao puro arbítrio judicial. Uma pretendida democracia *constitucional* que se estabelecesse sobre bases tais, onde tudo fosse dado ao Judiciário a pretexto de sobreposição do absoluta do constitucionalismo sobre os princípios majoritários inerentes à democracia, não pareceria digna de ostentar este nome, porque permitiria, em verdade, o arbítrio de uma elite, travestido de decisões racionais, em detrimento da livre manifestação de vontade dos cidadãos para a condução de suas vidas³⁰⁵.

Contudo, a grande indagação que resta nesse ponto é a seguinte: serão os eventuais excessos de uma jurisprudência de valores, praticados na Alemanha (ou eventualmente no Brasil), suficientes

³⁰³ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I...,op.cit., pp.325-6.

³⁰⁴ Cf. *Direito e Democracia*, I...,op.cit., p.326- destaquei..

³⁰⁵ Diz DIETER GRIMM que “...a jurisdição constitucional opera na interface de legislação e aplicação do direito, direito e política. Aí reside um perigo não insignificante de decisões políticas em uma roupagem com forma de justiça.” (*Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.16).

para justificar uma tão radical postura procedimentalista, como a de Habermas, *mesmo quando, independente de qualquer coisa, a Constituição, de fato, fixa determinados nortes principiológicos para a construção da convivência, além de estatuir claramente direitos fundamentais intocáveis pela maioria?* Mais ainda: será a busca por garantia extrema de uma esfera de autonomia cidadã, para o fim de realização de uma democracia deliberativa, justificativa suficiente para também dar respaldo a um tal procedimentalismo, mormente em países periféricos ou emergentes como o Brasil?

É nesse ponto, então, que severas dificuldades parecem surgir para que se tenha a posição procedimentalista de Habermas acolhida, principalmente para o contexto do Brasil, bem como de outros países com Constituições similares e realidades democráticas periféricas análogas.

Em primeiro lugar, ainda que seja extremamente difícil tentar dar resposta aos argumentos relativos à *substituição de princípios por valores*³⁰⁶, nada impõe que a jurisprudência de valores agasalhada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha deva ser o modo pelo qual os princípios e direitos fundamentais sejam interpretados e realizados – ao menos no Brasil. *Não há uma vinculação necessária*³⁰⁷ entre esta linha de compreensão ou de *tratamento de princípios como valores*³⁰⁸ e a

³⁰⁶ Embora ALEXY encete, ainda que indiretamente, uma resposta a tal ponto de vista em seu *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.) ao tratar longamente da questão no item “La teoría de los principios y la teoría de los valores” (Op.cit., pp.138 e ss.) e concluir, no subitem, “La diferencia entre principios y valores” (op.cit., p.147), o seguinte: “(...)La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es ‘prima facie’ lo mejor es, en el modelo de los principios, ‘prima facie’ debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. En el derecho, de lo que se trata es de qué es debido. Esto habla a favor del modelo de los principios. Por otra parte, **no existe dificultad alguna en pasar de la constatación de que una determinada solución es mejor desde el punto de vista del derecho constitucional a la constatación de que es debida iusconstitucionalmente. Si se presupone la posibilidad de un paso tal, es perfectamente posible partir en la argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar de lo modelo de los principios. Pero**, en todo caso, el modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser. A ello se agrega el hecho de que *el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones.* Ambos aspectos son lo suficientemente importantes como para preferir el modelo de los principios.” Assim, embora ALEXY, reconheça a diferença entre princípios (possuidores de caráter *deontológico*, ou seja, de aptidão a dizer o que deve ser) e valores (possuidores de caráter *axiológico*, de aptidão para dizer o que é melhor), bem como destaque a preferência por um modelo de princípios, deixa claro que o principal motivo para esta escolha é o fato de que este modelo permite um espaço menor para “falsas interpretações”, sem contudo extrair daí uma inviabilidade da utilização da noção de valores no âmbito do jurídico. Pelo contrário. O que defende é que não existe dificuldade essencial alguma para sua utilização neste âmbito, ao contrário do sustentado por Habermas.

³⁰⁷ É o que parece também defender Streck, em *Verdade e Consenso...*, op.cit., particularmente, pp. 175 e ss.

³⁰⁸ Aliás, é o próprio HABERMAS que afirma que a distinção entre princípios e valores, sob certas circunstâncias poderia ser até mesmo desconsiderada, o que também deve ser objeto de análise, antes de se partir para a alternativa radical do procedimentalismo. Senão verifique-se o seguinte excerto de *Direito e Democracia*, I: “Do ponto de vista da análise conceitual, a distinção terminológica entre normas e valores *somente* perde seu sentido nas teorias que pretendem validade universal para os bens e valores supremos – como é o caso das versões clássicas da ética dos bens. Esses princípios ontológicos objetivam bens e valores transformando-os em entidades que existem em si mesmas...” [apesar de advertir Habermas, em seguida, que “sob condições do pensamento pós-metafísico, no entanto, elas não são mais defensáveis.”] (op.cit., p.319).

De qualquer forma, STRECK procura apresentar uma via de solução ao problema apresentado por HABERMAS. Segundo Streck, em verdade, *os princípios institucionalizariam a moral* “compreendida como ideal de ‘vida boa’ da sociedade”. Por isso afirma também que a moral deixa de ser autônoma-corretiva do Direito (ou seja, não se presta a corrigir o Direito a partir de uma posição exterior a ele, o que acabaria sempre envolvendo a necessidade de que algo que não teria força de dever ser (a moral) se transmutasse em algo com força impositiva, somente segundo a preferência subjetiva do aplicador, como diz aquele autor ser admitido pela teoria da argumentação em Alexy) para “se tornar [a moral] co-originária do Direito” (ou seja, para passar a nascer com o Direito, no passo em que inscrustrada em seu interior a partir de sua inserção nos princípios, o que, por sua vez, passa a lhe dar força de ‘dever ser’, ao mesmo tempo em que passa a tornar o Direito autônomo em relação a juízos morais externos). Nesse sentido é que assevera em *Verdade e Consenso* (op.cit., p.176): “Além do texto constitucional que representou – e representa – um ‘plus’ normativo (e qualitativo, em face da legitimidade que se torna condição de possibilidade) em relação às ‘etapas’ anteriores do direito (e do Estado), *é nos princípios que se institucionalizou a moral compreendida como o ‘ideal de vida boa’ da sociedade* (demandando, por isso, um Estado que deixa de ser ‘inimigo’, para ser ‘amigo dos direitos fundametais’). (...) Por isso, o avanço representado por esse *novo*

realização de uma democracia haurida de uma concepção constitucional, nos termos do que defendido por Ronald Dworkin. O próprio HABERMAS, aliás, dá conta, como visto em transcrições anteriores, de que “quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos e Alexy os considera bens otimizáveis, não estão se referindo à mesma coisa”.³⁰⁹

Logo, se Habermas entende que há excessos no que tange à jurisprudência de valores do Tribunal Constitucional Federal Alemão³¹⁰, o que parece, sob certo aspecto, correto³¹¹, ou mesmo, se ele conclui que há problemas com certas colocações de Alexy³¹² ou com posturas que remetem à

paradigma: a moral deixa de ser autônoma-corretiva, para se tornar co-originária ao (e com o) direito. Direito e moral são co-originários porque o direito do Estado Democrático de Direito, sustentado nos princípios que traduzem o mundo prático, origina-se de um lugar que não prescinde (mais) da moral. A moral não é (mais) instância paramétrico-corretiva, pela simples razão de que a fundamentação da moral já está co-originariamente referida ‘ao direito gerado democraticamente’ e juridicamente institucionalizado. Expulsa pelo positivismo, ela retorna – agora como uma necessidade -, não mais como corretiva, autônoma ou complementar ao direito, e, sim, traduzindo as insuficiências do direito, que o positivismo pretendia fossem dar ‘conta do mundo’ a partir do ‘mundo das regras.’”(destaquei). Não é por outro motivo, então, que se afirma, ainda, em nota àquelas passagens, que “a moral, nesse sentido, é normativa; a ética é que é axiológica (veja-se como essa questão afetará a teoria da argumentação jurídica, na questão dos valores a serem ‘sopesados’)” (Op.cit. p. 176, nota nº 18-destaquei). E talvez possa sobrevir a crítica de nisso haver excesso, mas se reconhece aí a tentativa do autor de dar resposta ao sério problema levantado por Habermas (além do argumento, que parece estar subjacente, de que, então, a CF/88, sob este aspecto ensejaria uma situação diversa daquela vivida na Alemanha, já que naquela constituição (a brasileira) não haveria que se falar em fixação de valores, mas de princípios), tudo na forma de um embate radicalizado pela eliminação de qualquer margem de discricionariedade quando da aplicação do Direito, mormente para que sejam evitados decisionismos (ativismos) judiciais.

³⁰⁹ *Direito e Democracia, I...*, op.cit., p.318.

³¹⁰ “Habermas não admite discricionariedades, apostando, inclusive, na possibilidade de se obter uma única resposta correta. Nisso a hermenêutica e a teoria do discurso concordam totalmente (assim como a teoria Dworkiana).” E aqui, depois de adiantar as semelhanças, STRECK prossegue para destacar outra e fundamental distinção da linha hermenêutica com a teoria do discurso desenvolvida por Habermas, a ser melhor referida em momento posterior: “Ocorre que a total desconfiância de Habermas para com o sujeito (do ‘fundamentum inconcussum’) é resolvida em outro plano, isto é, ele substituiu a razão prática – onde reside o sujeito solipsista – pela razão comunicativa (que é uma razão de caráter prescritivo e que se dá a posteriori; a razão comunicativa está para além do sujeito, pois). (...) corrige o problema...como, por ex., Antonio Negri efetua esta correção com a busca de uma nova subjetividade social ou coletiva. Mas ao substituir a razão prática pela razão comunicativa, Habermas não enfrenta o problema fundamental do solipsismo, como faz a hermenêutica, que, a partir do círculo hermenêutico, fere de morte o paradigma representacional. Heidegger e Gadamer superam ‘esse sujeito’ do fundamento, do esquema sujeito-objeto. Por isso Habermas afirma: ‘substituo a razão prática’; ou seja, não a supera e nem a fere de morte. Assim, Habermas prefere não fazer apostas hermenêuticas (no sentido da hermenêutica filosófica...); prefere apostar na construção de um discurso (de fundamentação prévio) que pretende ‘imunizado’ da (antidemocrática) razão prática carregada e contaminada pela subjetividade do sujeito de si do pensamento pensante (daí a aguda crítica a tradição e os problemas decrrentes de uma comunicação distorcida que dela possa adivir).” (STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.48-9 – destaques apostos).

³¹¹ Concordando com o ponto, consulte-se STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.143, nota 29, quando refere: “Despiciendo frisar que não defendo e nunca defendi a aplicação ou ‘represtinação’ da jurisprudência de valores no Brasil. Ao contrário. A jurisprudência dos valores se inscreve nos quadros do paradigma da subjetividade, em que os valores superam o próprio texto, que seria a ponta de um iceberg, estando os valores submersos, prontos para serem descobertos pelo intérprete. Nesse sentido, permito-me remeter o leitor para o meu *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, em especial, a 6ª edição (...). ...estou me referindo a jurisprudência de valores porque, por vezes, tenho sido acusado de incentivar o seu uso no Brasil, como se eu estivesse, ao lutar por uma jurisdição constitucional mais efetiva, defendendo um ‘ativismo judicial’ utilizando, para tanto, ‘a jurisprudência de valores’ (sic). Ora, uma coisa é defender uma jurisdição constitucional efetiva, substancialista e republicana; outra coisa é aceitar decisionismos, muitas vezes – ou na maioria das vezes – feitos contra a própria Constituição.” (destaquei).

³¹² STRECK critica a teoria da argumentação de Alexy, no ponto, ao referir que “...procura criar regras e hierarquias para resolver conflitos entre princípios.” Contudo, segundo aquele autor: “Ora, os princípios não colidem no ar, questão aliás muito bem denunciada por KLAUS GÜNTHER, para citar apenas um dos mais importantes defensores, hoje, da teoria da argumentação jurídica.” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.126). E, mais adiante, referindo-se diretamente ao problema da ponderação, sustenta existir um “problema representado pela inviabilidade de confrontação/colisão de princípios”. Em verdade, segundo Streck, “Não há hierarquia – abstrata, universal – entre princípios. Por isso o perigo representado por sopesamentos (ponderações) – e a teoria habermasiana tem isso bem claro -, que, no fundo, terminam por servir de álibi teórico para sustentar decisões tomadas de forma antecipada [leia-se, discricionariamente] (portanto, anti-hermenêuticas). Somente a situação concreta é que serve de parâmetro para a resposta correta (adequada à Constituição). O problema talvez esteja na diferença entre o que seja uma situação concreta para a hermenêutica e para a teoria do discurso

ponderação de valores³¹³, isso não autoriza, por si só, concluir que a (radical) posição procedimentalista acerca da prestação jurisdicional seja a única saída viável e sustentável juridicamente (e politicamente) para se garantir a sua legitimidade democrática³¹⁴.

Aliás, uma posição que tal teria de suplantar a realidade brasileira posta em sentido diverso, de uma Constituição vigente que, efetiva e substancialmente, não só institui direitos e garantias fundamentais intocáveis até mesmo pela vontade de maiorias qualificadas³¹⁵, como define, inclusive, “fundamentos e fins” da própria sociedade brasileira, não se reduzindo a um mero “instrumento de governo”, como forma regulativa de processos ou enunciativa de competências. Nesse sentido, citando EROS GRAU, afirma STRECK

A resposta pode estar com EROS GRAU³¹⁶, ao lembrar que a Constituição do Brasil não é um mero ‘instrumento de governo’, enunciador de competências e regulador de processos, mas, *além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade*. Não compreende tão-somente um ‘estatuto jurídico do político’, mas um ‘plano global normativo’ da sociedade e, por isso mesmo, do Estado brasileiro. Daí ser ela a Constituição do Brasil, e não apenas a Constituição da República Federativa do Brasil. *Os fundamentos e fins definidos em seus artigos 1 e 3 são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira.*³¹⁷

Diante disso tudo, o que se impõe como necessário não é uma postura procedimentalista³¹⁸, mas, isto sim, conceber uma forma de realização de uma *democracia constitucional* - na medida em

habermasiana.” (op.cit., p.128 -destaquei). Streck afirma, ainda, que *“hermeneuticamente não haverá essa colisão, uma vez que a reconstrução integrativa, o modo prático de ser no mundo e a consciência dos efeitos da história é que apontarão para a resposta, que pode até ser – dependendo do caso concreto – a mesma da teoria da argumentação (mas também pode dar azo ...à outra resposta, sem que se altere a ‘validade’ de qualquer das duas normas.)”* (op.cit., p.75, nota 25 - destaquei). Contudo, mais importante do que a crítica posta por este autor, que será objeto de melhor análise oportunamente, é, nesse momento, identificar aqui um afastamento de Habermas (com Günther) de Alexy, e uma postura crítica a teoria de Alexy que, nesse ponto, é comum à hermenêutica de Streck. Como se vê, Streck esclarece que, embora Habermas (com sua teoria discursiva), ao aderir a proposições de Klaus Günther nesse ponto (‘princípio da adequabilidade’ –cf., op.cit., p.73), tanto quanto Alexy, sustentem teorias da argumentação -distanciando-se, assim, de posturas hermenêuticas-, há uma clara divergência, que já emergiu em citações anteriores e se repete aqui, entre estas duas posturas ligadas a teorias da argumentação, como doravante deverá progressivamente restar mais claro. Aliás, para cf. divergências manifestas, cf. STRECK, op.cit., pp. 74-76, nota 25; também p.154 (para posições de Alexy vs. Habermas, especialmente para a questão da ponderação).

³¹³ Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, I...,op.cit., p.315.

³¹⁴ Na verdade, é nesse ponto que se pode ter a tese de Habermas, levada a extremos, não como uma impositiva saída para a compatibilização entre democracia e constitucionalismo, mas, sob certo aspecto e apesar de seu evidente valor, complexidade e sofisticação, *como outra forma de reação ao pós-positivismo em função dos riscos de seus eventuais excessos*, nos termos da classificação proposta alhures. A dar respaldo, de certa forma, ao exposto, veja-se o que afirma STRECK (*Verdade e Consenso...*op.cit., p.90): “...frente ao **risco representado por um excesso de materialização do direito ocorrido a partir do segundo pós-guerra, que poderia levar a arbitrariedades interpretativas**, face ao conteúdo interventivo, compromissário e dirigente dos textos constitucionais, e ainda levando em conta o problema do inexorável deslocamento da esfera de tensão do legislativo (e do executivo) em direção à justiça constitucional, **Habermas prefere não fazer apostas hermenêuticas, optando por uma racionalidade procedimental** (veja-se, a propósito, a sua quase aversão ao controle de constitucionalidade). E essa racionalidade está sustentada em discursos de fundamentação prévios, que ‘dispensam’ substancialidades, suspeitas de estarem contaminadas pela razão prática (para ele, eivada de solipsismo).” (destaquei).

³¹⁵ Cf. art. 60, (...) §4º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde se dispõe que os direitos e garantias individuais postos na Constituição estão sob abrigo até mesmo de Emendas Constitucionais, no que se denomina de “cláusula pétrea”.

³¹⁶ Cita-se: “Cf. GRAU, Eros Roberto. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Jacinto N.M. Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.”

³¹⁷ Cf. *Verdade e Consenso...*,op.cit., p.115 (destaques apostos).

³¹⁸ Aliás, nesse passo, há uma outra crítica possível, a de que mesmo o procedimento exige, ao fim, uma teoria dos defeitos substantivos, como mencionado por LAURENCE TRIBE, na citação de STRECK: “...chamo à colação a crítica de Laurence Tribe aos fundamentos das teorias dos valores adjetivos ou procedimentalistas, para as quais a Constituição somente garante o acesso ao mecanismo de participação democrática no sistema. *Nesse sentido, afirma que o procedimento deve complementar-se com uma teoria dos direitos substantivos*. Com efeito, TRIBE parte do caráter tenazmente substantivo

que é o que prevê a Constituição brasileira -, a partir da interpretação da Constituição e da atuação jurisdicional, que não permita o acolhimento de arbitrariedades discricionárias sob as vestes de decisões racionais³¹⁹.

Este é o problema, e sob este aspecto, tanto as ponderações mais específicas de DWORKIN sobre interpretação³²⁰, como as lições de GADAMER acerca da hermenêutica filosófica³²¹, podem orientar uma prestação jurisdicional e uma leitura da Constituição que sejam substanciais, sem que se tornem necessariamente invasivas da esfera de competência do legislativo ou das liberdades cidadãs para a construção da convivência em sociedade³²². Pelo contrário. Como se verá, sob determinadas condições e em determinados contextos, uma atuação minimamente garantidora destas manifestações e intervenção cidadã no poder, e, pois, nos rumos da condução política da vida social, deverá ser propiciada pelo próprio Judiciário³²³.

(‘*stubbornly substantive character*’) da maioria dos mandatos constitucionais mais importantes: a primeira emenda, a décima terceira (abolição da escravidão) ou a cláusula do devido processo legal são bons exemplos disso. Por outro lado, também são substantivos o significado e o propósito das normas que regulam os procedimentos de participação. *Certamente, diz TRIBE, decidir que classe de participação demanda a Constituição requer uma teoria dos direitos plenamente substantiva. Assim, o direito ao devido processo tem em sua base a dignidade pessoal (ser ouvido é parte do que significa ser pessoa); do mesmo modo, a questão de ‘quem vota’ ou a regra ‘um homem, um voto’ possuem caráter substantivo. As teorias procedimentalistas não parecer apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva.*[cita-se Cf. TRIBE, L.H. *American Constitutional Law*. The Foundation Press, Meneola, 1978, p.896.]” (Verdade e Consenso..., op.cit., p.31. -destaquei).

³¹⁹ Diz STRECK: “...Se existe algo que une substancialistas como eu e procedimentalistas como – e cito por todos – MARCELO CATONI (...) é a defesa da democracia, dos direitos fundamentais e do núcleo político essencial da Constituição. (...)o debate não deve criar falsas questões e demonizações de teorias (...). ...apesar das divergências teóricas, ninguém pode, por exemplo, apoiar-se no procedimentalismo ou no substancialismo para justificar posturas ‘self restraining’ do Supremo Tribunal Federal para negar direitos fundamentais. E tampouco para incentivar decisionismos e arbitrariedades (cuja origem está na discricionariedade positivista, da qual a hermenêutica e a teoria discursiva são inimigos fiáveis).” Ou seja: o inimigo comum é o excesso (ao menos aquele claramente evidenciado em seus extremos mais claros, na medida em que existe precisamente uma zona gris acerca do que seja auto-restrição devida ou decisionismo judicial em situações mais distantes destes extremos), principalmente o posto no decisionismo judicial, mas também aquele da absoluta inação solapadora da Constituição, nos termos em que posta no Brasil de hoje.

³²⁰ Cf. a respeito, por exemplo, o capítulo II, intitulado “Conceitos de Interpretação”, de *O Império do Direito*, de R. DWORKIN (op.cit., pp. 55 e ss.). E apesar de diferenças, verifique-se uma certa conexão entre os autores citados, quando o próprio Dworkin recorre, por vezes, à GADAMER, nesse campo: “Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas”. (op.cit., p.75).

³²¹ Cf., pelo menos, GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 9ª ed. Petrópolis/RJ : Editora Vozes, Bragança Paulista, SP. Editora Universitária São Francisco, 2008; GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. 3ªed..Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. – especialmente na conferência nº4 (“O problema hermenêutico e a ética de Aristóteles”, para fins de verificação do problema de compreender e encontrar numa situação concreta o que é justo (função da decisão ética), cf. pp.47 e ss.) e na conferência de nº5 (“Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica”, que lança luzes sobre várias noções fundamentais da hermenêutica filosófica, tais como, v.g., as da compreensão, aplicação, círculo hermenêutico etc – cf. pp.57 e ss.); GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*. Trad. Constantino Ruiz-Garrido.[?]: Herder Editorial, 2003. – especialmente no capítulo 4 (“El horizonte de una hermenêutica de la vigilancia histórica”, pp.129 e ss.);GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 1999 – especialmente nos capítulos intitulados “Heidegger: hermenêutica como auto-esclarecimento da interpretação existencial”, pp.157-177, e “A hermenêutica universal de Gadamer”, pp.179-205.

³²² A respeito do ponto, cf., ainda, TRIBE, Laurence e DORF, Michael, em seu *Hermenêutica Constitucional*(Belo Horizonte: Del Rey, 2007), particularmente no item 1.2. “Lendo a Constituição ou escrevendo uma nova” (pp.11 e ss.), e, ainda mais especificamente, ao final deste item (pp.18-9).

³²³ Assevera JORGE MIRANDA, a respeito, o seguinte: “A vinculação dos tribunais aos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias traduz-se: a) positivamente, na sua interpretação, integração e aplicação de modo a conferir-lhe a máxima eficácia possível, dentro do sistema jurídico; b) Negativamente, na não aplicação dos preceitos legais que os não respeitem (...), com os instrumentos e técnicas da apreciação da inconstitucionalidade material mais exigentes.” (MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp.283-4). E ainda, no ponto intitulado “A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais”: “Por definição, os direitos

Isso remete ao segundo ponto: não é por que a ideia de democracia deliberativa, a partir da garantia dos espaços de comunicação e de deliberação pública seja sedutora e realmente superior ao tratamento da democracia meramente representativa, em termos liberais estritos, que de ora para outra se torne factível, mormente no contexto de sociedades contemporâneas e democracias periféricas ou de países ditos emergentes.

Aqui surge um outro ponto relevante a ser considerado: o da necessidade de contextualização da tese procedimentalista habermasiana. A crítica não é original, mas parece válida (dentre outros, consultem-se STRECK³²⁴ e FRANÇOIS OST³²⁵). Diz respeito à realidade de que em circunstâncias

fundamentais têm de receber em Estado de Direito, protecção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais.” (op.cit., p.232).

³²⁴ STRECK alinha razões comumente encontradas para esta crítica, ressaltando (em desfavor da aplicabilidade da tese de Habermas no Brasil) que faltariam justamente emancipação social e autonomia individual suficientes no Brasil para que se pudesse cogitar da viabilidade desta proposta no presente. Eis a transcrição do excerto respectivo: “Fica evidente em Habermas – e não há como dele discordar neste ponto- que o procedimentalismo, entendido como superação de modelos já realizados, assume proporções fundamentais *nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais já estão resolvidos*. Sua teoria parte, implicitamente, do pressuposto de que a etapa do ‘Welfare State’ foi realizada, e, com isso, *pressupõe sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos*’. Em Habermas fica claro que uma comunicação sem constrangimento nem distorção pressupõe uma sociedade definitivamente emancipada, com indivíduos autônomos. Também aqui, *‘várias críticas podem ser dirigidas a Habermas’*, como a de que as condições ideais requeridas para as deliberações práticas parecem constituir o cenário próprio de uma utopia [cita-se Luzia M.S. Cabral Pinto, a partir de Bubner e Ost (*Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*.Coimbra: Coimbra Editora 1994).]. Daí, indispensável indagação: *como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Mais: como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes forma o mundo da vida?* Por tais razões, Ackerman indaga: *pode uma eleição ser livre e justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? Ou se estão passando fome ou trabalhando em condições opressivas durante a maior parte de seu tempo?* ‘Minha resposta é não’, vai dizer Ackerman: *se você está de acordo, este primeiro fundamento lhe permite preparar um caminho conceitual para considerar até onde os juízes deveriam estar facultados constitucionalmente para intervir também nestas questões. Por conseguinte, a concessão de uma faculdade semelhante pode ver-se limitada por toda a sorte de considerações predicais. Porém, o que interessa aqui, acentua o professor norte-americano, são os princípios básicos: ao habilitar os juízes para insistir em um ‘piso democrático’ na avaliação de medidas de bem-estar e educacionais propostas pelos governantes, não se está advogando a ‘morte do político’, e, sim, a sua reorganização e extensão, que deve abarcar desde um interesse pelo centro de decisões até a proteção da vida política que se experimenta na periferia* [cita-se Cf. ACKERMAN, Bruce. *La política del dialogo liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999, pp.148 e 149.].” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.102-104 – destaquei).

Sob este ponto de vista, interessante observar que no presente estudo, apesar de tudo isso, sequer se cogita de questionar a validade e a importância fundamental da ampla democracia representativa instaurada no Brasil [em termos da amplitude do direito a voto e da extensão das condições materiais para que um verdadeiro “continente” todo ao menos vote por ocasiões de eleições que se dão periódica e regularmente há anos]; tampouco se imagina uma posição elitista, donde derive uma espécie de necessidade de tutela do povo “inculto” pelas “elites intelectuais”, para que se alcance condições para uma futura democracia deliberativa viável, onde a participação ‘livre e consciente’, aí sim, seja uma possibilidade – aliás, as ditas elites já demonstraram aonde podem levar o país por meio de sua atuação baseada no patrimonialismo [“tipo de dominação tradicional em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado”- cf. WOLKMER, A.C.*História do Direito no Brasil*, op.cit., pp.35 e ss.], no conservadorismo [“atitude...envolvendo procedimentos, estratégias e práticas...”que não permeiam a evolução da ordem social, “...engendrada no contexto de uma historicidade assentada na tradição, experiência, hierarquia, centralização, formalidade legal, propriedade patrimonial e diferenciação social” – Id., p.36] e num “liberalismo” muito peculiar ao Brasil, onde a burocracia a serviço da manutenção da desigualdade social sempre imperou [escreve Raymundo Faoro, ‘não é a sociedade civil a base da sociedade, mas uma ordem política em que os indivíduos ou são basicamente governantes ou são governados...’- id., p.35]. Jamais será o caso de se esperar um crescimento tutelado do povo para só depois se permitir seu acesso ao voto, ainda que o risco de políticas populistas se incremente num ambiente como o descrito antes, mas sim, de viabilizar e incitar a sua evolução em termos de autonomia individual e de emancipação social já durante a prática da democracia representativa (inclusive por meio da ampliação da concepção de democracia para que se atinja uma equilibrada *democracia constitucional*). Ora, isso não impede, senão antes justifica, uma atuação do Judiciário no sentido de contribuir, não só para a garantia da manutenção e da concretização dos direitos fundamentais assentados na Constituição, bem como de até mesmo abrir uma nova via de participação direta no poder (pulverizada) por meio do acolhimento de uma também nova concepção de prestação jurisdicional, entendida agora também como modo de realização

desfavoráveis para o estabelecimento da democracia deliberativa pensada por aquela tese, como ocorre em países periféricos com particulares marcas de *subcidadania* e *sobrecidadania*, nos termos do que magistralmente exposto por MARCELO NEVES³²⁶, a não intervenção substancial do Judiciário é que

pontual dos direitos de *cidadãos-demandantes* já quando da ocorrência de conflitos em sociedade, traduzidos em demandas, sempre à luz dos nortes constitucionais instituídos.

³²⁵ FRANÇOIS OST é citado por Streck, no que tange a uma crítica sobre a não-correspondência das teses habermasianas com as condições da realidade, realizada nos seguintes termos: “Já para François Ost, ‘no plano sociológico, que não se vê senão as condições da discussão racional imaginada por Habermas (...) – poder-se-ia invocar Rawls e a ‘situação originária do véu da ignorância’ –, são precisamente condições ideais que não correspondem às condições reais (...). Mas se o consenso é problemático no plano de sua utilização prática (sociológica), é porque ele levanta interrogações radicais, de ordem filosófica. A suspeita que ele suscita inevitavelmente é a de reavivar, sob cores restauradas, o velho fantasma metafísico do Espírito Absoluto que se recupera na História. Metalinguagem universal, chave de todo os jogos de saber e poder, o consenso supõe confirmada a narrativa da emancipação universal dos seres humanos, livres e racionais’ (grifei).” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.103, nota 12 – destaquei).

³²⁶ MARCELO NEVES trata dos mesmos relevantes problemas, no âmbito das teorias sistêmicas (ainda que mais particularmente daquela sustentada por Luhmann), quando se quer fazer a sua transposição ao campo dos países periféricos, ressaltando o contexto específico brasileiro, no item “uma breve referência ao caso brasileiro” (em luminosa passagem, diga-se) de sua obra “Entre Têmis e Leviatã...” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático e de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Trad. do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006.): “A experiência brasileira enquadra-se como um caso típico de modernidade periférica, desde que a crescente complexidade e o desaparecimento da moralidade tradicional não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania. Isso implica obstáculos graves à realização do Estado Democrático de Direito. Não me refiro aqui às experiências autoritárias de 1937-45 e 1964-84. Nesses casos, trata-se de uma negação direta e expressa do Estado de Direito, estando a subordinação de Têmis a Leviatã prescrita claramente nas próprias leis constitucionais. No presente trabalho, *interessam especialmente as situações em que o modelo textual de Constituição do Estado Democrático de Direito é adotado, mas carece amplamente de concretização*. Pode-se afirmar que, conforme o modelo textual das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1988, teria havido um inquestionável desenvolvimento do Estado de Direito no Brasil, que não se distinguiria basicamente de seus congêneres na Europa Ocidental e na América do Norte. *No entanto, no plano da concretização, não se observou um correspondente desenvolvimento: o Estado permanece sendo amplamente bloqueado pela sociedade envolvente, e Têmis, freqüente e imune ‘violada’ por Leviatã*. Em trabalhos anteriores, já enfatizei o *problema da alopoiese do direito na experiência brasileira*. Apontei para o fato de que, *no Brasil, o problema não reside primacialmente na falta de suficiente adequação e abertura (cognitiva) do sistema jurídico ao seu ambiente social (heterorreferência)*. Contrariamente a essa tradição jurídico-sociológica, tenho destacado que *se trata de insuficiente fechamento (normativo) por força das injunções de fatores sociais diversos*. Além da sobreposição destrutiva do código hipertrófico ‘ter/não-ter’ e de particularismos relacionais difusos, a autonomia operacional do direito é atingida generalizadamente por intrusões do código político. Mas cabe aqui acrescentar que, por sua vez, a política, enquanto não está vinculada à diferença ‘ilícito/lícito’ como seu segundo código, também sofre graves limitações no concernente à autopoiese: *é sistematicamente bloqueada por pressões imediatas advindas do ambiente social no Estado, distanciando-se do modelo procedimental previsto na Constituição*. Nessa oportunidade, pretendemos considerar alguns aspectos particulares que se relacionam com a questão da alopoiese política e de direito na experiência brasileira, *mas que exigem um tratamento além do paradigma sistêmico, pois envolvem o problema da insuficiente construção de uma esfera pública pluralista*.” (NEVES, op.cit., pp. 244-245). E prossegue aquele autor, esclarecendo o ponto: “*Há uma forte tendência a desrespeitar o modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais*. Isso está associado à *persistência de privilégios e ‘exclusões’ que obstaculizam a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos iguais*. (...) Com esse problema relaciona-se a *fragilidade dos procedimentos constitucionais de legitimação das decisões políticas e da produção normativo-jurídica*. No lugar da legitimação por procedimentos democráticos, em torno dos quais se estruturaria uma esfera pública pluralista, verifica-se uma *tendência à ‘privatização’ do Estado*. (...) *Não se trata de um problema estritamente antropológico-cultural do Brasil. Ele é indissociável do próprio tipo de relações sociais em que se encontra envolvido o Estado na modernidade periférica em geral*, ultrapassando os limites de ‘antropologias nacionais’ e correspondentes singularidades culturais. *Nessa perspectiva, cabe considerar as relações de subintegração e sobreintegração no sistema jurídico*.”

Um dos obstáculos que mais dificultam a realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, destacadamente no Brasil, é a generalização das relações de subintegração e de sobreintegração. Definida a inclusão como ‘acesso’ e ‘dependência’ aos sistemas sociais, falta, nesse caso, uma das dimensões do conceito.

(...)

Do lado dos subintegrados, generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, *os ‘subcidadãos’ não estão interiramente incluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas*. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos

garante que o espaço público seja ocupado por elementos estranhos e impeditivos da realização de uma democracia de caráter mais substancial. E nesse espaço (negativamente) vazio, proliferariam, inclusive, as articulações do poder privado sem controle, pouco preocupadas com a viabilização da democracia sob qualquer forma³²⁷, mas interessadas na realização de seus interesses, quando não uma atuação do poder apenas orientada pelos já referidos critérios funcionalistas de busca de eficácia tecno-produtiva³²⁸.

restritivos da liberdade. Os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. Sendo a Constituição a estrutura normativa mais abrangente nas dimensões temporal, social e material do direito, isso vale para todo o sistema jurídico: aqueles que pertencem às camadas sociais 'marginalizadas' são integrados no sistema jurídico, em regra, como devedores, indicados, denunciados, réus, condenados, etc., não como detentores de direitos, credores ou autores.

(....)

A subintegração é inseparável da sobreintegração. Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito. ***Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental; usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas de seus interesses. Nesse contexto, o direito não se apresenta como um horizonte do agir e vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas antes como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais. Portanto, caso se pretenda insistir no termo 'exclusão', não apenas o subintegrado estaria 'excluído', mas também o sobreintegrado estaria 'acima' do direito, aquele, 'abaixo'.***

(....)

Eventualmente, o subcidadão pode ser um sobreintegrado, ofendendo, com expectativas seguras de impunidade, os direitos dos outros. E, vice-versa, o sobrecidadão pode encontrar-se excepcionalmente como subintegrado, especialmente quando sofre a ofensa impune de agentes estatais. (....) No entanto, a generalização de relações de subintegração e sobreintegração fazem implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica e também como acolhimento estrutural entre política e direito. (NEVES, *Entre Têmis e Leviatã*...., op.cit., pp. 248-251 – Destaquei). Como, pois, ignorar essa realidade e aceitar irredutivelmente as teses procedimentalistas habermasianas no ponto, em contextos como estes descritos para os países periféricos da contemporaneidade, por mais teoricamente sofisticadas (sedutoras) e mesmo meritórias que sejam?

³²⁷ “O problema, pois – e a advertência é de BERCOVICI, fulcrado em PEDRO DE VEGA GARCIA - , ***é a ausência cada vez maior do elemento democrático como justificador da legitimidade, reduzido, com o auxílio das teorias processuais da Constituição, a um simples procedimento de escolhas de governantes.***” (STRECK, *Verdade e Consenso*...., op.cit., p.34 - destaquei).

³²⁸ Em ligação direta do presente tópico com o exposto no anterior, veja-se como é precisamente neste espaço proporcionado pela restrição excessiva à atuação judicial (viabilizado também pela postura de aplicação de teorias procedimentalistas, mormente em seus extremos, em países periféricos) que proliferam também as teses jurídicas ou teorizações acerca da aplicação do direito que, em verdade, se rendem à modernidade funcionalista e aos valores e resultantes da contemporaneidade, elegendo-os, implícita (danosa e perigosamente), como critério legitimador da ação política e jurídica atual. Basta pensar numa certa “análise econômica do direito” que muito freqüentemente é levada a termo no Brasil para supostamente dar solução legítima a complexos conflitos e problemas sociais trazidos ao Judiciário (que em verdade não se preende de forma alguma a critérios de preservação da democracia ou de observância da Constituição), tais como aqueles do fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde pelo Estado à força de decisões judiciais: “...representando aquilo que se pode denominar de ‘análise econômica do direito’ (que ingressa fortemente em nosso meio), Carlos Ari SUNDFELD faz contundente crítica aos juízes que proferem decisões que obrigam o Estado a fornecer medicamentos e tratamentos de saúde. (...): ‘o juiz olha o caso e se sente muito tentado a resolver a situação, porque parece que aquilo está no seu alcance e não tem efeito negativo. Só que, evidentemente, quando se soma o dinheiro necessário para isso, acaba se desviando recursos que o Estado investiria em outra coisa. *Os juízes são espécies de vítimas do mundo simplório em que vivem.* É o mundo da ação individual, da ação proposta como um conflito binário isolado. E ele acaba sendo um administrador de Justiça no sentido mais tradicional’”. “*Resta saber*” – prossegue STRECK, de forma percuciente- ***“se uma análise econômica desse jaez encontra algum respaldo em um texto compromissório-principiológico como o da Constituição do Brasil. Não é difícil perceber na tese de Sundfeld um enfraquecimento da força normativa da Constituição, mormente naquilo que se pode denominar de ‘resgate das promessas incumpridas da modernidade’.*** Daí que ***a crítica de Sundfeld afasta-se do paradigma neoconstitucionalista, transformando-se num discurso ideológico, que fragiliza os direitos fundamentais-sociais.***” (STRECK, *Verdade e Consenso*...., op.cit., pp.160-161-destaquei). E daí por que, acrescentamos, ela representa uma outra forma de reação (indevida) ao pós-positivismo, por simploriamente não contextualizar a discussão da legitimidade da prestação jurisdicional e do novo papel imposto a ela na contemporaneidade, justamente como elemento de contraposição a um ideário supressor de garantias constitucionais mínimas que, no final, garantem também um mínimo de preservação de um tempo, de um espaço e de uma razão verdadeiramente humanas, mesmo nas urgências e pressões da modernidade presente. Por fim, é também em razão das dificuldades procedimentalistas em combater este tipo de postura e de realidade atual e específica da periferia (veja-se que, como STRECK observa na obra referida, pp.155-160, que defensores de teses

Veja-se, nesse ponto, que até mesmo as limitações postas por DWORKIN à intervenção judicial, quando distingue a figura das “policies”, daquela outra dos princípios, poderiam ser questionadas neste contexto particular das democracias periféricas³²⁹, a ponto de permitir discussão no que tange a extensão destas limitações.

Dessa forma, ao tempo em que seria necessário considerar criticamente a questão dos excessos da jurisprudência de valores e das correntes que lhe dariam suporte, bem como os eventuais riscos de posições deste naipe para a supressão de espaços de agir democrático autônomo dos cidadãos, não seria possível ignorar a realidade contemporânea já exposta alhures, impositiva de um agir comprometido precisamente com a criação e manutenção de espaços públicos para esta finalidade.

Logo, ao menos em tais contextos peculiares, como o do Brasil, nada obstante se reconhecer o grande mérito e valor das observações feitas por HABERMAS, seria o caso de se reconhecer a impositividade de uma *concepção constitucional* de democracia, instituída pela Constituição, *a ser garantida por uma postura jurisdicional substancialista*³³⁰, que encontrasse um seu lugar, talvez, *a partir e além* das teorias de DWORKIN sobre o tema, mas aquém de excessos perpetrados no âmbito da discussão alemã, como já referido.

Até por que, segundo assevera STRECK, não só é plenamente sustentável a tese da “absoluta possibilidade de convivência entre democracia e constitucionalismo”, mas, mais do que isso, “a Constituição, nesta quadra da história, a partir da revolução copernicana que atravessou o direito público depois do segundo pós-guerra, passa a ser – sob determinadas circunstâncias – *condição de possibilidade do exercício democrático*, naquilo que a tradição (no sentido que Gadamer atribui a esta expressão³³¹) nos legou.”³³²

procedimentalistas, habermasianas, tendem a inclusive terem de se contradizer para resolver com alguma justiça tais situações extremas típicas da contemporaneidade desigual dos países periféricos), que a postura solicitada e imposta neste contexto e diante da CF/88 parece ser a de um substancialismo cuidadoso, por não-discricionário, e garantidor da progressiva construção de uma democracia constitucionalista, voltada para a evolução no sentido de uma democracia efetivamente mais participativa.

³²⁹ Vide, a respeito, PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p.281; também assim, ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, p.111. E, em sentido contrário, a crítica de MAUS, Ingeborg. *O Direito e a política*, p.294.

³³⁰ Nos termos do que exposto por STRECK, ao sustentar que: “Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-sustanciais da Constituição [citando PAULO BONAVIDES e a obra *A Constituição Aberta* (Belo Horizonte, Del Rey, 1993, pp.9e 10)], porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contudístico que une política e direito.” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.25).

³³¹ Para a importância do diferenciado sentido de tradição em GADAMER, demonstrando, inclusive, que esta noção não está comprometida com qualquer conservadorismo, veja-se o seguinte excerto da introdução da obra *O problema da consciência histórica* (op.cit., pp.12, 13 e 14): “Embora eu tenha contornado a intenção filosófica de Heidegger, quer dizer, a retomada do ‘problema do ser’, torna-se não obstante claro que *somente uma viva tematização da existência humana enquanto ‘ser-no-mundo’ revela as implicações plenas do ‘Verstehen’, como possibilidade e estrutura da existência*. As ciências humanas adquirem assim uma valência ‘ontológica’ que não poderia permanecer sem conseqüências para sua autocompreensão metodológica. Se o ‘Verstehen’ é o aspecto fundamental do ‘in-der-Welt-sein’ humano, então *as ciências humanas se encontram mais próximas da autocompreensão humana do que as ciências naturais*. A objetividade destas últimas não é mais um ideal inequívoco e obrigatório.

As ciências humanas contribuem para a compreensão que o homem tem de si mesmo, embora não se igualem às ciências naturais em termos de exatidão e objetividade, e se elas assim o fazem é porque possuem, por sua vez, o seu fundamento nessa mesma compreensão.

Algo essencialmente novo aqui se evidencia: o papel positivo da determinação pela tradição (“Traditionsbestimmtheit”), que o conhecimento histórico e a epistemologia das ciências humanas compartilham com a natureza fundamental da existência humana. É verdade que *os preconceitos* que nos dominam freqüentemente comprometem no nosso verdadeiro reconhecimento do passado histórico. *Mas sem uma prévia compreensão de si, que nesse sentido é um preconceito, e sem a*

Afinal, a Constituição não obstrui a democracia, questão que já estava bem clara nas críticas de James Madison a Thomas Jefferson. (...)

Na realidade – e a tradição que engendrou o constitucionalismo nas suas diversas fases aponta para este desiderato – a democracia constitucional é o sistema político talhado no tempo social que o vem tornando a cada dia mais humano porque se enriquece com a capacidade de indivíduos e comunidades para reconhecer seus próprios erros, como acentua Holmes. A Constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e majorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites³³³ que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro.³³⁴

Essas considerações devem cumprir, então, o objetivo de que a presente breve revisão das posições acadêmicas acerca dos limites da prestação jurisdicional constitucional sirva ao propósito de contribuir no desvelar das restrições atualmente ainda existentes quando da abordagem da legitimidade da atividade jurisdicional contemporânea e, de forma concomitante, se preste também para iniciar a consideração crítica de categorias normalmente apenas pressupostas nesta discussão, a serem mais bem desenvolvidas no tópico seguinte.

2.2. Legitimidade, democracia e jurisdição: breves revisões e considerações críticas sobre os pressupostos do debate (a questão do vislumbre do novo papel da jurisdição:

disposição para uma autocrítica, que é igualmente fundada na nossa autocompreensão, a compreensão histórica não seria possível nem teria sentido. Somente através dos outros é que adquirimos um verdadeiro conhecimento de nós mesmos. O que implica, entretanto, que o conhecimento histórico não conduz necessariamente à dissolução da tradição na qual vivemos; ele pode enriquecer essa tradição, confirmá-la ou modificá-la, enfim, contribui para a descoberta de nossa própria identidade. A historiografia das diferentes nações constitui uma ampla prova disso.” Por tudo isso, ainda segundo GADAMER, *“constitui sério contra-senso assumir que a ênfase no fator essencial da tradição (presente em toda a compreensão) implique uma aceitação acrítica da tradição ou um conservadorismo social ou político”. “Ora, o confronto com nossa tradição histórica é sempre, em verdade, um desafio crítico que a tradição nos lança. E esse confronto não tem lugar no ofício do filólogo ou do historiador, nem nas instituições culturais burguesas, que pretendem a todo custo generalizar o saber histórico. Toda experiência é um confronto desta natureza.”* (destaquei).

³³² Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.20-21.

³³³ Aqui estas considerações não ignoram dificuldades como as apontadas por J.J.CANOTILHO (*in: Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 130 e ss., no item “Dos direitos até às políticas, das políticas até aos direitos”), nos seguintes termos: “A consagração acomplada de ‘direitos sociais’ e de ‘políticas públicas’ sociais – como acontece na Constituição portuguesa e na Constituição brasileira – pode originar sérias dificuldades no plano normativo-concretizador. (...) Assim, por exemplo, consagra-se um direito à saúde e uma política de realização da saúde com base num serviço nacional de saúde universal e gratuito; reconhece-se o direito ao ensino mediante uma política de democratização baseada na gratuidade progressiva dos vários graus de ensino; proclama-se o direito social com base num serviço nacional e unificado de segurança social. (...) Terá aqui, pois, pleno cabimento a crítica de que um direito social, econômico e cultural não se concretiza, ou, pelo menos, não se realiza ‘só’ através de uma ‘política constitucional’, que outra coisa não é senão uma projeção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado das ‘contingências’ de várias esferas da sociedade. De forma sugestiva, poderemos dizer que, no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, ‘a política faz os políticos, mas são as políticas que acabam por fazer a política’”. (...) “A ideia de ‘uma’ política social constitucionalizada pressupõe, ainda, um Estado soberano, quando já não existe mais Estado soberano. O Exercício em comum da soberania, por força dos tratados comuns (CE, MercoSul, NAFTA), implica que, de forma crescente, caiba às instâncias supranacionais, e não aos Estados, a decisão sobre a ‘intolerância das situações’. Acresce que, nesse contexto, o supranacionalismo decisório parece impor um permanente *spill over*, ou seja, uma lógica expansiva de integração de sectores, primordialmente referida a áreas comunitárias econômicas. A satisfatória execução de ‘políticas’ num determinado sector de actividade já integrado exige a integração de outros sectores inicialmente não previstos.” Entretanto, ainda assim, é só um não se abandonar aos critérios exclusivamente funcionalistas, técnico-formais, contemporaneamente vigentes para uma suposta legitimação da ação em sociedade, política ou jurídica, que garantirá um mínimo de referência, preservação e efetivação de diretivas mínima de convivência constitucionalmente –e, pois, de fato, substancialmente – estabelecidas em tais países (como é particularmente necessário no caso do ainda periférico Brasil).

³³⁴ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.21.

permitir a convivência pacífica “sob uma perspectiva ética”, viabilizando espaços de convivência democrática substancial)

a) breve introdução: A revisão feita no tópico anterior realçou a demonstração da restrição existente acerca da compreensão da questão da legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade, mormente para fins de seu tratamento nas democracias periféricas ou de países emergentes. Não só ante a confirmação da tendência de descontextualização temporal e espacial do debate (limitação horizontal), tratada em item pretérito, mas também frente a uma ainda mais evidenciada deficiência de aprofundamento crítico da discussão ordinária acerca do tema (limitação vertical) - no mínimo por contraposição do exposto no último item a um certo “senso comum teórico” tradicional³³⁵ sobre esta problemática³³⁶.

De qualquer sorte, parece ter restado devidamente ressaltado também que esta deficiência de *verticalização* dos limites do debate se dá não só através desta desconsideração da necessidade de discussão do significado dos pressupostos fundantes da problemática da legitimidade jurisdicional, no campo da dogmática mais superficial, mas também em razão de aprofundamentos apenas pontuais e fragmentários (restritos a apenas algum dos aspectos imprescindíveis à ampliação da discussão) que a doutrina mais abalizada e crítica acaba por fazer nesta matéria. Ou ainda, pela falta de direcionamento específico a uma consideração mais ampla e unificada dos resultados destes aprofundamentos (sistematização ou conexão entre resultados das verticalizações pontuais e, ou, entre estes e aqueles derivados de uma ampliação horizontal das investigações), que mesmo estes estudos de maior envergadura e penetração acabam por apresentar.

Assim, mesmo que aqui seja impossível suprir tais lacunas e nem se tenha a pretensão de obter um tal resultado nesta investigação, o momento impõe pelo menos uma tentativa de abordagem conjunta dos pressupostos que parecem centrais para o alargamento devido dos embates acerca da legitimidade da prestação jurisdicional atual (ampliação vertical conectada com ampliação vertical do debate). Nesse passo e nesses termos, pois, é que se apresenta a questão da necessidade de uma brevíssima revisão crítica das mencionadas categorias fundantes da discussão da legitimidade jurisdicional nos termos atuais.

³³⁵ Cf. A.C.WOLKMER (*História do Direito no Brasil...*, op.cit., p.139), que utiliza esta expressão para asseverar que “é significativo ter a percepção correta da predominância de um ‘senso comum teórico’ tradicional – quer seja jusnaturalista, quer seja positivista, ambos em suas múltiplas variantes -, quando se procede a uma reflexão crítico-desmitificadora das origens, da evolução e da funcionalidade do pensamento jusfilosófico brasileiro”. O mesmo vale para o tema em destaque, bem como as invocadas lições de JOSÉ EDUARDO FARIA, naquela oportunidade, sobre a *cultura jurídica brasileira* para asseverar que ela influi de forma determinante também em discussões como a presente, sendo marcada “...por uma visão formalista do Direito, destinada a garantir valores burgueses e insistindo em categorias formuladas desde a Revolução Francesa (como, por exemplo, a univocidade da lei, a racionalidade e a coerência lógica dos ordenamentos, a natureza neutra, descritiva e científica da dogmática etc.), reproduz um saber jurídico retórico, cuja superação é de difícil consecução, pois é justificadora e mantenedora do sistema político, entreabrindo a visão do Direito apenas como um instrumento de poder. Daí, por extensão, seus princípios fundamentais se identificam com um *dogmatismo* que pressupõe verdades perenes e imutáveis, capazes de exercer o controle social sem sacrifício de sua segurança e aparente neutralidade” (FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.182, apud WOLKMER, A.C., *História do Direito no Brasil...*, op.cit., p.139).

³³⁶ Confirmam-se as notas iniciais deste trabalho, acerca do que destacava Marinoni como percepção comum desta problemática na dogmática processual nacional.

A partir do que já se expôs, então, é que serão rapidamente abordadas, de forma conjunta e para estes fins restritos, as categorias da *legitimidade*, da *democracia* e da *jurisdição* propriamente dita.

Para tanto, tem-se de considerar que, com relação à segunda categoria elencada, boa parte do que se expôs no item anterior adiantou grande parcela da discussão sobre a *democracia* e seu significado atual para a questão da legitimidade da prestação jurisdicional.

Já, no que toca à discussão mais direta acerca da compreensão atual do significado da *jurisdição*, como pressuposto para o tratamento de sua legitimidade na contemporaneidade (especialmente em democracias periféricas), grande parte do que constará das abordagens subsequentes ao capítulo II deverá estar focada diretamente neste tema.

Logo, o presente tópico, apesar de não se furtar a uma rápida abordagem específica destes dois pressupostos já mencionados (*democracia e jurisdição*), deverá concentrar-se, de forma prevalente, na questão da *legitimidade* propriamente dita. Ela é o antecedente, sempre pressuposto nos debates restritivos ora enfocados, que ainda não mereceu abordagem mais direta nesta investigação e que terá pouco espaço para tratamento mais específico nos momentos posteriores deste escrito.

Todavia, mesmo que seja assim, para se obter uma suficiente abordagem de tão complexa categoria fundante neste espaço limitado, que não seja demasiado superficial ou desconectada dos outros pontos já estudados³³⁷, será necessário dirigir e restringir esta já sumária revisão através do expediente de *dar-lhe os contornos de uma tentativa de resposta às indagações já adiantadas ao final do capítulo anterior deste trabalho*³³⁸.

Quer dizer, este expediente regulador e permissivo de uma abordagem contida, mas suficiente, da matéria, consistirá num buscar-se *uma (a) definição do que se está a falar quando da utilização da categoria legitimidade*³³⁹ *para o fim específico* de *(b) responder sobre qual noção de legitimidade*

³³⁷ A ponto de torná-la inútil ao fim proposto neste trabalho ou de permitir que incorra no mesmo tipo de equívoco apontado para outros estudos.

³³⁸ Rememorando o já exposto: “Assim, postas as constatações acerca da realidade de um certo ideário social e institucional em desenvolvimento, que tem por critério determinante das ações uma força resultante que não condiz exatamente com uma mentalidade que daria suporte a um critério de legitimação preponderantemente democrático (ao menos num sentido mais *substancial* de democracia), como se deveria compreender a questão da legitimidade da atuação jurisdicional na contemporaneidade? Em que termos seria possível ou cabível abordar este tema, ante a tais circunstâncias? E mais agudamente ainda: o que permitiria dizer, afinal, que um critério ligado com a busca do incremento dos processos de modernização funcionalizante seria espúrio ou inadequado, acaso exclusivo ou absolutamente predominante, na tarefa de aferir a legitimidade de atuação do judiciário de hoje, se vem se assentando uma certa crença nesse ideal da celeridade-efetividade no próprio meio social, ainda que a partir de um trabalho intenso de transformação deste arcabouço ético mínimo promovido quotidianamente nas sociedades contemporâneas também por um certo “sistema global *multimedia*”? Não seria, afinal, precisamente esse *elemento subjetivo*, de aceitação do poder institucional formatado em determinados moldes supostamente correspondentes às aspirações médias comuns da sociedade, que seria determinante para se ter um determinado proceder ou um determinado critério de conduta como sendo legitimado pela sociedade? Esse novo “consenso” urgente e disseminado acerca da suprema necessidade de eficácia não é o que legitima por si só? Ou há critérios objetivos de legitimidade, que não podem ser manipulado nem mesmo pela eventual transformação induzida do senso comum do meio social, em meio às (e sob o pretexto das) urgências da contemporaneidade?”.

³³⁹ Reiterando-se que não é possível se chegar ao extremo de um mergulho profundo nas viscerais discussões sobre o poder e a soberania, no ponto, mesmo ciente de que a continuidade da verticalização da discussão levaria a este ponto, cf. ROCHA, *Genealogia da crítica jurídica...* op.cit. , pp.190-1, e notas e observações anteriores.

deverá entrar em cena quando da abordagem da problemática da legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade.

Destarte, a necessidade de resposta àquelas indagações garantirá uma ampliação devidamente contida do trato crítico desta categoria para este fim específico. Isso, na medida em que ensejará, a um só tempo, esclarecimentos mínimos acerca da categoria legitimidade, encarada de um ponto de vista mais geral, sem que, no entanto, se perca de vista que estes esclarecimentos devem se prestar a servir como premissas necessárias à elucidação de *que legitimidade* deve ser considerada para o trato do tema ora em consideração. Ou por outra: esta estratégia de abordagem do tema permitirá que este bosquejo revisional seja suficiente, sem chegar a permitir que ele desande para o baralhamento do objetivo de que, por meio dele, o que se pretende é responder, afinal, *a quais critérios deverá estar referida esta legitimidade*³⁴⁰, quando de um suficiente (e necessário) alargamento da discussão sobre esta problemática no campo da jurisdição contemporaneamente devida.

b) Breve revisão e considerações sobre a noção de legitimidade: Um breve exame histórico e de certos estudos teóricos a respeito do tema³⁴¹ vai, nesse ponto, resgatar a realidade de que, em princípio, já foi a categoria legitimidade³⁴² – no campo do poder político³⁴³ – referida aos mais distintos critérios, bem como compreendida em variadas acepções³⁴⁴.

³⁴⁰ Ou, como já foi resumido em ponto antecedente deste escrito: “*de que legitimidade se haverá de falar aqui?* Ou por outra: *legitimidade referida a que?* A que *critérios* se haveria de recorrer nesta circunstância complexa, de uma realidade transpassada – mesmo que à força de certos mecanismos de indução eventualmente questionáveis – por uma *vontade de eficácia* (e não por uma “*vontade de constituição*” propriamente, como diz KORAD HESSE), contraposta (ou superposta) a um (insuficiente) discurso dogmático mais preocupado em debater a legitimidade a partir da manutenção de uma formal correspondência da conduta jurisdicional com os dogmas da democracia (meramente) representativa?”

³⁴¹ Nos termos sugeridos, fundamentalmente, por ANTÔNIO CARLOS WOLKMER (principalmente em *Ideologia, Estado e Direito*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000, p.88 e ss.), bem como por FÁBIO KONDER COMPARATO (em *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006).

³⁴² Até para que seja possível melhor distinguir as conceituações trabalhadas pelas ciências humanas do sentido dado ao termo num senso comum, é interessante trazer a mais singela conceituação de legitimidade obtida a partir de investigações semânticas puras, para que depois até mesmo por oposição se possa evoluir na compreensão do significado desta categoria pretendido aqui. Assim, tem-se, num esforço de exemplificação, o seguinte: “Legitimidade”, numa acepção não-técnica, puramente vernacular, quer dizer “qualidade ou estado de legítimo” [do latim, ‘legitimu’, por via erudita], que por sua vez significa, dentre outras acepções: “1. **Conforme a lei, legal**; 2. **Fundado no direito, na razão ou na justiça**. 3. Que tem origem na lei, ou está protegido por ela. 4. Autêntico, genuíno, lídimo” ([“do latim, ‘legitimu’, ‘conforme a lei’, por via popular]1.legítimo, autêntico”) – segundo o dicionário Aurélio (*Novo Aurélio Século XXI: O dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.- destaquei). Por ora basta partir desta ideia singela e despida de outras vinculações para que se possa construir progressivamente um conceito de legitimidade específica para o caso, sendo útil, por enquanto, apenas, talvez considerar que o vocábulo “lei” aqui deva ser entendido no seu sentido mais amplo, quiciza norteado por certas noções extraídas da filosofia de Platão em “As leis” ou até mesmo em “A República”.

³⁴³ O que levará, logo em seguida, ao seu exame no âmbito do Direito, particularmente a um exame crítico para distinguir e revisar o dualismo legitimidade/legalidade, nos termos do que propõe WOLKMER, A.C., já que, como assevera aquele autor: “A análise convencional dos juristas de associar legitimidade e legalidade, ou mesmo privilegiar esta sobre aquela leva-nos a discutir o problema da legitimidade no Direito, o que seja o Direito legítimo e redefinir o seu aspecto conceitual, delineando os horizontes de uma teoria crítica da legitimidade” – sendo que “para chegar-se a esta proposta impõe-se revisar o dualismo legitimidade/legalidade nos seus aspectos de conceituação, formação histórica, diferenças, evolução doutrinária e critérios para uma nova fundamentação da legitimidade.” (Sociedade, Estado e Direito..., op. cit., p.84).

³⁴⁴ E aqui é interessante atentar ao que diz ELÍAS DÍAS, conforme referido por A.C.WOLKMER: “Para Elias Díaz faz-se necessário escolher dentre as múltiplas manifestações que podem assumir a legitimidade, as legitimidades mais libertadoras ou mais opressoras, legitimidades que são mais deformantes ou menos ideológicas, legitimidades que permitem uma maior ou menor integração, etc. [cita-se: Cf. Elias Díaz. *De la maldad estatal y la soberania popular*, Madrid, Debate, 1984, p.26.]. *Certamente a legitimidade possibilita a coesão de uma organização social, criando, como assinala Elias Díaz, as reais condições de adesão e conformidade. Entretanto, essa ‘operação pode ser (...) mais ou menos negativa ou positiva, segundo sejam as condições de liberdade, igualdade, bem-estar e pleno desenvolvimento humano em que se realiza tal*

Assim, para restringir-se a revisões a ocorrências da modernidade³⁴⁵, inicie-se por considerar que, segundo estudo de COMPARATO³⁴⁶, “a noção de legitimidade, como justificação da situação de poder, foi explicada por TALLEYRAND em suas ‘Memórias’³⁴⁷, a propósito da restauração da dinastia Bourbon no trono da França, após o interregno bonapartista.”³⁴⁸ E acerca do que significaria então esta categoria, naquele contexto e momento histórico específico, prossegue COMPARATO

Para o grande diplomata ela [a legitimidade] se traduz pelo consentimento dado a um regime político, em razão de sua longa permanência no tempo: “Um governo legítimo, seja ele monárquico ou republicano, hereditário ou eletivo, aristocrático ou democrático, é sempre aquele cuja existência, forma e modo de ação são consolidados e consagrados por uma longa sucessão de anos, eu diria mesmo por uma prescrição secular. *A legitimidade da potência soberana resulta do antigo estado de posse*, assim como ocorre, para os particulares, com a legitimidade do direito de propriedade.”³⁴⁹

COMPARATO observa, a seguir, que, posteriormente (ao final do século XIX), esta “noção [de legitimidade] veio a ser, como sabido, amplamente elaborada e desenvolvida por MAX WEBER, constituindo uma das colunas-mestras de sua sociologia política.”³⁵⁰ Nesse passo, o mérito de WEBER teria sido, segundo A.C.WOLKMER (citando E. DÍAZ), o de ser capaz de, ainda que sob uma perspectiva liberal, reabilitar e transformar este conceito de legitimidade, que vinha sendo utilizado “durante quase todo o século XIX...num sentido muito particular pela filosofia conservadora”, *atribuindo-lhe validade universal* (ainda que) ao reaproximá-lo da noção de legalidade (por meio da chamada “legitimidade legal-racional”)³⁵¹.

integração, ou seja, conforme sejam as condições que configurem a caracterização da coletividade.” (op.cit., pp.85-86 – destaquei).

³⁴⁵ Para um bosquejo sobre “a legitimidade do poder político no mundo antigo e medieval”, cf. COMPARATO, no item de mesmo nome, *Ética...*, op.cit., pp.597 e ss.

³⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder. “A democratização dos meios de comunicação de massa.” In: *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. GRAU, Eros R. e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). São Paulo: Malheiros, 2001. pp.149-166.

³⁴⁷ COMPARATO apresenta as seguintes referências e observações, no ponto: “*Mémoires 1754-1815*, Paris, Plon, 1982, p.632. As idéias de TALLEYRAND sobre a legitimidade inspiram, como sabido, o ensaio de GUGLIELMO FERRERO, *Pouvoir – Les Génies Invisibles de la Cité*, publicado em 1942 em Nova York, pela Livraria Brentano’s.” (*A democratização dos meios...*, op. cit., p.150, nota 1).

³⁴⁸ Nesse passo, é importante destacar o seguinte trecho de lavra de A.C.WOLKMER (*Ideologia, Estado e Direito...*, op.cit., p.86), que já adianta a questão das distinções entre legitimidade e legalidade, para fins de apreciação da questão no âmbito do Direito, porque é demonstrativo da relevância desse momento histórico referido, e, assim, justificador do corte empreendido na revisão, neste ponto: “No que se refer à formação histórica, as expressões legitimidade e legalidade foram confundidas e poucas vezes distinguidas tanto no Direito romano quanto na esfera do Direito canônico. *Somente no século XVIII, com as discussões políticas pós-revolucionárias, é que ganhou importância e ficou clara a distinção entre legitimidade e legalidade*. O impasse entre legitimidade e legalidade *surgiu na França monárquica da época da restauração*. Tal confronto é estabelecido entre os conservadores e realistas restauradores *adeptos da legitimidade* de um governo representado pela monarquia constitucional e os liberais progressistas que, inspirados nos ideais da Revolução Francesa, *sustentavam a importância da legalidade* de um governo respaldado pelo Código Napoleônico. *Uma vez que a legitimidade ficou associada ao poder monárquico, com a crise francesa, abriu-se caminho para o repúdio daquela e o domínio dos adeptos da legalidade*. *A partir de então, substituiu-se a legitimidade pela legalidade, ou seja, toda a legitimidade veio a repousar na legalidade e não mais, como anteriormente havida sido consagrado pela tradição, a legalidade fundada na legitimidade*. [cita-se: “Cf. CARL SCHMITT. *Legalidad y legitimidad*. Madrid, Aguilar, 1971, p. XXIV-XXV; PAULO BONAVIDES, op.cit., p.116-117; EROS R. GRAU, op.cit., p.39.”]

³⁴⁹ Cf. COMPARATO, *A democratização dos meios...*, op.cit., p.150 (destaques apostos).

³⁵⁰ *Id.Ibid.*

³⁵¹ Assevera A.C.WOLKMER, nesse sentido, após referir anteriormente o repúdio vigente à noção conservadora de legitimidade pelos liberais progressistas franceses do início do século XIX: “Esta orientação inicial de repúdio da legitimidade evoluiu, posteriormente, na teoria social, para uma aproximação entre legitimidade e legalidade, representada pela chamada legitimidade legal-racional. Certamente que este mérito coube a MAX WEBER que não só soube distinguir uma legitimidade apoiada na racionalidade da lei e outras geradas por critérios de religião, tradição, carisma e emoção, como, sobretudo, tendo presente o papel do consenso, estabeleceu a conexão entre as noções de legalidade e legitimidade. De fato, a

Assim WEBER apoiou-se inicialmente nesta mesma ideia de permanência ou continuidade, no sentido de vigência de uma ordem de valores ao longo do tempo, para estender (e transformar) este critério de legitimação, extravasando-o do campo dos regimes políticos para todo o sistema de relações sociais – permitindo, inclusive, a referida aproximação entre os conceitos de legitimidade e legalidade

WEBER tomou como ponto de partida, da mesma forma que TALLEYRAND, o fato da permanência ou continuidade, já agora não só de regimes políticos, mas de todo o sistema de relações sociais, sob a forma de vigência (*Geltung*) de uma ordenação de valores. Distinguiu a esse respeito, numa terminologia peculiar, o poder (*Macht*) da dominação (*Herrschaft*)³⁵². O primeiro ‘significa toda a possibilidade (*Chance*) de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento desta possibilidade’. A segunda, ‘é a possibilidade de obter obediência a uma ordem determinada de conteúdo, num dado círculo de pessoas’. E acrescentou: ‘certo mínimo de ‘vontade’ de obedecer, isto é, de ‘interesse’ (externo ou interno) na obediência, faz parte de toda a relação autêntica de dominação’.

Segue-se daí, como salientou Weber em várias passagens de sua obra, que nenhum titular de dominação (aquele que o pensamento político grego denominava de *Kyrios* [cita-se: “Cf. ARISTÓTELES, Política, 1.283 b, 5.”]) pode satisfazer-se com o fato puro e simples da obediência de seus subordinados. *Todos eles procuram sempre inculcar na consciência dos sujeitos passivos a convicção da legitimidade da ordem social, na qual estão inseridos.*³⁵³

Logo, para WEBER, a legitimidade de um regime político ou de qualquer “sistema de dominação” (mesmo a legal), no sentido exposto, não decorre exclusivamente do seu valor intrínseco, mas também, em algum grau, de uma certa “técnica de legitimação”, no sentido de *necessidade de uma busca constante de justificação*, como demonstra COMPARATO³⁵⁴

Ao contrário, portanto, do que deixa entender Talleyrand, *para MAX WEBER a permanência ou continuidade de um regime político (como a de qualquer sistema de dominação, de resto), não depende exclusivamente do seu valor intrínseco, de uma justiça ou de sua excelência, por assim dizer, natural. A “dominação legal com quadro administrativo burocrático” do sociólogo alemão nada tem a ver com os conceitos descarnados de legitimidade* pela simples capacidade de decisão (CARL SCHMITT), ou pela regularidade procedimental (LUHMANN), as quais transformam, como disse excelentemente o professor PAULO BONAVIDES, a crença da legalidade numa legalidade sem crença [cita-se: “A despolíticação da legitimidade”, RDTP 3/31, 1993.]. *A experiência histórica não cessa de demonstrar que nenhum sistema de poder permanece legítimo na consciência coletiva sem um esforço contínuo de justificação.* Em outras palavras, a legitimidade é sempre, em maior ou menor grau, o resultado de uma “técnica de legitimação”.³⁵⁵

legalidade ‘seria uma legitimidade objetivamente garantida, idéia que, quando foi expressa, era original, multidisciplinarmente inovadora e decretava a obsolescência de todas as teorias que confundiam ou identificavam os dois conceitos, mormente a visão do positivismo jurídico (...)’. É preciso reconhecer, como adverte ELÍAS DÍAZ, que WEBER, ainda que sob uma perspectiva liberal, reabilitou e atribuiu um caráter de validade universal à noção de legitimidade, categoria que durante quase todo o século XIX havia sido utilizado num sentido muito particular pela filosofia conservadora.” (*Sociedade, Estado e Ideologia...*, op.cit., pp.86-87 – destaquei.)

³⁵² COMPARATO apresenta as seguintes referências: “*Wirtschaft und Gesellschaft – Gundriss der verstehenden Soziologie*, 5ª ed. revista, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1985, pp. 28 e 541 e ss. (*A democratização dos meios...*, op. cit., p.150, nota 2).

³⁵³ Cf. COMPARATO, *A democratização dos meios...*, op.cit., pp.150-151 (destaques apostos).

³⁵⁴ E nesse passo interessante fazer a referência de que o mesmo estudo de COMPARATO (op.cit., pp.151 e ss.) prossegue examinando as reflexões de ANTÔNIO GRAMSCI “que dedicou grande parte de suas reflexões do cárcere à importância dessa atividade legitimadora e ao papel político daqueles que a exercem ‘ex professo’, por ele denominados genericamente ‘intelectuais’” (cita-se a edição de trechos escolhidos de *Cadernos do Cárcere*, reunidos sob o título *Gli Intellettuali e l’Organizzazione della Cultura*, nova ed. revista e integrada com fundamento na ed. crítica do *Istituto Gramsci*, realizada por Valentino Gerratana, Editori Reuniti, 1977.” – op.cit., p.151, nota 6).

³⁵⁵ Cf. COMPARATO, *A democratização dos meios...*, op.cit., p. 151 (destaques apostos).

Em sentido similar, refere expressamente A.C.WOLKMER

De fato, WEBER, ao tratar da questão do poder, identificou como elemento essencial da dominação a noção de legitimidade. *A dominação não se apoiaria somente na força, na violência e na coação, mas, sobretudo, no consenso acerca da crença nos valores que embasam as imposições e as determinações advindas dos governantes.*³⁵⁶

E o fato de *o poder ter de*, por qualquer forma, *realizar um contínuo esforço de justificação*, não mais bastando a ideia de “antigo estado de posse” (o puro e simples tempo de detenção do poder), é, sem dúvida, um relevante avanço evolutivo neste ponto. Daí derivaria, inclusive, a possibilidade e, como refere COMPARATO³⁵⁷, a importância de “*distinguir cuidadosamente a relação de poder autêntico*, sobretudo na esfera política, daquelas outras situações em que se prescinde da vontade livre dos que se submetem à vontade de outrem, como sucede entre adultos e crianças no seio do grupo familiar, ou na relação entre senhor e escravos”³⁵⁸.

É nesse contexto e por estas razões que WEBER chega a montar uma “uma tipologia da legitimidade”, “que acabou se tornando clássica: a legitimidade racional, a tradicional e a carismática”³⁵⁹, como refere A.C. WOLKMER³⁶⁰, o que terá efeitos significativos na já referida questão da aproximação dos conceitos de legitimidade e legalidade, principalmente sob uma perspectiva que analise o tema do ponto de vista jurídico-histórico e suas consequências, como se verá adiante.

Nesse passo, entretanto, é importante que se interrompa este processo de revisão da categoria para já colher os seus frutos mais imediatos possíveis, que sejam de interesse específico para esta investigação, atentando-se ao objetivado neste tópico. E do exposto já se pode extrair, ao menos, a possibilidade de um tratamento menos impreciso da complexa noção de legitimidade.

Com efeito. É possível já encetar um primeiro exame mais aproximado, que tenda a dar um mínimo de transparência e maior precisão a esta noção polissêmica³⁶¹. Isto pode ser feito através de uma distinção preliminar, para fins analíticos: a categoria legitimidade possui aspectos objetivos e subjetivos. Mais do que isso, ainda: é possível já apresentar uma sua definição aproximada, precisamente a partir desta distinção, que permite conceber, ao menos, estes seus largos contornos

³⁵⁶ Cf. WOLKMER, A.C., *Sociedade, Estado e Direito...*, op.cit., p. 89 (destaques apostos).

³⁵⁷ Cf. COMPARATO, *Ética...*, op.cit., p.593.

³⁵⁸ COMPARATO refere, inclusive, que “foi por isso que os gregos atribuíram ao governante cujos súditos eram despojados de toda a liberdade – o que para eles era uma característica comum dos países bárbaros (isto é, não helênicos) – a qualificação de déspotas (...), palavra grega que designava o chefe de família na condição de senhor de escravos.” (Id., *Ibid.*).

³⁵⁹ “A *legitimidade tradicional* [1] é aquela que descansa nas crenças cotidianas e na santidade das tradições representada pelo comando daquelas pessoas que exercem a autoridade. A *legitimidade carismática* [2] apóia-se nas qualidades pessoais, na mistificação, no heroísmo e na exemplaridade de um indivíduo (príncipe, guerreiro, santo ou chefe político), bem como nas ordenações ou instituições por ele criadas ou reveladas. A *legitimidade racional* [3] repousa na crença da ‘validez de um estatuto legal e na competência objetiva, assentada em regras racionalmente criadas, ou seja, disposição de obediência no cumprimento de deveres conforme (...)’ as prescrições impessoais e objetivas ditados por autoridade legalmente instituída. [cita-se: MAX WEBER. *Economia y sociedad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 707-716, 1.057.]” (WOLKMER, *Sociedade, Estado e Direito...*, op.cit., p.89 – destaqueei).

³⁶⁰ Id., *Ibid.*

³⁶¹ Nos termos de nota anterior, cf. COMPARATO, *Ética...*, op.cit., p.595; A. C. WOLKMER, *Ideologia, Direito e Estado...* op.cit., p.88.

*subjetivos*³⁶² e *objetivos*³⁶³ - o que dará a tranquilidade inicial de operar-se sobre uma base mais unívoca de sentido, para fins de desenvolvimento do presente estudo.

Desse modo, a partir do exposto, tem-se que uma noção de *legitimidade em um certo sentido objetivo* poderia ser apresentada, em essência, nos termos do que proposto por COMPARATO³⁶⁴, na seguinte passagem:

Em sua essência, a noção de legitimidade corresponde à idéia de uma relação harmônica de uma instituição, uma pessoa, um ato determinado, com o seu fundamento ético, que pode ser um modelo pessoal, humano – herói, profeta ou super-homem – ou divino; ou então, da conformidade com um conjunto de princípios e regras de comportamento.

Sob este aspecto, portanto, a legitimidade nada mais é do que uma forma de justiça...³⁶⁵

Ou seja, de um ponto de vista (puramente) objetivo³⁶⁶, legitimidade poderia ser conceituada como *uma relação de conformidade* entre determinado ato, atividade, instituição etc (*objeto submetido à avaliação*) e um determinado arcabouço de princípios ou valores, modelares ou diretivos por aquilatados como desejáveis e devidos (*modelo ideal avaliativo*).

De outra parte, COMPARATO³⁶⁷, invocando lições que atravessam eras, esclarece quais seriam os *contornos subjetivos da legitimidade*, no campo político, afirmando, em suma, que *ela se constituiria na aprovação, pelos governados, daqueles que detêm o poder*. Nesse sentido, afirma:

Mas ao lado desse aspecto objetivo da legitimidade fundada no respeito à Lei, transparece também, desde a mais remota antiguidade e mesmo nas sociedades primitivas, um outro sentido da relação de legitimidade, o qual se manifesta, sobretudo, no campo político: *é a aprovação, pelos governados, daqueles que detêm o poder*.

CONFÚCIO, por exemplo, não deixou de ressaltar esse *lado subjetivo da legitimidade política*:

Zigong: Em que consiste governar?

O Mestre: Em cuidar para que o povo tenha víveres suficientes, armas bastantes e para que ele confie nos governantes.

Zigong: E se fosse necessário dispensar uma dessas três coisas, qual seria ela?

O Mestre: As armas.

Zigong: E das duas outras, qual seria dispensável?

O Mestre: Os víveres. Desde sempre, os homens são sujeitos à morte. *Mas sem a confiança do povo, não há ordem política que subsista.*³⁶⁸

Em suas pesquisas antropológicas, realizadas junto às tribos indígenas do Brasil, notadamente os nhambiquaras, CLAUDE LÉVI-STRAUSS chegou exatamente à mesma conclusão.³⁶⁹ *O consentimento dos governados, observou ele, é ao mesmo tempo a origem e o limite do poder*. As relações entre governantes e governados reduzem-se, no fundo, a uma espécie de arbitragem entre, de um lado, os talentos e a autoridade do chefe e, de outro, o volume, a coerência e a boa vontade do grupo social. Tais fatores existem em situação de influência recíproca.

³⁶² Cf. COMPARATO, *Ética...*, op.cit., p.594 e ss.

³⁶³ Cf. COMPARATO, *Ética...*, op.cit., p.593 e ss.

³⁶⁴ Cf. COMPARATO, *Ética...*, op.cit., p.593 - destaquei.

³⁶⁵ E prossegue aqui COMPARATO: "...e é precisamente nesse sentido que este último vocábulo é usado na Bíblia, com referência às relações entre 'Iahweh' e o seu povo. Enquanto o povo é freqüentemente injusto, pela sua infidelidade à Lei, que é a própria expressão do Todo Poderoso, este, bem ao contrário, é um Deus eminentemente justo e verdadeiro, porque sempre fiel às suas promessas." (Op.cit., p.593).

³⁶⁶ Ou, talvez melhor, de um ponto de vista *formal-objetivo*.

³⁶⁷ Cf. COMPARATO, *Ética...*, op.cit., p.594-5 – destaques apostos.

³⁶⁸ Cita-se: "*Entretiens de Confucius*, livro XII, 7, tradução do chinês, introdução e notas de Anne Cheng, Éditions du Seuil, Paris, 1981, p.97."

³⁶⁹ Cita-se: "*Tristes tropiques*, Paris, Libririe Plon, 1955, pp.373 e ss."

E justamente, prossegue LÉVI-STRAUSS, se o consentimento é uma espécie de fundamento psicológico do poder, na vida cotidiana ele se exprime objetivamente por um complexo de prestações e contraprestações, entre o chefe e seus comandados, numa trama de reciprocidade. ‘O chefe detém o poder, mas deve ser generoso. Ele tem deveres, mas pode obter várias mulheres. Entre ele e o grupo estabelece-se um equilíbrio perpetuamente renovado de prestações e privilégios, de serviços e obrigações.’

De sua parte, WEBER, em várias passagens de sua obra, salientou que *nenhum titular do que ele chama ‘dominação’ (‘Herrschaft’) pode satisfazer-se com o fato puro e simples da obediência dos seus subordinados. Ele procura sempre, de forma ou de outra, obter a confiança deles, ou seja, alcançar a legitimidade do poder.*³⁷⁰

Ora, tais distinções e definições iniciais, postas nestes termos, são frutos de extremo relevo para a presente pesquisa. Isto porque torna-se claro algo que costuma ser baralhado, em virtude do forte entrelaçamento dos aspectos subjetivos e objetivos da categoria em estudo, e que comumente dificulta sobremaneira sua conceituação: apesar de a legitimidade se conectar fortemente a uma ideia de aprovação e participação dos que se submetem ao poder, *ela não se resume a este aspecto*. A legitimidade corresponde, ainda, à conformação dos atos de poder a um agir modelar previamente estabelecido, esteja ele retratado em leis ou arcajouos valorativos outros quaisquer.

Não basta, pois, que o ato de poder seja, por exemplo, conforme a um eventual clamor popular qualquer, ainda que o seu atendimento possa gerar aparente e imediata estabilidade pragmática na condução e exercício posterior do poder. Para ser legítimo, o ato de poder haverá de atender a certos critérios objetivos reveladores de sua conformidade com um anteriormente eleito ideal de ação nesta seara.

Com isso, torna-se claro que a *legitimidade* é uma *noção complexa* que deve ser sempre *pensada em mais de um plano*, já que a par de um *sentido subjetivo*³⁷¹ - que se identifica, sob certo enfoque, mais propriamente com uma noção de *legitimação*³⁷² -, também possui um *sentido objetivo*. E mais: resta evidenciado, como se pode desde logo intuir, que esta possibilidade de aferição sob um aspecto mais objetivo há de ter destacada relevância no contexto turbulento da contemporaneidade, por ser potencialmente capaz de ancorá-la a determinados padrões éticos e de justiça, para além de clamores midiáticos ou populistas de ocasião por este ou aquele agir.

Todavia, se parece restar evidenciado desde logo que uma definição dos critérios ou parâmetros de legitimidade, do ponto de vista *objetivo*, pode se prestar a permitir que a noção de legitimidade não caia num vazio de significado, servindo apenas a discursos de legitimação de quem

³⁷⁰ Cita-se, em COMPARATO, op.cit, p.595, nota 40, complementada por p.592, nota 35: “*Keine Herrschaft begnügt sich, nach aller Erfahrung, freiwillig mit den nur materiellen oder nur affektuellen oder nur wertrationalen. Motiven als Chance ihres Fortbestandes. Jede sucht der Art der beanspruchten Legitimität zu erwecken und zu pflegen.* (‘*Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriss der verstehenden Soziologie*’, 5ª ed. revista, Tübingen (J.C.B. Mohr), 1985, p.122.)”

³⁷¹ Cf. nota relevante e esclarecedora sobre o significado de um tal sentido subjetivo na legitimidade da prestação jurisdicional a partir dos estudos de FABIO KONDER COMPARATO no artigo intitulado “O Poder Judiciário no regime democrático”.

³⁷² Cf. MARINONI, *Teoria Geral do Processo...*, op.cit., p.431, em nota, para uma distinção inicial a ser adotada aqui, em determinados termos e para certos fins, entre legitimidade e legitimação. MARINONI busca estabelecer uma distinção entre legitimação e legitimidade, ao tratar do debate acerca da legitimidade da prestação jurisdicional constitucional atual, mencionando que “A *legitimação* está relacionada ao fato de uma decisão ser tomada por seus destinatários como dotada de autoridade. A *legitimidade*, diversamente, exige que uma determinada decisão se apresente em conformidade com algum padrão de justiça ou correção”. Assim, segundo aquele processualista, “num caso está em jogo um juízo fático; noutra, um juízo normativo.” Cf. *Teoria Geral do Processo*. (Curso de Processo Civil, vol.1). São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.432, nota nº96.

eventualmente ocupe as posições de poder³⁷³, também é possível desde logo perceber a *relevância da discussão acerca da definição de tais critérios*.

Quer dizer: é preciso que mesmo no âmbito de uma discussão acerca da legitimidade sob o seu *aspecto objetivo* se defina se a correlação do ato de poder deverá se dar com *modelos* de cunho meramente *formal* (singelo cumprimento de um procedimento legal estabelecido, v.g.), ou de caráter *substancial* (verificação, v.g., da observância de um valor ou cumprimento de um fim previamente inscrito, nas regras de convivência comum, como devido).

Como é fácil perceber, tais parâmetros de avaliação podem estar referidos aos mais distintos elementos, sendo também muito diversos os resultados daí derivados, em termos do que seja necessário para se falar de legitimidade segundo cada uma destas linhas de referência: os parâmetros avaliativos podem estar referidos apenas à lei em sentido estrito, gerando a consequência de a legitimidade se reduzir a uma ação de poder que guarde uma mera conformidade legal; podem estar, ainda, referidos ao atendimento de meros procedimentos para o exercício do poder, por exemplo; mas podem estar, noutro extremo desta noção de comparação objetiva, referidos a elementos ético-políticos - menos precisos, mas ainda assim, palpáveis³⁷⁴ - , que se prestem a aquilatar de forma mais substancial, ampla e elástica a legitimidade do ato de poder, segundo certos princípios, valores ou finalidades eleitas pela comunidade ou sociedade afetada.

Isso significa dizer que nesse ponto passa a se apresentar como sendo de extrema relevância a discussão das questões atinentes, primeiro, à distinção entre legitimidade e legalidade, e, depois, aos critérios que se mostrariam aptos a dar corpo a uma determinada noção de legitimidade objetiva na contemporaneidade.

E é precisamente nesse passo que se impõe a retomada da breve revisão histórico-evolutiva da categoria, iniciada anteriormente, já que a aproximação das figuras da legitimidade e da legalidade, levada a termo por MAX WEBER nos moldes já exposto alhures, assume visceral importância para que se compreendam as razões e necessidades de resgatar hoje esta distinção, mormente para o trato da temática da legitimidade no âmbito específico do Direito. De fato, é a partir daí que historicamente são construídas posições de origem acerca dos parâmetros de aferição da legitimidade que desaguardam nas discussões sobre a compreensão do poder e do Direito no século XX e, por fim, na contemporaneidade.

³⁷³ Cf. ROCHA, *Genealogia da crítica jurídica...* op. cit., pp.190-1; M.FOUCAULT, nos clássicos escritos “Soberania e Disciplina”, in *Microfísica do Poder e Vigiar e Punir*. Neste ponto, anote-se, ainda, sobre a conexão entre a categoria legitimidade e a esfera jurídica, que LEONEL SEVERO ROCHA (cf. op.cit., pp.179 e ss., no capítulo III, intitulado “o legítimo e o soberano” afirma que “a teoria jurídica, principalmente a partir da Idade Média, tem um papel essencial no seio das relações de poder: fixar a legitimidade do poder”. E “neste intento é que os juristas vão desenvolver as teorias da soberania, que passam a ser a matriz onde se organiza todo o pensamento jurídico ocidental” (e prossegue: “ Desta forma, para FOUCAULT, ‘o sistema do direito, o campo judiciário, são canais permanentes de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos.’”[citando Michel Foucault, “Soberania e Disciplina”, in *Microfísica do poder*, p. 182]) – op.cit., p.190.

³⁷⁴ Pode-se pensar, por exemplo, na extração das grandes linhas, princípios, objetivos e valores norteadores postos na Constituição Federal, no caso do Brasil, para este fim, concebendo-se, assim, uma *legitimidade substancial-objetiva*, para além de uma mera relação de conformidade binária entre ação-procedimento e mesmo ação-regra (lei) – no sentido de uma relação ação-princípio (valor).

Para a dita retomada, considere-se o seguinte, então: se já se referiu antes que as formulações de WEBER neste tema foram de fundamental importância³⁷⁵ em dado momento histórico, resgatando a noção de legitimidade de uma utilização puramente conservadora, por que se pôde a partir dele passar a pensar e distinguir os atos ou as relações de poder autênticas com base em fundamentos mais elaborados ou racionais, não se pode deixar de considerar, por outro lado, que seus posicionamentos abriram as portas para uma *sobreposição entre os conceitos de legalidade e legitimidade, particularmente no campo jurídico*³⁷⁶. Com efeito, diz WOLKMER que

Ainda que não se possa afirmar peremptoriamente que Weber tenha assumido uma postura positivista de submeter a legitimidade à legalidade³⁷⁷, *suas contribuições e ênfases sobre a legitimidade racional-legal abrem caminho para inúmeras interpretações que vieram identificar e confundir legitimidade com legalidade, principalmente por parte dos publicistas e juristas em geral.*³⁷⁸

E, como assevera o próprio autor citado³⁷⁹, “para expressar um rigoroso formalismo jurídico”, desde logo *praticando a dita identificação entre legitimidade e legalidade* (conveniente e essencial às suas teses), “ninguém melhor que HANS KELSEN, para quem a legitimidade é uma mera consequência da ordem jurídica posta, um princípio que se confunde com a validade de uma legalidade”.

Melhor esclarecendo a inserção do pensamento kelseniano neste paradigma³⁸⁰, atente-se às seguintes assertivas de WOLKMER:

³⁷⁵ Cf. WOLKMER, *Ideologia, Estado e Direito*..., op.cit., p.88: “O primeiro significativo tratamento da legitimidade, que acabou tornando-se um marco de referência na Filosofia política contemporânea, foi aquele efetivado por Max Weber.”

³⁷⁶ Situação que, hoje, reavivada tal posição, teria o potencial de mostrar-se particularmente perniciosa (como será visto adiante).

³⁷⁷ Já COMPARATO é mais contundente na crítica a este ponto e afirma: “...a duradoura vigência no tempo de uma organização de poder, com a permanente efetividade de obediência do povo às leis ou ordens emanadas de governantes, é, em si mesma, um puro fato sociológico, que nada diz quanto ao seu valor ético. WEBER, em suas reflexões e classificações, situa-se exclusivamente no terreno fáctico, e, nesse sentido, confunde, tal como os positivistas do direito, a legitimidade política com a pura legalidade formal. Assim, é que o seu tipo ideal de ‘dominação legal com aparato administrativo burocrático’ (...) fundar-se-ia no fato de que determinada ordem jurídica foi pactuada, ou então outorgada pelo soberano, de forma racional, em função de certos fins ou valores. Ora, o regime hitlerista e o stalinista foram, ambos, impostos sob uma forma incontestavelmente racional, em função dos objetivos desde o início fixados. Mas estes, como vimos com horror, nada tinham a ver com o respeito mais elementar à dignidade humana.” (*Ética*..., op.cit., p.595).

³⁷⁸ Cf. WOLKMER, *Ideologia, Estado e Direito*..., op.cit., p.89.

³⁷⁹ Cf. WOLKMER, A. C. *Pressupostos de legitimidade da justiça e do direito na contemporaneidade*. In: “Direitos Culturais. Revista do programa de pós-graduação em Direito. Mestrado da URI. Santo Ângelo – v.2, nº3 (dezembro de 2007). Santo Ângelo : EDIURI, 2007. pp.23-32 (particularmente, p.25).

³⁸⁰ Cf. ROCHA, *Genealogia*..., op.cit., pp.100-101, também para este fim, quando relata: “No final do século XIX, com o acirramento das questões políticas no capitalismo a dissociação entre saber e poder já é mínima, e mesmo (e devido) com o surrimento de um maior rigor para a obtenção de verdades científicas, a Ideologia comanda as disputas teóricas. *Com efeito, não é por acaso que paulatianamente o positivismo (e o empirismo) e o culto ao método ocupam os espaços do poder, pois é exatamente um conhecimento dotado de maior eficácia e especialização que interessa à sociedade capitalista. WEBER, que identifica racionalidade com industrialização, a burocracia com a eficácia, e utiliza a lei como a moderna forma de legitimidade, não poderia deixar de ser o vencedor* nessa disputa com os neokantianos sobre o método. (...) WEBER descortinou um vasto espaço de utilização da ciência pelo poder, dissociando-a da Ideologia (...). *Estava inaugurada a época da sociedade dos especialistas, a era do Estado voltado ao ‘bem comum’ manifestado pela eficácia.*” Entretanto, “na segunda década de nosso século (XX), com a crítica generalizada feita [ao] positivismo pelo próprio WEBER, que veio acentuando-se desde o século passado, a Teoria do Conhecimento voltada à análise filosófica foi abandonada pela Teoria da Ciência, onde cabe à ciência sistematizar a realidade. Nesse momento, o conhecimento científico passou a necessitar possuir para ser ‘reconhecido’ como tal, além do método rigoroso, um sofisticado controle de segundo grau: a epistemologia – metaligagem postulada desde Comte para ordenar as ciências, que identifica conhecimento com ciência.” Ora, “o movimento que melhor desenvolveu a epistemologia foi o *neopositivismo lógico*, também chamado de Círculo de Viena. O neopositivismo parte do pressuposto que o pensamento científico já obteve um alto grau de coerência e objetividade, apenas não conseguiu construir um discurso apto a espelhá-lo. A preocupação com a ciência nesta perspectiva desloca-se dos conteúdos materiais para os formais: a arquitetura de um discurso rigoroso. Tal arquitetura para obter a harmonia de suas

No rol de uma perspectiva jurisdicista importa situar a postura rigorosamente formalista de HANS KELSEN que, *além de ter dado uma ínfima consideração ao tema da legitimidade, restringiu-s à mera consequência da ordem jurídica posta. Assim, a legitimidade não é só expressão, mas princípio que se confunde com a validez de uma legalidade. Desconsiderando os aspectos axiológicos e políticos, KELSEN defende a ideia de que a legitimidade ‘está intimamente ligada ao princípio da eficácia’.* Para ele, a validade da nova ordem jurídica (...) está em sua eficácia, ou seja, em termos estritamente jurídicos, a norma jurídica é apenas uma das condições de sua validade e não o seu fundamento (...). O fundamento último de validade de uma ordem jurídica, (...) segundo Kelsen, reside na ‘norma fundamental’ pressuposta”. [cita-se: José F. de Castro Farias, op.cit., p.82-83; Hans Kelsen, op.cit., p.289-292.].³⁸¹

As observações de ROCHA são em sentido similar. Diz ele que “em sua *Teoria Pura do Direito*, defende KELSEN a necessidade de uma pureza de método para se alcançar uma ciência jurídica autônoma, *independente* de fatores éticos, políticos e sociológicos.” Assim, prossegue ROCHA

O Estado (...) é um sistema específico de normas jurídicas e a soberania, em consequência, a qualidade de uma ordem normativa. Desta forma, a soberania não é um poder, mas a condição de unidade e validade de um sistema normativo. Nesta perspectiva, ‘se a soberania é um poder de Direito (...) o tecnicismo jurídico alemão e o normativismo Kelseniano levam à conclusão lógica de que o poder de soberania é ilimitado e absoluto. Logo, toda a forma de coação estatal é legítima, porque tende a realizar o Direito como expressão da vontade soberana do Estado’.³⁸²

Ora, mas estas colocações são suficientes para bem dar a medida de como posições que se aferrem demasiadamente ao conteúdo da lei em sentido estrito – ou à plenipotenciabilidade da soberania popular num certo sentido mais limitado e afeto à ideia de uma mera possibilidade de produção de um sistema fechado de normas -, no âmbito do Direito e da prestação jurisdicional, deságuam num conceito de legitimidade demasiado estreito, incompatível com o pós-positivismo e mesmo com o disposto em Constituições com a brasileira, que são compromissárias, nos termos já revelados no item anterior.

É evidente que se as próprias Constituições estão abertas aos princípios (e, pois, à moral), no pós-positivismo, e, pois, são permeadas por questões originariamente não inseridas na pureza metodológica pretendida por Kelsen, não se pode mais imaginar legitimidades engendradas sobre bases legalistas (no sentido de estritamente normativistas), ou demasiado restritivistas no que tange à consideração de fatos éticos, políticos e sociológicos. Daí porque identificar legitimidade à legalidade, em termos de observância de um normativismo estrito, hoje, por quaisquer nomes ou forma outras dotadas do mesmo efeito, não seria mais do que persistir apegado indiretamente ao paradigma anterior ao pós-positivismo (numa posição reativa a ele).

De outra parte, muito menos se pode imaginar que, em contraposição a esta posição (como ocorreu historicamente, ao início do século XX), a justificação do poder ou dos atos de poder se possa

cadeias sgnicas é obrigada (assim como o fora Kant) a expulsar o nível pragmático (o ideológico) de suas teorizações e, em troca, superestimar os níveis sintáticos e semânticos erigidos em condição de significação da ciência. Deste modo, a ciência depurada de seus aspectos ideológicos atingiria através deste processo de elucidação os requisitos epistemológicos exigidos pelo neopositivismo: neutralidade, sistematicidade, universalidade, objetividade etc. **Tal matriz teve no reconhecimento jurídico sua maior aplicação através de HANS KELSEN, em sua Teoria Pura do Direito.**” (Destaquei).

³⁸¹ Cf. WOLKMER, *Ideologia, Estado e Direito*..., op.cit., p.89.

³⁸² Cf. ROCHA, *Genealogia*..., op.cit., p.169.

dar, contemporaneamente, por meio do critério da “vontade” ou da “decisão política”, onde o político não deva prestar contas ao jurídico, como pregava o “decisionismo” de CARL SCHMITT, em oposição à legitimidade da forma como defendida por KELSEN. Veja-se que, como mencionado por WOLKMER, naquele momento histórico anterior pretendeu SCHMITT conceber a legitimidade sem as amarras do jurídico, nos seguintes termos

Já CARL SCHMITT procurou conceber a legitimidade como manifestação da vontade de uma comunidade política soberana. Assim, ao priorizar a comunidade como fonte da existencialidade do Estado e do Direito, Schmitt reforça a idéia do primado do político sobre o jurídico, situando a justificação do poder pelo critério da ‘vontade’ ou da ‘decisão política’. Naturalmente o decisionismo do publicista alemão acentua que o político antecede e prevalece sobre o jurídico, ficando claro que a legitimidade resulta diretamente de uma decisão política concreta, soberana e reconhecida, seguindo-se que sua natureza não depende de uma base jurídica maior. Igualmente é a decisão política fixada pela comunidade política que se revelará como pressuposto determinante da legitimidade de uma estrutura legal vigente.³⁸³

As nefastas consequências de uma tal doutrina são bem conhecidas hoje, não havendo espaço na modernidade presente para uma legitimidade assim conceituada.

Logo, tanto o normativismo kelseniano, por suas insuficiências já identificadas pelo pós-positivismo, quanto o decisionismo político das aclamações populares de Schmitt, por seu manipulável afastamento demasiado do jurídico (e mesmo, de um arcabouço ético mínimo indelével, pela vontade popular eventual), são posturas teóricas inaptas a fornecer elementos informativos suficientes à configuração de uma legitimidade para a contemporaneidade.

Mas este breve revisitar histórico da categoria legitimidade, sob a perspectiva do jurídico, encerra uma possibilidade teórica mais afinada com as necessidades do pós-positivismo e, mesmo, da contemporaneidade, que ainda não foi explorada. Como afirma A.C. WOLKMER, no campo jurídico, “distanciando-se de KELSEN e SCHMITT”, mereceria ser lembrado HERMAN HELLER, “por sua proposta dialética que integralizou os aspectos políticos e jurídicos” neste tema. Assevera aquele autor que

Em seu ecletismo histórico-sociológico, HELLER procurou não só *distinguir* legitimidade de legalidade *sem subordinar* a primeira à segunda, como ainda apregoou a *necessária fundamentação da legitimidade conforme certos princípios inerentes à ética e a justiça*. A problematização da legitimidade em Heller passa a ser considerada em dois níveis: o da existencialidade e o da normatividade. Isso quer dizer que *para que exista a legitimidade do poder não é suficiente, para Heller, que se comprove uma relação de dominação que faz valer a “ordenação conforme o Direito”, mas necessita uma “justificação segundo princípios éticos do Direito”*.³⁸⁴

Como se vê, neste alternativo olhar sobre a complexa temática se vislumbra o germe de uma noção de legitimidade do jurídico mais afeta às necessidades do mundo atual. Nem a legitimidade que é a pura legalidade, nem a legitimidade que é estribada na pura vontade. Antes, a legitimidade que transcende o estritamente legal, para encontrar escoro último numa necessidade de justificação

³⁸³ Cf. WOLKMER, *Ideologia, Estado e Direito...*, op.cit., pp.89-90- destaquei. Cita-se: “Cf. José F. de Castro Farias, op.cit.1, p.87; CARL SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, México, Nacional, 1981. p.101-105.”

³⁸⁴ Cf. WOLKMER, *Ideologia, Estado e Direito...*, op.cit., p.90- destaquei. Cita-se: “HERMANN HELLER. *Teoria do Estado*, São Paulo, Mestre Jou, 1968, p.327.”

“segundo *princípios éticos* de direito.” E nisso uma maior sintonia com elementos inerentes ao pós-positivismo e uma aproximação significativa dos contornos de uma noção de legitimidade que parece ser aquela que deva ser construída para enfrentar as dificuldades inerentes à contemporaneidade.

Pois bem. Estas breves considerações, que encerram a sumária revisão histórica da categoria da legitimidade, agora no âmbito do jurídico, fazem emergir de forma clara³⁸⁵, aquela já referida **dupla necessidade**, para se completar o estudo da questão no contexto da modernidade presente, que pode ser assim revisitada: **primeiro**, a necessidade de *se reafirmar e bem vincar a distinção das noções de legitimidade e de legalidade*, no âmbito da contemporaneidade, para que reste claro e estabelecido que, nesta quadra da história, não mais se pode identificar legitimidade com pura legalidade, sob qualquer forma ou pretexto que seja; **segundo**, a necessidade de bem definir e assentar que *os critérios identificadores da legitimidade*, no âmbito do jurídico, *devam estar dirigidos a uma “justificação segundo princípios éticos do Direito”* (nos termos do referido por Heller), eis que somente assim pode ser possível uma fundamentação adequada na legitimidade na contemporaneidade.

Para suprir tais necessidades, então, tome-se, primeiro, no que tange à distinção entre legalidade e legitimidade, o proposto por WOLKMER:

(...) torna-se importante aclarar, como já foi feito atentamente noutra momento³⁸⁶ que a **legalidade** “reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva. Compreende a existência de leis, formal e tecnicamente impostas, que são obedecidas por condutas sociais presentes em determinada instituição social”. Já a **legitimidade** refere-se à “esfera de consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos.

³⁸⁵ À luz do que já se expôs alhures sobre a necessidade de estabelecimento dos critérios de aferição da legitimidade no seu aspecto objetivo.

³⁸⁶ De forma mais completa, sustenta WOLKMER noutra lugar: “No que se refere à uma diferenciação simplificada entre as idéias de legalidade e legitimidade é mister assinalar que:

[a] Legalidade: compreende uma “qualidade do exercício do poder”: trata-se de uma conceituação exclusivamente jurídica, cuja condição técnico-formal é essencial para a existência do próprio Direito, revelando-se estruturalmente dogmática, porquanto a autoridade de suas disposições estão em conformidade com um texto legal positivo. A legalidade, enquanto possibilidade para um Estado de Direito assenta-se numa suposta neutralidade axiológica e na universalidade, princípios adequados à ordem e à segurança, sendo alimentado, em grande parte, pelo ideário liberal-burguês. Assim, a legalidade é o exercício de certa ação em sintonia com certos limites das leis preestabelecidas.

[b] Legitimidade: entende-se como uma “qualidade do título de poder”. Implica numa noção substantiva e ético-política, cuja existencialidade move-se no espaço das crenças, convicções e princípios valorativos. Sua força não repousa na norma ou nos preceitos jurídicos, mas no interesse e na vontade ideológica dos integrantes majoritários. Enquanto conceituação material, legitimidade condiz com a situação, atitude, decisão ou comportamento inerente ou não ao poder, cuja especificidade é marcada pelo equilíbrio entre ação dos indivíduos e valores sociais, ou seja, a prática da obediência transformada em adesão é assegurada por um consenso valorativo livremente manifesto sem que se faça obrigatório o uso da força. Na tradição política ocidental, dependendo do tipo de Poder estatal, sempre houve a necessidade de uma legitimidade que estivesse sujeita a critérios de consensualidade, jamais funcionando na absoluta liberdade, pois, em grande parte, foi e tem sido um fenômeno forçado, deformado e manipulado.” (Cf. WOLKMER, *Ideologia, Estado e Direito...*, op.cit., pp.87-88- destaquei.). No mesmo local, cita-se, **para legalidade:** “Cf. EROS R. GRAU, op.cit., p. 42-45; PAULO BONAVIDES, op.cit., p.123; NORBERTO BOBBIO. *Contribución a la Teoria Del Derecho*, Edición de Alfonso R. Miguel, Valencia, Fernando Torres, 1980, p. 308-309.” São Paulo, Mestre Jou, 1968, p.327.” (op.cit., p.87, nota nº56); cita-se, **para legitimidade:** “Cf. LUCIO LEVI, ‘Legitimidade’, in NORBERTO BOBBIO *et alii*, *Dicionário de Política*, Brasília, UnB, 1986, p.678; F.A. de MIRANDA ROSA. ‘A legitimidade – Problemas em relação ao direito e ao poder’. *Poder, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, Zahar, 1982, p. 101-110; SÉRGIO CADEMARTORI. Op.cit., p. 91-169.”.

Acima de tudo, a concretização da legitimidade supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com o justo advogado pela coletividade”.³⁸⁷

Ora, mas precisamente ante a uma distinção posta nestes termos, que faz eco à noção de legitimidade assentada numa “justificação segundo princípios éticos do Direito” – e a tudo o que já foi exposto nos itens precedentes -, é que exsurge certa a inadmissibilidade atual de confusão entre legitimidade e legalidade, ou a aceitação de critérios meramente formais para a sua definição objetiva - o que, de resto, tem reflexos mesmo para a sua definição sob o aspecto subjetivo, já que nem mesmo a indução midiática ou populista que fomenta uma determinada espécie de aceitação elimina o mal-estar geral já referido que existe a minar hoje a confiança geral nos titulares do poder demasiadamente afetado pelo funcionalismo da modernidade presente.

A legitimidade não pode ser mera conformidade com a legalidade, no âmbito do pós-positivismo – menos ainda na contemporaneidade. Permanecer com esta visão, é manter raízes fincadas no positivismo ou num normativismo já ultrapassado de há muito. E é, assim, reagir de forma insidiosa e profunda ao neoconstitucionalismo e, mais ainda, às necessidades, não só de seu assentamento definitivo nos países periféricos ou emergentes, mas de sua evolução urgente na modernidade presente.

Já no que se refere à definição de critérios de legitimidade propriamente ditos, nos termos do que até agora exposto, apesar das múltiplas e relevantes possibilidades para a fundamentação desta categoria – como, por exemplo, apresentadas por WOLKMER³⁸⁸ -, o mais importante é discernir, antes de qualquer coisa, que, pelos mesmos motivos, já se há de excluir de antemão determinadas posições.

Primeiro, parece claro que não se pode pretender eleger critérios meramente funcionalistas (puramente técnico-produtivos), no quadro do pós-positivismo, para fundamentar a legitimidade na modernidade presente, ainda que assim se proceda animado por discursos das necessidades extraordinárias da contemporaneidade, endeusando-se a eficácia³⁸⁹ acima de qualquer outro padrão de aferição objetivo de legitimidade. Isso porque um tal agir não representaria outra coisa que não um aceitar-se que seja possível permanecer preso a essas raízes que determinavam uma objetivação liberal do poder para assegurar a detenção de seu controle – retrocedendo-se ainda mais no tempo.

³⁸⁷ WOLKMER, Antônio C. *Pressupostos de legitimidade da justiça e do direito na contemporaneidade*. In: “Direitos Culturais. Revista do programa de pós-graduação em Direito. Mestrado da URI. Santo Ângelo – v.2, nº3 (dezembro de 2007). Santo Ângelo : EDIURI, 2007. p24– negritos, apostos; itálicos, do original.

³⁸⁸ Cf. WOLKMER, *Ideologia, Estado e Direito...*, op.cit., pp.90-92, ao mencionar, por exemplo: a) a noção de EROS R. GRAU, de uma “legitimidade distinta de legalidade e apoiada na valoração histórico-cultural”, que encontraria seu substrato, principalmente quando referente ao Direito, “numa autoridade decorrente de padrões e princípios histórico-culturais ‘que tenham sido adotados pelo todo ou pelo grupo social destinatário do Direito positivado’”; b) a posição de J. J. GOMES CANOTILHO, reconhecendo duas modalidades de fundamentação da legitimidade: “a legitimidade por competência e procedimentos” (que se impõe não por critérios de valores, de verdades e de justiça, mas por ser originada de um ‘sistema regular e funcionalmente ordenado (...)’, bastando ‘o procedimento ser regular (legal) para o resultado ser justo (...)’) e “a legitimidade por consenso”, esta “...associada à idéia de autonomia e de democracia”, bem como assentada “na justiça do contrato social”.

³⁸⁹ E atente-se para o fato de que ROCHA adverte: “O lugar do poder moderno é um **lugar burocrático**. É um lugar burocrático-soberano porque concilia em sua positividade o **simbólico (e o ideológico)** e a **eficácia (a racionalidade)**. É a articulação entre a ideologia e a racionalidade que **proporciona a legitimidade (legitimação) do poder burocrático**. O discurso jurídico forma parte deste lugar e seus procedimentos se destacam dentro dos mecanismos ideológicos do capitalismo tardio, sendo por excelência ponto de aglutinação entre teoria da soberania e legitimidade.” (*Genealogia...*, op.cit., p.194, destaquei).

Tratar-se-ia, uma tal postura, de um equivocado (e, na atualidade, pernicioso) retorno a Weber, na ausência de suficiência das teses normativistas de Kelsen para dar solução aos problemas da contemporaneidade (ante a necessidade de abertura do Direito e do constitucionalismo aos princípios e frente à complexidade e fragmentariedade do mundo atual), tal como bem identificado por ROCHA³⁹⁰.

Quer dizer: ao invés de um avançar, assume-se, aí, um retroceder. Isso, no entanto, é manter-se no campo da reação ao pós-positivismo, não só de forma insidiosa, mas também de forma ativa e negativa, no sentido de se buscar a desconsideração ou o solapamento das bases do neoconstitucionalismo, institucionalizando um modo de agir que originalmente não está referido à lei ou aos princípios, fins e valores constitucionais instituídos democraticamente, mas a certas crenças e interesses de dominação contemporâneos (reeditados de forma transformada para a atualidade), como já abordado na primeira parte deste capítulo³⁹¹.

Por fim, também parece muito evidente que buscar escorar a legitimidade em critérios puramente procedimentalistas, a pretexto de que assim se tenha o espaço necessário para ações de poder que não invadam a esfera das autonomias individuais e o campo aberto da pluralidade nestes tempos de diversidade, é ignorar o que já foi exposto no subitem precedente (2.1). É considerar insuficientemente não só o contexto temporal (a contemporaneidade funcionalista com seus valores e resultantes invasivos do mundo e as novas relações fragmentárias de poder, infiltradas por interesses privados nem sempre compatíveis com esta abertura de um espaço público democrático), mas, também, o contexto espacial (os Estados e sociedades periféricas democráticas, com todas as suas peculiaridades e deficiências agravantes do quadro desta modernidade funcionalista presente) onde as novas relações de poder político e jurídico devem se dar. E, com isso, abrir um importante flanco para que a referência à Constituição, como parâmetro legitimador das ações de poder (no que tange a competência e procedimentos), tão salutarmente almejada pelos procedimentalistas, simplesmente seja desvirtuada e não cumprida.

³⁹⁰ Cf. ROCHA, Leonel Severo. “Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico”. In. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado* – anuário 2007, nº4. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008, p. 176, onde aquele autor refere que, no ambiente contemporâneo, de uma sociedade globalizada, complexa, onde a cultura se fragmenta, o Estado perde relevo e o Direito passa a ser plural, e, pois, quando e onde o normativismo fechado de Kelsen não mais dá respostas suficientes, passa-se a buscar alternativas que dão corpo à ideia de “efetividade”: “Se a validade de um sistema normativo é dada por uma hierarquia, agora a validade é trocada ou colocada em segundo plano. Então, o mais importante par ao sistema de Direito – não mais normativo – passa a ser a efetividade.” Nesse sentido é que o novo sistema de Direito passaria a substituir a idéia de validade pela de efetividade. “É preciso eficácia naquilo que o Direito determina como comportamento obrigatório, como possibilidade de construção de algum tipo de realidade social” – e nisso a sociologia de Max Weber substituindo a teoria Kelseniana.

³⁹¹ Prossegue ROCHA, no sentido do exposto na nota anterior: “Segundo HABERMAS [citando-se: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. v. I-II Madrid: Taurus, 1988], por outro lado, a ideologia da troca de equivalentes [que] legitimava a existência do Estado liberal foi abandonada hoje pela ciência e pela técnica. Para ele ‘a ideologia tecnocrática partilha com as demais ideologias a característica de tentar impedir a problematização do poder existente. Mas distingue-se radicalmente de todas as outras ideologias do passado porque é a única que visa esse resultado, não através da legitimação das normas, mas através da sua supressão: o poder não é legítimo por obedecer à normas legítimas, e sim por obedecer a regras técnicas, das quais não se exige que sejam justas, e sim que sejam eficazes (.....) A Ideologia tecnocrática é muito mais indezessável que as do passado porque ela está negando, na verdade, a própria estrutura da ação comunicativa, assimilando-a à ação instrumental. Pois enquanto aquela se baseia numa intersubjetividade fundada em normas, que precisam ser justificadas (mesmo que tal justificação se baseie em falsas legitimações), esta se baseia em regras, que não exigem qualquer justificação’ [cita-se: “Cf. BARBARA FREITAG e SÉRGIO PAULO ROUANET, Introdução in *Habermas*, São Paulo, Ática, 1980.]” (*Genealogia...*, op.cit., pp.194-5, destaquei).

De resto, no contexto da discussão sobre os critérios fundantes da legitimidade (no âmbito político ou no âmbito jurídico) se reedita o que já se verificou alhures e para outros fins: se Constituições, como a brasileira, acolhem vinculativamente *relevantes princípios, objetivos e fins substantivos* eleitos para a construção da sociedade a partir de determinados nortes mínimos, estes chegam a constituir-se num sistema valorativo mínimo, presumivelmente acolhido por todos, que não pode ser ignorado. Configura-se, neste quadro, um arcabouço de elementos substanciais que aponta uma base referencial para a consideração e construção de uma legitimidade democrática, no âmbito do político e do jurídico. Uma legitimidade substancial e democrática que, aliás, tem necessariamente força para impor-se em detrimento de quaisquer outras referidas a fundamentos diversos, por princípio, e que, concomitantemente, encerra também um referir-se a certos princípios de ética e justiça.

Logo, na questão da fundamentação da legitimidade na contemporaneidade, ou da definição dos critérios a que deve estar referida a legitimidade objetiva, no contexto de um país como o Brasil, que possui a Constituição que possui e que está inserto na realidade periférica ou dita emergente da contemporaneidade em que está, a resposta está dada por estas últimas assertivas. Os critérios que definem objetivamente a legitimidade necessária para o exercício do poder obrigatoriamente serão aqueles de uma ***legitimidade democrática em sentido amplo***, que envolva o acolhimento do ***constitucionalismo*** e de uma ***noção de democracia constitucional***. E que esteja, pois, não só referida a procedimentos e competências, mas a um mínimo de nortes substanciais, como expressão de um prévio concerto social acerca de tais pontos.

Daí a necessidade de que se aclare sempre que, quando se estiver a falar de legitimidade, no contexto de uma democracia periférica, ou de uma democracia instalada em país dito emergente, de qualquer forma dotada de uma Constituição ainda compromissária, como é o caso do Brasil, se deva necessariamente estar fazendo pressuposta referência a uma *legitimidade democrática em sentido amplo*, bem como à necessidade de sua permanente (e infundável) construção crítica, nos termos do exposto e do que refere A.C. WOLKMER a seguir:

Enfim, a construção crítica de uma ***legitimidade democrática*** que venha fundamentar o Poder político e o Direito justo tem seu ponto referência deslocado da antiga lógica da legitimação, calcada na legalidade tecno-formal, ***para uma legitimidade ‘instituinte’, formada no justo consenso da comunidade e num sistema de valores aceitos e compartilhados por todos***. Não se trata mais de identificar e reduzir o conceito de legitimidade ao aspecto simplesmente jurídico, ou seja, a estrita vinculação com a validade e a eficácia enquanto produção de efeitos normativos. *Numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como ‘reais’, ‘justas’ e ‘éticas’.*³⁹²

A compreensão de uma legitimidade referida a critérios postos nestes termos marcará, então, a possibilidade de se vislumbrar “os fundamentos políticos de uma legitimidade política para o século XXI”³⁹³, nos termos do referido por COMPARATO³⁹⁴. E estas constatações, por sua vez, já

³⁹² WOLKMER, Antônio C. *Ideologia, Estado e Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.p.92 - destaquei.

³⁹³ Diz COMPARATO a respeito: “Hoje, no mundo todo, fortalece-se a consciência ética de que os regimes políticos, tanto no plano da organização social, quanto na esfera internacional, só têm legitimidade quando adotam integralmente o princípio republicano e o princípio democrático. São, assim, retomadas e aprofundadas as idéias políticas transformadoras que, originadas na Grécia e em Roma na idade clássica, reapareceram ao final do século XVIII nas Revoluções americana e

respondem, por si mesmas, àquelas indagações inicialmente formuladas: isso tudo é o que permite **concluir**, afinal, *que um critério ligado com a busca do incremento dos processos de modernização funcionalizante, acaso exclusivo ou absolutamente predominante, será espúrio e inadequado na tarefa de aferir a legitimidade de atuação do Judiciário de hoje*, mesmo que se venha pregando e infiltrando uma certa crença absoluta nesse ideal da celeridade-efetividade no próprio meio social, a partir de um trabalho intenso de transformação do arcabouço ético mínimo, promovido quotidianamente nas sociedades contemporâneas também por um certo “sistema global *multimedia*”.

O *elemento subjetivo* de aceitação do poder institucional nestes termos, formatado nestes determinados moldes, ainda que supostamente correspondentes às induzidas aspirações médias comuns da sociedade, não poderá ser suficiente para que se tenha este proceder referido exclusivamente à celeridade a qualquer custo e à efetividade puramente técnico-burocrática como um critério de conduta legitimado pela sociedade. Esse novo “consenso” urgente e disseminado acerca da suprema necessidade de eficácia não é o que legitima por si só, porque há critérios objetivos de legitimidade, que não podem ser manipulados nem mesmo pela eventual transformação induzida do senso comum do meio social, em meio às (e sob o pretexto das) urgências da contemporaneidade.

Aliás, nem mesmo se poderá dizer, como bem será visto adiante, que nesse ponto a legitimidade objetiva de oponha à subjetiva. Em verdade, a distinção só faz ver melhor que a busca por legitimação circunstancial, derivada da indução midiática ou do clamor popular, não pode ser confundida com uma aceitação dos atos de poder estabelecida pela conformidade da coletividade com certos padrões e princípios de ética e justiça, que estejam objetivados ou sejam objetiváveis por uma determinada coletividade afetada (legitimidade subjetiva propriamente dita, intrinsecamente conectada à noção de legitimidade objetiva, como se vê).

A verdadeira legitimação se dá, nesse sentido (legitimidade subjetiva), pela aceitação e reconhecimento de que o poder age *segundo o previamente acertado*, segundo o consensual (ainda que conflituosamente estabelecido) e racionalmente estatuído (e discutido). Ou pela verificação de que sua ação corresponde a um esforço adequado para que aquela comunidade de múltiplas e complexas obrigações recíprocas, implícita e pressupostamente estabelecidas entre os integrantes de uma sociedade democrática, como seres que convivem e são interdependentes, se realizem de forma equânime e conseqüente ao, por todos, de uma forma ou de outra, estabelecido³⁹⁵.

francesa, como vimos há pouco. Trata-se, na verdade, de princípios essencialmente complementares, e que respondem às duas questões fundamentais de toda organização política: Qual a sua finalidade última? Quem deve exercer a soberania, isto é, o poder político supremo? A democracia representa a melhor garantia do bom funcionamento do regime republicano. Com efeito, se a finalidade última da organização política é a realização do bem comum de todos, é natural que o conjunto dos cidadãos, e não penas uma parte deles, ou o que é pior, um só indivíduo exerça o poder supremo.” (COMPARATO, *Ética...*, op.cit., p.615 – destaquei).

³⁹⁴ *Ética...*, op.cit., pp.615 e ss..

³⁹⁵ Veja-se, sobre este ponto mais delicado, mas de extremo relevo, as posições de DWORKIN, ao tratar do que ele chama do “problema clássico da **legitimidade do poder de coerção**”, que “ traz consigo **outro problema clássico: o da obrigação política**”, no capítulo VI de sua obra “O Império do Direito”. Após extensas discussões, Dworkin define que “*Um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que os cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretende impor-lhes deveres*” (DWORKIN, *O Império do Direito...*, op.cit., pp.231-2 - destaquei). E, mais adiante, assenta, expressamente a sua hipótese de que “*a melhor defesa de legitimidade política – o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas - vai ser encontrada não onde os filósofos esperam encontrá-la – no árido terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo, que poderiam ser válidos entre estranhos, mas no campo fértil da fraternidade da comunidade e de suas obrigações concomitantes*”. (DWORKIN, *O Império do Direito...*, op.cit., pp.249-250 - destaquei.).

Nesses termos, portanto, é que a categoria da legitimidade deve ser compreendida de forma mais ampla, como pressuposto fundante da discussão da legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade.

Isso tudo, por sua vez, assinala ainda mais fortemente a intrínseca conexão deste complexo tema com a necessidade de uma breve crítica também ao senso comum que se desenvolveu acerca do que seja a democracia (como sendo apenas marcadamente representativa e formal), com o qual se opera inclusive nas discussões de cunho mais dogmático sobre a legitimidade jurisdicional. E mais: também marca esta conexão e esta necessidade crítica em relação à categoria da jurisdição, ainda demasiadamente aferrada, de forma pouco ou nada flexível, a determinados “‘princípios-fins’ do Direito Moderno”, tais como, *v.g.*, o da segurança (absoluta) e da busca extremada por “certezas jurídicas”³⁹⁶. Tais princípios identificam-se precisamente com essa concepção restritiva (liberal-conservadora) do conceito de democracia e tudo age, assim, negativamente, no que tange à construção das “exigências humanas de legitimidade”³⁹⁷, razão pela qual tudo isso deve ser objeto de sumário exame nos subitens seguintes, para a finalização do aprofundamento vertical aqui proposto.

*c) Brevíssimas considerações sobre a noção de **democracia** aplicada ao debate sobre a prestação jurisdicional contemporânea:*

Nesse contexto é que se coloca a necessidade de reconsiderar em alguma medida também a noção de democracia, como pressuposto do debate sobre a legitimidade jurisdicional na contemporaneidade, já que comumente invocada como seu elemento-critério, mas de forma mais ou menos acrítica e permissiva de certas distorções (ou, até mesmo, manipulações).

Por conta de tudo o que já se viu no tratamento do item 2.1 deste capítulo, adiantou-se que para além do tradicional conceito de democracia puramente representativa ou formal, deve-se avançar para uma noção, mais ampla, de *democracia constitucional, substantiva*. Uma democracia que respeite e valorize o princípio da maioria, mas que reserve lugar de destaque para as garantias constitucionalmente postas, como resguardo contramajoritário e preservação das possibilidades da minoria, bem como condição de possibilidade de construção de uma convivência mais harmônica entre os iguais-diferentes – notadamente nas sociedades periféricas ou de países ditos emergentes.

Mas o fato é que se deve ir ainda mais além, no atual exame crítico desta noção fundamental. Devem ser encontrados meios ou formas de compatibilizar essa democracia constitucional com o ideal de uma democracia verdadeiramente *participativa*, por ativa e inclusiva dos cidadãos (e não só de cidadãos como eleitores), como também da pluralidade de valores e interesses inerentes à contemporaneidade.

³⁹⁶ Cf. WOLKMER, A.C. *História do Direito no Brasil...*, op.cit., pp.31-2.

³⁹⁷ E repita-se: “...e não a uma idealização tecno-formal sem limites, o que se tem revelado numa cultura individual-positivista, natural impedimento da transformação e do Direito”, como assevera o autor da passagem, A.C. WOLKMER. *História do Direito no Brasil...*op.cit., p.32.

Esse é, pois, um novo problema que se apresenta: como ter assegurado o mínimo substancial estabelecido na Constituição Federal e, ao mesmo tempo, o novo da pluralidade, constante e transformadora (bem como naturalmente conflitiva), em ação, surtindo seus efeitos? Afinal, a democracia participativa é também a democracia da soberania popular transformadora e da pluralidade questionadora e conflituosa, mesmo com a eleição prévia de determinadas substâncias valorativas postas constitucionalmente. Como avançar, pois, nesse terreno, na compreensão de uma tão complexa e dinâmica noção de democracia?

Pois bem. É precisamente nesse passo que se verifica a necessidade de ir além do já exposto alhures, o que, poderia começar também por uma nova postura de aceitação e de tratamento do conflito pela via jurisdicional, também para os fins do político. Os nortes e garantias estão dados e devem ser respeitados. Há diretrizes e princípios constitucionais estabelecidos para tanto. Até mesmo as maiorias eventuais devem observá-los. Mas a definição dos reais conteúdos destas invulgares disposições não é infensa a questionamentos. Muito pelo contrário. Seu significado atual deve formar-se precisamente através do questionamento eterno de seus contornos, de forma que não haja, jamais, palavra final e abstrata sobre os seus limites e sobre o que se queira com eles dizer fora de cada caso concreto específico.

É, pois, da possibilidade da discussão e do conflito acerca destes significados e limites que surge um caminho que compatibiliza a garantia da pluralidade de visões de mundo com a preservação de sentidos mínimos valorativos já instituídos. E, adiante, é a inclusão do máximo número de contendores ou de atores nesta disputa sobre significações que representa uma verdadeira abertura à participação popular na definição dos rumos da convivência nas sociedades contemporâneas em transição, e, pois, se converte em expressão mais substancial da soberania popular (para muito além do mero ato de votar e eleger representantes).

No entanto, para que esta efetiva participação otimizada possa vir a se tornar uma realidade, há de se conceber (e se pode hoje mais do que nunca fazê-lo) tantos instrumentos quantos sejam necessários para tanto.

E é precisamente esta necessidade instrumental, por sua vez, que descortina um potencial inaudito para uma *nova concepção de jurisdição*, que seja precisamente vista também como novo mecanismo auxiliar desta tarefa de criar espaços qualificados de discussão (e potencial transformação) sobre as regras de convivência. Mais do que isso e antes mesmo disso: espaços de aceitação e tratamento adequado dos conflitos, inerentes à complexidade e diversidade contemporâneas, acerca dos significados das garantias e dos vetores constitucionais de convivência – nisso criando-se a figura de novos demandantes-cidadãos (em complemento à figura do cidadão-eleitor e substituição daquela outra do mero demandante-litigante).

Mas para que se possa avançar consistentemente neste terreno primeiro é preciso que se abra espaço para considerar criticamente as possíveis e novas acepções de democracia, de sociedade e soberania. E é necessário também, para tanto, que se perceba que mesmo os conceitos estabelecidos de democracia, pela ciência política tradicional, deixam margem para que se compreenda a existência de mecanismos outros, para a manifestação da vontade popular, justamente como expressão da mais ampla realização ou configuração prática da democracia.

Considere-se para este fim, então, os elementos tradicionalmente eleitos pela Ciência Política para a definição de democracia, nos termos do que apresentado por AREND LIJPHART

DEFINIÇÕES DE DEMOCRACIA: Embora os cientistas políticos discordem sobre alguns detalhes na definição e na avaliação da democracia (Beetham, 1949; Inkeles, 1991), os oito critérios propostos por Robert A. Dahl (1971:3) em seu influente livro 'Polyarchy' ainda recebem amplo apoio. São eles: (1) o direito ao voto, (2) o direito a ser eleito, (3) o direito dos líderes políticos competirem por apoio e votos, (4) eleições livres e honestas, (5) liberdade de reunião, (6) liberdade de expressão, (7) fontes alternativas de informação e (8) *instituições capazes de fazer com que as medidas do governo dependam do voto e de outras manifestações da vontade popular.*³⁹⁸

Sem dúvida seria bastante possível enquadrar no último critério destacado por LIPJHART um Judiciário voltado para uma *jurisdição renovada*, que se preocupasse também em servir de mecanismo de pulverização do poder, de permissão de acesso qualificado ao questionamento sobre o sentido da Constituição, das leis frente a ela, e da conformidade das práticas e discussões sociais instituídas frente a um ordenamento assim concebido, orientado à consecução de determinados fins e objetivos sociais garantidores de uma convivência mais harmônica, ainda que em meio aos necessários conflitos do viver na diversidade e na pluralidade. Enfim, uma instituição que assumisse também esta função e que servisse assim também ao propósito de viabilizar a participação direta do cidadão na definição, ainda que por via reflexa e complementar, do significado das regras e princípios maiores de convivência estatuídos constitucionalmente.

De resto, noções de democracia como a de CASTORIADIS³⁹⁹, revelada no trecho seguinte, citado por STRECK, não deixam dúvidas acerca da necessidade de que se a conceba de um modo renovado *que inclua a ideia da máxima participação direta possível*, seja por que via instrumental isso venha a se dar

...a política pode ser definida como a atividade explícita e lúcida, que se ocupa da instauração das instituições desejáveis; *a democracia como o regime de auto-instituição explícita e lúcida (tanto quanto possível) das instituições sociais que dependam de uma atividade coletiva explícita.* A autonomia dos indivíduos é inconcebível e impossível sem a autonomia da coletividade. Como se pode ser livre se nos encontramos obrigatoriamente colocados sob a lei social? Há uma primeira condição: *é preciso que tenhamos a possibilidade de participar na formação da lei, da instituição. Só posso ser livre sob a lei, se puder dizer que essa é a minha lei, se tiver tido a oportunidade de participar na sua concepção e nos seus posicionamentos* (mesmo que as minhas preferências não tenham prevalecido). Sendo a lei necessariamente universal quanto ao seu conteúdo e sendo, numa democracia, coletiva quanto a sua fonte (isto não é teoricamente contestado pelos processualistas), daí resulta que, nesta, *a autonomia de todos (a liberdade efetiva) é e deve ser uma preocupação fundamental para todos nós.* (...) a menos que se intervenha profundamente na organização substantiva da vida social, sequer é possível realizar uma 'democracia processual' que não seja uma autêntica fraude.

Também o conceito de social ou de sociedade em CASTORIADIS⁴⁰⁰ deixa claro que não se pode mais pensar a democracia em vetustos termos, ordinários e simplistas, tal como já referido antes.

³⁹⁸ Cf. LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo de 36 países*, p.69-destaquei.

³⁹⁹ Cf. CASTORIADIS, CORNELIUS. *A ascensão da insignificância*. Lisboa, 2000, pp.255 e ss. apud STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, op.cit., p. 149 (destaquei).

⁴⁰⁰ Diz CASTORIADIS: "Esta situação é inédita do ponto de vista ontológico: 'o que' o social é, e a maneira pela qual é, não tem análogo. Obriga, portanto, a reconsiderar o sentido de 'ser', ou então clarifica uma outra face, até aqui não vista, desse sentido. Por isso mesmo, vemos mais uma vez, que o que se denominou 'diferença ontológica', a distinção da questão do ser e da questão dos entes, é impossível de sustentar ou, em outras palavras, só manifesta o limite do pensamento herdado.

Veja-se que aquele autor chega a realizar a caracterização do social como um "magma", tal a sua inabarcável complexidade atual. Aquela categoria não pode ficar sujeita às nossas limitações de linguagem e lógica pelas meras referências de um e vários, parte e todos, porque detém um modo de organização da diversidade tão complexo e próprio que não é explicitável nestes termos ordinários.

Ora, mas se assim é, que se acolha a aparência de caos, de incerteza, que caracteriza esta categoria, e que se reflete sobre a noção atual de democracia, num sistema racional-complexo (e não meramente racionalizante) que dê conta de lidar com esta realidade, que permita esta diferenciada complexidade inerente ao social contemporâneo respirar e produzir frutos, sem os engessamentos racionalizantes e redutores de paradigmas da modernidade já ultrapassados.

Que se admita, por outra, então, que numa tal dinâmica relacional hipercomplexa, se deve compreender o conflito não mais como expressão do perigo da desordem e do caos, mas como a certeza de uma renovação constante dos limites dos conteúdos valorativos e diretivos da convivência social, sem que com isso se percam as base mínimas de sentido destas noções previamente fixadas no contrato social, e justamente para que o novo se realize em contato e como transformação do tradicional instituído.

Isto tudo insita, por derradeiro, uma necessidade de se indagar, como faz LEONEL SEVERO ROCHA na conclusão de estudo sobre a legitimidade e a soberania, já referido alhures, sobre “o que será que existe de ‘novo’ na velha palavra democracia?”, e, ao final, acerca de “Qual o ‘verdadeiro’ sentido da expressão soberania popular?”⁴⁰¹ – que é fundamental para o aprofundamento no estudo da categoria democracia, tal como proposto aqui.

Tem-se, então, que acerca de tais indagações ROCHA esclarece o seguinte:

.... apesar do surgimento das modernas formas de dominação, onde a força física, a burocracia, a racionalidade e, principalmente, os fatores econômicos destacam-se, não se pode deixar de afirmar que no centro das relações de poder que co-constituem o capitalismo tardio (autoritários ou democráticos) *está hoje, com as devidas adaptações ideológicas, mais do que nunca, o discurso da soberania.*⁴⁰²
(....)

Resumindo: a ontologia tradicional só foi a posição subreptícia como sentido de 'ser', do modo de ser destas categorias particulares de entes sobre os quais seu olhar permanecia fixado. É dessas, e - é mais ou menos o mesmo - das necessidades da linguagem como 'legein' (como instrumento conjuntista-identitário), que ela tirou o sentido de 'ser' como ser-determinado. Isso não impediu sempre a qualificá-los implícita ou explicitamente, como menos-ser ('hetton on', em oposição ao mais-ser, 'mallon on'), pelo que ela sempre quis dizer isto e unicamente isto: menos determinado ou menos determinável. Esta situação é também inédita do ponto de vista lógico - aspecto indissociável do precedente, já que, apesar da aliança, aparentemente estranha mas em verdade natural, quanto a este ponto, dos positivistas e Heidegger, não existe pensamento do ser que não seja também 'logos' do ser e 'logos' organizado e organizando-se, portanto lógico, como não existe lógica sem uma colocação do ser (ainda que fosse como ser em e pelo discurso). *Não podemos pensar o social, enquanto coexistência, através da lógica herdada, e isso significa: não podemos pensá-lo como unidade de uma pluralidade no sentido habitual desses termos, não podemos pensá-lo como um conjunto determinável de elementos bem distintos e bem definidos. Temos de pensá-lo como um 'magma', e até como um magma de magmas - pelo que compreendo não o caos, mas o modo de organização de uma diversidade não conjuntizável*, exemplificado pelo social, pelo imaginário ou pelo inconsciente. *Para dele falar, e que só podemos fazer na linguagem social existente, apelamos inevitavelmente para os termos do 'legein' conjuntivista, tais como um e vários, parte e todo, composição e inclusão. Mas esses termos só funcionam aqui como termos de referência, não como verdadeiras categorias.* Porque não existem categorias transregionais: a regra de ligação que traz a categoria é vazia se não se considera aquilo com que deve haver ligação. O que ainda é apenas uma outra maneira de dizer que o ser só é sempre ser dos entes, e que cada região dos entes desvenda uma outra face do sentido de ser." (destaquei).

⁴⁰¹ ROCHA, *Genealogia...*, op.cit. p.201.

⁴⁰² Id., *ibid.*, p.196 - destaquei.

[Por sua vez,] *A soberania é um discurso político que, em suas distintas teses, possui ambigualmente um duplo sentido: a) um sentido autoritário; e b) um sentido democrático.*

[a] *O sentido autoritário é exatamente aquele defensor da cientificidade.* Conforme já assinei anteriormente a ideologia caracteriza-se precisamente por procurar impedir a tematização do poder. Nesse sentido, quando a teoria jurídica procura analisar racionalmente a soberania [no sentido de promover “racionalizações” a seu respeito], o que pretende é abordar o discurso do poder de forma neutra. Afirmar a cientificidade do discurso de soberania é neutralizar os seus componentes políticos. (...) A ciência defende o discurso único e neste sentido impede a problematização dos componentes democrático-plurais da teoria da soberania, reduzindo-o a um sentido autoritário. *A ‘ciência jurídica’ pretende resolver o conflito (insolúvel) entre Eros e Tánatos (instinto de vida e instinto de morte). Uma sociedade sem conflitos, sem ambigüidades, é uma sociedade sem desejos. A teoria jurídica ‘científica’ do puro poder quer, além de despolitizar, reprimir e canalizar os desejos da sociedade. (...)* [b] *O sentido democrático é aquele originado basicamente da formação discursiva participativa (...), enquanto discurso postular da possibilidade permanente do conflito, ao defender a existência da pluralidade discursiva e do direito aos direitos – direitos indefinidos, não congelados, direitos políticos.*⁴⁰³

Ora, diz ROCHA - corroborando de certa forma tudo o quanto já se afirmou neste estudo acerca da existência, gravidade e formas variadas de restrição às discussões referentes à legitimidade jurisdicional e política, bem como ao subjacente debate inerente ao poder -, “*contemporaneamente sabemos que a ‘vitória’ (...) do sentido autoritário da soberania, obtido graças à sua permeabilidade como os modernos mecanismos de poder, principalmente com a racionalidade e a burocracia, têm procurado transformar os ideais da formação discursiva participativa em meros direitos formais.*”⁴⁰⁴ No entanto, “o ‘verdadeiro’ sentido da expressão soberania popular” (ou o que “existe de ‘novo’ na velha palavra democracia”) está

*... no sentido político inegável do discurso da soberania, atravessado perenemente por uma ambigüidade –negada pelas teses autoritárias – que possibilita, pelo menos potencialmente, a possibilidade do questionamento ao poder.*⁴⁰⁵

(...) *Nesta perspectiva, o verdadeiro sentido do discurso da soberania não é a sua significação autoritária, nem a democrática. Ambas, isoladamente, são miragens. É uma ilusão pretender um social totalmente unificado, como desejam as teses autoritárias. Assim como a idéia de uma liberdade plena do conflito inscreve-se concretamente no ser. Tal ruptura explica a possibilidade de se entender a resistência ao totalitarismo, aparentemente congelado por uma ‘Ideologia de Granito’ – como diria CLAUDE LEFORT -, feitas pelos ‘homens que sobram’; e, ao mesmo tempo, também impede, nas ‘democracias ocidentais’ de se perceber certos germes autoritários desse discurso. É necessário olhar-se dialeticamente o discurso da soberania, além das divisões analíticas, das simplicidades reificadoras dos juristas dogmáticos, para perceber a verdadeira utopia concreta: o espaço de dúvida, interrogação, de clamor pela criação de direitos, que engendra o discurso da soberania em sua pluralidade perene. São falsas as utopias que clamam pelo social unificado ou pelo social fragmentado isoladamente, a verdadeira utopia é a que admite simultaneamente o ser e o não-ser da soberania popular. A que coloca historicamente a questão da liberdade ao questionar os limites do poder, que sem negar o instituído – e defender a sua extinção – postula a sua constante reinvenção. Esta perspectiva rompe com a dicotomia política entre a idéia de ‘reforma’ do social e a de ‘revolução’, colocando o problema da autonomia.*

*‘É, pois – segundo CLAUDE LEFORT⁴⁰⁶ – necessário nos decidirmos a abandonar a idéia de uma política que comprimiria as aspirações coletivas no modelo de uma sociedade-outra ou, o que dá no mesmo, a idéia de uma política que sobrevoaria o mundo em que vivemos, para deixar cair sobre ele os raios do juízo final.(...)’*⁴⁰⁷

⁴⁰³ Id., ibid., pp.198-9 - destaquei.

⁴⁰⁴ Id., ibid., p.199.

⁴⁰⁵ Id., ibid., p.201.

⁴⁰⁶ Citando-se “Cf. CLAUDE LEFORT. *A Invenção democrática*. São Paulo: Brasiliense, 1983, pp. 63-4.

⁴⁰⁷ ROCHA, *Genealogia...*, op.cit. pp.202-203- destaquei

E conclui ROCHA, quanto à ideia de democracia nesse sentido renovado

A democracia, nesse sentido, liga-se à idéia de autonomia. A autonomia da sociedade tem de ser vista como a capacidade que esta possui de constantemente questionar e autoquestionar-se. A autonomia é sempre relativa, mas é inútil tentar limitá-la à materialidade social. *A autonomia necessita ser pensada como um espaço gerador de infinitas reivindicações*, que não se esgotam na denúncia dos mecanismos simbólicos do poder, como se por trás da ideologia ‘burguesa’ existisse a ‘boa’ sociedade. *A contradição atravessa o social.* O poder soberano procura apresentá-lo como unificado, num movimento em que simultaneamente aparece como ‘dentro’ e ‘fora’ do social. Contudo, o simples desmascaramento (ou contra-ataque) das funções simbólicas do poder é insuficiente para proporcionar autonomia. Isto, por dois motivos. Por um lado, porque o poder possui mecanismos legitimadores que extrapolam o ideológico; e, por outro, porque a sociedade é também um lugar de poder. O que impede de se pensar que se substituíssemos o ‘mau’ poder do Estado, pelo ‘bom’ poder social traz o risco da ditadura do UM. E o perigo de ao substituímos as ambigüidades do poder soberano pelas ‘certezas’ do poder social construirmos um Estado totalitário. ‘É antes necessário – segundo LEFORT⁴⁰⁸ – consentir em pensar e agir nos horizontes de um mundo onde se oferece a possibilidade de um depreciamento da atração pelo poder e pelo UM, onde a crítica contínua da ilusão e a invenção política são feitas à prova de uma indeterminação do social e do histórico.’”⁴⁰⁹

E, por fim, quanto à ideia de soberania popular, expõe ROCHA:

A soberania popular possui nos labirintos de sua significação um forte sentido democrático. No Brasil de hoje, quando a questão democrática é mais do que nunca premente, *é fundamental discutir-se as dimensões pluralistas da soberania.* Para tanto, é preciso que os juristas abandonem suas místicas e arcaicas concepções formalistas e cientificistas da soberania, e que, ao mesmo tempo, os críticos não-juristas aceitem discutir o problema da soberania. *Aberta a discussão sobre o sentido democrático da soberania, acredito que novas problemáticas e dúvidas sobre a legitimidade do poder soberano poderão surgir, materializando a efetiva função do discurso jurídico da soberania que é a de lutar constantemente por novas formas de manifestação de direitos.*⁴¹⁰

É nesse sentido que se justifica que *a democracia seja também compreendida como a possibilidade de instituição do espaço da dúvida através do jurisdicional.* Que ela surja também como o modo de ver o político e o jurídico que permita e incite à concepção de um instrumental de prestação jurisdicional para o acolhimento e trato do conflito, como outro mecanismo inclusivo e permissivo da luta constante por infinitas reivindicações de todo e qualquer indivíduo integrante da sociedade. Que ela se constitua na viabilização da instituição de uma atividade jurisdicional contemporânea que seja expressão da possibilidade de uma soberania popular reinventada, direta e em busca da autonomia pelo exercício dos direitos, de todo e qualquer um, nas vias institucionais preparadas para o litígio.

d) Brevíssimas considerações sobre uma noção contemporânea de jurisdição aplicada ao debate de sua legitimidade: vislumbre do novo papel da jurisdição (permitir a convivência pacífica ‘sob uma perspectiva ética’, viabilizando espaços de convivência democrática substancial)

Todo o exposto permite e recomenda que finalmente se investigue sobre os traços fundamentais que deverá possuir uma noção contemporânea de jurisdição a ser pressuposta no debate

⁴⁰⁸ Cita-se: “Cf. CLAUDE LEFORT, Op.cit., p.69.”

⁴⁰⁹ ROCHA, *Genealogia...*, op.cit. pp.204-5 - destaquei.

⁴¹⁰ Id., p. 205 - destaquei.

sobre sua legitimidade atual – ao menos no que diz respeito a uma ampla consideração de suas finalidades e no âmbito do proposto para este item específico.

E a primeira e mais evidente constatação será a de que ela jamais poderá estar próxima das noções e finalidades tradicionalmente estudadas e dogmaticamente invocadas desde o surgimento desta categoria.

Não poderá, no âmbito do pós-positivismo e da contemporaneidade, por exemplo, se prestar a jurisdição a se limitar ao papel de um “dizer o direito”, mormente através de um juiz que o faça como mera “boca da lei”⁴¹¹, estritamente no limitado contexto do conflito de interesses individuais. Não poderá se constituir numa atividade que se prenda a um agir pautada por uma pretensão de

⁴¹¹ E confirmando esta conclusão de forma enriquecedora, a já antiga (mais, de forma muito significativa, ainda válida) lição de **J.J CALMON DE PASSOS**, no estudo “Administração da Justiça no Brasil. Visão para além do imediato” (in “Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário”, diversos autores. Editora Saraiva, 1982, p.183 e ss.): “A esta altura de minha vida, estou convencido de uma coisa: o Direito é o discurso do Poder. Todos fomos trabalhados desde a Faculdade; desde lá, nossa cabeça foi feita no sentido de que, diplomados bacharéis em Direito, tivéssemos nossas vistas voltadas para uma justiça ideal, o ‘jus suum cuique tribuendi’ dos romanos, a persecução do justo no caso concreto, um justo muito mais intuitivo do que suscetível de objetivação ou comprovação racional, inferível, porém, do conjunto de normas constitutivas do ordenamento jurídico positivo, colocado a nossa disposição pelo Poder. Hoje, essa postura me parece mero despistamento ideológico, um véu para nos toldar a vista e só nos permitir perceber tarde demais que a única justiça possível e verdadeira é aquela que é realizada a partir da identificação e do atendimento das necessidades dos que a reclamam, porque postos à margem na partilha dos bens da vida.

(...) O século XIX, a partir da gigantesca tarefa que representou o Código de Napoleão, e inspirado nela, suscitou a crença, nutrindo-a vigorosamente, de que se podia, perfeitamente, cindir as tarefas de editar as leis (dizer o direito) e aplicá-las nas situações concretas oriundas da convivência social. Este segundo momento do fenômeno jurídico foi posto a cargo ou da autonomia privada (fazendo-se os próprios sujeitos juizes da legalidade de seu comportamento), ou do Estado, pelo Poder Judiciário, dito um terceiro desinteressado, incumbido de atualizar a vontade objetiva da lei, quando desatendida no particular das relações sociais.

(...) Ninguém expressou melhor essa visão do Direito do que Kelsen, o gênio do formalismo jurídico, com a sua concepção piramidal da ordem jurídica [e mesmo assim, diga-se, sempre haverá o capítulo VIII de sua “Teoria Pura do Direito”, N.A.] (...) Tudo o que se pudesse imaginar fora desse esquema lógico de pensamento e dessa estrutura normativa se apresentava como estranho ao Direito. E o direito se esforçava por exprimir-se, cada vez mais, como algo muito mais situado na mente que na vida, à semelhança das categorias que a filosofia contrapõe à realidade, como vistas a fazê-la ‘compreensão’ e ‘conhecimento’ na criatura humana.

(...) **A conseqüência disso: juristas e juizes foram, progressivamente, demitindo-se de seus compromissos com a política, no seu sentido mais nobre e mais legítimo – qual seja, o de pensar os fins da sociedade e os meios necessários para alcançá-los, organizando-a com esse objetivo. Eles, que sempre tinham sido homens públicos, na significação de homens comprometidos com os problemas advindos da convivência social, empenhados na necessidade de harmonizar conflitos em termos de otimização da sociedade, passaram a ser ‘profissionais’, conhecedores e manipuladores de uma técnica, aquela necessária para reduzir a generalidade da lei ao particular da norma disciplinadora da conduta dos indivíduos na sociedade.** O conteúdo dogmático lhes era fornecido pronto e acabado e só lhes cumpria reduzi-lo à dimensão do caso particular. **Uns lógicos que por força de se omitirem diante da vida, findaram por emascular-se, fazendo-se eunucos.**

(...) **Aproximando-se do poder, não para exercitá-lo (decidir), mas para explicitá-lo (declarar-lhe a vontade), o juiz se fez servidor do Poder. Descaracterizou-se. E também o jurista.**

O Direito, em verdade, precisa ser entendido a partir de um duplo enfoque. Do prisma da sociedade política, ou para usar uma terminologia hoje muito em voga, a partir das bases, o Direito é sempre a procura desesperada por um meio para realização do máximo de justiça social; é uma procura de mais espaços para os indivíduos, de maior acesso aos bens da vida e maior participação no Poder. É, em última análise, esta coisa simples que a gente poderia resumir numa frase: a procura de um lugar ao sol. Mas a partir dos governantes, da cúpula, o Direito não é mais do que uma tentativa de dar o mínimo de espaço social aos indivíduos, o mínimo de participação nos bens da vida e oferecer-lhes o mínimo na partilha do Poder. **O Poder não luta pela justiça possível, mas sim pela injustiça tolerável por determinada sociedade política em determinado momento histórico. Ele leva sua força opressora até ao limite máximo e só cede quando alcança o ponto de rutura. O Poder oprime porque é Poder. E isso não só no Estado capitalista, como em toda e qualquer forma de Estado.**

Pouco importa quem governa. *Todo o governo é opressor se não há participação e representatividade. (...)*” (destaquei).

neutralidade científica e por um distanciamento absoluto do moral, do político e do social⁴¹², ignorando a abertura da Constituição aos princípios e à discussão de tais elementos⁴¹³.

Tampouco poderá a jurisdição, a pretexto de acolher a soberania popular e a democracia como noções que se expressem somente a partir da regra da maioria, demitir-se de fazer valer o efetivo freio constitucional contramajoritário, quando necessário. Não lhe será permitido, outrossim, a pretexto de

⁴¹² Ou seja, uma *atividade jurisdicional adequada* não mais poderá ser aquela entendida como coisa absolutamente “neutra” e “não-comprometida” com nada além de sua própria lógica formal (à guisa de supostamente só assim preservar-se uma imprescindível “imparcialidade”), de forma absolutamente “emasculada” politicamente, como leciona OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, na conclusão de sua obra *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica* (op.cit., pp. 218-219.): “Na verdade - e com isso retornamos a nosso ponto inicial -, o grande mal não está no paradigma cartesiano, cuja importância para a ciência seria absurdo negar, e sim na transferência do Direito para o campo das ciências puramente lógicas, como pretendia Leibniz, o que determinou a redução da função jurisdicional à pura e mecânica aplicação da lei, numa posição de total servilismo do juiz em relação ao legislador, segundo o ideal do Século das Luzes. Essa visão da ‘crise moderna’ feita por conhecido processualista espanhol confirma nosso diagnóstico: ‘La crisis moderna esta provocada precisamente por el desfase entre lo que el juicio debería ser y lo que el juicio es en realidad. La desconfianza en el juez, propia de la Revolución Francesa y de la época codificadora con su escuela de división de poderes, no para proteger el juez frente a los abusos de los restantes poderes y consagrar el principio de independencia judicial, sino más bien para confinar al juez al humilde papel de servidor de la ley, para reducirlo a la boca muerta que pronuncia las palabras de la ley, en contraste con la transcendencia de la función judicial, ha contribuido, al menos en el sistema continental, a un creciente desprestigio del juez, a una desvalorización del juicio, frente a la que nada han podido los potentes sistemas jurídicos, hasta el punto que Calamandrei tuvo que preguntarse hasta qué punto ‘los ingleses estarían dispuestos verdaderamente a cedernos a cambio de nuestra mayor ciencia, su mejor justicia!’” (Manuel Serra Domínguez, ‘Estudios de derecho procesal’, Barcelona, 1969, p.64). Embora se deva reconhecer o inegável mérito das tentativas de ‘modernização’ de nosso processo civil, todas elas, como já o dissemos, são incapazes de produzir uma transformação significativa na nossa experiência judiciária. Sem uma profunda e corajosa revisão de nosso *paradigma**, capaz de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista democrática da experiência contemporânea, devolvendo ao juiz os poderes que o iluminismo recusara, todas as reformas de superfície cedo ou tarde resultarão em novas desilusões.

Como temos insistido em dizer, é indispensável, e mais do que indispensável, urgente, formar juristas que não sejam, como agora, *técnicos sem princípios*, meros *intérpretes passivos de textos*, em última análise, *escravos do poder* (Michel Villey, ‘Leçons d’histoire de la philosophie du droit’, Paris, 1957, p.109), **pois o servilismo judicial frente ao império da lei anula o Poder Judiciário que, em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos três ramos do Poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania.**”[* aqui, recomendável a leitura do extraordinário “A estrutura das revoluções científicas”, do filósofo da ciência, THOMAS S. KHUN – exemplar consultado em espanhol: *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contin. Buenos Aires : Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1996.- N.A.].

⁴¹³ Trata-se de uma compreensão do Direito que naturalmente rompe com a linha do positivismo clássico e que é inevitável para a devida realização do papel que se espera da atividade jurisdicional nos tempos que correm, como se extrai da lição do processualista LUIZ GUILHERME MARINONI a respeito deste tema (Teoria Geral do Processo..., op.cit., p. 49): “É claro que a compreensão do direito por meio de princípios (...) implica em uma ruptura com o positivismo do Estado liberal, que se expressava em um direito constituído por regras. Na linha do positivismo clássico, não é possível aceitar que o juiz possa aplicar uma norma que não se revele mediante seu próprio texto e que, ao contrário, exija do intérprete margem de subjetividade para a definição de seu significado. A aplicação ou a declaração da regra, própria da jurisdição daquela época, não se concilia com a atribuição de significado que caracteriza a metodologia dos princípios [muito embora, aqui é de ser esclarecido, se deva proceder com um cuidado e por meio de determinadas formas de compreensão do problema que evitem a pura e simples discricionariedade judicial ativista, como melhor se terá oportunidade de analisar oportunamente].

O positivismo clássico, temendo que os princípios pudessem provocar uma profunda imprevisibilidade em relação às decisões judiciais – o que também acarretaria incerteza quanto ao significado do direito –, conclui que a atividade com os princípios deveria ser reservada a um órgão político, à que não se amoldava com a função que era esperada do juiz, isto é, com a simples aplicação do ditado da regra produzida e acabada pelo legislativo.

Porém, as Constituições que seguiram a segunda guerra mundial instituíram uma série de princípios de justiça. Tais princípios logo foram atacados sob o argumento de que, ao expressarem aspirações éticas e políticas mediante fórmulas não precisas, constituíam normas incompatíveis com a certeza e a segurança do direito.(...) Porém, *o Estado contemporâneo, caracterizado pela força normativa da Constituição, obviamente não dispensa a conformação das regras aos princípios constitucionais e sabe que isso apenas pode ser feito com o auxílio da jurisdição*. Não há qualquer dúvida, hoje, de que toda norma constitucional, independentemente do seu conteúdo ou da forma de sua vazão, produz efeitos jurídicos imediatos e condiciona o ‘modo de ser’ das regras.”(grifos e comentários apostos).

reverenciar de forma absoluta o dogma da separação dos poderes, demitir-se de fazer valer positivamente as garantias ou promessas expressas na Constituição⁴¹⁴.

Não. A noção de jurisdição a ser pressuposta no debate atual sobre sua legitimidade não pode estar mais comprometida com tais limitantes dogmáticos. Deve descolar-se claramente de todos estes elementos restritivos tradicionais, em claro e efetivo acolhimento do pós-positivismo, como seu elemento caracterizador primeiro⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Tal como extensamente estudado no item precedente.

⁴¹⁵ Nesse passo, é imperioso reforçar o que já foi em alguma medida adiantado na nota anterior: esta adequada prestação jurisdicional pressupõe um descolamento atual daquela prestação jurisdicional historicamente concebida como “descomprometida” com qualquer orientação valorativa política prévia – *mesmo aquela inscrita numa Constituição* –, para a manutenção de uma suposta “imparcialidade” confundida e levada às raias de uma “neutralidade” política impossível e mesmo pernicioso à democracia, numa nociva confusão estimulada pela permanência relativamente pouco questionada do dogma do juiz como mera “boca da lei”, ainda resultante remotamente do movimento de reação extremada ao Judiciário do rei e de seus apaniguados, quando da Revolução Francesa e suas subsequentes consequências históricas. É de se considerar, portanto, que aqui se pressupõe, quando se fala de prestação jurisdicional adequada, evidentemente, a superação da concepção de direito do Estado liberal e do positivismo jurídico, por meio de uma hodierna compreensão das dificuldades existentes nesta área através de visões transformadas pelo neoconstitucionalismo, visões estas que agasalhem um entendimento crítico do papel da lei e dos próprios juízes frente a um novo modo de compreender as Constituições e seus princípios. Cuida-se de atentar a idéias fundamentais para a compreensão da atual jurisdição devida, como são as sinteticamente expostas por LUIZ GUILHERME MARINONI no item intitulado “compreensão, crítica e conformação da lei. O pós-positivismo”, de sua obra de Teoria Geral do Processo: “Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe ao jurista, seja qual for a área de sua especialidade, em primeiro lugar, compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Essa compreensão crítica já é uma tarefa de concretização, pois a lei não é mais objeto [citando, no original, Luigi Ferrajoli, ‘Pasado y futuro...’, cit., p.18], porém componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado de sua interpretação, e, nesse sentido, como um novo ou outro objeto. A obrigação do jurista não é mais apenas a de ‘revelar’ as palavras da lei, mas sim a de ‘projetar uma imagem’, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível. Não há como negar, hoje, a eficácia normativa ou a normatividade dos princípios de justiça. Atualmente, esses princípios e os direitos fundamentais têm qualidade de normas jurídicas e, assim, estão muito longe de significar simples valores. Aliás, mesmo os princípios constitucionais não explícitos e os direitos fundamentais não expressos têm plena eficácia jurídica [citando, no original, V. Komesar, ‘Taking institutions seriously: introduction to a strategy for constitutional analysis’, ‘University of Chicago Review’, v. 51; Adler, ‘Rights against rules: the moral structure of American constitutional law’, ‘Michigan Law Review’, v.97, n.1.] Tal tomada de consciência é muito importante para se concluir que tais princípios e direitos conferem unidade e harmonia ao sistema [citando, no original, Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, ‘A nova interpretação constitucional’, p.29.], não dando alternativa ao juiz e ao jurista senão colocar a lei na sua perspectiva. Vale dizer que as normas constitucionais são vinculantes da interpretação das leis [cita-se, no trecho original, a seguinte passagem: ‘Segundo certas doutrinas, as Constituições não são mais que um ‘manifesto’ político cuja concretização constitui tarefa exclusiva do legislador: os tribunais não devem aplicar as normas constitucionais – carentes de qualquer efeito imediato –, mas apenas as normas que são afirmadas pelas leis. Pois bem, um dos elementos do processo de constitucionalização é precisamente a difusão, no seio da cultura jurídica, da idéia oposta, ou seja, da idéia de que toda a norma constitucional – independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo – é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos’ (Ricardo Guastini, La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano, ‘Los fundamentos de los derechos fundamentales’, p.530.]. O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como ‘conformação da lei’. Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção – e não mais de simples revelação –, confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade [cita-se em nota do original: ‘Como diz Ferrajoli, ‘formamos parte do universo artificial que descrevemos, mas contribuímos para construí-lo de forma muito mais determinante do que pensamos. Por isso, depende também da cultura jurídica que os direitos, segundo a bela fórmula de Ronald Dworkin, sejam levados a sério, já que não são senão significativos normativos, ‘cuja percepção e aceitação social como vinculantes é a primeira e indispensável condição de sua efetividade’ (Luigi Ferrajoli, Derechos fundamentales, cit., p.55-56); v. Bhagwat, Hard cases and the Evolution of constitutional doctrine, ‘Connecticut Law Review’, v. 30.].’ (MARINONI, op.cit., pp. 45-46 - destaqui).

Não é por outro motivo, então, que, como já se disse, aqui se trabalha com o pressuposto da superação de elementos centrais do conceito clássico de jurisdição atrelados aos valores do Estado Liberal de Direito (onde, no dizer de MARINONI (Id., p.28), “a generalidade e a abstração evidentemente também apontavam para a impossibilidade de o juiz interpretar a lei ou considerar circunstâncias especiais ou concretas”, porque, “como é óbvio, de nada adiantaria uma lei marcada pela

Mas esta jurisdição contemporânea deve fazer ainda bem mais do que isso. Uma noção contemporânea de jurisdição pressupõe um papel muito ativo do Judiciário na construção de condições de possibilidade de uma *convivência pacífica 'sob uma perspectiva ética'*⁴¹⁶, na sociedade contemporânea em transição, *viabilizando espaços de convivência democrática substancial*. E isso sob um certo sentido e em determinados termos pressupõe a assunção das hoje inegáveis responsabilidades políticas do Judiciário⁴¹⁷, não como protagonista ou condutor dos rumos da sociedade ou da nação,

generalidade e pela abstração se o juiz pudesse conformá-la às diferentes situações concretas”, uma vez que “isso, segundo os princípios liberais, obscureceria a previsibilidade e a certeza do direito, pensados como indispensáveis à manutenção da liberdade”) e do positivismo jurídico (que é “tributário dessa concepção [liberal] de direito, pois, partindo da idéia de que o direito se resume à lei, e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador”. (Id., p.29)).

⁴¹⁶ A essência desta expressão é de PAUL RICOEUR e será estudada e analisada alhures, mais oportunamente.

⁴¹⁷ Nesse sentido, complementa magistralmente, J.J. CALMON DE PASSOS, no mesmo estudo já referido: (...) O problema fundamental é o da definição das estruturas do Poder e da efetiva existência de instituições que assegurem participação nele e representatividade em seu exercício.

(...) Por isso mesmo o problema do Direito é, acima de tudo, um problema político, porque a ordem jurídica outra coisa não é do que o discurso do Poder. E só na medida em que participação e representação se alargarem e se fortalecerem é que o Direito se faz justo, porque resultante do discurso de um Poder Compartilhado pelo maior número.

(...) Das considerações que vêm de ser feitas, algumas conclusões podem ser retiradas.

(...) Aparentemente o cumprimento do dever do magistrado se traduz sempre em algo positivo: a efetividade da ordem jurídica, das leis a que ele jurou fidelidade. Mas na verdade essa fidelidade ao dever pode-se tornar fonte de iniquidade, se tem como resultado final a efetividade de leis que apenas traduzem a iniquidade oculta sob o discurso do Poder, na sua vocação de realizar o máximo de injustiça possível em determinado momento histórico, em determinado espaço social e no tocante a determinada sociedade política.

Nenhum juiz, portanto, estará justificado apenas porque zeloso e eficiente na exata aplicação das leis e realização da justiça que elas traduzem. Só se justificará quando exigir que as leis contenham a justiça que todos lhe postulam, para que o cumprimento das leis, cuja efetividade lhe foi confiada, se cumpra em termos de resposta satisfatória às aspirações de justiça que a sociedade política realmente espera e reclama.

A primeira desmistificação a fazer da figura do juiz e do papel do juiz é, portanto, a de revelar essa verdade chocante, mas irrecusável: o bom juiz, o eficiente juiz pode ser instrumento da máxima injustiça, quando ele, diligente e exato, aplica leis que apresentam o discurso de um Poder opressor, fechado em si mesmo, autoritário, expropriador e sem representatividade.

Segunda observação é a da necessidade de se repensar, por isso mesmo, a função judicial e o papel do juiz na estrutura do poder.

(...) E o juiz de nossos dias. Quem é ele? Quem é este juiz filho do positivismo e do formalismo jurídicos? É o juiz que vive a ideologia de que o legislador, 'a priori', na sua sabedoria e soberania, elaborou normas de caráter geral capazes de configurar escaninhos onde ele, magistrado, deve buscar a solução para todas as solicitações da convivência social.

(...) Esse juiz, mero aplicador de leis, foi aos poucos se transformando na pessoa mais dispensável socialmente no mundo moderno, porque se faz apenas um meio caminho, uma ponte entre as solicitações da vida social e a solução que lhe impôs, de antemão, o legislador.

(...) E essa neutralidade, tornada ideologia, foi aos poucos emasculando o jurista e principalmente o juiz, começando, todos nós, profissionais do Direito, a guardar também nossa consciência moral e nossa responsabilidade social no escaninho do legislador, fugindo de assumir a responsabilidade que a vida em sociedade impõe a todo o indivíduo.

(...) E o juiz, se não for um jurista, não é nada.

E o que é um jurista? É o grande generalista das ciências humanas, um homem capaz de compreender a realidade econômica, social e política em termos normativos coerentes e integrados, capaz de compreender a linguagem dos especialistas e dar unidade e sistematização ao seu discurso. É a grande ponte entre o Poder e a sociedade política, entre o dever dos que governam e as aspirações dos que são governados, mas também um dique posto entre os que pretendem oprimir e os que se recusam a ser oprimidos. Ele é esse dique porque sabe falar a linguagem da convivência social, participativa, porque entende a linguagem do Poder e é capaz de decodificá-la para, desmistificando-a, fazê-la acessível aos cidadãos e possibilitar-lhes a mobilização da resistência.

Quando o juiz não é um jurista ou quando o jurista não é o que precisa ser, quando juiz e jurista não se fazem um intermediário entre as aspirações da sociedade e a vocação opressora do Poder, esse juiz e esse jurista nada mais são do que a 'longa manus' do Poder opressor. Por mais dignos pessoalmente que eles sejam, por mais ricos e lantejoulados que se apresentem das chamadas virtudes morais, serão apenas isso: servos do Poder.

(...)

Repensando as instituições, também devemos repensar a figura e o papel do juiz.

O juiz do liberalismo econômico é o juiz 'neutro', dito terceiro desinteressado, aplicando um direito 'justo', porque expressão da legalidade. Seus valores básicos foram e ainda são: a propriedade, a autonomia privada e o respeito pelas liberdades formais.

mas como *mais um relevante partícipe*, interessado e responsável, dessa obra necessariamente coletiva (tanto do ponto de vista institucional, como social e individual).

Quer dizer, há aí a necessidade de que seja exposta uma clara identificação de compromissos atuais da prestação jurisdicional com (a) *uma consistente e concreta contribuição sua para a construção de uma sociedade mais justa e harmônica*, bem como (b) *com a realização de um papel fundamental (ainda que não único) na consolidação da democracia (representativa) e na sua evolução para outros patamares de efetivação da soberania popular (democracia participativa)*.

No que toca à *construção da convivência pacífica, sob uma perspectiva ética*, isto não significa dizer que aqui se busque conceber a jurisdição como um mero instrumento de pacificação social *no seu sentido tradicional*, que envolve uma ideia de repúdio ao conflito (e mesmo de sua negação), na tentativa irreal de se buscar a eliminação das divergências, discussões e, pois, incertezas do seio social – como hoje é pensamento corrente. Tal desiderato é incompatível com o ideal de uma sociedade plural onde naturalmente afloram divergências que devem ser toleradas, acolhidas e respeitadas, e não suprimidas à força de uma ação estatal homogeneizante do pensamento e das condutas a qualquer custo.

Pelo contrário. Aqui a ideia de prestação jurisdicional contemporânea pressupõe o reconhecimento, não só da inevitabilidade, mas do valor intrínseco do conflito para uma sociedade plural e para a manutenção sadia da diversidade.

A função da jurisdição passará a ser, assim, não mais a de buscar a eliminação do conflito, mas a de acolhê-lo como expressão legítima das diferentes formas de se ver a vida e de se interpretar as regras de conduta e princípios diretivos constitucionalmente postos. A finalidade perseguida incessantemente pela jurisdição deverá ser a de levar esse conflito a sério, para só a partir daí obter uma sempre pontual (e provisória) *pacificação social qualificada*⁴¹⁸.

O juiz do autoritarismo é um juiz engajado, doutrinado, agente do Poder e órgão de efetivação do ordenamento autoritário. Aplica um direito que serve a um fim declaradamente posto como o único 'justo'. Seus valores básicos: o Estado, os interesses que ele, Estado, representa, que podem ser os de uma classe, os de uma raça, de uma religião, ou simplesmente de uma ideologia do Poder – a segurança nacional.

O juiz do futuro será um juiz participante: nem neutro nem engajado. Não é um neutro, porque não vive a ideologia de que na lei está todo o Direito, só lhe cumprindo revelar ou detectar a vontade do legislador. Não é um engajado, porque descomprometido de qualquer ideologia oficial. Mais representativo da comunidade do que delegado do Poder. Até certo ponto, um juiz legislador, porque com poderes normativos, mas precipuamente um magistrado, visto como disciplinará, tendo em vista o embate dialético dos interesses em conflito no processo, deverá ser largamente participativo, mas submetido, em seu desenlace, aos grandes princípios postos pelo legislador maior, mandatário do povo como sociedade política global. Assim o processo se fará ao mesmo tempo jurisdicional e legislativo, pondo-se como momento intermediário entre a formulação das linhas mestras da convivência social e a exigência da disciplina das contingentes e mutáveis relações dos grupos e das comunidades no seio da sociedade política. Os valores básicos desse juiz do futuro serão uma nítida percepção da eminência da vida política, da co-responsabilidade de todos na vida social, da preeminência dos interesses gerais e do limite intransponível da dignidade da pessoa e uma exata compreensão do Poder como serviço. Será um estadista, não um burocrata. Um político em seu lúdimo sentido, não um funcionário público. Um generalista das ciências humanas, não um rábula de borla e capelo.”(op.cit. pp. 183-193 – destaques apostos).

⁴¹⁸ Não qualquer pacificação social, como deve restar claro já a partir da consideração da pertinente crítica de MARINONI ao tema (cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. (Curso de Processo Civil, vol.1). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. pp. 108-9), porquanto resta muito claro que a pacificação de que se fala aqui não é aquela obtida a qualquer custo, muito menos aquela imposta arbitrariamente, à força, mas aquela que induz a este desejável estado de ânimo final nos envolvidos nas demandas individuais ou coletivas, bem como da sociedade sujeita a esta conflituosidade inevitável, por resultar de uma atividade do Judiciário que vise à efetivação particularizada, no mundo real, dos vetores constitucionais maiores, contratados por todos, de modo a colher-se, ao final de tudo, os resultados de uma importante

Ou seja, sua função deverá ser a de obter o desate de conflitos, concebidos como naturais e úteis na democracia participativa e na sociedade plural, de uma forma que pressupõe justamente *um ouvir – de fato - o demandante em cada caso*⁴¹⁹, *o considerar e contrapor o argumento do outro*, o permitir a prova de forma ampla, o levar a sério a possibilidade dos argumentos de natureza constitucional, o ponderar acerca dos efeitos da decisão em âmbitos que transcendam o jurídico (ainda que segundo um modo de interpretação que considere integridade e coerência do Direito).

Enfim, não só o efetivamente levar a sério os conflitos, mas assim fazê-lo em todo e qualquer caso individualmente considerado, bem como no que toca à sua sempre relevante dimensão política subjacente. Tudo de forma que, mesmo eventualmente derrotado na demanda, ao menos reste ao demandante a certeza de lhe ter sido efetivamente franqueada a participação na definição nos rumos de seus interesses, de sua vida, e, em última análise, da definição sempre incessante dos contornos dos princípios e diretivas maiores que constroem a sociedade e as possibilidades de convivência democrática.

Já no que diz com o surgimento de um papel vital na consolidação e evolução da democracia (e, pois, também da cidadania), isto significa, a um só tempo, deixar claro que, como já visto alhures, o Judiciário não pode, por um lado, sob o pretexto de assumir uma “benévola” postura paternalista (mas, assim, autoritária e incabível na democracia), partir para decisionismos que ignorem e solapem a democracia representativa já instituída. Nem mesmo a pretexto de concretizar a Constituição.

Mas de outra parte, esse novo papel de contribuição efetiva para a evolução da democracia indica que ele deve reconhecer a insuficiência manifesta da democracia representativa nos moldes postos, para os tempos que correm. E, assim, *reconceber, apresentar e fornecer a jurisdição como meio de participação direta de todo e qualquer cidadão na definição dos rumos e construção dos contornos da sociedade*, precisamente através da via aberta para o questionamento do cumprimento e compreensão dos ditames constitucionais em determinadas situações concretas da vida que afetem os interesses destes cidadãos.

Surge aí *a jurisdição como instrumento permissivo do “espaço da dúvida”* (da valoração e do acolhimento do conflito salutar). Como instrumento de garantia de participação direta do povo no debate sobre os contornos dos princípios e nortes constitucionais (uma vez que, há de ser recordado, ainda que as demandas nem sempre envolvam própria e diretamente questões constitucionais, no mínimo poderão, em grande parte, envolver discussões sobre o que a decisão judicial naquele contexto específico da vida em sociedade representa em termos de realização e consonância com as diretrizes e nortes constitucionais).

atividade, legitimada também pela racionalidade e publicidade - de incessante reparação e mesmo remodulação do tecido social eventualmente esgarçado pelas contingências do viver gregário.

⁴¹⁹ Cf. R.DWORKIN, *O Império do Direito...*, op.cit., pp.3-4., sobre a relevância dos processos judiciais, que não pode ser avaliada em termos de dinheiro ou mesmo liberdade, e que alcança uma dimensão moral pelo risco “permanente de uma injustiça pública”, sendo capaz de acarretar danos mais graves quando se condena um inocente por um crime, mas, antes mesmo disso, *apto a imputar outros danos também bastante consideráveis já “quando um queixoso com uma alegação bem fundamentada não é ouvido pelo tribunal”*.

Surge uma jurisdição, a partir daí, que, neste espaço qualificado (e democrático), permite uma participação direta, potencialmente *de todo e qualquer um (aí sim, cidadão)*, em discussões que não tem alcance meramente jurídico, mas que, como se vê, em maior ou menor grau, efetivamente também possuem inegável alcance político. E isso acaba por se constituir numa forma ou numa possibilidade extraordinária de se pulverizar o poder em sentido positivo.

Em se resolvendo o caso concreto à luz dos argumentos daquele *demandante-cidadão*, é possível dar-lhe voz ativa acerca do que entende por correto para o seu caso e para a sua vida à luz da interpretação que *ele próprio* faz dos nortes constitucionais – não importa tenha razão ou não ao final. Ora, isso somado a outras decisões, tem o potencial, não só de afetar diretamente o seu caso trazido ao Judiciário, mas de eventualmente formar posição interpretativa e diretiva de outros casos e sobre o próprio conteúdo da Constituição, quanto a este aspecto particular discutido a partir daquela causa e de sua postura. E representa, assim, uma possibilidade de *intervenção direta* nos rumos da vida da coletividade e, portanto, importante forma complementar de exercício da própria *cidadania*.

Estes, pois, os contornos muito amplos e gerais de uma nova concepção de jurisdição, a ser considerada como pressuposto para a discussão de sua legitimidade atual, o que por ora se mostra suficiente para completar o aprofundamento crítico de tais categorias, como proposto ao início do ponto.

e) Conclusões preliminares: sobre um significado ampliado de legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade

Por fim, a partir destas ampliações mais verticalizadas da discussão acerca dos pressupostos do objeto da presente dissertação, parece pertinente adiantar algumas conclusões acerca de como talvez se pudesse conceber o problema da legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade, em termos mais gerais e ampliados.

Assim, em princípio e de forma geral, parece possível afirmar que legítima haverá de ser a prestação jurisdicional que *respeite as regras do jogo (procedimentos) e faça quem de direito respeitá-las; que imponha, ao mesmo tempo, sob certa medida e limites, a efetivação dos mandamentos constitucionais (preocupação substancial), inclusive corrigindo a lei (mas observando-a na máxima medida possível), se for o caso; que busque uma pacificação social qualificada, nos termos do já exposto; mas, acima de tudo, que cumpra esse fundamental papel contemporâneo (preocupação com o seu papel maior como viabilizador de uma coexistência ou de uma convivência democrática) de permitir a ampliação do acesso do cidadão ao debate de conteúdos e significados da Constituição Federal - e que, para tanto, acolha o conflito social e o tenha como oportunidade privilegiada de se descobrir o conteúdo concreto dos mandamentos constitucionais ou da lei considerada sob a constituição, ou os limites desse conteúdo, para casos e momentos específicos da realidade da vida.*

E tudo isso, veja-se, não a partir de uma ação institucional isolada e oracular, do juiz⁴²⁰, mas a partir justamente do posto idealmente na Constituição e das *distintas visões dos destinatários da*

⁴²⁰ E, diga-se, por imprescindível esclarecer, nos tempos que correm, muito menos ainda pela ação das cúpulas do Judiciário.

própria Carta política, dialética e dinamicamente apresentadas a uma discussão paritária e racional, num espaço próprio e aparelhado para o acolhimento qualificado da dúvida e das incertezas, quando considerado o caso concreto posto no mundo da vida, além dos interesses nele refletidos.⁴²¹

Mas a tudo haverá de se somar, nesse momento, mais um elemento relevantíssimo: a prestação jurisdicional assim desenvolvida será legítima não só em virtude da constatação da presença destes seus elementos caracterizadores, mas como decorrência de um processo de incremento de legitimação (legitimidade subjetiva), significativo e positivo (distintamente de uma legitimação puramente midiática ou populistamente ilusória), que acabará sofrendo. Isso por que, sob este ponto de vista, a legitimação da atividade do judiciário propriamente dita surgirá ou emanará, a partir daí, também do *reconhecimento* progressivo da importância de um tal instrumento permissivo da participação direta de todo e cada cidadão nos rumos da sociedade, bem como do *respeito* ou *respeitabilidade* angariada a partir do cumprimento rigoroso e efetivo de um papel tão relevante.

Nesse ponto seria possível citar o que diz FABIO KONDER COMPARATO no artigo intitulado "O Poder Judiciário no regime democrático", a dar respaldo a tal assertiva:

"(...) Na verdade, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) *é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se 'auctoritas'*⁴²²; *é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo*. Ora, essa característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui."⁴²³

Veja-se, portanto, o quão fundamental é superar-se a ideia de legitimação enganosa, midiática, embasada em propagandismos estatísticos ou em mero populismo judicial, que não respeita a lei, os procedimentos e a substância do contratado constitucionalmente, e que, portanto, persegue uma "respeitabilidade" ilusória e progressivamente dismanteladora da democracia (por meio da qual se contribui para que deixe de haver participação democrática e se perde uma excepcional oportunidade de fazer o sistema funcionar de forma renovada e útil a uma democracia que acresça real soberania ao povo).

Perceba-se o quanto fundamental é superar, ainda, também, a inação e as omissões conservadoras, que sob a justificativa, noutra extremo, de não se dar acolhida a posturas decisionistas ou populistas, mantém pressupostos liberais ultrapassados no que diz respeito à função e papel dos juízes, bem como da prestação jurisdicional na contemporaneidade e de sua função de construção progressiva e incansável da democracia e da sociedade contratada constitucionalmente.

⁴²¹ Isso, ainda, como forma efetiva de nortear ou redirecionar a direção alinhavada constitucionalmente para a construção de uma sociedade posta naqueles termos ideais, mas não mais a partir de meras e novas abstrações, e, sim, a partir da realidade e dos embates diretos dos interessados nessa fixação de nortes e conteúdos.

⁴²² Alerta-se que aqui este sentido parece naturalmente diverso daquele dado à expressão "auctoritas" – e invocado por C. Schmitt –, segundo o texto de GIORGIO AGAMBEN, quando discorre sobre as noções de "Auctoritas e Potestas", no capítulo 6 (pp.115-133) de sua obra "Estado de Exceção".

⁴²³ FABIO KONDER COMPARATO. *O Poder Judiciário no regime democrático...*, op.cit., p.151.

Em suma: como se vê, a legitimidade (objetiva) e a legitimação (legitimidade subjetiva) jurisdicional são faces da mesma moeda que surgem e se incrementam a partir do cumprimento de um novo papel fundamental da prestação jurisdicional contemporânea, que transcende em muito ao da mera solução dos litígios individualizados (e mesmo dos coletivos), alcançando o de acolhimento dos conflitos como coisa inerente à democracia e relevante para a sua evolução ao patamar da permissão da participação direta no poder por todo e qualquer cidadão (no sentido amplo do termo).

Como se vê, portanto, a questão da legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade periférica está firmemente entrelaçada a esta discussão sobre um novo papel da jurisdição, na sua dimensão ou faceta mais avançada. Um renovado papel que, por este prisma, é o de, *grosso modo, sempre instrumentalizar a abertura de mais um novo espaço de convivência (e de diálogo ou embate argumentativo qualificado) democrática* (nos próprios processos, sejam eles quais forem). Ou numa palavra: *o papel de instituir e instrumentalizar o espaço permanente da dúvida e da incerteza, tratada e dimensionada razoável e equanimemente para cada caso singular.*

Um espaço gerador de respostas únicas e individuais, mas que, justamente a partir disso e por isso, inclusive tenha, depois, um alcance também pedagógico e norteador de outros casos em sociedade, tanto endogenamente (para o próprio Judiciário, no concernente ao trato de outras demandas – ainda que cada caso seja único e irrepetível), quando exogenamente (na convivência entre instituição e cidadãos, com outras instituições ou na relação cidadãos-cidadãos fora dos processos judiciais).

Isso deságua, por sua vez, numa jurisdição, assim concebida, com potencial de ser fonte de orientação inicial apta a contribuir para uma crescente *educação cidadã*, bem como com a criação ou ampliação de uma *autonomia* dos entes sociais, indivíduos, entidades, instituições, etc, cada vez maior, auxiliando para que todos se tornem mais rapidamente aptos à gestão completamente autônoma de suas vidas e dos seus próprios conflitos, mesmo em países periféricos ou emergentes submetidos às agruras das graves diferenças sociais, econômicas e educacionais hoje vigentes.

Claro, nesse passo sempre pode retornar o fantasma da incerteza e da insegurança jurídica, inculcado pelos longos anos de apego aos dogmas liberais, quando se acolhe o novo paradigma da abertura confiante do espaço do questionamento pela via da jurisdição. E aí, sempre se poderá questionar: mas e a lei? Que papel tem nessa realidade? Passa a ser um mero indicativo de comportamentos apenas desejáveis (nunca exigíveis), uma norma de conduta mais friável do que nunca a questionamentos de toda a ordem, posta à disposição dos juízes ou do melhor argumento de ocasião para o seu descumprimento? Ora, evidentemente que não.

A *lei* continua a ser norte, baliza básica e determinação vinculante. O judiciário não age por discricionariedade. Tem obrigação de cumprir e fazer cumprir a lei, até como elemento básico da manutenção da democracia representativa e do devido respeito às maiorias formadas no jogo político ordinário dos representantes populares. Mas tem também o dever de *interpretá-la* (de modo fundado racionalmente e expresso publicamente, com recurso a técnicas que guardem a integridade e coerência do direito) no caso concreto e à luz dos conteúdos e vetores constitucionais, para viabilizar a realização ampla dos outros elementos formativos de uma *democracia constitucional em sentido amplo* e contribuir para a formação de uma *soberania popular verdadeiramente participativa*.

O que ocorre, em verdade, é, a par dos cuidados já referidos, que a interpretação não pode e não deve ser feita sem a contribuição dialética do encaminhamento das questões pelas *partes*. Não deve tolher o espaço da discussão ou do debate entre os **demandantes-cidadãos**, por presumir já decidida e intocável determina espécie de questão, ou inaptos os demandantes àquela discussão que envolva elementos políticos ou complexidades inerentes a estas discussões.

Enfim, perceba-se: o que de mais relevante se propõe aqui é *reconsiderar o valor intrínseco, para fins também políticos, da participação direta dos demandantes-cidadãos nesse processo de aplicação da lei e da Constituição aos casos concretos*, como expressões da compreensão dos conteúdos substanciais garantidores da convivência na realidade da vida, para além do enfoque puro nos interesses particulares envolvidos em todo e cada processo.

Este é um aspecto fundamental na atual verificação da legitimidade da prestação jurisdicional em países e democracias periféricas da contemporaneidade.

O *direito de ser ouvido* é sagrado, nesse contexto. E o *contraditório*, por sua vez, assume ainda maior envergadura. Não é só mais uma garantia processual, do devido processo legal, da ampla defesa etc. O contraditório, no seu sentido mais amplo, é, assim, uma *garantia da democracia*. É um instrumento viabilizador de uma prestação jurisdicional que se origina e se resolve a partir do conflito social, do embate salutar entre as distintas concepções ou visões das partes acerca da lei e do ordenamento como um todo, e que, portanto, *viabiliza uma verdadeira participação direta dos indivíduos na construção dos conteúdos constitucionais* - e, pois, da sociedade que se contratou ter e que constantemente se repactua construir -, bem como dos rumos da coletividade e dos ajustes e redirecionamentos necessários do que se programou na Constituição Federal *a partir da vida mesma acontecendo*.

De resto, se ainda assim remanescer uma sensação de insegurança visceral, pelo simples fato de se ter juízes dizendo o que é ou não é em cada caso, mesmo que se assevere que não se pode permitir a discricionariedade judicial e que se parta da premissa que são *as partes* (como *demandantes-cidadãos*) que devem trazer suas visões ao juízo, assegurando-se-lhes todos os meios para uma séria e efetiva contraposição de suas concepções, só restará sugerir leituras como a da obra "La incertidumbre democrática - ensayos sobre lo político", de Claude Lefort, que revelem que um certo grau de incerteza é inerente à democracia. *Não se pode prever tudo rigidamente, se a pretensão é a de dar espaço para o crescimento de autonomias*. Assim é no âmbito político, tal como é nas relações de convivência pessoal.

Aliás, no sentido de demonstrar pragmaticamente essa realidade, talvez fosse útil uma analogia com a situação do pai extremoso, no âmbito da convivência familiar, na criação de seus filhos: protesta a autoridade paterna pela ordem extrema, conflita com a prole quando age de forma diversa daquela estatuída em roteiro prévio, supostamente para a realização de seu bem-estar, num cronograma de atividades racionalmente pensado e fechado em torno desse objetivo maior idealizado. No entanto, já naquele âmbito restrito das limitadas relações familiares entre pais e filhos, a realidade da vida não é essa, da previsibilidade absoluta e da possibilidade da ordem extrema. A certeza absoluta acerca de tudo, o cumprimento milimétrico dos planos e programas, concebidos a partir de uma

racionalidade supostamente superior, muitas vezes não conduz ao atingimento dos objetivos engendrados pela autoridade planificadora (ainda que “paternalmente benévola”). E, não raro, sufoca e até mesmo impede o desenvolvimento e o exercício devido das autonomias. A realidade da vida, mesmo no âmbito restrito da vida privada e familiar, é a de um certo “caos”, minimamente orientado em alguma pouca medida pela ação humana; é a da realidade da natural tendência à entropia.

E, para prosseguir um pouco adiante na analogia proposta, tem-se que os filhos, acaso os pais acabem tendo relativo êxito na realização do papel devido em sua criação, acabam por ensinar tal realidade aos pais, no contexto da vida vivida. Acabam por desenvolver razoavelmente bem sua identidade, sua personalidade, suas potencialidades humanas enfim, mesmo nesse ambiente de apenas relativa ordenação. E é precisamente isto que permite que cresçam e ganhem autonomia como jamais seriam os pais capazes de programar e de lhes ensinar.

Ora, assim se dá na vida privada, na esfera das relações e da convivência familiar, como também se dá na esfera das relações sociais mais amplas, e mesmo no âmbito da convivência politicamente ordenada. Há uma incerteza inerente à vida, e à vida de relação principalmente, que é insuperável, a não ser (ilusoriamente) pela adoção de um (afinal nocivo) arbítrio redutor das possibilidades. Por isso, certeza absoluta é incompatível com democracia. Regras fechadas, sem interpretação casuística e dotadas de certa flexibilidade, são incompatíveis com a democracia.

Logo, assim como se deve acolher o conflito, *se deve acolher a incerteza* (ao menos uma relativa certeza, mediada por uma relativa ordenação das coisas, mas com flexibilidade para correções e adaptações), ou ao menos o *espaço para o trato da incerteza*, como coisa produtiva e inerente à democracia. Como coisa da vida e da construção saudável das relações humanas. E nesse passo é que pode surgir a jurisdição contemporânea, também como instrumental garantidor da contribuição da realização da democracia participativa por esta relevante via complementar, sendo de se considerar destacadamente, portanto, esta nova função para se compreender finalmente a problemática da legitimidade contemporânea desta atividade estatal.

Deriva disso tudo a necessidade de se repensar como encaramos as questões do TEMPO na prestação jurisdicional, do ESPAÇO das DIFERENÇAS (e, pois, do tratamento dos inevitáveis conflitos que neste espaço plural haverão de necessariamente se dar) e da aplicação da RAZÃO nesta seara, para que seja possível prosseguir numa discussão mais aprofundada sobre a legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade. Isso por que, como já foi dito e a essa altura já deve estar muito mais evidente, o trato destas categorias (da legitimidade, da democracia e da jurisdição) pressupostas na ordinária discussão da legitimidade jurisdicional atualmente levada a efeito, bem como, desta própria discussão, está muito longe de ser realizado nos termos do ora apresentado.

Para tanto, fixadas estas impressões iniciais sobre o tema, é que se passa ao exame, no próximo capítulo, de como essa restrição no debate acerca da legitimidade da prestação jurisdicional até aqui examinada se reflete, de forma aplicada e contundente, sobre a realidade da jurisdição cotidiana e da administração da justiça – para só posteriormente se retomar a discussão dos elementos restritivos, considerados de forma mais específica, e das medidas ampliativas a serem contrapostas a essa visão redutora do tema.

CAPÍTULO III -

EFEITOS DELETÉRIOS DA RESTRITIVA DISCUSSÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ATUAL E CONTEMPORANEIDADE: A REDUÇÃO DE PAPEL FUNDAMENTAL E A PERDA DE POTENCIAIS ESPAÇOS DE CONVIVÊNCIA DEMOCRÁTICA.

Após a ampla demonstração da restritiva compreensão da legitimidade da prestação jurisdicional vigente no debate contemporâneo sobre o tema, é relevante abrir espaço para abordar criticamente os *importantes reflexos práticos* desta visão deficitária do problema. Só assim restará atingido o propósito de bem comprovar o quanto é urgente e necessário se retomar este debate em bases mais amplas e críticas. Só assim será demonstrado quanto prejuízo já houve para as possibilidades contemporâneas da atividade jurisdicional e de sedimentação e evolução da democracia nos países periféricos ou emergentes - e o que mais ainda pode estar por vir em termos de danos nesta área, acaso os rumos das discussões e práticas afetas ao tema não se modifiquem.

Como a problemática é complexa e já foi abordada de forma mais larga no capítulo anterior, opta-se, para este fim específico, por apresentar uma visão mais sumária a seu respeito, que se guie apenas pela consideração dos vetores da contemporaneidade neste tema.

Para tanto, são abordados os reflexos práticos das tentativas de supressão do tempo, de redução do espaço das diferenças e de manutenção da racionalização simplificadora no trato da prestação jurisdicional cotidiana e da administração da justiça no Brasil – o que provavelmente acabará por ser representativo de pelo menos parte das dificuldades análogas vivenciadas também por democracias periféricas ou emergentes similares.

Por fim, a partir destas bases serão realizados os pertinentes exames críticos destes pontos no que tange à sua conexão com a questão da legitimidade da prestação jurisdicional contemporânea, tudo resultando na concreta *demonstração e advertência* quanto a uma *progressiva redução da relevância da atividade de prestação jurisdicional na atualidade*, bem como em relação a uma *persistente supressão de potenciais espaços de convivência democrática*.

1. Do problema das tentativas de *supressão do tempo*: “*presentificação*” do mundo e desvios em busca de legitimação da prestação jurisdicional

a) Introdução geral ao problema: o tempo “fora dos eixos” do humano e a “presentificação” do mundo: Como já se examinou oportunamente, os vetores da supressão do tempo e do espaço, animados pelo persistente paradigma da racionalização simplificante⁴²⁴, dominam a contemporaneidade.

⁴²⁴ Cf. MORIN, *Introdução ao pensamento complexo...*, op.cit., p.15 e ss. (e, mais amplamente, sobre o que chama de “paradigma da simplificação”, pp.11 e ss.), para a questão da racionalização, e item 2 do capítulo anterior, para o restante.

Nesse sentido, corroborando essa premissa já assentada neste estudo, as observações de CAPELLA

A mundialização já é um fato; materializou-se em muito poucos anos. Deixa de haver fronteiras para os fluxos financeiros, de bens e de serviços, e estes fluxos são incessantes. Estabelece-se também a globalização das comunicações, tanto no sentido da circulação mundial dos conteúdos de consciência como, mais basicamente, no da eliminação de redutos imunes à ação social externa.

A mundialização significa antes de tudo interdependência. A ação social se entrelaça globalmente, e as conseqüências da intervenção humana resultam crescentemente distantes e labirínticas. *A mundialização impõe uma nova estruturação do espaço e das distâncias, por uma parte, e do tempo, por outra. Certos processos são agora, paradoxalmente, ‘simultâneos’ em todos os rincões do planeta: em todos produzem efeitos ao mesmo tempo* [cita-se: GIDDENS, ‘Sociología’, Alianza, Madri, 1996, cpa. XVI, ‘La mundialização de la vida social’.]⁴²⁵.

Certos efeitos deletérios da prevalência de tais vetores da contemporaneidade nas relações sociais e políticas atuais, também já foram indicados. Os reflexos da adoção de critérios de legitimação, centrados numa ótica puramente funcionalista e pautada pela mera eficácia das ações, como norte das condutas individuais e institucionais em sociedade, são exemplo disso.

Todavia, para além do surgimento de uma força resultante da consorciação destes vetores, que é distorsiva destes critérios de legitimação das condutas necessárias à convivência e dos atos de poder, o que importa destacar aqui é que tais efeitos deletérios acabam por ter resultados muito concretos e nocivos sobre nossas vidas quotidianas e sobre as possibilidades de convivência atual. Não se trata, pois, de teorizar sobre meras abstrações, mas de perceber e compreender a ocorrência de eventos reais da atualidade, materializados e capilarizados em nossa vida diária de relação.

E tudo isso se torna melhor evidenciado quando o foco da investigação é dirigido de forma mais específica para a questão da renitente *intenção contemporânea de supressão do tempo* nas relações humanas de convivência, buscando-se verificar os resultados concretos de uma tal orientação de conduta.

Para uma melhor compreensão do significado desta intenção contemporânea específica, considere-se, então, o que sobre ela refere FRANÇOIS OST, invocando a figura do “tempo fora de seus eixos”

‘O tempo saiu de seus eixos’: a exclamação de Hamlet poderia introduzir nosso propósito e sugerir alguma coisa do espanto suscitado pelas mutações de nossas representações mais atuais, o tempo social. De fato, *tudo se passa como se tivéssemos nos soltado do eixo diacrônico que reata o presente ao passado e ao futuro, e que nosso presente, infinitamente dilatado, ocupasse doravante, qualquer espaço disponível. Seria o reinado do instante, ou antes, o da eternidade*. Ninguém sabe com exatidão. Uma coisa é certa: *este tempo* não é mais o da duração da expectativa, do projeto paciente e da longa memória. **Radicalmente acelerado, ele é remetido do longo prazo ao curto prazo e, deste, ao imediato. Ele se anuncia, daí em diante, em ‘tempo real’, ou seja, sobre o eixo da simultaneidade absoluta, sem distância e sem exterioridade (ao ‘mesmo tempo’). Nele, todos os tempos se misturam, as sucessões se confundem e as continuidades tornam-se aleatórias: entramos na era do efêmero eterno.**⁴²⁶

⁴²⁵ CAPELLA, *O fruto proibido*....,op.cit. pp.237-8 -destaquei.

⁴²⁶ FRANÇOIS OST, *O Tempo do Direito*...op.cit., p.327 – destaquei.

Trata-se de um fenômeno que o mesmo jurista e filósofo francês qualifica de “ameaça de destemporalização”⁴²⁷, que poderia ser representado por algumas figuras básicas mais específicas recortadas por aquele estudioso do quadro da realidade atual, dentre as quais se destaca aqui a da *supervalorização do presente* (ou, nas palavras de Ost, da “vertigem da entropia”⁴²⁸), tudo gerando “uma cultura do eterno efêmero”⁴²⁹ e um viver num “Estado de urgência permanente”⁴³⁰, numa espécie de progressivo desconectar entre o “passado” e o “futuro” humanos.

⁴²⁷ OST, *O tempo do direito...*, op.cit., p.25, para a expressão. Para um resumo, ver “prelúdio” da mesma obra, p.21 e seguintes, onde estão destacadas e explicitadas as quatro “figuras da destemporalização” recortadas por Ost do quadro da contemporaneidade, a saber: 1. “A nostalgia da imortalidade” (que poderia ser traduzida por uma *ideia de negação ou recusa da mortalidade*); 2. “A vertigem da entropia” (que poderia ser traduzida por uma *ideia de supervalorização do presente*); 3. “A tentação do determinismo” (que poderia ser sintetizada como sendo uma *noção de valorização de um pensamento único*); 4. “O risco de discronia” (que poderia ser simbolizado pela *noção de incremento da dificuldade de regulação dos diversos tempos necessários para as diferentes práticas em sociedade, com a tensão gerada pela consideração de um tempo único, o da imediatidade e urgência*). Para uma melhor contextualização de tais figuras de (ameaça de – cf. p.16, op.cit.) destemporalização e explicitação de uma busca por “retemporalização” proposta por Ost, a partir das figuras correspondentes e passíveis de contraposição às ditas “patologias” socio-temporais atuais citadas, é de se atentar às noções de *perdão e promessa*, bem como de *memória e questionamento*, além do fio condutor da tese de Ost quanto às relações entre tempo e direito, considerando a estrutura e proposição básicas de seu escrito e funcionalidade destas figuras de contraposição no tempo : Memória – ligar o passado; Perdão – desligar o passado; Promessa – ligar o futuro; Questionamento – desligar o futuro. Para tanto, o seguinte excerto introdutório da obra é esclarecedor: “*Ligar e desligar o tempo*: este livro origina-se deste projeto; não há nenhuma outra ambição além de refletir a contribuição do direito para esta justa medida que torna livres os cidadãos e harmoniosas as cidades. Igualmente, é sobre uma **medida em quatro tempos** que se toca esta partitura. **Lado do passado**: a memória e o perdão; **lado do futuro**: a promessa e a retomada da discussão. A **memória** que *liga o passado*, garantindo-lhe um registro, uma fundação e uma transmissão. O **perdão**, que *desliga o passado*, imprimindo-lhe um sentido novo, portador de futuro, como quando ao término de uma reviravolta de jurisprudência o juiz se liberta de uma linhagem de precedentes tornados ultrapassados. A **promessa**, que *liga o futuro* através dos comprometimentos normativos, desde a convenção individual até a Constituição, que é a promessa que a nação faz a si própria. O **questionamento**, que em tempo útil *desliga o futuro*, visando operar as revisões que se impõem, para que sobrevivam as promessas na hora da mudança. Este livro procede à exploração sistemática desses *quatro tempos, que são como os quatro pontos cardeais do quadrante temporal*.” (OST, op.cit., p.17 – destaquei). E, por fim, a advertência ainda esclarecedora do modo pensado de funcionamento do esquema exposto, no sentido de que esta “dialética temporal” opera no presente e, principalmente, de que “nenhuma delas é suficiente” por si mesma, havendo, mesmo, necessária interpenetração entre elas: “Memória, perdão, promessa, questionamento: quatro categorias tanto normativas quanto temporais. Cada uma delas traduz, a seu modo, uma dimensão de temporalização normativa que buscamos, cada uma exprime uma faceta da insituição jurídica de um tempo portador de sentido. Contudo, sob três condições, pois todas insistem na necessária interação destas categorias (ainda a ‘temperança’). (...) [1] cada uma destas dimensões é uma *condição necessária* da temporalização bem sucedida, **nenhuma é uma condição suficiente**. Exatamente ao contrário: tomadas isoladamente e absolutizadas, memória, perdão, promessa, e questionamento engendram destemporalização e violência. (...) [2] a **dialética temporal** de que aqui se trata **opera no presente**, o presente sendo a tarefa cega de todas as operações de ligação e de desligamento do tempo, de memorização e futurição. (...) [3] não é suficiente dizer que memória, perdão, promessa e questionamento estão comprometidos nas relações dialéticas, como se se tratasse de dimensões religadas, mas todavia, ainda separadas. É preciso ir mais longe e mostrar que **é no próprio seio de cada uma delas que a dialética opera**: há muito de esquecimento na memória e muito de memória no perdão; do mesmo modo, há muito de indeterminação na promessa e muito de fidelidade na revisão.” (Ibid., p.18-destaquei).

⁴²⁸ Id.,ibid., p.27 e ss.

⁴²⁹ Leciona OST: “‘O império do efêmero’: é assim precisamente que o sociólogo Lipovetsky qualifica nossas sociedades do tempo real, devotados à volatilidade do tempo e à variabilidade dos modos [cita-se LIPOVETSKY, G. ‘L’Empire de l’éphémère. La mode et son destin dans les sociétés modernes.’ Paris: Gallimard-Folio, 1987.]. *Nossas sociedades, explica ele, tornaram-se sociedades de moda, indexadas a uma nova orientação da temporalidade, aquela que, desde sempre, caracteriza a moda: o presente*. No mundo inteiro se desenvolvem os ‘fenômenos de interesse e a lógica da inconstância’, pelo mundo inteiro manifestam-se o gosto e o valor pelo novo: ‘são normas flutuantes, incessantemente reatualizadas, que nos socializam e guiam nossos comportamentos’. *Vivemos, então, uma formidável inversão temporal que nos teria simultaneamente desligado da potência integradora do passado e distanciado da capacidade mobilizadora do futuro (o projeto): o nosso universo é aquele dos programas curtos, das mudanças perpétuas de normas e estímulos para experimentar, sem atingir qualquer sugestão nova*.”

O político e o econômico privilegiam, desde então, a flexibilidade sobre o longo prazo, a pilotagem à vista sobre a prospectiva – desde que estamos ‘em Estado de urgência permanente’. Emancipando-se de qualquer herança, nossas sociedades ‘constituem-se em sistemas quase experimentais’, exercitando-se em ‘auto pilotar sem um modelo preestabelecido’”. (Op.cit, pp.329-330- destaquei).

⁴³⁰ Diz OST, quanto ao ponto: “Os dicionários atestam: ‘urgência’ – o que pressiona, o que não pode esperar, um termo que só aparece a partir do século 18 e que só se dissemina verdadeiramente a partir do século 20. Seu contexto de aparição é

Noutras palavras, cuida-se de uma *presentificação da vida e do mundo* onde “a sucessão do dia e da noite (tempo cronológico) e a articulação vivida do passado, do presente e do futuro (tempo histórico) são como que absorvidos num ‘dia infinito’, um ‘presente eterno’, que é aquele do ‘instante dilatado’ da comunicação interativa”⁴³¹, num conseqüente “desligamento” entre tempos com o potencial de acarretar uma “desrealização”⁴³² do mundo e dos corpos”. Enfim, “a atualidade tornada soberana” – só interessa o que se passa no momento –, que assim “desrealiza (...) tanto o passado, mesmo próximo, quanto o futuro, sempre incerto.”⁴³³

O resultado concreto desta postura e deste ideário: não uma verdadeira e impossível supressão do tempo cronológico, obviamente, mas a *supressão do tempo humano* na vida de relação (isto é, de seu *sentido humano instituinte*). Ou melhor ainda: uma *desumanização do tempo no campo social*, que desagrega e dificulta o viver em comunidade, restringindo as possibilidades de realização de uma convivência social mais harmônica na contemporaneidade, malgrado o crescimento econômico e o desenvolvimento científico e cultural supostamente atingidos por boa parte da humanidade hoje.

Os exemplos práticos destes perniciosos efeitos sobre as vidas da modernidade presente são candentes, invocando-se, a título exemplificativo, aqueles fornecidos pelo próprio OST, sendo o primeiro, extraído da área da economia

Que a economia seja marcada pela aceleração do tempo, ficaremos persuadidos com facilidade invocando o ‘cassino planetário’, formado pelas diferentes praças bolsistas interconectadas e funcionando agora, em tempo real, dia-a-dia. Este enredamento dos mercados financeiros, amplamente livres das regulamentações nacionais, tem, como efeito multiplicador, em proporções vertiginosas, *a massa e a velocidade de circulação dos capitais especulativos, desconectados das operações de produção e de consumo reais, das economias materiais e dos ativos bancários concretos. Uma economia virtual, especulativa, transnacional e imprevisível se desenvolve, ali, livre do presente e do concreto e, contudo, gerador de lucros fabulosos.*

*Desta especulação resultam vários efeitos nefastos para a reprodução do elo social*⁴³⁴: *a dificuldade acrescida por estes que investem na economia real para antecipar a ação, o desencorajamento dos investimentos produtivos; a destruição de empresas e empregos, contudo, produtivos, devido a*

medicinal: fala-se do ‘atendimento de urgência’ do hospital, aquele onde se impõe uma inversão ‘imediatamente’. A urgência, então, remete, em princípio, a um estado de coisas excepcional: a gravidade de uma situação íntima para que aja imediatamente, se for preciso, à margem ou mesmo em violação dos processos ordinários. Há perigo na demora, e como se diz, nesses casos, necessidade (urgência, dita a lei). Então a urgência conota simultaneamente uma ideia de inquietação face ao risco grave e iminente e uma ideia de transgressão a respeito das instituições e das maneiras de fazer habituais. Logicamente, um registro como este deveria, pois, permanecer tão excepcional como as necessidades às quais pretende fazer face. *E, contudo, podemos arriscar a hipótese, como Zaki Laïdi, de que, doravante, a urgência não se constitui mais numa categoria extraordinária, mas, antes, ‘uma modalidade temporal de ação em geral’.*” (Op.cit., pp.331-2 – destaquei).

⁴³¹ OST, *O tempo do direito*..., op.cit., p.328.

⁴³² Expressão que talvez pudesse ser substituída, em nossa língua, com alguma vantagem, por algo como “ficcionalização”.

⁴³³ Id., *ibid.*, pp.328-9.

⁴³⁴ Cf. MICHEL ONFRAY (*A política do rebelde: tratado de resistência e insubmissão*. Trad. Mauro Pinheiro. Rio de Janeiro: Rocco, 2001, pp.99-100), a este respeito, de forma ainda mais incisiva: “De modo que a economia, dentro do nosso sistema capitalista global, é duplamente canibal: privando os escravos de suas existências, mas também tornando frágil, precária, senão caduca sua própria essência, inteiramente alienada na hipótese de precissão em direção do Ser-Bem, do qual estão excluídos para sempre. Após as revoluções industriais e tecnológicas, é preciso encarar a revolução cibernética e informática. No século passado, onde a exploração podia ser rastreada, acompanhada por um cartógrafo como Marx, existem apenas ‘ersatz’, angares desertos, fábricas vazias, oficinas abandonadas. Descentralizações, deslocalizações, desterritorializações diria Deleuze, as instâncias que tornam possível a repartição desigual das riquezas são invisíveis, inapreensíveis, apenas assinaláveis pelos fatos e danos suscetíveis de serem às vezes registrados: um indivíduo fazendo fortuna, outro falindo, uma sociedade anônima surgindo aqui, uma região massacrada ali e, sempre a maior parte mantida na miséria, sofrendo e se submetendo aos efeitos dos fluxos monetários. Semelhante ao Deus dos teístas, o capital flutuante não aparece nunca, mas sempre como encarnação, o efeito produzido, a obra.”

mudanças imprevisíveis em seu meio ambiente financeiro; a desqualificação no comportamento, no esforço e no trabalho, a longo prazo, em prol do dinheiro ganho rapidamente nos lances de pôquer bolsistas; e, finalmente, o questionamento do laço que se pode estabelecer entre produção e remuneração, trabalho e sentido, ética e riqueza.

*Ainda no capítulo econômico, sublinharemos o novo imperativo categórico que se impõe à empresa: a gestão em 'fluxo tenso', a norma do 'justo a tempo', a regra da flexibilidade máxima. Para dar lucro, trata-se de abreviar a duração de cada operação e acelerar a rotatividade dos recursos: é a regra do 'justo a tempo', que se aplica agora também ao comprometimento da mão-de-obra, que utilizaremos justo o que é preciso e que dispensaremos ao menor sinal de alteração da agenda de encomendas.*⁴³⁵

E prossegue OST, tomando o segundo exemplo de efeitos nocivos das urgências do novo tempo social não-humano, “de empréstimo ao domínio da política internacional, mais particularmente à questão das guerras, tema tabu que aparece em nossas sociedades lúdicas e aparentemente consensuais”, e à questão das ações humanitárias internacionais:

*Em que se transformaram as Guerras modernas, pelo menos aquelas que travam as potências? A Guerra do Golfo, dita 'cirúrgica', serve aqui como arquétipo: quer-se confrontos breves, até mesmo instantâneos, eficazes, limpos e sem derramamento de sangue. Como se tudo devesse se passar num universo virtual, a exemplo dos 'war games' e jogos de computadores de nossos filhos. Quanto à ação humanitária internacional, que muito freqüentemente assume papel de substituto de uma política estrangeira e uma ajuda ao desenvolvimento carente, é marcada por sua vez – contra sua vontade -, pelo signo da urgência e pelo curto prazo: como se incapazes de erigir uma solidariedade internacional duradoura, que nós condenamos a reagir ao ritmo de nossas emoções, quando as imagens de fome ou de genocídio, que nos inundam na hora do telejornal da noite, são verdadeiramente demasiado insuportáveis.*⁴³⁶

Ora, mas se para as relações humanas e a construção de um sentido de convivência em bases éticas, ou pelo menos em bases previstas constitucionalmente (num substancialismo ético mínimo), isso tudo acaba por se mostrar, ao final, como algo extremamente deletério, como demonstrado, não parece possível haver dúvida de que, por consequência, também para o Direito assim seja. E naturalmente incluem-se no problema, desta forma, as questões mais viscerais atinentes ao Direito Processual, como é o caso da problemática da prestação jurisdicional na democracia.

b) Reflexos negativos da tentativa de supressão do tempo sobre a prestação jurisdicional contemporânea: os “desvios em busca de legitimação” da jurisdição nas democracias periféricas: Na sua consequência e expressão mais aguda, essa corrida pela rapidez gera, então, a criação de um fenômeno, peculiarmente aguçado na contemporaneidade, que talvez possa ser caracterizado pela incessante produção e tomada de “desvios em busca legitimação”, quando do pensar e do realizar a prestação jurisdicional (seja no âmbito da prática forense propriamente dita, seja no âmbito da administração da justiça em geral).

Tais “desvios” dizem respeito a um perder de vista o papel fundamental da prestação jurisdicional no contexto do pós-positivismo, principalmente no âmbito das periferias democráticas contemporâneas⁴³⁷, bem como a um menoscabar sua nova função de consolidar e ampliar a

⁴³⁵ FRANÇOIS OST, *O Tempo do Direito...*op.cit., pp.332-3 – destaquei.

⁴³⁶ Id., *ibid.*, pp.333-4 – destaquei.

⁴³⁷ Embora o fenômeno não seja exclusivo das periferias, como revela o noticiado pelo estudo de M. TARUFFO (“Cultura e Processo”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Marzo 2009, Anno LXIII, n.1, Giuffrè Editore, pp.63-92), que, ao mencionar pesquisa sociológica realizada no ano de 2006 na Itália, sobre a imagem da magistratura [citando: Cf. GHEZZI-QUIROZ VITALE, *L'immagine pubblica della magistratura italiana*, Milano, 2006.], revela que a opinião pública tem uma imagem negativa da justiça civil italiana por considerá-la, lenta, ineficiente e burocrática: “Da questa ricerca

democracia. E na expressão mais concreta desta perda de perspectiva, referem-se, ainda, à verificação de uma ânsia pela tomada de atalhos que promovam a celerização absoluta da solução das demandas, até que (utopicamente) se atinja o mesmo ponto de presentificação das relações humanas atuais e, mais do que tudo se obtenha, assim, uma “legitimação” *meramente pragmática* da atividade jurisdicional, por atendimento dos reclamos generalizados por urgência como regra maior do decidir.

Sob a influência deste vigoroso fenômeno de tentativa de supressão do tempo que invade também a esfera da atividade judicial, bem como da resposta estatal⁴³⁸ e institucional de adoção da prática dos “desvios em busca de legitimação”, o Judiciário passa a operar com foco demasiado estreito na finalidade de apenas - ou mais do que tudo - buscar esta espécie de justificação perante a sociedade contemporânea. E o que é mais dramático: de forma acrítica, exclusivamente pelos parâmetros ou critérios vigorantes (a partir de um certo senso comum a permear o ideário da contemporaneidade) de mensuração de uma eficiência puramente funcionalista de sua atividade-fim e razão de ser⁴³⁹.

[sociológica] risulta che *l'opinione pubblica ha un'opinione tendenzialmente* – ma non drammaticamente – *negativa della giustizia civile, soprattutto a causa della sua lentezza ed inefficienza, e del prevalere di meccanismi burocratici*. Quanto alla figura del giudice, nella percezione sociale prevale l'immagine del giudice burocrate, funzionario dello Stato, ma – in modo abbastanza non coerente – emerge anche l'immagine di un giudice non neutrale, influenzato principalmente da fattori di carattere ideologico, ma che tuttavia, svolge anche un ruolo di garanzia, ossia di difensore della giustizia. (...) *L'immagine è dunque quella di un servizio offerto dallo Stato attraverso suoi funzionari, che – come molti dei servizi pubblici in Italia – è inefficiente a causa di lentezze e di formalismi burocratici*. La valutazione parzialmente positiva che l'ambiente sociale ha del giudice non serve però a rendere generalmente positiva una *percezione sociale che è chiaramente orientata in senso negativo*.” (op.cit., pp.91-2- destaqui.). E nesse sentido o noticiado por jornal italiano de grande circulação, em época relativamente recente, dá conta de que desvios de legitimação, aparentemente similares aos verificados nos países periféricos, também se verificam na Itália. Diz a edição *on line* do jornal “Corriere della Sera”, de 20/01/2010, o seguinte: “Processo breve, via lebera dal Senato: La legge sul cosiddetto ‘processo breve’ ha ricevuto il via libera dall’aula del Senato. Il provvedimento è passato con 163 voti a favore, 130 contro e con 2 astenuti. Il testo passerà ora la vaglio della Camera. (...) Conseguenze per i cittadini: ‘Non siete stati capaci di dimostrare che questo provvedimento non avrà conseguenze per i cittadini – ha invece evidenziato la capogruppo del Pd, Anna Finocchiaro. -- Sateranno molti processi e non sarà fatta giustizia’. La Finocchiaro ha ricordato il precedente della legge ex Cirielli che fece schizzare verso l’alto il numero delle prescrizioni.”. A questão é que nas periferias democráticas, como visto alhures, um novo papel do Judiciário, no sentido de contribuir com o fortalecimento de uma democracia constitucional e evolução para uma democracia fortemente participativa (e que se perde progressivamente com este ceder ao tempo das urgências e das presentificações), é ainda mais fundamental, por tudo o que já se referiu no capítulo anterior.

⁴³⁸ Como se verá, o fenômeno envolve e atinge não só o Poder Judiciário como instituição, mas envolve respostas do próprio Legislativo no sentido de agasalhar a presentificação do mundo. Assim, tudo contribui para um lançar-se à corrida pela urgência: os apelos midiáticos que encontram eco, e pouca análise crítica, numa sociedade já envolvida pela ideia de presentificação da vida e do mundo; as respostas do Legislativo, extremamente sensível a pressões desta espécie; as respostas dos órgãos de controle externo e interno do Poder Judiciário, postos em concorrência às posturas do Legislativo, por também comprometidas em maior medida com a ideia de fornecer agasalho imediato (operando no interior de um “paradigma de simplificação”) a tais reclamos; a postura dos Tribunais e dos juízes de primeiro grau, que submetidos ao acúmulo destas múltiplas pressões, por maneteados normativamente ou incapacitados de entrever o progressivo desvio de foco da atividade jurisdicional para um papel menor e destoante daquele que seria o desejável e necessário à consolidação e construção da democracia nas sociedades contemporâneas de países democráticos, simplesmente cedem ou sucumbem a elas, impotentes de fazer valer sua real independência funcional, tanto no campo político, como naquele de cada decisão judicial individual tomada nos processos (não só porque acabem afinadas com este ideário de efetividade quantitativa ou de celeridade desmedida, mas por que acabem por não se definitivizarem para o caso concreto, mercê de reformas, ou por que acabem se tornando decisões impossíveis de produção ante a “racionalização” demasiada do sistema que sobrecarrega magistrados com um número de processos que não permite mais que se dê o devido tempo do processo a todos os processos).

⁴³⁹ Nesse sentido, exemplar é o contido no seguinte artigo, de lavra de Desembargador estadual (“Gestão pela qualidade é solução para morosidade dos processos judiciais”, por Marcelo Guimarães Rodrigues), publicada no site eletrônico Consultor Jurídico em 12/05/2009 (Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2009-mai-12/gestao-qualidade-solucao-morosidade...>](http://www.conjur.com.br/2009-mai-12/gestao-qualidade-solucao-morosidade...). Acesso em: 13/05/2009.), onde se afirma: “A morosidade dos serviços judiciários tornou-se, no mundo inteiro, o principal e aparentemente insolúvel problema a ser enfrentado, em grande parte diante da insuficiência de ações dinamizadoras de seu enfrentamento. (...) Nesse contexto, a metodologia de gestão pela qualidade é mundialmente comprovada como a única solução dos problemas relacionados à morosidade e até mesmo como contraponto à burocracia que nos conduziu aos conhecidos problemas de dificuldades, ineficiência e morosidade. Entre outros aspectos relevantes, a gestão pela qualidade

Ou seja, passa a agir e justificar-se, ao menos de forma preponderante, por parâmetros ditados, não por um arcabouço ético mínimo, substancialmente posto na Constituição Federal, ou no ordenamento jurídico considerado como um todo (como integridade e coerência), mas por um ideário predominantemente técnico-burocrático⁴⁴⁰, tudo respaldado por reclamos midiáticos de imediatismo a qualquer preço nas soluções judiciais.

São expressões concretas deste estado de coisas, desde sucessivas reformas parciais legislativas do Processo Civil, sempre direcionadas à busca de uma dita “efetividade quantitativa”⁴⁴¹ – para não se falar de alterações pontuais da Constituição buscando justamente dar, segundo uma certa interpretação corrente, respaldo a essa pressão por presentificação da atividade jurisdicional⁴⁴²-, até a busca pelo assentamento de posturas jurisdicionais mais comprometidas com uma preocupação prevalente com a “produtividade” dos juízes – referente ao número de sentenças proferidas em determinado tempo e ao tempo médio de duração dos processos, v.g.-, do que com a uma noção de qualidade das decisões afinada com a ideia de realização de um novo papel construtivo de uma *ampla*

ampla a visibilidade do Judiciário à sociedade, aumentando a transparência em virtude da disponibilidade de indicadores estatísticos precisos e confiáveis. Ponte na mudança da cultura burocrática para uma cultura gerencial pautada em resultados e destinada ao cidadão, hoje claramente definido como o verdadeiro patrão, cliente e usuário do serviço judiciário. Tão ou mais importante do que implantar novos métodos de gestão é disseminá-los e uniformizá-los, considerando-se o Poder Judiciário, em que pese constituído por vários e diferentes órgãos, estaduais e federais, é uno e tem capilaridade nacional. Assim a mudança comportamental precisa ser sentida em todos os cantos e recantos do país, de maneira sistemática, uniforme e consistente. Além de ouvir sobre o que pensa, o que deseja o jurisdicionado, devemos aprender a ‘conversar’ entre nós, compartilhando a aplicação de experiências bem sucedidas e a resolução de problemas comuns. O Estudo da administração e gestão dos tribunais requer o que pode ser referido como uma molecularização de todo o sistema de justiça, englobando, além dos tribunais, em conjunto, os institutos de reinserção social, sistema prisional, Ministério da Justiça e demais atividades essenciais à administração da justiça. Acabou-se o tempo do ‘encimesmamento’, da atonicidade de ilhas isoladas dentro do sistema judicial. Com certeza, uma das áreas prioritárias na implementação da metodologia de gestão pela qualidade, comunicação e informação (conceber e aplicar sistemas de informação interna e de comunicação – interna e externa – do aparelho judicial). Ademais, do ponto de vista micro administrativo, a gestão deve ser focada, com critérios justos e ponderação, no desempenho de servidores e juízes. Não por acaso, segundo recentes dados do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), a ineficiência da justiça é responsável pela redução em 25% da taxa de crescimento de longo prazo do País. Ao contrário, ainda segundo o Ipea, com uma justiça mais eficiente o Brasil poderia crescer outros 0,8% ao ano na taxa de crescimento e aumentar a produção nacional em até 14%. A taxa de desemprego cairia quase 9,5% e os investimentos aumentariam em 10,4%.”.

⁴⁴⁰ Isso quando não desagregadoramente libertário e de cunho mercadológico, que parece prevalecer num mundo marcado pelo excessivo individualismo e pelo predomínio demasiado do econômico.

⁴⁴¹ O fenômeno já era apontado por STRECK em 2003, conforme trecho que segue, e persiste cada vez mais intensificado e vigoroso: “No processo Civil, uma sucessão de (mini) reformas reforçou a crise que atravessa esse setor do Direito, alcançando a própria jurisdição constitucional. Com efeito, *na busca de uma efetividade quantitativa*, são enfraquecidas as instâncias inferiores, mormente a justiça de primeiro grau, em favor da justiça de segundo grau e dos tribunais superiores. Para tanto, veja-se o poder conferido ao relator para a apreciação de recursos, que transforma um julgamento colegiado numa manifestação monocrática. Considere-se, ainda, a autêntica aporia representada pela possibilidade de o relator dos recursos especial e extraordinário determinar o arquivamento de plano dos recursos, quando a matéria contrariar Súmula. A recente edição das Leis 9.868 e 9.882 [e a Lei nº 9756/98, referente à questão da jurisprudência dominante (art. 557 do CPC) dá conta de que antes a busca já se dava, acrescenta-se aqui] dá uma amostra dessa busca incessante do ‘santo graal’ da efetividade do processo, onde constam os mais variados tipos de violações a princípios e preceitos constitucionais, que vão desde o indevido efeito vinculante às decisões positivas de constitucionalidade, a possibilidade de inversão dos efeitos em sede de ADIn e ADC, além das avocatórias constantes em ambas as leis.”. (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*...., op.cit., p.83). Em sentido similar, conferir OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, conforme citado no último item deste capítulo. E mais recentemente vem agravando-se este quadro pela edição de sucessivas leis esparsas com objetivos similares, tais como bem exemplificam os casos da Lei nº 11.277/2006 (v.g., artigos 518, §1º-súmula impeditiva de recursos -, e 285-A - julgamento do mérito “sem processo” – ambos do CPC) e da Lei nº 11.672/2008 (art.543-C, do CPC – sobre os recursos especiais ditos “repetitivos”, v.g.).

⁴⁴² Conferir a inserção do inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição Federal, pela EC 45/2004, e uma certa interpretação que a respeito dele se faz, como será analisado alhures, oportunamente.

*democracia constitucional*⁴⁴³ (que envolve também a de viabilização de espaços de participação direta do demandante-cidadão, conforme já exposto alhures).

E destaque-se aqui que os meios de institucionalização e introjeção forçada deste ideário, no que concerne especificamente à transmutação da prestação jurisdicional em uma espécie mais singela de mero serviço público dentre outros tantos, passível de avaliação simplificada e “objetiva” segundo padrões estatísticos de “produtividade” média de decisões judiciais⁴⁴⁴, encontram variadas formas de realização. Podem se dar pela eventual postura dos próprios tribunais ou magistrados de primeiro grau, no que se refere ao modo como encaram esta ânsia por resolução quase imediata dos feitos – inserindo-se, aí, a título exemplificativo, a questão do acolhimento e seguimento acrítico de uma certa espécie de “jurisprudência” não consolidada, mas “predominante” (por vezes formada a partir da pura e simples repetição de um único julgado, também não concebido para servir a um tal propósito). Mas, não raro, esta institucionalização acaba se dando mesmo pela postura dos órgãos de cúpula, responsáveis pela concepção ideológica e condução geral dos rumos da administração da justiça, decisivamente influenciados pelo paradigma contemporâneo da presentificação (invariavelmente percebido como coisa dada e imutável, não passível de crítica ou rejeição, nem ao menos em suas formas extremas).

Veja-se, que, quanto à institucionalização da presentificação pela via da adoção de políticas gerais de administração da justiça, a burocracia instituída lança mão, por vezes, de meios bastante concretos e relativamente eficazes, ainda que indiretos, para obter seus desideratos.

Nesse contexto, merece menção, por exemplo, a edição da resolução de número 106, de 06 de abril de 2010, do CNJ⁴⁴⁵ (Conselho Nacional de Justiça⁴⁴⁶), que teria o escopo de visar a regulação das promoções por merecimento de magistrados por meio de critérios estabelecidos de forma objetiva.⁴⁴⁷

⁴⁴³ Já que, como se verá, a qualidade pensada no ambiente técnico-burocrático e externada por meio de resoluções dirigidas ao Judiciário é aquela da “disciplina judiciária” (no sentido de “aplicar a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento”, cf. artigo 10, parágrafo único da Resolução nº106, de 06 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça), ou seja, do afinamento da atividade jurisdicional com uma busca por homogeneização das decisões judiciais *segundo o prévio pensamento da cúpula do poder*, e não segundo o que for aferido como correto pela soma dos efetivos julgamentos de cada caso concreto, individual e seriamente considerado por diferentes juízes, *a partir da base da prestação jurisdicional* e, pois, *da efetiva e considerada participação de cada demandante-cidadão nesse processo de construção dos limites dos conteúdos dos princípios constitucionais de convivência*.

⁴⁴⁴ Certamente conveniente aos discursos por “gestão de qualidade” e reclamos de “choque de eficiência” e incremento de transparência (meramente estatística), ao melhor estilo dos modernos métodos de administração empresarial privada, mas dificilmente compatibilizáveis com um suficiente comprometimento com uma nova jurisdição, que efetivamente ouça as partes e leve a sério o seu compromisso de servir de instrumento democrático de pulverização do poder e viabilização da participação direta do cidadão na definição das regras de convivência.

⁴⁴⁵ A referida resolução assevera que “dispõe sobre os critérios objetivos para a aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau”.

⁴⁴⁶ Órgão de controle do Judiciário instituído pela Emenda Constitucional nº45, de 08-12-2004 (DOU de 31-12-2004), conforme redação do artigo 103-B da Constituição Federal de 1988, que deveria estar adstrito a dispor exclusivamente sobre questões relativas ao âmbito de atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário (§4º), bem como ao zelo pela observância da autonomia da magistratura e dos seus direitos e deveres, com atribuições também disciplinares (e o que mais consta dos incisos I-VIII do referido parágrafo), mas jamais autorizado a intervir, por qualquer meio, de qualquer forma e sob qualquer pretexto (direta ou indiretamente), em questões jurisdicionais – muito menos acerca de questões que digam com a independência funcional da magistratura.

⁴⁴⁷ Na esteira de medidas que, a pretexto de atender bons propósitos, podem, em verdade, se prestar a efeitos de desvios em busca de legitimação, encontram-se também certas “metas administrativas de nivelamento”. Mormente as que dizem respeito ao estabelecimento de prazos gerais e fixos para julgamento de feitos ajuizados até determinadas datas, tidas “a priori” por muito remotas para a solução de todo e qualquer caso imaginável, cujos efeitos nocivos (ou gravemente colaterais, a se partir

Ora, essa sempre foi uma discussão importante no seio da magistratura nacional do presente, no sentido de realmente se garantir a independência funcional dos juízes e impedir pessoalizações indevidas, precisamente no sensível momento de evolução na carreira – sempre motivando a cogitação da concepção de instrumentos para o repúdio a práticas indesejáveis em ambientes verdadeiramente republicanos e democráticos, que eventualmente ainda remanescessem como herança de longo passado permeado por uma história⁴⁴⁸ de favorecimentos pessoalistas e práticas não-transparentes.

Entretanto, acabou disciplinada uma “solução” para esta problemática que é altamente questionável, justamente quanto à questão da independência dos magistrados. Isso porque certas disposições contidas na referida resolução, ao argumento tornar mais objetivo e transparente os critérios de aferição do “merecimento” do juiz candidato a qualquer promoção, fizeram muito mais do que isso: prestaram-se à *instrumentalização da ideologia de presentificação da jurisdição*, indiretamente tornando impositivo o aceder dos juízes a um certo modo de prestar sua atividade-fim que, como já se disse, dificilmente se coadunará com a possibilidade de realizá-la nos moldes do que exigiria a sua nova função na contemporaneidade.

Senão, confira-se o teor de certos dispositivos da mencionada resolução. Rezam, por exemplo, os artigos 4º e 6º da resolução nº106/2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, respectivamente:

Art. 4º. Na votação [para fins de promoção e de acesso aos tribunais de 2º grau, por merecimento, cf. art. 3º], os membros votantes do Tribunal deverão declarar os fundamentos de sua convicção, com menção individualizada aos critérios utilizados na escolha relativos à:

I - desempenho (aspecto qualitativo da prestação jurisdicional [referido, como se verá adiante, em grande parte, à “disciplina judiciária”, no sentido de respeito às súmulas instituídas dos Tribunais Superiores])

II – produtividade (*aspecto quantitativo da prestação jurisdicional*);

(....)

Art. 6º. Na *avaliação da produtividade* serão considerados os atos praticados pelo magistrado no exercício profissional, levando-se em conta os seguintes *parâmetros*:

(....)

II- *Volume de produção*, mensurado pelo:

(....)

da boa intenção e pertinência, em certos casos, de medidas de exigência de cumprimento dos deveres do julgador, embora o equívoco dos meios e da forma geral e abstrata adotada), no que tange a preservação geral da qualidade jurisdicional mínima e desenvolvimento de seu novo papel democrático, são muito evidentes. Disposições como as da “meta nacional de nivelamento nº 02”, mais conhecida como “Meta 2” (instituídas pela Resolução Conjunta nº 02, de 04 e agosto de 2009, a partir da ação do CNJ, e implementadas a partir de provimentos editados pelos diversos Tribunais do país – v.g., no caso da Justiça Federal da 4ª Região, pelo Provimento nº 05 da respectiva Corregedoria, de 06-08-2009) no sentido de “identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos *até 31/12/2005* (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores)), posteriormente cobradas pelas corregedorias em sentido mais agudo, afinam-se com a mentalidade corrente, com o ideário contemporâneo, enfim, com o senso comum funcionalista em vigor hoje, de que a pura racionalização de procedimentos e o estabelecimento de critérios técnico-burocráticos de aferição de eficiência por produtividade, inclusive pela mera redução de prazos para julgamento, bastam para que “a justiça seja feita”, a jurisdição cumpra seu papel e o Judiciário angarie legitimidade. Na verdade, como é notório, esse tipo de pressão generalizada por resultados numéricos e temporais, posta nestes inflexíveis termos, ainda que possa corrigir certos casos de desídia funcional ou atraso injustificado de julgamentos (que poderiam ser devidamente corrigidos por medidas mais específicas), acarreta o pagamento de um preço muito alto: *o preço do acolhimento (ou da institucionalização) da presentificação do jurisdicional*, com o atropelo do tempo do processo em todas as situações, indistintamente, tendendo a fazer *tabula rasa* dos casos concretos mais delicados ou difíceis (e justamente que exijam um tempo para sua solução mais prolongado), e, pois, não só resultar em injustiça, como afastar de forma vigorosa e progressiva o Judiciário da possibilidade de tornar-se uma instância de realização da democracia participativa, por meio do considerar verdadeiramente as demandas do demandante-cidadão e do acolher verdadeiramente o conflito – o que, por vezes, pressupõe um incontornável dispêndio de tempo.

⁴⁴⁸ Cf. notas adiante.

- d) *número de sentenças proferidas*, por classe processual e com priorização dos processos mais antigos;
- e) *número de acórdãos e decisões proferidas em substituição ou auxílio no 2º grau, bem como em Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*;
- f) *o tempo médio do processo na Vara*.

Parágrafo único. Na avaliação da produtividade deverá ser considerada a média do número de sentenças e audiências em comparação com a produtividade média de juízes de unidades similares, utilizando-se, para tanto, institutos da mediana e do desvio padrão oriundos da *ciência estatística*, privilegiando-se, em todos os casos, os magistrados cujo índice de conciliação seja proporcionalmente superior ao índice desentenças proferidas dentro da mesma média.

Já o artigo 7º da mesma resolução reitera e melhor esclarece a questão:

Art. 7º. *A prestação deve ser avaliada nos seguintes aspectos:*

I- *dedicação*, definida a partir de ações como:

(....)

e) participação efetiva em *mutirões*....

k) *alinhamento com as metas do Poder Judiciário*, traçadas sob a *coordenação do Conselho Nacional de Justiça*.

II – *celeridade na prestação jurisdicional*, considerando-se:

(....)

b) *o tempo médio* para a prática de atos;

c) *o tempo médio* de duração do processo na vara, desde a distribuição até a sentença;

d) *o tempo médio* de duração do processo na vara, desde a sentença até o arquivamento definitivo, desconsiderando-se o tempo em que o processo esteve em grau de recurso ou suspenso.

(....).⁴⁴⁹

Ora, mas a verdade é que o estabelecimento de tais critérios, ainda que supostamente a bem de apenas dar transparência ao processo de promoção e acesso dos magistrados a posições diferenciadas em suas carreiras, acaba por institucionalizar, a partir de mero ato administrativo, um modo de encarar a prestação jurisdicional que pode colidir justamente com a concepção da função que esteja definida noutros termos pela própria Constituição Federal. Até porque, veja-se, não se trata de buscar uma comparação dos “tempos médios” para decidir, no intuito de verificar a razoabilidade dos prazos despendidos para tanto, mas para aferir merecimento a partir de quem detenha os melhores índices na comparação absoluta e nominal dos tempos gastos (*rectius*: os menores prazos em termos estritos), instituindo-se uma verdadeira competição aberta, e institucionalmente apoiada, pela máxima brevidade dos tempos de julgamento (a qualquer custo).

Logo, mais do que potencialmente afrontar a independência funcional dos juízes – o que por si só representaria potencial violação direta da Constituição–, a instituição de uma tal competição como objetivo da atividade jurisdicional materializaria a possibilidade de dissonância clara com princípios fundamentais da Carta Política que dão os contornos e exigem a prestação de uma jurisdição que não é, nem de longe, esta da mera ou da preponderante *jurisdição por produtividade*, preocupada quase exclusivamente com a máxima redução do tempo dos feitos e com a aparência do judiciário frente aos reclamos da mídia.

⁴⁴⁹ Resolução nº106/2010, de 06 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que “dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau” e foi publicada no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, pp.6-9).

Ademais, na medida em que tais critérios selecionam, para posições de maior relevo ou hierarquia no âmbito administrativo (já que, não custa recordar, no âmbito jurisdicional não se põe a questão da hierarquia funcional), precisamente os magistrados que se conformam a esse perfil, cria-se um mecanismo de segura perpetuação desta visão política singular da administração da justiça, garantindo-se o desenvolvimento e manutenção de uma ideologia quanto à função do Direito e de sua aplicação que não é necessariamente aquela estabelecida pelos contornos maiores da Constituição – gerando-se, dessa forma, também um descompasso entre a realidade e as determinações normativas maiores a respeito do tema.

Mercê de tudo isso, como se vê, dá-se a infiltração profunda de uma certa ideologia, estribada nos vetores da modernidade funcionalista, no âmago institucional do Poder Judiciário, que, somando-se a outras tantas ações de mesmo compromisso e finalidade, através dos mais diversos meios e derivadas de diferentes fontes, acabam por, de forma progressiva, inviabilizar uma prestação jurisdicional contemporânea comprometida com uma verdadeira e possível contribuição para a criação de espaços democráticos de convivência – que, por via indireta, então, vêm sendo, assim, suprimidos.

E nesse passo é necessário esclarecer: não é que a busca pela agilização possível dos feitos (muito menos pela maior transparência nas promoções) ou por uma certa ordenação e coordenação dos trabalhos do Judiciário não seja desejável. Nem mesmo o fato de haver um conselho composto por membros que provém de fora deste Poder é algo questionável ou digno de rejeição, por si só. Muito pelo contrário. Não só o arejamento do Judiciário por um relativo controle externo – diretamente feito por outros representantes da sociedade -, no âmbito administrativo, financeiro e disciplinar é saudável, como uma busca por um compromisso maior da atividade judicante com necessidades da sociedade contemporânea (dentre as quais se encontra, inegavelmente, a de decisões, na medida do possível, mais ágeis, menos formais e mais efetivas) é impositiva. A esta altura, aliás, é necessário mesmo reconhecer que ante o passado⁴⁵⁰ sobre o qual instituída a magistratura de um país como o Brasil,

⁴⁵⁰ A crença nas possibilidades da jurisdição como instrumento fundamental de auxílio para a construção de um viver gregário mais justo e ético, bem como de sedimentação e incremento de uma democracia constitucional em sentido amplo (inclusive, de uma democracia direta e participativa), principalmente nas democracias periféricas, não ignora e nem pretende encobrir a realidade de origens e formação histórica que desabonariam uma confiança maior nesta via (tampouco desconsiderar ou negar as muito evidentes deficiências ainda existentes no presente). Pelo contrário. O que se quer é, assumindo esta realidade, crer na possibilidade da transformação institucional justamente a partir da apresentação transparente e crítica da problemática da legitimidade da atividade jurisdicional para a contemporaneidade. E, no sentido, então, de confirmar a ciência acerca das graves deficiências históricas da magistratura nacional, bem como o compromisso com a transparência, explicitam-se a seguir, algumas considerações a respeito do tema. Leciona A.C. WOLKMER (*História do Direito no Brasil*...., op.cit., pp.65 e ss.), por exemplo, a respeito da administração da justiça no Brasil no período colonial: “Uma análise da administração da justiça no período colonial revela, segundo STUART B. SCHWARTZ [cita-se: *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979. Diversas páginas entre , pp. 251 e 274), a inter-relação e a convivência de duas modalidades complexas e opostas de organização sócio-política: a) relações burocráticas calcadas em procedimentos racionais, formais e profissionais; b) relações primárias pessoais baseadas em parentesco, amizade, apadrinhamento e suborno. O entrelaçamento desses dois sistemas de organização – burocracia e relações pessoais – projetaria uma distorção que marcaria profundamente o desenvolvimento de nossa cultura jurídica institucional. Essa particularidade reconhecida na sociedade colonial veio a ser o fenômeno que Stuart B. Schwartz identifica como o ‘abrasileiramento dos burocratas’, ou seja, a inserção numa estrutura de padrões rigidamente formais de práticas firmadas em laços de parentesco, dinheiro e poder. O ‘abrasileiramento’ da magistratura significava a corrupção das metas essencialmente burocráticas, porquanto os critérios de validade passavam a ser imputados a pessoas, à porção social e a interesses econômicos. A corrupção cobria um lastro de desvios da legislação e das regras burocráticas. Evidentemente, os magistrados, em diversas ocasiões, empregaram o ‘poder e a influência do seu cargo para obter vantagens pessoais, conveniências ou para proteger as suas famílias e os seus dependentes. (...) Frequentemente o abuso do cargo se dava para obter vantagens pessoais diretas’, o que implicava favorecimento e subornos capazes de reverter a própria justiça. Ademais, o comportamento profissional de setores da magistratura era constantemente afetado por uma gama de relações primárias que iam desde o casamento colonial (forma de incorporação na sociedade local e de aquisição de riqueza e propriedades) até os laços de

passado este que se alongou e atravessou diversos períodos da história nacional sem modificações relevantes quanto à essência da postura ideológica de seus membros e representantes maiores⁴⁵¹, e também ainda frente até mesmo certas configurações institucionais resistentes do presente, nesta área⁴⁵², apresenta-se até como fundamental a existência de órgãos administrativos, com funções de

amizade e de compadrio (padrinho de batismo ou de casamento). Esses contatos pessoais e esses critérios não-burocráticos, que extrapolavam os regulamentos formais da profissão, abriam o acesso ao dinheiro, prestígio e posse de terras de tradicionais famílias ligadas à criação de gado e ao plantio da cana-de-açúcar. (...) [Por sua vez,] *As possíveis irregularidades e os desvios dos objetivos profissionais eram acomodados pelo controle fiscalizador da Coroa, na medida em que esses funcionários judiciais bem treinados, obedientes e leais, eram símbolo dos interesses reais absolutistas. (...) É indiscutível, portanto, reconhecer que no Brasil-Colônia, a administração da justiça atuou sempre como instrumento de dominação colonial. A monarquia portuguesa tinha bem em conta a necessária e imperiosa identificação entre o aparato governamental e o poder judicial.*" (destaquei). Cf., ainda, a respeito, WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁴⁵¹ Note-se, ainda, que, após o período colonial, mesmo ante as alterações realizadas no sistema jurisdicional do Império (Reforma de 1871 –cf. referido por WOLKMER, op.cit., p.95), o perfil ideológico dos atores jurídicos (dentre eles, dos magistrados), não se alterou muito naquela época (cf. o item "Magistrados e Judiciário no tempo do Império", WOLKMER, op.cit., pp.90 e ss.), ou mesmo na República que se seguiu (cf. o tópico "O perfil ideológico dos atores jurídicos: o bacharelismo liberal", WOLKMER, op.cit., pp.98 e ss.), com relação a uma atuação pautada pela manutenção de um formalismo legalista e por uma postura conservadora e contributiva para a manutenção da ordem vigente. Nesse sentido: "No que se refere à solidificação do imaginário legal oficial, *não estão muito distantes, em termo de equivalência funcional, o magistrado português do período colonial que servia aos interesses da Metrópole e o bacharel-jurista dos séculos XIX e XX que expressava, com sua presença, o resguardo dos intentos locais das elites agrárias*. Vale destacar que, na prática, o sucesso do bacharelismo legalista devia-se não tanto ao fato de ser uma profissão, porém muito mais uma carreira política, com amplas alternativas no exercício público liberal, pré-condição para a montagem coesa e disciplinada de uma burocracia de funcionários. (...) Além disso, há que se fazer menção ao perfil dos bacharéis de Direito mediante alguns traços particulares e inconfundíveis. Ninguém melhor do que eles para usar e abusar do uso incontinente do palavreado pomposo, sofisticado e ritualístico. *Não se pode deixar de chamar a atenção para o divórcio entre os reclamos mais imediatos das camadas populares do campo e das cidades e o proselitismo acrítico dos profissionais da lei que, valendo-se de um intelectualismo alienígena, inspirado em princípios advindos da cultura inglesa, francesa ou alemã, ocultavam, sob o manto da neutralidade e da moderação política, a institucionalidade de um espaço marcado por privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais*. Na verdade, o perfil do bacharel jurista se constrói numa tradição pontilhada pela adesão ao conhecimento ornamental e ao cultivo da erudição lingüística. Essa postura, treinada no mais acabado formalismo retórico, soube reproduzir a primazia da segurança, da ordem e das liberdades individuais sobre qualquer outro princípio. (...) [Ademais] Os princípios liberais conferiram legitimidade à idealização de mundo transposta no discurso e no comportamento dos bacharéis. (...) Com efeito, a harmonização do bacharelismo com o liberalismo reforçava o interesse pela supremacia da ordem legal constituída (Estado de Direito) e pela defesa dos direitos individuais dos sujeitos habilitados à cidadania sem prejuízo do Direito à propriedade privada. O bacharel assimilou e viveu um discurso sócio-político que gravitava em torno de projeções liberais desvinculadas de práticas democráticas e solidárias. Privilegiaram-se o fraseado, os procedimentos e a representação de interesses em detrimento da efetividade social, da participação e da experiência concreta. Concomitantemente, o caráter não-democrático das instituições brasileiras inviabilizava, também, a existência de um liberalismo autenticamente popular dos operadores do Direito. (...) Disso resulta que o ideário do bacharelismo liberal, que iria conformar as práticas políticas da virada do século XIX para o XX, não determinou, como assinala SÉRGIO ADORNO, a despatrimonialização do Estado Brasileiro. Com efeito, a especificidade do processo demonstra que a consagração do liberalismo como a principal ideologia do Estado burguês nacional não chega a destruir, como poderia acontecer, o legado societário de cunho burocrático-patrimonial. Aliás, a evolução dessa particularidade no contexto de nossas instituições político-jurídicas permite compreender como a visão liberal dos operadores jurídicos adquiriu roupagem nitidamente conservadora. Seja como for, a trajetória conduziu igualmente a um estranho e conveniente ecletismo: à tradição de um patrimonialismo sócio-político autoritário (de inspiração lusitana) com uma cultura jurídica liberal-burguesa (de matiz francês, inglês e norte-americano). Ora, o influxo do liberalismo não deve ser apenas contemplado na formação, no comportamento e na visão de mundo dos bacharéis jurídicos, uma vez que as premissas liberais incidiram na formalização técnica das normas positivas, *na aplicação dos textos legais e no exercício da atividade judicial*. Neste aspecto, o recorte mais ilustrativo foi Rui Barbosa, que, corretamente sintetizou o 'bacharelismo liberal' na cultura jurídica brasileira até a primeira metade deste século." (WOLKMER, *História do Direito no Brasil...*, op.cit., pp.99-102).

E por fim, concluindo, diz ainda WOLKMER (op.cit., p.103) : "A retrospectiva comprova que, até hoje, tais agentes se revelam não só hábeis servidores do ritualizado Direito estatal, afeito mais diretamente aos intentos dos donos do poder e dos grandes proprietários, como sobretudoos talentosos reprodutores de uma legalidade estreita, fechada e artificial. Esses procedimentos definem uma atuação em grande parte conservadora, própria para justificar a exclusão de significativos setores da sociedade e da manutenção da ordem vigente." Cf., ainda, a respeito, ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: O bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

⁴⁵² Para uma visão aguçadamente crítica das relações da magistratura com as instituições e com o poder, do processo de ingresso à evolução da carreira, ainda para os dias de hoje, veja-se o que aponta ZAFFARONI, ainda que trate mais especificamente de denunciar uma utilização do aparelho judicial como elemento garantidor de iniquidades no âmbito

controle e busca pela transparência e democratização deste poder – tal como é o caso do atual Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e, no âmbito da Justiça Federal, noutros termos, do Conselho da Justiça Federal (CJF). Isso para não se falar, também, das dimensões continentais do país e das enormes diferenças econômicas, sociais e culturais da nação, que impõe mesmo um mínimo de concerto nas políticas de administração da justiça.

Todavia, tais razões não podem acabar por se constituir justamente na abertura de um flanco para a criação de instrumentais que, mesmo que eventualmente de forma inadvertida, sirvam para minar as possibilidades de crescimento democrático institucional. Ou ainda, as possibilidades de revisão de seu papel fundamental na contemporaneidade, inclusive reforçando certas deficiências ou aspectos negativos da magistratura eventualmente ainda vigorerantes como herança de um passado que se quer deixar para trás (de dependência e centralização demasiada do poder, de elitismo nas decisões,

criminal, em seu “Em busca das penas perdidas”, no tópico intitulado “As agências judiciais como máquinas de burocratizar”: “A seleção recrutadora dos agentes e operadores das agências judiciais verifica-se, de maneira geral, entre os setores médios e médios-baixos da população, embora, eventualmente, possa operar-se alguma excepcional seleção e entre pessoas da classe média alta. O processo de treinamento a que é submetido é igualmente deteriorante de sua identidade e realiza-se mediante uma paciente internalização de sinais de falso poder: solenidades, tratamentos monárquicos, placas especiais ou automóveis com insígnias, saudações militarizadas do pessoal de tropa de outras agências, etc. (...) De acordo com a forma pela qual se estrutura a agência, os ‘cadetes’ judiciais são treinados como juízes de menor valor ou municipais ou como empregados administrativos. O certo é que, ao alcançar a categoria equiparável à de oficial das agências militarizadas, o indivíduo já deve ter internalizado os modelos da agência e deve responder às exigências do papel que for atribuído a partir de uma adequada manipulação da opinião pública: assepsia ideológica, certa neutralidade valorativa, sobriedade em tudo, suficiência e segurança de resposta e, em geral, um certo modelo de ‘executivo sênior’ com discurso moralizante e paternalista ou uma imagem de que, na devida idade, responderá a esse modelo. A manipulação da imagem pública do juiz pretende despersonalizá-lo e reforçar sua função supostamente ‘paternal’, de maneira a ofuscar e ocultar seu caráter de operador de uma agência penal com limitadíssimo poder dentro do sistema penal. Esta imagem é projetada pelo próprio operador porque foi treinado nela, de modo a alimentar a sua onipotência – sinal de imaturidade, próprio da adolescência -, e o impede de perceber as limitações do seu poder. Dentro desta lógica, duvidar de seu poder significa lesão a seu ‘narcisismo treinado’, expressão do resultado deteriorante de sua personalidade. Em determinado momento o operador da agência judicial percebe a si mesmo em função de seu cargo e hierarquia e constrói uma identidade assentada nestas bases. Recusa os lampejos de consciência sobre as limitações de seu poder, em razão do sofrimento que lhe provocam (afetam seu narcisismo, sua onipotência e sua auto-estima; observe-se que se trata de características regressivas iguais às que condicionam os processos de criminalização e de policialização); não lhe resta outro recurso senão evitar conflitos com outras agências para preservar sua identidade falsa ou artificial, produto do treinamento regressivo próprio da agência e, também, para conservar sua função: *o único caminho é a ‘burocratização’, ou seja, as respostas estereotipadas, a conformidade com modelos ‘de sempre’, a ‘ineficiência treinada’* através da elevação dos meios a categoria dos fins, etc., isto é, tudo o que é bem conhecido e descrito como ‘comportamento obsessivo’ (embora esta definição seja demasiado psicologista e nem sempre coincidente com a realidade da burocratização judicial). Sem dúvida, este comportamento debilita o poder da própria agência judicial, mas, por outro lado, apresenta-se perfeitamente funcional ao exercício de poder configurador positivo das agências restantes do sistema penal. Nada melhor podem desejar estas que uma agência judicial que retire um discurso que justifique todas, composta por onipotentes que crêem exercer um poder – que, na realidade, está sendo exercido por elas – e por operadores que procuram evitar qualquer conflito com as agências, inventando-se tarefas sem incomodá-las muito. Incontestavelmente esta realidade não responde a um esquema simplista de divisão de poderes do estado, mas parece ser funcional para todas as agências. O juiz parece ser uma pessoa que se acha mais ameaçada em sua identidade do que em sua estabilidade funcional entendida como fonte salarial, pois costuma ter um papel muito mais internalizado do que o próprio policial, uma vez que seu lado ‘paternalista’ parece mergulhar as raízes em estratos mais profundos do inconsciente. Se a deterioração que o sistema penal produz nos policiais tem sido pouco estudada, a burocratização, como forma de deterioração dos operadores das agências judiciais dos sistemas penais, diretamente, nunca foi estudada e, por conseguinte, a situação de violação dos direitos humanos que acarreta não tem tratamento porque os poucos afetados não a percebem. Poucas vezes é adequadamente observada a situação de extrema vulnerabilidade na qual se colocam estas pessoas, e as tentativas de explicitá-la se estigmatizam numa espécie de ‘desacato’ que ‘destruiria as bases republicanas (ou qualquer outra expressão de obstrução autoritária do discurso). ‘Menos ainda se considera que muitas ‘teorias jurídicas’, a partir de outro ângulo, não passam de racionalizações ou mecanismos de fuga, explicáveis somente à luz deste fenômeno de deterioração e não em nível consciente’.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, 5ª ed. .Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2001,pp. 141-143).

bem como de uma sua homogeneização, segundo certas ideologias dominantes, sem respeito à diversidade e às diferenças socio-econômicas).

A criação de entes administrativos de controle (administrativo e correicional) e coordenação institucional do Judiciário, inclusive de controle externo, só se justifica se servir para repelir arcaísmos e reminiscências desta herança passada da magistratura nacional⁴⁵³, que eventualmente ainda restem incrustadas de forma negativa em suas práticas. Jamais, repita-se, para, de qualquer forma, ainda que indireta ou inadvertidamente, permitir a sua reedição por qualquer meio e em qualquer medida.

É de se notar, a partir destes problemas da realidade concreta ora trazidos à discussão, como então efetivamente pode o vetor da supressão do tempo humano, na contemporaneidade, influenciar de forma decisiva na questão da legitimidade da prestação jurisdicional.

Veja-se, nesse passo, que o demonstrado acolhimento acrítico da presentificação na prestação jurisdicional, até mesmo com a sua institucionalização, acaba acarretando também um enfoque demasiado na busca por legitimação pragmática e funcional da instituição e de sua atividade-fim. Logo, com um enfoque levado a termo nestas condições acríticas, filtradas por esta lente capaz de insidiosas e excessivas distorções ideológicas, em verdade perde a prestação jurisdicional em legitimidade.

Ou por outra e em suma: a partir de um determinado ponto e no extremo, passa-se a buscar *legitimação funcional* em detrimento de real *legitimidade (subjetiva e objetiva)*. Quer dizer, segundo os termos do que já se examinou oportunamente, passa-se a tomar decisões ou nortear esta tomada de decisões prevalentemente pela busca de uma consonância com o suposto desejo popular e midiático de solução rápida dos casos, tão-somente – o que, segundo a ideologia funcionalista do critério da máxima eficiência supostamente angariaria o respeito e a aprovação pelos destinatários do “serviço” jurisdicional, por tornar-se assim dotada de autoridade⁴⁵⁴.

⁴⁵³ A par da repulsa a vetustas práticas odiosas, num ambiente que se pretenda marcado pelo republicanismo e pela democracia, tais como aquelas referentes ao nepotismo, à pessoalidade, à troca de favores com o chapéu alheio da justiça e da cidadania, eventualmente remanescentes de um passado como o já descrito, como é mais óbvio, *também se deve pensar que a ação destes mecanismos de controle deve se voltar justamente contra a mentalidade “legalóide” e dita científica (como refere WARAT) que ainda, por vezes, se verifica no meio, e não justamente para instituir, por qualquer meio, mecanismos de reforço a ela.* Há de se recordar, no ponto, a rebelião pregada por WARAT contra esta mentalidade: “*Por certo, minha rebelião é contra um tipo de mentalidade exibida por uma quantidade – lamentavelmente já incontável – de ‘legalóides’ aos quais, inscrevendo a razão nos códigos e na ‘ciência’, não resta tempo para mexer na vida. Eles são os que têm um abuso de consciência normativa (jurídica e epistêmica).* Imposturas intelectuais, estranhos eruditos que vão continuar toda sua vida babando-se, com seus olhos enormemente abertos por classificações feitas, para dominar sem explicar nada. Eu faço ciência, ouvi dizer em um congresso ou em outro lugar de perdição, um desembargador, porque pesquiso com seriedade. Parecia que, ‘botando banca’ de ficar de mal com a vida, evita-se o risco de ‘mexer’ com as ambivalências. Não sei quanto tempo demorará a entender que, em nome do respeito às leis e às verdades científicas, se esconde a certeza de que poucos juristas terão ‘peito’ para propor outra versão do mundo. Como Cortázar, essa sangria de vida, produzida pela mentalidade legalóide, provoca-me um tremendo desespero. Detesto tudo o que é feito em nome da máxima seriedade, da fé na ciência e das certezas semânticas do direito. Por isso, o poético.” (WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul (RS): EDUNISC, p.53. – destaquei.).

⁴⁵⁴ Ou seja, através de uma atividade que visa a causar, em última análise, uma impressão, nos destinatários da decisão, de que ela é dotada de autoridade em razão da respeitabilidade de que parece ser revestida por mera força do ritual e pelo apelo ao pragmatismo do discurso geral da eficiência e do voluntarismo. Mas o pior de tudo, ainda: tudo isso à custa da possibilidade de construção de uma real respeitabilidade, geradora de legitimação verdadeira; à custa do abandono da perseguição de uma respeitabilidade que seja derivada precisamente da legitimidade das decisões por se apresentarem inabalavelmente vinculadas “a determinados padrões de correção e de justiça”, reconhecíveis como válidos e desejáveis pela sociedade a partir do contratado e expresso na Constituição Federal.

Entretanto, como já se viu alhures, a *legitimidade* não é obtida a partir do atendimento de reclamos de ocasião. Ela é antes obtida quando a decisão se apresente conforme a algum padrão de justiça ou correção previamente definido, o que, no caso de um Estado democrático e de direito com uma constituição compromissária, como é o caso do Brasil, se dá, pelo exercício da prestação jurisdicional através da observância e concretização de seus princípios – e não só mercê da agilização da decisão judicial, importando menos se o seu conteúdo se afina ao dito arcabouço valorativo ou deontológico referido.

De um ponto de vista *objetivo*, então, legitimidade haverá se houver esse respeito e referência à concretização da Constituição e de suas diretrizes de convivência em todo e qualquer caso individual analisado singularmente pelo Judiciário, bem como, com isso, se for observada a nova função democratizante exigida pela jurisdição pedida pela contemporaneidade.

Mas não é só. *Legitimidade subjetiva* (que nesse passo se entrelaça fortemente com o seu aspecto objetivo) também só advirá de uma prestação jurisdicional que angarie o respeito progressivo dos demandantes-cidadãos, não só por solução dos litígios em tempo útil, mas principalmente pela abertura da atividade ao papel de contribuir para uma participação direta e pulverizada, do povo, no poder de definir os rumos e contornos de suas regras de convivência – além de um seu assim externado compromisso, por práticas e resultados, com o decidir buscando o justo e o ético, não apenas o célere e o econômico.

Em suma: *ouvir, permitir a contradição, criar o espaço da dúvida e da possibilidade da demonstração das distintas posições em antagonismo, levando a sério os conflitos trazidos à solução ou encaminhamento –decidindo no tempo devido, mas não necessariamente no menor tempo -, eis a fórmula para angariar respeito e legitimidade subjetiva pela jurisdição, mesmo ante a presentificação hodierna do mundo.*

Perceba-se, então, quanto uma prestação jurisdicional norteada pela pura celerização do tempo está distante de obter uma devida legitimação que seja expressão da construção de uma verdadeira legitimidade do Judiciário (inclusive a partir da mais básica e tradicional ideia de que sua atividade se preste, no mínimo, como forma de importante contrapeso e regulação dos excessos das maiorias parlamentares pelo exercício do direito das minorias, em regimes democráticos e na esfera do multiculturalismo e da ampla diversidade da contemporaneidade).

Veja-se, ainda, que, por tudo isso, a opção por este norte único, de suposta legitimação pragmática (de cunho mais midiático e populista do que qualquer outro⁴⁵⁵), de busca por estes “atalhos” ou “desvios” de justificação, sequer se aproxima de realmente enfrentar as questões reais e mais profundas que se põem em termos de legitimidade da prestação jurisdicional atual.

⁴⁵⁵ Ainda melhor revelando esta espécie de compromissos da ideologia da funcionalização e do “choque de eficiência” na prestação jurisdicional, atente-se a outro excerto do artigo “Gestão pela qualidade é solução para morosidade dos processos judiciais”, já mencionado em nota anterior, onde diz o articulista: “...defendo que comunicação social apenas não basta. É necessário evoluir e o responsável emprego do ‘marketing’ indica ser a ferramenta adequada para tornar o Judiciário e o serviço prestado – jurisdição – mais conhecido da população. A esta ciência cabe monitorar as mudanças do ambiente externo e, através disso, divulgar boas ações e minimizar as ameaças, além de entender as fraquezas e forças internas da organização. ‘Marketing’ é mais do que divulgação.”

Tais desvios deixam em aberto, por conseguinte, esta importante temática, na esfera dos estudos fundamentais sobre o ponto, bem como contribuem para o fomento de idéias equivocadas acerca do que sejam realmente a jurisdição e o Direito hoje e de qual papel tenham a desempenhar na contemporaneidade.

Por fim, obram de forma nociva e deletéria também na prática quotidiana forense, ao instigarem racionalizações simplificadoras para se resolverem problemas complexos da vida contemporânea, num retorno a um racionalismo superficializante que supõe seja suficiente que o Judiciário dê solução formal aos casos concretos que lhe chegam, *desde que de forma quase imediata*, ainda que progressivamente desconectada de uma tentativa verdadeira de perseguição do *justo para o caso*.

Nesse passo, e por derradeiro, apresenta-se como fundamental esclarecer algo que por vezes passa despercebido ou se perde para operadores e estudiosos do direito e que é muito bem resgatado pelas observações de MICHELE TARUFFO⁴⁵⁶: o problema de estabelecer quais são os escopos ou finalidades do processo não é propriamente técnico, a não ser em uma mínima parte. Em verdade, trata-se de um problema de política do Direito e de cultura social prevalente, isto é, as escolhas são essencialmente ideológicas (o contexto sócio-político, antes que o jurídico é que determina tais escolhas). Nesse sentido, aponta TARUFFO

*Il punto, che vorrei qui sottolineare, è che, se ci si pone il problema di stabilire quali sono gli scopi che il processo civile dovrebbe perseguire, ci si colloca su di un piano sul quale la cultura tecnica non è utile, se non in minima parte, e certamente non fornisce i criteri secondo i quali bisogna decidere. Si tratta, infatti, di scelte che si collocano sul piano della politica del diritto e della cultura sociale prevalente nel sistema giuridico in questione. In altri termini, queste scelte sono essenzialmente ideologiche, essendo influenzate dai valori che si ritengono dominanti e degni di essere attuati in un determinato contesto socio-politico, prima che giuridico.*⁴⁵⁷

E se assim é, resta claro que decidir se o processo (e a conseqüente jurisdição) deve ser dirigido, com suas máximas forças, para a produção de decisões justas (e passíveis de viabilizar a inserção democrática de demandantes-cidadãos) - enquanto fundadas sobre uma correta, racional e fundamentada aplicação da lei à luz da Constituição, bem como sobre a consideração individualizada dos casos, com séria busca pelo reconhecimento da verdade dos fatos-, ou se deve ser dirigido prioritariamente para os reclamos por celeridade jurisdicional antes de tudo, não é fruto de uma escolha técnica, mas de uma opção ideológica por esta ou por aquela via.

Trata-se de uma postura política eleita para conduzir a administração da justiça em geral, já que, como diz TARUFFO, a técnica sem a ideologia é vazia, enquanto a ideologia sem a técnica é impotente.

⁴⁵⁶ Jurista italiano estudioso do processo civil que, apesar de não chegar a se declarar “um multiculturalista radical”, compreende e sustenta a inexistência de culturas jurídicas universais, nos seguintes termos, como é interessante destacar aqui: “Da un lato, non credo che esista una cultura universale, né che esista una cultura giuridica universale, né – tanto meno – che esista una cultura processuale universale. Pur senza essere un multiculturalista radicale, constato, nella prospettiva della comparazione giuridica, che esistono molte culture che non sono nazionali perché sono piuttosto sovranazionali (o regionali), ma non sono certamente universali.” (op.cit., p.65).

⁴⁵⁷ TARUFFO. *Cultura e processo...*, op.cit., p.70 - destaquei.

Stabilire che il processo civile deve essere finalizzato a risolvere controversie sulla base della libera competizione delle parti individuali private, come accadeva nei codici processuali 'liberali' dell'800, e come qualcuno sostiene ancora oggi, non è il frutto di una scelta tecnica: è risultato di una opzione ideologica. *Decidere, invece, che il processo civile deve **essere finalizzato alla produzione di decisioni giuste** in quanto fondate su una corretta applicazione della legge e sull'accertamento della verità dei fatti, non è – ancora una volta – il frutto di una scelta tecnica: è frutto de una opzione ideologica.* Ne dà conferma l'analisi comparatística: essa mostra infatti che non solo esistono diversi modelli processuali, ossia diversi modi de concepire e di configurar elo strumento processuale, ma anche che ognuno di questi modelli è coerente con una specifica ideologia della giustizia civile, e si colloca in un contesto político e culturale, oltre che econômico e persino etico, diverso.

Dunque, la scelta de costruire uno strumento processuale perché sai idoneo al conseguimento di finalità che si vogliono raggiungere nell'amministrazione della giustizia non sarebbe neppure comprensibile o spiegabile se si rimanesse soltanto entro i confini della cultura tecnica. *Se si vuole comprendere perché esistono diversi modelli processuali, e perché alcuni ordinamenti scelgono un modello mentre altri ne scelgono un altro, bisogna collocarsi nel contesto delle **ideologie relative all'amministrazione della giustizia in generale**, e in particolare in quello delle ideologie che riguardano la giustizi civile.*⁴⁵⁸

Destarte, um modelo processual (e a final possibilidade de prestação jurisdicional) nasce da combinação de uma escolha ideológica e de sua instrumentação técnica

In sostanza, il processo non è pura tecnica e la sua conoscenza non si esaurisce nella cultura tecnica. La tecnica serve a fabbricare lo strumento processuale, mentre l'ideologia determina gli scopi che il processo dovrebbe conseguire. Entrambe sono congiuntamente necessarie e disgiuntamente insufficienti: *la tecnica senza l'ideologia è vuota, mentre l'ideologia senza la tecnica è impotente.*

(...)

*Un modello processuale – e cio vale per tutti i modelli di processo – nasce dunque dalla **combinazione di scelte ideologiche e di strumentazioni tecniche.***⁴⁵⁹

A grande questão, por conseguinte, é: por que optar por um modelo processual que conduz a uma prestação jurisdicional que acede candidamente aos reclamos circunstanciais da presentificação da vida, sem crítica e reflexão, quando, em que pese a necessidade de maior celeridade e economia processual no mundo contemporâneo, estaria ao alcance uma escolha pela estruturação e instrumentação de uma nova jurisdição, pautada pela busca da função contributiva com a instituição da democracia (e perseguição do justo para o caso concreto)? Por que buscar apenas mais do mesmo, num processo asfixiante e sem-fim de corrida atrás do tempo, apenas reproduzindo o que ocorre na realidade hodierna, com prolação de decisões rápidas e efêmeras – por que superficiais e homogeneizadas - que, ao final, só leva à desumanização das relações e faz perder o sentido instituinte do tempo? E mais: quando já se pode antever até mesmo a insustentabilidade prática destas promessas pragmáticas, por que a busca por presentificação não é mais do que um poço sem fundo, remetendo sempre a novos horizontes de produção numérica de decisões judiciais parametrizadas, perpetuamente?

Esta a grande armadilha e o gravíssimo risco de uma *institucionalização da presentificação também da prestação jurisdicional*, que pode não só acabar em final descrédito do judiciário pela impossibilidade do cumprimento eterno de metas de produtividade numérica, como na sua final deslegitimação, de um ponto de vista objetivo e subjetivo, por um impositivo e crescente desapego à concretização efetiva de um arcabouço de valores referidos à ética e à justiça do caso, para cada

⁴⁵⁸ TARUFFO. *Cultura e processo...*, op.cit., p.71 - destaquei.

⁴⁵⁹ Id., ibid. - destaquei.

situação individualizada e segundo o constitucionalmente posto, à vista destas circunstâncias, bem como pela final perda de respeito institucional que isso pode acarretar a médio e longo prazo.

c) Esboço de alternativas à presentificação da jurisdição, mesmo na contemporaneidade periférica: O que parece estar indene de dúvidas a esta altura da exposição, quando se procede a um exame mais crítico do tema, é a ideia de que o que precisa ser objetivado hoje é justamente a construção de uma real legitimidade da prestação jurisdicional, nos termos críticos já expostos.

Esta, por sua vez, só se alcança com um verdadeiro respeito e contribuição à construção sem-fim da democracia, o que, em princípio, não parece pressupor só uma observância procedimental às leis, mas também uma busca de efetivação, que seja substantiva, dos princípios constitucionais, de acordo e na medida do que devido para cada caso concreto (*busca pela democracia constitucional*).

E mais do que tudo, parece pressupor, ainda, um reconhecimento de que o conflito é inerente a uma sociedade democrática (ainda que não necessariamente o litígio, como se verá adiante). A compreensão de que, por isso, ele deve ser acolhido e embalado, aceito e debatido, quando da prestação jurisdicional, até que possa ser redimensionado e bem reencaminhado produtivamente à própria sociedade. De que assim, esse conflito mediatizado por esta ação estatal, reflua agora à comunidade como solução, não do tipo soma-zero entre as partes (onde um necessariamente perde e outro necessariamente ganha), mas representativa de um ganho social para todos (para além das disputas sobre bens da vida específicos).

E nisto, finalmente, a esperança de que, assim, gere-se, ao final desta mediação estatal, não só acomodação forçada entre partes, mas satisfação mútua efetiva - no mínimo, pela consideração verdadeira da contraposição de distintas perspectivas sobre o direito posto, transmutadas em diversas expectativas e pretensões devidamente examinadas e acolhidas, ou rejeitadas de forma adequadamente fundamentada pelo Judiciário -, com a geração de uma pacificação social realmente qualificada a partir de então (pela participação direta e efetiva). Tudo isso, aliás, num fazer e refazer diário e constante, mediante a aplicação do direito aos casos que afloram nos naturais embates eternamente ocorrentes em uma sociedade plural e democrática, de forma incessante e sempre renovada, como é da natureza da tarefa da prestação jurisdicional (*busca da democracia constitucional em sentido amplo*).

Todavia, aqui residem o paradoxo e a dificuldade principal da realização de uma tal tarefa nestes termos ideais. Esta composição tendente ao justo, à descoberta da resposta equânime para os conflitos trazidos à apreciação do Judiciário, *só encontra sustentação e meios mediante o necessário dispêndio de um determinado tempo devido. Entretanto*, também deve-se reconhecer ser verdade que essa necessidade essencial, por sua vez, pode ser, em grande medida, *conflitante com a atual hiperdinamização do mundo, exacerbada pelos reclamos de imediatidade das decisões judiciais*.

Desta forma, se o excesso de tempo para a solução de uma demanda realmente tem o potencial de esvaziá-la seriamente de conteúdo útil num mundo assim, posto em velocidade extrema, como compatibilizar essa realidade com a inexorabilidade da necessidade de se preservar um certo *tempo do direito*, quando de sua aplicação, como última garantia de que de prestação jurisdicional legítima ainda se trate a resposta dada afinal do tempo tomado pelo processo?

A resposta parece estar em se focar numa nova espécie de solução: aquela do *corte dos excessos*, de parte a parte.

Nem o tempo imediato da mídia, das instituições “presentificadas” ou das utopias de uma hipermodernidade tecnológica e libertária, que se pretenda apta a soluções instantâneas para dar cabo dos complexos conflitos da vida e da coexistência, perdendo de vista as necessidades e limitações humanas e de suas impositivas relações gregárias, nem, no outro extremo, o tempo sem fim dos ritos ultrapassados, como fins justificados em si mesmos, que desconsideram as reais necessidades da vida, perdendo-se em buscas também ilusórias e desmedidas pelas verdades últimas de um racionalismo ao estilo dos geômetras sociais do cartesianismo. Apenas, doravante, *a tentativa da medida certa das coisas e do tempo*. E nisso uma busca pelo momento correto e adequado para o decidir, num resgate de um certo senso de oportunidade, do sentido de um ponto ótimo para um bem julgar, de uma hora certa para tudo, e principalmente para a formação do juízo, a que os gregos chamavam de *Kairós*⁴⁶⁰.

Esta a *primeira constatação preliminar deste tópico, na investigação inicial por uma alternativa à presentificação da jurisdição*: busca por legitimação a qualquer custo, mediante simples celerização de demandas e juízos, é resposta muito distinta de uma busca pelo tempo correto das coisas, que visa a gerar real legitimidade na prestação jurisdicional.

É aqui que a primeira tentativa de resposta às dificuldades da contemporaneidade, referida antes, se divorcia radicalmente desta segunda proposta de enfrentamento das mencionadas agruras atuais.

É nesse passo que essa *legitimação por justificação pragmática* acaba por se revelar não mais como uma real e viável solução aos fenômenos da amplificação da velocidade do mundo e das relações, mas como uma mera expressão do próprio fenômeno da indesejável presentificação e destemporalização do mundo. É aí que ela surge como um instrumental que só faz retroalimentar esse desejo sem fim pela velocidade considerada em si mesma, desumanizando relações e afastando a prestação jurisdicional de sua função vital de viabilizar a convivência pacífica qualificada – e, de assim, realmente assentar-se como atividade democraticamente legítima.

Entretanto, é preciso reconhecer que dizer que a busca por *Káiros* é o ideal no que concerne à prática da difícil arte de se apreender e executar a técnica do processo como modo permissivo da aplicação do direito na vida real, é pouco mais do que apontar para um mesmo problema sob novas vestes. A questão reside em saber *como* realizar essa tão longa e extenuante busca no espaço de um mundo que não cede tempo algum a nada - e, até aqui, parece restar quase intocada.

⁴⁶⁰ Cf. FRANCOIS OST, *O tempo do Direito...*, op.cit., p.32, fazendo referência, ainda, a CLAUDE LEFORT [‘Essais sur le politique’, Paris: Payot, 1986. p. 21 et seq.]: “Admitir o *Kairós*, o instante criador, no seio do tempo social, é reconhecer que o tempo de uma sociedade aberta não é regular e uniforme; é admitir que ele seja percorrido por hesitações, cruzado por incertezas, transornado por acontecimentos imprevisos – e isso principalmente porque ele reconhece o conflito que não procura ocultar. A democracia, sabe-se bem desde Claude Lefort, é o regime marcado pela indeterminação de suas certezas e que, desde então, faz de suas divisões uma força – o élan necessário para a pesquisa deliberativa, ininterrupta do bem comum.” (destaquei).

A respeito, conferir ainda, ERNILDO STEIN, a respeito de como este conceito de “instante” era ligado por HEIDEGGER ao de “situação” (STEIN, E. *Seis estudos sobre ‘Ser e Tempo’*. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. p.9.

Surge, pois, a necessidade de se externar antecipadamente uma *segunda constatação preliminar da investigação alternativa levada a termo neste tópico*: faz-se necessário **construir o espaço temporal do direito na realidade deste mundo sem tempo**, seja por meio de um gerar o tempo devido para as demandas certas (extraindo-o de outras, por certo, já que não se pode supor uma ilusória criação deste espaço sem custo – o que, de novo, pressupõe o exame individualizado de casos), seja exercendo, o Judiciário, também uma função que é sua e que lhe compete na democracia, de crítica e resistência, de novo, a alguns reclamos excessivos da maioria que não tenham razão real de ser, ou que representem apenas a expressão desta radicalização da cultura do efêmero e da urgência, numa função de educação para a cidadania e de estímulo à civilização a partir das bases contratadas constitucionalmente.

De qualquer sorte, ainda é demasiado cedo para se buscar tratar diretamente desta segunda constatação. Ela será objeto de específico exame no capítulo seguinte, em ponto oportuno. Agora é o momento, apenas, de dar fecho às constatações práticas negativas derivadas do tratamento deficitário da questão da legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade, bem como de apenas acenar com elementos introdutórios para uma discussão futura sobre a noção de tempo devido neste tema.

d) Complemento de uma crítica aos desvios em busca de legitimação e breve introdução à discussão futura da noção de tempo devido do processo como elemento para a construção da legitimidade jurisdicional contemporânea: Ao fim de tudo, então, qual deve ser o *tempo do processo*? – parece ser a indagação que remanesce.

Se, por um lado, não se pode falar propriamente em legitimidade (objetiva e subjetiva) da prestação jurisdicional derivada de um simples aceder à presentificação do mundo, a partir da adesão aos desvios em busca de legitimação pragmática nesta área, mas, por outro, de fato existe uma aceleração das relações sociais na realidade a clamar por maior agilidade da justiça,⁴⁶¹ como proceder? Como encontrar o *tempo devido do processo*, que passa, assim, a ser também elemento necessário e específico para a legitimação da prestação jurisdicional atual?

Ora, ainda que uma possível resposta possa ser fornecida somente no âmbito do capítulo seguinte, é necessário ao menos se introduzir desde logo o tema, para que seja ao mesmo tempo possível dar fecho a este ponto de modo adequado.

Destarte, considere-se que o primeiro passo para começar a tratar destas indagações essenciais é se perceber e acolher o fato de que não há resposta fácil para elas (já que aquelas que detêm esta natureza não se prestam a solucionar estas perguntas de forma suficiente e adequada, de modo a se poder obter a legitimidade jurisdicional devida na contemporaneidade, como se viu). Até porque,

⁴⁶¹ Refere CRUZ E TUCCI (*Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*). São Paulo: RT, 1997, p.16): “O discurso acerca da excessiva duração do processo, conquanto se insira realmente entre os velhos problemas da sociologia jurídica, é sempre atual: basta lembrar o lamento de Hamlet (‘law’s delay’), as palavras sábias já referidas, de De la Bruyere [‘a demora na administração da justiça constitui, na verdade, pura negação da justiça!’ – *op.cit.*, p.15], ou, ainda, a observação amarga, mas candente, de Goethe, que, em diversos momentos históricos, exprimia idêntica crítica, mais ou menos válida para a sociedade contemporânea: a lentidão alarmante do funcionamento dos órgãos da justiça! [citando-se Ladislao Gaspard, ‘I tempi del processo civile nell’ordinamento ungherese, in “Studi in onore di Vittorio Denti”, v.2, Padova, Cedam, 1994, p.182.]”

ainda que posta sob um novo enfoque, trata-se de uma situação derivada, a rigor, do vetusto e insolúvel problema da inevitável mediatização das relações provocada pela proibição da autotutela e instituição da jurisdição⁴⁶².

O segundo passo preliminar é assumir uma posição *crítica* com relação ao senso comum estabelecido hodiernamente de que, para dar respostas a tais profundos problemas, basta imprimir uma ainda maior *aceleração* do processo judicial. Ou de que é suficiente a isso agregar uma também mais radical *abreviação* do processo e de seus procedimentos – de resto, ambas radicalizações, sempre tendentes ao crescimento na modernidade presente. Questionar-se, enfim, o *reducionismo*⁴⁶³, atualmente vigente e pujante, desta complexa temática da vida e do direito, a um problema menor, como se ela se restringisse a um enfrentar com “êxito” burocrático-administrativo (ou meramente “estatístico”, se assim se preferir) a chamada “morosidade” na prestação jurisdicional.

E se obviamente esta dita morosidade jurisdicional não é, de outra parte, negada aqui como problema real a ser enfrentado neste contexto, como ocorrência atual e capaz de ameaçar seriamente a efetividade dos direitos instrumentalizáveis por esta via⁴⁶⁴, tem-se, então, que a postura devida no ponto será a de *um recolocar tal problema em perspectiva*. Ou melhor: aquela de buscar um seu *redimensionamento* seja quanto a seus contornos, peso específico e posição adequada no contexto desta *temática maior do tempo devido do processo*, seja em suas causas e conseqüências, também desta forma re-contextualizadas.

Desta forma, o que se imporá, doravante, para bem tratar da questão da presentificação do mundo e da progressiva invasão da jurisdição por este fenômeno, além da busca por legitimidade nesta atividade sob tais circunstâncias, será um reenfocar criticamente o velho problema da morosidade judicial – quiçá, de uma forma radical.

E nesse passo, uma nova indagação talvez bem auxilie na preparação da abordagem futura acerca de como encontrar o tempo devido do processo como mais um elemento de expressão da legitimidade da prestação jurisdicional contemporânea. Uma nova indagação que talvez possa ser

⁴⁶² Cf. sempre nos dão conta já as primeiras lições de processo civil, aqui rememoradas – porque envolvidos pela complexidade de tudo, não raro, hoje perdemos de vista o óbvio - nas palavras do saudoso Professor OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, ao abrir o volume I do seu “Curso de Processo Civil”: “No direito, o emprego da palavra processo está ligado à idéia de processo judicial, correspondente à atividade que se desenvolve perante os tribunais para a obtenção da tutela jurídica estatal, tendente ao reconhecimento e a realização da ordem jurídica e dos direitos, sejam individuais ou coletivos, que ela estabelece e protege.

A necessidade do processo judicial representa um custo para todos os titulares de direitos ou de outros interesses legalmente protegidos pela ordem jurídica, à medida em que, estabelecido o monopólio da jurisdição, como uma decorrência natural da formação do Estado, afasta-se definitivamente a possibilidade de reações imediatas tomadas pelos titulares para a pronta observância e realização do próprio direito. A idéia de ‘processo’ afasta a idéia de ‘instantaneidade’ da reação que o titular do direito ofendido poderia ter, se não tivesse de submetê-lo, antes, ao crivo de uma investigação sempre demorada, tendente a determinar a sua própria legitimidade.

Assim, pois, sempre que o direito não se realiza naturalmente, pelo espontâneo reconhecimento do obrigado, o titular, impedido como está de agir por seus próprios meios, terá de dirigir-se aos órgãos estatais em busca de proteção e auxílio, a fim de que o próprio Estado, depois de constatar a efetiva existência do direito, promova a sua realização.” (*Curso de Processo Civil, volume I (Processo de Conhecimento)*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 1-2 – destaquei.)

⁴⁶³ Cf. MORIN, *Introdução ao pensamento complexo...*, op.cit., p.6, a respeito.

⁴⁶⁴ Por todos, a assertiva de MARINONI (*Manual do Processo de Conhecimento...*, op.cit., p.188) nesse sentido: “A morosidade da justiça prejudica a efetividade dos direitos fundamentais. [citando-se, nesse ponto, o seguinte: “O Conselho Superior de Magistratura já disse que um juízo lento e intrincado dá lugar a fenômenos de compressão dos direitos fundamentais do cidadão (cf. Frederico Carpi, ‘La provvisoria esecutorietà...’, cit., p.12).”].

formulada nos seguintes termos: mas afinal, já não será tempo de antes (ou de também) cuidar dos avanços desmedidos de uma busca por uma *impossível instaneidade* das soluções dos conflitos da convivência, no âmbito de sua mediatização judicializada, principalmente num momento histórico em que tais conflitos recrudescem em razão da hipercomplexificação das relações humanas⁴⁶⁵? Já não será isso, hoje, que nos ameaça mais ou tanto quanto a mora no fazer valer os direitos alegados ou contestados? Que nos arranca cada vez mais dos limites de uma possível e necessária existência *humana*⁴⁶⁶ e, ao mesmo tempo, esgarça o já frágil tecido de uma legitimidade jurisdicional que deve ser construído quotidianamente, no calor dos conflitos inerentes a uma democracia plural e cada vez mais multiculturalista, no âmbito de cada caso individualmente considerado?

Ao invés de apenas se ingressar cada vez mais fundo, sem pestanejar, no circuito vicioso e viciante do excesso da velocidade de tudo, não será tempo de repensar estruturas⁴⁶⁷, de questionar

⁴⁶⁵ Globalização, avanços tecnológicos, diversidade em pressionado contato etc.

⁴⁶⁶ E aqui a noção de *temporalidade* (como percepção de situação do homem frente ao seu momento de vida, relacionando-o, pois, com a questão inadiável de sua finitude, mas também com a percepção de que nele se materializa permanentemente uma ponte de ligação entre um passado e um futuro constituídos e em constituição) parece ser um essencial resgate a ser feito da filosofia, tal como posto a partir de Heidegger, derivando, sob outras formas e nomes, para escritos de Gadamer ou Ricoeur. A respeito, conferir: STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*...., op.cit., p.74, v.g.; PASQUA, Hervé. *Introdução à leitura do Ser e Tempo de Martin Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget, [1993?], pp.145-186 (Segunda Secção, Capítulos 3, 4, 5 e 6). GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*. [?]: Herder, 2003, pp.229-236, no tópico “La hermenêutica como metafísica de la finitud”.

⁴⁶⁷ É bastante salutar, por exemplo, que se pretenda instituir uma cultura de planejamentos estratégicos para a Administração da Justiça e mesmo que se estabeleçam metas de prestação jurisdicional que recuperem os atrasos históricos relativos à tempestividade na prestação jurisdicional, desde que dentro de determinados limites que não percam de vista o que é e representa a prestação jurisdicional num Estado democrático e de Direito. Mas não se pode olvidar que nada disso resolve questões viscerais outras, que injustificadamente “tomam o tempo do direito” e alimentam insidiosamente uma lentidão “da justiça”, que não é da ou só da justiça. Basta pensar em como o próprio Executivo alimenta os escaninhos das secretarias dos Juizados Especiais Federais Previdenciários com feitos que não deveriam lá estar, mediante um modo de proceder frequentemente indevido ou desdioso da Autarquia Previdenciária na seara administrativa (fala-se aqui das orientações vinculantes dos escalões burocráticos de hierarquia superior, e não propriamente dos servidores ou procuradores que se vêem obrigados a executar tais orientações na prática diária), “empurrando” ao Judiciário determinadas situações que necessariamente deveriam ser resolvidas na via administrativa; e, pior, basta considerar o modo como o Judiciário acolhe e aceita “retrabalhar” questões que tais, sem impor ao agente causador desta situação o cumprimento de suas obrigações, tudo a bem de supostamente evitar que o segurado padeça ainda mais com tal estado de coisas – contribuindo sobremaneira, entretanto, para que esta situação em especial jamais se resolva e que, mais grave ainda, o escasso tempo disponível para amadurecer e bem aplicar o direito noutras tantas causas, aí sim, de atuação imprescindível do Judiciário, se perca e dissipe no ar.

Guardadas as proporções, vale aí o exemplo dado por MARINONI, acerca do que ocorreu quando do “plano de estabilização econômica, levado a efeito pelo Governo Collor, que impediu o saque das contas de poupanças a partir de determinado valor”: “para se impedir o seu adequado questionamento perante o Judiciário, editou-se medida provisória, proibindo a concessão de liminar e a execução ‘provisória’ da sentença nos mandados de segurança e nas ações cautelares que tivessem referido plano como objeto”, quando, aí, “a tempestividade do processo era imprescindível para a proteção dos direitos” dos afetados pela medida (a “demora da justiça era a estratégia do governo para permitir o desenvolvimento do plano”, diz o processualista – *Manual do Processo de Conhecimento*...., op.cit., pp.188-9).

E note-se, ainda, mesmo para o caso específico, que, ainda que passadas quase duas décadas de tais ocorrências, tal situação lança tentáculos obstrutores dos canais judiciais até hoje, retirando precioso tempo para uma prestação jurisdicional mais adequada noutras demandas, quando se verifica, v.g., o alto percentual atualmente existente de ações tramitando na Justiça Federal de todo o país para a aplicação de expurgos inflacionários em cadernetas de poupança e pagamento de diferenças daí decorrente.

Para concluir, diz MARINONI, acerca do exposto ao início: “...De modo que se pode dizer que o abuso político encontra campo aberto na lentidão e na inefetividade da jurisdição, ou que a tempestividade da administração da justiça e dos procedimentos judiciais é muito mais importante à jurisdição do Estado constitucional do que àquela que se se subordina ao princípio da supremacia da lei.

Diante de tudo isso, não há dúvida de que pode existir falta de vontade política para a redução da demora processual. A *lentidão da justiça, nesse sentido, seria fruto de vários interesses. Portanto, há uma certa dose de ingenuidade em pretender atribuir aos juízes a responsabilidade pela lentidão dos processos* [cita-se BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, ao se comentar “é importante não esquecer que os advogados também têm sua parcela de culpa, já que, lamentavelmente, largos estratos da advocacia organizam e rentabilizam sua atividade com base na (e não apesar da) demora dos processos (Boaventura de Souza Santos, *Introdução à sociologia*...., cit., p.127).”]. Ainda que os juízes devam aplicar a legislação

ideologias⁴⁶⁸ e premissas no campo desta discussão e na compreensão da própria atividade onde este problema se coloca? Enfim, não será o momento, mais objetivamente falando, de se começar a buscar engendrar *meios de reconquistar um espaço, no processo judicial, para o gasto devido de um tempo imprescindível ao realizar do direito*, perdido que foi para as urgências sem fim dessa vida de premências de hoje – *sem que isso signifique ter de negar vez à realidade indesmentível da aceleração do mundo contemporâneo?*

Trata-se, pois, de chamar a atenção, neste ponto, para o fato de que, ainda que seja necessário aprimorar procedimentos, institutos e instrumentos de prestação jurisdicional, bem como eliminar os espaços de verdadeiro dispêndio temporal inútil no curso do processo, para se atender os reclamos da sociedade dinâmica da contemporaneidade, somente isso não bastará para gerar verdadeira legitimidade desta atuação estatal - e poderá ser, a partir de certo ponto, até mesmo verdadeiramente contraproducente e disruptor de finalidades e essências inerentes à noção de prestação jurisdicional adequada.

Isso, primeiro, porque, apesar da atual *excessiva discronia*⁴⁶⁹ existente entre tempo do processo e tempo da vida moderna, de bom grado reconhecida aqui, há um limite intransponível a ser respeitado, quer queira-se ou não, do “tempo do direito”, para além do qual, a insistência na compressão ou supressão temporal impede a realização do papel institucional do próprio direito e da jurisdição. E, a partir desse ponto crítico, a efetividade do direito e a legitimidade de sua consideração e aplicação, passam a ser suprimidas também, não mais em função da demora, mas em razão de um inevitável extravio de conexão com a noção da busca do justo essencial posto nas leis e na Constituição⁴⁷⁰, *numa funcionalização extremada do direito (com rarefação de conteúdo)* e seus instrumentos de concretização, bem como em razão de uma perda de foco no seu papel de “retemporalização” das relações em sociedade⁴⁷¹.

processual à luz do direito fundamental à tempestividade e à efetividade da tutela jurisdicional, devam evitar a atuação processual voltada a protelar o processo e sejam responsáveis em distribuir o ônus do tempo do processo entre as partes, é evidente que a lentidão da justiça não pode ser jogada [só, acrescento eu] nas suas costas.” (*Manual do Processo de Conhecimento*...., op.cit., p.189-destaquei).

⁴⁶⁸ Prossegue MARINONI, mais especificamente quanto ao ponto: “Acusar os juízes pela demora da justiça constitui reducionismo imperdoável, uma vez que a questão da demora passa por uma dimensão muito mais profunda, ou seja, pela própria ideologia que permite que o Poder Judiciário seja o que é, pois, como é intuitivo, nada, absolutamente nada, possui uma determinada configuração sem razão ou motivo algum. Nessa dimensão, nenhuma ‘justiça’ é boa ou má, ou efetiva ou inefetiva, já que ela sempre será da ‘forma’ que os detentores do poder a desejarem, e, portanto, para alguns, sempre ‘boa’ e ‘efetiva’.” (Id., pp.189-190).

⁴⁶⁹ A expressão é de FRANÇOIS OST, na obra já várias vezes citada, *O Tempo do Direito*.

⁴⁷⁰ E aqui nunca será demais lembrar o que diz OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, no sentido de que “a justiça não pode ser concebida como um valor abstrato”, mas deve ser algo concretizado nos casos, uma finalidade perseguida na realidade, já que ela é e deve ser sempre a nossa via de ingresso no Direito. Ou, nas palavras de OVÍDIO, citando PAUL RICOEUR: “Como mostra Paul Ricoeur, no lúcido ‘Prefácio’ para sua coleção de ensaios sobre a Justiça, não sem antes se referir a Platão e Aristóteles, ‘Nosso primeiro ingresso noa região do Direito não terá sido marcado pelo grito: ‘É injusto!’ É esse o grito de ‘indignação’, cuja perspicácia às vezes é assombrosa, se medida pelos parâmetros de nossas hesitações de adultos instados a pronunciarmo-nos sobre o justo em termos positivos. A indignação sobre o injusto vai muito além daquilo que John Rawls chama de ‘convicções ponderadas’, cujo auxílio nenhuma teoria da justiça pode recusar’ (‘O justo – A justiça como regra moral e como instituição’, Edição original 1995, Paris, São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1º vol, p.5).” (“Justiça da Lei e Justiça do Caso”. In.: *Revista Forense*, vol. 400, novembro/dezembro de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.189-205. – especificamente pp.201, para a primeira, e 202, para a segunda citação).

⁴⁷¹ Isto é, de uma “reinterpretação voluntária do tempo” em sociedade que passe a lhe imprimir “um sentido humano”, nos termos do que refere FRANÇOIS OST (*O tempo do Direito*....,op.cit., pp.42-43).

Segundo, assim também, porque, pelo mesmo motivo, há limites para a tendência à padronização e homogeneização excessiva dos casos que por vezes a celeridade como visada última e única provoca (conforme melhor se verá no ponto seguinte), até porque reconhecer as diferenças e garantir o seu respeito, não só abstratamente, mas na prática conflituosa diária da vida em convivência, é também um dos reclamos atuais mais candentes que se faz em Estados democráticos e de direito⁴⁷².

Terceiro, e por fim, por que é papel do direito (e do processo e da jurisdição), como instituição cultural⁴⁷³ e humana, também cadenciar e dar ritmo à vida em sociedade⁴⁷⁴, nos termos de uma desejável convivência mais harmoniosa e fraterna entre todos - inclusive contratada constitucionalmente como objetivo a ser construído, no caso brasileiro⁴⁷⁵ -, e não somente render-se aos reclamos utópicos da mídia, pela imediatidade das soluções dos conflitos, e das pessoas aprisionadas nesse ciclo de “destemporalização” que desumaniza, contribuindo candidamente, assim, com esse culto ao efêmero e ao urgente como coisa em si, que degrada o sentido humano da vida.

Por fim, é necessário ainda desde logo adiantar, que justamente a partir do reconhecimento deste papel institucional do direito, de impositivamente ter de lidar adequadamente com o *tempo devido* e o *espaço das diferenças*, para viabilizar uma convivência humana adequada, bem com de, mais especificamente quanto ao direito processual, ter de gerar condições suficientes para uma prestação jurisdicional *adequada* à finalidade maior de obtenção de uma *pacificação social qualificada*, é que será possível se iniciar a proposição de uma *releitura* da questão do que, por este prisma específico, seja uma *prestação jurisdicional legítima na contemporaneidade*.

Mercê disso, também de se dizer desde logo, é que se poderá por em xeque a questão da *absolutização da celerização* das demandas em suas bases normativas aparentemente mais sólidas hoje, propondo-se que alguns princípios e instrumentos processuais intuitiva ou expressamente ligados à questão da agilização dos feitos e atendimento das urgências sejam repensados em suas finalidades, citando-se, a título exemplificativo e introdutório, a questão da discussão do sentido do disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF/88⁴⁷⁶.

Também assim, a questão da expansão ilimitada e acrítica de instrumentos conectados à economia e celeridade da prestação jurisdicional, tal como o dos Juizados Especiais Federais –JEF⁴⁷⁷ e o da virtualização eletrônica dos processos como panacéias para a celerização da justiça, bem como a

⁴⁷² A respeito, conferir o artigo do Professor OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “Justiça da Lei e Justiça do Caso”, com referência completa conforme nota anterior.

⁴⁷³ Conferir a respeito, o artigo do Professor da especialização em Processo Civil da UFRGS, DANIEL F. MITIDIERO, intitulado “Processo e Cultura: Praxismo, processualismo e formalismo em Direito Processual Civil.” (In: *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2004, n. 33); também o artigo de MICHELE TARUFFO, “Cultura e processo”, já citado anteriormente.

⁴⁷⁴ OST, *O tempo do Direito...*, op.cit., pp. 36-7.

⁴⁷⁵ Artigo 3º da CF/88.

⁴⁷⁶ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **LXXVIII** - A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

⁴⁷⁷ Criados pela Lei nº10.259/01, com procedimento regulado subsidiariamente também pela Lei nº 9.099/95.

questão da forma como se deve encarar e compreender a finalidade das tutelas de urgência⁴⁷⁸ hoje, e, mesmo, como se pode aplicar algumas delas de modo diferenciado, mais especificamente, poderá ser oportunamente revista.

Cuida-se de sugerir agora, para oportunamente demonstrar, que, talvez, tais princípios e instrumentos processuais devam ser apreciados hoje, todos, não mais como ferramentas de utópica solução *imediate* (e ao mesmo tempo efetiva) das demandas, ou de mera *abreviação temporal como finalidade em si mesma*⁴⁷⁹, mas como vias de uma real e efetiva *abertura de espaços temporais* onde isso se mostrar possível e adequado (e aí, de novo, a imprescindibilidade do exame do caso), para que assim seja possível *verter este precioso tempo economizado* para os casos onde dele não se possa realmente prescindir para que se dê e realize uma decisão justa, e por isso, também efetiva em termos de *pacificação social qualificada*⁴⁸⁰.

Enfim, cogita-se, desde logo, de propor uma releitura de toda esta problemática que, ao fim e ao cabo, garanta uma prestação jurisdicional que seja *legítima* também por respeitar o direito a uma *necessária diferenciação* dos casos e, no extremo, até mesmo o *direito a uma certa “lentidão”*⁴⁸¹ *adequada e devida em determinadas situações da vida* para que a *“temperança”*⁴⁸² atue e o direito readquira o seu *sentido humano*⁴⁸³, mesmo nos tempos de hoje.

Isso é o que haverá de se tratar no capítulo subsequente, dando-se, assim, por encerrada esta complementação da crítica à busca por desvios de legitimação na prestação jurisdicional contemporânea, permissivos da infiltração da presentificação da vida nesta seara, bem como o vislumbre proposto de como se haverá de discutir a questão do tempo devido do processo neste contexto.

Adiante, passa-se ao exame da questão imediatamente conexa a da tentativa de supressão do tempo na contemporaneidade e seus reflexos na prática da jurisdição e da administração da justiça, qual seja, à questão da tentativa de supressão dos espaços de diferença neste mesmo contexto.

2. Do problema das tentativas de *supressão do espaço das diferenças*: a explosão de litigiosidade e o *mau trato da conflituosidade* das sociedades contemporâneas em transição.

⁴⁷⁸ Tais como postas no Código de Processo Civil de 1973, após infundáveis reformas pontuais, v.g., nos artigos 273 e 461 do CPC (como expressão de tutelas de urgência em jurisdição satisfativa) e, ainda, em alguns dispositivos do Livro III daquele Código, também guarnecidos pelo disposto no seu art.798 (como expressão de tutelas de urgência em jurisdição cautelar), sempre se lançando mão, é claro, para tais distinções, de forma mais precisa, entre as questões da “provisoriedade” e da “temporiedade”, bem como entre as noções de “satisfação” e “asseguração” dos direitos (ou se assim se preferir, nas expressões ponteanas, “execução-para-a-segurança” e “segurança-para-a-execução”, respectivamente), nos termos das lições de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (conferir o seu *Curso de Processo Civil*, vol. 2 (Processo Cautelar-Tutela de urgência), 6ª ed., mais especialmente já os conceitos fundamentais postos nas pp.25 e seguintes).

⁴⁷⁹ Verificar em OST, *O Tempo do Direito*..., op.cit., p.33, e comentários e citações respectivos adiante.

⁴⁸⁰ Ou, nos termos de OST, onde não se possa prescindir do passar do tempo também como “um tempo neguentrópico e criador” que se revele como “condição do retorno à paz social”. (Id., *ibid.*, p.14-5).

⁴⁸¹ A forte expressão é de FRANÇOIS OST, como melhor se verá adiante. Conferir OST, op.cit., pp.33-4.

⁴⁸² Sobre o significado de temperança, conferir o que segue adiante, bem como OST, op.cit., p.17, adiantando-se apenas que se trata de uma justa dosagem das coisas, “da continuidade ou da mudança”, que é dada precisamente pela “sabedoria do tempo”, pelo seu desenrolar harmonioso e elucidativo, que, ao final, é capaz de garantir o equilíbrio das relações sociais.

⁴⁸³ Cf. RICOEUR, *apud* OST, *O tempo do Direito*..., op.cit., p.29.

a) Introdução geral ao problema: a sociedade contemporânea em transformação e a tendência de supressão das diferenças.: Como já se abordou oportunamente, na contemporaneidade, além da *presentificação* da vida e do mundo, também opera um fenômeno de *tendência à supressão do espaço das diferenças* em vários âmbitos, seja no da cultura, no da política ou no dos modos de se comportar e pensar⁴⁸⁴ na esfera social ou individual. Mas essa afirmação deve ser compreendida no contexto de uma certa complexidade que lhe é inerente, já que essa tendência parece operar por mais de uma via.

Assim, de se considerar, primeiro, aquele que seria ao mais óbvio destes caminhos supressivos do espaço das diferenças: o da abertura da possibilidade de universalização de certos modos de vida e pensamento dominantes na contemporaneidade através da ocorrência de uma severa mundialização e de uma série de circunstâncias peculiares da realidade histórico-cultural atual, dentre as quais se destaca “o impacto transformador da tecno-industrialização” na vida do homem⁴⁸⁵.

A respeito desta primeira via de possível homogeneização de pensamentos e comportamentos, sustenta A.C. WOLKMER o seguinte:

Estamos impelidos ao bojo de uma circunstância e de uma mundialização, em que o crescimento considerável das Ciências Naturais, Humanas e Sociais, o desenvolvimento da tecnologia e a aceleração no aprimoramento e uso sofisticado dos meios de comunicação modificam profundamente as condições de vida do próprio homem.

Os vícios estruturais se fazem presentes na centralização do poder e na arregimentação do indivíduo através da mais sugestiva computação e manipulação das ‘mass media’, numa quase messiânica perspectiva macluhaniana.

A visão orteguiana se materializa no paraíso ‘de los hombres masas’: as massas reduzidas pelas técnicas comportamentais são confinadas a uma vida meramente vegetativa, cujo devir se edifica no imaginário de um admirável mundo novo ao estilo dos ‘Orwells’ ou dos ‘Huxleys’.

A deterioração dos sistemas políticos (ontem: socialismo estatal; hoje: capitalismo neoliberal) *está vinculada a uma ordem globalizada, determinante da proliferação criminal, da extinção da diversidade cultural, das idolatrias do consumismo e dos poderes irracionais dos Leviatãs autocráticos.* A agressividade, o conflito [aqui leio, o litígio] e o supérfluo são os elementos identificadores desta sociedade automatizada, composta por uma multidão desumanizada, alienada e neurótica.

As diversas áreas das Ciências sociais e Políticas são solapadas pelo pseudodinamismo de um eficientismo estatístico-quantitativo que vai desde a ‘Systems Analysis’ (David Easton), o estrutural funcionalismo (Merton, Almond e Powel) até a abordagem cibernética (Wiener e Deutsch). *Tais modelos representam um funcionalismo vazio, anti-histórico, formalização conservadora de um ‘status quo’, apologia de uma ideologia ocultada.*⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ A respeito da problemática de “como pensamos hoje”, o antropólogo CLIFFORD GEERTZ (*O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Trad. Vera Mello Joscelyne. 11ªed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p.26.) faz uma distinção entre dois tipos de abordagem do pensamento humano, que diz serem relativamente diferentes entre si e muito em moda no momento (representadas em suas formas radicais por CHOMSKY e WHORF), mas que, segundo ele não pareceriam particularmente plausíveis, acaso consideradas isoladamente. São elas: “a [abordagem do pensamento humano] ‘unificada’, que concebe o pensamento humano como um processo psicológico, ligado à pessoa e governado por leis, e a ‘pluralista’, que o concebe como um produto coletivo, codificado culturalmente e historicamente construído. Ou seja, para um, ‘o pensamento está na cabeça’; para o outro, ‘está no mundo’.” Ora, segundo GEERTZ, seria na tensão entre estas formas que poderia se encontrar uma abordagem mais plausível desta questão, e não nas tendências a compreensão abstrata e categorizada desta problemática vigorante hoje.

⁴⁸⁵ Cf. A.C. WOLKMER, *Ideologia, Estado e Direito...*, op.cit., p.32 e ss.

⁴⁸⁶ Id., *ibid.*, op.cit., pp.32-3 (destaquei).

Somente esta conjunção de situações já deteria, portanto, o potencial de encaminhar as relações culturais, sociais, políticas, enfim, todas as interrelações humanas submetidas a estas extraordinárias circunstâncias da contemporaneidade mundializada, a um certo lugar comum e homogêneo, em conformidade com certas visões ou ideologias dominantes na atualidade.

Mas há bem mais do que isso para se afirmar essa tendência de supressão de salutar espaços para a manutenção e exercício da diferença nas relações humanas contemporâneas.

Sucedem que, mais particularmente no *contexto do político*, toda essa realidade mencionada criou, segundo o próprio A. C. WOLKMER, condições para que a *burocracia e a tecnoburocracia*⁴⁸⁷ se instalassem nas sociedades modernas e, depois, nas contemporâneas, e se incrustassem nas suas organizações, contribuindo para uma crescente “massificação, automação e despersonalização”⁴⁸⁸ das relações humanas também nesta esfera. Nesse sentido, assevera aquele autor, que

Um dos fenômenos de maior abrangência no contexto da moderna análise política é a crescente estratificação da burocratização nas sociedades contemporâneas.

Como um fenômeno histórico, é preciso assinalar que a ‘burocracia já está presente nas formações pré-capitalistas. Conserva ainda um papel secundário na fase competitiva do modo capitalista de produção. No século XX, entretanto, assume um papel cada vez mais decisivo e autônomo nos quadros do capitalismo monopolista do mundo ocidental e principalmente nas sociedades de economia planejada, inadequadamente chamadas de socialistas. Através da história, a burocracia modifica-se, sem perder algumas características essenciais. Seja como grupo social, seja como forma de organização social, a burocracia é sempre um sistema de dominação ou de poder autoritário, hierárquico, que reivindica para si o monopólio da racionalidade e do conhecimento administrativo.’ [citando-se. F.C. PRESTES MOTA e L.C. BRESSER PEREIRA. *Introdução à organização burocrática*, São Paulo, Brasiliense, 1984, p.9].⁴⁸⁹

Tem-se aí⁴⁹⁰, então, uma situação onde o fenômeno burocrático, caracterizado por uma “especialização e treinamento racional”⁴⁹¹, além de compreendido como “organização técnica”⁴⁹², hierarquizada e centralizada de poder⁴⁹³, acaba por assumir não só fundamental e reeditada relevância

⁴⁸⁷ Cf. WOLKMER, op.cit., p.45, sobre a distinção entre as expressões e aprofundamento da questão, nos seguintes termos: “Aprofundando a questão, convém, inicialmente, como faz L.C. B. PEREIRA, distinguir a expressão burocracia da tecnoburocracia, que com muita frequência são usadas nos textos de Ciências Sociais. Desta forma, *tecnoburocracia* ‘pode ser entendida como uma forma mais moderna ou mais técnica de burocracia. A autoridade técnico-burocrática é também racional-legal, mas a legitimação jurídica cede em grande parte à legitimação técnica. A eficiência da organização é o objetivo essencial.’ Enquanto a organização burocrática tende facilmente para a rigidez, com base no princípio da unidade de comando e da centralização administrativa, a organização tecnoburocrática é muito mais flexível: abandona o princípio da unidade de comando para apoiar-se em combinações várias e superpostas de autoridades de linha e autoridades funcionais. (...)’ [cita-se obra já mencionada, pp.160-1].” (destaquei).

⁴⁸⁸ Cf. WOLKMER, *Ideologia, Estado e Direito*..., op.cit., p.62.

⁴⁸⁹ Id., *ibid.*, p.44 (destaquei).

⁴⁹⁰ Inclusive a partir da consideração do que exposto oportunamente também no capítulo anterior.

⁴⁹¹ Cf. WOLKMER, *Ideologia, Estado e Direito*..., op.cit., p.49.

⁴⁹² Nesse ponto, de esclarecer que o fenômeno burocrático é visto de forma positiva pela sociologia de MAX WEBER “seu principal idealizador”, em contraposição a uma visão negativa do fenômeno que pode ser encontrada numa sociologia crítica que é formulada a partir dos estudos de KARL MARX (Cf. WOLKMER, op.cit., p.51), sendo que LEFORT, analisando a sua concepção weberiana do dito fenômeno acrescenta: “[a burocracia] é o quadro social mais adequado à organização capitalista da produção e à organização de uma sociedade apta aos fins desta produção. A eliminação, dentro de si mesma, das relações pessoais, a subordinação de todas as atividades à aplicação de uma norma vinculada a uma finalidade objetiva fazem dela um modo de racionalidade econômica estabelecida pelo capitalismo industrial. Max Weber não hesita, pois, em formular um julgamento de valor sobre a burocracia moderna ao declarar que ela é superior, do ponto de vista técnico a todas as outras formas de organização”. CLAUDE LEFORT, “O que é burocracia?”, in F.H. Cardoso e C.E. Martins (Orgs.) *Política e Sociedade*, São Paulo, Nacional, 1979, p.155. *apud* A.C. WOLKMER, op.cit., p.49.

⁴⁹³ Cf. WOLKMER, op.cit. p.51.

na contemporaneidade, como incita, instrumentaliza e contribui de forma determinante para a manutenção e revigoração do *paradigma (racionalista) das uniformidades*⁴⁹⁴ homogeneizantes.

Assim, a tendência é de que, segundo o pensamento burocrático, agora reeditado com vigor, “os problemas de política” sejam convertidos em “problemas de administração”⁴⁹⁵, já que os sistemas tecnoburocráticos, seja qual for o corte político ou econômico⁴⁹⁶ que lhes dá origem, tem como discurso comum a “despolitização pelo árido mecanismo funcional”⁴⁹⁷. E, com isso, a tendência é também de que as formas e regras de convivência social, bem como as decisões nas mais diversas esferas, que lhes digam respeito, sejam também estabelecidas de forma abstratamente uniformizada, a partir dessa atividade politicamente “descomprometida”. Ou seja, que tudo se dê a partir de meros enquadramentos “técnicos” e conceituações rasteiras e funcionalmente universalizantes (que ignorem as diferenças entre indivíduos e situações particulares, por mais rica ou complexa que seja a realidade a lhes envolver de fato).

Ora, isso afeta seriamente a questão da “reordenação dos critérios de legitimação do Estado e dos procedimentos relativos à administração da Justiça”, na contemporaneidade - como já se viu e é mesmo intuitivo, bem como expressamente alerta também A.C. WOLKMER⁴⁹⁸. Se o tempo que corre é precisamente o do lugar da aproximação pressionada das diferenças, do incremento fático das complexidades da realidade, onde, em tese, mais se necessitaria da mediação do político e da transformação do e pelo jurídico, a expansão negativa da “ideologia da tecnocracia”⁴⁹⁹, com suas uniformizações abstratas e guiadas por critérios ditos “apolíticos”, só poderá acabar criando mesmo graves problemas de desconsideração do real, das relações sociais e políticas, e, portanto, de legitimidade e legitimação (no sentido já proposto). E nisso, só poderá acabar se constituindo mesmo neste pernicioso “instrumento de massificação, automação e real despersonalização” das relações humanas e do viver gregário⁵⁰⁰, ou seja, de insidiosa, mas vigorosa, degradação programada do espaço das discussões e tratamento das naturais e conflituosas diferenças de uma sociedade faticamente plural.

⁴⁹⁴ Cf., acerca desta expressão, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Justiça da Lei e Justiça do caso...*, op.cit., p.193.

⁴⁹⁵ Cf. WOLKMER (op.cit., p.50), “na proposição da sociologia do conhecimento, verifica-se que MANNHEIM explicita que a tendência de todo o pensamento burocrático é converter ‘os problemas de política em problemas de administração.’”

⁴⁹⁶ Note-se que “contariamente à proposição marxista de identificá-la ao corpo especial de um modo de produção, trata-se [a burocracia] de uma forma de organização típica da sociedade hierarquizada autônoma e racionalizadora, independente do sistema político e econômico dominante. Malgrado a denúncia que se tem feito da desumanização do sistema capitalista, constatou-se, ao longo deste estudo, que foi, todavia, nos antigos Estados socialistas que a burocracia atingiu seu mais elevado nível de organização formal.” (WOLKMER, op.cit., p.61). Para estas críticas, veja-se op.cit., pp. 52-61, destacando-se a enumeração de vários críticos da burocracia do leste europeu nos anos de comunismo particularmente na p.59, dentre os quais aqui referimos, exemplificativamente, apenas HERBERT MARCUSE (*O marxismo soviético*), ALEKSANDR SOLZHENITSYNE (Arquipélago Gulag) e CLAUDE LEFORT (*Elementos de uma crítica da burocracia*).

⁴⁹⁷ WOLKMER, op.cit..., p.59.

⁴⁹⁸ Id., ibid., p.61.

⁴⁹⁹ Acerca da noção “ideologia da tecnocracia”, L.C.BRESSER PEREIRA (op.cit., pp.93-103, *apud* WOLKMER, op.cit. p.62, nota 37) apresentação suas características que são condensadas da seguinte forma por WOLKMER, op.cit., p.62: “Na verdade, a ideologia da tecnoburocracia (configuração da burocracia no atual ciclo do Capitalismo monopolista) enquanto um sistema político-econômico inerente às novas forças produtivas revela, no dizer de L.C.B. Pereira, determinadas características nucleares, como: a) proclama não ser ideológica, mas técnico-científica; b) não deriva da tradição ou da revelação, pois é produto do racionalismo moderno; c) prega a eficiência e a maximização dos resultados; d) enquadra-se dentro de um conservadorismo reformista que admite tão-somente a revolução tecnológica; e) advoga, como pré-condição de existência, um estado de segurança; f) expressa valores autoritários, desconsiderando práticas democráticas; g) resolução dos problemas pela competência e eficiência técnica; h) defende uma visão de mundo integrada e harmoniosa, excluindo a historicidade dialética embasada nas condições de classes e nos conflitos de grupos sociais; i) valorização extremada das múltiplas formas de consumo.”

⁵⁰⁰ Id., ibid.

Enfim, sob este relevante aspecto, trata-se, em verdade, de um mecanismo deformante, que ignora o particular em favor do suposto universal (“tecnicamente” estabelecido, sempre em favor do valor maior da “eficiência”), que dá relevância a visão do poder dominante em detrimento do debate crítico, político e plural, tudo justamente quando o mundo mais se tornou comprimido em termos de aproximação fática de diferentes formas de vida e pensamento, por conta da globalização e, pois, quando mais o exame das situações particularizadas e o debate da realidade se fazem necessários. Afinal, como adverte ainda aquele autor

A burocracia se alicerça numa dimensão alienadora, mecanicista e desumanizadora, não se coadunando com as substanciais necessidades e exigências do indivíduo. A pseudo-eficácia dos procedimentos tecnoburocráticos fragmenta e obscurece o potencial criativo do homem, assumindo, cada vez mais, proporções profundas e persistentes, adonando-se de áreas que jamais se poderia imaginar. Suas malhas envolventes se alastram por todos os setores da atividade humana.⁵⁰¹

Daí por que, em suma, é possível constatar, a partir do exposto, o seguinte: primeiro, há uma certa tendência de homogeneização cultural, a partir de determinadas visões dominantes, derivada dos processos atualmente radicalizados de mundialização, que acaba por conduzir à redução do espaço da diferença entre os homens; mas, segundo, para além disso, há uma tendência, mercê de todas as circunstâncias hodiernas rapidamente descritas antes, de revigoramento de um pensamento tecnoburocrático que contribui sobremaneira para esta homogeneização também na esfera do social e ainda mais particularmente na do político, acompanhando esta tendência negativamente universalizadora da contemporaneidade – o que, talvez, acabe por se constituir mesmo num dos principais mecanismos de supressão das diferenças postos em ação nos tempos atuais.

De resto, é certo que determinados estudos acerca dos efeitos da globalização ou da mundialização também sobre as culturas e a questão das identidades locais chegam a confirmar esta tendência já descrita anteriormente, para mesmo além dos limites do exposto. Nesse sentido, aliás, noticia STUART HALL, acerca de tais estudos, onde se chega mesmo a afirmar a respeito dos efeitos da mundialização ou globalização nesta seara que

Quanto mais a vida social se torna mediada pelo mercado global de estilos, lugares e imagens, pelas viagens internacionais, pelas imagens da mídia e pelos sistemas de comunicação globalmente interligados, *mais as ‘identidades’ se tornam desvinculadas – desalojadas – de tempos, lugares, histórias e tradições específicas e parecem ‘flutuar livremente’*. Somos confrontados por uma gama diferente de identidades (cada qual nos fazendo apelos, ou melhor, fazendo apelos a diferentes partes de nós), dentre as quais parece possível fazer uma escolha. Foi a difusão do consumismo, seja como realidade, seja como sonho, que contribuiu para esse efeito de ‘supermercado cultural’. *No interior do discurso do consumismo global, as diferenças e as distinções culturais, que até então definiam a ‘identidade’, ficam reduzidas a uma espécie de ‘língua franca’ internacional ou de moeda global, em termos das quais todas as tradições específicas e todas as diferentes identidades podem ser traduzidas. Este fenômeno é conhecido como ‘homogeneização cultural’.*⁵⁰²

Entretanto, é precisamente a partir de considerações relativas a este problema mais complexo das *identidades culturais* que se percebe que os mecanismos de redução do espaço para o plural na modernidade presente não são tão simples. E mais, que se percebe que não parecem se reduzir àqueles fenômenos já inicialmente descritos. Pelo contrário.

⁵⁰¹ Cf. WOLKMER, op.cit., p. 62-3 (destaquei).

⁵⁰² Cf. HALL, *A identidade cultural*..., op.cit., pp.75-6.

Em verdade semelha haver uma série de outras ocorrências agregadas a tais fenômenos que contribuem para esse resultado final, de tendência de redução do espaço para as diferenças, tudo posto num complexo emaranhado de causas e consequências, impossível de ser dividido em sua integralidade, ao menos em estudos de um fôlego e um foco mais restrito, como é o presente.

Assim, o importante nesse passo é pelo menos identificar essa pluralidade intuída de fenômenos homogeneizantes da contemporaneidade, para evitar reducionismos maiores do que os necessários para se manter o foco desta investigação. E, de resto, apenas exemplificar com uma possível segunda via ou fonte destas homogeneizações, menos evidente, ou mais sutil e complexa, para encerramento deste subitem e prosseguimento do estudo.

Nesse passo é que a questão das identidades culturais postas em transformação acaba fornecendo essa segunda via, mais sutil e elaborada, de compreensão do fenômeno supressivo de espaços para a diferença na contemporaneidade.

Considere-se, então, para melhor análise desta problemática, preliminarmente, a marcada complexidade deste processo universalizante da modernidade presente em particular. Isso, precisamente a partir da realidade de que, a par de não ser possível descartar a possibilidade de influências recíprocas mesmo entre culturas com poder de penetração ou dominação distinto (ao contrário do que sugerem as alegações mais simplistas da via única da influência cultural prevalente), o fenômeno da globalização cultural e alterações identitárias locais faz surgir um outro, bastante característico da modernidade e não menos complexo: o fenômeno da *reação local* (da cultura, da sociedade, do modo de pensamento, etc) *ao exterior*, ao proveniente do mundializado.

Nesse contexto é que surge a reedição dos nacionalismos, a busca pelo resgate das identidades coletivas imaginadas, enfim, emergem as mais diversas tentativas de proteção da comunidade e de um senso de pertencimento a um determinado local ou grupo em particular⁵⁰³. Como desconsiderar, então, essas formas de resistência a uma universalização negativa de valores, culturas e identidades, para compreender que a homogeneização das relações humanas na contemporaneidade pela primeira via sugerida é algo monoliticamente predominante na realidade hodierna? Simplesmente não é possível.

No entanto, isso não invalida o resultado final desta complexa equação e as afirmações iniciais. Mesmo a reação do local em relação ao movimento globalizante de valores e culturas é um movimento, em si mesmo, homogeneizante. A questão, em verdade, é que mesmo um comunitarismo virulento, reeditado nestes termos reativos mais radicais, é também homogeneizante das identidades individuais, tanto quanto o universalismo de certos valores dominantes impostos pela globalização, justamente por passar a centrar seu discurso e atenção apenas sobre a figura idealizada do coletivo uno e único.

A idealização da comunidade desconsidera, assim, de novo, o particular, o caso individual, repetindo-se o ciclo e o vício da idealização, da abstração, uniformizante das individualidades e

⁵⁰³ Cf. HALL, *A identidade cultural....*, op.cit., pp.47 e ss. (capítulo 3, “As culturas nacionais como comunidades imaginadas”).

situações particulares, agora noutra escala (na relação entre sociedade local e seus elementos integrantes, tal qual antes correria entre sociedade local e comunidade de sociedades do globo).

Logo, um embate *idealmente* polarizado entre posições radicalizadas acerca dos efeitos da mundialização sobre as culturas e as identidades locais, como reação à compressão fática das diferenças no espaço hoje geograficamente apequenado do mundo, é mais um efeito destes *idealismos racionalizantes* que ainda permeiam e se revigoram na contemporaneidade. E apenas contribui para que se obtenham, de parte a parte, mais soluções abstratas e homogeneizantes que desconsiderem a realidade de cada local ou de cada situação particular.

Vale dizer, sintetizando: os embates atuais entre *universalismos libertários*⁵⁰⁴ e *comunitarismos radicais* não são mais do que, eles mesmos, reações homogeneizantes à realidade da compressão forçada das diferenças, que de fato hoje existe e se verifica no mundo das coisas. E nisso, não passam também de um símbolo, de um “sinal verde”, para que a contemporaneidade seja, sob que pretexto for, verdadeiramente um tempo de desconsideração das particularidades, das individualidades, do mundo das coisas e das situações que formam as relações no âmbito do verdadeiramente humano.

Assim, nesse particular, há que se repensar, também, pois, a forma de lidar com o plural, de fato posto e comprimido pelo apequenamento do mundo, das regiões, dos países, dos estados na modernidade presente. É nesse quadro que se desenham as grandes dúvidas acerca de como enfrentar, do ponto de vista político, a evidência dos conflitos da diferença e da multiculturalidade de fato, colocados atualmente de forma inafastável. Nesse sentido é que TOURAINE⁵⁰⁵ problematiza estas questões de forma sumária, na seguinte passagem⁵⁰⁶:

Como conciliar uma decomposição da visão racionalista clássica, que nós sabemos ser inevitável e mesmo libertadora, com princípios de organização da vida social, sem os quais a própria justiça e a própria liberdade tornam-se impossíveis? Existe uma maneira de escapar ao mesmo tempo do universalismo dominador e do multiculturalismo carregado de segregação e racismo? Como escapar à destruição do Sujeito que conduz ao domínio do interesse e da força, mas também à ditadura da subjetividade que produziu tantos totalitarismos?

Talvez um início de resposta esteja na própria indagação, ou seja, na busca por posições mais equilibradas e comprometidas com a verificação da realidade. Na busca por posturas que tirem os

⁵⁰⁴ Cf. a expressão “universalismo iluminista”, para uma versão não pejorativa do termo, apresentada por CARLOS ROBERTO CIRNE LIMA, na palestra “Metamorfoses culturais da modernidade” (In.: *Metamorfoses da cultura contemporânea*. DA SILVA, Juremir Machado e SCHULER, Fernando. Porto Alegre: Sulina, 2006, pp.91 e ss.), no sentido de permanência da crença na possibilidade de estruturação da vida humana em sociedade a partir de um princípio ou de certos princípios válidos para todos. Cf. ainda, com variação de sentido, para um enfoque negativo do conceito, a história de oposição entre posturas radicalizadas em “universalismo brutais” e de seus “antídotos mais letais”, do “nacionalismo étnico” ou da “pureza religiosa” (BURUMA, Ian e MARGALIT, Avishai. *Ocidentalismo: uma breve história da aversão ao ocidente*. Trad. Manuel Leite. Lisboa: Publicações Europa-América, 2005. p.46 em particular, capítulo “A cidade ocidental”). Um universalismo “libertário”, seria, pois, aquele que pretendesse essa propagação de valores como válidos para todos, a partir da crença extremada no individualismo de mesmo naipe e seus excessos, segundo uma corrente mais radical do liberalismo que hoje encontra expressão forte na contemporaneidade, nos dizeres de ALAIN TOURAINE (*Crítica da modernidade*. Trad. Elia Ferreira Edel. 7ªed. Petrópolis: Vozes, 2002.).

⁵⁰⁵ Cf. TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Trad. Elia Ferreira Edel. 7ªed. Petrópolis: Vozes, 2002. p.209.

⁵⁰⁶ E numa variante do problema, TOURAINE, já apresentou também o seguinte questionamento, em “Iguais e Diferentes: poderemos viver juntos?”: “Como escapar à escolha inquietante entre uma ilusória globalização mundial que ignora a diversidade das culturas e a realidade inquietante das comunidades fechadas em si mesmas?” (TOURAINE, 1997, p.28).

olhos do conceitualismo puro e das idealizações simplificadoras do real, por um instante, para olhar para a vida que, de fato, hoje, encerra o plural e os conflitos derivados desta situação, que independente de teorizações, é efetivamente de convivência mais estreita e forçada entre o que é e os que são ditos diferentes (embora aí, sempre iguais-diferentes, segundo um certo conceito bobiano).

Nem mais as universalizações⁵⁰⁷ homogeneizantes das visões racionalistas clássicas, pois, nem mais os particularismos de um comunitarismo segregacionista, que mesmo desconsiderando valores potencialmente universalizáveis, ao menos numa mínima medida possível, acabe também uniformizando negativamente dentro do local. Mas, isto sim, uma visão equilibrada entre as razões universalistas e as particularidades invocadas para cada situação e local, que se exprima num repensar o trato das relações humanas à luz do concreto, do real, que se verifica na contemporaneidade dos vivos conflitos da diferença. Um abrir-se, de fato e na prática, justamente ao espaço verdadeiro para o diálogo e para a consideração recíproca entre os iguais-diferentes, em cada situação de atrito, considerada individual e particularizadamente. Enfim, um **multiculturalismo abrandado** (se for necessário insistir em denominações) *ou transformado por mínimos éticos comuns*, passíveis, ao menos, de relativa universalização à luz do concreto⁵⁰⁸, de diferenças humanamente interpretadas a partir do local⁵⁰⁹, eis do que a contemporaneidade parece carecer em tempos de idealizações abusivas, de maniqueísmos de extremos e de reforços aos paradigmas racionalistas das exigências uniformizadoras do mundo, em detrimento da realidade e de sua imensa e paradoxal complexidade atual.

⁵⁰⁷ Apenas para maior esclarecimento há de se considerar que certas correntes de pensamento entendem esta questão a do universalismo a partir de um enfoque muito mais restrito do que o dado aqui, qual seja, o de questionamento a uma doutrina e ideologia hoje prevalente dos direitos humanos, já que, por terem origem ocidental e estarem supostamente ligados “ao liberalismo, ao individualismo e ao mercado”, nada mais seriam do que um “instrumento de dominação ocidental fundamental à globalização”. Para essa visão tem-se que “pela noção de universalismo, os direitos humanos permitem que os valores ocidentais se disarcem de universais, denegrindo assim outras culturas e valores, particularmente na medida em que prejudicam a economia de mercado.” (Cf. a respeito, YASH, Gai. “Globalização, multiculturalismo e Direito”. Trad. Tatiana Moura e Mônica Rafael. In.: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**. (Reinventar a manifestação social; para novos manifestos., v.3). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. pp.561-2).

⁵⁰⁸ Para esclarecer o sentido desta universalização contida e diferenciada, veja-se a ideia de resgate do “espírito das luzes” (não no sentido de um racionalismo iluminista de teor formalmente universalizante) proposto por TZVETAN TODOROV, precisamente quanto examina a questão de um *universalismo mínimo* para a contemporaneidade, a partir do melhor da experiência e pensadores daquele período: “A liberdade das ações é limitada por sua finalidade necessariamente humana, mas também pela tomada de consciência desse fato: todos os homens pertencem à mesma espécie e têm, por conseguinte, direito à mesma dignidade. (...) A universalidade não justifica o uso da força, fora de qualquer lei. Mas, ao contrário, o respeito de cada um não significa que as normas não tenham razão de ser. Nem por estarem profundamente ancoradas nas tradições de um país estrangeiro, algumas práticas são menos condenáveis. A extirpação do clitóris é um exemplo: transgressão de um direito humano, ela não justifica uma intervenção armada; mas não é o único meio de ação disponível. (...) A época das luzes se caracteriza pela descoberta dos outros em seu estrangeirismo, tenham eles vivido outrora ou alhures; cessamos então de ver neles uma encarnação de nosso ideal ou um anúncio longínquo de nossa perfeição presente, como se fazia nas épocas precedentes. Mas esse reconhecimento da pluralidade no seio da espécie só permanece fértil se escapar do radicalismo radical e não nos faz renunciar à *nossa humanidade comum*.” (TODOROV, Tzvetan. *O Espírito das Luzes*. Trad. Mônica Cristina Correa. São Paulo: Editora Barcarolla, 2008, pp. 117 e 129-130 – destaquei.).

⁵⁰⁹ CLIFFORD GEERTZ, referindo-se ao papel da antropologia interpretativa, bem demonstra o lugar que deve caber hoje às universalizações homogeneizantes, ao dar destaque à necessidade de preservação das diferenças de visões, acerca das distintas formas que a vida humana adotou nos diversos locais onde ela se desenvolveu, para se angariar a sabedoria de não sobrevalorizar o ponto de vista próprio: “Ver-nos como os outros nos vêem pode ser bastante esclarecedor. Acreditar que outros possuem a mesma natureza que possuímos é o mínimo que se espera de uma pessoa decente. A largueza de espírito, no entanto, sem a qual a objetividade é nada mais que autocongratulação, e a tolerância apenas hipocrisia, surge através de uma *conquista muito mais difícil: a de ver-nos, entre outros, como apenas mais um exemplo que a vida humana adotou em um determinado lugar, um caso entre casos, um mundo entre mundos. Se a antropologia interpretativa tem alguma função geral no mundo, é a de constantemente ensinar esta verdade fugaz.*” (O saber local..., op.cit., p.30 -destaquei).

Por fim, após esta breve digressão, tem-se que disso tudo se extrai e se conclui, pondo fecho a este subitem, que não se pode mais responder aos complexos conflitos inerentes à contemporaneidade (mormente no seio de democracias, onde eles hão de ser acolhidos como coisa natural por princípio), por meio de quaisquer simplificações racionalizantes, que os vislumbrem do alto de abstrações imaginadas e, por fim, que os rejeitem ou simplesmente os ignorem.

O enfrentamento de quaisquer conflitos da modernidade presente, recrudescidos pela diversidade hoje posta faticamente sob pressionado contato, não pode se dar mais por meio de quaisquer formas de conceitualismos ou idealismos simplificadores, mas tão somente pelo efetivo trato destes conflitos mediante o exame dos complexos casos individuais e da realidade posta e particularizada de cada situação da vida real. Assim é no âmbito do cultural, do antropológico, do social ou do político; logo, assim deve ser também, no do jurídico.

Do contrário, o que se terá é sempre mais do mesmo: a pura e simples supressão do espaço (para a discussão, tratamento, aceitação, reconhecimento etc.) das diferenças, de forma arbitrária, promovida ou permitida por diversas vias de natureza igualmente autoritária, que em verdade simplesmente fazem acumular conflitos maltratados e mal-resolvidos no bojo de uma realidade que sempre necessariamente os reedita e os reeditará, cada vez mais agressivamente.

*b) Introdução ao problema específico da tendência de supressão do espaço das diferenças no âmbito do jurídico e do jurisdicional: a (1) persistência e o reforço à homogeneização dos casos e das demandas e a (2) explosão de litigiosidade*⁵¹⁰: Os reflexos de toda esta candente discussão contemporânea para o campo do Direito, por sua vez, parecem se tornar evidentes por si mesmos. Obviamente não poderia o Direito como um todo, ou o Direito Processual em particular, restar apartado das relevantes influências homogeneizantes que atingem todas as áreas das relações humanas na atualidade.

Todavia, não custa começar por apresentar explicitamente a mesma espécie de indagação antes formulada, agora em moldes afeiçoados às preocupações mais diretamente inerentes a tal área do conhecimento. Eis, pois, a versão daquele mesmo anterior questionamento invocada por OVÍDIO BAPTISTA⁵¹¹ para representar, neste âmbito específico, essencialmente a mesma espécie de preocupação já exposta:

O problema, disse-o Ulrich Beck, *é encontrar o equilíbrio*, ou a superação do dilema entre individualismo, enquanto autodeterminação, e comunitarismo: *‘Cómo puede compatibilizarse el anhelo de autodeterminación con el anhelo, igualmente importante, de comunidad? Cómo es posible ser individualista y a la vez asimilarse al grupo? Cómo puede cogeniarse la diversidad de opiniones, en la que cada individuo se desintegra en un intrincado mundo, con una toma de posición política y una acción que vaya más allá del presente?’* [citando-se ‘Hijos de la libertad, 1ª edição alemã, 1997, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1999, Buenos Aires, p.11.]

⁵¹⁰Alerta-se para o fato de que parte do material utilizado neste tópico em particular já o foi noutro estudo publicado, cuja referência completa é: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; BAGGIO, Moacir Camargo; *Jurisdição: da litigiosidade à medição In: Constituzionalismo.it* (Revista eletrônica), Fascicolo 2/2009 (Sulla Teoria Constituzionale). Roma/Itália (<http://www.constituzionalismo.it/articolo.asp?id=323>).

⁵¹¹ Cf. *Ideologia e Processo*..., op.cit., p. 316.

Sem dúvida, nunca será fácil compatibilizar também no campo do jurídico a ideia de verdadeiramente se privilegiar a autonomia individual que dignifica cada componente da sociedade como verdadeiro cidadão - e, mesmo, como ser humano único-, com aquela outra de necessária submissão a determinados assentamentos normativos que viabilizem o viver gregário em moldes humanos. Mais ainda, quando há de se lidar hoje com as ambiguidades, com a perplexidade e, mesmo, com o recrudescimento de conflitos oriundos de uma compressão de diferenças de fato ocorrente na contemporaneidade. Não, a tarefa será bastante difícil, ao menos, se esta busca por autonomia for levada a sério e não se constituir numa falácia; e também assim, se necessárias limitações à liberdade individual forem restritas apenas ao necessário ao estabelecimento de uma convivência gregária harmoniosa, a partir do previamente concertado por todos, apresentando-se como um compromisso real.

Ora, mas é justamente nesse ponto que assim se recolocaria veemente a impositividade de que o jurídico, no plano dos direitos em ação, se apresentasse como uma via forte de expressão do político, no sentido de efetivamente contributivo com a construção permanente de uma *democracia constitucional em sentido amplo* – que precisamente fosse capaz de lidar com esta problemática inerente ao mundo de hoje, nos termos já adiantados alhures.

Entretanto, partindo da realidade atual de que também na seara do jurídico se revigoram as idealizações abstratas e homogeneizantes que se verificam nas outras áreas de relações humanas na contemporaneidade, antes já presentes aí por razões históricas e filosóficas específicas (a serem analisadas adiante), o problema da autodeterminação *versus* assimilação ao coletivo passa a se apresentar como questão verdadeiramente dramática.

A tendência, nesse contexto, passa a ser a de que, no seio de um dogmatismo revigorado, alimentado pela necessidade de respostas urgentes aos conflitos da modernidade presente e por uma universalização das soluções segundo o modelo das homogeneizações outras da contemporaneidade, cada vez mais se desconsidere a discussão individualizada das situações reais submetidas ao jurídico - e, assim, simplesmente desapareça um verdadeiro espaço para a discussão, trato e adequada preservação e respeito da diferença no seio da sociedade, a partir do jurídico.

Outrossim, um quadro como este é campo fértil para ainda maior assentamento de um “funcionalismo” jurídico, que, nos dizeres de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, é responsável pela “desontologização” do Direito e pela sua perda de autonomia. Ou para que na contemporaneidade assumam ele, de vez, uma subalterna postura de *mero regulador funcional* de uma sociedade, na verdade, tangida por outras forças e interesses. Nesse sentido é a manifestação de CASTANHEIRA NEVES ao, ainda segundo OVÍDIO BAPTISTA⁵¹², escrever sobre a “radical problematidade do Direito contemporâneo, quer sob o ponto de vista lógico, quer

‘...axiologicamente, quando se verifica a transmutação do direito como validade.... para um direito como simples **regulador funcional** de uma sociedade individualista e sem valores, só interessada quer politicamente quer estrategicamente em reivindicar ‘liberdades’, tornadas ‘direitos’ subjetivos sem deveres, e em ‘limites’ garantísticos; mesmo afinal e exclusivamente como ‘instrumento’ – já simples

⁵¹² Cf. *Ideologia e Processo*..., op.cit., pp. 299 e 300.

instrumento ideológico-político para o poder ou para os contra-poderes, não obstante a retórica do Estado-de-Direito.”⁵¹³

Por fim, quanto mais o Direito contemporâneo se reduz a esse funcionalismo, quanto mais se aparta de sua função também política na democracia contemporânea, principalmente no âmbito das periferias, mais abre margem para que seja submetido também pelas mesmas forças tecnoburocráticas atuantes nas demais áreas da contemporaneidade.

De resto, não bastasse esse quadro extremamente propício à supressão do espaço para a consideração das diferenças da realidade no jurídico, a situação acaba se revelando ainda mais preocupante no campo específico do jurisdicional.

Isso por que, para além dos fenômenos negativos já expostos, especificamente na área da prestação jurisdicional pesam ainda outros relevantes fatores a pressionar ainda mais pela “*desrealização*”⁵¹⁴ (ou “*ficcionalização*”) desta atividade estatal. O primeiro, além dos fenômenos já citados, é o das *premências do tempo na contemporaneidade*, já referidas no tópico anterior (a ideia de *presentificação* do jurídico); o segundo, é o da chamada *explosão de litigiosidade da atualidade*.

Com efeito, sob o argumento pragmático de que não é possível enfrentar uma quantidade imensa e crescente de demandas ajuizadas no âmbito da sociedade contemporânea em transição, sem que se criem regras ou mecanismos para tratamento conjunto e padronizado de casos “similares ou iguais”, que se “repetiriam” comumente na atualidade, ganha outro vigoroso impulso a ideia da prática de se tratar os conflitos trazidos ao Judiciário de modo uniformizado e abstrato, discutindo-se apenas sobre conceitos e sobre eles dispondo, em afastamento ainda mais completo da realidade dos casos concretos.

Assim, também por esta via há uma pressão instituída para que o Direito se esteie cada vez mais em meras construções conceituais abstratas e generalizantes, ao invés de se aproximar da realidade social para contribuir com a solução de seus problemas, principalmente na esfera do Direito Processual.

Pois bem. Postas estas considerações introdutórias do problema na área específica do jurisdicional, chega-se ao momento de tentar tratar desta complexa problemática da supressão do espaço das diferenças neste âmbito mais particular de forma um pouco mais consistente e articulada.

Para tanto, torna-se necessário lançar mão de uma esquematização algo simplificadora, que consiste em considerar a existência de duas fontes distintas de pressão pela prestação jurisdicional apartada da realidade na atualidade – ainda que obviamente estejam estas situações conectadas, em verdade, de várias maneiras que aqui só poderão ser intuídas: 1) aquela que diz mais diretamente com os fenômenos homogeneizantes da contemporaneidade como um todo; 2) aquela que se refere à explosão de litigiosidade como fator indireto de pressão para que estes fenômenos sejam reforçados e

⁵¹³ Cf. NEVES, A.Castanheira. *O direito hoje e com que sentido*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p.11, *apud* OVÍDIO BATISTA DA SILVA, *op.cit.*, p.300, nota nº5 – destaquei.

⁵¹⁴ A expressão é tomada de OST, em *O Tempo do Direito*.

o conflito inerente à democracia e ao espaço de convivência (respeitosa e com reconhecimento) das diferenças deixe de ser tratado de forma específica, casuística, como devido.

Passa-se, assim, ao trato em separado, algo mais aprofundado e aplicado, destas fontes supressivas do espaço para o tratamento devido das diferenças na realidade da prestação jurisdicional contemporânea.

c) Quanto aos fenômenos de homogeneização conceitual da realidade derivados do quadro da contemporaneidade e sua influência prática sobre o jurisdicional: Aqui se examina a questão da dogmática, da funcionalização do direito e da atuação da tecnoburocracia sobre a prestação jurisdicional cotidiana e sobre a administração da justiça.

Considere-se, então, em primeiro lugar, que *se* os problemas da política, segundo certa visão e ideário vigente na contemporaneidade, podem ser considerados como problemas passíveis de redução a problemas de administração, até porque a economia globalizada é o que em última análise teria de fato poder para ditar o que pode e o que não pode ser feito ou contratado neste âmbito, está aberto um franco caminho para que a pura técnica e o funcionalismo regulem tanto esta área, quanto, por consequência, a do Direito. Mais: estará desimpedido o caminho para que o façam, inclusive, de forma mais “eficiente” do que o fariam críticos juristas ou políticos mais comprometidos com premissas e critérios afetos às suas áreas específicas de atuação. E, assim, o *dogmatismo jurídico* está salvo e revigorado.

Com efeito. O pensamento dogmático, segundo leciona OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA⁵¹⁵, notabiliza-se por duas características marcantes: a) pela supressão do pensamento crítico; b) pela “naturalização”⁵¹⁶ das instituições processuais e “conceitualização”⁵¹⁷ do direito processual, que

⁵¹⁵ Cf. OVÍDIO BAPTISTA, *Ideologia e Processo...*, op.cit., pp. 299 e ss.

⁵¹⁶ Id., *ibid.*, p.300, onde OVÍDIO BAPTISTA fala do pendor do dogmatismo para conceber as categorias processuais – por isso que apenas conceituais – “como se elas fossem eternas”. E prossegue: “Este pendor pela ‘naturalização’ das instituições processuais constitui propriamente o ‘dogma’. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente ‘conceitual’, que se desliga da realidade social. Assim como as grandezas matemáticas não têm história, nem compromisso culturais, assim também imagina-se que a constelação de conceitos jurídicos com que laboram os processualistas possa servir a qualquer sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades culturais. O pensamento dogmático considera natural que estruturas legais de um processo civil concebido para a sociedade européia do século XIX sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI.” E as consequências de uma tal naturalização das categorias processuais, ainda segundo aquele autor, são graves, por que liquidam com a possibilidade do **acesso hermenêutico ao fenômeno jurídico** (e, pois, acrescenta-se aqui, com uma possibilidade de interpretação transformadora na jurisdição e um seu papel igualmente relevante e diferenciado no campo da democracia constitucional em sentido ampla, hoje reclamada pelas sociedades contemporâneas periféricas): “Se normas e conceitos têm ‘natureza’, então está explicada sua invariabilidade. A quem investigue a ‘natureza’ jurídica de alguma norma ou de algum conceito, **torna-se vedado o acesso hermenêutico ao fenômeno jurídico. A função do intérprete estaria limitada à descoberta das leis que regem o ‘fato’ normativo. Esta é uma das tantas razões para que nossa Universidade somente estude as normas, não os casos concretos. Para nossa compreensão, estaremos estudando fatos, ao estudar o ‘fato jurídico’ enquanto norma. O jurista – por isso que não lhe é dado perquirir sobre o ‘por quê’ de suas dificuldades – não percebe que os instrumentos processuais, que se adaptaram com alguma eficiência enquanto lhes coube regular uma sociedade organicamente estruturada e otimista, estarão destinados ao fracasso quando lhes caiba disciplinar sociedades altamente complexas, como a sociedade contemporânea, pós-industrial, tangida pelos meios cibernéticos de comunicação social, além disso pluralista – condição, aliás, de possibilidade para um regime democrático -, e carente de valores, consequentemente, individualista e conflituosa.” (op.cit., p.301-destaquei).**

⁵¹⁷ Cf. OVÍDIO B. DA SILVA, *Jurisdição e Execução...*, op.cit., p.131: “O **conceitualismo**, próprio das ciências matemáticas, a que LEIBNIZ procurava aproximar o direito (‘Ensaio acerca do entendimento humano, cap. III, n.18), forma-se através de uma epistemologia que não tolera o individual, porque o ‘indivíduo’, em toda a sua riqueza existencial, é

distância o jurista da realidade e o faz discutir sobre *abstrações passíveis de uniformização*, nunca sobre a vida propriamente dita (e sobre os conflitos que de fato nela se dão).

Ora, mas se a busca é pela *eficiência e funcionalização* do Direito e da jurisdição, nada melhor do que não se pôr em linha de consideração o pensamento crítico. Se não é dado ao Direito, e muito menos à jurisdição, transformar, mas apenas ordenar segundo o já dado pelas forças postas do mundo contemporâneo, somente organizando e determinando a sociedade segundo esta lógica imperturbável – em reedição do papel do juiz neutro do liberalismo –, não há mesmo, segundo esta lógica funcionalista, por que se perder escasso tempo e preciosos recursos em questionamento críticos inúteis (com perda de eficiência do sistema “político-jurídico” ou “jurisdicional”, como um todo).

O problema, para desgraça desta visão, é que nem essa lógica funcionalista, nem toda a tecnificação rasteira e apolítica do processo judicial e da prestação jurisdicional, podem eliminar *a realidade da atual existência, de fato, de uma sociedade complexa e plural, onde os atritos teimam em surgir naturalmente, e em grande escala.*

Com efeito, a *diferença real não é eliminada pela suposição da homogeneidade ideal*. E como à frente da mecânica funcionalização do Direito, imaginada e praticada hoje, ainda sobrevive ao menos em discurso a noção de uma jurisdição que deva se comprometer com a concretização do que politicamente contratado numa Constituição compromissária, como é a do Brasil de 1988, surge o mal-estar da crise da administração da justiça.

Trata-se, pois, de uma crise representada também pela incapacidade de contribuir de modo efetivo para construir o prometido politicamente (por meio de uma jurisdição assim maneteada), para além da impotência em dar conta de responder a reclamos por pacificação social (no sentido impossível e indesejável mesmo de eliminação dos conflitos pela via de sua “desrealização”) e por soluções imediatas (no sentido igualmente deletério e inalcançável da “presentificação” da jurisdição), leviana e midiaticamente prometidas hoje.

Assim, como não há espaço para o pensamento crítico, o dogmatismo termina por procurar soluções nos lugares errados, providenciando apenas mais do mesmo remédio ineficaz para se lidar com a pluralidade social e a realidade hipercomplexa existentes, ou seja, mais tentativa de celeridade, de abreviação e de uniformização do processo e do tratamento da vida – o que só faz aprofundar o fosso entre as conceitualizações e abstrações processuais e a realidade vigente, bem como ainda mais incapacitar a jurisdição para o seu novo papel exigido pela contemporaneidade (inclusive, de contribuição para a construção de uma democracia constitucional em sentido amplo).

Para que se dêem exemplos concretos das graves consequências práticas daí advindas, basta considerar a pleora de minirreformas processuais, promovidas no ordenamento jurídico pátrio na tentativa desesperada de resolver estas ditas crises de “morosidade” e de “inefetividade” jurisdicional

a negação do geral, portanto, da regra e do conceito. HABERMAS mostra a incapacidade das ciências generalizantes para tratar do individual, com esta passagem de K. H. HAAG: ‘Al ser lo universal lo conceptualmente aprehensible, la gran filosofía europea lo declara verdadero ente, *mientras que lo no idéntico, la particularidad de las cosas, la cual escapa a la fijación conceptual, era declarada nada* (grifamos). La obtención de la identidad en la historia del pensamiento y del ser se paga al precio de la insignificancia ontológica del contenido de lo no idéntico.’ (*La lógica de las ciencias sociales*, original alemão de 1982, Madrid, 1988, p.85).’

(estes os símbolos justificadores da perseguição inconsequente, respectivamente, pela “presentificação” e pela “desrealização” da jurisdição), a partir de 1994.

E aqui não se invoca essas ocorrências no sentido de considerar todas as alterações legislativas do período como ineficazes, deletérias ou indesejáveis – que se reconhece mérito a certas mudanças⁵¹⁸ e melhoras setoriais sensíveis em práticas e procedimentos judiciais, como é óbvio -, mas no de demonstrar que elas, no seu sentido geral, se guiaram por nortes posicionais finais equivocados.

Com efeito, tais alterações parecem ter sido urdidas e guiadas por orientações ideológicas que, por não questionarem o porquê das ditas dificuldades de celeridade e efetividade processual avistadas na prática diária (aqui, jamais negadas, diga-se), de modo mais profundo e sistemático, acabariam mais cedo ou mais tarde, como de fato hoje já se verifica⁵¹⁹, por desandar para medidas mais e mais simplificadoras e uniformizantes (i.e., também limitantes) dos resultados possíveis da prestação jurisdicional⁵²⁰. E o que é mais grave: exatamente na contramão da complexificação crescente da realidade da sociedade plural e dinâmica e com perda significativa de um sentido humano e político da atividade.

Nesse sentido, tome-se, apenas para exemplificar sobre até aonde se chegou hoje no avançar deste fenômeno, não só o disposto na chamada “lei de recursos repetitivos” (dispondo sobre recursos especiais “repetitivos” tem-se o artigo 543-C, “caput” e parágrafos⁵²¹, do Código de Processo Civil,

⁵¹⁸ Tais como a institucionalização das antecipações de tutela, em época mais distante, ou a criação de juizados especiais federais, em épocas mais recentes – ao menos na sua essência, não nos seus excessos (e no sentido da crítica feita por OVÍDIO BAPTISTA em *Processo e Ideologia*, op.cit., p.319.).

⁵¹⁹ Basta considerar, por exemplo, as normas relativas ao procedimento de recursos repetitivos no STJ, de sentido absolutamente uniformizante e paralisante da atividade jurisdicional construtiva e crítica de base (isso para não se falar do efeito prático “erga omnes” que todo e qualquer julgamento do STF, mesmo em recurso extraordinário, passou a adquirir a partir dessa radicalização do conceitualismo e da racionalização extrema e homogeneizante).

⁵²⁰ Nesse passo, uma rápida verificação do rol de medidas legislativas e procedimentos instituídos nesse sentido, em tempos mais recentes, apresentado pelo Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina e Doutor em Direito pela UFPR, com pós-doutoramento na Unisinos/RS e Universidade de Coimbra, ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, no artigo intitulado “*Franchising Judicial ou de como a magistratura perdeu a dignidade por seu trabalho, vivo?*”, publicado por via eletrônica no “blog” do autor em <<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com/20/10/01/fmj-texto-da-palestra.html> - consultado em 02/05/2010>, parece ser bastante oportuna e suficiente para os propósitos exemplificativos aqui requeridos. Extrai-se, pois, do item 11 daquele artigo, o seguinte: “Com efeito, a resposta ao questionamento, já antevista no Documento 319 do Banco Mundial, passava por reformas pontuais e silenciosas (Gerivaldo Neiva). Não sem razão a publicação da FGV e do Ministério da Justiça (I Prêmio Inovare) sobre o Judiciário chama-se: A Reforma silenciosa da Justiça. (...) Para tanto, foram articuladas diversas técnicas: 1) Súmula vinculante: por ela o maestro (STF) pode impor, definitivamente, a nota a ser tocada, retificando-se a interpretação mediante uma simples Reclamação, podendo, ainda, responsabilizar o músico juiz faltoso; 2) Reformas legislativas: a) abreviação do julgamento, mesmo sem o estabelecimento do contraditório; b) relativização da coisa julgada inconstitucional [embora aqui se possa criticar o instrumental da forma e para os fins concebidos, atribuindo a palavra final, de modo generalizante, mais uma vez, à cúpula, sem consideração do caso, mas não propriamente uma ideia de que, verificadas determinadas circunstâncias muito específicas e extremas, mediante o exame do caso concreto, fosse possível algo como uma relativização de consolidações absurdas, estribadas única e exclusivamente sobre o dogma da busca liberal da formação da certeza a qualquer custo, na mesma linha do exposto por ADALBERTO N. HOMMERDING em seu *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil...*, op.cit., v.g., pp.226 e ss. (particularmente à p.235, onde afirma categoricamente: “Há casos onde não se tem como negar a possibilidade da relativização da coisa julgada.”), pontua-se aqui] (...); c) Repercussão Geral, em que se decide em bloco os temas ditos mais relevantes; d) jurisprudência dominante (CPC, art.557); f) Súmula impeditiva de recurso (CPC, art.518); g) julgamento do mérito sem processo (CPC, art. 285-A)....”.

⁵²¹ Dispõe o artigo 543-C do CPC, cujo “caput” foi acrescentado pela Lei 11.672, de 08/05/2008, sobre os chamados “Recursos Especiais Repetitivos”, nos seguintes termos: “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos *com fundamento em idêntica questão de direito*, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. §1º.Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais *recursos representativos* da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. (...)” (grifou-se).

dispositivo inserto no ordenamento pela Lei nº 11.672, de 08 de maio de 2008), mas a extensão que passou ou deverá passar a adquirir este tipo de disposição legal a partir de interpretações largas e flexíveis, como a estampada na ementa do seguinte recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA.RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETA DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

1. Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2. Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e §1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, *atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos* (Lei nº 11.672, de 8.5.2008).

3. Recurso Especial improvido. (STJ, Segunda Seção, RESP nº 1.110.549-RS, Relator Min.Sidnei Beneti, DJE de 14.12.2009 – destacou-se).⁵²²

Ou seja, não bastando já que a lei avançasse em demasia, no processo de idealização da vida e homogeneização das decisões judiciais em processos que supostamente conteriam casos “idênticos”, o próprio Judiciário se encarrega agora de “interpretá-la” no sentido de, inclusive ao arrempeio de outras disposições legais expressas, ampliar de uma maneira extrema esta forma de “desrealização” da prestação jurisdicional, com base em justificativas meramente pragmático-funcionalistas (e desfocadas da relevante função da prestação jurisdicional nas democracias periféricas contemporâneas).

Aliás, prosseguindo-se na mesma direção do exposto, veja-se o que diz a respeito OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA⁵²³, a corroborar a identificação e existência deste problema na realidade do Direito processual contemporâneo

⁵²² Extraído da seção de jurisprudência da *Revista de Direito da ADVOCEF (Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal)*. Porto Alegre, ADVOCEF, vol.1, nº 10, maio de 2010. pp.259 e ss..

⁵²³ O mesmo autor, bem mais recentemente, numa de suas últimas falas antes de seu falecimento ocorrido no segundo semestre do ano de 2009, assim se postou quanto ao tema, de forma ainda mais agudamente crítica a toda esta questão: “(...) eu tenho dito e escrito que os nossos problemas da jurisdição civil, as crises, os obstáculos e problemas, não são jurisdicionais. (...) Os problemas são estruturais, imensos e variados problemas estruturais. O curioso, e há muita coisa curiosa quando se fala em direito e processo no Brasil, é que nós estamos fazendo reformas no Código a 15 anos. E aqui onde me encontro, na planície onde sempre estive, a repercussão dessas reformas é muito modesta. Mas o que chama mais a atenção é que elas foram feitas sem prognósticos. Cada um foi fazendo de acordo com o seu cajado. E hoje o código está cheio de retalhos. Justamente porque nós preferimos copiar a produzir soluções responsáveis e autênticas. Eu diria que nós não nos libertamos da herança européia. E a colônia europeia é marcada por uma série de princípios, dentre os quais o conceitualismo. O direito não trabalha com a realidade, mas com conceitos. Se os senhores tiverem curiosidade de visitar grandes mestres que contribuíram decisivamente para a formação do direito brasileiro, verão que são seguros em dizer que o sistema forma-se de conceitos. Essa herança que é recebida acriticamente, porque o conceitualismo contribui para que os profissionais não venham ao fato, mas se satisfaça com conceitos. Então a consequência mais direta e mais grave é a alienação. As coisas acontecem, sem uma palavra sequer das nossas elites especializadas em direito. Os senhores podem abrir revistas, tratados, monografias, ninguém discute com ninguém! Vejam que eu estou tentando fazer um arco de problemas estruturais dentro do qual o magistrado está inserido. São estruturas políticas seculares que condicionam e determinam o comportamento de nossos juízes. Além disso, o Brasil é o que se convencionou chamar de modernidade tardia. Nós formamos aquele grupo de países que teriam se tornado modernos há pouco tempo... Não tivemos tempo de sermos modernos. Nós passamos do semi-feudalismo para a sociedade urbana de massa. Nós absorvemos as populações rurais que hoje infestam as grandes cidades, sem preparação alguma. (...) O Brasil foi obrigado a saltar essa importante e decisiva fase do desenvolvimento estrutural e de preparação para uma sociedade complexa e tolerante. Com uma democracia pluralista como a nossa, exige-se tolerância, respeito ao valor do outro. Essa queima de uma etapa histórica pesa profundamente na nossa formação.

Agora, chegando um pouco mais perto do problema jurisdicional (...).

Temos aqui dois problemas gravíssimos. Nosso juiz atende as causas de menor e de grande significado. E nossa Constituição abre as portas para os Tribunais Superiores. De modo que nós temos uma justiça universal e exacerbadamente burocrática. Talvez o RS ainda represente resistência ao movimento de uniformidade, mas nossa tendência é a federalização [mesmo

No campo do processo civil, os exemplos desta obliteração mental podem ser encontrados facilmente. O recente movimento de pequenas reformas introduzidas em nosso Código de Processo Civil, a partir de 1994, ilustra bem essa atitude. A crise pela qual passa a administração da justiça tornou-se tema constante, seja na imprensa, seja na vida forense. Juízes e advogados, quando se encontram, em sua convivência cotidiana, costumam lamentar-se da morosidade e ineficiência do Poder Judiciário. O assunto invadiu a própria Universidade, templo de preservação do ‘dogma’. O que há, porém, de singular nessa atitude é a que ninguém, dentre aqueles que se lamentam da ineficiência da administração da justiça, ocorra a natural indagação do ‘porquê’, que poderia dar-nos alguma resposta a respeito das ‘causas reais’ desse fenômeno que tanto nos incomoda e nos embaraça. O lamento do dogmático naturalmente é inseqüente, por isso que indagar pelas causas é questionar o dogma.

Pois bem, nem a exasperação da crise que provocou o movimento de minirreformas introduzidas no Código de Processo Civil foi capaz de estimular, sejam os juristas que se envolveram no movimento reformador, sejam os órgãos do Governo e do Parlamento, a uma investigação que pudesse identificá-lhes as ‘causas’ determinantes da inadequação de nossos instrumentos processuais. Falta-nos a capacidade de perquirir, ou mesmo interessarmo-nos, pelas origens de nossas instituições processuais. Supomos que os fenômenos jurídicos não tenham origem cultural, nem história. Como bons descendentes do platonismo renascentista, cremos que os conceitos jurídicos sejam da mesma natureza que as categorias geométricas. Eles estariam inscritos na natureza, ou seriam produto de uma lógica pura. Nesse particular, a submissão do Direito aos pressupostos da ‘ciência’ do medir, pesar e contar é absoluta.

Também a ‘ciência’ moderna não se preocupa com a genealogia dos fenômenos que investiga, muito menos com suas respectivas ontologias. O cientista não se detém no ‘por que’ das coisas, satisfaz-se com o ‘como’; como resolver dificuldades enfrentadas e como extrair proveito das descobertas científicas. Este foi um dos pressupostos, a condição epistemológica, de todos os matizes do ‘funcionalismo’ jurídico...”⁵²⁴

Nesse passo e nesses termos é que se apresenta mais claramente, então, a segunda grave e nociva característica do dogmatismo vigente hoje na seara do Processo Civil e da prestação jurisdicional, qual seja a da *conceitualização uniformizante* dos casos reais, com persistente e crescente desconsideração dos problemas complexos e da diferença existentes na contemporaneidade. Ou, por outra, a característica da criação de normas, procedimentos e modos de ver a jurisdição que se esforçam por transmutar as realidades vivas, por mais diversas que sejam, em abstrações jurídicas homogeneizáveis.

Diz STRECK⁵²⁵ a respeito do tema que

.... no contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras *abstrações jurídicas*, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, ‘suplicante’ e ‘suplicado’,

numa Federação], a ida à Brasília, num percurso que se torna quase caricato. Eu vou contar uma pequena passagem de dois processualistas italianos, um deles vai diretamente ao problema, que é PROTO PISANI, o qual escreveu um artigo dizendo da sua preocupação com o futuro da cassação italiana, porque, dizia ele, os ministros da cassação italiana são obrigados a julgar 180 processos por ano. Isso está publicado, mas ninguém leu, ou se leu não gostou. Porque não ouvi um comentário, a não ser o meu. Dizia Proto Pisani que a Itália deveria esforçar-se para se aproximar da experiência alemã, onde cada conselheiro da corte constitucional julga 80 processos por ano. Nós continuamos julgando 4000 ou 5000 processos por Juiz e mandamos mais de trezentos mil processos extraordinários. Os senhores já viram alguém se preocupar com isso?

A cada reforma, fazem congressos e publicam livros. É a única utilidade da reforma.” (OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, palestra de “Encerramento do III Encontro Internacional de Professores do Direito e do Processo do Trabalho”, publicada In.: “Cadernos da Amatra IV (Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 4ª Região) – nº 10 (Caderno de estudos sobre processo e Direito do Trabalho), jan.-mar.2009. Porto Alegre: HS Editora, 2009. pp.188-191, citação extraída das pp.188-9.-destaquei.).

⁵²⁴ Cf. *Processo e Ideologia...*, op.cit., p.299 – destaquei.

⁵²⁵ Cf. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, op.cit., p.75 – destaquei.

expressões estas que, convenhamos, deveriam envergonhar... todos nós. *Mutatis mutandis*, isso significa dizer que **os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais** graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de ‘coisificação’ (‘objetificação’) das relações jurídicas.⁵²⁶

Assim é que se persiste, na modernidade presente, mercê de tudo isso, num esforço de inserção do “individual” numa série de casos supostamente “idênticos” (como se isso fosse possível), que permitam o mágico emergir e a conveniente consideração *do uniforme do caso-abstração* (jamais o oneroso tratar do caso-concreto). Mantém-se uma fuga do individual que só resgata e reedita o pressuposto metodológico do liberalismo, da aplicação de uma cada vez mais insuficiente (e mesmo nociva) igualdade meramente “formal” entre indivíduos e casos (i.é., em sendo todos iguais perante a lei, todos tem o mesmo direito de serem tratados como entes abstratos, produtores de conflitos e embates também padronizáveis, negando-se, a um só tempo, a singularidade essencial inerente à cada pessoa e a riqueza complexa das relações travadas na vida de relação efetivamente vivida). Desse sentir a seguinte manifestação de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA⁵²⁷

A exigência de uniformidades que permitam a inserção do ‘individual’ numa série de casos ‘idênticos’, de modo a tornar possível a construção dos ‘sistemas’, obriga a eliminar as peculiaridades do caso concreto, toda a sua riqueza, aquilo que o faz ‘diferente’ obrigando o ‘cientista’ do Direito a reduzir as hipóteses concretas a seus ‘esqueletos’.

O pressuposto liberal de que todos os homens são iguais é expressão desta mesma ideologia, que deu origem ao ‘princípio da isonomia’, ou da igualdade, elevado a direito fundamental em nossas Constituições. *Entretanto, nada mais diferente, enquanto realidades vivas, do que os homens entre si. A igualdade [considerada nestes estritos termos formais deformantes] é uma abstração que nos obriga a despir o homem concreto da riqueza de seu ser individual, porém a formação dos ‘sistemas’ jurídicos assenta-se nessa abstração, na fuga do individual, como o seu pressuposto metodológico.* Supõe-se que cada caso concreto seja a expressão individual de uma série de casos idênticos⁵²⁸.

Ora, a consequência final de tudo isso, para além de uma demissão dos juízes de sua tarefa de *comprometer-se eticamente com a solução das demandas* (no sentido de *buscar a justiça para o caso concreto*), como refere OVÍDIO⁵²⁹, é a sedimentação e nefasto êxito de um persistente trabalho diário

⁵²⁶ E acrescenta, STRECK, noutro momento da mesma obra: “Nesse sentido não é difícil ou temerário dizer que os paradoxos originários da sociedade repleta de conflitos e contradições acabam sendo, exatamente, diluídos no interior desse ‘corpus’ denominado por WARAT de ‘sentido comum teórico do saber jurídico.’” (op.cit., p.71). E definindo no que consistiria esse *sentido teórico do saber jurídico*, concebido por WARAT, esclarece aquele mesmo autor: “...um emaranhado de crenças, fetiches, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, denominado por WARAT de sentido comum teórico dos juristas, que são legitimados mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública. *Tal conceito traduz um complexo de saberes acumulados*, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, *que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica* [citando-se WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre, Fabris, 1994, p.57.]. O sentido comum teórico ‘coisifica’ o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. *Interioriza – ideologicamente – convenções lingüísticas acerca do Direito e da Sociedade.* (...) ‘É o local dos segredos’ [cita-se: Cfe. ROCHA, Leonel Severo. *Sens commun théorique des juristes*. In: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. André-Jean Arnaud (org.). Paris, LGDJ-UNB, 1990, p.37 e segs.]. (Op.cit., p.79, destaquei).

⁵²⁷ *Processo e Ideologia...*, op.cit., p. 303– destaquei.

⁵²⁸ O que é, como se verá no capítulo seguinte, obviamente impossível, na medida em que todo o caso concreto guarda uma riqueza única, irrepetível (Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.84) – o que, inclusive, traz indelévels consequências para a questão da possibilidade da única resposta correta.

⁵²⁹ É pela lúcida palavra do professor OVÍDIO que se esclarece o que aí se quis dizer, eis que um outro fundamental elemento da legitimidade objetiva e subjetiva de uma prestação constitucional renovada para a contemporaneidade se apreseta nesse ponto, como se verá no capítulo seguinte: “Na área civil, tudo permite recurso. O juiz acaba ficando na posição de um *chefe de repartição, irresponsável*, porque – e aqui vem outro problema estrutural imenso – a nossa jurisdição é monopólio do Poder Legislativo. O juiz só declara quais são as injustiças praticadas pelo Legislativo, *não cabe a ele fazer*

de “redução do Direito ao ‘mundo jurídico’⁵³⁰ de tal modo que o ‘jurídico’ isole-se do político”⁵³¹, sem crítica e sem volta, definitivamente. E, assim, um novo papel demandado pela contemporaneidade à prestação jurisdicional vai se tornando cada vez mais algo verdadeiramente impossível.

Mas não é só. A funcionalização do Direito pode ir ainda muito mais longe, e alcançar limites até mesmo impensáveis num primeiro momento, precisamente por meio do potente e insidioso instrumental da *tecnoburocracia*. Um instrumental, diga-se, cada vez mais solidificado e ramificado também no seio das instituições e das práticas, de forma ou de outra, ligadas às questões jurisdicionais e da administração da justiça.

Nesse plano, não será necessário ir muito longe para demonstrar de forma suficiente esta assertiva. Bastam apenas alguns exemplos candentes, extraídos da realidade recente e corrente verificada no Brasil, para demonstrar até onde se pode chegar nesta questão.

Invoca-se, para tanto, novamente o caso da Resolução nº 106/2010 do CNJ⁵³². Como já se explicitou antes, tal resolução, a pretexto de objetivar os critérios de promoção de magistrados, acabou

justiça, ele tem que aplicar a lei. Portanto, é um juiz que apenas verbaliza o que o legislador disse. Isso *contribui diretamente para a cultura de um juiz de primeiro grau que não se compromete com a fundamentação adequada.* E claro que a falta de fundamentação adequada aumenta a possibilidade do recurso. Indo um pouco mais além, podemos dizer que não há como fundamentar adequadamente a sentença, porque declarações não precisam ser fundamentadas. (...) São problemas estruturais profundos que marcam a atividade do Judiciário, mas o interessante é que esta concepção da Revolução Francesa de separação de poderes e de atribuição da produção do direito exclusivamente pelo poder executivo, funcionou com certa eficiência em uma sociedade fechada como era a europeia do século XIX. Porque aqui há um problema hermenêutico importante, a[s] nossa[s] [dificuldades de?] linguagem, nos pequenos grupos homogêneos, são praticamente inexistentes. Por exemplo, nas nossas famílias não há problema de interpretação. Às vezes basta o olhar do pai para que o filho o compreenda. (...) *mas na medida em que a sociedade se torna complexa e aquela univocidade se torna plurivocidade, plurivocidade econômica, ética, política, religiosa, todas com direito a respeito, então o problema hermenêutico se torna fundamental.* E aquele instrumento concebido lá na Revolução Francesa, nos filósofos liberais do século XVII, funcionou lá, mas não funciona mais aqui, justamente por causa da plurivocidade. Como o juiz não pode fundamentar, *ele cai no arbítrio, que é o que vivemos atualmente na jurisdição comum. Arbítrio no sentido de que ele oculta para si os fundamentos. Até pode proferir uma sentença justa, mas o trabalho não é de fundamentação, é de explicação. O juiz explica como descobriu a vontade da lei: lendo autores, investigando a jurisprudência. Mas não se envolve eticamente com a decisão.* (...) *Hoje a jurisdição serve a interesses administrativos, a interesses mercantis, mas não à justiça.* E há autores que dizem que justiça é conversa fiada. E eu entendo que a justiça está na alma humana, pela nossa revolta contra a injustiça.” (OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, palestra de “Encerramento do III Encontro Internacional de Professores do Direito e do Processo do Trabalho”, op.cit., pp.190-1-destaquei).

⁵³⁰ E no sentido de como isso pode se encaminhar para uma uniformização totalmente artificial e meramente formal da vida e dos seus problemas trazidos ao Judiciário, numa contribuição sua à construção de um verdadeiro “Estado total”, ao invés de uma democracia participativa, porque o cidadão-demandante simplesmente desaparece da esfera de consideração nas causas padronizadas, assim como o conflito passa a ser algo que deve ser ignorado e suprimido pela homogeneização forçada destas causas, passíveis, então, de inclusão na fôrma das ações repetitivas e soluções afins, OVÍDIO BAPTISTA chama a atenção para o seguinte: “...a modernidade criou artificialmente uma entidade chamada indivíduo. Não existe o indivíduo. A concepção do indivíduo seria, para os filósofos que o conceberam, uma pessoa que saiu da sua comunidade para ser livre e dona do seu destino. Isso naturalmente é uma utopia. Nós estamos presos à nossa cultura. Nós trabalhamos com valores que formamos desde o berço, *mas a verdade é que esse indivíduo tem se prestado para uma coisa notável, porque ele passou a ser um número estatístico. Então, ele é sujeito às estatísticas, porque todos somos iguais perante a lei.* Isso nos conduz ao Estado total, porque o indivíduo desaparece constantemente da nossa visão. Chegaremos ao ponto em que nós iremos saber se temos ou não direito digitando o computador. Não teremos mais acesso. As ações são repetitivas.

Os senhores já pensaram na gravidade das ações repetitivas? Isso é outra jurisdição. Não é a jurisdição que nós recebemos das fontes clássicas. *São exemplos as súmulas vinculantes, que nos igualam. Não existe mais uma ‘lide’ peculiar, individual. Ela é uma unidade de uma seriação de ‘lides’ idênticas.*” (OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, palestra de “Encerramento do III Encontro Internacional de Professores do Direito e do Processo do Trabalho”, op.cit., p.191-destaquei).

⁵³¹ Cf. *Processo e Ideologia...*, op.cit., p. 303.

⁵³² E de novo, reitera-se aqui: não há ilusões; ante a realidade histórica do Judiciário nacional e, em parte, ainda atual do judiciário, *há de existir mesmo um forte órgão de controle administrativo e correicional da magistratura, com atuação disciplinar forte e poderes significativos na área da administração da justiça.* Contudo, se ele for posto a trabalhar como mais um fomentador do paradigma da “desrealização” da jurisdição (bem como de sua “presentificação”), não só violando

por invadir a seara da independência funcional e da liberdade de convicção dos juízes, de forma indireta. E mais, não só com finalidade de instrumentalização da ideologia de *presentificação* da jurisdição, como já referido, mas também daquela de “desrealização” desta mesma atividade estatal, nos termos do ora tratado.

Sucedo que ao dispor sobre critérios para aferição do desempenho do magistrado na prática judicante, sob o aspecto “qualitativo”, tal normativo resvalou inexoravelmente para uma imposição indireta de que a jurisdição seja prestada de modo mais padronizado (e, portanto, acrítico) possível. Basta que se verifiquem as disposições normativas que impõem ao magistrado uma “disciplina judiciária”, nos termos de incondicional respeito às súmulas dos tribunais, se quiser ver seu labor reconhecido como digno de mérito pela Corte a que vinculado e instâncias avaliativas do seu dito “merecimento”.

Senão, confira-se o teor de alguns dispositivos da mencionada resolução, tais como os seus artigos 4º e 5º, respectivamente:

Art. 4º. Na votação [para fins de promoção e de acesso aos tribunais de 2º grau, por merecimento, cf. art. 3º], os membros votantes do Tribunal deverão declarar os fundamentos de sua convicção, com menção individualizada aos critérios utilizados na escolha relativos à:

I- desempenho (aspecto *qualitativo* da prestação jurisdicional)

(....)

Art. 6º. Na *avaliação da qualidade* das decisões proferidas serão levados em consideração:

(....)

d) o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.

Já o artigo 10 da mesma resolução lança luzes definitivas sobre a questão:

Art.10. Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham a atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como índices de reformas de decisões.

[Mas]. *A presteza deve ser avaliada* nos seguintes aspectos:

Parágrafo único. *A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento*, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).⁵³³

Ora, como bem se vê, não se trata de esperar que o magistrado apenas ordinariamente, ou como regra, observe as súmulas dos tribunais, *mas que ele sempre o faça*. Veja-se que o parágrafo

os limites do que lhe é dado constitucionalmente fazer, mas contribuindo sobremaneira para a inviabilização de uma prestação jurisdicional transformadora e contributiva para o estabelecimento de uma democracia constitucional em sentido amplo, ainda que por vias indiretas, as consequências serão trágicas. Haverá uma verdadeira *celerização do processo de inutilização da jurisdição como instrumento da justiça do caso concreto e de auxílio na construção da democracia* (de reforço da democracia representativa e de edificação da democracia participativa direta) que a contemporaneidade pede. Nesse sentido, novamente a crítica extremamente ácida de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, exatamente neste sentido, merece ser reproduzida aqui: “... a coisa mais grave e que mais me surpreendeu, foi constatar que o órgão de cúpula do Poder Judiciário – o Conselho Nacional de Justiça, é administrativo. Não jurisdicional. *E ele está cada vez mais ampliando a sua própria competência. Então, aquilo que iria ocorrer, já está se consumando. Esse movimento de atração da jurisdição pelo poder, está sob nossas vistas*. Mas estas coisas, que eu falo, no Brasil não são ditas. Não são ditas! No Brasil, continuamos a fazer pequenos reformas, pequenos consertos....” (palestra de “Encerramento do III Encontro Internacional de Professores do Direito e do Processo do Trabalho”, op.cit., p.191-destaquei).

⁵³³ Resolução nº106/2010, de 06 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que “dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau” e que foi publicada no DJ-e nº 61/2010/2010, em 07/04/2010, pp.6-9.

único do último artigo transcrito deixa claro o que pode (e, por interpretação em sentido contrário, o que supostamente não poderia) o magistrado nesta questão: poderia, segundo a regra de cunho administrativo, aplicar a jurisprudência sumulada apresentando, no máximo, eventual ressalva de seu entendimento contrário (*rectius: doxa*, mera opinião); não poderia, pois, insurgir-se, mesmo fundamentada e articuladamente, *decidindo* contra a aplicação da dita súmula, supõe-se, seja por que motivo for (entendimento de sua superação, diferença de caso concreto suficiente a justificar a sua incidência, etc.) – ao menos, repita-se, se o magistrado quiser ver seu “merecimento” reconhecido para fins de progressão funcional na carreira.

Ora, mas uma forma assim impositiva de homogeneização dos casos e, pois, tendente a uma indireta limitação da atividade jurisdicional, a par de obviamente inconstitucional é, antes de tudo, um claro exemplo de como, sob pretextos outros - como, por exemplo, o do salutar estímulo a uma certa responsabilidade institucional e busca pela coerência e integridade na aplicação do Direito -, os “bons propósitos” invocados por inovações administrativas e, no fim, a própria finalidade da função jurisdicional, podem ser facilmente desvirtuados pela tecnoburocracia.

Logo, a instituição de uma tal regra administrativa “meritória”, que incite à competição por merecimento à custa de uma atividade jurisdicional que passe a se dar em termos de uma atuação pautada por “disciplina judiciária”, entendida como respeito sacralizado ao sumulado pelos tribunais (mesmo que não se tenha aí posta a figura da súmula vinculante, diga-se de passagem), só pode se constituir em mais um exemplo candente e concreto das tentativas de supressão do espaço para a consideração e discussão das diferenças da realidade complexa na contemporaneidade, na esfera do jurídico e do jurisdicional⁵³⁴.

⁵³⁴ Cf., para outro possível exemplo em sentido similar, de invasão da prestação jurisdicional pela tecnoburocracia, o caso concreto trazido por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, minuciosamente relatado no já citado artigo “Justiça da Lei e Justiça do Caso”, publicado na Revista Forense nº400, de nov-dez.2008 (op.cit.). Nesse caso paradigmático, segundo o autor, novamente as instituições administrativas agiriam diretamente no sentido de conformar a esfera da prestação jurisdicional de modo ilegítimo e inconstitucional, e de modo ainda mais grave, por desconsiderar decisões judiciais havidas em casos concretos (coisa, aliás, que nem à lei, por princípio, é dado fazer). Isso porque o CNJ, nesse caso, teria proferido decisão abstrata e generalizante, a pretexto de moralizar a questão da estabilização de registradores de registro de imóveis adquirida sem prestação de concurso, de forma ampla e afrontante de julgamentos judiciais que teriam sido proferidos considerando-se, como devido, cada caso concreto com suas circunstâncias (cita-se caso específico de julgamento pelo TJRS). Assim, a par de extrapolar largamente suas atribuições e ferir até mesmo princípios constitucionais, fazendo o que nem mesmo a lei poderia fazer, o conselho teria, ainda, se pautado por fazer *tabula rasa* dos casos particulares e da riqueza complexa da realidade, ignorando as diferenças existentes entre situações que só na superfície seriam similares, em aparência, mas que seriam muito diversas em suas circunstâncias e pediriam, pois, soluções também muito diversas para que a dita regularização (ou “moralização”) destas atividades se desse de modo justo e respeitoso às normas e aos direitos de todos os envolvidos. Mas não é só no ambiente da cúpula administrativa, em Brasília, que os exemplos de influência do Judiciário pelo vetor contemporâneo da supressão do espaço para debates e diferenças de cada caso concreto surge candente hoje. Demonstrando que isso definitivamente invade a prestação jurisdicional em si, chegando aos mais distantes rincões do Brasil e afetando virtualmente todos os casos em andamento no país, tome-se exemplo extraído do trivial cotidiano forense, a que não se fará referência identificada, a não ser por seus contornos fáticos, em virtude de se tratar de situação bastante recente e de ação que ainda tramita. Neste caso, em Comarca do interior do RS, o juiz, no âmbito de inventário que tramitava já por vários anos, em função de haver discussão sobre supostas dívidas que afetariam e consumiriam a totalidade da gleba de terras rurais de onde a cônjuge supérstite ainda retirava o seu sustento e continuava a trabalhar (como sói acontecer em não poucas situações), decidiu que, à luz das imposições da meta 02 e da necessidade de julgamento dos processos em tempo razoável, já bastava de suspensões “ad aeternum” do processo – mesmo a dívida estando ainda sendo discutida no âmbito dos devidos embargos de devedor, noutro feito, e as suspensões virem se dando dentro da lei e de um comportamento das partes que não foi inquinado de temerário ou procrastinador. Nesse caso, o magistrado apenas invocando expressamente esta “regra administrativa” derivada do concerto entre as cúpulas administrativas do judiciário, bem como uma interpretação do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e do artigo 597 do CPC - muito particular, por que só compreensível se considerada à luz da dita regra administrativa de “eliminação” de todos os feitos anteriores a dezembro de 2005 -, determinou que a viúva inventariante apresenta-se de uma vez a proposta de partilha, com subsequente recolhimento dos tributos “devidos”, para que fosse o caso resolvido independente da solução dos débitos que poderiam afetar (integralmente) o patrimônio em questão, “sob pena de

E, obviamente, só pode, uma medida que tal, ser considerada como mais um modo de se dissentir flagrantemente de princípios fundamentais da Constituição que dão os contornos mínimos de legitimidade desta atividade, ao se exigir que ela se dê nos moldes de uma *jurisdição por (mero) desempenho (uniformizante)*. Ou seja, ao se trabalhar para a instituição de uma “jurisdição” preocupada só, ou quase exclusivamente, com a máxima padronização das demandas e dos casos, e, pois, indiretamente também com uma redução do número de feitos “em estoque” (ou com as chamadas “taxas de congestionamento” do Judiciário) e do tempo dos feitos, bem como com a imagem popular da instituição frente aos reclamos da mídia⁵³⁵.

extinção do inventário”. Ora, mas, como parece evidente, a invocação genérica do dever de julgar os feitos em tempo razoável não parece suficiente para dar respaldo a uma decisão deste teor. Se algo há a ser julgado, não será a extinção formal do processo ou sua condução passando por cima da realidade e das normas que haverá de atender à determinação da novel disposição constitucional. Muito menos a invocada regra processual parece ser capaz de dar suporte válido à saída engendrada para o caso, uma vez que ela parte justamente do pressuposto de que é “o espólio [que] responde pelas dívidas”, para só depois esclarecer que, somente se já feita a partilha, é que cada herdeiro poderá responder por débitos imputáveis ao “de cujus”, nas forças da herança – débitos estes, pois, que, obviamente, não tivessem ainda sido apresentados no tempo em que o inventário corria. Trata-se, como é muito evidente, de solução de exceção para resolver casos de dívidas surgidas posteriormente, não para permitir a “transmissão” de débitos a sucessores, o que naturalmente transgrediria os princípios mais básicos do Direito sucessório, além de ocasionar a afronta de outras determinações de cunho processual e, mesmo, tributário, em um caso que tal. Logo, é evidente que aqui o que norteou a “interpretação” do juiz foi a diretiva administrativa. Não foi o caso concreto e suas circunstâncias, que pediam claramente a continuidade da suspensão. Tampouco os dispositivos da lei e da Constituição, que não podiam ser interpretadas como foram. Foi a norma geral, homogeneizante dos processos “antigos” como sendo casos abstratos a serem resolvidos num prazo limite, a qualquer custo. Quer dizer: chegou-se aqui, primeiro, à extrema inversão: as leis e a Constituição Federal sendo interpretadas a partir das necessidades instituídas e determinadas por meras resoluções administrativas (!). E, depois, à máxima desrealização do mundo: o caso é antigo e deve ser resolvido, esta é a regra abstrata que “resolve” a situação e o problema assim desrealizado. Não importa que, no âmbito da realidade, os sucessores jamais venham a desfrutar efetivamente dos bens do inventário em questão, nem do ponto de vista fático, nem do ponto de vista jurídico, já que potencialmente podem ser consumidos pelas dívidas supostamente deixadas pelo “de cujus”, em caso de êxito da execução embargada. Terão de pagar, imediatamente, por ficção jurídica instituída pelo magistrado de primeiro grau, a bem de dar cumprimento à chamada “meta 02”, os impostos devidos para que passem a “desfrutar” da surreal condição de “proprietários e possuidores de coisa nenhuma”. Tampouco importa que os sucessores, que não são devedores, possam ver (ou necessariamente acabem tendo de ver), sem qualquer necessidade ou base legal justificável, seus nomes envolvidos em execuções que não lhes dizem respeito (já que, em se confirmando a dívida, ela adviria de atos pretéritos do “de cujus”, passível de ser respondida somente com seus bens e jamais “transmitida” a seus herdeiros, como é curial), sendo, assim, gravemente prejudicados do ponto de vista moral e, até mesmo, de suas atividades econômicas futuras – e, diga-se, ainda que a execução possa dizer respeito somente às “forças da herança”, ou seja, aos “bens” (“débitos”?) deixados pelo “de cujus”, dificilmente isto constará das certidões positivas em nome dos sucessores pessoalmente executados com base em tal decisão que “resolveu” o caso para efeitos de cumprimento da “meta 02”. De resto, muito menos dirá respeito ao magistrado, ante ao patente descompromisso demonstrado com uma solução justa para o caso concreto, o fato de que as vidas dos sucessores e suas próprias famílias possam vir a ser gravemente afetadas, até mesmo em remoto futuro, por conta de sua decisão cumpridora de metas administrativas, já que a potencial “confusão” entre os bens de patrimônios distintos (fictício patrimônio supostamente deixado pelo “de cujus” e bens obtidos pelo esforço real dos sucessores no âmbito de suas próprias vidas particulares), por mais que providências sejam tomadas no sentido de mantê-los apartados, sempre será uma alegação possível por parte do credor do espólio, a bem de garantir suas pretensões. Enfim, nada disso diz respeito ao juiz do caso, que, afinal, só aplicou a regra geral maior, diretiva da atividade jurisdicional de hoje, segundo a sua peculiar visão: a do cumprimento das metas administrativas, mesmo que a custa da presentificação e desrealização do mundo, para não se falar dos danos à diferenciada atividade estatal que exerce, à lei, à Constituição, e, finalmente, à construção da legitimidade da prestação jurisdicional.

⁵³⁵ Aliás, é imperioso que se destaque como ainda é impressionante que vigore uma determinada visão acerca “da produtividade” jurisdicional no Brasil, no sentido de se colocar a quantidade absurda de processos que acabam sendo julgados no país, por um número absolutamente reduzido de juízes, como uma “virtude” de nosso Judiciário - e não como a expressão mais enrubescidora de seus vícios, já que ela expressa “a priori” que os casos humanamente não puderam mesmo ter sido analisados com a atenção que seria devida às suas circunstâncias particulares e irrepetíveis -, e pior, que esta visão se solidifique e se alastre, tanto no âmbito interno dos Tribunais, corregedorias (que, por vezes, promovem a divulgação de “rankings” públicos por produtividade de juízes) e entre os próprios magistrados, bem como seja ainda propalada na mídia a bem de demonstrar o quão operativa é a instituição no desempenhar de seus misteres nestes termos (de “presentificação” e “desrealização”). Nesse sentido, o trecho do artigo “A gestão pela qualidade é solução para morosidade dos processos judiciais”, já citado alhures, é bastante ilustrativo e fala por si só: “Percebe-se também que não há a devida e necessária divulgação no tocante a estudos sérios e isentos sobre o Judiciário. A propósito, segundo o apurado em recente relatório do Banco Mundial, a produtividade do Judiciário brasileiro é a maior da América Latina, com elevado número de decisões

Tal espécie de iniciativa marcadamente funcionalista, que também guarda o potencial de perpetuar magistrados que compreendam a jurisdição de forma assim limitada na condução dos rumos da administração da justiça, de novo tem o potencial de conduzir, a médio ou longo prazo, a uma compreensão generalizada da atividade que não se coaduna com a possibilidade de realizá-la nos moldes do que exigiria a sua nova função na contemporaneidade.

Por fim, se nesta busca desmedida por eficiência, ao modo da perseguição da otimização da produção em empresas privadas⁵³⁶, se ignorar a impositividade do comprometimento ético do juiz com a consideração da busca pelo justo no caso concreto, bem como o seu papel de partícipe efetivo na construção dos contornos democráticos de sociedades periféricas ou de países emergentes, como o Brasil, só restará reconhecer que a legitimação popular ou midiática de tais medidas não bastará para salvar uma atividade assim conduzida, em franco descompasso com um arcabouço mínimo de valores a que ela deveria estar necessariamente referida. Ou seja, mesmo que se busque na padronização dos julgamentos, otimização da produção de decisões, ou mesmo, se pretenda assegurar com isso o reforço a qualquer custo de certos dogmas do liberalismo, tais como o da segurança jurídica, não haverá legitimidade objetiva posta nesta atuação⁵³⁷. E, tampouco, sua face subjetiva estará atendida, na medida em que, mais cedo ou mais tarde, flagrante será a deterioração do respeito e do reconhecimento de tal atividade, estimulada pela inconformidade publicizada daqueles que, em crescente número, serão submetidos aos seus danosos efeitos.

d) Quanto à explosão da litigiosidade e sua influência sobre os fenômenos de homogeneização conceitual da realidade, além de reflexos práticos sobre o jurídico e o jurisdicional: Aqui se examina a questão da chamada explosão de litigiosidade e sua influência sobre a “desrealização” da prestação jurisdicional cotidiana e da administração da justiça, como mais um elemento fundante desta problemática.

A questão da chamada *explosão de litigiosidade*⁵³⁸ e de um exponencial crescimento da demanda por prestação da atividade jurisdicional na atualidade é tema recorrente na pauta de debates

proferidas, e marcada pela variedade de meios de distribuição da justiça (juizados especiais, centrais de conciliação, de precatórios, etc). Houve reconhecimento de entidade insuspeita – o Banco Mundial – de que o magistrado brasileiro, apesar da sobrecarga de serviço e das condições insatisfatórias de trabalho, compensa a omissão de outros atores da complexa engrenagem judiciária, julgando, no período avaliado, 1.357 ações (muito acima dos padrões internacionais), contra, por exemplo, 875 ações para os juízes argentinos e 377 para os juízes venezuelanos, e que se na Argentina existem 10,9 juízes para cada 100 mil habitantes, por aqui esta relação é de 5,3 (em que pese o PIB brasileiro ser 10 vezes maior!) e que grande parte dos problemas enfrentados, como a lentidão dos processos, não diz respeito à atuação do Judiciário, mas a falhas do sistema judiciário como um todo.” (op.cit. - destaquei).

⁵³⁶ Cf. ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, no já citado artigo intitulado “*Franchising Judicial ou de como a magistratura perdeu a dignidade por seu trabalho, vivo?*”, publicado por via eletrônica (referência completa em nota anterior), para uma candente crítica a estas práticas funcionalistas, que transferem práticas de gestão e “eficiência” diretamente do “mercado” para o Judiciário, que a tecnoburocracia recente tem adotado em nome de uma administração da justiça mais moderna no Brasil.

⁵³⁷ Nesse sentido, aliás, pouco importará que se esteja a proceder de acordo com as determinações das cúpulas administrativas do próprio Judiciário, eis que aí isso só fará confirmar a aguda observação do professor OVÍDIO BAPTISTA, no sentido de que “a perda de legitimidade social de nossos juízes é uma das tantas consequências do modo como o Poder Judiciário inseriu-se no poder burocrático, próprio do Estado contemporâneo.” (*Processo e Ideologia...*, op.cit., p.45.).

⁵³⁸ A expressão pode ser encontrada em BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS *et alii*, no ensaio “Os Tribunais nas sociedades contemporâneas”, p.5 (referência bibliográfica completa adiante).

dos operadores do Direito. Assim também, a conseqüente retórica da necessidade de que, em função deste fenômeno, se proponham medidas alternativas e racionalizadoras⁵³⁹ para o *desafogo* dos Tribunais - na esteira da mesma busca de supressão dos espaços para a discussão e tratamento das diferenças da realidade complexa por meio da solução mágica das uniformizações de julgamentos.

Nesse contexto, como de certa forma já antecipado, surge uma pletera de proposições de alteração do ordenamento jurídico para o suposto atendimento desse desiderato de *celerização e incremento produtivo para a desobstrução* dos canais oficiais de realização da justiça. Tais propostas vão desde os mais inconsequentes e tresloucados projetos de lei, abortadas por sua mais flagrante inépcia já no seu próprio nascedouro, até emendas constitucionais que realmente acabam por se efetivar, surgindo como panacéias normativas para a solução “real” do que leigamente já se convencionou tratar como um problema *do Judiciário*⁵⁴⁰.

⁵³⁹ Nesse sentido, manifestação do próprio então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, em entrevista concedida à Revista da Associação Nacional dos Juizes do Trabalho: “Tenho impressão de que parte das questões ligadas à morosidade (da justiça) *depende da nossa própria capacidade de uma atuação pautada por critérios de maior racionalidade*. Seleção de processos; a aceleração do próprio processo decisório, que vai refletir sobre outros processos em andamento; formação dos casos que devem servir de paradigma; tudo isso acho que pode ser enfrentado com satisfatoriedade pelo Poder Judiciário.” (Revista da ANAMATRA, 1º semestre de 2008, p.9). Ora, ainda que o ilustrado jurista mencione pertinentemente, adiante, a questão do problema da litigiosidade ativa e a necessidade de que todo essa questão passe por um “processo de revisão cultural”, parece relevante e possível identificar o fato de que esta espécie de fala – inadvertidamente ou não – se presta à manutenção de um foco instrumentalizador, no que tange à discussão sobre esse tema, no sentido de que essa maior “racionalização” da atuação judicial acabaria por conduzir necessariamente a uma significativa redução de litigiosidade e (ou, no mínimo) ao cumprimento adequado do papel do Judiciário em sociedade. Essa compreensão parcializada do estado de coisas atual não parece considerar, contudo, a realidade de que (a) a problemática da exacerbação da litigiosidade não pode ser reduzida a um problema do Judiciário; (b) de que ela não pode e não deve ser confundida com a questão da conflituosidade inerente a uma sociedade democrática; (c) de que a simples burocratização técnica da prestação jurisdicional, massificante e homogeneizante, reduzida a um mero serviço judiciário de somenos importância política, ainda que para um corte correspondente à maioria das demandas de menor relevo econômico ou político, não só não lida ou tende a solucionar adequadamente a questão, como baralha os temas anteriores, conduzindo à indesejável redução das possibilidades de consideração dos casos concretos propriamente ditos, à luz dos conflitos sociais instalados em suas especificidades. Há o sério risco de se promover também sob o escudo desta linha de argumentação, então, a repressão de salutareis e naturais conflitos no seio de uma sociedade plural, sob a invocação da necessidade de uma rápida (e desvirtuada) “pacificação social”, em detrimento da realização de uma prestação jurisdicional que condiga realmente com a sua verdadeira função de busca de convivência social fraterna, nos termos do contrato constitucionalmente. Essa espécie de atividade ficticiamente “pacificadora” só é capaz, entretanto, de gerar insatisfação, sentimento de injustiça e segregação - porque sempre haverá, então, a possibilidade dos instrumentos que conduzem alguns casos a apreciação de uma justiça que não seja aquela da “racionalização” (ou padronização) extrema, reservada às massas, criando-se novas formas de desigualdade não autorizada constitucionalmente -, e de, no extremo, engendrar a retroalimentação de uma litigiosidade transformada, ainda mais deletéria e perniciosa às possibilidades reais da convivência democrática.

⁵⁴⁰ No ponto chama a atenção, por exemplo, que a introdução do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (“*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação*”) pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, tenha sido tão comemorada – como se uma tal garantia não pudesse antes já ser extraída do próprio ordenamento e dos princípios e finalidades que regem a atividade jurisdicional - e frequentemente seja mesmo invocada, em discursos, ou mesmo processos judiciais, como “solução mágica” para que as enormes dificuldades materiais à concretização da sempre desejável e devida prestação jurisdicional célere sejam prontamente exorcizadas e tal garantia seja concretizada automaticamente no mundo dos fatos. As dificuldades estruturais e limitações institucionais e humanas, contudo, não desaparecem pela pura criação de normas, mesmo em nível constitucional, como é palmar. O pensamento mágico dos ritualísticos invocadores de fórmulas, de um lado, não elimina a realidade de tais limitações ante a extraordinária litigiosidade que chega ao Judiciário hoje; e por outro, custa a crer que alguém admita e deseje conscientemente que o caso concreto que diga respeito à sua vida e à solução de seus interesses seja resolvido, então, sem maior consideração de suas particularidades, por aplicação de meros modelos ou padrões de decisão, à luz da necessidade de se dar forma concreta plena e infalível a esse ideal normatizado constitucionalmente para os milhões de casos que assomam às unidades de prestação jurisdicional do país. Há de se perceber que nesse ponto, ao menos no estado de coisas atual, as escolhas são reduzidas pela realidade do mundo dos fatos: ou se leva ao extremo a novel promessa constitucional e se aceita a ficcionalização da justiça, ou se pondera que o ideal de presteza corporificado na Constituição é relevante signo de uma busca incessante, mas nem sempre tangível imediatamente, em determinados casos ou circunstâncias, sob pena do sacrifício da busca do casuisticamente “justo”, ainda que numa mínima medida aceitável. Ou melhor ainda,

Todavia, o mais importante, ante a tal quadro, será reforçar a constatação de que a discussão dessa complexa problemática nestes termos demasiadamente simplistas ou redutores⁵⁴¹ da realidade, por novamente tributários da ótica estreita da já mencionada racionalidade funcionalista tão em voga hodiernamente, acaba prestando imenso desserviço à busca de uma solução adequada das dificuldades referidas. Isso em termos de realização de uma justiça efetiva e seriamente comprometida com a concretização dos objetivos contratados constitucionalmente, nos termos do que vem sendo repetidamente exposto neste escrito. Quer dizer, isso tudo reforça o que, de certa forma, já se disse: por paradoxal que possa parecer, quanto maior forem as apostas em soluções rasteiramente práticas e aparentemente objetivas para a solução das dificuldades da atividade jurisdicional, maiores serão os investimentos, em verdade, em pseudo-respostas, que pouco mais fazem do que mascarar o problema e distorcer o quadro da realidade.

Ocorre que estas soluções do tipo simplista ou redutor, ainda que a pretexto de combater um problema realmente concernente à realidade da modernidade presente, também acabam por contribuir para uma perda de foco ainda mais intensa, quando se trata de discutir a *verdadeira função* da atividade estatal de prestação jurisdicional e de debater *suas efetivas possibilidades* de contribuição para a construção de uma sociedade nos moldes do que contratado na Constituição Federal. E mais: não importa o novo motivo apresentado para justificá-las, acabam mesmo por gerar mecanismos de insidioso solapamento deste importante instrumental técnico, teoricamente apto a conduzir, em boa parte, os naturais conflitos de uma sociedade pluralista e democrática a uma rede decisional inicial de compatibilização refletida e ponderada de diferenças, para fins de marcante contribuição para a obtenção de uma convivência verdadeiramente pacífica (por harmônica e fraterna⁵⁴², e não por simplesmente forçada) entre os variados integrantes desta sociedade.

como já se disse alhures, que se trata de um reforço da ideia de que o processo deve ser julgado precisamente no seu “tempo devido” (estimulando-se o resgate da noção de “káiros”). Devemos decidir, pois, se estamos prontos a aceitar e pagar o preço de um mundo que reinstitucionalize com ainda mais força a mera prestação de “ficções” de Justiça à sociedade, a pretexto de realização da tarefa maior da prestação jurisdicional, ou se queremos a realização de outros ideais, que a par de tenderem à solução célere e efetiva de conflitos, tendam também à mínima busca pelo justo de cada caso concreto, como sólida expressão da construção de um mosaico de decisões (estatais) que contribuam para uma convivência verdadeiramente mais harmônica entre os iguais-diferentes que somos em sociedade e, assim, para a construção de uma democracia constitucional em sentido amplo.

⁵⁴¹ E aqui cabe distinguir a necessidade de preservação da simplicidade para tratar o que é complexo daquilo que poderia ser qualificado como um pensamento simplificador, no sentido de “redutor” da realidade, que segundo EDGAR MORIN (2007, p.6), “desintegra a complexidade do real”, de forma artificial. Isso porque uma das ilusões que desviam o foco adequado do pensamento complexo é, sim, acreditar que a “complexidade conduz à eliminação da simplicidade”, quando na verdade o pensamento complexo “integra o mais possível os modos simplificadores de pensar...”. Entretanto, um tal modo de pensar o complexo de forma simplificada e integradora justamente “...*recusa as conseqüências mutiladoras, redutoras, unidimensionais e finalmente ofuscantes de uma simplificação que se considera reflexo do que há de real na realidade.*” (destaquei).

⁵⁴² Eis o tão olvidado preâmbulo da Constituição Federal de 1988, se houver dúvida a respeito do ponto: “Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a *assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais*, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos *de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida*, na ordem interna e internacional, *com a solução pacífica das controvérsias*, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (Destaque apostos).

Senão anote-se, primeiro, que a litigiosidade exacerbada é um fenômeno que deve ser compreendido desde suas origens, para que seja adequadamente enfrentado. Um fenômeno que não tem causa recente, mas múltiplas causas remotas, que inclusive, por novas formas, se renovam nos tempos que correm. Um fenômeno que nasce no seio da sociedade e na construção das relações de poder ao longo da história política das nações, que acaba se afirmando como experiência assentada culturalmente em determinado momento. Logo, um fenômeno que simplesmente não pode ser tratado de forma reducionista, como um problema estrito do Judiciário. Muito menos um fenômeno que possa ser resolvido à base de penas legislativas ou administrativas, que simplesmente contribuam para um desnaturar visceral da atividade jurisdicional e, pois, para a sua perda de legitimidade, em todos os sentidos.

A litigiosidade expandida é um problema da sociedade, com intrincados laços políticos, sociológicos, históricos e raízes para bem além do jurídico; não é, portanto, um problema do “Judiciário”, nem debate de natureza estritamente jurídica (ou seja, é um problema da complexa realidade contemporânea), que possa ser resolvido por panacéias normativas ou medidas unilaterais e arbitrárias do Estado, tendentes a simplesmente *acelerar* a prestação jurisdicional⁵⁴³ ou incrementar ao extremo a sua *produtividade* – a ponto de quicá anulá-la em sua essência e finalidade, nos termos do que identificado adiante – e justificar o Judiciário perante a corrente e crescente demanda (inclusive midiática) por soluções urgentes e “desobstrutoras” dos escaninhos dos tribunais.

Destarte, é tempo de aqui se analisar a questão das origens de uma verdadeira “cultura” da litigiosidade (que, adiante-se, não pode ser confundida com uma natural conflituosidade das sociedades plurais, como se verá depois), que recrudescer na contemporaneidade, para que melhor se possa discutir sobre a sua utilização como justificativa para se prestar uma jurisdição cada vez mais padronizada e apartada dos ideais de busca pelo justo no caso concreto e de permissão de efetiva participação direta dos cidadãos demandantes no rumo de suas vidas.

Para tanto, considere-se que a referência inicial de que se vive uma *explosão de litigiosidade*, com consequentes dificuldades de toda a ordem para a prestação de uma adequada prestação jurisdicional, realmente não é expressão de um alarmismo sem suporte científico. Pelo contrário. Trata-se de constatação que transcende a notoriedade do que se constata empiricamente na realidade dos foros e é oriunda de reconhecidas fontes acadêmicas. Tanto que a expressão mesma em consideração é utilizada francamente pelo sociólogo português BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS⁵⁴⁴ em estudo sobre os tribunais nas sociedades contemporâneas, que dá base essencial ao desenvolvimento desta investigação no presente ponto.

⁵⁴³ Acerca do exposto, pertinentes as conclusões de FRANCISCO ROSITO no artigo “O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica”, publicado na Revista de Processo nº161 (ano 33 – julho de 2008 – Editora Revista dos Tribunais): “...é ilusão imaginar que as reformas processuais como um todo e a explicitação do princípio da duração razoável do processo na Constituição brasileira (art. 5º, LXXXVIII), em particular, resolverão o grave, crônico e perverso problema da morosidade da justiça. Problemas de tamanha complexidade não podem ser resolvidos ‘por decretos’ legislativos, por melhor que sejam as intenções. É preciso ir muito além, modificando-se as condições estruturais do sistema, e implementando-se – o que é fundamental – *uma nova cultura entre os operadores do Direito, sem olvidar os valores fundamentais do sistema*. Em termos pragmáticos, é impossível fixar ‘a priori’ uma regra determinante do que representaria ‘prazo razoável’. (...) à luz do princípio da duração razoável, sob o adequado perfil axiológico, *o processo deve demorar exatamente o tempo necessário para atender a sua finalidade de resolver o conflito com justiça (...)*” (p.36 - destacamos).

⁵⁴⁴ Além de Boaventura, figuram como co-autores do dito estudo, intitulado “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”, MARIA MANUEL LEITÃO SOARES e JOÃO PEDROSO, publicado na Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº30, da

É de se esclarecer, por oportuno, que não se diverge, pois, da relevância dada à questão pelos interessados na busca de soluções para uma prestação jurisdicional mais conforme às supostas necessidades de celeridade e efetividade da sociedade contemporânea em transição, mas, sim, da forma de abordar, considerar e encaminhar o problema constatado à solução.

Nem se pretende afirmar, ainda, que todas as soluções de cunho mais pragmático alvitradas para a adaptação dos instrumentos processuais a tais necessidades sejam desgarradas de propósito útil ou válido, bem como de razão sustentável e de finalidade conforme aos desideratos finais da Constituição Federal brasileira. Não há dúvida, inclusive, como já se reconheceu alhures, de que determinadas modificações promovidas por reformas legislativas relativamente recentes nas leis processuais vêm ao encontro da necessidade de se dotar a prestação jurisdicional de um dinamismo mais consentâneo com os tempos atuais e até mesmo de corrigir vetustos posicionamentos doutrinários consolidados em leis⁵⁴⁵ que foram se tornando progressivamente anacrônicas - e que, assim, acabavam por deixar de ter necessariamente razão de ser, mesmo e principalmente quando considerada a diferenciada função hodiernamente exigida da jurisdição, como mencionado alhures.

O que parece ser de extrema relevância, todavia, é que a ainda crescente busca pela dita “racionalização” extrema (leia-se também, “normalização” ou padronização) da prestação jurisdicional, no passo do também ainda crescente incremento da litigância, desconsidera que há um limite do desejável (e até do validamente possível) quanto a este ponto, em se considerando as origens e consequências da sobrelitigiosidade.

Trata-se do limite dado pela necessidade de preservação da possibilidade de uma apreciação minimamente detida e casuística do conflito instalado em sociedade, por força do que já adiantado, e o da impositividade de que se perceba e se trabalhe na formatação de um diferenciado sistema de edificação da sociedade constitucionalmente desejada, que seja apto transcender com responsabilidade os lindes dos esforços exclusivamente desenvolvidos pelo Judiciário nesta seara.

Daí por que necessária a exposição das considerações sobre a questão da litigiosidade exacerbada hodierna, em suas origens e consequências, a partir das lições tomadas do já referido trabalho de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.

ANPOCS - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (extraído de www.anpocs.org.br, disponível em 23/07/2008).

⁵⁴⁵ Ninguém haverá de negar, por exemplo, que o acolhimento explícito, ainda na década de 1990, no corpo do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) de 1973, do instrumento da antecipação de tutela, permitindo a antecipação dos efeitos ou mesmo de parcelas da tutela jurisdicional final apenas com base em juízos de verossimilhança, tenha sido um avanço positivo em direção à busca da efetividade jurisdicional e uma verdadeira quebra do paradigma então vigente em nosso ordenamento de sacralização do processo de conhecimento como forma de busca de (uma impossível) verdade final, mediante uma pesada ordinarização de suas formas e da adoção do dogma da cognição plena e exauriente como forma central de prestação jurisdicional. Tampouco se poderá falar em pouca relevância na instituição de mecanismos tais como os Juizados Especiais Federais, pela Lei 10.259/01, a partir do substrato da Lei 9.099/95 e da base constitucional permissiva de tais normas, para o trato mais ágil e simplificado de causas de suposta “menor complexidade” – ainda que os critérios legalmente eleitos para tal distinção não pareçam infensos a significativas críticas e que precisamente em nome da celeridade também se tenha cometido muitos excessos aí -, em determinados termos e dentro de certos limites, tudo só para se mencionar alguns dos exemplos mais óbvios e extremados no tempo acerca destas desejáveis transformações do contemporâneo processo civil brasileiro.

De plano o estudo revela que a dita explosão de litigiosidade não é fenômeno tão recente, pois se origina a partir do que ele chama de *período do Estado Providência*, tendo continuado e progredido no *período seguinte de crise do Estado Providência*.

Para melhor contextualização e compreensão da discussão nos termos do estudo em questão, veja-se que Boaventura, ao tratar dos Tribunais e do Estado moderno, aborda o tema descrevendo as relações entre os poderes instituídos e fenômenos sociais circundantes em três períodos: o período do Estado Liberal, o período do Estado Providência e o período da crise do Estado Providência.

Sumariamente, tem-se então, quanto a esta análise esquemática de tais fenômenos e relações, o seguinte: **(1) quanto ao período do Estado Liberal** (aí considerado *todo o século XIX até final da I Guerra Mundial*), assevera BOAVENTURA, no essencial, que: a) o Poder Legislativo é predominante em razão da maneira como vista a teoria da separação dos poderes; b) há uma *neutralização* política do Poder Judiciário por conta da aplicação inflexível do princípio da legalidade; c) isso leva o poder judicial a ser meramente reativo (ou seja, tem ele o objetivo de apenas reconstituir uma realidade normativa plenamente já constituída, levando os tribunais a se constituírem na *garantia* de que o monopólio estatal da violência é exercido legitimamente) – o que significa dizer, também, que só atua quando solicitado pelas partes ou pelo Estado; d) os litígios são individualizados e não têm validade geral (sua funcionalidade é ligada à microlitigiosidade individual); e) para a solução dos litígios é dada a total prioridade à *segurança jurídica*, assente na generalidade e universalidade da lei (observância das regras do processo e necessidade de sacralizar a coisa julgada); f) a independência dos tribunais reside em estarem total e exclusivamente submetidos ao império da lei.

Tudo isso resultava no fato de que, *nesse período, os tribunais tivessem diminuto peso político em comparação com os demais poderes, ficando à margem dos grandes debates e das grandes disputas políticas sobre o modelo ou padrão de justiça distributiva a adotar na nova sociedade então em emergência* (e aqui o estudioso faz lembrar que se tratava de período de desenvolvimento vertiginoso nos países centrais – Revolução industrial – com grandes transformações e revoltas sociais). Nos dizeres de BOAVENTURA, *foi assim que a justiça retributiva transformou-se numa questão de direito, enquanto a justiça distributiva passou a ser uma questão política*.

Já, quanto ao **(2) período do Estado Providência**, situado pelo estudioso *a partir do final do séc XIX, se consolidando após a II Guerra Mundial*, tem-se que, por impacto de seu surgimento, uma série de eventos significativos para a diferenciação do significado e relevo da prestação da jurisdição ocorre: a) a teoria da separação dos poderes colapsa, com predominância, agora, do Executivo (“governamentabilização” da produção do direito); b) ocorrem sucessivas “explosões legislativas”, com conseqüente *sobrejuridificação da realidade social*, o que põe fim à coerência e à unidade do sistema jurídico, surgindo um caos normativo que torna *problemática* a vigência do *princípio da legalidade* e até impossível a aplicação da mera subsunção lógica na atividade jurisdicional; c) a *liberdade* a proteger deixa de ser um mero vínculo negativo, passando a ser um vínculo *positivo*, que só se concretiza mediante *prestações* do Estado; d) sucede-se uma *proliferação de direitos*, que faz surgir um quadro que causa o fortalecimento dos atores e interesses *coletivos* de que eles são portadores. Ora, esquemática e resumidamente tem-se que tudo isso conduz ao que BOAVENTURA chama de *explosão de litigiosidade*. Nos termos do exposto literalmente no estudo em consideração:

Essa descrição sugere, por si, que o significado sóciopolítico dos tribunais nesse período é muito diferente do que detinham no primeiro período. Em primeiro lugar, a juridificação do bem-estar social abriu caminho a novos campos de litigação no domínio laboral, civil, administrativo e da segurança social, o que, nuns países mais do que nos outros, veio a se traduzir no **aumento exponencial da procura judiciária e na conseqüente explosão de litigiosidade** (...). A explosão de litigiosidade deu maior visibilidade social e política aos tribunais e as dificuldades que a oferta da tutela judicial teve em geral para responder ao aumento da procura suscitaram com grande acuidade a questão da capacidade e as questões com ela conexas: as questões da **eficácia**, da **eficiência** e da **acessibilidade** do sistema judicial.

Em segundo lugar, a distribuição das responsabilidades promocionais do Estado por todos seus poderes fez com que os tribunais tivessem de se confrontar com a gestão da cota-parte da responsabilidade política. A partir desse momento, estava comprometida a simbiose entre independência dos tribunais e neutralização política que caracterizara o primeiro período. Em vez de simbiose passou a existir a tensão, uma tensão potencialmente dilemática.⁵⁴⁶

Ou seja, intrincados fenômenos bem maiores do que singelas e estritas considerações jurídicas, no sentido limitado em que a dogmática acostumou-se a conceber a expressão, animam e permitem a formação de uma constelação de razões para a ocorrência da dita exacerbação da litigiosidade já a partir do momento em que o Estado passa a ser devedor de prestações a seus cidadãos, como expressão de direito – tratando-se de ocorrência anterior às questões exclusivamente ligadas ao mundo em transformação das últimas décadas.

Nesse sentido, a confirmar o exposto e a deslindar as razões do recrudescimento dessa problemática que progressivamente foi engendrando o engessamento do Judiciário – não só pelo *quanto*, mas também *pelo o quê* se passou a esperar dele -, as colocações do estudo acerca do **(3) período da crise do Estado Providência** (situado no tempo, por BOAVENTURA, *a partir de finais da década de 70 e princípios de 80 do século passado, nos países ditos centrais*).

Eis, sintetizadas, as causas apresentadas para a manutenção e incremento da litigiosidade no período: a) a incapacidade financeira do Estado para atender as prestações previstas pelo *Welfare State*; b) a criação de enormes burocracias; c) a clientelização e normalização dos cidadãos, cujas opções de vida ficam sujeitas a controle e à supervisão de agências burocráticas despersonalizadas; d) a alteração dos sistemas produtivos e nas regulações do trabalho pelas revoluções tecnológicas e difusão do modelo neoliberal; e) a crescente proeminência das agências financeiras internacionais (FMI, Banco Mundial); f) a globalização da economia.

Vale dizer, em razão disso tudo, a *sobrejuridificação* das práticas sociais, que vinha do período anterior, *continuou* a ocorrer, aprofundando a perda de coerência e de unidade do sistema jurídico, tudo com causas, agora, parcialmente diferentes: o modelo liberal ganha importância e cresce a ideia de desvincular o Estado enquanto regulador da economia, o que leva a um processo de *desregulamentação*, que, segundo o dito estudo, no entanto, é contraditório, na medida em que a desregulamentação significa em certo sentido uma re-regulamentação e, portanto, *sobrecarga legislativa adicional*.

⁵⁴⁶ BOAVENTURA *et alii*, *Os Tribunais...*, op.cit. pp.5-6 - destaquei.

Também se propõe a existência de um segundo motivo para uma *inflação legislativa* nesse período: a globalização da economia, com a emergência de um novo *Direito transnacional*, o direito dos contratos internacionais e da nova “lex mercatoria”.

Nesse passo, merece referência literal o que consta da investigação que dá base ao ponto em exame:

[a *lex mercatoria*] ...acrescenta mais uma dimensão ao caos normativo, na medida em que coexiste com o direito nacional, ainda que esteja por vezes em contradição com ele. Emerge, por essa via, um novo pluralismo jurídico, de natureza transnacional. Este novo pluralismo é simultaneamente causa e consequência da erosão da soberania do Estado nacional que ocorre nesse período (...) [que] acarreta consigo a erosão do protagonismo judicial na garantia do controle da legalidade.⁵⁴⁷

E nesse ponto chega-se a mencionar que a ‘*lex mercatoria*’, por conta deste incremento da complexidade das demandas chega mesmo a passar a privilegiar a arbitragem internacional, ao invés de buscar a prestação jurisdicional dos tribunais nacionais, para fins de solução dos conflitos havidos em relações desse naipe.

Afirma-se, ainda, que nesse novo contexto surgem *litígios altamente complexos no domínio civil* – com dificuldades para um Judiciário não preparado para o trato de tal realidade –, bem como se *agravam as desigualdades sociais*, e, ainda, *aumentam dramaticamente a corrupção* e os *crimes organizados*, com sérios reflexos, novamente, sobre o Poder Judiciário e a questão da litigiosidade.

Por fim, para tornar ainda mais complexa a situação, afirma-se, no estudo em consideração, que nos países periféricos e semiperiféricos, como no Brasil, tudo isso é agravado pela realidade de que *os períodos de Estado Providência e de crise sofreram uma certa sobreposição*, dada a necessidade de, a partir dos processos de democratização, buscar-se a realização de um Estado Providência em momento já muito posterior ao de sua ocorrência nos países centrais.

Ora, mas a indagação que surge neste momento, ante a tais constatações, é necessariamente a seguinte: *como*, então, ante a um quadro de uma complexidade de tal magnitude, *supor seja razoável considerar que uma simples sobreracionalização dos procedimentos judiciais possa dar conta de resolver a questão da problemática da litigiosidade exacerbada*, que, por essa miríade de causas, impõe crises que transcendem a do Poder Judiciário, transpassando Estados, sociedades, enfim, o mundo de alto a baixo?

Tudo isso só serve para reforçar o que já se adiantou no sentido de que a luta inglória contra o atravancamento do Poder Judiciário e contra uma certa perda de nitidez nos contornos de suas funções, só poderá ser bem encarada a partir da verificação de que este não é um problema exclusivo daquele poder estatal. E muito menos, ressalte-se, um problema que possa ser enfrentando e gerido somente pela adoção de novas sistemáticas normativas padronizantes da atividade jurisdicional propensas apenas a acobertá-lo e a propiciar o engendramento de situações de mera aparência de adequada prestação jurisdicional – com efetivo abandono da ideia-força de auxílio fundamental do Estado na construção da sociedade fraterna que se desejou contratar na Constituição Federal de 1988.

⁵⁴⁷ BOAVENTURA *et alii*, *Os Tribunais...*, op.cit. p.8 - destaquei.

Destarte, a *conclusão parcial* que se impõe no ponto, já neste momento, não é outra, senão a de que, se a dita explosão de litigiosidade é um problema que se põe, de fato, no mundo real da contemporaneidade, não será a simples tentativa de supressão do espaço para as discussões das pungentes diferenças que pululam nesse mundo contemporâneo que se prestará a dar cabo do problema. Pelo contrário. “Desrealizar” (ou “ficcionalizar”) tal problema é, na verdade, ignorá-lo e, mesmo, alimentá-lo por omissão e ações equivocadas, o que, de quebra, só faz impedir uma ação real da jurisdição no mundo das coisas, contributiva, na devida medida do que lhe for cabível e possível, para a solução deste problema que é a das sociedades complexas atuais como um todo.

e) Litígio vs. conflito. Litigiosidade estimulada e maltrato da conflituosidade nas sociedades contemporâneas em transição da periferia ou semi-periferia. Práticas de supressão do espaço das diferenças em curso. Legitimidade jurisdicional em baixa:

Para além do exposto, o que passa a ser fundamental nesse momento é tornar absolutamente claro que essa *litigiosidade* em estado ativo e crescente, não pode ser confundida com uma sempre existente (e até desejável) *conflituosidade das sociedades democráticas e plurais*, atravessadas por diferenças multiculturais derivadas de sua própria formação e, mesmo, incrementadas pela realidade contemporânea da globalização – que a todos põe em pressionado contato, em nosso hoje tão apequando orbe.

A verdade é que as diferenças humanas, ainda que não sejam de essência - se for o caso de se dar crédito à visão de que os homens são ou devem ser considerados idealmente como entes *iguais-diferentes*⁵⁴⁸, como é pressuposto neste trabalho -, na convivência, gera necessariamente o atrito. Só não divergem e discutem diferentes que estejam apartados, guetizados em castas de uma sociedade hierarquicamente cristalizada. Em sociedades com uma desejável dinâmica e fluidez entre grupos, classes ou diferentes segmentos, o conflito é natural e mesmo necessário para a definição mais concreta e casuística, bem como para a materialização e sedimentação de ideários abstratamente corporificados em princípios abraçados como nortes gerais contratados politicamente para um viver gregário.

⁵⁴⁸ A respeito, a fundamental colocação de NOBERTO BOBBIO: “O dado básico que considero o ponto de partida de meu raciocínio é o seguinte. *Os homens são entre si tão iguais quanto desiguais. São iguais por certos aspectos e desiguais por outros.* Dando um exemplo bastante óbvio: são iguais diante da morte porque todos são mortais, mas são desiguais diante do modo de morrer porque cada um morre de modo particular, diferente de todos os demais. Todos falam, mas existem milhares de línguas diversas. Nem todos, mas milhões e milhões de indivíduos mantêm uma relação com um além ignorado, mas cada um adora seu próprio Deus ou seus próprios deuses. Pode-se dar conta deste indiscutível dado de fato estabelecendo *que os homens são iguais se considerados como ‘genus’ diverso, como o dos outros animais e demais seres vivos*, dos quais se diferenciam por algumas características específicas e particularmente relevantes, como a que por longa tradição permitiu definir o homem como ‘animal rationale’. *São desiguais entre si se considerados ‘uti singuli’, isto é, tomados um por outro. Entre os homens, tanto a igualdade quanto a desigualdade são faturalmente verdadeiras*, pois são confirmadas por provas empíricas irrefutáveis. *A aparente contraditoriedade das duas proposições – ‘os homens são iguais’ e ‘os homens são desiguais’ – depende unicamente do fato de que, ao observá-los, ao julgá-los e ao extrair disso conseqüências práticas, se enfatize mais o que têm em comum ou mais o que os distingue.* Por isso, podem ser corretamente chamados de igualitários aqueles que, ainda que não ignorando que os homens são tão iguais quanto desiguais, apreciam de modo especial e consideram mais importante para a boa convivência aquilo que os une; podem ser chamados de inigualitários, ao contrário, aqueles que, partindo do mesmo juízo de fato, apreciam e consideram mais importante, para fundar uma boa convivência, a diversidade.” (BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: Razões e significados de uma distinção política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2ª edição. São Paulo: Editora UNESP, 2001.pp. 119-120 – destaques apostos).

Destarte, essa *conflituosidade* inerente às pluralidades democráticas não pode nem deve ser confundida com a ideia de crescimento desmedido de uma *litigiosidade* que seja impeditiva justamente desse adequado processo de construção constante de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º da Constituição Federal do Brasil, de 1988), por meio do auxílio da prestação jurisdicional.

Anote-se, então, o risco de se supor coisas tão distintas como iguais (*litigiosidade e conflituosidade*), e, ainda, de se propor a criação ou redefinição de instrumentais, eleitos a partir da desconsideração dessa premissa distintiva fundamental, que de certa forma busquem tolher a possibilidade da concreta e casuística discussão da diferença, ou que acabem reduzindo artificialmente as possibilidades do conflito na esfera mediada do Judiciário e o alcance de suas soluções individualizadas e concretamente pensadas pelo filtro dessa mediação, tudo a pretexto de se resolver o problema “do Judiciário” e das dificuldades de prestação jurisdicional célere decorrente da litigiosidade extremada.

Para onde haveria ou haverá de refluir a necessária solução dos naturais conflitos, rejeitados na consideração de sua inteireza casuística e única (i.e., na sua concreta realidade), se tratados nos moldes “estandardizados” que a racionalização extrema atual da prestação jurisdicional, de cunho funcionalista e burocratizante, propõe? Refluirá ao contexto da luta entre os indivíduos ou entes privados, no bojo da sociedade – atualmente sem os desejáveis instrumentos de composição extrajudicial devidamente estabelecidos culturalmente -, dando-se ganho efetivo de causa simplesmente a quem for, de fato, o mais forte, quem sabe? Ora, as consequências, em termos de preservação da diversidade, de realização da igualdade material, bem como de preservação de tantos outros princípios e garantias constitucionais, além, é claro, do que diz respeito à construção da sociedade nos moldes do objetivo constitucional antes já referido, nessa hipótese, parecem evidente e alarmantemente prejudiciais.

E nisso, desde logo, flagrantemente intuída a impertinência de se invocar o excesso de litigiosidade como mola propulsora e realidade justificadora da “desrealização” da prestação jurisdicional.

Do exposto, brota, ainda, a firme demonstração de duas considerações fundamentais que emergem, mais uma vez, relevantes na seara deste estudo, quais sejam: A *primeira*, é a de que a jurisdição, então, deve também por tudo isso passar a ser lida de uma forma renovada em termos de sua *real função atual*, a partir de tais constatações.

Se parece evidente que a sua posição não seja mais a de simplesmente garantir a realização de determinados direitos subjetivos de um particular contra outro, mas sim, a de buscar a proteção e tutela dos direitos, tendo o “dever de aplicar a lei na dimensão dos *direitos fundamentais*, fazendo sempre *o resgate dos valores fundamentais neles contidos*”⁵⁴⁹, também parece restar muito claro que a sua função precípua passa a ser a de auxiliar, de forma determinante, na tarefa maior de constante e infundável viabilização da convivência harmônica (ou fraterna) entre os iguais-diferentes. Vale dizer,

⁵⁴⁹ Cf. MARINONI, op.cit., p.138. Prossegue MARINONI, para maior esclarecimento: “Tutelar os direitos, em outros termos, é aplicar a lei, diante das situações concretas, a partir dos *direitos fundamentais*. É o atuar da lei na medida das normas constitucionais e dos valores nela encerrados. Há aí um nítido plus em relação à teoria chiovendiana e uma intenção que nem sequer passava na cabeça dos antigos doutrinadores, que viam na jurisdição uma função voltada à tutela dos direitos subjetivos privados violados.” (id.).

como em parte já se expôs alhures, *uma nova forma de pacificação social*, não como expressão de um instrumental destinando a garantir a imposição forçada a qualquer custo da solução da lei ou do poder de ocasião, mas sim, como expressão de um *agir tendente a resolver os infundáveis conflitos da diferença que notabilizam as relações sociais contemporâneas* através da aplicação da lei filtrada hermeneuticamente pelos nortes constitucionais⁵⁵⁰ que, ao final, tendam necessariamente à construção real daquela forma de *convivência qualificada* já mencionada antes.

Como essa tarefa se renova sempre, e é mesmo eterna no bojo de uma sociedade que vive do surgimento das expressões da diferença, *é essencial que se reconheça a necessidade de suporte ao conflito, do eterno assistir e solucionar, adequadamente, as discussões e divergências da pluralidade e da multiculturalidade* – sem que se negue direta ou indiretamente o acesso dos integrantes da sociedade ao real debate de seus casos concretos, tonificador casuístico dos princípios ou ideários democráticos postos abstratamente na Constituição Federal (uma vez que a diversidade só é garantida a partir da garantia do igual tratamento e consideração). Tudo, como se vê, bem ao contrário das soluções que preconizam a adoção generalizada de julgamentos uniformizantes para dar cabo do excesso de lides que congestionam o judiciário, confundindo o mau trato dos conflitos com o ataque a litígios supostamente excessivos.

A *segunda* importante consideração, adiante, é a de que essa função mais relevante da jurisdição - conformar conflitos derivados do viver gregário de forma a torná-lo uma realidade tendente a uma convivência nos termos do que estabelecido constitucionalmente - não é e não pode ser só dela; aliás, não é nem mesmo somente do Estado propriamente dito, mas, em verdade, da sociedade como um todo – numa variação da afirmação de que o problema da litigiosidade não é só do Judiciário.

A *unicidade* dos meios de solução já não é suficiente – nem desejável. Resgatar essa idéia é fundamental. Não que a jurisdição não tenha as suas peculiaridades e especificidades e – hoje principalmente – um lugar de relevo extremamente diferenciado na construção ao menos inicial dessa diferenciada sociedade plural e harmônica, como se verá. Mas a bem da verdade, o que a caracteriza e identifica como atividade diferenciada não é essa função de especial e relevante atividade de corporificação social dos ideais constitucionais, e, sim, a prestação de soluções fundamentadas e tendentes ao cumprimento desta finalidade por meio de um *terceiro imparcial*, que se *substitui* aos particulares potencialmente interessados no caso⁵⁵¹.

Essa função, de construção social nos termos do contrato social politicamente entabulado, então, deve ser levada a cabo também pela sociedade propriamente dita, por outros meios. O conflito pode e deve, em determinadas medidas, ser resolvido por quem, afinal de contas, outorgou ao Estado o direito de se substituir em tais atividades, em determinadas circunstâncias, onde se possa presumir presente a viabilidade de um autônomo agir racional das partes – sem desconsiderar-se, é claro, de forma ingênua, ao menos para a realidade presente, as atuais agruras, mormente dos indivíduos desvalidos social e economicamente, do mundo transnacionalizado por ideais libertários (no sentido de extremadamente liberalizantes) e da voraz sociedade de consumo.

⁵⁵⁰ Nesse sentido, conferir a obra *Ideologia, Estado e Direito*, de A.C.WOLKMER (op.cit., pp.177 e ss.).

⁵⁵¹ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol.1 (Processo de Conhecimento). 7ª edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2006. pp. 27-8.

Ou seja, por outras palavras, aqui se alcança a questão de *alguns limites*, senão atuais, ao menos desejáveis, *futuramente*, da jurisdição – porque se reconhece, com as variações que as circunstâncias e momentos históricos impõem, que uma tal atividade de construção da sociedade, ao menos idealmente, não deva ser atribuída *exclusivamente* ao Estado, mesmo que por meio de uma diferenciada (e reequilibradora) atividade judicante⁵⁵². Surgem candentes as possibilidades, por exemplo, de métodos alternativos de resolução de conflitos, mormente daqueles que dizem respeito ao resgate de uma *ética da mediação*, onde os indivíduos, havendo condições para tanto, encaminham seus casos à solução debatida e intermedida, mas, ao final, definida por um certo *consenso* a respeito da aplicação das regras pertinentes ao seu caso concreto.

E nesse passo, atente-se, fecha-se finalmente o círculo do raciocínio ora proposto: se o resgate da verdadeira finalidade última ou função precípua da jurisdição é realizado de forma adequada, consoante ao desiderato de se buscar a concretização da Constituição, na perpetração da idéia de *vontade-de-constituição*, nos termos do que designa a conhecida expressão de HESSE, resta patente que não só a temática do conflito social, mas a problemática da própria litigiosidade passa a ter de ser abordada, modo necessário, de uma forma totalmente diversa daquela exposta pela inicialmente criticada ótica rasteiramente funcionalista.

Ao invés do discurso pelas formas impostas de redução das possibilidades de conhecimento e solução particular dos casos concretos, o estímulo a que a jurisdição progressivamente conheça e solucione de forma adequada (e particularizada) os casos concretos que lhes devam efetivamente chegar à apreciação – encontrando, os demais conflitos, uma via de vazão em instrumentos alternativos (via essa não necessariamente imposta, mas progressivamente construída, inclusive de um ponto de vista cultural), tais como o da mediação em sociedade. Ao invés da paradoxal negação da litigiosidade e estímulo a judicialização do pequeno conflito, por meio de instrumentos supostamente solucionadores daquela problemática anterior, que presenciamos hoje (num verdadeiro “dar com uma mão e retirar com outra”), o acolhimento da ideia de que a conflituosidade menor, até mesmo daquela que por uma série de razões sequer chega mesmo nos dias atuais ao Judiciário, pode ser abarcada por um sistema de construção da sociedade do artigo 3º, sem perdas para a jurisdição e para a sociedade, se um novo modo de ver essa atividade estatal e a solução alternativa de conflitos (justamente, antes de mais nada, como um meio de concretização da construção da sociedade contratada constitucionalmente) for culturalmente estabelecida entre lidadores do Direito e grupos ou integrantes individuais da sociedade.

E nisso tudo, um revitalizar da noção de jurisdição para a atualidade e um resgate da legitimidade da prestação jurisdicional, a partir da recuperação da possibilidade da consideração concreta da complexa realidade contemporânea e de seus conflitos quando do exercício desta atividade, mediante um comprometimento ético do magistrado com o resultado de suas decisões, em termos de busca pelo justo do caso concreto, e uma contribuição material para a construção de uma democracia constitucional em sentido amplo (mercê da participação direta e efetiva de cidadãos-

⁵⁵² O que, alerte-se, em nada macula a idéia de amplo e irrestrito acesso ao Judiciário, nos termos do que hoje disposto no artigo 5º, XXXV, da CRFB/88, sempre que alguém se sinta lesado, mesmo que seja para que o próprio Judiciário eventualmente reconheça que o caso já foi ou devia ser resolvido noutra esfera.

demandantes – e não mais meros demandantes-litigantes – nos rumos e condução futura de suas vidas em sociedade).

3. Do problema da *manutenção de superados paradigmas* impostos às ciências do espírito: o passado que limita o presente e impede o futuro do direito, do processo e da democracia.

a) Retomada e introdução específica: Retomando sinteticamente o que foi investigado até o momento, tem-se que a notória ânsia atual pela supressão do tempo e do espaço de diferenças nas sociedades contemporâneas em transição, no âmbito de mundializações e transformações tecnológicas várias e sem precedentes, acaba se refletindo em fenômenos negativos para o Direito, que solapam sua autonomia e o compelem a um lugar menor quanto às possibilidades de contribuição para a construção real de uma vida gregária realmente harmônica. Tais vetores da contemporaneidade, principalmente nas democracias periféricas, acabam se traduzindo, respectivamente, em dois amplos e vigorosos fenômenos no campo específico da prestação jurisdicional: no da “presentificação” e no da “desrealização” daquela atividade estatal.

Por sua vez, estes fenômenos, como visto, estão conectados a feixes extremamente complexos de causas e consequências que não podem ser inteiramente divisados, mas que se revelam de modo mais claro nas deletérias consequências para a legitimidade da atividade jurisdicional identificadas na realidade da prática cotidiana desta atividade e da própria administração da justiça na atualidade brasileira.

No entanto, o que permite apresentá-los assim, de forma a viabilizar uma sua análise conjunta e coerente, é justamente o que parece ser passível de ser identificado ou intuído como pelo menos dois marcantes dados que lhes são comuns: tais fenômenos, com a extraordinária intensidade e na inaudita forma agressiva em que ora se apresentam, são, a uma, marcas bastante peculiares da contemporaneidade e suas circunstâncias especiais; mas, ao mesmo tempo, encontram, a duas, firmes raízes na reedição de um passado ou na revigoração de um pensamento, de um modo de conceber o conhecimento, enfim, de uma filosofia que encontra bases nas origens da modernidade.

E é nesse ponto que o terceiro vetor da contemporaneidade se apresenta e assume relevância nesta discussão: é, precisamente, sob certos pressupostos basilares da modernidade inaugurada pelo *cogito* cartesiano, reeditados sob novos nomes ou formas, ou simplesmente revigorados em sua mesmidade apenas mais recatada, que se esteiam os fenômenos mais concretos anteriores. Esse processo radicalizado de compressão do espaço e do tempo, ora verificado sob outras denominações no âmbito da prestação jurisdicional, só é possível por conta, justamente, deste terceiro fenômeno que lhes dá substrato ideológico e sustentação teórica ampla.

b) o passado reeditado num presente que limita o futuro: O terceiro fenômeno referido é, pois, o da *implícita manutenção de certos paradigmas da modernidade primeira*, que, mesmo tidos hoje,

por vezes, como superados, acabam ainda se impondo insuspeitamente às ciências do espírito⁵⁵³ como um todo, envolvendo sua teorização e aplicação prática em diferentes áreas do saber desta natureza.

O próprio GADAMER já referia em suas conferências de 1957, em Louvain, mais particularmente naquela intitulada como “Problemas epistemológicos das ciências humanas” que, apesar do aparecimento de uma consciência histórica (“a mais importante revolução pela qual passamos desde o início da época moderna”) a caracterizar o homem moderno, e, pois, dos avanços para as ciências humanas como modo autônomo de saber, ainda se identificava neste campo uma atração pelo modelo das ciências da natureza, o que impunha perseverar no questionamento a este apego.

É verdade que as ciências humanas procuram permanentemente apoio na filosofia contemporânea, *mas não é menos verdade que, para se assegurarem de uma boa consciência científica, tais ciências continuam atraídas pelo modelo das ciências da natureza quando elaboram seus métodos histórico-críticos*. Mas devemos questionar o sentido de se buscar, por analogia ao método das ciências matemáticas da natureza, um método autônomo próprio às ciências humanas que permaneça o mesmo em todos os domínios de sua aplicação. Por que não seria a idéia cartesiana de método inadequada no domínio das ciências humanas? Por que não antes o conceito antigo, grego, de método deveria aí prevalecer?

(...) Em Aristóteles, por exemplo, a idéia de um método único, que se possa determinar antes mesmo de investigar a coisa, constitui uma perigosa abstração; é ‘o próprio objeto’ que deve determinar o método apropriado para investigá-lo. (...) ⁵⁵⁴

Pois, malgrado os avanços da filosofia contemporânea e particularmente da filosofia hermenêutica⁵⁵⁵, bem como o relevo impactante do contido em “Verdade e método”⁵⁵⁶, quanto a tal

⁵⁵³ Cf. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, a esse respeito, especificamente quanto ao Direito da atualidade e ao Processo Civil, em “Justiça da Lei e Justiça do caso” (op.cit., p.202): “Mas o pensamento abstrato (conceitual) é apenas uma ponta do ‘iceberg’ formado pelo **racionalismo** que procurou – sem jamais conseguir – transformar o Direito e as demais ciências do Espírito, inclusive a moral, em disciplinas matemáticas. *Jamais conseguiu. Entretanto, ele ainda é o ‘paradigma’ que nos domina.*” (destaquei). E, ainda, em *Ideologia e Processo: o paradigma racionalista*. Op.cit, p.2: “Embora sejam conhecidos os resultados alcançados pela Filosofia do Direito durante todo o século XX, especialmente o resgate do pensamento clássico e o conseqüente retorno à Hermenêutica, nossas instituições, tanto universitárias quanto legislativas, impõem que nos comportemos dogmaticamente. O sistema obriga-nos – mesmo quando estamos cientes de que o direito processual civil não é destinado à descoberta de verdades necessárias – a pensá-lo como um instrumento conceitual. O sistema pressupõe que o Direito seja produzido pelo legislativo. Consequentemente, sua estrutura é formada a partir deste pressuposto. O resultado inevitável é tornar os juízes e, de um modo geral, os juristas, além de irresponsáveis, uma espécie de braço do Poder. [E isso quando...]. a prática de uma democracia verdadeiramente participativa não pode prescindir de um Poder Judiciário forte, responsável e politicamente legitimado.” (destaquei). Ou seja, *continua, sim, a haver hoje, mormente na prática diária da jurisdição e da administração da justiça, um “...compromisso de nosso sistema processual civil com o paradigma racionalista*”, devendo-se trabalhar para demonstrar este compromisso e para para indicar “...pontualmente o modo através do qual ele se infiltra sutilmente nas mais variadas questões processuais, determinando-lhes o sentido profundo e orientando, tiranicamente, as suas conseqüências.” (op.cit., p.34).

⁵⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. “Problemas epistemológicos das ciências humanas” (Conferência 1). In: *O problema da consciência histórica*. (Org. Pierre Fruchon). Trad. Paulo César Duque Estrada. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.21. De se observar que estas conferências foram proferidas em 1957, na Universidade de Louvain, mas o próprio Gadamer informa na introdução desta obra (p.9) que a sua obra maior, *Verdade e Método*, publicada somente em 1960, já havia sido concluída quando ele se dedicou a escrever tais conferências.

⁵⁵⁵ E, antes disso, por todo o pensamento de Heidegger, mediante uma “hermenêutica como auto-esclarecimento da interpretação existencial” (nos termos do referido por JEAN GRONDIN, em seu “Introdução à Hermenêutica Filosófica”, no capítulo de mesmo título, pp.157 e ss.). Cf. a respeito da evolução da hermenêutica filosófica precisamente a obra mencionada: GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo, RS: Editora UNISINOS, 1999. Cf. também, GADAMER, Hans-georg. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica* (vol. II). Trad. Marco Antônio Casanova. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

⁵⁵⁶ Apenas para um rápido vislumbre do que se quer dizer aí, e da significação e conteúdo daquela obra seminal de GADAMER, de se fazer rápida referência aos esclarecimentos de ERNILDO STEIN sobre o ponto: “Gostaríamos de mostrar porque GADAMER, no seu livro mais importante, fala em ‘Verdade e Método’. Justamente porque na tradição lógico-

advertência e questões⁵⁵⁷, o que se verificou posteriormente foi uma persistente e renovada manutenção do paradigma racionalista⁵⁵⁸, em diferentes graus e transmutado sob diferentes denominações até a modernidade presente, a afetar o modo de se pensar e de organizar o conhecimento, mesmo nesta área das ciências humanas.

No sentido de corroborar a permanência desta ampla dominação do passado sobre o presente é que se podem tomar as constatações de EDGAR MORIN, que identificam o vigor atual e a unificação de princípios ínsitos ao racionalismo cartesiano sob uma outra denominação, qual seja, a do *paradigma da simplificação*. Como assevera MORIN, ao tratar do problema da organização do conhecimento na contemporaneidade e do que denomina de atuais “patologias do saber”,

Vivemos sob o império dos princípios de ‘disjunção’, de ‘redução’ e de ‘abstração’, cujo conjunto constitui o que chamo de ‘paradigma da simplificação’. Descartes formulou este paradigma essencial do Ocidente, ao separar o sujeito pensante (‘ego cogitans’) e a coisa entendida (‘res extensa’), isto é, filosofia e ciência, e ao colocar como princípio de verdade as idéias ‘claras e distintas’, isto é, o próprio pensamento disjuntivo. Este paradigma, que controla a aventura do pensamento ocidental desde o

semântica, toda a verdade está ligada ao método – o método indutivo, fundamentalmente. Gadamer quando dá título ‘Verdade e Método’ ao livro no qual trata da chamada hermenêutica filosófica, faz isso também como provocação. Ficamos duvidando se é ‘Verdade e método’, ‘Verdade ou método’ ou ‘Verdade contra método’. Em geral leio o título como ‘Verdade contra o método’. Por que isso? Porque o autor tenta mostrar, nas três partes do livro, que existem, no nível da experiência da arte, no nível do conhecimento histórico e no nível da linguagem, três verdades que não são verdades produzidas pelo método lógico-analítico. *Portanto, ao nível da arte, ao nível da história e ao nível da linguagem, temos um tipo de experiência que produz uma verdade que não é de caráter lógico-semântico. Essa, no fundo, é a idéia da obra. E é um tipo de verdade à qual temos acesso por caminhos totalmente diferentes dos que estão estabelecidos pelo conhecimento científico em geral. Nessa obra faz-se o estabelecimento maduro das idéias daquilo que se pode chamar de ‘hermenêutica filosófica’.*” (STEIN, E. Aproximações sobre Hermenêutica. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p.47 -destaquei.).

⁵⁵⁷ E aqui ainda é cabível e necessário um esclarecimento complementar, fornecido por JEAN GRONDIN, em sua obra “Introducción a Gadamer”, a respeito do que é objeto de questionamento em “Verdade e Método”: “Por conseguinte, *lo que Gadamer cuestiona no es la vinculación entre la verdad y el método*. Es tan obvio que el método ofrece un camino viable hacia la verdad, que sería ridículo objetar nada contra ello (cf. GW 2,498 [VM2,393]). *Lo único cuestionable es la pretensión moderna y evidentemente posmoderna de que la verdad pueda alcanzarse únicamente de esta manera. El prejuicio cartesiano de nuestro tiempo procede quizás de un olvido de las posibilidades y realidades efectivas del conocimiento humano. La obra de Gadamer pretende recordalas, a fin de preservar a la humanidad de falsas ilusiones.*” (GRONDIN, J. *Introducción a Gadamer*. Trad. Constantino Ruiz-Garrido. [Spain?]: Herder, 2003. p.19-destaquei.)

⁵⁵⁸ Sobre as transformações da filosofia contemporânea e influências sobre todas as áreas das chamadas ciências humanas, de modo mais amplo, bem como sobre a manutenção dos paradigmas essenciais da modernidade, também em sentido mais amplo, ainda na contemporaneidade e mais especificamente na área do Direito, no Brasil, conferir LENIO LUIZ STRECK, na obra “Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito”. Apenas a título de exemplo desta abordagem, considere-se o seguinte excerto: “...é necessário registrar que, na sustentação desse imaginário jurídico prevalente, encontra-se disseminado ainda o ‘paradigma epistemológico da filosofia da consciência’ – calcada na lógica do sujeito cognoscente, onde as formas de vida e relacionamentos são reificadas e funcionalizadas, ficando tudo comprimido nas relações sujeito-objeto (como bem denuncia Habermas) – carente e/ou refratária à viragem lingüística de cuho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, no qual a relação ou relações passa(m) a ser sujeito-sujeito. Ou seja, no interior do sentido comum teórico dos juristas, consciente ou inconscientemente, o horizonte a partir de onde se pode e deve pensar a linguagem ainda é o do sujeito isolado (ou da consciência do indivíduo) – que tem diante de si o mundo dos objetos e dos outros sujeitos -, característica principal e ponto de referência de toda a filosofia moderna da subjetividade [citando-se OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Sobre Fundamentação. Porto Alegre, EDIPUCRS, 1993.]. Essa separação entre sujeito e objeto busca proporcionar que o sujeito, de forma objetiva, possa ‘contemplar o objeto’.

Em decorrência, em face da prevalência do paradigma epistemológico da filosofia da consciência (em seus vários desdobramentos de DESCARTES a KANT, FICHTE, SCHELLING, HEGEL, HURSSSEL e BETTI – este pela sua importância e direta influência no campo da interpretação jurídica, só para citar o principais), *não é temerário afirmar que no campo jurídico brasileiro, a linguagem ainda tem um caráter secundário, como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de essências e corretas exegeses dos textos legais. Essa lógica do sujeito, é dizer, o ser é sempre em função do sujeito, que provém de DESCARTES, é rompida pela viragem lingüística, mormente por WITTGENSTEIN, e pela ontologia Heideggeriana. Lamentavelmente – e aí esta assentada uma das faces da crise paradigmática -, o campo jurídico brasileiro continua sendo refratário a essa viragem lingüística.*” (STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, op.cit., pp.61-2 – destaquei).

século XVII, sem dúvida permitiu os maiores progressos ao conhecimento científico e a reflexão filosófica; suas conseqüências nocivas últimas só começaram a se revelar no século XX.

Tal disjunção, rareando as comunicações entre o conhecimento científico e a reflexão filosófica, devia finalmente privar a ciência de qualquer possibilidade de ela conhecer a si própria, de refletir sobre si própria, e mesmo de se conceber cientificamente. Mais ainda, o princípio da disjunção isolou radicalmente uns dos outros os três campos do conhecimento científico: a física, a biologia e a ciência do homem.

A única maneira de remediar esta disjunção foi uma outra simplificação: a redução do complexo ao simples (redução do biológico ao físico, do humano ao biológico). Uma hiperespecialização devia, além disso, despedaçar e fragmentar o tecido complexo das realidades, e fazer crer que o corte arbitrário operado no real era o próprio real. Ao mesmo tempo, o ideal do conhecimento científico clássico era descobrir, atrás da complexidade aparente de fenômenos, uma Ordem perfeita legiferando uma máquina perpétua (o cosmos), ela própria feita de microelementos (os átomos) reunidos de diferentes modos em objetos e sistemas.⁵⁵⁹

Daí, prossegue MORIN, a prevalência contemporânea de um conhecimento baseado na cientificidade que se obtém (mesmo nas humanidades) só pelo rigor da operacionalidade da medida⁵⁶⁰, na matematização da razão, na formalização dos seres, dos entes e das realidades, mediante sua desintegração.

Tal conhecimento, necessariamente baseava seu rigor e sua operacionalidade na medida e no cálculo; mas cada vez mais, a matematização e a formalização desintegraram os seres e os entes para só considerar como únicas realidades as fórmulas e equações que governam as entidades quantificadas. Enfim, *o pensamento simplificador é incapaz de conceber a conjunção do uno e do múltiplo ('unitat multiplex');* Ou ele unifica abstratamente ao anular a diversidade, ou, ao contrário, justapõe a diversidade sem conceber a unidade.

Assim, chega-se à inteligência cega. A inteligência cega que destrói os conjuntos e as totalidades, isola todos os seus objetos do seu meio ambiente. Ela não pode conceber o elo inseparável entre o observador e a coisa observada. As realidades-chaves são desintegradas.⁵⁶¹

Ora, mas é precisamente este passado assim reeditado que une e cimenta logicamente os fenômenos da presentificação e desrealização do mundo. É essa forma de pensar e de propor o conhecimento e o trato consequente da realidade atual que amálgama os outros vetores da atualidade, passando-os, costurando-os, e dando-lhes consistência e unidade teórica.

Por consequência, é, ao mesmo tempo, a manutenção desse ideário que impele para uma forma de organização equivocada de nossos saberes, para uma nova espécie de “ignorância” científica, para “uma nova cegueira ligada ao uso degradado da razão” e, finalmente, para um “progresso cego” do conhecimento que permite perigosas manipulações de todo o tipo - o que é particularmente pernicioso para o enfrentamento dos “fenômenos humanos”, da “política” e, enfim, da “complexidade da realidade antropológica, em sua microdimensão (o ser individual) e em sua macrodimensão (o conjunto da humanidade planetária)”⁵⁶².

Nesse sentido é que MORIN fala da impositividade de se “tomar consciência de uma patologia contemporânea do pensamento”.

A antiga patologia do pensamento dava uma vida independente aos mitos e aos deuses que criava.

⁵⁵⁹ EDGAR MORIN, *Introdução ao pensamento complexo...*, op.cit., pp.11-2 - destaquei.

⁵⁶⁰ Ou, por outra, no método lógico-analítico, ao estilo das ciências.

⁵⁶¹ EDGAR MORIN, *Introdução ao pensamento complexo...*, op.cit., p.12 - destaquei.

⁵⁶² Id., *ibid.*, p.09, para as primeiras citações; p.11, para as últimas.

*A patologia moderna da mente está na hipersimplificação que não deixa ver a complexidade do real. A patologia da idéia está no idealismo, onde a idéia oculta a realidade que ela tem por missão traduzir e assumir como a única real. A doença da teoria está no doutrinarmismo e no dogmatismo, que fecham a teoria nela mesma e a enrijecem. A patologia da razão é a racionalização que encerra o real num sistema de idéias coerente, mas parcial e unilateral, e que não sabe que uma parte do real é irracionalizável, nem que a racionalidade tem por missão dialogar com o irracionalizável. Ainda estamos cegos ao problema da complexidade.*⁵⁶³

E essa hipersimplificação idealista das complexidades da realidade, então, se espalha e se assenta, silenciosa, por toda a extensão das ciências do espírito⁵⁶⁴, não como coisa de um passado superado, mas como insidiosa diretriz de uma apreensão mutilada e mutilante⁵⁶⁵ do real do mundo contemporâneo, a orientar as práticas atualmente instituídas destas áreas do saber.

Daí por que se dizer que nesta ânsia contemporânea de *negação do tempo e do espaço das diferenças* - cuja ocorrência vem sendo constatada, em termos práticos e aplicados, ao longo deste capítulo -, parece estar implícita ainda a presença onipotente de elementos fundantes da modernidade, relidos com excesso e soberba. E daí já se ter asseverado também que nestes impressionantes fenômenos da contemporaneidade, de negação radicalizada daquilo que representa os limites inerentes

⁵⁶³ EDGAR MORIN, *Introdução ao pensamento complexo...*, op.cit., p.15 - destaquei.

⁵⁶⁴ No campo do Processo Civil, por exemplo, assevera ADALBERTO NARCISO HOMMERDING, nessa mesma linha: “Entendido como mito, o processo passa a ser tido como um ‘mito que atende a outros mitos’, estabelecendo *simplificações de complexidades que não podem ser simplificadas e idealizando situações irreais como a neutralidade do juiz e da lei. O processo cria, assim, uma noção de mundo que é desvinculada do real.* O jurista, preso ao senso comum teórico, não consegue se libertar das verdades do processo, que passam a fazer parte do seu ser-no-mundo e do seu desde-já-sempre. O Direito, porém, deve ter uma referência necessária à democracia e aos direitos e garantias fundamentais. Para que se possa entender isso, no entanto, é necessário libertar-se da tradição inautêntica que aliena o jurista da historicidade do Direito e da palavra (hermenêutica) como condição de possibilidade da compreensão. Como a palavra coloca o jurista no mundo, e não o contrário, há uma necessidade de que o jurista agora entenda que ela tem um sentido coletivo, implicando numa relação social (GADAMER), que é *apagada pelo método que obnubila a singularidade das coisas.* Ao não compreender que a palavra não experimenta qualquer uso, o jurista acaba por ‘nada realizar’, ou seja, pensando o mundo à distância e não sabendo afrontá-lo, entrincheira-se em si mesmo, perdendo o contato com as coisas e se tornando ‘pobre de mundo’ (Aldo G. Gargani).” (HOMMERDING, A.N. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. pp. 21-2 – destaquei).

⁵⁶⁵ Mas não por que o complexo seja o completo, já que não se pode confundir *complexidade com completude*, como assevera MORIN, e, sim, por que justamente as racionalizações partem da ideia de que o real pode ser apreensível a partir das simplificações mutilantes da própria realidade. A bem da verdade, o “complexo diz respeito, por um lado, ao mundo empírico, à incerteza, à incapacidade de ter certeza de tudo [negada pelas racionalizações e paradigmas de Ihe dão base], de formular uma lei, de conceber uma ordem absoluta. Por outro lado, diz respeito a alguma coisa de lógico, isto é, à incapacidade de evitar contradições. Na visão clássica, quando surge uma contradição num raciocínio, é um sinal de erro. É preciso dar marcha-à-re e tomar um outro raciocínio. Na visão complexa, quando se chega por vias empírico-racionais a contradições isto não significa um erro mas o atingir de uma camada profunda de realidade que, justamente por ser profunda, não encontra tradução em nossa lógica. Desse modo, complexidade é diferente de completude. (...) Num certo sentido eu diria que a aspiração à complexidade traz em si a aspiração à completude. Mas, num outro sentido, a consciência da complexidade nos faz compreender que jamais poderemos escapar da incerteza e que jamais poderemos ter um saber total: ‘A totalidade é a não-verdade.’” (Introdução...op.cit., pp.68-9). Por isso é que MORIN afirma que “...a idéia fundamental da complexidade não é a de que a essência do mundo seja complexa e não simples. É que esta seja inconcebível. A complexidade é a dialógica ordem/desordem/organização. (...) O mérito da complexidade é o de denunciar a metafísica da ordem.”. Tudo porque “o real é monstruoso. Ele é enorme, fora de norma, escapa de nossos conceitos reguladores no mais alto grau, mas podemos tentar controlar ao máximo esta desregulação.” (op. Cit. P. 104 e 105 – destaquei.). E daí porque a “racionalização” – que é diferente de “racionalidade” [sempre desejável como “o jogo,...o diálogo incessante entre nossa mente que cria estruturas lógicas, que as aplica ao mundo e que dialoga com este mundo real” (op.cit., p.70)] – é uma patologia (já na compreensão de FREUD), eis que, segundo MORIN, “a racionalização consiste em querer prender a realidade num sistema coerente. E tudo o que, na realidade, contradiz este sistema coerente é afastado, esquecido, posto de lado, visto como ilusão ou aparência.” (op.cit., p.70). Eis porque parece que a contemporaneidade carece é de uma “*racionalidade complexa*”, em detrimento das *racionalizações simplificantes* (por supostamente totalizantes do real a partir do mero ideal, e, assim, mutilantes desta sua complexidade inabarcável).

à própria condição humana, parece se desvelar a grave evolução de alguns pecados capitais da modernidade, agora transubstanciados e potencializados à insustentabilidade nas sociedades atuais.

A racionalidade onipresente e apta a gerar certezas e revelar verdades para além do que seria razoável humanamente se esperar, desde que para isso se estabeleça um método enquadrável como científico, transmutada agora em sistema de racionalizações simplificantes do complexo do mundo real, gerando e ao mesmo tempo dando respaldo para uma despreocupação com o tempo humano (presentificação) e com as particularidades humanas e reais (desrealização) - o que passa a importar é tão somente a possibilidade de generalizar e de, ainda que abstratamente, idealmente englobar o complexo pelo simples, “eliminando” os conflitos e incertezas do mundo.

O culto ao individualismo e à suprema capacidade do sujeito, inclusive de evadir-se do mundo das coisas para apreciá-lo externamente e analisá-lo de forma ideologicamente neutra, agora transmutado em individualismo libertário, que assegura uma nova autonomia (a do não mais se necessitar prestar contas ou dialogar com o outro), mercê das certezas assentadas nas próprias razões que justificam que prontamente tudo se resolva nos termos exclusivos delas, ainda que à custa do espaço para o embate dialético de diferenças (mesmo na pluralidade fática da contemporaneidade). E, nisso, finalmente, a resultante da desconsideração da necessidade de preservação de um mínimo espaço para os iguais-diferentes (que, por sua vez, é pressuposto viabilizador da própria ideia de *diálogo* e *compreensão* do mundo, em sentido lato). Essa a sedimentação e a transmutação dos ideais do passado, ora revigorados no presente.

No entanto, um tal processo evolutivo destes ideais da modernidade, agora transfigurados, semelha ter alcançado um ponto tão extremo⁵⁶⁶, de verdadeira contradição com a realidade e com os próprios limites do humano, que parece lhe restar apenas o caminho de “fazer a volta sobre si mesmo” e retroceder. Tanto que, num movimento circular de paradoxal refluxo, parece resultar numa verdadeira tendência atual de auto-anulação dos mesmos ideais e noções, com um enfraquecimento consequente de noções centrais e até de instituições fundacionais da própria modernidade⁵⁶⁷.

Enfim, o que se constata, por que não mais se pode ocultar, é que o movimento ascendente de elastecimento permanente da compreensão destes pressupostos até o ponto em que se tornou insustentável a continuidade de sua progressão rumo às alturas da abstração e da simplificação da

⁵⁶⁶ Eis que obviamente ninguém haverá de negar os avanços imensuráveis proporcionados por eles ao longo dos últimos séculos, como já esclareceu o próprio MORIN ao fazer a crítica atual do que chama de “paradigma da simplificação” (op.cit., p.11 – cf. citação anterior).

⁵⁶⁷ Nesse sentido, conferir STRECK, *Hermêutica Jurídica e(m) crise...*, p.23: “A globalização neoliberal-pós-moderna coloca-se justamente como o contraponto das políticas do ‘welfare state’. Aparece como a nova face/roupagem do capitalismo internacional. Nesse contexto, Arruda Jr. [referindo: consultar Arruda Jr, Edmundo Lima. ‘Neoliberalismo e Direito’. Paradigmas da crise global e Neoliberalismo, e Reforma do Estado e Modernidade. In ‘Direito e século XXI: ordem e conflito na onda neoliberal pós-moderna.’ Rio de Janeiro, Luam, caps. II e III.] chama a atenção para o fato de que estamos diante de um frenesi teórico e prático representado pelos discursos apocalípticos antimodernos, em que a globalização neoliberal é vista como sinônimo de modernização. *Na verdade, acrescenta, ‘o que nos é vendido como prova de modernidade dá claros sinais de uma barbárie, a barbárie neoliberal que, a título de guardar identidade com uma filosofia pós-moderna, traz como resultado sinais de retorno à pré-modernidade’, perigo para o qual também alerta André-Noël Roth [citando-se Roth, André- Noël. O direito em crise: fim do Estado Moderno?In: ‘Direito e globalização econômica – implicações e perspectivas’. José Eduardo Faria (org.). São Paulo, Malheiros, 1996, p. 16 e segs.] ao denunciar que a globalização nos empurra rumo a um modelo de regulação social neofeudal, através da constatação do debilitamento das especificidades que diferenciam o Estado Moderno: a) a distinção entre a esfera pública e a esfera privada; b) a dissociação entre o poderio político e o econômico; e c) a separação entre as funções administrativas, políticas e a sociedade civil. “ (destaquei).*

realidade⁵⁶⁸, em insistente desconexão com a complexidade do mundo da vida, parece agora se dobrar sobre si próprio, como uma onda que quebra à força da gravidade. E na base deste vagalhão aguardam o fim da ilusão de um mundo ordenado e seguro, ou, na versão mais radical deste quadro, o caos niilista de um certo pensamento de cariz mais essencialista, que mais do que pós-moderno, se revela mesmo como antimoderno.

Isso tudo porque chegou o tempo, afinal, precisamente em decorrência deste “apequenamento” do mundo, por sua vez também resultante deste processo de radicalização destes pressupostos da modernidade, bem como em razão da fática complexificação crescente deste mundo e das relações humanas, de se discutir como seria possível de fato, por exemplo, tratar a diversidade e as diferenças crescentes da vida real só com base na abstração homogeneizante das noções de liberdade individual e igualdade formal⁵⁶⁹ iluminista⁵⁷⁰, sem consequências maiores; como seria possível tratar do marcante fenômeno da pluralidade da vida gregária, e da natural multiplicação de seus inevitáveis entrechoques, com base apenas em universalizações padronizantes e racionalizações simplificadoras, por mais tempo ainda.

⁵⁶⁸ Cf. nota anterior a respeito, MORIN, op.cit., p.12, que assevera depois: “precisamos enfrentar a complexidade antropossocial, e não dissolvê-la ou ocultá-la.” (op.cit., p.14 – destaquei.).

⁵⁶⁹ TOURAINE, em sua obra “Crítica da modernidade”, reconhecendo a crise da modernidade mais ou menos nestes termos, se posiciona claramente a respeito de tal discussão, da seguinte forma: “Duas respostas são possíveis para esta crise da idéia clássica de modernidade, da ideologia modernista: a primeira, a dos pós-modernos, afirma que sua decomposição é irreversível; a segunda, que a modernidade pode e deve ser defendida e mesmo ampliada. É isto o que pensa Jürgen Habermas e também, em termos diferentes, a idéia que defenderei na terceira parte deste livro.” (TOURAINE, 1994, p.188). Mas seu posicionamento resta mais bem esclarecido quando adverte: “Se nós não conseguirmos definir uma outra concepção da modernidade, menos orgulhosa que a do Iluminismo, mas capaz de resistir à diversidade absoluta de culturas e indivíduos, nós entraremos em tempestades ainda mais violentas que aquelas que acompanharam a queda dos antigos regimes e da industrialização.” (Op.cit. p.209).

⁵⁷⁰ Nesse ponto, talvez seja importante deixar claro o que refere ERNILDO STEIN sobre a questão da oposição do movimento do iluminismo ao movimento da tradição hermenêutica: “**Não oponho iluminismo e hermenêutica radicalmente. Penso que na tradição hermenêutica existem elementos do iluminismo e no iluminismo existem elementos da tradição hermenêutica.** Mas existem, por outro lado, modos de colocar as questões que são profundamente diferentes.” (Aproximações sobre hermenêutica..., op.cit., p.52 –destaquei). Entretanto, para um maior esclarecimento das raízes de tais diferenças, talvez seja importante considerar o que explicita A.C. WOLKMER, em seu *Ideologia, Estado e Direito* (op.cit., pp.19-20), com profundas conexões com este tema: “Certos fenômenos culturais, não obstante suas características universais, encontraram em determinado momento e lugar uma maior polarização: o renascimento está mais ligado à Itália do que a qualquer outro país, o Iluminismo, à Inglaterra e à França. Igualmente, também, constatamos que, em que pese o romantismo ter-se disseminado por toda a Europa e assumido fisionomia própria em cada nação, foi na Alemanha que atingiu amplitude histórica e fundamento filosófico. Toda a força da tradição, da exaltação do sentimento e do idealismo místico se aglutina e se interliga no movimento ‘Sturm und Drang’, onde brilham vultos do porte de Goethe, Schiller, Herder, Novalis, Mendelssohn, Wagner, etc. Importa considerar que, a partir de então, se evidenciou a antinomia de paradigmas culturais entre a modernidade iluminística e o romantismo. Na prática da Filosofia Ocidental, ambos materializaram, de um lado, a racionalização e a ciência, de outro, a mistificação, a imaginação e o irracionalismo emotivo. O romantismo, que abriu a luta e foi o primeiro movimento significativo de combate contra a filosofia do Iluminismo, será uma filosofia voltada para a natureza, para a arte e para a história. ‘A essência do romantismo’ – nas palavras de Novalis – ‘é universalizar e tornar absoluto o momento ou a situação individual’. Trata-se, como escreve Campos Batalha, de uma ‘reação contra o espírito enciclopédico e contra os exageros do racionalismo, um apelo ao sentimento e à emoção, o apogeu da liberdade sem limites e sem regras, o desamor aos sistemas tradicionais tornados clássicos. É o culto do sentimento, do altruísmo e da intuição contra a ‘raison raisonnée’. O romantismo pode ser, por conseguinte, representado como uma reação ao racionalismo abstrato da ‘Aufklärung’ e seu convencionalismo metódico, ao substituir o ‘domínio da razão’ pelo ‘domínio da vida’. Trata-se da prevalência do costume e da unidade de um povo, da valorização tanto da consciência histórica quanto da atividade criadora do espírito, não só no plano filosófico, como também, ao literário e artístico. A visão estética da vida se realiza na penetração concretamente histórica, onde o belo é o ideal supremo, mesclando filosofia, arte, poesia, com história.” De qualquer forma, isto absolutamente quer dizer que se reeditem aqui e contemporaneamente, pura e simplesmente estes embates. As origens das tradições diversas apenas servem para uma melhor compreensão das raízes de certas oposições ou controvérsias. Mas é evidente que a solução para a contemporaneidade passa por algo bastante mais complexo do que uma reedição de arcaicos embates maniqueístas, e se assenta, como já se disse, antes, talvez na necessidade de se buscar as possibilidades de uma racionalidade complexa para a atualidade.

De resto, tem-se de registrar que é justamente como consequência direta também deste mundo posto em movimento vertiginoso, que se fragmenta no culto de um individualismo exacerbado ao extremo, que se enreda no paradoxo de uma impossível “liberdade total” (no sentido de absolutamente ilimitada) de cada um em meio ao grupo do todo⁵⁷¹, inventado pelo avanço sem freios e levado às últimas consequências dos mitos da modernidade, que se descortina uma evidente tendência de desagregação das instituições e de suas possibilidades últimas, conforme de certa forma já adiantado, marcadamente do próprio Estado⁵⁷² como agente único e central da garantia da promoção “do crescimento e da justiça”⁵⁷³.

Nesse contexto em que se dão as relações humanas atuais, então, é que emergem candentes novos conflitos, viabilizados por um tão singular quadro de mundialização da sociedade e da perseguição da última utopia da modernidade, a da supressão extrema do tempo e do espaço. E é nele, também, que se põem as questões antes expostas de um trato absolutamente inadequado da hipercomplexificação da realidade pelo Direito e pelo Processo, bem como de suas respostas atuais à hipercelerização e à hipersimplificação (idealista) da vida e das relações.

⁵⁷¹ Paradoxo em si mesmo, porque simplesmente não pode haver “espaço” para a liberdade extrema de todos no seio de um grupo, bem como contradição quanto aos objetivos básicos da democracia “que nos foi transmitida pelo liberalismo”, quando se considera uma “busca da igualdade e, ao mesmo tempo, a defesa radical da liberdade”, ao menos quando se considera este último objetivo “levado às últimas consequências” – até porque “a liberdade ilimitada, sob o patrocínio do Estado, acaba inevitavelmente sendo a causa de desigualdades e exclusão sociais.” (OVÍDIO, *Processo e Ideologia...*op.cit., pp.311-12). Cita-se naquela obra e passagem, ainda, a respeito da antinomia entre “igualdade” e “liberdade”, BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, em “Reinventar a Democracia”, p.6.

⁵⁷² A questão é sintetizada, sem perda de amplitude, por JOSÉ LUÍZ BOLZAN DE MORAIS: “*Há algum tempo vimos sustentando que o Estado Nacional, com suas características de modernidade, em especial sua sustentabilidade em um poder supremo e incontestável – como soberania -, sua organização sob a lógica da especialização de funções exclusivas (excludentes), sua conformação sob uma ordem jurídica consolidada constitucionalmente – Estado Constitucional – e sua projeção como o sustentáculo de padrões mínimos de sobrevivência e agente superior de regulação e formatação social, tem perdido, para dizer o menos, sua centralidade, como instância de referência.*

São estes aspectos, aquilo que chamamos: crise conceitual, crise funcional, crise institucional (constitucional), crise estrutural, respectivamente, sem pretender desconsiderar os vínculos que as unificam.

Isto reflete o que alguns apontam como ‘neofeudalismo’, outros sustentam a necessidade de praticar-se uma ‘reforma’ que vise à adequação da instituição do Estado a um novo contexto relações econômico-políticas e outros, ainda, que sugerem a necessidade de se retomar as bases de sustentação da idéia mesma de Estado para produzir-se uma ‘refundação’ que permita recuperar suas referências legitimantes perdidas.

Desde tempos vimos percebendo, pelos mais variados fatores, a corrosão da instituição estatal como tal e vendo surgir algo que poderíamos nominar provisoriamente como um ‘espaço concorrencial de ação’, onde de variados lugares vemos partir estratégias decisórias que se confrontam na busca de supremacia.” (MORAIS, José Luís Bolzan de. “De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização”. In: *Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. (org. Ingo Wolfgang Sarlet). Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003. pp. 59-60).

⁵⁷³ A observação é de ALAIN TOURAINE (*Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?* Trad. Carlos Aboim de Brito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. pp.25-26), e foi por ele assim exposta: “O Estado, como agente central do crescimento e da justiça, é atacado, por um lado, pela internacionalização da economia, por outro lado, pela fragmentação das identidades culturais. Uma reflexão filosófica pode fazer-nos compreender melhor ‘a posteriori’ como instituições políticas e jurídicas procuraram combinar liberdade e igualdade e, nas nossas democracias, cada cidadão sente, em princípio, que participa activamente na procura da solução mais racional e equitativa. Mas, desta vez, a noite já tinha caído, quando a ave de Minerva levantou voo. A calharda sociológica será mais capaz que a coruja filosófica de descobrir o que podem ser a liberdade, a solidariedade e a igualdade numa situação social onde o lugar central, o príncipe, está vazio, onde a sala do trono é varrida por correntes de ar e invadida por bandos de especuladores e *paparazzi*? Partilhemos, pelo menos, o trabalho com as duas aves. (...) O nosso papel consiste sobretudo em marcar discontinuidades, em deixar de olhar para as luzes do passado mas antes para a confusão da realidade visível e formular a interrogação mais inquietante: se as instituições perderam a sua capacidade de regulação e de integração, que força pode agora aproximar e combinar uma economia transnacional e interesses infranacionais? E como esta força já não pode ser directamente institucional, como podemos reconstruir, a partir dela, os mecanismos de regulação social?”.

c) *Direito e processo: teoria e prática de um passado transformado em presente. Que legitimidade ainda será possível?* Como já foi de certa forma adiantado, as inadequações atuais do Direito e do Processo para o trato da hipercomplexidade moderna decorrem da realidade de que também o Direito acabou por sofrer, de forma muito aguda, o influxo direto do pensamento de uma cultura liberal-individualista⁵⁷⁴ e do paradigma racionalista, enfim, de todos os pressupostos, mormente políticos e filosóficos, que estruturaram a modernidade.

No sentido do exposto, relevante verificar as assertivas de A. C. WOLKMER⁵⁷⁵, ao tratar dos “pressupostos da modernidade jurídica burguesa”, com referência as suas “ideias e instituições”:

A cultura jurídica produzida ao longo dos séculos XVII e XVIII, na Europa Ocidental, resultou de um complexo específico de condições engendradas pela formação social burguesa, pelo desenvolvimento econômico capitalista, pela justificação de interesses liberal-individualistas e por uma estrutura estatal descentralizada. (...)

Há que se observar, assim, como essas diferentes estruturas causais compatibilizaram-se na *constituição teórica e instrumental do moderno paradigma jurídico, marcado por determinadas características (geral, abstrato, coercível e impessoal) principais institutos jurídicos (propriedade privada, liberdade de contratar e autonomia da vontade, direitos subjetivos) e cosmovisões jusfilosóficas hegemônicas (jusnaturalismo e juspositivismo jurídico).*

E dando enfoque à questão da influência determinante do paradigma do racionalismo da modernidade no campo jurídico, esclarece o mesmo autor que

(...) o *jus-racionalismo clássico* contribuiu, no dizer [de] De La Torre Rangel, para três fatores causais que modelam o *moderno Direito liberal-individualista*:

- a) “A *igualdade formal* de todos os homens, ao consagrar os direitos subjetivos desconhecidos para o Direito romano”;
- b) “A *codificação do Direito em normas gerais, abstratas e impessoais*, ditadas pelo Estado legislador que chegará a identificar – como no positivismo do século XIX – o Direito com a Lei, *esvaziando o Direito de toda a idéia de justiça.*”;
- c) “A criação do Direito Público paralelo ao Direito Privado, como forma de garantir os direitos subjetivos e a igualdade formal, proclamados pelo Direito Natural” [citando-se DE LA TORRE, Jesus Antônio. Op.cit.; 1984, p.43.];

É dentro destes marcos teóricos e operacionais que se pode *caracterizar o Direito Moderno como o direito estatal, centralizado, escrito, previsível (segurança e certeza jurídicas) e normativo.*⁵⁷⁶

⁵⁷⁴ Leciona A.C. WOLKMER (2001, pp.32-3): “Atinente ao amplo processo de racionalização ético-filosófico e técnico-produtivo que contextualiza a modernidade capitalista e burguesa, emerge, concomitantemente, uma cultura liberal-individualista. Uma cultura que define a íntima relação entre o sistema econômico capitalista, a nova classe social burguesa e os princípios diretivos da doutrina liberal. Essa filosofia, caracterizada como Liberalismo e surgida com as condições materiais emergentes e as novas relações sociais, tornou-se, no dizer de Harold Laski, uma visão ideológica ‘para ajustar-se às necessidades de um novo mundo.’” Diz ainda: “... o Liberalismo surgiu como uma nova visão global do mundo, constituído por valores, crenças e interesses de uma classe social burguesa na sua luta histórica contra a dominação do Feudalismo aristocrático-fundiário, entre os séculos XVII e XVIII, no continente europeu. Assim, o Liberalismo torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso etc. Em seus primórdios, o Liberalismo se constituiu na bandeira revolucionária que a burguesia capitalista (apoiada pelos camponeses e pelas camadas sociais exploradas) utiliza contra o Antigo Regime Absolutista. Acontece que, no início, o Liberalismo assumiu uma forma revolucionária, marcada pela ‘liberdade, igualdade e fraternidade’, que favorecia tanto os interesses individuais da burguesia enriquecida quanto os de seus aliados economicamente menos favorecidos. Mais tarde, contudo, quando o capitalismo passa à fase industrial, a burguesia (a elite burguesa), assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começa a ‘aplicar na prática somente os aspectos da teoria liberal’, que mais lhe interessam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo [citando-se Cf. WOLKMER, Antonio Carlos, *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 93; LANZONI, Augusto. “Iniciação às ideologias políticas”. São Paulo: Ícone, 1986. pp.17 e 19].”

⁵⁷⁵ Cf. WOLKMER, *História do Direito no Brasil...*, op.cit., p.24.

Logo, em um contexto que tal, a evolução das dificuldades e problemas da modernidade deveria mesmo seguir um padrão muito similar na seara do jurídico propriamente dito. O Direito não poderia jamais escapar ileso das crises atuais da contemporaneidade⁵⁷⁷, engendradas pela radicalização do pensamento e dos pressupostos da modernidade que chegam ao extremo paradoxal, hoje, da quase auto-anulação⁵⁷⁸. Da mesma forma o Direito Processual Civil e as concepções sobre a prestação jurisdicional⁵⁷⁹, por sua vez, teriam de ser mesmo profundamente atingidos por este emaranhado de dificuldades.

Daí por que as propostas de aceleração da prestação jurisdicional são, assim, apenas a forma mais evidente do apego a tais dogmas da modernidade, apenas em alguma medida superados na atualidade; as sumarizações de demandas, exclusivamente com a mesma finalidade, embora de forma menos óbvia, também.

É certo que as sucessivas micro-reformas no Código de Processo Civil, que se verificam com maior periodicidade e intensidade ao longo das últimas quase duas décadas, não fosse o já mencionado alhures, poderiam fazer pensar o contrário atualmente, já que, de fato, não é possível comparar o grau de vinculação do processo civil brasileiro com o existente no passado, após as alterações como aquelas que introduziram a figura da antecipação de tutela em nosso ordenamento jurídico. Mas a verdade é que no campo do processo subsistem, cristalizados, pesados elementos dogmáticos deste mesmo passado, compromissados com a vetusta ideologia racionalista cartesiana, que impedem soluções outras para o futuro. Remanescem modos de ver e interpretar, por vezes os próprios institutos processuais introduzidos pelas ditas reformas – como no caso das antecipações de tutela -, que, por exemplo, simplesmente impedem que se cogite de sua utilização como instrumentais úteis à

⁵⁷⁶ WOLKMER, Op.cit., pp.26-7 - destaquei.

⁵⁷⁷ Diz WARRAT, acerca das deficiências da ciência da modernidade ocidental e de conexões do tema com o Direito, o seguinte: “O Ocidente construiu a ciência como castração. Fez todo o possível para nos distanciar de qualquer mensagem alquimista, de uma ciência alquímica da transformação, da produção do novo em mim e no outro. *A ciência da modernidade ocidental está destruindo a própria esperança de futuro.*

A castração é sempre um excesso de saber que nos afasta da sabedoria. A certeza e a completude são as duas formas mais perversas da castração: um condicionamento penetrante, sutil e inconsciente imposto pela sociedade para mantê-lo dominado.” (A ciência jurídica e seus dois maridos..., op.cit., p.18 -destaquei).

E adiante: “Vejo o masculino como o limite que nos aparece para viver de acordo com o possível; ter habilidades que permitam sentir-se contente; estar aberto a experiências novas; viver na temporalidade, o presente como novidade; enfrentar e superar os próprios medos e superar as insatisfações de nossa criança interior.

O masculino não deixa de ser uma forma melodramática de ver a vida em preto e branco. Uma incapacidade de fertilizar o novo. *Pensando projeções para o direito:*

O saber jurídico da modernidade organizou o lado masculino do imaginário do direito. Mobiliza o social negando as incertezas e o novo, impede a inscrição do direito na temporalidade.

O lado masculino do direito acaba facilitando as crenças que edificam o cenário das crenças jurídicas aditivas, as que tornam o poder impecável.” (WARRAT, op.cit., pp.26-7 – destaquei).

⁵⁷⁸ Conferir, para uma abordagem mais completa do tema, o capítulo I da obra de A.C.WOLKMER, *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito.*, intitulado “Origem, evolução e declínio da cultura jurídica estatal” (2001, pp.25-78).

⁵⁷⁹ A respeito, esclarece HOMMERDING, no segundo capítulo de sua obra já referida, denominado “Direito Processual e(m) crise: a necessidade de um desvelamento da crise do processo civil”, nos próprios termos do que consta da introdução da mencionada obra “...que, apesar de um novo paradigma, o do Estado Democrático de Direito, e da virada lingüística no campo da filosofia (‘linguistic-ontological-turn’), que passa agora a invadir também o Direito, o Direito Processual Civil na modernidade, inserto em uma tradição liberal, cujos juristas mantêm-se fortemente apegados à filosofia da subjetividade, às práticas da filosofia da consciência, não consegue, embora se tenham mudado as visões de mundo, desapegar-se de suas origens e fundamentos que derivam da razão moderna. Assim, como estrutura de poder, e não como instrumento democrático, o processo passa (e segue) a consagrar a burocratização da Justiça e a formalidade como disciplina e garantia do cidadão.” (*Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil...*, op.cit., pp.20-1).

construção dos espaços temporais necessários para se assegurar uma futura prestação jurisdicional no *tempo devido* (compromissos com a presentificação)-como ocorre justamente com as referidas antecipações de tutela, em alguma medida e será visto oportunamente, noutra lugar.

E assim, por força também da presença sólida e insidiosa de tais pressupostos dogmáticos de um vetusto racionalismo, se opta pela simplista celerização e padronização generalizada das demandas, em detrimento do engendramento de soluções que, por exemplo, busquem angariar ganhos temporais onde seja possível, para fins de utilização onde o direito só se realize casuisticamente, por meio do tempo devido.

Senão, veja-se que somente assim, com base numa crença redutoramente racionalista de que bastará um formal dizer o direito rápida e abstratamente, para se obter pacificação social efetiva por meio da jurisdição, independentemente da existência de um conteúdo decisional devidamente fundamentado e com uma mínima conexão com uma ideia de perseguição do justo para o caso concreto, é que se pode imaginar que todo o conflito mediatizado pela intervenção do Estado-juiz possa ser objeto de aceleração e idealização “eficaz” quanto à sua consideração e julgamento.

Anote-se que somente desta forma, a partir de uma consideração tão reduzida do conceito e dos limites da jurisdição que ainda é praticada no país – que, nos termos do que assevera OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, é um problema de índole “estrutural” de nosso sistema, que encontra suas bases numa “herança da Revolução Européia, desde suas origens medievais”⁵⁸⁰ –, se pode crer nessas puras e exclusivas medidas de aceleração progressiva e formalização homogeneizante ainda mais intensa do processo como arma válida para enfrentar a veloz dinâmica social da contemporaneidade, ainda acreditando na possibilidade de legitimação do Judiciário por esta mera via pragmática.

Nesse ponto, as considerações de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA⁵⁸¹ a respeito de uma série de dificuldades atuais vivenciadas pelo Poder Judiciário, ressaltando a sua íntima conexão com a preservação de compromissos com paradigmas da modernidade, corrobora o que se está a dizer

Diria que a crise [ao referir-se à crise do Poder Judiciário] é da modernidade. Certamente não apenas do sistema processual. A crise do Poder Judiciário é reflexo de uma mais ampla e profunda crise institucional, que envolve a modernidade e seus paradigmas.

(...) A separação entre Direito e Justiça – que nasce no Direito Romano tardio – persegue uma rota que o tem aproximado, cada vez mais, do Poder. Esta relação entre Direito e Poder torna-se visível e mais nos desafia e inquieta quando suas consequências se tornam agressivas. Ela nos distancia, profundamente do Direito Romano, e se revela no fenômeno que Castanheira Neves indicou como sendo a funcionalização do Direito; na verdade, não apenas do Direito, mas também da Política (*O Direito hoje e com que sentido*. Instituto Piaget, 2002, Lisboa, p.30 e sgts.).

O Direito, tornou-se uma função de outros interesses, sejam políticos ou econômicos, porém, de qualquer modo, interesses estranhos à ideia de justiça. No fundo, esta consequência não é mais do que um braço do individualismo pragmático que constitui a essência da ideologia moderna, que, de um modo ou de outro, nos governa.

(...)

⁵⁸⁰ A presente menção e as seguintes foram extraídas do artigo do referido processualista denominado “Da função à estrutura”, disponível no sítio do profissional do próprio jurista na rede mundial de computadores (Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Da função à estrutura.” In: “Ovídio Baptista da Silva advogados” (sítio eletrônico), s/d. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com>>. Acesso em: 12/08/2009.).

⁵⁸¹ Id., Ibid., pp. 2, 3 e 4.

Ele [o Poder Judiciário] funciona segundo os princípios e pressupostos imaginados por aqueles que o conceberam.

(....)

O problema, sem dúvida, não é funcional.

(....)

O primeiro fator estrutural está na inabalável premissa redutora do conceito de jurisdição, como simples declaração dos direitos, que é, por sua vez, o alicerce do procedimento ordinário e da interminável cadeia de recursal.

Todavia, esta não é uma causa, mas uma consequência, tanto mais eminente, quanto mais intocável, do Racionalismo, que ilumina, como princípio superior, a conformar as instituições processuais e a tyrannizar nossa experiência judiciária.

O trágico produto do racionalismo – que se esmerou em tornar o Direito uma ‘ciência’, segundo o modelo matemático – foi dar-nos um ‘juiz irresponsável’, metódica e intencionalmente irresponsável, cuja missão está limitada a declarar as injustiças cometidas pelo legislador.

E para quem possa imaginar que estas colocações de certa forma não mais diriam respeito ao tempo presente, mesmo depois de tudo o que já se destacou até aqui, o mesmo processualista esclarece:

A vertiginosa aceleração da História tornou de uma evidência solar a distinção entre norma e sentido da norma. Mais evidente, por óbvio, mostrou-se a distinção entre texto e norma, quebrando o sono do Iluminismo que imaginara uma norma contida inteiramente em seu texto; norma transparente no texto que, por isso, teria um sentido invariável, um sentido congelado na História.

Nosso tempo destruiu as esperanças de que a lei tivesse um sentido tão permanente e constante como as verdades matemáticas. Conseqüentemente, a tarefa confiada aos juízes de descobrir a ‘vontade da lei’ tornou-se uma trágica quimera.

Sabemos, na prática, que nem juízes nem advogados acreditam mais nesse sonho, de resto tenebroso sonho de tiranos, supostamente agraciados com poderes sobre-humanos para produzir – em linguagem unívoca – o direito perfeito, portanto imutável (Agnes Heller, *Mas Allá de la Justicia*, versão espanhola de 1990, Editorial Crítica, Barcelona, p.283 e sgts.)

(....)

Acontece, no entanto, que as grandes linhas do sistema, seus pressupostos políticos – o processo como ciência -, aspiram, como todas as leis científicas, o status de ‘verdades eternas’. Isto também é um pressuposto estrutural do sistema processual, em virtude do que ele acabou ‘congelado’ no tempo, sem compromisso com a história.

Segundo um dos mais eminentes processualistas modernos, o direito material está condenado a transformar-se, na medida em que se transformem as condições culturais da comunidade humana que lhe caiba regular.

Ao contrário – segundo ele -, o Direito Processual nascera com o dom da eternidade (Andrea Proto Pisani, Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, nº16, 2001, p.23). Suas regras – despidas de conteúdo – seriam tão neutras quanto a valores, como as equações matemáticas. O processo não teria compromisso com a História, menos ainda com o Poder.⁵⁸²

Mas não é só a evidência doutrinária da preservação de íntimas conexões do Direito e do processo atual com estes aspectos da vetusta dogmática iluminista, ainda que agora travestida nos moldes de princípios e paradigmas outros já referidos nos tópicos anteriores, que tem importância nesse passo. Disso parece já haver, até aqui, o suficiente nesta investigação. O momento que se apresenta, então, é o de doravante passar a surpreender os *nocivos efeitos* de tais compromissos subterrâneos *na prática quotidiana dos operadores do direito e dos administradores da Justiça*, como faz o Professor OVÍDIO BAPTISTA com maestria em diversos trechos do escrito ora sob enfoque.

⁵⁸² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Da função à estrutura”..., op.cit, p.4(destaquei).

Quanto à imposição da “padronização de decisões” pelos magistrados, por exemplo, determinada pela realidade contemporânea em conjugação com a manutenção dos referidos pressupostos redutores racionalistas – e necessariamente aceita e acolhida como condição *sine qua non* para que se possa acatar as soluções da absolutização da celerização processual e da padronização uniformizante das decisões judiciais, por quem as propõem como panacéias exclusivistas para resolver as chamadas crises de “morosidade” e “inefetividade” da prestação jurisdicional -, refere OVÍDIO

Para quem visualiza o sistema pela perspectiva de um operador forense, seu funcionamento não se mostra apenas insatisfatório. Mostra-se assustador. Como era de se supor, a extraordinária litigiosidade que caracteriza nosso tempo, *obriga os magistrados a padronizarem suas decisões, praticando – com maior ou menor vocação para o normativismo abstrato – uma jurisdição ‘pasteurizada’, sem compromisso com o ‘caso’.*

Não há como ser diferente. *O normativismo burocrático invade os cantos e recantos do sistema, contaminando a prática forense.* Não há remédio capaz de superar esta contingência. Pelo menos, não há remédio até o ponto em que nossa vista pode alcançar.

De qualquer modo, *esta prática estimula o arbítrio, porque os julgadores, por várias razões e circunstâncias, julgam-se dispensados de fundamentar adequadamente as sentenças.* Quem declara – apenas descompromissadamente declara -, não tem o que justificar. Não está obrigado a fundamentar a possível injustiça declarada, pela qual o declarante não é responsável.⁵⁸³

As invulgares consequências deletérias deste estado de coisas atual, amplificadas pela resposta única da radicalização das medidas administrativas de impositiva redução do tempo do processo⁵⁸⁴ e da uniformização forçada dos julgamentos, não se estancam aí. Segundo OVÍDIO

Outra consequência dessa mesma causa, é verem-se nossos juízes e tribunais na contingência de transferir a seus assessores a incumbência de examinar os autos do processo e elaborar ‘projetos’ de julgamentos⁵⁸⁵, quando não o próprio julgamento.

⁵⁸³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Da função à estrutura”..., op.cit, pp.4-5 (destaquei).

⁵⁸⁴ No ponto parece bastante oportuno recomendar a leitura do atual e contundente artigo do Juiz Federal VILIAN BOLLMANN, denominado “Fábrica de decisões?”, publicado no sítio eletrônico “Espaço Vital”, em 06-04-2009 <<http://www.xn--espaovital-r6a.com.br/noticia>> (acesso em 29-10-2009), donde se extrai o seguinte: “Que tipo de atendimento você preferiria: uma consulta imediata de cinco minutos sem que o médico visse os seus exames e nem lhe ouvisse ou uma agenda para daqui a seis meses com um profissional que teria todo o tempo para o diagnóstico correto? A pressão por números e prazos está levando o Poder Judiciário para este tipo de dilema entre quantidade e qualidade. Não se despreza o valor que as técnicas de administração têm; ao contrário, reconhece-se que elas são necessárias e convenientes. Porém, a sua utilidade é para as atividades-meio (gerenciamento de pessoas e atividades burocráticas), mas não para a atividade-fim, pois esta exige lidar com o ser humano. (...) Julgar uma vida não é o mesmo que fabricar salsichas. Enquanto a Suprema Corte dos EUA julga cerca de 100 processos por ano, a brasileira julga mais de 100 mil. Segundo o CNJ, em 2007 foram ajuizados mais de 16 milhões de casos novos. Algo está errado. (...)”

⁵⁸⁵ E aqui o que se critica é naturalmente o extremado excesso a que se pode chegar na utilização desses recursos humanos, por mais qualificados que sejam, porquanto desde sempre, até mesmo na Suprema Corte dos EUA, se mostrou necessária e conhecida a utilização da figura do “law clerck”, como modo de dar vazão à pesada carga de trabalho da magistratura, tal como revela a obra de TODD C. PEPPERS, *Courtiers of the Marble Palace: The Rise and Influence of the Supreme Court Law Clerck*. (California: Stanford University Press, 2006) – aliás, a figura restou popularizada pela publicação, em 1979, de *The Brethren (Por detrás da Suprema Corte)*, no título em português), dos conhecidos jornalistas Bob Woodward e Scott Armstrong. Trata-se, o “law clerck”, de uma espécie de assistente subordinado ao juiz, escolhido dentre os melhores estudantes de prestigiadas escolas de direito, que auxiliaria o magistrado na elaboração de rascunhos ou minutas de decisões, esclarecendo Peppers no ponto: “The law clerck is not an autonomous actor. He arrives at the Suprem Court as a green, inexperienced attorney who stands in a special hierarchical relationship with his or her justice.” (Chapter 1- “In search of the elusive Suprem Court law clerck” (pp.1-16). Ocorre que mesmo na Suprema Corte americana, uma tal figura vem assumindo progressiva proeminência, a ponto de chegar a ser possível um certo questionamento acerca de sua real influência na tomada das decisões a partir de determinado momento histórico da Corte (afinal não foram eles os constitucionalmente nomeados para tal especial tarefa) – embora a conclusão do autor, afinal, seja a de que ela não tenha sido realmente relevante nos últimos cinquenta anos de incremento de suas responsabilidades. De qualquer sorte, ainda segundo Peppers, este estado de

Praticamos, por enquanto, uma espécie *espúria de 'justiça de gabinete'*, que se tornará brevemente oficial. Este é outro componente estrutural de que se compõe a crise do Poder Judiciário. O anedotário forense enriqueceu-se. Coisas que poderiam parecer impossíveis tendem a tornar-se naturais.⁵⁸⁶

Também no sentido do exposto, se apresentam os problemas que OVÍDIO BAPTISTA refere como sendo expressões de um iminente “totalitarismo cibernético” e de uma transferência desnecessária e contraproducente (quando não ilegítima ou mesmo ilícita) de parcelas das funções administrativas ao Poder Judiciário⁵⁸⁷, que, anoto eu, instigam a ideia de velocidade em detrimento de prestação jurisdicional qualificada, ao mesmo tempo em que geram *uma paradoxal necessidade de se encontrar mais de um tempo que cada vez mais se consome na burocracia, em detrimento daquela atividade-fim essencial* – para não se falar do incremento da uniformização das decisões.

Outro dado de nossa experiência está em que o Estado Legislativo acabou transformado em ‘Estado Administrativo’. Somos cada vez mais ‘viciados’ em normas, não mais em leis, agora em regulamentos. *A sedução pelas regras é o pressuposto mental – e ético – que ameaça conduzir-nos ao totalitarismo cibernético.*

Vestígios deste futuro, que estamos a preparar, já estão entre nós. O mundo virtual – que é a nossa realidade – deu-nos um sortilégio de dispositivos eletrônicos ‘inteligentes’, dispensando-nos de ser, nós próprios, inteligentes. Estamos a superar o incômodo hábito de pensar. Basta apertarmos o botão correto.

Para sobrecarregar, ainda mais os serviços judiciários, uma parcela das funções administrativas, antes reguladas de outro modo ou inexistentes, acaba sendo transferida ao Poder Judiciário, em parte devida

coisas no mínimo gera mais riscos e exige mais controles. Basta ver a evolução da caracterização da função e amplitude das responsabilidades de tais diferenciados assessores ao longo da história da Suprema Corte: assim, já existiu o “law clerck as stenographer”, descrito no capítulo 3 da obra (pp.17-27 - o juiz Horace Gray teria sido o primeiro a contratar um law clerck, no verão de 1875); depois, num segundo momento (a partir de 1919), surgiu o “law clerck as legal assistant” (capítulo 4-pp.83-144); mais tarde (de 1950-1970) houve a transformação destes “law clercks” em “junior justices” envolvidos em todos os aspectos do gabinete, que, por sua vez, passou a ser visto como uma espécie de pequena firma de advocacia – a fase do “law clerck as law firm associate”, descrita no capítulo 5 do livro (pp.145-205). Tudo isso culminou com uma norma surgida na Corte Rehnquist (1986-2004), antes impensável, segundo o autor: “law clercks prepared opinion drafts in almost all cases.” “All justices except Justice Stevens routinely assigned their clerks the task of preparing the first draft of opinions, and de majority of the justices depend on bench memoranda to prepare them for oral arguments.” A conclusão, ao se alcançar essa fase, é no sentido de que em nenhuma outra época da história da corte tantas tarefas relevantes foram atribuídas aos “law clercks” como na Corte Rehnquist - o que, pelo menos, aumenta riscos e exige maiores controles, como já dito antes, e torna a situação digna de preocupação e exame até mesmo na Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

⁵⁸⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Da função à estrutura”..., op.cit, p.5 (destaquei).

⁵⁸⁷ Quanto a este tópico, recomenda-se a leitura do incisivo artigo do Juiz Federal JULIO GUILHERME SCHATSSCHNEIDER, intitulado “Porcos assados, Viktor Navorski eos Juizados Federais” (publicado no sítio eletrônico “Jus navegandi” de 30-07-2009 <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13247>>, acesso em 29-10-2009), extremamente crítico com relação às transferências de atividades tipicamente administrativas do INSS ao Judiciário, ocorrentes na prática diária dos Juizados Especiais Federais Previdenciários, propiciadas tanto pelo engendramento de uma normatização burocrática pelos gestores da Autarquia Previdenciária, que acaba sendo imposta aos seus servidores executores, quanto por um certo posicionamento excessivamente complacente do próprio Judiciário quanto a estas práticas, em detrimento dos próprios segurados-jurisdicionados, bem como da prestação jurisdicional como um todo. Nesse sentido, transcreve-se a conclusão do referido artigo, para melhor ilustrar o ponto: “A crescente assimilação e a direta realização de atividades tipicamente administrativas pelo Poder Judiciário, além de inconstitucional, têm contribuído para que toda a administração se torne cada vez mais ineficiente. As soluções que deveriam ser fomentadas no âmbito da própria Autarquia não têm sido sequer consideradas. Isto porque os atos administrativos que, de acordo com a Lei, lá deveriam ser praticados, têm sido ilicitamente (em muitos casos, criminosamente) transferidos aos Juízes Federais, que na prática se transformaram, sem se aperceber, em chefes de agência do INSS.

À Justiça deve ser reservada a tarefa de controlar a legalidade dos atos administrativos seus e dos demais poderes – não lhe cabe praticá-los diretamente. Se não há estrutura material e de pessoal suficientes para que o próprio Poder Executivo exerça as suas atribuições, este é um problema que ele deve resolver (a Receita Federal do Brasil não teria atingido o nível de excelência que possui hoje se fosse uma tarefa impossível).

Os segurados e beneficiários da Previdência Social que possuem direito a um benefício com certeza gostariam de recebê-lo sem necessidade do ajuizamento de qualquer demanda. Em suma, eles querem ser vistos como um problema do INSS e não como um problema de outra pessoa.”

a um viés próprio das filosofias liberais, que priorizam o discurso, o dizer, as discussões intermináveis, não o fazer.⁵⁸⁸

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA aponta, adiante, ainda, os malefícios de um certo “jurisprudencialismo normatizado”⁵⁸⁹, que não representa o resgate da ideia válida de aplicação de precedentes de forma casuística, mas apenas mais uma transformação de superfície de velhos dogmas do racionalismo (resolução de casos por medidas superficializantes e homogeneizadoras, tendentes ao tratamento quase abstrato dos temas).

Essa prática, de sua parte, se revela também muito conveniente aos apelos por velocidade desmedida das decisões judiciais dos tempos atuais – o que se reflete de forma extraordinária, anoto ainda, no modo de se pensar a questão da uniformização de precedentes em suas múltiplas vertentes, agora viabilizadas por lei.⁵⁹⁰

Assevera o já saudoso processualista

Os práticos, aqueles que ganham a vida na atividade forense, não têm dúvida a respeito da importância assumida pela jurisprudência, a partir da segunda metade do século XX. Atualmente, raras são as petições forenses e as sentenças que invoquem lições de doutrina. *Elas vêm recheadas de acórdãos catados na internet. Praticamos um **jurisprudencialismo normatizado**, produzido em série*, mas, de qualquer modo, jurisprudência livremente produzida, sem que o legislador interfira.

Insisto na tônica desta proposição: *jurisprudência livremente utilizada, ao sabor das circunstâncias e das inclinações pessoais do magistrado, que dela se vale **supondo-se dispensado de explicitar os fundamentos pelos quais escolheu** – dentre todas as soluções aceitas pela jurisprudência – **aquela que lhe pareceu adequada ao caso concreto**.*

(...)

Este retorno ao direito formado pela jurisprudência, navega contra as aspirações do século XIX, com sua conhecida vocação para a legislação e para os códigos...

Nossas instituições processuais, no entanto, não foram avisadas dessa prodigiosa transformação, nem nos foi possível instituir um magistrado adequado a estas novas tarefas.⁵⁹¹

Por fim, após este exemplificativo desfiar das graves mazelas práticas derivadas da manutenção dos liames do processo contemporâneo com as suas bases ideológicas e filosóficas do passado – muito conveniente, no entanto, a uma atividade jurisdicional que agora se pretenda apenas, e antes de mais nada, passível de uma formal “agilização” e de uma realização por meio de decisões padronizadas -, OVÍDIO BAPTISTA sintetiza estas deletérias conexões, indicando-as como fontes de “estrangulamento do sistema jurisdicional”⁵⁹² (ou, como se quer aqui, como *expressões de um passado que severamente limita o presente e impede o futuro*).

Depois destas sumárias referências à chamada crise do Poder Judiciário, é possível indicar –apenas indicar – os pontos de estrangulamento do sistema jurisdicional. Pode-se arrolar os mais importantes

⁵⁸⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Da função à estrutura”..., op.cit, pp.5-6 (destaquei).

⁵⁸⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Da função à estrutura”..., op.cit, p.6.

⁵⁹⁰ Questão esta, a da uniformização dos precedentes, anota-se ainda, que acaba maltratada justamente pela aplicação desses paradigmas insuspeitos, tudo a transmutar a utilização de instrumentais potencialmente benéficos e legítimos, como o das súmulas vinculantes e dos julgamentos repetitivos de recursos, em permanentes riscos e verdadeiros instrumentos de aprofundamento da deslegitimação crescente do judiciário, ante as suas possibilidades de incremento da redução racionalista aniquilante do Direito.

⁵⁹¹ Id., ibid., pp.6-7 (destaquei).

⁵⁹² Id., ibid., p.7, para referência e citação seguinte (nesta, destaquei).

problemas estruturais desse modo: **a) o processo civil continua a considerar-se uma ‘ciência’**. Esta herança do iluminismo conserva-se como discurso e como princípio determinante da prática forense. Os juízes e advogados, porém, perderam essa ilusão. *Apesar de tudo, a separação entre ‘ciência processual’ e vida real exaspera-se, porque juízes e advogados submetidos à estrutura do sistema são obrigados a moverem-se segundo suas regras e princípios;* **b) o Racionalismo permanece entre nós** – apenas entre os juristas. Não mais entre os cientistas, especialmente entre os físicos e os astrofísicos. Nós que lidamos com uma ciência cultural, preservamos o culto aos juízes de certeza, que são, naturalmente, o pressuposto alimentador da cadeia recursal. Nosso sistema é incapaz de construir uma tutela preventiva, porque nossos magistrados têm apenas a missão de consertar o passado, nunca arriscar-se a prever o futuro. O fracasso cometido na tentativa de construir uma tutela de simples segurança decorre dessa inaptidão, fruto de nossa formação acadêmica; dos pressupostos orgânicos, portando estruturais, do sistema. Mesmo as ‘antecipações de tutela’, especialmente as do art. 461 do Código de Processo Civil, contribuição importante do jurista a que prestamos homenagem, não tiveram força para modificar o sistema. Apesar de o sentido originariamente interdito, dessas categorias processuais, orientar-se para formas de tutela preventivas, através de provimentos mandamentais, o condicionalismo sistemático a que elas foram submetidas, deixou-as presas às formas tradicionais de jurisdição repressiva; **c) como se não bastasse a compreensão do processo como ciência e o racionalismo, como escudo, ainda extasiamos-nos com as suas conseqüências, ao glorificar o procedimento ordinário, insubstituível como instrumento protetor da suposta neutralidade do juiz. Apenas suposta, como é óbvio, por que não existe neutralidade possível em ciência social. Isto também se tornou uma verdade acadiana, que o sistema persevera em ignorar;** **d) coroando esse conjunto de fatores, temos uma Universidade impermeável à mudança; uma Universidade cuja missão não vai além do empenho de formar operadores mecânicos do sistema.** A metodologia do ensino do Direito é de um anacronismo doloroso. Os manuais acadêmicos e a cátedra ignoram os ‘fatos’. Cuidam apenas do ‘direito’ enquanto norma.

Nessas circunstâncias, de nada valerá substituir o motorista⁵⁹³. A estrutura do ‘veículo’, nascido do direito privado romano, e aperfeiçoado pelo Iluminismo europeu, *foi ultrapassada pela História. Sua velocidade ficou aquém das expectativas contemporâneas, geradas pela globalização, sempre tangida pela urgência, quando não pelas soluções que eliminem definitivamente o tempo.*

Por mais que se preparem e aperfeiçoem os motoristas, esse veículo obsoleto não responderá às exigências do novo milênio. *É necessário ter em conta que a sociedade contemporânea – feita de contrastes e conflitos – não passa de um simples ‘aglomerado humano’, oposto à sociedade européia do século XIX*⁵⁹⁴.

E para concluir, apresenta aquele processualista a afirmação de que, exatamente por conta de tudo isso e do papel de relevo da prestação jurisdicional para o futuro, se deve buscar “salvar a jurisdição responsável e legitimada”, como instrumento de garantia essencial do “exercício de uma democracia autêntica e universal.” Diz o professor OVÍDIO, finalizando:

Estas são as nossas circunstâncias. Contudo, *é necessário e urgente salvar a jurisdição, pela sua importância para a construção de um regime verdadeiramente democrático.* A tarefa exige que sejam exorcizadas idéias e instituições tornadas relíquias ideológicas, que a história há muito superou.

⁵⁹³ Aqui transparece claramente a habitual crítica do autor à sucessão de reformas legais do sistema processual brasileiro, que se verificaram de forma mais insistentes a partir de 1994 e que não chegam a perceber e ferir propriamente “o ponto a ser investigado”, nem podem ser consideradas, via de regra, expressões de uma refletida crítica de tais deficiências estruturais, permanecendo dogmaticamente comprometidas com os pressupostos filosóficos e ideológicos que as ensejam. Nesse sentido, conferir, pelo menos, OVÍDIO, *Palestra de encerramento do III Encontro Internacional de Professores do Direito e do Processo do Trabalho*, op.cit., p.188, *Ideologia e Processo...*, op.cit., pp.299 e ss. (excertos já citados anteriormente neste estudo).

⁵⁹⁴ O reforço da proposição, em certa medida esclarecedor, encontra-se, v.g., em OVÍDIO, *Ideologia e Processo...*, op.cit., pp.300 e ss., ao se abordar a questão da “naturalização dos institutos” jurídicos, e, particularmente, processuais, já referida na nota anterior, no contexto do pensamento dogmático, asseverando-se: “O pensamento dogmático considera natural que estruturas legais de um processo civil concebido para a sociedade européia do século XIX sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI. Afinal, as figuras geométricas de Savigny não são as mesmas? Nosso processo civil, concebido como pura forma, ao estilo das matemáticas, para a doutrina, deveria servir a qualquer sociedade humana [inclusive a uma futura contemporaneidade como a presente]. Já não se sonha com um código de processo civil universal? A neutralidade é nosso dogma.”

Essas considerações são penosas para mim, que tenho dedicado a vida à atividade forense. Certamente serão desagradáveis àqueles que irão ler o texto. Sei-o perfeitamente, através de uma longa peregrinação intelectual, construída a partir de nossos pretórios. Mesmo assim, faço-o porque *estou convencido de que um Poder Judiciário capaz de praticar uma **jurisdição responsável e legitimada** será a instituição que **haverá de garantir-nos o exercício de uma democracia autêntica e universal.***⁵⁹⁵

Não é por outro motivo, pois, que se conclui este tópico, o presente capítulo e esta primeira parte deste estudo, à luz de todo o exposto, com uma crítica mais abrangente da legitimidade no Direito na contemporaneidade, encetada por A.C. WOLKMER.⁵⁹⁶, ao questionar determinados princípios-fins do Direito moderno, invocando a premente necessidade de se passar a um novo compromisso com um sistema de *seguridade-legitimidade no Direito*, nesta seara, em detrimento de posições meramente formalistas acerca do ponto, o que certamente vale para dar os contornos devidos à prestação jurisdicional que se deve perseguir mesmo nos dias de hoje, bem como para ainda mais bem orientar a discussão acerca do tempo devido do processo e das premissas realmente legitimadoras da jurisdição contemporânea, que logo a seguir será encaminhada.

Caberia mencionar ainda determinados ‘*princípios-fins*’ do *Direito Moderno*, como a ‘*segurança*’ e a ‘*certeza jurídicas*’. Para alguns, a segurança é uma necessidade fundamental da vida moderna organizada, tendo como fim imediato a realização da justiça. A doutrina tradicional alude que se trata da garantia dada a um indivíduo, a seus bens e a seus direitos, de que sua situação não será alterada senão por procedimentos regulares previstos na legislação. Adverte P. Nader para o fato de que segurança jurídica e certeza não se confundem, pois a primeira é “de caráter objetivo e se manifesta concretamente através de um direito definido que reúne algumas qualidades; a certeza jurídica expressa o estado de conhecimento da ordem jurídica pelas pessoas”. **Contrapondo-se às posições formalistas que encaram tais princípios como verdadeiros fins do Direito, juristas como Elías Díaz argumentam que a mera certeza normativa não é suficiente para demonstrar as exigências contidas no valor segurança. A segurança não pode identificar-se exclusivamente com a idéia de uma ordem jurídica existente e com o conseqüente saber público do que está proibido e permitido** [citando-se DÍAZ, Elías. ‘Sociología y Filosofía del Derecho’. Madrid: Taurus, 19, p.47]. Na verdade, para Elías Díaz, *o Direito não se esgota na função de proporcionar **segurança, como sinônimo de ordem**, pois isto seria insuficiente*, oferecendo uma idéia superficial de seu conceito. **É necessário, além de um sistema de seguridade legalidade, um sistema de seguridade-legitimidade**, ou seja, **segurança não como fato mas como prática que implique valores considerados imprecindíveis como “liberdade, paz, igualdade e justiça”**. Assim, a idéia de “ordem normativa” e “segurança-fim” **deve estar subordinada às exigências humanas de legitimidade e não a uma idealização tecno-formal sem limites, o que se tem revelado numa cultura individual-positivista, natural impedimento da transformação e do avanço do Direito.**

⁵⁹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Da função à estrutura”..., op.cit, p.8(destaquei).

⁵⁹⁶ WOLKMER, *História do Direito no Brasil*...,op.cit., pp.31-32 (destaques apostos).

- SEGUNDA PARTE -

JURISDIÇÃO, LEGITIMIDADE

&

DEMOCRACIA :

Degradação e resgate da legitimidade jurisdicional contemporânea:
identificando elementos de supressão e abertura de potenciais espaços
de convivência democrática

INTRODUÇÃO À SEGUNDA PARTE

Aspectos de degradação e elementos de resgate da prestação jurisdicional na contemporaneidade: identificando elementos de supressão e de abertura dos potenciais espaços de convivência democrática.

Já foi amplamente demonstrada a severa restrição à discussão da legitimidade da prestação jurisdicional existente na atualidade, no *campo teórico*. E mercê disso restaram esclarecidas as deletérias consequências desta amputação do debate para uma adequada e renovada concepção da prestação jurisdicional, bem como para a sua evolução conceitual e consideração de um papel contributivo na construção de uma *democracia constitucional em sentido amplo*. Outrossim, disso derivou um vislumbre inicial da necessidade de ampliação do tratamento crítico desta problemática. Os dois primeiros capítulos desta pesquisa, e mais particularmente ainda, o segundo, cuidaram de tratar de tudo isso.

Também já foram largamente investigados os *efeitos práticos* desta consideração desviada da noção de legitimidade jurisdicional na realidade hipercomplexa contemporânea. A atual *aplicação* de concepções reducionistas acerca da noção e papel da jurisdição nas sociedades em transformação, daí derivada, principalmente no âmbito das democracias periféricas ou semiperiféricas, foi também longamente examinada. E junto com tal exame deu-se ainda o de seus negativos efeitos empíricos mais gerais sobre as possibilidades de construção de uma convivência mais harmônica nestas circunstâncias, mormente a partir de uma conseqüente e verificada supressão de espaços democráticos para a coexistência das diferenças. Esse foi o objeto geral do terceiro e último capítulo da primeira parte desta investigação.

Como estas abordagens do intrincado problema procuraram guardar sempre um caráter bastante amplo e geral, propositalmente buscando a análise destas complexas questões a partir de investigações que constantemente transcendessem ao campo do jurídico e do Direito processual propriamente dito, apresenta-se o momento de tentar obter alguma *especificidade maior* no trato da matéria (e assim contribuir para ampliar a discussão crítica cuja necessidade foi vislumbrada ao início)– ainda que esta tarefa seja bastante difícil justamente em função de seu entrelaçamento visceral com o hipercomplexo do mundo das coisas de hoje.

Desta forma, a segunda parte desta investigação cuidará, como regra geral, primeiro, de *tentar especificar* alguns *aspectos* da visão preponderante acerca do direito e da prestação jurisdicional que parecem mais contribuir para a *degradação da legitimidade* daquela fundamental atividade estatal, dentro do amplo quadro da atualidade já esboçado pelo esforço crítico-elucidativo realizado nos capítulos anteriores. E, nesse sentido, que mais alimentem o silencioso movimento de progressiva *supressão de espaços de convivência democrática* contemporânea, daí derivado.

Em seguida, como contrapartida imediata à identificação de cada um destes aspectos de degradação da legitimidade e de supressão de espaços de convivência democrática, procurará sugerir *elementos de resgate desta legitimidade da prestação jurisdicional*, que aplicados ao real, detenham o potencial de contribuir com um movimento de resistência à atual referida redução dos lugares da democracia e, por fim, até mesmo com uma ampliação e abertura de outros espaços desta natureza.

Todavia, para a consecução desta difícil tarefa, malgrado tratar-se de uma tentativa de especificações, será ainda necessário lançar mão dos amplos fios condutores dos vetores da contemporaneidade em geral, apenas algo retrabalhados, como nortes mantenedores de uma certa coerência na abordagem da matéria. E só no interior destas largas vias de investigação, então, promover um reenfoque mais estreito da matéria e a identificação dos ditos aspectos de degradação e elementos de resgate da legitimidade da prestação jurisdicional, bem como, respectivamente, de supressão e ampliação dos espaços democráticos de convivência. Tudo por aproximação progressiva do mais particular ao jurídico e ao jurisdicional, na máxima medida do que se mostrar possível.

Com isso espera-se traçar, não só um quadro específico do que é hoje a jurisdição, mas do que pode ser a prestação jurisdicional em seus elementos e papel, principalmente para as democracias contemporâneas, justamente a partir de uma consideração mais ampla da ideia de legitimidade em tal atividade e das noções envolvidas nesta problemática.

Este o trabalho que passa a ser desenvolvido, a bem de finalizar esta investigação com um esboço de ampliação da discussão crítica sobre a legitimidade jurisdicional na atualidade, constante do bojo dos três capítulos finais, que compõem a segunda parte deste estudo e estão assim nominados: (Capítulo IV) Tempo e legitimidade jurisdicional contemporânea: “presentificação” ou “retemporalização da jurisdição”; (Capítulo V) Espaço das diferenças e legitimidade jurisdicional contemporânea: “desrealização” ou “reproblematização” da jurisdição; (Capítulo VI) Democracia e legitimidade jurisdicional contemporânea: “Funcionalismo jurisdicional” positivista ou função judicial transformada para a construção de uma democracia constitucional em sentido amplo.

CAPÍTULO IV

TEMPO E LEGITIMIDADE JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA: “PRESENTIFICAÇÃO” OU “RETEMPORALIZAÇÃO” DA JURISDIÇÃO.

Os aspectos mais específicos da *degradação da legitimidade* da prestação jurisdicional e supressão dos espaços da convivência democrática, neste tópico, são relacionados a partir de sua conexão com o vetor da contemporaneidade que aqui se nominou de *tentativa de supressão do tempo*. Da mesma forma, aqueles *elementos mais particulares de resgate da legitimidade* jurisdicional e de recuperação das vias de abertura e construção permanente deste espaço, serão identificados a partir desta mesma conexão, mas justamente através de uma contraposição àqueles aspectos negativos primeiro indicados.

Para tanto, haverá de se trabalhar, adiante, com algumas noções básicas relativas a tal vetor da contemporaneidade, em parte já adiantadas, e noutro tanto, somente agora especificadas.

Logo, para que se dê um sentido maior de unidade e coerência à abordagem complexa dos aspectos de degradação e de resgate da legitimidade jurisdicional nos termos ora prometidos, facilitando a compreensão do texto principal que virá em seguida, de se recuperar ou explicitar sumariamente estas categorias essenciais ao trato do tema – quais sejam, as da “*presentificação*” e da “*destemporalização*”, de um lado, e a da “*retemporalização*”, de outro -, descortinando previamente, da forma mais direta e singela possível, suas ligações mais imediatas com trato da problemática objeto desta investigação.

a) *Presentificação e destemporalização*: Ambas as noções são extraídas do pensamento de FRANÇOIS OST⁵⁹⁷, já tendo sido parcialmente abordadas em momento anterior.

A *presentificação*, na acepção que lhe é dada aqui, consiste fundamentalmente na ideia de que na contemporaneidade nos afastamos, quando da consideração das relações humanas, mesmo no âmbito específico do jurídico, de indispensáveis conexões entre o passado e o futuro⁵⁹⁸. E de que o fazemos de uma forma tão pronta e intensa que chega a ser inaudita. O presente não é mais ponte de ligação entre os tempos da vida humana, mesmo considerando-se o tempo sob o ponto de vista de uma instituição social⁵⁹⁹. Mas mais do que isso: o presente passa a “ser” em si mesmo. É entificado e

⁵⁹⁷ Cf. *O Tempo do Direito*, op.cit.

⁵⁹⁸ Cf. sob outro enfoque, mas dando a dimensão da relevância destas questões para o sentido da vida humana, a obra de PAUL RICOEUR, *A memória, a história e o esquecimento*. (Trad. Alain François et alii. Campinas, SP: Editora UNICAMP, 2007).

⁵⁹⁹ Em verdade OST diz haver três teses subentendidas no trabalho que dá base a estas categorizações agora sumariamente apresentadas: “*Primeira tese: o tempo é uma instituição social*, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência física. Sem dúvida, ele apresenta uma realidade objetiva ilustrada pelo curso das estrelas, a sucessão do dia e da noite, ou o envelhecimento do ser vivo. Do mesmo modo, ele depende da experiência íntima da consciência individual, que pode vivenciar um minuto do relógio, ora como duração interminável, ora como instante fulgurante. Mas quer o apreendamos sob sua face objetiva ou subjetiva, o tempo é, inicialmente, e antes de tudo, uma construção social – e, logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico” (op.cit., p.12 – destaquei.); “*A segunda tese subentendida nesta obra diz respeito ao direito*. Ela afirma que a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social: mais que proibições e sanções como se pensava anteriormente; ou cálculo e gestão como se crê freqüentemente na atualidade, *o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade*.” (op.cit., p.13-destaquei). “Finalmente, a terceira tese resulta de uma interação dialética das duas primeiras. Será sustentado que um laço potente se estabelece entre a temporalização social do tempo e instituição jurídica da sociedade. Mais precisamente: o

entronizado, valendo por si mesmo. E nem mesmo num sentido alternativo, de um certo modo quase hedonista de ver a vida, que pregue o valor e o respeito ao gozo e vivência do “momento”, mas numa aceção propriamente negativa, ou seja, na de um sentido de supervalorização do “agora”, que gera uma “cultura do eterno efêmero” e de um viver num “estado de urgência permanente” (criando uma espécie de “*habitus* do sobressalto”).

Todas as coisas, todas as relações e necessidades passam a ser imediatas e prementes, quando não, sobrepostas pelos sobressaltos das “urgências urgentíssimas”, degradando-se o sentido institucional do tempo. Vulgarmente, passam a ser “para ontem”, como refere a sabedoria popular - mesmo que, para amanhã, o ontem já não mais importe; e que, por sua vez, o dia seguinte, seja menos relevante ainda, por que na vida presentificada não há lugar para o futuro. Restam somente o individualismo radicalizado de um “eu-antes-de-todos” e a premência absoluta desse agora soberano e nulificante, que merecem ser repensados a partir deste seu óbvio efeito desestruturante da instituição do social e da anulação do sentido do jurídico.

Naturalmente, por conta disso, não se chega a negar que há, de fato, uma aceleração da dinâmica do mundo e das relações sociais, gerada pelos incrementos das tecnologias várias, da informação e da comunicação, principalmente. Pelo contrário. Mas o registro que se faz é o de que se render incondicionalmente a essa realidade, que se retroalimenta das próprias ansiedades humanas criadas a partir destas novas circunstâncias fáticas, sem crítica, mesmo quando se considera justamente o tempo como instituição social, é concordar com a destituição de um sentido humano para as relações, a vida, as coisas e o mundo.

Ou por outra, o que se assinala para crítica é a postura paradoxal assumida na modernidade presente de, a pretexto de manter conexão com a dinâmica extrema do real, “desrealizar” a vida, já que, no final de tudo, a própria presentificação, a própria urgência, não passam de uma atribuição de sentido deformado ao tempo objetivo incrementado desta modernidade presente, que passa a ser amputado de outras imputações de significado mais humanas ao tempo, com caráter instituinte do social e do jurídico – estas, sim, “reais” por deterem uma significação estruturante mais voltada ao humano.

Por sua vez, a concepção de *destemporalização*, neste contexto e tal como concebida aqui, é apenas uma variante mais ampla desta noção anterior, que foca mais propriamente na ideia de perda do sentido socialmente instituinte do tempo e da degradação de seu significado humano em si mesmo, bem como num certo quadro de *sedimentação desta situação*.

Importa aqui perceber que é da condição humana só compreendermos a nós mesmos e ao mundo numa *narrativa*, ou na forma de *narrativas*⁶⁰⁰. Situarmo-nos perante a vida numa linha de

direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituinte do direito. Ainda mais precisamente: o direito temporaliza, ao passo que o tempo institui.” (op.cit., p.13).

⁶⁰⁰ Cf. CHARLES TAYLOR. *As fontes do ‘self’: a construção da identidade moderna*, onde esta questão é abordada de forma particularmente original e interessante: “Logo, encontrar um sentido em minha ação presente, quando não estamos diante de questões triviais como onde estarei dentro de cinco minutos, mas com uma interrogação acerca de minha posição com respeito ao bem, requer **uma compreensão narrativa de minha vida, um sentido sobre o que me tornei que só pode ser conferido pela história. E ao projetar minha vida para a frente e endossar o rumo atual ou dar-lhe um novo rumo, projeto uma história futura, não só um estado de futuro momentâneo, mas uma DIREÇÃO a ser seguida por toda a minha vida**”

tempo, a partir de um ponto, com conexões e inter-relacionamentos temporais entre um antes e um depois. Só se sabe quem se é, só se adquire uma certa identidade pessoal, se é possível considerar-se, também, o que se foi e as expectativas do que se será em relação a este ponto a partir do qual tais horizontes são perscrutados.

Além disso, enquanto se está vivo, a vida é plena de possibilidades; mas todo o ser humano no gozo de suas capacidades cognitivas normais sabe, desde quase sempre, que inevitavelmente chegará a máxima das impossibilidades em algum momento⁶⁰¹. Logo, é necessário se trabalhar com esse limite temporal, e com essas aparentes contradições (poder ser tudo e não poder ser mais nada), quando se considera o tempo para fins de instituir sentido à vida individual e à convivência social. Essa *consciência da finitude*⁶⁰² é que tem faltado na contemporaneidade.

Se não se percebe isso, perde-se de vista a narrativa e o sentido da vida. E logo se está lidando com algo que não é a (ou da) existência humana, mas pura idealização racional (infinita, inumana, porque neste espaço irreal, tudo se pode e sempre se pode, num estar-presente ilimitado), pela via das

vindoura. Esse sentido de que minha vida está dirigida para aquilo que ainda não sou é o que Alasdair MacIntyre capta em sua noção, citada acima, de que a vida é vista como uma ‘busca’ [citando-se MacIntyre, *After Virtue*, pp.203-204.]. (...)

Mas, se minha posição está correta, não podemos em absoluto pensar em pessoas humanas, em *selves* no sentido de que somos *selves*, dentro desta ótica. Elas não são objetos neutros, pontuais; só existem num determinado espaço de indagações, mediante determinadas preocupações constitutivas. As indagações ou preocupações referem-se à natureza do bem pelo qual me oriento e à maneira como estou situado em relação a ele. Mas, então, o que conto como unidade será definido pelo escopo da preocupação, por aquilo que está precisamente em questão. *E o que está em questão é, em geral, e de modo característico, a forma de minha vida como um todo*. Não se trata de algo passível de determinação arbitrária.

*Podemos ver isto em duas dimensões, a ‘ektaseis’ passada e futura de que fala Heidegger*⁶⁰⁰ [citando-se HEIDEGGER, ‘Ser e tempo’, Div. II, caps. 3,4]. *Não tenho sentido de onde estou/ou que sou, como afirméi acima, sem alguma compreensão de como cheguei onde estou ou me tornei quem sou. Meu sentido de mim mesmo é de um ser que está evoluindo e se tornando. É da própria natureza das coisas que isso não possa ser instantâneo. Não é só que eu precise de tempo e de muitos incidentes para separar o que é relativamente fixo e estável em meu caráter, em meu temperamento e em meus desejos daquilo que é variável e mutável, se bem que isso seja verdade. É igualmente que, enquanto ser que evolui e se torna, só posso conhecer a mim mesmo por meio da história de minhas maturações e regressões, triunfos e fracassos. Minha autocompreensão tem necessariamente profundidade temporal e incorpora a narrativa.* (...)

*Queremos que nossa vida tenha sentido, peso, substância, que ela se encaminhe para alguma plenitude, ou como quer que seja formulada a preocupação que temos discutido nesta seção. Mas isso se refere a toda a nossa vida. Se necessário, desejamos que o futuro ‘redima’ o passado, torne-o parte de uma história de vida dotada de sentido ou de propósito, incorpore-o numa unidade significativa. Um exemplo famoso – e talvez para nós, modernos, um paradigma – do que isso pode significar é relatado por PROUST em seu ‘Em busca do tempo perdido’. Na cena da biblioteca de Guermantes, o narrador resgata o pleno sentido de seu passado e, assim, restaura o tempo que foi ‘perdido’ nos dois sentidos acima mencionados. O passado antes irrecuperável é resgatado em sua unidade com a vida ainda por viver, e todo o tempo ‘desperdiçado’ passa a ter um sentido, tal como o tempo de preparação para o trabalho do escritor que dará forma a essa unidade [cita-se: Marcel Proust, e *Le Temps retrouvé*, Paris Gallimard, 1954, p.237 (*O tempo redescoberto*, Rio de Janeiro, Globo)]. Repudiar minha infância [ou qualquer outro tempo] como irremediável nesse sentido é aceitar uma espécie de mutilação como pessoa; é não enfrentar plenamente o desafio envolvido na compreensão da minha vida.” (Op.cit. p.75 – destaquei).*

⁶⁰¹ Como diz PAUL RICOEUR, ao tratar da segunda seção de “Ser e Tempo”, intitulada de “‘Dasein’ e temporalidade”, “tudo se decide neste ‘nexus’ entre a vastidão do poder-ser total e a finitude do horizonte mortal”, sendo mesmo notável, como diz aquele autor, que HEIDEGGER inicie aquela seção de sua obra seminal com um capítulo que reúne precisamente estas duas problemáticas: “a da **totalidade** (‘o ser-todo possível do ‘Dasein’”, §46) e a **mortalidade** (‘projeto existencial de um ser autêntico para a morte’, §53).” (Op.cit., p.367, no capítulo intitulado, “A condição histórica”- destaquei).

⁶⁰² Cf. E. STEIN, *Aproximações sobre hermenêutica...*, op.cit., pp. 48, 40 e 74, sobre aspectos da finitude e temporalidade. Cf. também J. GRONDIN, *Introducción a Gadamer...*, op.cit., pp.229 e ss., sobre finitude. E, quanto ao ponto, particularmente o seguinte trecho de GRONDIN, destacando a aptidão da hermenêutica filosófica de Gadamer para lidar justamente com esta realidade, p. 236: “La hermenéutica es un pensamiento de la finitud y, con ello, de la lingüisticidad. Se padece de manera inquietante por los límites del lenguaje, pero esos límites no pueden trascenderse. Essa conciencia del limite es también la conciencia de nuestra mortalidad, que siempre se halla presente, pero que siempre está siendo diferida.”.

presentificações ou destemporalizações, para entes racionais abstratos, que simplesmente não são mais os homens reais com seus horizontes temporais limitados.

Ademais, o significado humano não só de nossas identidades, mas, por conseguinte, da própria convivência social, se constrói nessas bases. Daí por que, a rigor, o direito e o instrumental de também fazer acontecer o direito e a convivência social, só se constroem na base do cumprimento dessas funções de permissão e contribuição para a urdidura do tecido destas narrativas, de situações referenciadas ao sucedido e ao suceder, e de sentidos e valores para tudo isso, e não a partir de uma atividade que contribua para a segmentação da vida em fragmentos absolutamente isolados, de instantes que valem por si mesmo e operam em puro sobressalto errático.

O direito é para os homens. Sua principal função é permitir a instituição do social. Existe para permitir uma convivência mais harmônica, dentro do conflito necessário. É um discurso performativo que permite que se rediga o sentido e o valor da vida em sociedade, como diz OST – e não um puro aceder acrítico a valorações isoladas e precárias de fatos crus ou à pura aceleração da dinâmica da vida, que se dirijam à desconsideração do humano e do gregário.

Jurisdicionar, por sua vez, no sentido de pôr em ação aplicada este direito, *é um tecer mediação constante entre os anseios do eu e os limites do 'outro'* (ou do indivíduo e da coletividade), auxiliando na viabilização da vida em conjunto – não pela via do arbítrio ou pelo uso exclusivo da força, mas pela perseguição da justa medida das coisas, dentro da máxima liberdade que seja permitida neste contexto sem prejuízo para a convivência. Mas esta medida é uma medida que não pode ser prevista de antemão. Nem se encontra sempre ao mesmo e único tempo do "já".

Daí por que a institucionalização da urgência e do efêmero, como regra única e absoluta, acaba por destemporalizar a vida e se reflete negativamente no direito e no processo. Retira sentido humano do direito e da jurisdição, progressivamente. Reflete-se vigorosamente sobre esses campos, tornando, de forma insidiosa, cada vez mais uma ficção o importar-se com os conflitos ocorrentes e com a sua solução equânime, bem como com a vida de relação e com o "outro".

É nesse ponto que resta perceptível que quanto mais se aceleram os procedimentos e as decisões, no campo do jurídico e do jurisdicional, em busca de se alcançar a dinâmica "real" da vida, menos se atende à função do direito e da jurisdição na sua relação com o temporal. Quanto mais se busca, por esta via, menos se tem. Quanto mais se imagina estar respondendo aos anseios do mundo, às expectativas relativas ao direito e à jurisdição, com um tal proceder, em verdade menos se está. Por que a resposta sem reflexão, antes do tempo devido do direito, não serve ao homem, não constrói sentido para o social. Só faz aumentar a entropia e o caos do cada um por si, antes de todos.

Essa, em essência, a crítica que se faz ao acolhimento impensado e à institucionalização da presentificação e da final destemporalização das relações, no âmbito do jurídico e do jurisdicional, como aspectos relevantíssimos, ainda que bastante amplos, da degradação da legitimidade da prestação jurisdicional atual.

Que se acelerem as narrativas, na medida de que se trata, nalguma medida, de uma certa realidade objetiva da modernidade presente, mas que não se busque, com isso, simplesmente ignorá-

las onde elas devem ser objeto de consideração e valoração essencial. Até porque tais narrativas continuarão, de forma ou de outra, vigorando, como expressões da vida humana e de seu sentido que são, mesmo que sejam ignoradas pelo direito ou pelo processo. Conceber instrumentos ou formas de desconsiderá-las, portanto, é buscar, por mais esta nova via, um ignorar a vida e um acabar por se apartar dela (fugindo da realidade humana possível e perdendo, assim, legitimidade).

É o que se tem verificado no processo judicial contemporâneo. No seu âmbito não se tem mais achado ou buscando um espaço para a mera aceleração das narrativas. Em verdade, para muito além deste ponto, chegou-se hoje a institucionalização da amputação destas narrativas. No campo do judicial e da prestação jurisdicional o que tem ocorrido, então, não é outra coisa senão a perda do sentido humano do tempo e da vida. E pior: justamente em busca de uma legitimação ilusória, como já foi exposto alhures, que não pode levar a uma legitimidade objetiva e subjetivamente sustentável.

Trata-se de um desvio grave da atividade judicial e da prestação jurisdicional contemporânea, onde a pretensão é dar conta desse mundo complexo sem espaço para embates, com ações de mera justificação utilitarista e superficial que chegam à inconsequência. Simplesmente se aceita a presentificação, sem questionar, até se chegar à destemporalização das relações, transportando-se tais fenômenos para dentro do judicial, e se aceleram os procedimentos e decisões, mais e mais, sem fim e sempre sem crítica, ao ponto de, no final, toda esta atividade estatal não mais ser capaz de considerar a vida e o sentido instituinte do social e do jurídico pela mediação do próprio tempo. E tudo sob o pretexto de que assim – e só assim - será possível angariar legitimidade.

Contudo, como já se viu, não é deste modo que esta multifacetada qualidade do ato de exercício de poder (poder-*dever*, é de se recordar) é obtida; aqui, o efeito é justamente o contrário.

Legitimidade se obtém por meio da conformidade objetiva com um certo arcabouço de princípios e valores previamente definidos, bem como com o respeito daqueles que estejam sujeitos às decisões, por conta deste agir assim referido, o que, por sua vez, no âmbito do vetor temporal, jamais será passível de atingimento ignorando-se o tempo humano necessário para tais conformações.

As racionalizações que ignorem essa realidade eliminarão, sempre e inevitavelmente, a conexão da jurisdição com o sentido humano da vida e estarão, assim, fadadas a submergir na desconexão deste agir com os critérios subjetivos e objetivos do legítimo.

(b) Retemporalização: Em virtude de tudo o que se expôs é que na questão do tempo, *a jurisdição deveria cuidar de se voltar para um resgate da noção de tempo devido do processo.*

Buscar um tempo humano para a decisão, que não é o tempo único, da totalidade da urgência. Ao invés de se perseguir o imediato em tudo, acolhendo a presentificação destemporalizadora, por que não tomar estes reclamos como um desafio para selecionar criticamente o efetivamente premente, e resistir crítica e produtivamente, quando for o caso?

Quer dizer: por que não a crítica ao que é efetivamente urgente? E, nesse caso, por que não a rediscussão larga de como tratar do urgente, voltando-se o olhar para as questões da função, do real e

novo papel da jurisdição na contemporaneidade, e, pois para a problemática da construção de sua legitimidade mais especificamente neste contexto?

No âmbito de um tal redirecionamento crítico da discussão é que poderão surgir novos e frutíferos questionamentos específicos de institutos e práticas importantes para o trato dos problemas inerentes a esta área das dificuldades relativas ao tempo na contemporaneidade. Por que não, por exemplo, a rediscussão do instituto da antecipação de tutela por abuso de direito e de sua real função neste contexto diferenciado? E uma futura possibilidade de decisões de forma eletrônica, na modalidade do limite dos “140 caracteres”⁶⁰³, seria possível? Mas como? Em todos os casos?

Vale dizer: no fundo, a questão que se apresenta é a de rediscussão também do tempo único da urgência e do imediato, que hoje vai se institucionalizando. A crítica construtiva, e a consequente ampliação da discussão da legitimidade da jurisdição neste ponto específico, deveria dirigir-se a uma negativa ao acrítico acolhimento e mesmo à institucionalização de um tempo único para tudo - o tempo da imediatidade que rejeita a mediação inerente à própria prestação jurisdicional -, mas também à consideração do tempo necessário para o direito como elemento que atribui sentido humano.

De qualquer sorte, no mínimo um tal agir poderia permitir a redistribuição do tempo objetivo, fisicamente limitado, para a atuação diferenciada do jurisdicional sobre casos individualmente diferenciados também quanto às necessidades de cuidado e aplicação do direito.

Afinal, uma sociedade aberta não é regular e uniforme, como diz o OST; tampouco os conflitos que nela surgem. Distinguir os diferentes tempos necessários a uma jurisdição qualificada⁶⁰⁴ (e não só sempre e sempre meramente célere) é essencial. Gera mais espaço temporal para o gasto de cuidado e amadurecimento necessários noutros casos.

A democracia é regime marcado pela indeterminação de suas certezas (LEFORT⁶⁰⁵); não se pode impor a certeza do tempo único da presentificação ao direito e ao processo, sob pena de uma desconexão apriorística da possibilidade de ocorrência do indeterminado, dos casos diferenciadíssimos também sob os aspectos e necessidades temporais, que podem se verificar e se verificam, de fato, nos conflitos multifacetados de uma democracia plural.

Num contexto de pura aceleração, a alternativa, para gerar legitimidade jurisdicional, parece ser, então, lutar consistentemente contra a tirania da urgência. A alternativa está *na aptidão para a lentidão* e, no extremo, para os casos em que isso se impuser, até mesmo na *reivindicação de um direito à lentidão*.

⁶⁰³ A referência aqui é ao limite de extensão dos textos que são enviados ou recebidos, via *Internet* por usuários da rede social e servidor para *microblogging*, criada em 2006 e hoje altamente popularizada em todo o mundo para a difusão de informações e manifestações pessoais e quotidianas, conhecida como “*Twitter*”, como expressão cultural da contemporaneidade.

⁶⁰⁴ Cf. PAUL RICOEUR, no capítulo “O acto de julgar”, de sua obra *O justo ou a essência da Justiça* (Trad. Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. pp. 163 e ss.), particularmente pp.166, 167 e ss., subsídios para melhor se compreender as questões do que se entende por uma jurisdição qualificada pela busca de uma “paz social” (igualmente qualificada) que pressuponha a aceitação do conflito, seu trato, e o reconhecimento mútuo, numa visão de sociedade como “esquemas de cooperação”.

⁶⁰⁵ *Apud* OST, op.cit., p.32, conferir em nota seguinte.

Repita-se: com isso não se nega o mundo, por outro extremo. O que é de fato urgente, o que é perecível, passível de irreversibilidade futura, o que não pode ou não deve permanecer inerte enfim, o que impõe a tomada de posição imediata, sob pena de prejuízo maior, merece pronta decisão; mas o ponto falho da lógica destemporalizante da modernidade presente e da jurisdição que se está construindo hoje sobre seus pilares é: nem tudo é realmente urgente; nem tudo pode ser resolvido para ontem; há coisas que demandam tempo, necessariamente, inclusive de maturação. A uniformização do tempo da jurisdição no espaço do quase-instantâneo é, para além de uma quimérica promessa, um verdadeiro engodo⁶⁰⁶, que só faz alimentar o embrutecimento do mundo já a partir do ser de sua pretensão.

Reconhecer a necessidade de distinção e a legitimidade de, por vezes, simplesmente *ter de esperar*, é necessário para o resgate do sentido da jurisdição e, com ele, para um início de resgate do sentido do direito e do tempo humano.

Daí a ideia de um novo *Kairós* para a atualidade, também colhida de OST. O momento exato para a decisão. Apurar o sentido do momento mais propício para o decidir, nas variadas circunstâncias e diante dos diversos conflitos postos em causa. Acolher o valor desta busca e desenvolver esse sentido que hoje tanto nos falta, bem como construir o espaço crítico para a sua aplicação. Tudo para resgatar, assim, também, as possibilidades da justiça e da temperança no direito, como diz OST, e, pois, de legitimação da atividade estatal de prestação jurisdicional na contemporaneidade, mesmo neste mundo de premências atual.

Estas, em suma, as questões que estão envolvidas no debate do resgate de legitimidade pela via da *retemporalização*.

Feitas estas considerações preliminares, é tempo de se passar ao trato mais articulado e específico do conteúdo deste ponto, nos termos do proposto ao início, para o fim de conferir maior consistência e base de sustentação teórica a ideias que, nesse momento, foram somente alinhavadas para fins de propiciar uma melhor pré-compreensão e unidade da análise seguinte com o todo desta investigação.

1. A ilusão do *tempo único* do processo (ou da regulação absoluta do tempo): degradação da legitimidade da jurisdição por “*destemporalização*”

Elucidado no capítulo anterior o papel fundamental da manutenção ideológica e dogmática dos modelos de uma prestação jurisdicional demasiado tendente às padronizações e simplificações racionalizantes, excessivamente redutoras da complexidade da realidade por vias inadequadas, que serve aos discursos homogeneizantes da celeridade a qualquer custo, é tempo de abordar mais diretamente o tema das chamadas *ameaças de destemporalização do direito*, que a partir das urgências exacerbadas do presente põem seriamente em risco a prestação jurisdicional como forma de realização do justo no futuro.

⁶⁰⁶ Já que, acaso realizada, nega a função essencial da própria jurisdição.

No entanto, se faz necessário esclarecer de plano que tais ameaças não se dirigem somente ao que virá, mas também se voltam contra parcelas relevantes daquilo que foi construído pelo pensamento humano ao longo do tempo, na seara do jurídico, e que deve ser preservado, bem como devidamente aplicado, mediante as devidas interpretações adaptativas ao cenário atual do mundo.

Vale dizer: não é só o futuro do direito e da jurisdição que pode estar em risco, mas também o seu passado, naquilo que certamente existe de útil e válido para auxiliar numa construção de um por vir mais consistente, qualificado e adequado às necessidades humanas.

Isso por que, em que pese todas as críticas expostas no item final do capítulo anterior, buscar o tempo devido para o processo e uma prestação jurisdicional verdadeiramente legítima jamais implicará simplesmente ignorar ou repudiar o passado no que tange ao jurídico, à história, enfim ao conjunto de saberes adquiridos que formam a *tradição*⁶⁰⁷. Pelo contrário. O que a atualidade demanda é justamente a *reconstrução crítica de uma ponte entre a tradição e o futuro*, que permita a dialética necessária na constante consideração e reconsideração destes saberes⁶⁰⁸, já que a *presentificação*, ao passo que se aproveita apenas das construções já postas que lhe convém, tende a reduzir e mesmo ignorar o papel daquelas outras formas de pensamento do passado que não sejam úteis ao processo de radicalização do imediatismo e de ordinarização da urgência, jogando-as ao esquecimento.

⁶⁰⁷ No sentido gadameriano e, pois, positivo, do termo, como revelado pelas observações do próprio GADAMER, na introdução de *O problema da consciência histórica* (op.cit., pp.12-3): “Embora eu tenha contornado a intenção filosófica de Heidegger, quer dizer, a retomada do ‘problema do ser’, torna-se não obstante claro que somente uma viva tematização da existência humana enquanto ser no mundo revela as implicações plenas do ‘Verstehen’ como possibilidade e estrutura da existência. As ciências humanas adquirem assim uma valência ontológica (...) encontram-se mais próximas da autocompreensão humana do que as ciências naturais (...). As ciências humanas contribuem para a compreensão que o homem tem de si mesmo, embora não se igualem às ciências naturais em termos de exatidão e objetividade, e se elas assim o fazem é porque possuem, por sua vez, o seu fundamento nessa mesma compreensão. *Algo essencialmente novo aqui se evidencia: o papel positivo da determinação pela tradição* (*Traditionsbestimmtheit*), que o conhecimento histórico e a epistemologia das ciências humanas compartilham com a natureza fundamental da natureza humana. É verdade que os preconceitos que nos dominam freqüentemente comprometem o nosso verdadeiro reconhecimento do passado histórico. Mas sem uma prévia compreensão de si, que é neste sentido um preconceito, e sem a disposição para uma autocrítica, que é igualmente fundada na nossa autocompreensão, a compreensão histórica não seria possível nem teria sentido. Somente através dos outros é que adquirimos um verdadeiro conhecimento de nós mesmos. O que implica, entretanto, que o conhecimento histórico não conduz necessariamente à dissolução da tradição na qual vivemos; ele pode também enriquecer esta tradição, confirmá-la ou modificá-la, enfim, contribuir para a descoberta de nossa própria identidade. A historiografia das diferentes nações constitui uma ampla prova disso.” (destaquei). Destaca-se o repúdio do autor, também, à acusação gratuita de conservadorismo que a tão-só utilização do termo, sem conhecimento adequado do seu significado no contexto da hermenêutica, não raras vezes suscitou (op.cit., p.4, citação expressa da passagem em nota anterior). Para noções mais acessíveis e singelas do termo, consultar LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. Trad. Hélio Magri Filho. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2007. pp.193-4, dentre outras citações ao longo da obra. Para explicações mais elaboradas, conferir as obras de introdução à Gadamer e à Hermenêutica, de JEAN GRONDIN, já citadas.

⁶⁰⁸ Diz ainda GADAMER (op.cit, pp.14-15) a respeito do tema: “Em ‘Verdade e Método’, tentei demonstrar com mais precisão como esse processo do confronto [o “desafio crítico que a tradição nos lança”] permite que o novo venha à luz pela mediação do antigo, constituindo um processo de comunicação cuja estrutura corresponde ao modelo do diálogo. É a partir daí que tomo a pretensão da hermenêutica à universalidade. Ela não significa nada menos do que isso: a linguagem forma a base de tudo o que constitui o homem e a sociedade. (...) *Toda experiência é confronto, já que ela opõe o novo ao antigo, nunca se sabe se o novo prevalecerá, quer dizer, tornar-se-á verdadeiramente uma experiência, ou se o antigo, costumeiro e previsível reconquistará finalmente a sua consistência. Sabemos que, mesmo nas ciências empíricas, como KUHN em particular o demonstrou, os conhecimentos novamente estabelecidos encontram resistências e na verdade permanecem muito tempo ocultos pelo ‘paradigma’ dominante. O mesmo ocorre fundamentalmente com toda a experiência. Ela precisa triunfar sobre a tradição sob pena de fracassar por causa dela. O novo deixaria de sê-lo se não tivesse que se afirmar contra alguma coisa.*” (destaquei).

Desse modo, o resgate a ser feito (e o *cuidado* a se ter) é também o do passado (e para com o passado), mas de modo vivo, crítico e dialogado, que implique uma valorização de institutos e pensamentos ainda prenhes de valor, sem que isso se dê por mera força de insidiosos dogmatismos renitentes, pura e simplesmente.

Assim, a bem de viabilizar a tarefa de abordar com um mínimo de consistência o que FRANÇOIS OST denomina de *ameaças de destemporalização do direito*, segue-se, adiante, um breve roteiro simplificado de citações do referido filósofo e jurista. E para mais bem adaptar a breve explicitação do que sejam e signifiquem tais ameaças aos propósitos deste escrito, refere-se com brevidade, primeiro, ao que ele denomina de *figuras ou formas de destemporalização*⁶⁰⁹, para, logo a seguir, apresentar, pelo método já referido, as suas possíveis consequências negativas (adiantando-se, ainda, “antídotos” possíveis) também para o Direito e para a questão do adequado tempo do processo.

Sinteticamente, tem-se, então, que OST apresenta pelo menos *quatro figuras de destemporalização* claramente identificáveis na contemporaneidade, como resultado da presentificação e ordinarização de um sentido de urgência vigentes, que poderiam ser sintetizadas pelas seguintes expressões (embora não sejam estas as denominações que o pensador confira a cada uma daquelas formas no original, como se verá adiante): 1) um sentimento de recusa da mortalidade; 2) uma supervalorização do presente em si mesmo; 3) uma busca pelo pensamento único e, pois, por um certo determinismo; 4) uma exacerbação da *discronia*⁶¹⁰ existente entre os diferentes tempos da ação social.

⁶⁰⁹ O resumo do significado essencial de tais *figuras ou forma de destemporalização*, de forma um pouco mais explicitada, encontra-se em *O tempo do Direito*, de OST, op.cit., pp.15-6, e pode ser assim sumarizado, precariamente: **1) recusa da mortalidade** (“a nostalgia da eternidade”): “Trata-se (...), da própria *recusa do tempo entendido como mudança, evolução, finitude e, logo, também, mortalidade.*”; **2) supervalorização do presente** (“a vertigem da entropia”): constitui-se no “...abandono ao curso do tempo físico, cujo movimento, irreversível, conduz toda a coisa à destruição. A irremediável fugacidade do instante cantada pelo poeta (‘Passam os dias e passam as semanas/Nem tempo passado/ Nem nossos amores retornam/ Sob a ponte Mirabeau corre o rio Sena’) [citando-se APOLLINAIRE, G. ‘Le pont Mirabeau’. In: ‘Guillaume Apollinaire’. Paris: Pierre Seghers, 1956. p.67.], é confirmada pela lei da entropia dos físicos: quanto mais o tempo passa, mais a energia se dissipa e mais a desordem aumenta.” – e é nesse contexto que se coloca umas das principais interrogações feitas pelo filósofo e jurista francês, que também é central no presente escrito: “Será possível ao homem ‘fazer voltar a ampulheta’ não para negar a irreversibilidade do tempo cronológico, o que seria loucura, *mas para imprimir-lhe [ao tempo] um sentido propriamente humano* ao articular passado e futuro?”; **3) O pensamento único** (“a tentativa do determinismo”): Trata-se do “...pensamento determinista que gera a representação de um tempo homogêneo e uniforme, pleno e contínuo. Se o tempo é *apenas duração*, qual o lugar efetivamente para a ruptura e a álea, a descontinuidade e o instante? Entre acaso e necessidade, duração contínua e instante pontual, de que modo pensar uma terceira via para nela inscrever o curso de uma história humana ao mesmo tempo instituída e, logo durável, e todavia instituinte e, logo, revolucionária?”; **4) As deficiências de solidariedade e as tensões entre os “diferentes tempos” da ação social, gerados também à luz da tentativa de redução ao tempo atualmente dominante da imediatidade e da urgência (“o risco da discronia”)**: Esta forma ou figura de destemporalização *liga-se* “...à *gestão da policronia, porque o tempo social declina de qualquer evidência plural*. Ora, se apenas se necessita que uma sociedade, que não é uma caserna, ‘marche no mesmo passo’, é essencial, em contrapartida, que seja *assegurada uma certa coordenação de seus ritmos temporais*. Sem *mecanismo de embreagem de suas diversas velocidades*, sem *instrumentos de solidariedade temporal*, são a ‘discronia’ e a desintegração social que ameaçam. (...) Enfim, o ‘risco de discronia’ é real nas sociedades pouco solidárias que acumulam as tensões entre tempo dos ganhadores e tempo dos excluídos, tempo instantâneo das trocas financeiras e tempo muito lento da regeneração dos recursos temporais, tempo imediato da comunicação da mídia, e tempo mediato da reflexão.” (todos os destaques apostos). E, conclui OST, sobre o significado geral ou relevância social destas formas de ‘destemporalização’ da contemporaneidade: “É nesse *contexto de destemporalização, sempre ameaçador*, que a questão da *instituição jurídica de um tempo social portador de sentido* assume toda sua acuidade.” (Op.cit., p.16 - destaquei) – tal como um “... ‘*aevum*’, esse tempo propriamente institucional (nem eterno, nem perecível) que os canonistas da Idade Média souberam inventar (Ibid., p.19).

⁶¹⁰ A expressão é de OST, em *O tempo do Direito*.

Pois bem. A aqui chamada (1) *recusa da mortalidade* (“*nostalgia da eternidade*” na expressão de OST) diz respeito a uma vontade incontida de segurança plena, além mesmo das forças e limitações humanas, e ilusão mesmo de que isso seja de fato possível. Refere-se, ainda, a um agir como se somente o momento presente devesse ser posto em consideração, sem se divisar o horizonte de nossa própria finitude futura. No entanto, isso gera riscos e potenciais consequências deletérias à sociedade que são de toda ordem, conforme brevemente indicado no seguinte excerto da obra ora em tela: “...é sempre de um final dos tempos que se trata [o recusar a mortalidade]; saltar fora da história e de suas incertezas para mergulhar, sem mais delongas, na ordem plena da comunidade identitária, a que alimenta o fantasma do ‘povo único’ e gera o integrismo, a filosofia da totalidade.”⁶¹¹

O antídoto, para uma tal ameaça, nos dizeres do filósofo francês seria, por sua vez, então, um “arrancar-se a esta destemporalização empiricista, produzir um **tempo realmente humano**”, que “significa, ao contrário, *assumir a incerteza da mudança e a finitude de uma condição mortal*.”⁶¹²

Essa figura de destemporalização, para a questão do tempo devido do processo, só demonstra, portanto, o reforço atual de um ideário que remonta ao Iluminismo, e que se encontra ainda firme nas bases de nosso sistema processual como desvelado antes. E se antes ele se revelava na supremacia absoluta da ordenação das demandas, em buscas de certezas sobre-humanas, que jamais caberiam nos limites cognitivos e temporais humanos, agora ela assume uma forma ainda mais insidiosa (sem, no entanto, chegar a abandonar por completo o apego anterior ao gosto pela busca de verdades inquestionáveis, como se verá no tempo oportuno).

Com efeito, se a presentificação do mundo atual é de tal forma extrema, que só se houve, vê e pensa o presente, não há lugar para um levantar-se a cabeça e lançar um olhar mais detido e reflexivo sobre o horizonte finito de nossas vidas – nem para se questionar sobre buscas mais consistentes do justo ou do legítimo (ou seja, o que é “do caso”), em termos de jurisdição. Há só o incessante “falatório”⁶¹³ do dia-a-dia, o interesse imediato e o problema do momento – e a necessidade de resolvê-lo, aqui e agora, não importa a que custo, ainda que posto no cerne de um processo.

Nunca o futuro, jamais o passado. E com isso, não se discute e não se age considerando criticamente a tradição, os institutos postos, objetivando a determinada construção de um porvir que, conscientemente, deva transcender as limitações temporais ordinárias de uma vida que se sabe impermanente.

Deixa-se, enfim, de buscar a edificação de um essencial diálogo entre essas tradições e vivências anteriores com o presente, para fins de engendrar caminhos humanos futuros. Pensa-se apenas no momento, como se ele fosse perpétuo, ilimitado, ou, mais precisamente, não-humano. “Resolvido” o problema do momento, está o objetivo alcançado, para imediatamente ser substituído por um novo problema premente, que reclama a mesma espécie de solução automática – tudo em fragmentos.

⁶¹¹ Cf. OST, *O tempo do direito...*, op.cit., p.26.

⁶¹² Id., *ibid.*

⁶¹³ No sentido Heideggeriano já referido em nota anterior, inclusive, esclarece-se, sem necessário valorar pejorativo nesta assertiva, porquanto representa uma pura e simples constatação da ordinariamente posta condição humana.

Nada melhor, pois, do que a instituição das soluções uniformes, independentes do caso concreto; do que as decisões prontas, do que um determinismo generalizado por categorias suficientemente largas para que não se “perca tempo” examinando os casos individualizados e suas circunstâncias, no que toca ao prestar jurisdição – segundo a ótica jurídica presentificada. Narrada situação “a”, cabível será a solução padrão “a’ ”, sem maiores individualizações, para que haja tempo para o próximo processo de adequação quase automática de (apenas) “dizer o direito”.

Eis aí, pois, a falta de consideração da realidade humana, que não pode prescindir de uma ligação entre passado e futuro para uma sua adequada compreensão, a ausência de percepção quanto ao real horizonte e condição do ser humano, gerando efeitos diretos sobre a questão do tempo do processo.

É claro, a constatação da efemeridade humana também remete à realidade mais flagrante de que os processos não podem durar eternamente, como fins em si mesmos. Nesse ponto, a própria radicalização do sentimento de urgência do mundo cuidou de minar, na superfície, alguns dogmas do liberalismo racionalista postos no processo, que ignoravam mais abertamente ainda esta condição finita do homem – v.g., a integridade absoluta do Processo de Conhecimento como meio de investigar exaustivamente a verdade e, só ao final, se declarar direitos, sem chegar a de qualquer forma efetivá-los no mundo das coisas, já nesse processo cognitivo, muito menos por meio de instrumentos de antecipação da tutela jurisdicional, inexistentes em nosso CPC até a década de 1990.

Contudo, engana-se quem entende que a presentificação teve o mérito de pelo menos fazer enveredar o direito processual por uma via de reconhecimento desta finitude. A verdade é justamente outra, por tudo o que já se viu. Se os processos devem mesmo encontrar formas de celerização, não podendo ignorar uma certa alteração da realidade como já foi dito alhures, não é somente com o ceder agora à absolutização do princípio da celeridade que se haverá de dar resposta ao problema.

Exatamente como já foi exposto, esta é a armadilha da atualidade e da presentificação. Olhar apenas o passo seguinte, e não o horizonte, faz perder a noção de perspectiva. Pensar na realização da meta imediata de julgamento dos feitos, exclusivamente, faz perder a direção. E com ela, a percepção do “para que” se julga e do “como” se deve julgar, para que se chegue a um modo de prestar a jurisdição que realmente se legitime por seu compromisso com a construção e manutenção da democracia, nos termos já expostos antes. O futuro resta, então, sob grave ameaça.

Tudo isso, por sua vez, prepara a compreensão e se interpenetra com a segunda forma de destemporalização e suas consequências negativas. Trata-se da aqui denominada (2) *supervalorização do presente* (“vertigem da entropia”, nos dizeres de OST), que pode ser já compreendida a partir de parte do que se adiantou. Esclarece o referido pensador, a respeito:

No plano cultural, esta vertigem⁶¹⁴ [de entropia] se traduz por uma ‘pane de historicidade’, entendida como a dificuldade crescente de nossas sociedades para se inscreverem numa duração significante,

⁶¹⁴ Ost esclarece, o que chama de “vertigem da entropia”: “A evidência de nossa ‘consciência íntima do tempo’, para falar como Bérqson, sugere um escoamento do antes para o depois, segundo um movimento simultaneamente irreversível e unidirecional. A natureza inteira, a matéria, assim como a vida, parece, de fato, levada em um fluxo incessante, que a Segunda lei da termodinâmica ensina, que a conduz a uma entropia [tendência à desorganização e à desagregação] crescente e, logo, a um final inevitável.” É esta vertigem que, no plano cultural, produz uma ‘pane de historicidade’ (op.cit., p.27).

como se o presente, saturado pelo instantâneo, fosse, desde então, incapaz tanto de anamnese como de projeto. R. Sue está certo ao escrever: 'O presente, sempre fugitivo, constitui-se atualmente como principal representação do tempo, símbolo de uma sociedade que perdeu sua crença na história' [cita-se SUE, R. 'Temps et ordre social'. Paris: PUF, 1994. p.299-300.]. Como se o passado, definitivamente terminado, nada mais tivesse a dizer, e que o futuro, decididamente demasiado incerto, não exigisse ser construído a partir de hoje. Como se o passado não exigisse mais ser reinterpretado à luz das exigências do futuro, nem este futuro enraizado na experiência do passado. Mergulhados nessa brecha do presente, nossas sociedades parecem órfãs da história, privadas de duração, dedicadas unicamente ao frenesi do instante, condenadas a viver o ritmo sôfrego da atualidade⁶¹⁵.

E aqui, de forma mais marcante, o que é posto sob risco é o passado, sempre apto e necessário à alimentação do futuro, a partir de uma postura dialógica e crítica.

No entanto, assevera OST, é possível enfrentar-se essa ameaça de destemporalização específica, já mesmo a partir de uma tomada de posição crítica a seu respeito, o que vale evidentemente também para o campo do direito processual:

E, contudo, o homem é o único ser vivo a poder 'voltar a ampulheta', só ele tem a capacidade de arrancar-se do escoamento irreversível do tempo físico, ligando o que, a cada instante, ameaça desligar-se. Com o homem surge a possibilidade de uma retomada reflexiva do passado e de uma construção antecipativa do futuro – a capacidade de reinterpretar o passado (não fazer com que ele tenha sido, mas imprimir-lhe outro sentido, tirar partido dos seus ensinamentos, por exemplo, ou ainda, assumir uma responsabilidade por seus erros), e a faculdade de orientar-se ao futuro (não fazer com que ele chegue, mas imprimir-lhe um sentido – significação e direção – ao que há de vir).

É nesta característica humana, certamente notável, de reflexão do tempo (e, melhor ainda, de reflexão do passado no futuro e deste naquele) que se depreende a possibilidade de uma construção neguentrópica do tempo social. Não que queiramos negar o caráter irreversível do tempo: o passado está terminado e o futuro indeterminado. Logo, não se trata nem de 'voltar atrás', nem de 'parar o curso do tempo', *trata-se antes, de regenerar o tempo* que passa, conferindo-lhe a espessura de uma duração real, graças à fecundação recíproca de um passado que, se bem que terminado, não esgotou suas promessas, e de um futuro que, se bem que indeterminado, não é totalmente aleatório⁶¹⁶.

E concluiu, afirmando que aqui o que se tem de compreender é a **necessidade de dar um sentido humano ao tempo**, para se superar as limitações geradas por esta ameaça de destemporalização específica:

Apenas a fecundação recíproca, que **P. Ricoeur** e R. Koselleck denominam 'o espaço de experiência' e o 'horizonte de expectativa', **garantem ao tempo uma consistência neguentrópica (um sentido humano)** [citando RICOEUR, p. 'Temps et récit.' Paris: Seuil, 1985. t. III, p.374 et seq.; KOSELLECK, R. 'Le . A 'experiência' remete a um passado sempre atual ou atualizável, uma aquisição sempre mobilizável, um ensinamento sempre coerente; a 'expectativa' pressupõe um futuro já presente, um futuro antecipado, uma projeção já ativa. (...) Um passado ainda 'interessante' e um futuro já 'creditado', *eis o tempo humano 'valorizado', eis a duração portadora de sentido.* (destaquei).⁶¹⁷

Nesse contexto é que surge candente a questão da hermenêutica dos textos – como ligação intertemporal, segundo OST, e como ligação intercultural, adiciono -, nesse passo se revelando esse

⁶¹⁵ Cf. OST, *O tempo do Direito* ..., op.cit., pp.27-8.

⁶¹⁶ Id., ibid., p.28.

⁶¹⁷ Id., ibid., p.29.

debate específico em toda a sua grande importância, no que diz com a busca de uma prestação jurisdicional legítima.

Afinal, não será justamente por meio do exercício cotidiano do jurista, no curso da adequada prática judicante, que se poderá cogitar de reestabelecer adequadamente a imprescindível ligação intertemporal imprescindível à realização efetiva e adequada do Direito? Não será aí que se poderá imaginar ser possível uma aproximação e contato intercultural entre iguais-diferentes que, bem ou mal, devem conviver e se submeter a determinadas leis comuns? E nisso não vai a necessidade de uma firme resposta da comunidade jurídica à tendência de mera celerização processual que impede um regular ou mínimo exercício hermenêutico⁶¹⁸ na grande maioria dos casos, no sentido de se buscar, encontrar ou construir os espaços temporais devidos para que ele seja possível, ao menos numa medida mínima?

As seguintes observações de OST dão bem a medida da relevância e se considerar este ponto com vagar:

A hermenêutica⁶¹⁹ dos textos – exercício cotidiano do jurista – contribui eficazmente para essa ligação intertemporal: será que o juiz não é requisitado para decidir casos de hoje com a ajuda de textos de ontem, sempre tendo em mente o precedente que sua decisão poderia representar para amanhã? Reinterpretando doutrinas antigas à luz das questões da atualidade, ele dá vida a soluções que não tinham esgotado todas as suas promessas; traçando novos caminhos com a ajuda de textos que criam autoridade, *ele restitui à tradição seu verdadeiro alcance:* o poder de transmitir mundos possíveis, que retroativamente podem enriquecer os princípios herdados. *O famoso ‘círculo hermenêutico’ encontra aqui, sua tradução temporal:* a troca semântica entre o mundo do texto e o mundo do intérprete é igualmente a reversibilidade histórica em ação, *o diálogo* entre trechos confusos de respostas formuladas no passado e interrogações expressas no presente [citando-se GADAMER, H.G. ‘Vérité et méthode.’ Traduit par E. Sacré. Paris: Seuil, 1976. p.166 et seq.]. *Podemos, com J.-M. Ferry generalizar a proposta: entre ‘mundos culturais’, separados por séculos* [ou, acrescento eu, separados por distâncias geográficas e culturais atuais, ou mesmo pessoais], *o diálogo hermenêutico, se bem que não programável, é sempre possível. É a característica do ‘tempo histórico’ nutrir-se de tais trocas entre conteúdos de significação, herdados de mundos muitas vezes muito distanciados que se reatam como textos.* [citando-se FERRY, J.-M. ‘Les Puissances de l’expérience.’ Paris: Cerf, 1994. t. I, p.205.].” (destaquei)⁶²⁰.

Enfim, o tempo, “resolutamente dialético”, “não se expressa somente sobre o modo da duração, da transmissão ou da acumulação”, como conclui OST, e como deve se ter em mente quando da análise do problema do tempo devido do processo⁶²¹.

A terceira forma de destemporalização do Direito seria, adiante, (3) *a tendência ao pensamento único* (ou uma tentativa do determinismo, no original). Não se considerar o tempo como um constante e necessário ir-e-vir entre passado e futuro, mediado por um presente dinâmico, mas tão somente a questão da sua duração, de sua incessante continuidade num para-a-frente que só faz se

⁶¹⁸ Cf. refere ERNILDO STEIN, “a hermenêutica é esta incômoda verdade que se assenta entre duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. É por isso que a hermenêutica é, de alguma maneira, a consagração da finitude e esse é um ponto importante.” (*Aproximações sobre hermenêutica...*, op.cit., p.48 – destaquei.).

⁶¹⁹ Sobre os fundamentos mais remotos do modo hermenêutico, num sentido compatível com o que se pretende aqui sustentar, cf. §§ 31 a 33 da obra clássica de M. Heidegger, *Ser e Tempo*.

⁶²⁰ OST, *O tempo do Direito* ..., op.cit., p.30.

⁶²¹ Id., ibid.

sucedem em múltiplos “agoras”, pode gerar uma perigosa tendência a pensamentos deterministas e homogeneizantes, com os reflexos já de alguma forma antecipados para o direito processual.

É o que observa OST a respeito desta figura específica e de suas ameaças, ao tempo em que já indica o modo de se ligar com esta problemática em particular:

A valorização necessária da duração poderia induzir a uma visão homogênea e lisa do tempo⁶²² que, no limite, se cristalizará rapidamente em uma massa cada vez mais inerte, consagrada à repetição do mesmo. Ora, não podemos ignorar que se faz valer também uma concepção completamente diferente do tempo, infinitamente mais lábil e inventiva: o tempo das hesitações e das rupturas, das suspensões e dos intervalos – o ‘*kairós*’ dos gregos, o instante propício que transtorna a continuidade cronológica. (destaquei)⁶²³.

Contudo, o que é fundamental verificar nesse ponto é que, na contemporaneidade, há um tal *excesso de mudanças não refletidas*, incitado pela “imposição da urgência como temporalidade” e pela imediatidade e superficialização das relações sociais hiperdinâmicas (“o império do efêmero”); que, por mais paradoxal que possa parecer, essa consagração do tempo à “repetição do mesmo”, que gera o “determinismo”, *ocorre justamente a partir da lógica dominante da “mudança radicalizada”*.

⁶²² Para uma aproximação da discussão sobre noções possíveis de tempo sob a ótica ora em consideração, bem como elucidação da posição de OST a respeito do tema, confira-se a seguinte passagem: “Sabe-se que [1] **Bergson** e [2] **Bachelard** se enfrentaram na encruzilhada destes dois tempos: [1] um relacionava-se com o *tempo horizontal da duração*, [2] o outro, *defendia o eixo vertical do instante criador* [citando-se BERGSON, H. ‘Durée et simultanéité. Paris: PUF, 1992; BACHELARD, G. ‘L’Intuition de l’instant.’ Paris: Stock: Livre de poche, 1992.].

Mas este combate é inútil [ainda segundo OST], *pois o tempo é uma coisa e outra*: [1] *uma duração, crivada de descontinuidades múltiplas, sempre a ser reinventado* [citando-se....]; [2] *instantes carregados de peso e de sentidos – ‘tempos fortes’, logo, destes ‘momentos históricos’ que iniciam novas perspectivas. No cruzamento dos dois eixos, é uma diagonal que se inscreve, pelo menos cada vez que somos capazes de iniciativa e história – de pausa também, desses instantes suspensos que se mostram propícios à reflexão e às reorientações.* Entre acaso e determinismo, depreende-se esta terceira via do tempo histórico instituinte, toda vez que os homens – povos ou indivíduos – provam-se aptos para traçar percursos inéditos. *Esta terceira via, justa medida entre acaso e necessidade, Aristóteles denominava o ‘kairós’; ele via nisto a expressão do bem em matéria de tempo.* [citando-se Cf. COULOUBARITSIS, L. ‘Le temps hénologique’. In: ‘Les Figures du temps. Sous la direction de L. Couloubaritsis et J.-J. Wunenburger. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 1997. p.96-98.].” (OST, *O tempo do Direito* ..., op.cit., pp.35) Em sentido similar prossegue OST citando, em apoio da passagem, NIETZSCHE, F. ‘Considérations inactuelles.’ Traduit par P. Rusch. Paris: Gallimard, 1990. p.109, 136 e 167.

Conferir, ainda, BACHELARD, em seu *A intuição do instante* (Trad. Antônio de Pádua Danesi. Campinas, SP: Verus Editora, 2007), quando refere a seguinte na passagem a seguir transcrita para delinear e dar norte a uma abordagem expressa do problema referido (p.20 e seguintes): “Eis o plano que vamos cumprir nas páginas que seguem.

Lembraremos a essência da teoria da duração e desenvolveremos mais o mais claramente possível os dois termos de oposição:

1) *A filosofia de Bergson* [Henri Bergson, 1859-1941] *é uma filosofia da duração;*

2) *A filosofia de Roupnel* [Gaston Roupnel, 1872-1946, historiador francês] *é uma filosofia do instante.*

Em seguida, buscaremos indicar os esforços de conciliação que tentamos operar pessoalmente, mas não daremos nossa adesão à doutrina intermediária que nos reteve por um momento. Se a delinear, é porque ela acode muito naturalmente, segundo parece, ao espírito de um leitor eclético e porque pode retardar sua decisão.

Enfim, após uma exposição de nossos próprios debates, veremos que, *a nosso ver, a posição mais clara, mais prudente, aquela que corresponde à consciência mais direta do tempo, é ainda a teoria roupneliana.*” (destaquei).

Sobre Bachelard, conferir especialmente, CESAR, Constança Marcondes. *A hermenêutica francesa: Bachelard*. Campinas/SP: Alínea, 1996. pp.81-83, em especial, onde se trata longamente da questão do tempo e da crítica à duração bergsoniana, sob a perspectiva de Bachelard (sob o impacto filosófico da teoria da relatividade de Einstein) e de vários outros filósofos que tiveram sua atenção atraída sobre o tema.

Por fim, atentar ao exposto por C. CASTORIADIS a respeito do tema na obra *A instituição imaginária da sociedade*. (Trad. de Guy Reynaud. 6ªed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.), particularmente no capítulo IV (O social-histórico), especialmente itens “A instituição filosófica do tempo”, “Tempo e criação”, “A instituição social do tempo” e “Tempo identitário e tempo imaginário” (pp.222-246), que parece a dar embasamento ao que OST escreve em sua obra aqui referida.

⁶²³ OST, *O tempo do Direito*..., op.cit., pp.30-1.

Ou seja, o que se cristaliza e se repete, induzindo um perigoso determinismo e uma visão homogênea das coisas e das relações, é justamente *a ordinarização da mudança de tudo à velocidade da luz*; e é, mais ainda, *o culto a essa mudança intempestiva e sem reflexão*, como se fosse ela, em nossas sociedades atuais, *um objetivo a ser perseguido em si mesmo*. Diz OST:

Paradoxalmente, *o determinismo assume atualmente a forma da mudança radicalizada: uma mudança valorizada por si mesma*, que acarreta uma prodigiosa aceleração dos ritmos temporais e se traduz pela imposição da urgência como temporalidade ordinária. Trata-se, sem dúvida, de um paradoxo, sustentar que o determinismo que anula qualquer capacidade de iniciativa verdadeira e esteriliza a concepção de iniciativas reais, assume a forma da mudança, ao passo que, precisamente, esta mudança é apresentada como libertação das tutelas do passado e das coerções do futuro.⁶²⁴

Mas é precisamente a partir dessa constatação, do vazio (e do determinismo) gerado pela cristalização deste modo de proceder atual, pela imposição da mudança radicalizada como um objetivo em si mesmo e como regra quotidiana, que se atinge a compreensão de que não há paradoxo: proceder de forma célere, irrefletida, ao sabor da imposição do culto midiático e mercadológico ao imediato, enfim, “mudar” pela pulsão de mudar dos tempos atuais, não é mais do que sempre fazer “mais do mesmo” – cristalizando um padrão de conduta determinado e avesso a qualquer iniciativa tendente a um resgate de temperança. Nesse sentido, o esclarecimento de OST:

O paradoxo se dissipa, entretanto, se percebermos o fato de que nada parece operar esta mudança, nada condiciona a realização de objetivos sociais desejáveis, de modo que *mudar surge daí para frente como um objetivo em si, a coerção das coerções, à qual ninguém poderia se opor sem que fosse deixado por conta própria*. Como se os mecanismos cegos da auto-regulação do mercado, na falta de programa político de transformação social, fossem os únicos a representar projetos de futuro. Em todos os lugares só se trata de ‘administração do futuro’ e de ‘gestão da mudança’, mas desde que a questão seja mudar por mudar, pode-se perguntar se os estados-maiores políticos e econômicos não são prisioneiros de sua própria dinâmica de transformação descontrolada⁶²⁵

E aqui, isso poderia ser fartamente representado por algumas posturas, radicalizadas pela atualidade, no Judiciário nacional, parcialmente tangenciadas antes, no que toca especificamente ao tema do tempo devido do processo.

Nesse sentido, rememore-se o que foi dito no item anterior, acerca da utilização distorcida de precedentes, por todos os operadores do direito, bem como acerca da própria formação da jurisprudência na contemporaneidade e da aparente inadequação do modo de se instrumentalizar certas uniformizações de entendimento, que têm no excesso e no aqodamento as suas marcas mais visíveis – e que, assim, acabam por deixar de realizar o necessário papel do assentamento de posições criticamente interpretadas pelo Judiciário, no tempo devido, mas, antes sim, findam por consolidar ementários que não consideram os casos concretos formadores dos precedentes, gerando não mais do que algo como meras “abstrações normativas de segunda ordem”.

Pense-se, ainda, na questão da crítica apontada em relação ao modo de se conceber as relações entre administração e prestação jurisdicional nos juizados especiais federais, em muitas situações, que, por vezes, revelam não mais do que um assentimento acrítico com a presentificação e

⁶²⁴ OST, *O tempo do Direito...*, op.cit., p.33.

⁶²⁵ Id., *ibid.*, p. 33 (destaquei).

destemporalização do Direito; na velocidade de procedimentos de virtualização de feitos, eventualmente sem o devido vagar, crítica e estruturação material necessária, a bem de se perseguir apenas a utopia do fazer mais em menos tempo, como se essa busca pudesse ter um fim; o mesmo valendo para a questão da criação pura e simples de metas de julgamento por períodos, no mais das vezes instituídas ou interpretadas dentro de um espírito equivocado, de eliminação estatística de casos a qualquer custo, que só revela, de novo, compromissos, ainda que inconscientes, com a presentificação e com estas formas de destemporalização do direito.

Tudo isso para alcançar o inalcançável, com superficialização e perigoso desprendimento da viabilidade de decisões qualificadas por dialética suficiente, por manutenção do foco na temperança (o tempo necessário de maturação dos casos) e, pois, por fim, por uma verdadeira busca do justo do caso concreto.

E veja-se, tudo quando talvez, em casos como os dos excessos da autarquia previdenciária nos JEF, só o reencaminhamento das questões administrativas a quem de direito (Executivo), o refluxo a ele das causas que lhes dissessem respeito, já pudesse contribuir sobremaneira para melhor encaminhar a situação, abrindo valiosos “espaços de tempo” na agenda judicial (aptos a gerar, para outras demandas, o preciso tempo necessário ao direito, ou seja, a possibilidade de uma certa “lentidão”, de uma certa “demora”, que é necessária para maturar e solver adequadamente cada caso com vistas a uma pacificação social qualificada - ou melhor dizendo, a possibilidade de se gerar um espaço de tempo adequado e necessário à solução de cada caso concreto, segundo suas necessidades, inclusive, de forma mais particular e atenta às suas especificidades).

Por fim, como última das figuras de destemporalização aparece (4) *a questão da discronia entre os diferentes tempos da ação social*, ou melhor, um tema que envolve as deficiências de solidariedade e as tensões entre os “diferentes tempos” da ação social (“o risco da discronia”⁶²⁶, nos termos originais). Sobre o tópico, refere OST:

Ora, é forçoso constatar, a esse respeito, *as crescentes tensões que se estabelecem entre os diferentes tempos sociais*: tempo do trabalho e tempo do não-trabalho⁶²⁷ (primeiro torna-nos ‘indisponíveis para o mundo’, o segundo, ‘excluídos do mundo’), o tempo familiar e o tempo profissional (e, porque a família está em crise, há tensão entre tempo conjugal reversível e tempo parental irreversível), tempo de inovação e tempo da tradição, tempo dos ganhadores e tempo dos excluídos, tempo da comunicação e tempo da reflexão...enquanto determinadas esferas se embalam e seus ritmos se acelera loucamente, outras, ao contrário parecem diminuir seu ritmo e mesmo parar: que sociedade poderia conformar-se duradouramente com tais extorsões? Bastando comparar, a este respeito, o tempo estagnante de milhões de seres humanos vivendo abaixo do limite da pobreza com o tempo das trocas comerciais entre os países industrializados e, sobretudo, o tempo das trocas financeiras operado em ‘tempo real’ na

⁶²⁶ Aqui OST esclarece preliminarmente: “Até aqui [estudo inicial das três primeiras categorias de destemporalização], concentramos nossa atenção na *sucessividade do tempo* (móvel ou não, reversível ou irreversível, contínuo ou descontínuo) – um tempo que, por um cuidado de simplicidade, *consideramos como único*. Mas o tempo é plural, evidentemente, e seu domínio é tanto o da *simultaneidade* (tudo o que se passa ‘ao mesmo tempo’) quanto o da *sucessividade*. O tempo, em nós e ao nosso redor, é questão de ritmos específicos, de durações particulares, de ciclos singulares, de velocidades diferenciadas. Inúmeras escalas temporais se superpõem, e não têm necessariamente os mesmos princípios de encadeamento (...). Esta consideração não deixa de colocar sérios problemas ético-políticos, e, assim, igualmente jurídicos. O que é mais normal do que o fato de uma sociedade avançar em velocidades diversas? Ainda é preciso dispor de um mecanismo regulador suscetível de garantir a ‘embreagem’ dessas forças diversas, que vão cada uma por seu caminho: sem uma tal articulação (dizemos articulação e não unificação), é a paralisia ou o deslocamento que ameaçam.”(Op.cit., pp.34-5 - destaquei).

⁶²⁷ E aqui cada vez mais a tensão é maior, senão conferir a interessantíssima obra de VALQUIRIA PADILHA, *Tempo livre e capitalismo: um par imperfeito* (Campinas, SP: Editora Alínea, 2000.).

especulação das praças das bolsas de valores interconectadas, em operação vinte e quatro horas por dia.⁶²⁸

E prossegue, acrescentando:

É um fato: o tempo contemporâneo é cada vez mais fragmentado, o que não deixa de comprometer a função tradicional de integrador social: fora os grandes encontros esportivos – ao passo que o trabalho, cada vez menos bem dividido e cada vez mais flexível, quase não integra mais -, onde estão os grandes momentos de comunhão coletiva? [citando-se SUE, R. ‘Temps et ordre social.’ Paris: PUF, 1994. p.297.] Nos países ditos de ‘periferia’, qual a articulação entre o tempo habitual da tradição e o tempo importado das trocas internacionais? E nos países desenvolvidos, que domínio sobre o tempo comum têm os excluídos de todo o tipo, aqueles mesmos dos quais Minkowski dizia que se desmembravam? E para os que trabalham, qual concordância entre o tempo mercadoria, minutado e pago, das coerções profissionais (mesmo e talvez, sobretudo, que elas sejam ‘flexíveis’) e o tempo-qualidade de vida? Qual a relação entre o atravancamento de um e freqüentemente o vazio de outro? (‘tempo livre’ que na maioria das vezes se contenta em reproduzir as coerções do primeiro)?⁶²⁹

Ou seja, o descompasso entre os tempos sociais múltiplos, que deveria ser de alguma forma articulado conjuntamente, cada vez mais aumenta, esgarçando o tecido social e causando rupturas.

Logo, como já se intui do exposto, não é outra coisa que está a ocorrer também com o Direito Processual. O tempo do processo, bem como o tempo do Direito, muito diferentes do tempo de urgências da sociedade contemporânea em transição, encontra-se em radical e crescente discronia com este último.

Mas novamente se põe aí o já adiantado alhures: a resposta a tal problema não é uma pura e simples aceleração do tempo instituinte do direito e do tempo devido do processo. Ainda que algumas medidas sejam necessárias ao ajustamento dos excessos temporais não mais justificáveis do processo, para diminuir este descompasso, não será a radicalização destas medidas que resolverá, por si só, este problema. Até porque, como também já adiantado, há um limite não excedível nestas operações de supressão temporal, no que diz com a realização do direito no tempo e da prestação jurisdicional legítima, por meio do processo em seu tempo devido.

Nessa quadra é que OST⁶³⁰, além de corroborar o exposto por outras observações, faz referências a uma forma de retemporalização, como antídoto para tal espécie de ameaça específica:

Neste contexto, que forma poderia assumir uma tentativa de retemporalização? *Tratar-se-ia de [1] lembrar inicialmente uma prerrogativa geralmente negligenciada: o direito ao tempo – ou seja, o direito ao ‘seu’ tempo, o direito a ‘seu’ ritmo.* Cada um, grupo ou indivíduo, deve poder avançar de acordo com seu passo (ou não avançar); melhor dizendo, cada um deve poder construir sua história, *descobrir sua ‘diagonal’ inédita entre duração e momento*, e tomar neste caminho as ‘iniciativas’ que lhe pareçam se impor. Cada um deve poder reconstruir um futuro, de acordo com suas expectativas.

Mas isso constitui apenas um preâmbulo, pois *o laço social exige igualmente mecanismos suscetíveis a garantir o mínimo de concordância dos tempos de uns e outros.* Seria fazer o jogo das forças centrífugas e desinstitucionalizantes do mercado, insistir exclusivamente na livre escolha dos ritmos temporais. [2] *Ligar tempos sociais ameaçados de implosão, resistir à tendência natural, à*

⁶²⁸ OST, *O tempo do Direito...*, op.cit., pp. 34-5 (destaquei).

⁶²⁹ OST, *O tempo do Direito...*, op.cit., pp.35-6.

⁶³⁰ Id., *ibid.*, pp.36-7.

fragmentação dos ritmos coletivos, tal é certamente a responsabilidade política do momento. Em sua obra ‘Le Maître des horloges’, Ph Delmas lembra que *o Estado*, ao contrário do mercado, *tem o privilégio do longo prazo e que, provedor de duração e de solidariedade, ele ‘pode impedir que se rasgue o tecido social no decorrer das mutações que o esquartejam’* [citando-se DELAMS, P. ‘Le Maître des horloges’. Paris: Odile Jacob, 1991.].

Face ao imperativo da rentabilidade imediata, *apenas os poderes públicos, aguilhoados pelos movimentos cidadãos, podem garantir a renovação dos serviços públicos, cuja característica é satisfazer necessidades sociais a longo prazo*; serviços a respeito dos quais os recursos de uns e de outros são partidos de modo desigual. *Somente o Estado solidário dedica-se a equalização das chances do longo prazo por políticas perfeitamente denominadas de ‘desenvolvimento’* (em matéria de educação e saúde, por exemplo) *suscetíveis no final a operar uma certa redistribuição do capital-termo de cada um* (pensemos, por exemplo, na repartição, sempre muito desigual, da esperança de vida e do tempo dedicado à formação). Em certos casos a atribuição de ‘discriminações positivas’ a determinados grupos desfavorecidos (os negros americanos, no que se refere ao acesso aos estudos superiores, por exemplo), permite ‘comer bocado duplo’ e recuperar, num prazo encurtado, o tempo perdido no passado⁶³¹.’ (destaquei).

Quer dizer: aqui não se trata nem apenas de encontrar novos espaços de tempo; trata-se mesmo de resistir a excessos. Em alguma importante medida, é também papel do Estado, e particularmente do Estado-juiz, repelir os reclamos por imediatismo absoluto das decisões. E em assim fazendo, sustentar, inclusive, educativamente, que compreender a necessidade de se reconhecer algum tempo como sendo legitimamente devido para o processo e para o direito faz parte de acolher verdadeiramente o processo civilizatório que permite um viver gregário orientado à paz e à busca da justiça, ainda que no seio naturalmente conflituoso das democracias.

Assim, quando o próprio Judiciário não se dá conta desse seu importante mister, de índole eminentemente política, no tangente a esta real ameaça de destemporalização específica, presta um desserviço à democracia. Quando simplesmente cede, acrítico e conformado, aos reclamos por urgência máxima no aplicar o direito, em todo e qualquer caso, generalizando medidas impositivas de celerização desmedida do processo, mais do que se afastar da busca por uma prestação jurisdicional legítima aproxima-se justamente do que quer evitar: de uma demonstração pública de sua potencial inutilidade contemporânea e de sua incapacidade de enfrentar e lidar com um mundo de presentificação e urgência – além de atestar flagrante irresponsabilidade política.

Enfim, postas as ameaças de destemporalização de forma tão específica, só resta considerá-las, agora, em conjunto, de forma mais ampla, para se tentar compreender o que OST refere como uma espécie de antídoto mais geral de que se dispõe para tais patologias sociais, consistente na busca por uma *retemporalização*, em certo adiantamento do que melhor será dito no item seguinte deste escrito.

⁶³¹ Aqui OST prossegue com outros exemplos, ilustrando as políticas que deveriam ou poderiam ser conduzidas para resistir aos riscos da “discronia”: menciona o “domínio do trabalho”, para dizer que neste caso, como o trabalho segue sendo “o principal vetor da integração e da dignidade”, deveria se pensar numa “alocação do tempo de integração social mais justa”; refere que, no “domínio da proteção do meio ambiente”, “o novo princípio da precaução” (“originado na conferência do Rio e inscrito no artigo 174 do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia”), tenta desempenhar uma função de “descontaminação”, impondo moratórias ou “medidas redobradas de prudência” aos projetos que parecem exageradamente arriscados ao ambiente, para buscar uma sincronização entre os ritmos diversos do homem e da natureza, das gerações presentes e das gerações futuras. Tudo, nesse último caso, porque nesse domínio específico claramente encontra-se também presente uma “destemporalização”, quando se considera que hoje já sabemos muito bem que nossos modos de consumo, de produção, de transporte e de ocupar o espaço “agravam as tensões entre o curto prazo dos ritmos industriais e o longo prazo da incubação natural, multiplicando, assim, as ‘bombas de efeito retardado’, cujo efeito é transferido para gerações futuras.” (Op.cit., p.38-9).

Cuida-se, segundo o filósofo, da necessidade de se buscar articular a estabilidade e a mudança, numa “profunda dialética das temporalidades sociais instituídas”, citando CASTORIADIS. E isso passaria, também, por uma reinterpretação voluntária do tempo para se lhe dar um sentido humano:

Estas quatro temporalidades, é preciso sublinhá-lo igualmente, se demarcam claramente com o simples tempo natural que se escoia. Trata-se bem nos quatro casos, de uma *reinterpretação voluntária do tempo que lhe imprime um sentido humano*, em função dos valores visados e que se traduzem, em cada uma das hipóteses encaradas, por performativos jurídicos específicos, estando entendido que, diferentemente do constatativo que se contenta com registrar o que é, o performativo faz existir o que ele enuncia. Há um esforço de memória que opõe resistência à obra do tempo e que, pela comemoração e pela rememoração, apóia-se na tendência natural ao esquecimento. Há esforço de perdão face à reação ‘natural’ e quase mecânica da violência em reflexo: trabalho deliberado de separação dos mil entaves da vingança acumulada do ressentimento e do rancor. Há igualmente um esforço da promessa respeitado: diante da atração da mudança, diante das seduções do interesse, do esquecimento ainda, e da fadiga, todos esses deslizamentos tão naturais, a palavra ‘se mantém’ e a aliança é reforçada. Enfim, necessita-se de mais um esforço, coragem sem dúvida, para aceitar a prova da retomada da discussão assim que nos retenham os laços do hábito e o medo do desconhecido. Em cada caso, *o direito institui um tempo próprio pela força de seus performativos*: contra a naturalidade do esquecimento, ele instaura a **tradição**, face ao irrecusável da falta e do inextinguível da dívida, ele arrisca o **perdão**, que marca a vitória da liberdade; confrontado com a incerteza do amanhã, ele institui a **aliança, a promessa e a lei** que são o mapa de um país, entretanto ainda inexplorado; e contra a força de sua própria letra, ele sabe ainda inventar os **processos da retomada da discussão** para reencontrar o traço do espírito que aí se perdera.

Ligando aquilo que ele arrisca se separar, desligando o que se tornou inextricável, *o tempo jurídico sabe então operar ‘em contratempo’*; quer dizer: ao encontro do tempo natural, homogêneo, linear, irresistivelmente arrastado na tendência entrópica.⁶³² (Destaquei).

Por fim, para bem encerrar este item, faz-se necessária ainda uma palavra mais específica sobre os efeitos negativos da ordinarização da urgência, considerada como um valor em si mesma, que permeiam os reclamos generalizados por celerização da prestação jurisdicional extremada.

Especificamente sobre este tópico, Ost refere que “vários efeitos essenciais se destacam desta oscilação do tempo na urgência do presente”⁶³³, passando a enumerá-los.

Primeiro, corroborando o já exposto, tem-se que este estado de urgência permanente em que se vive, acarretaria uma desvalorização, tanto do passado, quanto do futuro

Inicialmente, uma forma de *desvalorização, tanto do passado* (decididamente bem acabado), *quanto do futuro* (demasiado incerto e distante para ser coerente): para que serve, de fato, dedicar-se à prevenção elaborar planos, fazer previsão, já que há urgência em decidir, de imediato, se o horizonte temporal a levar em consideração se recompõe a cada instante?⁶³⁴

Depois, outro efeito deletério da urgência ordinarizada, seria o da geração de uma cultura de impaciência na sociedade, que desqualificaria o sentido dos horizontes de expectativa, transmutando-o de uma necessidade humana, para uma fonte permanente de frustração (e de insatisfação, no caso do processo, com o Judiciário, que sobre isso não alerta e nada põe às claras) pela impossibilidade de sua superação, por mais que se faça em sentido contrário.

⁶³² OST, *O tempo do Direito...*, op.cit., pp.42-3.

⁶³³ Id., *ibid.*, p.334.

⁶³⁴ Id., *ibid.*, p.334.

Um segundo efeito da generalização do Estado de urgência é a **desqualificação que ele acarreta da expectativa, da duração e das transições**. Ao prometer o ‘*imediato, imediatamente*’, a urgência nutre uma **cultura da impaciência que transforma qualquer prazo em prorrogação insuportável e qualquer transição num bloqueio institucional, criticável**. O sentido da expectativa sai disso profundamente alterado, longe de ser, como o ‘horizonte da expectativa’ de que falavam Koselleck e Ricoeur, um tempo de preparação e uma fonte de esperança, ela é doravante, entendida como fonte de retardamento e de frustração. *É a idéia de percurso que não é mais integrada: o caminho que se faz e o tempo que se leva para atingir um objetivo determinado, a maturação das coisas e das idéias que resulta nas realizações bem sucedidas.*⁶³⁵ (destaquei).

Por fim, ainda mais um efeito deletério da banalização da urgência seria a característica pouco desejável de que o provisório acabe se tornando permanente, sem reanálise, sem oportuna consideração mais aprofundada da problemática após soluções iniciais necessariamente superficiais, tornando-se as urgências fontes de sua perpetuação em si mesmas.

Uma terceira característica do reino da urgência é que, longe de resolver imediata e definitivamente uma situação problemática, ela *parece engajar-se no caminho de um provisório permanente, como se nutrido de alguma forma de si mesma, cada uma de suas intervenções determinando a seguinte*. Sem tomar os problemas pela raiz e aplicar-lhes um tratamento em profundidade, sem uma real perspectiva das questões e da vontade (ou da capacidade) política de resolvê-los duradouramente, *as intervenções de urgência parecem sempre chegar demasiado cedo e demasiado tarde*: demasiado cedo, porque o tratamento aplicado continua sempre superficial, demasiado tarde porque, sem uma inversão da lógica, o mal não deixou de se disseminar.⁶³⁶

Isto é, para o caso do processo, o malefício é que se definitivizem soluções precárias sem preocupação em se consolidar, na medida adequada e possível, uma posição sobre o caso concreto, mais consistente e derivada do exame completo de contraditório e de provas. E isso se tendo em vista que as decisões judiciais não extinguem seus efeitos tão somente na solução do litígio individualizado numa causa; normalmente, de maior ou menor maneira, elas devem, por princípio, se prestar a contribuir para a formação crítica de uma rede decisional, de um mosaico de precedentes, de onde se possa e deva extrair determinados nortes ou vetores para assentamento da posição do Judiciário⁶³⁷ sobre determinado tema, após o tempo de sedimentação devido.

Quer dizer, na medida em que as decisões percam em qualidade e substância, dadas sempre e só pelo exame casuístico e dialético mínimo das disputas individualizadas, não se pode esperar a formação consequente de uma rede de precedentes, nem de uniformizações respectivas, que tenham qualidade distinta.

De resto, como conclui o próprio OST, quanto ao ponto, a realidade é que a urgência exacerbada tem o efeito de gerar maior sensação de urgência, gerando um interminável ciclo onde se perde a possibilidade de distinguir o realmente premente do não-urgente (daí a necessidade das sobre-qualificações tão comuns hodiernamente, de casos de “urgência-urgentíssima”), e se extravia o senso de aquisição de situações reconduzias ao ordinário do não-premente: “Assim, e não sem *paradoxo, é, portanto, da natureza da urgência gerar uma temporalidade de algum modo indeterminável,*

⁶³⁵ OST, *O tempo do Direito...*, op.cit., pp.334-5.

⁶³⁶ Id., *ibid.*, p.335 (destaquei).

⁶³⁷ Ou melhor, da sociedade, como resultado dos esforços das próprias partes intervenientes enquanto cidadãos-demandantes.

incessantemente recomeçada, de onde parecem ausentes as noções de aquisição e de irrevogabilidade.”⁶³⁸

Por fim, um quarto efeito desta entronização do urgente, seria justamente, sob certo aspecto, um conseqüente do abandono da busca por real legitimidade, no campo do processo.

A já mencionada busca de legitimação por meio de uma justificação puramente pragmática da atividade jurisdicional, centrada na estratégia do acelerar exclusivo das decisões, violando o tempo devido do processo e do direito, está de certa forma representada aqui, quando OST menciona o urgente acolhido para fins de gerar uma “legitimação de substituição”, para sociedades que acabam treinadas em acolher resignadamente este prêmio de consolação.

Finalmente, pode ser permitido ver na *urgência a forma caricatural ou a deriva da revisão*, que já dissemos, caracterizavam o exercício contemporâneo da racionalidade. Uma vez que não parecemos mais aptos a formular projetos, a traçar perspectivas ou rearticular promessas, resta-nos ajustar, quotidianamente, as opções resultantes de nossos compromissos também frágeis e instáveis. (...). *Na falta de poder tornar críveis as expectativas detentoras de sentido, a urgência deixa, então, uma legitimação de substituição com a qual nossas sociedades processuais são coagidas a se conformar.*”
⁶³⁹

2. O resgate da ideia de tempo devido do processo (um *Kairós* para a atualidade): tentativas de recuperação da legitimidade da prestação jurisdicional a partir da busca pela temperança, justiça e re-humanização do tempo.

Assim postas todas estas limitações do passado e ameaças para o futuro, conseqüentes ao processo de presentificação e de entronização do urgente, com perda do sentido humano do tempo e com uma flagrante destemporalização do direito e do processo, o que restaria fazer? Qual seria o antídoto, pois, para uma tal insidiosa forma de incitação e sedimentação ao pensamento único, ao modo de ver a sociedade que é determinista e contrário às necessidades da instituição progressiva e da construção do fortalecimento da própria democracia? Se não nos basta a aceleração, como passar a encarar a questão do tempo do direito e do processo?

⁶³⁸ E prossegue, OST, exemplificando com brilhantismo: “Pode-se tomar como exemplo a maneira pela qual as mídias tratam as questões judiciais às quais decidem atribuir importância. Por oposição aos processos judiciais oficiais, que são simultaneamente lentos (na medida da minúcia da investigação) e irreversíveis (chega-se sempre ao momento em que o julgamento se investe da autoridade da coisa julgada, ou uma decisão irrevogável é tomada e uma página é virada), **os processos da mídia são selvagens e imediatos** (é preciso saber tudo, imediatamente, qualquer protelação, qualquer mistério, qualquer prazo é confissão de fraqueza ou duplicidade), e ao mesmo tempo sempre suscetíveis a reconhecer novos desafios, como se não conhecessem virtualmente nem começo nem fim. Logo, **é grande o risco de se meter no inferno Kafkiano do processo simultaneamente expedito e perpétuo**; Garapon vê nesta impossibilidade de conduzir um processo a seu fim, indo simultaneamente bastante rápido e bastante lentamente, um sinal da ‘dificuldade tipicamente contemporânea de tornar o tempo irrevogável’ [citando-se GARAPON, A. ‘Le Gardien des promesses. Justice et démocratie.’ Paris: Odile Jacob, 1996. p.81.].” (*O tempo do Direito...*, op.cit., p.336- destaquei).

⁶³⁹ Id., *ibid.*, pp.336-7 (destaquei).

Na visão de OST uma resposta mais geral teria de partir da necessidade de se passar a valorizar e a reconhecer a diferenciada natureza do tempo do direito (e, pois, do processo) no seio do tempo social

Admitir o ‘Kairós’, o instante criador, no seio do tempo social, é reconhecer que o tempo de uma sociedade aberta não é regular e uniforme; é admitir que ele seja percorrido por hesitações, cruzado por incertezas, transtornado por acontecimentos imprevisos – e isso principalmente porque ele reconhece o conflito que não procura ocultar. A democracia, sabe-se bem desde Claude Lefort, é o regime marcado pela indeterminação de suas certezas e que, desde então, faz de suas divisões uma força – o ‘élan’ necessário para a pesquisa deliberativa e ininterrupta do bem comum [citando-se LEFORT, C. ‘Essais sur le politique.’ Paris: Payot, 1986. p. 21 et seq.]. (OST, 2005, p. 32 – destaques apostos).

E prossegue o filósofo e jurista francês

É essencial, portanto, a esse respeito, não impor à vida social (‘praxis’) o ritmo programado que convém à fabricação das coisas (‘poiesis’): uma vez que a primeira deriva de uma temporalidade aberta que se ajusta à lógica plural e interativa da razão prática, a segunda procede da razão técnica e de seu tempo homogêneo e contínuo. *Se insistimos nesse ponto, é porque substituir o ‘agir’ (político) pelo ‘fazer’ (técnico)⁶⁴⁰, assimilar a história dos homens a um artefato, é reduzir a nada o espaço do ‘kairós’: é o desejo secreto de todos os pensamentos antidemocráticos [citando-se ARENDT, H. ‘Condition de l’homme moderne’. Traduit par G. Fradier. Paris: Calmman-Lévy, 1988. p. 282-285.]. (OST, 2005, p. 32 – destaques apostos).*

E mais especificamente ainda, no contexto desta “hiperdestemporalização” promovida pela impositiva proposta de uma via de saída única por meio da celeridade superficializante, do imediatismo e da urgência, a verdadeira alternativa sucetível de “desligar as coerções deste determinismo” estaria, segundo OST, até mesmo, talvez, numa certa “aptidão para a lentidão”, num quase paradoxal reivindicar atual de “um direito à lentidão”, como única forma de garantir uma “praxis” social comprometida com a essência da democracia – que reconhece o conflito e é marcada pela indeterminação, jogando adequada e não-arbitrariamente com tais elementos no seio das instituições e da própria sociedade.

⁶⁴⁰ Sobre a “diferença de relação conceitual entre o fim e os meios do saber ético, de um lado, e do saber técnico, de outro” (e mesmo uma oposição do saber ético ao saber puramente técnico), verificar a 4ª Conferência de GADAMER em Louvain, 1957, intitulada “O problema hermenêutico e a ética de Aristóteles”, constante da obra *O problema da consciência histórica*, op.cit., pp.47-56, mais particularmente às pp.54-55. Cf., ainda, GADAMER, *Verdade e Método*, I...op.cit., pp.465 e ss., no item “A atualidade hermenêutica de Aristóteles”, onde se procura estabelecer relações e diferenciações entre o saber ético e o saber técnico. Atentar, ainda para, a distinção entre ‘praxis’ e ‘techne’, que começa a ser feita por Gadamer já ao início de *Verdade e Método*, quando está a tratar da tradição humanística e da capacidade de juízo, em GRONDIN, J. *Introducción a Gadamer*, op.cit., p.52, e irá reaparecer mais tarde, no trato das questões referidas antes. Diz Grondin sobre aquele ponto: “Ya al principio de ‘Verdad y método’, Gadamer asociará esa clase de ‘conocimiento’ o esse sentido con la idea aristotélica de un saber práctico (WM, 29 [VM1,53]). En realidad, hay elementos esenciales que son comunes al sentido universal de la capacidad de juicio y al saber ético. Esta sabiduría no puede enseñarse ni aprenderse como el saber matemático. Como enseña la ulterior **distinción aristotélica** (frecuentemente olvidada en la ética contemporánea) **entre la ‘praxis’ y la ‘techne’**, no se trata en este caso de la adquisición de reglas o normas, sino de **cultivar una sabiduría de la vida, más aún, una forma de ser**. Además, este saber no consta tampoco de un determinado contenido, sino que *consiste en la capacidad para aplicar esa sabiduría a determinadas situaciones*. No obstante, se trata de una determinada clase de ‘conocimiento’, mejor dito: de un sentido; o mejor todavía: de un sentido universal (‘sensus communis’), porque nos permite trascender la particularidad.” (destaquei).

Refere OST, a respeito, na contra-mão dos movimentos por celeridade absolutizada, como solução para uma mera legitimação (por meio de justificação pragmática imediatista) da prestação jurisdicional:

Nestas condições, quais formas poderia assumir uma retemporalização suscetível de desligar as coerções desse determinismo? Qual face para uma ‘praxis’ reencontrada? Qual forma para o ‘kairós’ da atualidade? Arrisquemos este improviso em forma de interrogação: e se ‘pretender o instante’ significasse atualmente ‘tomar seu tempo’? *E, se, num contexto de aceleração e mudança radicalizada, a verdadeira alternativa consistisse na aptidão para a lentidão?* Contra a tirania da urgência e a cultura da impaciência, seria preciso lembrar, então, que a democracia, sobretudo associativa, toma seu tempo – o da informação, da negociação, da deliberação virtualmente infinita. Contra as coerções administrativas de um executivo voltado aos ‘expedientes’, contra as abreviações de uma justiça pela mídia cada vez mais ‘expedita’, contra as tentações da ‘justiça espetáculo’ e da democracia plebiscitária, seria preciso lembrar as virtudes do que Dominique Rosseau denomina a ‘democracia contínua’: as virtualidades do controle e do debate cidadãos, que não se reduzem unicamente aos períodos eleitorais, as virtualidades do processo, lento porque dialogante, as virtualidades do controle da legalidade e da constitucionalidade, que revelam que a eficácia não é o único princípio pertinente da ação pública. *Ser ‘inatural’ atualmente, no sentido em que Nietzsche o entendia – isto é, intempestivo e criador, em resumo, livre – é reivindicar o direito à lentidão de onde unicamente poderia emergir uma forma inédita de ‘praxis’ social.*⁶⁴¹

Este reconhecimento e defesa da aptidão e do direito à lentidão, no entanto, obviamente não cuidaria de um pueril e, de resto, inútil, mero insurgir-se contra a realidade hiperdinamizada e hipercomplexificada da realidade, tal como já tantas vezes indicado ao longo deste estudo. Trataria, em verdade, de apenas considerar a necessidade de revalorar este estado de coisas, de incitar a uma reflexão crítica desta temática do tempo devido do processo e a um não ceder tão facilmente aos apelos da presentificação e do estado de urgência, quando se tratar de pensar soluções para a busca de uma prestação jurisdicional legítima na contemporaneidade. E mais, faria o bem de reconhecer uma outra realidade imutável: a de que, queira-se ou não, cada coisa, inclusive o direito, inexoravelmente demanda um seu tempo determinado para se realizar, nem mais, nem menos – senão, perde-se, inclusive, contato com a possibilidade do justo, como ideia norteadora base.

Aliás, seria precisamente nesse contexto que deveria ser relido e re-interpretado o novel artigo 5º, inciso LXXVIII, inserido em nosso ordenamento pela Emenda Constitucional nº45, de 2004,⁶⁴² para que pudesse realmente vir a fazer sentido, mantendo coerência com o todo constitucional em que posto, e trazendo efetivamente alguma inovação de impacto sobre o pensamento e prática, relativos à *aplicação* do Direito e à sua real concretização.

Com efeito, aqui não seria de se considerar possível ou razoável esperar que o constituinte tivesse por escopo garantir o tempo mágico da solução do instante, do julgamento imediato, sob pena de se institucionalizar a interpretação vazia de um dispositivo constitucional, reduzindo-o a uma falácia inútil, ou, o que é ainda pior, de se ter por autorizada a pragmática igualmente falaciosa e arbitrária da legitimação substitutiva, em detrimento da busca pela legitimidade devida na prestação

⁶⁴¹ OST, *O tempo do Direito...*, op.cit., pp.33-4 (destaquei).

⁶⁴² Nesse sentido, conferir nota anterior a esse respeito, no que tange a uma crítica à compreensão estereotipada e deformante deste dispositivo, ou a uma sua utilização para o fim de buscar suporte para a presentificação e destemporalização da prestação jurisdicional, interpretação esta totalmente conflitante com os demais direitos, garantias e objetivos constitucionais afirmados na mesma Carta Constitucional brasileira, que se tornam maneteadas ou mesmo inviabilizadas a partir deste insustentável compreender.

jurisdicional – com abertura de um flanco desagregador das possibilidades da democracia, construída também a partir do agir do Judiciário, que haveria de se mostrar extremamente pernicioso e grave, senão até mesmo fatal, ao longo do tempo, à sua verdadeira construção permanente por meio também desta via.

O que se está a garantir aqui, por conseguinte, segundo tudo o que se sustentou alhures parece indicar, é o direito relevantíssimo, não apenas da celeridade, mas da *celeridade possível e adequada para cada situação*, o que, por paradoxal que possa parecer, em casos determinados, pode ser justamente transmutada numa garantia à preservação impositiva do “direito à lentidão” devida para a apreciação e julgamento do caso.

O enfrentamento desta situação, posta nestes termos quase paradoxais, oportuniza o debate sobre a questão da *temperança*. Ou melhor, estas considerações têm o condão de permitir que surja de forma mais clara a necessidade de se explicitar e resgatar a noção de temperança, também fundamental para a aplicação adequada do direito e descoberta do tempo devido do processo.

Invocando-se para tanto, mais uma vez, as lições de OST, tem-se o seguinte acerca deste tema específico:

Logo, no centro da construção jurídica do tempo deixa-se, então, perceber a pulsação de um ritmo que nos conduz diretamente à figura da temperança. *O que é, de fato, esta temperança, senão a sabedoria do tempo, a justa medida de seu desenrolar, a mistura harmoniosa de seus componentes e, do mesmo modo que a alternância das estações (as Horas) torna os climas temperados, a temperança na cidade – a justa dosagem da continuidade e da mudança – garante o equilíbrio das relações sociais.* A temperança é ‘acordo e harmonia’, garante Platão: ‘espalhada no conjunto do Estado, ela põe em uníssono das oitavas mais fracas, as mais fortes e as intermediárias sob a relação da sabedoria, da força, do número, das riquezas ou de qualquer coisa parecida’ [citando-se PLATÃO. La République. Traduit par R. Baccou. Paris: Flammarion, 1966. p.184.]⁶⁴³.

Em suma: se o incremento da dinâmica das relações sociais de convivência e a consequente necessidade de celerização das demandas, além da própria consideração e aplicação do direito, são inelimináveis do horizonte de consideração dos juristas e operadores do Direito, na contemporaneidade, tampouco haverá de sê-lo também, num outro extremo e sentido, o impositivo do curso de *um tempo mínimo do direito e do processo, variável em cada situação concreta* - por que, ao final, realizam-se, direito e processo, enquanto tais, em sua essência, somente por meio do exercício da temperança.

De resto, este exercício da temperança simplesmente não é compatível ou condescendente com o acolher-se *um tempo único (e geral) qualquer*, muito menos o da *imediatez*, como sendo exclusivo e necessariamente o adequado *para todo e qualquer caso*.

Violar a regra da impositiva *multiplicidade do tempo para a diversidade dos casos que tramitam no Judiciário*, ainda que em nome de uma suposta necessidade e da alegada prática de um bem maior, é, portanto, romper com a regra de ouro na busca do justo que é dado à nossa condição

⁶⁴³ OST, op.cit., p. 17 – destaquei.

humana enxergar e abdicar de qualquer perseguição a uma legitimidade jurisdicional que realmente possa ser qualificada como tal.

No assumir-se a imprescindibilidade das regras de temperança, quando do exame e da busca por soluções na intrincada temática do tempo adequado do processo e do direito, está, portanto, o primeiro passo para se retemporalizar o direito e suas instituições, e, com isso, humanizá-las. O primeiro passo, também, para uma lenta e gradual reconversão da sociedade aos limites do humano. E no fim de tudo, um primeiro passo para se revalorizar o passado, na medida correta, e se preservar o potencial do futuro.

Como assevera OST com base em Ricoeur, no justo, do tempo certo e devido, está também incrustrada a realização de uma “responsabilidade positiva e voltada para o futuro”[citando-se RICOEUR, P. ‘Postface au temps de la responsabilité, In: ‘Lectures I. Autour du politique.’ Paris: Seuil, 1991, p.282.]⁶⁴⁴, que não é apenas a da falta e a da culpa, mas a do dom de se resgatar o passado e reconstruí-lo para o futuro, sem cessar, em tarefa infundável de assegurar a convivência com o outro:

Uma vez que herdamos do passado instituições justas mas perfectíveis, um meio natural diversificado, mas sempre na expectativa da invenção, um patrimônio cultural insondável, mas sempre no aguardo da interpretação, resta-nos transmitir este dado para reconstruí-lo sem cessar – *esta é a nossa responsabilidade.*⁶⁴⁵ (destaquei).

De resto, nada disso impede, senão incita e mesmo dá base sustentável para que, a par desta tomada crítica de consciência e de posição, se aja efetivamente no sentido de passar a buscar e construir espaços temporais renovados para a realização do tempo do direito, por meio da própria interpretação do direito processual vigente filtrada por estas considerações que até aqui foram feitas.

Desde um interpretar mais em conformidade com estas posições as alterações constitucionais recentes, já referidas alhures, ou reformas da legislação processual de teor e sentido similar, até um encontrar outras formas possíveis de abertura de espaço de tempo para a temperança, baseado nestas mesmas observações, é o que se pode objetivamente fazer para evitar o esvaziamento prático da jurisdição, à força de se ter de levar em conta os reais problemas da morosidade histórica da prestação jurisdicional contraposta a atual aceleração das relações sociais e do mundo - ou, à vista da sombra que o pensamento homogêneo e acrítico vigente, que incita e remete à absolutização da aceleração dos julgamentos, como saída exclusiva para a problemática ora em foco, faz cair sobre toda essa discussão.

⁶⁴⁴ Cf. sobre esta revisão do conceito de “responsabilidade” em RICOEUR, o escrito de CONSTANÇA MARCONDES CESAR, “Responsabilidade e Cosmos” (In.: CESAR, C.M. (org.). *Paul Ricoeur: ensaios*. São Paulo: Paulus, 1998. pp.67 e ss.), onde se esclarece o seguinte: “Entre 1991 e 1995 Ricoeur discutiu, em diversos textos, o conceito de ‘responsabilidade’, mostrando suas implicações éticas, a partir da tradição e do diálogo com autores contemporâneos, especialmente HANS JONAS. (...) surge o contorno de uma nova ética, exigida pelo tempo em que vivemos. (...) Tal meditação faz vir à luz uma revisão do conceito em pauta, ampliando seu sentido tradicional (‘imputação’) e incluindo as noções de ‘cuidado’, de ‘solidariedade’, de ‘amizade’ – *em suma, de ‘responsabilidade pelo outro’* – e a de ‘previsão’, avaliação das implicações da ação, ou seja, de ‘prudência’. O conceito ampliado caracteriza uma concepção inédita de ética, cujo signodistintivo é a conciliação com a ontologia, via metafísica da natureza, pressupondo a ‘existência objetiva de fins no ser’ (...). A responsabilidade aparece, então, como ‘princípio’, do qual se deduzem novos imperativos de ação e como ‘virtude’, aparentada à antiga noção grega de ‘*phronesis*’. A indagação chave desta nova ontologia consiste na reformulação leibniziana e heideggeriana: por que existe o Ser e não apenas o Nada?, na direção de uma ético-ontologia: ou, por que a humanidade ou a natureza humana deve sobreviver? (...)” (destaquei).

⁶⁴⁵ OST, *O tempo do direito...*, op.cit., p.408.

Atente-se, portanto, a este relevantíssimo e oportuno ponto: é possível extrair medidas práticas, de ação no mundo real, de atual hiperdinamizações e urgências, norteadas por esta visão tendente a obter a necessária preservação das possibilidades da temperança, no Direito e no Processo; é possível engendrar um agir, eficaz e sustentável juridicamente, que busque a reinterpretção de institutos processuais e de determinadas situações nestes termos, com resultados talvez mais promissores em termos de contribuição para uma prestação jurisdicional legítima (por comprometida com a construção permanente da democracia) – e não só de legitimação pragmática.

Tome-se, por exemplo, a possibilidade de se tentar compreender e utilizar melhor o instituto das antecipações de tutela, nos termos do já referido antes. Mas mais do que isso: tome-se objetivamente a possibilidade de poder ser, v.g., mais bem utilizado aquele instituto em casos particulares de manifesto abuso de direito, normalmente ignorado como instrumento hábil de inversão acerca de quem deva sofrer o natural ônus do tempo do processo (situação que recai, como regra, sobre o autor), bem como habitualmente reduzido em seu alcance transformador dos paradigmas vigentes, por significativa linha doutrinária, quando transmutado em quase apenas mais um instrumento de finalidade penalizadora do agir processual temerário ou protelatório⁶⁴⁶.

Pense-se, enfim, no modo de compreender e aplicar tal instituto processual, nesta modalidade específica, alvitrado pelo Professor OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, dentre outros. Leciona aquele processualista⁶⁴⁷

O que o legislador quis significar, quando outorgou ao juiz a faculdade de antecipar os efeitos da tutela, nos casos do inc. II do art. 273, não foi de modo algum a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. O que se dá, com a vontade do réu, nestes casos, é que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima da certeza. Se o juiz já se inclinar por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a

⁶⁴⁶ Diz acerca do tema, por exemplo, o respeitado processualista TEORI ALBINO ZAVASCKI (In: *Antecipação da Tutela*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp.77-8), que: “(...) À hipótese de concessão da tutela em casos em que ‘haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’ (art. 273, I) pode-se denominar ‘antecipação assecuratória’: antecipa por segurança. Adianta-se provisoriamente a antecipação pretendida pelo autor como meio de evitar que, no curso do processo, ocorra o perecimento ou a danificação do direito afirmado. Em outras palavras, antecipa-se em caráter provisório para preservar a possibilidade de concessão definitiva, se for o caso.

À outra hipótese, decorrente de ‘abuso de direito de defesa’ ou de ‘manifesto propósito protelatório do réu’ (art. 273, II), poder-se-á denominar, pelo menos para efeitos classificatórios, de ‘**antecipação punitiva**’. Embora não se trate propriamente de uma punição, dado que sua finalidade tem o sentido positivo de prestar a jurisdição sem protelações indevidas, a medida guarda semelhança, no que diz com as prespectivas causas determinantes, com as penalidades impostas à quem põe obstáculos à seriedade e celeridade da função jurisdicional, previstas no Código de Processo Civil (v.g., arts. 16, 17, 538, parágrafo único e 601). Daí a razão da denominação aqui adotada.” (destaques apostos).

Entretanto, LUIS GUILHERME MARINONI refuta expressamente uma tal posição quanto à antecipação de tutela baseada em abuso de direito de defesa, ao afirmar categoricamente: “No jogo entre a tempestividade e a segurança, a tutela antecipatória baseada no art. 273, II, somente é possível quando a defesa deixar entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito. (...) Um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo. Para a tutela antecipatória baseada em abuso de direito de defesa, contudo, são necessárias a evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, não bastando apenas a caracterização do primeiro.

Frise-se que não é possível confundir abuso de direito de defesa com litigância de má-fé. Para efeito de tutela antecipatória é possível estrari do art. 17 do CPC alguns elementos que podem colaborar para a caracterização do abuso de direito de defesa, mas isso não significa que as hipóteses do art. 17 possam servir de guia para a compreensão da tutela antecipatória baseada em abuso de direito de defesa.” (destaquei – In: *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp.44-46, ao se tratar do item significativamente intitulado “A noção de abuso de direito de defesa em face do conflito entre tempestividade e segurança”).

⁶⁴⁷ In: *Curso de Processo Civil*. Vol.I. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp.131-2.

conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a opor ao direito do autor. Daí a legitimidade da antecipação de tutela. (destaques apostos).

Ora, se fosse possível abrir a possibilidade de, excepcionalmente, inverter a lógica desse sistema (ainda) rigidamente ordinarizante, em determinados casos, para atender os reclamos por mudança de uma situação de abuso injustificado derivado já desta posição processual, situação esta consistentemente identificada, tudo por meio de efetiva utilização desta regra, seria possível extrair frutos múltiplos e relevantes para a questão da criação de espaços de tempo para uma prestação jurisdicional baseada num ideal de temperança e de busca pelo justo casuístico (ou seja, de um processo que garanta o direito ao tempo devido, bem como o direito à diferenciação devida dos casos concretos), já a partir deste exemplo.

Veja-se, uma antecipação de tutela nestas bases pode ter o condão de permitir um reequilíbrio das relações estabelecidas entre as partes dentro do feito, com uma melhor avaliação de quem deve sofrer o desgaste inevitável do tempo necessário à temperança. Além do mais, é, em si mesma, a própria expressão concreta da alteração imediata de uma determinada situação ou posição jurídica quando o próprio direito e condições do caso, em suas peculiaridades, permite concluir que é tempo de fazer atuar a lei desde logo, por antecipação (no que, o exercício da temperança em si mesmo, já que ele não significa necessariamente, sempre, também, o retardo, mas pode se expressar precisamente na necessidade de pronta alteração, independente de existência de uma situação de urgência propriamente dita).

Por fim, de um ponto de vista mais pragmático, a realidade é que uma alteração da figura sobre a qual recai a imposição dos naturais ônus do tempo da mediatização, inerente à judicialização dos conflitos, à vista do caso concreto, parece criar um novo espaço de tempo quanto ao prazo para bem se instruir e decidir sobre aquele caso (tal qual ocorre nas tutelas de urgência em sentido estrito, comumente), como, de um modo geral, parece abrir brechas temporais e situacionais para que a jurisdição como um todo possa ser prestada de forma menos pressionada e mais atenta naqueles casos mais complexos e completos, onde tais situações demandem um exame e um gasto temporal diferenciado ou maior⁶⁴⁸ durante o curso de todo o feito.

A indagação que poderia surgir, então, seria a seguinte: mas não se está a ceder, nesta hipótese, precisamente às premências dos “tempos modernos”? A resposta é evidentemente positiva. Contudo, nada tem de contraditória com todo o já afirmado, por que nesse caso se está engendrado justamente um instrumento para discernir *quais casos (concretamente e a partir de sua consideração individual real), dentre todos*, merecem uma resposta jurisdicional com máxima brevidade e mínima preservação de contraditório – ou melhor, em que casos isso é realmente necessário e também possível, sem que a temperança e a busca pelo justo sejam abandonadas do horizonte do julgador (mas em verdade, por isso mesmo, estejam diretamente presentes).

⁶⁴⁸ Não que aqui se fale propriamente em casos fáceis ou difíceis, no sentido de que haveria casos passíveis de resolução por mera subsunção de regras e outros que comportariam uma solução via aplicação mais complexa de princípios ou considerações de fatores menos objetivos do que aqueles fornecidos pelas regras, já que, em verdade, todo caso demanda “compreensão”, no sentido hermenêutico do termo. A referência que se faz não é ao modo de compreender o caso, mas ao fato de que tomada e considerada a realidade dos casos individuais, particulares, sempre existiram situações concretas mais complexas ou menos complexas, o que demanda, naturalmente, tempos diversos para o seu trato, inclusive no que diz respeito ao próprio tempo demandado para a realização da tarefa do direito.

Como já se disse, é impossível negar que a atual dinâmica real das relações sociais não gere situações reais de premência no mundo, que acabem por ter de ser, eventualmente, examinadas pelo Poder Judiciário em tempo diferenciado. No entanto, isso não significa dizer que toda e qualquer situação trazida ao Judiciário se encaixe nessa matriz. E isso impõe um agudo exame crítico, mais rigoroso, a respeito de tais situações, para que não se tenha de impor celeridade desmedida na apreciação de toda e qualquer situação que chegue ao Judiciário, à custa da viabilidade da temperança e da busca do justo casuístico como regra – enfim, à custa do tempo devido do direito e do processo.

O que aqui se afirma, portanto, é que se deve ser mais crítico com os modos de lidar com essa inegável realidade, abrindo as portas para a urgência nos pontos certos e da forma correta, para que isso gere uma diminuição de pressão entre o todo-do-mundo e o todo-do-jurídico, apto a abrir espaços maiores de tempo e reflexão para os julgamentos em geral, gerando-se desta forma, ao menos, um incremento das chances de atuação da temperança e do justo em todos os casos.

Por fim, a corroborar tais impressões sobre os contornos e possibilidades concretas de um tal instituto como instrumental gerador de retemporalização e de melhores possibilidades reais para uma prestação jurisdicional atenta à temperança e ao justo (e, pois, legítima), atente-se ao que mais lecionam os processualistas OVÍDIO BAPTISTA e LUIZ GUILHERME MARINONI acerca do ponto.

OVÍDIO prossegue dando as razões de ser para a já apresentada interpretação deste instituto, razões estas que se afinam perfeitamente ao exposto neste escrito, no que diz respeito ao modo de ver a antecipação de tutela em caso de abuso de direito como um modo de melhor se lidar com a questão do tempo adequado do processo

Melhor teria sido que o legislador evitasse condicionar a concessão do provimento antecipatório, nas situações previstas pelo art. 273, II, à ocorrência de ‘abuso do direito de defesa’ ou de ‘manifesto propósito protelatório’ do réu. Quem conhece nossa experiência judiciária e, principalmente, suas raízes culturais que tornam extremamente tolerante nossa reação contra todas as formas de litigância temerária, não teria muito otimismo quanto à utilização da prerrogativa constante deste dispositivo. Ao contrário, talvez o aceno a esses pressupostos seja uma boa razão para não se conceder a antecipação da tutela, mesmo que a verossimilhança se tenha reforçado pela litigância temerária, preferindo o juiz de espírito mais conservador ou mais tímido negá-la, sob o fundamento de que não estaria caracterizado quer o abuso de direito de defesa, quer o propósito protelatório, condutas estas, como se sabe, de difícil comprovação.

O legislador francês foi mais sábio, ao permitir a concessão de análogas medidas antecipatórias, sempre que juiz não vislumbre a existência de alguma ‘contestação séria’ a ser oposta ao direito invocado pelo autor (arts. 808 e 872 do Nouveau Code de Procédure Civile). É verdade que o Código francês, para concessão desses provimentos, exige, como o nosso, a demonstração da urgência em prover, para afastar o ‘periculum in mora’. Mas nada impediria que eles fossem empregados em nosso sistema, nos casos indicados pelo art. 273, II, sempre que o juiz, ante a resposta do demandado, considere-se incapaz de abalar os fundamentos do direito invocado pelo autor, independentemente da alegação de ‘periculum in mora’. *A recusa em prover, nestas hipóteses, antes de preservar a pretensa neutralidade do juiz, significará sempre a concessão ao demandado, cuja vitória é improvável, do benefício recusado ao autor.*

É evidente que o comportamento indesejável do réu, nas hipóteses indicadas pelo art. 273, II, faz presumir que ele não disponha realmente de nenhuma ‘contestação séria’ a opor ao autor. Neste caso, a antecipação será concedida porque a verossimilhança do direito do autor tornara-se ainda mais consistente ante a conduta do réu, sem que o juiz esteja necessariamente obrigada a fundá-la nos pressupostos indicados por este dispositivo.

Há necessidade do perigo de dano irreparável para a concessão da tutela antecipada com base no artigo 273, II? Certamente não, circunstância que confirma ser esta hipótese uma forma de antecipação de tutela fundada em simples verossimilhança do direito alegado pelo autor. (destaques apostos).

E, por derradeiro, em sentido similar, por sua vez, também assim encara o tema o processualista LUIS GUILHERME MARINONI⁶⁴⁹:

*(...) não há como esquecer a importância das várias modificações que o legislador recentemente fez no Código de Processo Civil como o objetivo de dar ao juiz e às partes instrumentos destinados a conferir maior tempestividade à tutela jurisdicional – a tutela antecipatória contra o receio de dano (art. 273, I, e 461, III) -, inclusive, **disciplinando técnicas de distribuição do ônus do tempo do processo entre os litigantes – as tutelas antecipatórias com base em abuso de direito de defesa (CPC, art. 273, II) e em incontrovérsia de parcela da demanda (CPC, art. 273, § 6º)**. Essas duas últimas modalidades de tutela antecipatória, aliás, constituem técnicas processuais nunca antes vistas em ordenamento jurídico algum no mundo. Tais idealizações legislativas devem ser adequadamente utilizadas pelos advogados – responsáveis pelos direitos dos cidadãos – e pelos juízes, que têm o dever político e social de, valendo-se de todos os instrumentos que estão ao seu dispor, prestar a tutela jurisdicional de forma tempestiva e efetiva. (destaques apostos).*

Mas os exemplos de possibilidade de aplicação efetiva de uma doutrina da temperança e da busca pelo Káiros da atualidade não se encerram aqui, obviamente. Haveria outros tantos, sendo que, no entanto, apenas pequena parte pode ser objeto de uma descarnada referência exemplificativa, nos singelos termos que seguem.

Atente-se, por conseguinte, para as possibilidades derivadas do se criar uma cultura diferenciada no próprio trato do processo; a cultura de uma maior objetividade, do texto mais objetivo e corrente – “enxuto”, se assim se preferir denominar -, do menor grau de linguagem estritamente técnica e totalmente privada do barroco palavreado da cultura bacharalesca (vulgarmente conhecido como “juridiquês”), dos ritos algo simplificados e adaptados às dimensões e necessidades específicas de determinadas espécies de causas, que, em nosso contexto, ganharam evidência e valor com a instituição dos Juizados de pequenas causas e, depois, com os Juizados Especiais Federais; que ganharam, ainda, impulso com a virtualização dos processos eletrônicos, mormente no âmbito da Justiça Federal; com as tecnologias que obrigam ao essencial, ao focar, divisar e dizer o necessário, antes de tudo.

Veja-se que *essa verdadeira revolução cultural*, se valorizada criticamente a partir de uma visão mais atenta ao já exposto, *pode ser fonte de **retemporalização do direito e do processo***. Mas, importante atentar: desde que aí seja considerada relevante, não mais por que é importante ser rápido e célere, como suposta qualidade absoluta, como coisa ou valor em si mesmo, ou por que há um culto moderno à dinâmica de um tempo de mercado sobrehumano, que se esvazia de qualquer sentido, *mas, isto sim, por que, de novo, criam-se, assim, **instrumentos para a abertura de “espaços de tempo”, clareiras temporais que permitem a reflexão do direito à luz de cada caso concreto***, com a maturação mínima das soluções e introdução necessária dos aspectos essenciais da complexidade da vida social em cada processo - já que inevitavelmente ele sempre será uma redução racional desta complexidade

⁶⁴⁹ In: *Curso de Processo Civil*. Vol. I. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.190.

(que ao menos seja, pois, mitigada e contida ao humanamente tolerável e devido, gerando ainda a possibilidade da tendência ao justo casuístico).

Quer dizer, se a instituição e incremento dos juizados de pequenas causas ou dos juizados especiais federais só consistir “em um modo de gerar mais processos de competência dos juizados”⁶⁵⁰ – vale dizer, de absorver o litígio maximizado (não os conflitos propriamente ditos), inclusive reestimulando o litígio; se decisões breves ou concisas forem só simplificações grosseiras e performativas de uma solução pré-pronta, de modelos abstratos e homogeneizantes, que se desprendem totalmente da realidade, apenas para gerar a possibilidade de um maior número de “decisões” judiciais de tal quilate, isto é, afinal, de mera força; enfim, se “pressa só gerar mais pressa”; então se estará, novamente (e mais do que nunca) sob o domínio da determinismo da imediatidade e da urgência, da presentificação do tempo que esvazia o mundo de significado e sentido humano.

Por fim, e talvez exemplo principal das possibilidades concretas e reais de retemporalização e humanização do tempo do direito e do processo, talvez no criar uma efetiva cultura de mediação e de conciliação, pudesse de fato se abrir preciosos espaços temporais para casos outros que não pudessem ser resolvidos por estas vias diferenciadas e alternativas.

No entanto, novamente aqui caberia advertência similar às anteriores: não seria possível pensar em impor ou forçar conciliações ou mediações apenas a partir do enfoque na questão pura e simples da aceleração da resolução dos conflitos sociais (ou no da “produtividade” de soluções judicializadas). Este seria desvio equivalente ao da absolutização da celerização das demandas⁶⁵¹.

A alteração de foco para uma verdadeira cultura da mediação e da conciliação só terá significado no contexto do ora exposto, se não representar uma forma imposta de diminuir, por exercício de pura força, o número de processos ou de feitos pendentes de julgamento. Vale dizer: não basta criar uma hipotética e contraditória “lei” ou normatização impositiva da mediação, apenas para dificultar o acesso ao Judiciário; normatizar procedimentos e práticas conciliatórias que só pensam este instrumento como método de “desafogo” do Judiciário; antes disso, seria necessário o aprimoramento da sociedade e dos profissionais do direito no sentido de compreender o ganho efetivo da solução através do conflito mediado já extrajudicialmente – ou, pelo menos, de sua solução posterior pela via da concórdia mediada. Não basta tentar valorizar artificialmente soluções de arbitragem e conciliação, enfim, sem a formação de uma base cultural que demonstre o valor de saídas dos conflitos por meio de vias negociadas.

Impor arbitragem ou engendrar sistemas de conciliação, na base de artificialismos de teor preponderantemente midiático, apenas para que uma parte dos litígios seja afastada à força de uma

⁶⁵⁰ Nesse sentido, o reconhecimento da extrema relevância dos JEF em ARENHART e MARINONI, 2006, mas também a crítica a respeito de uma sua possível utilização desvirtuada. Também assim, adverte OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em seu *Processo e Ideologia...* (op.cit., p.319): “As alternativas dos Juizados Especiais e das juntas de conciliação, instrumentos sem dúvida valiosos como coadjuvantes na busca de uma prestação jurisdicional compatível com os nossos tempos, **podem transformar-se em escudo para que as causas profundas da crise do Poder Judiciário sejam esquecidas ou relegadas para as ‘calendas gregas’.**” (destaquei).

⁶⁵¹ Vide nota anterior, no comentário de OVÍDIO BAPTISTA que inclui o problema da institucionalização da conciliação forçada, ao invés da adoção de valor fundamental de um caminho de transformação cultural rumo à conciliação mediada como regra para a composição de conflitos, como mais um dos riscos e formas de manifestação da presentificação e destemporalização da jurisdição.

apreciação judicial propriamente dita da controvérsia, e o vácuo deixado por essa massa de demandas seja logo ocupado por uma outra categoria de lides mais resistente a estas formas de solução, não é saída conforme aos postulados apresentados ao início. Atuar nesse sentido, não de composição efetiva dos litígios, mas de mera resolução de números negativos do Judiciário, sob esta perspectiva restrita e mesquinha, não é desejável, portanto. Não abre os “espaços” de tempo imprescindíveis ao agir da temperança sobre os casos e ao necessário processo de diferenciação dos julgamentos, na maior medida possível, para tais casos particulares e suas circunstâncias específicas.

Enfim, é possível responder à absolutização da celerização das demandas como solução exclusiva dos reclamos por urgência e imediatidade na solução dos conflitos trazidos à apreciação do Judiciário, desde que se resgatem, criticamente, as noções de temperança, de valorização da busca pelo justo casuístico, de tentativa de humanização do tempo do direito e do processo, seja por meio de um desvelar crítico destas questões, seja por meio de um interpretar/aplicar o direito, inclusive o de índole processual, através deste diferenciado enfoque de tais temas cruciais da atualidade.

3. Conclusão: Do direito ao tempo devido na prestação jurisdicional. O Kairós da atualidade: primeira e última busca da construção da legitimidade sob o vetor temporal

De todo o exposto, derivam as questões da essencialidade *do dar-se o tempo devido ao direito e ao processo*, bem como do *buscar-se a diferenciação casuística dos litígios trazidos à apreciação jurisdicional* (cada qual com sua natureza e seu próprio tempo devido) na máxima medida possível, em oposição a um princípio atualmente vigente de absolutização da celerização das demandas a qualquer preço. São tais questões, pois, apresentadas e cogitadas neste estudo como possíveis vias alternativas para se lidar com o vetusto problema do tempo e do processo, ante a nova e difícil realidade da contemporaneidade; mas são, mais do que tudo, ainda pensadas como possíveis novos nortes fundamentais para uma construção crítica da legitimidade da prestação jurisdicional da contemporaneidade.

Assevera OST que, “contra a visão positivista que não faz mais do que exteriorizar o tempo”, *é necessário demonstrar que “não é possível ‘dizer o direito’ senão ‘dando o tempo’*”⁶⁵² (destaquei). Um “tempo próprio, carregado de sentido instituinte”, que é, sob certo aspecto, necessariamente “separado daquele da vida real” – no sentido já explicitado aqui, de não inexoravelmente atrelado às variações de radicalização da dinamização e presentificação da vida. Um tempo regulamentado também “pelas prescrições do ritual”, que “permite ao julgamento desenvolver [também] seus efeitos performativos e instituintes: efeitos jurídicos (a condenação, a absolvição) e efeitos sociais (apaziguamento do conflito pelo mecanismo da catarse)”; que “ao redramatizar em seu tempo próprio a cena do conflito”(…), “...ao redizê-lo, regenera”. Enfim, “um tempo neguentrópico e criador” que *“revela-se, assim, a condição do retorno à paz social.”*⁶⁵³ (destaquei).

⁶⁵² OST, *O tempo do Direito...*, op.cit., p.14.

⁶⁵³ Id., ibid, pp.14-5.

É por isso que é fundamental considerar que, a par do reconhecimento das objetivas necessidades de celerização da atualidade, há uma imperativa necessidade de hoje se “reivindicar o direito à lentidão”, também para o dizer o direito, como assevera OST⁶⁵⁴, nos exatos termos do que já foi antes explicitado, inclusive, como verdadeira alternativa crítica para encaminhar a problemática ora em tela a uma solução mais viável e adequada.

Nesse sentido é que buscar criticamente esta alternativa, não só no discurso acadêmico, mas na prática instituinte de realidades do quotidiano forense – e, mesmo, na da administração da justiça –, pode viabilizar um resgate da noção essencial da temperança⁶⁵⁵ e da busca pelo justo casuístico, na atividade-fim do Poder Judiciário. Nesse sentido, também, é que surge a possibilidade de que os operadores do Direito passem a desempenhar uma função de preservação, de resgate e modificação devida do passado, como forma de viabilização não-limitada do futuro, em termos de uma prestação jurisdicional responsável e legítima, por verdadeiramente cumpridora de sua função contributiva com a construção permanente da democracia⁶⁵⁶.

De resto, se a partir disso tudo é possível dar-se nova interpretação a institutos processuais diversos, gerando uma cultura de respeito e adequação às necessidades do tempo devido do Direito e do processo, como resposta efetiva às demandas por celeridade e urgência da contemporaneidade, é também impositivo deixar claro que tais questões precisam começar a ser debatidas abertamente nestes novos termos críticos.

Se as dinamizações e abreviações do processo eletrônico e dos textos jurídicos mais modernos e concisos, as simplificações e as facilidades dos procedimentos dos juizados, a presteza e o potencial transformador das tutelas de urgência, são efetivamente exemplos potenciais de um novo modo de tratar a questão do tempo e do processo, a verdade é que tudo só terá sentido se não representar, mais uma vez, só a busca da aceleração de soluções *como um fim em si*. Esse ganho de tempo, não vale em si e por si mesmo. Ele é instrumento para que o Direito ganhe tempo. Para que ele tenha o seu tempo e o seu lugar adequado e devido. O tempo da temperança, que, finalmente, humaniza e legitima a prestação jurisdicional.

O que devemos perseguir incessantemente, pois, é a construção de um *Kairós* da atualidade, no sentido de desenvolvimento de um afiado senso de oportunidade, de hora certa, de tempo devido para solver cada caso concreto (na sua rica individualidade e irrepetíveis circunstâncias)⁶⁵⁷ da forma mais adequada possível; o que devemos almejar não é a presentificação e a

⁶⁵⁴ Cf. OST, *O tempo do Direito...*, op.cit., pp.33-4.

⁶⁵⁵ Id., *ibid.*, p.17.

⁶⁵⁶ Id., *ibid.*, p.408.

⁶⁵⁷ E nesse passo de destacar a relevância desta questão do *Kairós*, como elemento de ligação entre as questões do tempo-temporalidade-decisão e da perseguição do “justo casuístico”, do equânime, do adequado para cada irrepitível caso concreto (como construção ética também), todas questões que podem estar, de alguma maneira, postas aí, o que pode ser entrevisto a partir da seguinte manifestação de ERNILDO STEIN acerca da relevância que Heidegger dava ao conceito em tela: “É sobretudo o conceito de *Kairós* que HEIDEGGER ligava ao conceito de situação do VI Livro da *Ética* a Nicômaco, que adquire uma importância central em *Ser e Tempo*. Num texto de seu curso do semestre de inverno, *Introdução à fenomenologia da religião*, de 1920/21, o filósofo afirma: ‘O *kairós* situa no fio da navalha, na decisão. Os caracteres cairológicos não calculam nem dominam o tempo; situam antes na ameaça, através do futuro. Eles fazem parte da história da plenificação da vida que não pode ser mais objetivada.’” (STEIN, E. *Seis estudos sobre ‘Ser e Tempo’*. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2005, p.9 – destaquei.).

eliminação impossível e, no limite, degradante do tempo, mas, isto sim, a construção dos meios para que o antigo *Kairós* dos gregos, entendido nos termos expostos, retorne a operar adequadamente na atualidade.

Concluindo e especificando, pois, como proposto para o capítulo, quanto à legitimidade: no que se refere ao vetor temporal, a legitimidade da prestação jurisdicional é degradada, na contemporaneidade, quando, pelos diversos modos e vias particulares já exemplificadas, se acede e se acolhe acriticamente à presentificação e a uma progressiva destemporalização nesta área, que, inclusive, só pode conduzir à final supressão das possibilidades de se compreender aquela atividade estatal como contribuição essencial à construção de espaços democráticos de convivência; o resgate desta legitimidade e das possibilidades de tais espaços, por sua vez, só parece possível quando se busque a dita *construção de um Kairós para a prestação jurisdicional contemporânea*, assumindo-se a tarefa maior de *perpétua perseguição do tempo devido do processo*, em cada situação particular e caso concreto - como coisas sempre únicas e irrepetíveis, expressões de humanidade que são⁶⁵⁸.

⁶⁵⁸ Afinal, se queremos verdadeiramente um processo e um direito que busquem na máxima medida a justiça que eventualmente possa estar ao alcance humano, devemos lembrar os ensinamentos de vetusta máxima, plenamente invocável aqui, por bem encerrar produtivamente os paradoxos do sublime e do limitado da condição humana: “*Ars longa, vita brevis, Occasio praeceps, Experimentum periculosum, Iudicium difficile.*”

CAPÍTULO V

ESPAÇO DAS DIFERENÇAS E LEGITIMIDADE JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA: “DESREALIZAÇÃO” OU “REPROBLEMATIZAÇÃO” DA JURISDIÇÃO.

Breve introdução específica - da “desrealização”⁶⁵⁹ (por *indiferenciação das decisões judiciais*) à construção de uma “racionalidade complexa” adequada à prestação jurisdicional nas democracias periféricas (por *diferenciação suficiente*):

No presente capítulo, os aspectos mais específicos da *degradação da legitimidade* da prestação jurisdicional e da consequente supressão dos espaços de convivência democrática são elencados a partir de suas ligações com o vetor da contemporaneidade denominado nesta investigação de “*tentativa de supressão dos espaços da diferença*”. Aborda-se, nesse ponto, mais particularmente, a negação do espaço das diferenças pelo hodierno reforço da *tendência de indiferenciação das decisões judiciais*, resultante de desconsideração ou consideração insuficiente da realidade e da complexidade individual dos casos concretos trazidos a exame pelo Judiciário – o que só confirma a permanência, nesta área do saber, de um insidioso paradigma de *simplificação racionalizante* na modernidade presente (ainda que sob variadas formas e em diversos graus de comprometimento).

De igual modo, os *elementos mais particulares de resgate da legitimidade da prestação jurisdicional* e de recuperação da abertura e permanente construção de espaços democráticos a partir desta atividade, são especificados a partir desta mesma conexão com o vetor contemporâneo referido. Mas sua apresentação se dá, precisamente, por meio da necessidade de se contrastar aqueles elementos outros de degração, o que leva a uma ideia de que tais elementos de resgate dizem com a recuperação da noção de um certo *direito à diferenciação na prestação jurisdicional* - tudo como expressão da construção de uma “*racionalidade complexa*” que não “*desrealize*” (ou “*ficcionalize*”) esta atividade por meio do exercício de *racionalizações simplificantes*, em maior ou menor grau, da riqueza da vida e do caso individual.

Nesse passo, porém, é de se registrar e advertir que tal problemática é de uma complexidade muito maior do que a inicialmente suposta e, em verdade, inabarcável no espaço restrito desta investigação. Isto por que a sua abordagem envolve a discussão de uma série de problemas de densidade ímpar, que adquirem posição central num debate atual sobre a prestação jurisdicional contemporânea que se pretenda mais crítico, mormente no âmbito das democracias periféricas ou semiperiféricas.

Logo, a bem de tornar possível o enfrentamento desta questão no espaço restrito sobejante para esta investigação, busca-se o agrupamento destes problemas (ainda que de forma algo arbitrária e não exatamente condizente com os tópicos ou itens que seguem adiante) sob três largas denominações

⁶⁵⁹ A expressão “desrealização”, de OST, talvez pudesse ser substituída ou complementada neste contexto, com algum ganho, por “ficcionalização” da jurisdição.

comuns, apenas – mesmo que sob cada uma delas estejam multifacetadas difíceis discussões passíveis de ensejar tratamento particular -, quais sejam: (a) o problema da diferenciação suficiente das decisões judiciais, propriamente dita; (b) o problema da discricionariedade (arbitrariedade) das decisões judiciais; e (c) o problema da concretização dos princípios constitucionais por meio da prestação jurisdicional.

Como será visto, tais problemas se entrelaçam – e, na verdade, não passam de largas facetas do problema maior da “desrealização” ou “ficcionalização” da prestação jurisdicional pela tendência da supressão do espaço das diferenças, por vários meios, formas e graus, que ainda hoje continua a se verificar -, mas espera-se que seu tratamento de forma assim segmentada auxilie, primeiro, na necessária contenção de sua exposição para os fins aqui pretendidos. Depois, supõe-se que esta forma de abordagem viabilize uma melhor demonstração de que, conforme seja a solução proposta para cada um daqueles problemas, dar-se-á uma sensível contribuição para uma maior degradação, ou, ao contrário, para um maior resgate da legitimidade da prestação jurisdicional contemporânea.

De resto, apenas para que o objeto do presente tópico reste ainda mais claramente definido, em nível menos abstrato, é de se dizer ainda: trata-se, mais uma vez, de discutir sobre a *perda de conexão do jurídico, e, principalmente, da jurisdição, com a vida humana. Todavia, isso agora se dá sob outro enfoque*. O motivo de disjunção passa a ser distinto: ela se dá justamente *a partir da eliminação progressiva*, não só do tempo humano e, pois, do tempo do direito (como abordado no capítulo precedente), *mas também do espaço das diferenças* que são inerentes à condição/existência dos homens e às irrepetíveis circunstâncias de suas relações intersubjetivas.

E se os tópicos de mote equivalente que estão postos nos capítulos anteriores, indicavam, respectivamente, mais o estado geral das coisas na contemporaneidade exposta a um tal vetor degradante do espaço humano sobre o orbe, ou o resultado e efeitos práticos deste estado geral sobre o jurídico e o jurisdicional, o presente item tenta abordar e aprofundar outras fundamentais particularidades do tema, demonstrando precisamente como esse problema deveria aparecer de forma muito específica e relevante na discussão da legitimidade da prestação jurisdicional atual.

Assim, as discussões que se seguem tem a ver com a necessidade de revelação e debate crítico da insustentabilidade de determinados modos de decidir e justificar na esfera jurisdicional, que guardam apenas a aparência de decisão racional e de fundamentação suficiente, e que ainda vigoram hoje, renovados – modos estes que, no fundo, desconsideram a vida e privilegiam apenas a forma e o conceito. Tais discussões tratam das bases filosóficas e teóricas destas decisões que “julgam”, mas, de fato, não decidem. Que supostamente fundamentam, mas que na realidade não o fazem, nos termos do constitucionalmente exigido (e do que as teorias críticas julgam atualmente imprescindível nesse campo, mormente nas democracias periféricas ou semiperiféricas), para que se possa falar verdadeiramente de legitimidade da atividade jurisdicional na modernidade presente.

Busca-se, pois, além do exame crítico do tema, realizar breve referência acerca de alternativas teóricas para o enfrentamento desta situação, a partir de uma abordagem que, ao final, privilegia a visão da hermenêutica filosófica, mas sempre como expressão aberta de um repúdio que é mais geral e que é feito a certos arremedos de decisão e de fundamentação ainda hoje (e cada vez mais) verificados na prática judiciária.

Apenas para exemplificar mais concretamente, fala-se aqui da mera junção de acórdãos a textos padronizados para o fim de justificação das decisões, ou até mesmo de certas racionalizações argumentativas que pouco mais fazem do que revelar arbítrio travestido de discricionariedade judicial, quando não representam até mesmo uma mera repetição da primeira voz inconsequente a examinar casos com potencial de repercussão padronizante em nossa sociedade de massa atual. Decisões que, mais comprometidas com procedimentos e aparências lógicas, deixam, em menor ou maior grau, de considerar a essência da atividade jurisdicional, que é precisamente a de encontrar a solução equilibrada e compatível com o substancialmente posto nos nortes constitucionais, em cada situação, de acordo com o contexto faticamente verificado, para que se possa encontrar o ponto ideal de convivência, da solução justa para cada caso.⁶⁶⁰

Aborda-se, ainda, neste tópico, o que se denomina genericamente de fenômeno de “sobre-racionalização” das decisões judiciais, que se constituiria justamente no efeito mais extremo e evidente destas sucessivas e renitentes racionalizações simplificadoras, demasiadas e rasteiras: a burocracia assumindo o controle, a forma subjugando a substância. A complexidade da vida ignorada solenemente, em nome do resultado (além de imediato) quantitativamente significativo (de um ponto de vista puramente estatístico) e qualitativamente questionável (por compromissado justamente com a indiferenciação uniformizante de casos). A razão reduzida ao rasteiramente útil, por (exclusivamente) “eficaz”. Os instrumentos de padronização e de exigência funcionalista, de resultados que atendam aos reclamos da presentificação e da homogeneização “desrealizante”, ganhando relevo em detrimento do cumprimento da própria ideia essencial de jurisdição, residente na vetusta e permanente busca do “justo casuístico”.

Daí falar-se também, por conseguinte, como contrapartida impositiva, na questão da reconstrução do espaço das diferenças, a partir de uma prestação jurisdicional diferenciada que melhor cuide de resgatá-lo e de preservá-lo, por meio do *reconhecer um direito à diferenciação nas decisões judiciais*. Não através de uma eliminação de instrumentos de exame e decisão coletiva, bem como de propagação e transcendência responsável das decisões individuais, que isso seria mesmo incompatível não só com a realidade dinâmica moderna, mas com a própria busca de coerência e integridade do direito, necessárias para animar a construção de uma convivência social mais harmônica. Mas por meio de uma consideração crítica também destes instrumentos, bem como de uma renovada forma de apreender a própria função jurisdicional, como fenômeno apto a reconectar positivamente o jurídico ao social e ao político na era do constitucionalismo contemporâneo.

Daí o perseguir-se uma ampliação da discussão sobre a legitimidade jurisdicional a partir também de uma discussão sobre uma jurisdição comprometida com a realização deste papel, apta a proferir decisões e fundamentações que realmente “decidam e fundamentem”, no que interessa a partir de uma efetiva consideração da vida de relação e de suas circunstâncias individuais irrepetíveis, apresentando as justificativas deste compreender o caso de forma transparente e pública, na máxima medida possível. Decisões judiciais que, sem alijar os elementos jurídicos da equação, considerem a

⁶⁶⁰ Numa eterna construção desta teia de decisões que auxiliem a dar sentido e a dizer o que é o e o que pode ser a esta convivência gregária (e que depois vão se refletir na sociedade, e nela ganhar vida autônoma, como instrumentos civilizatórios e de fomento da autonomia dos indivíduos nestes termos verdadeiramente racionais-complexos).

moral institucional e o político, quando da aplicação do direito. Decisões que procurem se nortear por princípios fundamentais postos na Constituição, no que diz com esta tarefa de auxiliar na construção da convivência adequada em uma democracia constitucional em sentido amplo (atentando-se a princípios de alteridade e de identidade, tais como os da tolerância e da fraternidade, expressamente inscritos nos artigos 1º e 3º da CF/88, mas raramente mencionados pela doutrina). Decisões que passem a revalorizar uma busca do justo para o caso concreto, ao invés da pura homogeneização. Enfim, decisões que resgatem e recriem o novo papel fundamental da jurisdição no quadro do constitucionalismo contemporâneo, contribuindo para o assentamento e construção de democracias cada vez mais participativas, mormente no âmbito das periferias – para que, assim, não perca esta atividade estatal a sua própria razão de ser.

É, portanto, com a finalidade de trazer ao debate sobre a legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade todos estes aspectos que, nos itens seguintes, são abordadas matérias que: *primeiro* (item 1), tratam das origens remotas das conceitualizações universalizantes do direito em detrimento de uma busca pelo “justo casuístico”; *segundo* (item 2), tratam do reassentamento institucionalizado de uma “racionalidade simplificante” em detrimento de formas de “racionalidade complexa”, pensamento que resulta na vigência da indiferenciação das decisões judiciais, em detrimento de uma prescrutar por sua diferenciação suficiente⁶⁶¹; *terceiro* (item 3), que tratam do problema do **como se dá** a diferenciação suficiente e a legitimidade jurisdicional consequente; *quarto* (item 4), que tratam da inevitabilidade da consideração individual do caso, a partir de sua faticidade, como forma de se buscar “a” resposta correta na prestação jurisdicional e de, assim, se combater a arbitrariedade judicial, mas sem fechamento para a pluralidade e a diversidade do mundo, para a construção da legitimidade da jurisdição no âmbito de uma democracia constitucional em sentido amplo⁶⁶²; e, *quinto* (item 5), que tratam da questão de evitar-se que princípios constitucionais sejam reduzidos a “regras” passíveis de simplificada uniformização, perdendo seu potencial transformador da sociedade.⁶⁶³

1. Arqueologia da “desrealização” do jurídico. Das origens remotas das conceitualizações universalizantes no Direito e abandono da ideia de justo casuístico: o humanismo e o Direito, na visão de MICHEL VILLEY

As conceitualizações uniformizantes, que ignoram a individualidade do caso concreto e a busca da solução justa para cada situação irrepetível da realidade, típicas do positivismo e repristinadas insidiosamente nas reações pós-positivistas da modernidade presente, encontram raízes históricas e filosóficas muito profundas (anteriores mesmo que são ao surgimento do racionalismo cartesiano propriamente dito). Em verdade, remontam ao próprio início da *formação do pensamento jurídico moderno*, como extraordinariamente apanhado por MICHEL VILLEY já de há muito, nos seus cursos, reunidos em valiosa obra que leva exatamente esta mesma denominação⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ (a) iniciando-se a discussão do problema propriamente dito da diferenciação suficiente das decisões judiciais.

⁶⁶² (b) tratando-se, pois, do fulcral problema da discricionariedade (arbitrariedade) das decisões judiciais.

⁶⁶³ (c) cuidando-se aqui do problema da concretização dos princípios constitucionais por meio da prestação jurisdicional.

⁶⁶⁴ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. De Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Pois bem. Embora possa representar uma arriscada digressão, por sua complexidade e extensão, julga-se necessário engendrar alguma forma de resgatar essa realidade neste momento da investigação. Assim, ainda que de forma mínima, será possível mais bem lidar com a hipercomplexidade da problemática da insuficiência das concepções do direito e da jurisdição para o enfrentamento do multiverso que é a contemporaneidade, que mistura todas as resistências e reedições do positivismo, em elementos variados.

Para tanto é que se optou por selecionar o excerto da obra de VILLEY que trata do período histórico-filosófico do *humanismo* e de sua relação e influência sobre o pensamento jurídico moderno então em formação, como momento-chave precedente ao do racionalismo propriamente dito (tantas vezes já mencionado ao longo deste escrito⁶⁶⁵), para fins de exposição sumária também das condições que engendraram mais remotamente a crença nas uniformizações e idealizações jurídicas, depois acolhidas pelo positivismo⁶⁶⁶.

Só assim é possível revelar expressamente a imensa força fundante desta crença e pensamento, bem como o quanto ele se adapta (ou auxilia a moldar), em seus contornos mais fundamentais e viscerais, ao (o) *vetor contemporâneo da busca pela supressão do espaço das diferenças*, no campo do direito e da jurisdição – além da consequente enorme força desviante da legitimidade na prestação jurisdicional que possui, revigorada na modernidade presente.

Mas para que seja possível examinar de forma sucinta, e ainda assim, algo qualificada, toda esta questão, é necessário que se adote o expediente de buscar utilizar neste momento a mesma estrutura apresentada na obra original, trazendo-se à lume, aqui, apenas a síntese descarnada das impressionantes investigações de VILLEY acerca do tema tão intimamente conexo a este escrito, particularmente no que diz respeito a este tópico.

Daí porque se examina, adiante, com base nos mesmos títulos existentes na obra original já citada, a questão do papel do humanismo na formação do pensamento jurídico moderno (em 1.1), a partir de uma tentativa de síntese dos itens redigidos por VILLEY sob a denominação “a renascença das filosofias helenísticas” e “a jurisprudência humanística: algumas contribuições do humanismo à ciência jurídica moderna”⁶⁶⁷ – cujos resumos passarão a constituir, respectivamente, os itens 1.1.1 e 1.1.2 deste estudo

⁶⁶⁵ Para o trato similar deste momento histórico-filosófico específico remete-se o leitor ao **Título 2, “A época de Descartes”**, da Terceira Parte (“O pensamento jurídico moderno”) da mesma obra de MICHEL VILLEY (pp.581-739 – onde: apresenta-se um preâmbulo sobre a filosofia da priméria metade do século XVII, bem como discorre-se sobre a ciência moderna, FRANCIS BACON, PASCAL e DESCARTES; apresenta-se um primeiro capítulo sobre os primeiros sistemas do racionalismo jurídico, discorrendo-se sobre a obra de ALTHUSIUS, bem como de GRÓCIO; apresenta-se, finalmente, um segundo e último capítulo intitulado “Hobbes e a fundação do positivismo jurídico”, onde se discorre sobre HOBBS e teorias influentes do pensamento jurídico moderno). Também às obras de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA já muitas vezes referidas neste escrito, quais sejam: *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica* (especialmente nos capítulos (pp.102-145) 10, intitulado “O racionalismo moderno e a ciência do processo” – onde inclusive se aborda também a questão das raízes do conceitualismo moderno -, e 11, intitulado “ ‘Pessoalização’ do Direito real na ciência do processo”, onde se destaca a questão do moderno conceito de direito subjetivo e GUILHERME DE OCKHAM); bem como *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Isso, além de tudo mais a respeito deste período que consta ao longo desta investigação.

⁶⁶⁶ Cf. também a obra de HANS WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material* (Trad. Felipe Gonzalez Vicen. 2ª ed. Madrid: Aguilar, 1974.), que poderia servir de guia de utilidade e peso análogo nesta empreitada.

⁶⁶⁷ Esclarecendo, o que se tem adiante, portanto, é a síntese da seguinte parcela da obra já referida de MICHEL VILLEY: **Título 1 (“O Humanismo e o Direito)** da Terceira parte (“O pensamento Jurídico Moderno”), de *A formação do pensamento jurídico moderno*, op.cit., pp. p. 425 -580.

Espera-se que assim seja possível tornar mais densa e rica a abordagem dos pontos que se sucederão, esclarecendo de forma adequada questões geralmente implícitas, mas que em verdade são fundamentais para a compreensão mais profunda e crítica da relação proposta neste tópico entre “desrealização da jurisdição (como indiferenciação das decisões judiciais) na contemporaneidade” e a questão da busca por uma legitimidade da prestação jurisdicional atual – sem que se chegue a perder o fio condutor desta investigação.

1.1. O Humanismo e o Direito:

Introdução: o humanismo como via inaugural do pensamento jurídico moderno. Conceitualismo uniformizante, racionalismo e positivismo em gestação. As sementes da racionalização simplificante e da indiferenciação das decisões judiciais contemporâneas:

MICHEL VILLEY inicia sua exposição deste tema rememorando qual seria o *objetivo principal de sua investigação* como um todo, antes de abordar o humanismo do século XVI propriamente dito: “*a redescoberta da doutrina do direito natural*”, referindo-se especificamente a essa *noção extraída da antiguidade*⁶⁶⁸, e não àquela que veio posteriormente a lhe substituir, como ficará claro adiante. Refere⁶⁶⁹ que somente aquela doutrina da filosofia do direito, que tenha se constituído sobre a experiência jurídica e responda às necessidades do direito, mereceria essa denominação, só sendo possível enquadrar em tal categoria, então, as posições de ARISTÓTELES⁶⁷⁰ e de SÃO TOMÁS DE AQUINO⁶⁷¹.

Ora, uma tal contundente afirmação inaugural faz nascer, desde logo, um dever de esclarecimento acerca do que se pretende com a invocação de lições que partam de um tal propósito, no âmbito de uma investigação como a presente. Isso sob pena de, em não havendo tal esclarecimento, se autorizar ao eventual leitor a suposição (equivocada) de que a própria pesquisa ou investigação como um todo esteja baseada no pressuposto de um resgate do direito natural para aplicação direta às dificuldades hodiernas do pós-positivismo. E é evidente que este *não é* o desiderato aqui.

Assim, deve restar esclarecido desde o início: não se invocam tais lições a bem de se fazer a apologia de um direito natural transformado para a contemporaneidade, já que manifestamente seria incompatível tal iniciativa com compromissos adotados pelas democracias constitucionais da

⁶⁶⁸ Cf. as distinções feitas por HANS WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, op. cit., ao tratar nos capítulos I, II e III, respectivamente, do “direito natural da antiguidade”, do “direito natural cristão-medieval” e do “direito natural moderno” (referindo-se, aí, a HOBBS, GROCIÓ, PUFENDORF, LEIBNIZ e ROSSEAU).

⁶⁶⁹ Cf. VILLEY, M. *A formação do pensamento jurídico moderno*, op.cit., p. 426.

⁶⁷⁰ Sobre “A filosofia do direito de Aristóteles”, de se verificar o capítulo III, assim denominado, do título 1 (“Os precedentes da Antiguidade grega, romana e judaica”), da Primeira Parte (“A filosofia do direito nos teólogos do cristianismo (1).”) da obra de VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit. (pp.38-66).

⁶⁷¹ Sobre “A doutrina do direito de São Tomás”, de se verificar o capítulo III, assim denominado, do título 2 (“A teologia cristã e a filosofia do direito do século V ao século XIII”), da Primeira Parte (“A filosofia do direito nos teólogos do cristianismo (1).”) da obra de VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit. (pp.131-170). Também “A modernidade da doutrina jurídica de São Tomás”, capítulo I, assim denominado, do título 1 (“O franciscanismo e o direito. As fontes escolásticas medievais do pensamento jurídico moderno”), da Segunda Parte (“A filosofia do direito nos teólogos do cristianismo (2). Rumo ao pensamento jurídico moderno.”) da obra de VILLEY já referida (pp.181-197).

modernidade presente. O objetivo não é, pois, o de resgatar a ideia ou noção de direito natural⁶⁷² como solução para as dificuldades já referidas da atualidade. Antes, sim, o que se quer é, apenas e exclusivamente, demonstrar, por meio de mero escorço histórico (ainda que algo alentado) como se chegou ao estado atual de coisas - de “indiferenciação” das decisões judiciais como regra e de descaso pela busca do justo casuístico-, precisamente a partir das origens de um pensamento que acabou por transformar e desnaturar esta rica noção original do direito natural, desaguando, inclusive, em formas estritamente positivistas e racionalizadamente simplificantes posteriores⁶⁷³.

Tanto assim que a invocação de Dworkin⁶⁷⁴, adiante, como marco referencial teórico desta pesquisa também só faz confirmar isso, nos termos do que demonstram as notas que seguem e o que

⁶⁷² Não se trata, pois, de uma apologia do direito natural, muito menos, como se verá, daquele engendrado no século XVI-XVII, que se configurava nos termos do exposto por JOHN RAWLS em seu *História da filosofia moral*, respectivamente, às pp. 10 e 66 daquela obra: “Desse modo, o conceito de obrigação, de acordo com a maneira geral como era compreendido, no século XVII, repousava sobre a ideia de direito natural, ou direito divino. Essa lei nos é endereçada por Deus, que tem autoridade legítima sobre nós como nosso criador; é um preceito da razão divina, ou da vontade divina, e em ambos os casos nos conduz a aquiescemos a ele sob pena de sanções. E ainda que a lei ordene apenas o que é, no fim, bom para nós e para a sociedade humana, não é agindo conforme a ela, mas em vista de nosso bem, que satisfazemos nossa obrigação, mas antes agindo conforme ela na medida em que é imposta por Deus e em obediência à autoridade de Deus (Ver, por exemplo, LOCKE, ‘Ensaio sobre o entendimento humano’, L.II, Cap.28, §§4-15).” E, adiante: “...a doutrina do direito natural que advém do cristianismo medieval e que é encontrada em GRÓCIO, PUFENDORF e LOCKE. Lembremo-nos de que, para eles, a obrigação moral repousa na lei natural ou na divina. Essa lei nos é endereçada por Deus, que tem autoridade legítima sobre nós na qualidade de nosso criador; constitui um preceito da razão divina ou da vontade divina. Em ambos os casos somos conduzidos a aquiescer sob pena de sanções. E embora essa lei ordene apenas aquilo que, no todo, é bom para nós e para a sociedade humana, não é agindo conforme a ela, na medida em que assim agimos para nosso bem, que cumprimos nossa obrigação, mas antes agindo conforme a ela na medida em que é imposta por Deus e vendo a nós mesmos como obedientes à autoridade de Deus.” (RAWLS, John. *História da Filosofia Moral*. Trad. Ana Aguiar Contrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.). Nem mesmo se trata de uma defesa do direito natural, em oposição ao positivismo jurídico, sob uma perspectiva contemporânea, nos termos do apresentado por NEIL MacCORMICK, em *seu Argumentação jurídica e teoria do direito*, nos termos do que consta à p.78 daquela obra: “Examinando o tema a partir da perspectiva da controvérsia contemporânea, seria possível dizer o seguinte: é útil considerar como uma característica definidora do ‘positivismo jurídico’ o fato de todo ‘positivista’ autêntico sustentar que todas as normas que são normas de direito o são porque pertencem a um sistema jurídico específico, e que elas pertencem a esse sistema porque atendem a critérios formais de reconhecimento que atuam dentro desse sistema como uma efetiva ordem social prática” [cita-se: “Cf., por exemplo, HART e RAZ...”]. Os ‘advogados partidários do direito natural’ não negam necessariamente que os sistemas jurídicos estabeleçam processos legislativos cujos produtos servem como ‘lei válida’ porque satisfazem critérios de reconhecimento aceitos [cita-se: ‘Entre os partidários contemporâneos do direito natural, L.L.FULLER, por exemplo, certamente não negaria a questão – ver *The Morality of Law* (edição revisada, 1969, New Haven e Londres). SANTO TOMÁS DE AQUINO era da mesma opinião, como os seguidores contemporâneos. Veja *Summa Theologica*, Q.95, Art. 1 e 2, e seções seguintes; ou *Aquinas: Selected Political Writings* (org. A. P.D’Entreves, Oxford, 1959, pp. 127-45).]; mas acrescentam que, embora essa seja uma condição necessária, não é uma condição suficiente da validade de normas promulgadas. Para serem verdadeiramente válidas, essas normas devem cumprir ou pelo menos não estar em conflito com princípios mais básicos do direito, cuja condição de ‘lei’ não seja dependente de nenhum tipo de promulgação, ‘aceitação’ ou ‘reconhecimento’”. (MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.)

⁶⁷³ Cf. a respeito MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*..., op.cit., pp.74-77, particularmente excertos das pp.76-7.

⁶⁷⁴ DWORKIN também alerta sobre a impossibilidade de se acolher concepções de direito natural para a contemporaneidade nos termos de afirmações absolutas ou de afirmações relativas do direito natural, que, segundo explica em sua obra *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, teriam o seguinte sentido: “A expressão direito natural se refere a uma realidade moral objetiva pela qual as pessoas são dotadas de direitos morais fundamentais que não são criados nem por convenção, nem pelo costume, nem pela legislação, mas, antes, existem como um corpo de princípios morais independente. (...) A ideia de direito natural faz parte de duas afirmações muito diferentes, ambas controversas, que têm sido debatidas pelos filósofos do direito no decorrer dos últimos séculos. A primeira é uma afirmação de caráter absoluto sobre o critério último das normas de qualquer comunidade política. Alguns filósofos, entre os quais, Santo TOMÁS DE AQUINO, insistem que o direito natural seja tratado como o direito último de qualquer sociedade humana, de tal modo que as normas feitas pelos legisladores humanos, mesmo que estadistas que redigem as constituições, sejam consideradas inválidas – não sejam consideradas ‘normas’ de modo algum – quando contradizem essa lei moral ou divina fundamental. Alguns dos abolicionistas norte-americanos eram defensores do direito natural nesse sentido absoluto... (...) Não conheço, porém, nenhum estudioso que aplique esta teoria à Constituição norte-americana atual: ninguém diz que certas partes da Constituição não devem ser levadas em conta pelos juízes porque são imorais demais para serem consideradas normas.

mais se dirá ao longo deste capítulo, mormente quando da análise de sua tese da única resposta correta, através da visão de RODOLFO ARANGO, em item seguinte.

Nesse sentido e para este propósito é que as assertivas e as críticas de Villey postas adiante devem ser recebidas e compreendidas no âmbito deste trabalho.

Postos tais esclarecimentos iniciais, prossiga-se, então, na apresentação do esboço histórico-filosófico encetado por Villey, quanto ao ponto.

O autor refere adiante, para além do que já foi exposto de início, a relevância de se definir o que ele chama de os valores do direito⁶⁷⁵. Destaca que a educação nominalista normalmente recebida pelos juristas tem consequência de restringir o catálogo de seus valores apenas àqueles que interessam aos ‘indivíduos’ – ou aos grupos concebidos ficticiamente à maneira de indivíduos (‘pessoas morais’). Nesse sentido, “somente os indivíduos existem para o nominalismo”. E nesse contexto, o direito se resumiria apenas a um “conjunto de regras” com função coercitiva, uma “técnica”, um instrumento a serviço da economia ou da moral individual. O direito não teria um fim particular, nessa visão. “No pensamento contemporâneo”, afirma VILLEY, “o direito deixou de existir como atividade autônoma, perseguindo um valor específico.”⁶⁷⁶

A respeito disso a doutrina do direito natural teria a referir que no antigo realismo clássico se conhecia, ao contrário, a existência de (1) *valores cujos suportes seriam conjuntos* (porque para tal filosofia pode existir algo mais que os indivíduos). Nesse particular é que se destacaria *o valor do justo*, que seria analisado numa relação entre as partes do conjunto de um grupo social, entendido como *partilha harmoniosa dos bens entre os membros desse grupo* (‘*suum cuique tribuere*’). *O justo* assim entendido poderia ser o fim específico do direito, um fim diferente da moral ou da economia

A segunda afirmação que faz apelo à idéia de direito natural é muito diferente e muito mais popular. Não é absoluta, mas interpretativa: não diz que as normas imorais são inválidas, mas que as normas abstratas, vagas ou obscuras – entre as quais, os artigos abstratos da Constituição – devem ser interpretadas, na medida em que a linguagem o permita de modo que se amoldem aos direitos morais objetivos que, segundo a doutrina do direito natural, as pessoas têm. Segundo a visão interpretativa, quando os juízes têm de decidir, por exemplo, se um determinado tipo de castigo vai contra a condenação de castigos ‘cruéis e iníquos’ imposta pela Oitava Emenda, devem, antes de decidir, perguntar-se quais castigos são efetivamente cruéis segundo os fatos morais objetivos; e, quando têm de decidir se uma determinada norma vai contra o ‘devido processo’ prescrito pela Décima Quarta Emenda, têm de perguntar-se se a norma vai contra um direito moral objetivo importante.” E, concluindo, mais adiante, diz Dworkin: “... ***Não tenho a intenção de endossar a tese interpretativa do direito natural que Thomas adota, a qual, como ele mesmo explicou em seus artigos, só torna pertinentes para as decisões as opiniões dos juízes sobre a realidade moral objetiva. Thomas ignorou um elemento essencial no trabalho do juiz de causas constitucionais: como todos os demais juízes, os juízes que estão na Suprema Corte sempre têm de curvar se perante a integridade do direito, o que significa que, por mais que sejam pessoalmente comprometidos com certos princípios morais, não podem fazer uso de princípios que não possam ser apresentados como coerentes com a história geral das decisões passadas da Suprema Corte e a estrutura geral da prática política norte-americana [integridade como uma restrição jurídica, segundo o exposto em O Império do Direito, conforme referência na passagem feita pelo próprio Dworkin]. Porém, não é incomum que princípios políticos radicalmente diferentes, dos quais se deduzem, numa determinada causa, resultados também muito diferentes, possam ser apresentados como coerentes com as decisões do passado; nesse caso os juízes não tem escolha: têm de simplesmente decidir por si mesmo o que preferem, baseando-se em sua moralidade política geral.***[afirmação que faz apenas para deixar claro que há de se enfrentar o mito da neutralidade moral e o de que a política não importa em questões judiciais]” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp.506-7 e 510, respectivamente - destaquei). Assim, ao se adotar, adiante, posturas similares a estas de Dworkin, tais como destacadas, ***resta finalmente esclarecido que tampouco se enceta aqui a defesa de um direito natural em qualquer uma destas suas atuais versões possíveis*** (a afirmação absoluta ou relativa do direito natural, segundo Dworkin).

⁶⁷⁵ Id. Ibid., p.427.

⁶⁷⁶ Idem.

política, restando salvaguardada, dessa forma a autonomia política do direito. E, conclui VILLEY, foi isso tudo que o sentido moderno perdeu.⁶⁷⁷

As próprias (2) *fontes do direito natural em sua antiga concepção clássica* foram perdidas, segundo ele. E assim o rótulo do “direito natural” aplica-se, na atualidade, a algo muito diverso do que constava como tal na origem remota da expressão⁶⁷⁸. É excerto fundamental colhido da obra de VILLEY, para a adequada compreensão deste ponto, o seguinte:

Em nossos dias confunde-se habitualmente o direito natural com um direito ‘racional’ que seria deduzido dos preceitos de nossa razão ou, o que dá quase na mesma, de *uma definição abstrata da ‘natureza do homem’ individual*. É o que *querem o racionalismo ou o idealismo modernos*. Não há nada disso na filosofia clássica, na qual **o direito natural tinha autenticamente por fonte a observação da natureza, da natureza em seu conjunto, de uma natureza ‘cósmica’, ou seja, do mundo exterior naturalmente organizado, dos grupos sociais, das ‘pólis’, espontaneamente vindos á existência – e que podem servir de modelos porque a produção de ‘pólis’ justas, naturalmente justas, é necessariamente prévia à ‘idéia’ que delas extraímos**.

Mas a palavra ‘natureza’ e a expressão ‘natureza das coisas’, que curiosamente voltou a estar na moda faz alguns anos, são enganosas para nós. *Educados sob a influência difusa do cartesianismo, temos da ‘natureza das coisas’, do mundo exterior, uma visão pobre, materialista, quantitativa e mecanicista*. Como uma ‘natureza das coisas’ pode ser fonte de direito? É impossível recuperar a antiga noção de direito natural sem sacudir essas confusões, sem remontar a uma concepção completamente diferente da ‘natureza’. **Na natureza exterior, não nos recusaremos a ver uma ordem, harmonia e, nos movimentos naturais, um sentido e ‘causas finais’**: nesse caso, não será nem um pouco absurdo pretender extrair dela o direito. Mas quanto esforço filosófico temos de empenhar para fazer reviver essa acepção autêntica do direito natural⁶⁷⁹, ou de seu ‘ersatz’ contemporâneo, a ‘natureza das coisas’.⁶⁸⁰

Ou seja, no ponto VILLEY fala de uma possível ordem e harmonia aferível diretamente da natureza exterior das coisas. Nisso a possibilidade do direito “natural”, não na interior natureza humana individual.

O autor destaca, ainda, a (3) **necessidade de redescobrir a “lógica” que corresponde à doutrina clássica do direito natural** (porque é peça essencial e sem ela não se pode compreender o seu funcionamento efetivo). Isto é, refere-se à *necessidade de se regastar um ‘método’ dialético e casuístico (não-dedutivo), que seria aquele utilizado pelos antigos para a busca do direito*⁶⁸¹. Afirma que *desde o cartesianismo os juristas adquiriram uma idéia muito empobrecida da lógica, copiada mais do modelo das matemáticas ou das ciências físicas modernas que da experiência do direito*. Esta *lógica reduzida, principalmente a dedutiva*, procede, sobretudo, de cima para baixo, dos princípios para as consequências, assim como das causas para os efeitos. Fala-se principalmente de dedução a partir das normas, em métodos de interpretação do direito, o que combinaria com os preconceitos do positivismo legalista ou, de modo mais geral, com o normativismo de nosso tempo: *o direito é regra, ou o que se tira ou se deduz a partir das regras*.⁶⁸²

⁶⁷⁷ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno...*, op.cit., p.428.

⁶⁷⁸ O que torna não só ainda mais insustentável pensar-se em efetiva aplicação atual do direito natural, mas impede mesmo a percepção da utilidade que o direito natural da antiguidade teria a oferecer ainda hoje: o vislumbre de uma busca pelo justo casuístico como algo essencial ao Direito.

⁶⁷⁹ Apenas para fins de servir de vislumbre que ilumina as possibilidades e fins essenciais do direito.

⁶⁸⁰ Id.ibid., pp.428-9 (destaques apostos).

⁶⁸¹ Id.ibid., pp.429-430.

⁶⁸² Cf. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, no artigo “Justiça do caso e justiça da lei”, publicado na *Revista Forense* n.400, op.cit., p.190, a respeito do tema: “ Uma distinção básica aparece, por exemplo, quando comparamos o conceito de ‘regra jurídica’, tal como nós o compreendemos, com o conceito de ‘regula iuris’, empregado pelos juristas romanos daquele

O autor destaca que os trabalhos de CHAIM PERELMAN e de A. GIULIANI teriam aberto novos horizontes sobre a lógica de Aristóteles e da Idade Média: em verdade, *a dialética teria sido parte integrante e não negligenciável do ‘órganon’ aristotélico*; suas regras receberam nas escolas de retórica da Antiguidade um desenvolvimento magnífico; foram praticadas no mundo escolar medieval, principalmente nos séculos XII e XIII, tanto em teologia e em filosofia como em direito. Como diz o autor, *essa dialética constituía a lógica do direito*, tão surpreendente, tão estranha às nossas teorias.

Exorta⁶⁸³, a partir daí, então, VILLEY:

Paremos de conceber o direito como ‘um conjunto de regras’ dadas, do qual se inferiria a solução por via dedutiva. Para os clássicos, o ‘direito’ não é sinônimo de ‘leis’; ele é um valor a ser perseguido; a boa solução que se busca a fim de resolver os processos, A solução justa (‘dikaion’; ‘id quod justum est’).(....)

O ‘direito’ propriamente dito consiste na solução que se busca (que Graciano encontrará, por exemplo, em cada *causa particular*, pela confrontação dos textos).

Ora, a lógica dialética fornece o instrumento adequado para essa busca – uma busca que recomeça incansavelmente em cada caso; esse método é o casuístico. Os jurisconsultos romanos, assim como os da Idade Média, escreveram sobretudo obras de casuística jurídica; por isso permanecem sempre perto dos fatos da ‘causa’ capazes de extrair a solução dos fatos objetivos (‘*ex facto jus oritur*’), *de haurir os fatos da natureza*.⁶⁸⁴

E diz o autor adiante que espera conseguir demonstrar que esse era um instrumento de conhecimento perfeitamente adaptado ao direito e bem mais complexo e refinado que o raciocínio dedutivo. Afirma, ainda, que é um método que hoje foi perdido, que os juristas não sabem mais praticar, porque é sufocado pela lógica dedutiva, e por isso tudo parece ser essencial jogar luz sobre ele, se se quiser compreender algo da antiga doutrina do direito de Aristóteles e de São Tomás.

Faz-se, então, a conexão entre estas questões, o seu objetivo principal do trabalho como um todo, antes confessado por VILLEY - qual seja, o de *visar à renascença da filosofia clássica do direito natural* - e a discussão relativa ao ponto em análise, no contexto da busca das origens da formação do pensamento jurídico moderno, ao afirmar: “*Se não diferenciarmos primeiro o barro do pensamento moderno, jamais obteremos o ouro da filosofia clássica. É por isso que a redescoberta da concepção do direito passa necessariamente pela história do pensamento jurídico moderno.*”⁶⁸⁵ E essa

período [refere-se ao período clássico do direito romano]. *Para nós, o direito nasce da lei, portanto, nasce da regra posta pelo legislador.* Há porém, um famoso texto recolhido pelo Digesto, em que Paulo mostra o **sentido inverso** do que então se entendia por ‘*regula iuris*’. Diz o célebre jurista: ‘*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non est regula ius sumatum, sed iure quod est regula fit*’ (‘É regra aquilo que descreve brevemente uma coisa. Não que o direito nasça da regra, mas é a regra que se abstrai do direito existente’).

A regra não produzia, como agora, o direito. Ela não passava de uma *síntese apropriada do que era, nas circunstâncias dadas, o direito existente*. A ‘*regula*’, sempre relativa a um caso, resulta de um prolongado trabalho dos juristas, tentando reduzir aquele direito a uma locução singela, de modo que ele pudesse ser expresso numa frase sumária (‘*breviter enarrat*’), portanto, um *posterius* relativamente ao direito, ou seja, um modo sintético de traduzi-lo.

A extraordinária inversão de sentido a que está submetido o direito moderno faz parte de nossa cultura e determina, inexoravelmente, a maneira como o compreendemos e o praticamos, o direito como sistema, o direito gerado por um ordenamento jurídico. É assim que o concebemos. (...) *A verdade é que os juristas modernos não conseguem pensar o direito a partir do caso; não conseguem pensá-lo através do problema. (...) Somos herdeiros da cultura européia das ‘uniformidades’, que devota um profundo desprezo pelas diferenças.*” (destaques apostos).

⁶⁸³ E, de novo, repita-se, tomando-se aqui tal exortação apenas para que se resgate o sentido do essencial no direito.

⁶⁸⁴ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*...., op.cit., p.431 (destaques apostos).

⁶⁸⁵ Id.Ibid., p.433- destaques apostos.

anotação é de suma relevância, porque parece sintetizar não só o propósito e método da obra de VILLEY como um todo, mas também *a finalidade de sua alentada menção neste ponto crucial da presente investigação sobre a legitimidade da prestação jurisdicional*, na medida em que bem se demonstra, a um só tempo, (a) até onde o conceitualismo universalizante levou a prestação jurisdicional, e (b) qual seria, em princípio, uma primeira possível via de retorno, apta a contribuir para o resgate de sua legitimidade (qual seja, a da busca transformada do “justo casuístico”⁶⁸⁶).

Nesse ponto, aquele autor destaca que foi justamente por isso que escolheu como tema de estudo histórico a passagem da filosofia jurídica aristotélica para o positivismo⁶⁸⁷, presente o abandono do direito natural de assim dispor integralmente sobre as vidas de seus súditos. Ocorre que a partir de sucessivas transformações ele passa a ser, não só insuficiente, como oportunizador de novas espécies de arbítrio (do que são exemplos os decisionismos, na esfera do judicial, para os casos ditos “difíceis”, em teorias da modernidade relativamente recente, como as de HART, no século XX). Nesse sentido, o alerta de STRECK: “*Na verdade, embora o positivismo possa ser compreendido no seu sentido positivo, como uma construção humana do direito enquanto contraponto ao justnaturalismo, e tenha, portanto, representado um papel relevante em determinado contexto histórico, no decorrer da história ele acabou se transformando* – e no Brasil essa questão assume foros de dramaticidade – *em uma concepção matematizante do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico*. Com efeito, se o formalismo e positivismo marca(ram) indelevelmente o pensamento jurídico moderno, no Brasil é possível dizer que em muitos aspectos (ainda) se confundem, isto porque se engendrou um imaginário jurídico *atrelado, ao mesmo tempo, ao formalismo e às suas insuficiências para explicar o direito e a realidade (o direito é concebido no plano abstrato e entendido como sendo apenas um objeto histórico-cultural) e ao positivismo*, com suas características..., *proporcionando a discricionariedade do juiz, que acaba se transformando em arbítrio judicial (ou decisionismos voluntaristas)...*” (*Verdade e Consenso*, op.cit., p.385-6, nota n.18, destaquei.). Daí as necessidades, postulações e transformações do pós-positivismo, e, particularmente, do neoconstitucionalismo. E - para além disso, à vista das reações positivistas na contemporaneidade -, daí a necessidade de reencontrar as razões e as fontes da concepção do jurídico na modernidade. Não para que o positivismo seja ignorado em seu valor, mas para que seja efetivamente transformado pelas necessidades contemporâneas a partir da consideração do que se perdeu no curso da história e do que tanto mais se fez neste correr dos tempos, em termos de desenvolvimento do pensamento humano. Nisso o valor, por exemplo, de se resgatar a ideia do justo casuístico da antiguidade, ou o significado de direito natural que lhe dava suporte, ou, ainda, a importância de indagar-se acerca do significado da “faticidade” retomada ao mundo por certas concepções filosóficas mais recentes, para o enfrentamento de abstrações conceitualistas e universalizantes que impedem a consideração da vida pelo direito, mesmo na contemporaneidade; ou para o enfrentamento do decisionismo judicial em que acaba por se ter de desembocar em função destas insuficiências idealizantes do pensamento positivista renitente, quando se necessita dar solução aos complexos casos da contemporaneidade. E nisso, pois, a utilidade e premência mesmo de toda esta discussão (que justifica de forma plena inclusive a presente digressão), assim ampliada e posta a descoberto, para o tratamento da questão da construção da legitimidade da prestação jurisdicional na modernidade presente, *quando, por conta de tudo o que já disse, “...tem ficado visível que o positivismo não tem como tratar da questão da legitimidade do direito”, enquanto a “...a legalidade ocupa o lugar da legitimidade* (ver GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp.30 e segs.)” (STRECK, op.cit., p.386, nota - destaquei) .

689 Id.Ibid., p.434.

⁶⁸⁶ Nunca parece demasiado repetir: não pela via da atual aplicação impossível de uma noção de direito natural, mas pelo resgate de uma noção essencial dos profundos contornos e da finalidade do direito, e, portanto, de sua aplicação.

⁶⁸⁷ Nesse passo talvez seja importante recordar, em virtude da extrema complexidade destas questões, que, *num determinado contexto histórico e sob determinados moldes, o positivismo não tem um sentido negativo*, fundando mesmo a possibilidade filosófico-histórica inicial de uma fuga do puro arbítrio ilimitado dos soberanos, inclusive e principalmente dos que se julgassem detentores do direito natural de assim dispor integralmente sobre as vidas de seus súditos. Ocorre que a partir de sucessivas transformações ele passa a ser, não só insuficiente, como oportunizador de novas espécies de arbítrio (do que são exemplos os decisionismos, na esfera do judicial, para os casos ditos “difíceis”, em teorias da modernidade relativamente recente, como as de HART, no século XX). Nesse sentido, o alerta de STRECK: “*Na verdade, embora o positivismo possa ser compreendido no seu sentido positivo, como uma construção humana do direito enquanto contraponto ao justnaturalismo, e tenha, portanto, representado um papel relevante em determinado contexto histórico, no decorrer da história ele acabou se transformando* – e no Brasil essa questão assume foros de dramaticidade – *em uma concepção matematizante do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico*. Com efeito, se o formalismo e positivismo marca(ram) indelevelmente o pensamento jurídico moderno, no Brasil é possível dizer que em muitos aspectos (ainda) se confundem, isto porque se engendrou um imaginário jurídico *atrelado, ao mesmo tempo, ao formalismo e às suas insuficiências para explicar o direito e a realidade (o direito é concebido no plano abstrato e entendido como sendo apenas um objeto histórico-cultural) e ao positivismo*, com suas características..., *proporcionando a discricionariedade do juiz, que acaba se transformando em arbítrio judicial (ou decisionismos voluntaristas)...*” (*Verdade e Consenso*, op.cit., p.385-6, nota n.18, destaquei.). Daí as necessidades, postulações e transformações do pós-positivismo, e, particularmente, do neoconstitucionalismo. E - para além disso, à vista das reações positivistas na contemporaneidade -, daí a necessidade de reencontrar as razões e as fontes da concepção do jurídico na modernidade. Não para que o positivismo seja ignorado em seu valor, mas para que seja efetivamente transformado pelas necessidades contemporâneas a partir da consideração do que se perdeu no curso da história e do que tanto mais se fez neste correr dos tempos, em termos de desenvolvimento do pensamento humano. Nisso o valor, por exemplo, de se resgatar a ideia do justo casuístico da antiguidade, ou o significado de direito natural que lhe dava suporte, ou, ainda, a importância de indagar-se acerca do significado da “faticidade” retomada ao mundo por certas concepções filosóficas mais recentes, para o enfrentamento de abstrações conceitualistas e universalizantes que impedem a consideração da vida pelo direito, mesmo na contemporaneidade; ou para o enfrentamento do decisionismo judicial em que acaba por se ter de desembocar em função destas insuficiências idealizantes do pensamento positivista renitente, quando se necessita dar solução aos complexos casos da contemporaneidade. E nisso, pois, a utilidade e premência mesmo de toda esta discussão (que justifica de forma plena inclusive a presente digressão), assim ampliada e posta a descoberto, para o tratamento da questão da construção da legitimidade da prestação jurisdicional na modernidade presente, *quando, por conta de tudo o que já disse, “...tem ficado visível que o positivismo não tem como tratar da questão da legitimidade do direito”, enquanto a “...a legalidade ocupa o lugar da legitimidade* (ver GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp.30 e segs.)” (STRECK, op.cit., p.386, nota - destaquei) .

⁶⁸⁸ Parece ser de particular valor e interesse, neste ponto, por aparentemente enriquecer as colocações de Villey, a apresentação feita por HANS WELZEL (*Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, op.cit., pp.170 e ss.) do que ele denomina de “El derrubamiento del Derecho natural y la pervivencia de sus problemas materiales”, ao abrir o capítulo IV de sua obra, intitulado “El idealismo alemán (KANT y HEGEL)”. De recordar-se dos ensinamentos de Kant, acerca do fundamento de vinculatoriedade das leis morais que “no puede buscarse em la naturaleza del hombre o em las circunstancias del mundo en que está situado..., sino solo, ‘a priori’, en conceptos de la razón pura”, como refere WELZEL às pp. 175 e ss. Como refere ainda WELZEL, “Kant separa, por eso, tajantemente la metafísica de las costumbres, purificada cuidadosamente de todo elemento empírico, y la antropología práctica. Toda filosofía moral descansa completamente en su parte pura, y aplicada al hombre no toma nada del conocimiento de este (antropología), sino que le da, como a un ser racional, leyes ‘a priori’.” (op.cit., p.175 – destaquei).

⁶⁸⁹ Id.Ibid., p.434.

Diz, ainda, que até esse momento daquele seu estudo, as filosofias que concorreram para essa obra de “destruição” manifestaram-se como obras de teologia. É que do Baixo Império até o século XVI sempre esteve tratando com uma literatura de clérigos. E de fato, ela veicula muitas noções contrárias ao direito natural da antiguidade, como por exemplo, a noção bíblica de justiça que impregna a obra de Santo Agostinho, e o agostinismo medieval como um todo (cujo triunfo acarreta a perda do conceito aristotélico de justiça particular como fim específico do direito); a noção bíblica de Lei, que se torna a fonte principal, ao invés daquela de “natureza”, de um direito desde então confundido com moral. Foi assim que a Alta Idade Média, afastando-se da cultura clássica e do direito romano, perdeu o segredo do direito natural e tendeu a substituí-lo por uma espécie de positivismo dos textos divinos revelados. Aparentemente é a mesma corrente de pensamento religioso agostiniana⁶⁹⁰ que continua na obra da *escolástica* franciscana⁶⁹¹, no *nominalismo* de OCKHAM⁶⁹², e depois, de novo, no pensamento de LUTERO e CALVINO⁶⁹³ e, até mesmo confusamente misturada com a linguagem tomista, na escolástica espanhola do século XVI.

Contudo, conclui o autor:

Contudo, minha opinião não é a de que o positivismo moderno tenha sua fonte no cristianismo. (...) O verdadeiro *duelo* entre *direito natural* e *positivismo* (mesmo que às vezes se insira em tratados de teologia) deu-se portanto bem mais no terreno da filosofia profana.

Precisamente *no século XVI renasce uma cultura profana*. Um novo campo de investigação se abre diante de nós: *todo o humanismo*, Rabelais, Montaigne, Erasmo, Vivès, Justo Lípsio; e à volta deles uma enorme quantidade de nomes mais ou menos esquecidos; e por intermédio deles outros autores que eles fizeram reviver, pois o produto do esforço deles *é um renascimento*. Mais que engendrar doutrinas originais, a obra do humanismo foi sobretudo a dos eruditos que reencontraram, dos filósofos que *repensaram e revalorizaram filosofias antigas que a cultura medieval desprezara*. Trata-se principalmente das *doutrinas ditas helenísticas*, produtos tardios da Antiguidade, posteriores ao declínio de Atenas e às grandes conquistas de Alexandre, transmitidas pelos autores latinos – como o *estoicismo, o ceticismo e o epicurismo*. *O pensamento da Europa moderna e o positivismo moderno têm certamente suas raízes em filosofias pagãs*.⁶⁹⁴

Diz-se, ainda, na obra de referência em foco, que o primeiro passo para bem investigar a questão presente, da forma como o direito perdeu a noção da relevância da busca eterna pelo justo do caso, em sua individualidade, é estudar esse renascimento; o segundo, acompanhar seus efeitos sobre a literatura do direito. Nesse ponto destaca-se que, assim, “constatar-se-á que *a renovação das doutrinas helenísticas* efetivamente *provocou, a partir do século XVI, a corrupção das idéias de direito, de*

⁶⁹⁰ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit., no título 2 (“A teologia cristã e a filosofia do direito do século V ao século XIII”, pp.75-170), particularmente no seu capítulo I (“A doutrina do direito de Santo Agostinho”, p.75-107.), da Primeira Parte da obra, denominada “A filosofia do direito nos teólogos do cristianismo” (p.3-170).

⁶⁹¹ Sobre “A escola franciscana e a filosofia de Duns Escoto”, de se verificar o capítulo II, assim denominado, do título I (“O franciscanismo e o direito. As fontes escolásticas medievais do pensamento jurídico moderno”), da Segunda Parte (“A filosofia do direito nos teólogos do cristianismo (2). Rumo ao pensamento jurídico moderno.”) da obra de VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit. (pp.198-220).

⁶⁹² Sobre “a filosofia jurídica de Guilherme de Ockham”, referindo a vitória do nominalismo e o positivismo de Ockham, vide o capítulo III, da Segunda Parte da obra de M. VILLEY, intitulada “A filosofia do Direito nos teólogos do Cristianismo (2). Rumo ao pensamento jurídico moderno.” (Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit., p.171-299.).

⁶⁹³ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit., no título 2 (“A reforma protestante e a reforma católica”, pp.299-424), da Segunda Parte já referida da obra.

⁶⁹⁴ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit., p.435 (destaques apostos).

direito natural, de natureza das coisas, ou de *método dialético na busca da solução justa* – tal como as tinha explicitado a filosofia dos clássicos.”⁶⁹⁵

E conclui VILLEY esta sua introdução, acerca desta problemática remota, de reflexos ainda tão candentes na contemporaneidade, nos seguintes termos: “O humanismo tem o futuro pela frente; *continuará a florescer no pensamento dos séculos XVII e XVIII*; os autores que acabo de citar, cada um na sua esfera, RABELAIS, MONTAIGNE, ERASMO, BODIN, DONEAU, GRÓCIO, são, poderíamos dizer, os primeiros clássicos de nossa cultura moderna. [É] *a jurisprudência humanista*, [pois, que] *abre a via do pensamento jurídico moderno*”⁶⁹⁶, mais tarde completada pelo racionalismo cartesiano e pela consolidação do positivismo noutros autores daquele período. E nisso *as raízes da uniformização redutora e simplificante das idealizações e racionalizações*⁶⁹⁷, *hoje refletidas na reedição vigorosa da indiferenciação das decisões judiciais contemporâneas*.

Todavia, para que realmente seja útil à investigação acerca dos caminhos da construção de uma legitimidade da prestação jurisdicional contemporânea, é impositivo que esta digressão se alongue ainda mais, tratando de demonstrar brevemente como isso tudo pode ter se operado na renascença das filosofias helenísticas do humanismo – o que será objeto de 2.1.1.1 -, e como os efeitos do fenômeno se projetaram sobre a dita ciência jurídica moderna – o que será feito em 2.1.1.2 -, consolidando a crença nos engessamentos uniformizantes de uma forma que apresenta ainda hoje forte peso no imaginário do senso comum jurídico.

2.1.1. A renascença das filosofias helenísticas

a) Breve introdução específica: O objetivo deste subitem é expor uma breve, mas suficientemente consistente apresentação do período de renascimento das chamadas filosofias helenísticas (estoicismo, epicurismo, ceticismo), ocorridas durante o humanismo do século XVI, justamente para que se torne em alguma medida compreensível o processo histórico que determinou o nascimento do direito como ainda é visto hoje na cultura da qual países da tradição do Brasil fazem parte. Além disso, para que, de forma concomitante, se esclareça o modo como isso determinou o afastamento da chamada ciência jurídica da realidade e da ideia de “justo casuístico” cultivada na antiguidade, mais particularmente na visão aristotélica do tema. Tal desiderato deverá ser alcançado a

⁶⁹⁵ Id., Ibid., p.435-destaquei.

⁶⁹⁶ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno...*, op.cit., p.436 (destaques apostos).

⁶⁹⁷ Cf. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em seu *Jurisdição e Execução...*, op.cit., p.107, ao referir que “*as raízes do ‘conceitualismo’ moderno, responsável pela criação do chamado ‘mundo jurídico’ e pelo extraordinário divórcio entre as criações puramente normativas do Direito e o mundo social*, a que depois Kant emprestaria seu prestígio e autoridade – de que se fez arauto Savigny, no campo da doutrina jurídica (v. Hans Hattenhauer, ‘Conceptos fundamentales del derecho civil’, p.202) -, *podem ser descobertas nas vertentes ideológicas presentes no pensamento dos filósofos do século XVII, particularmente em HOBBS e LEIBNIZ; o primeiro, tanto quanto DESCARTES, integrante da corrente voluntarista, originária da filosofia medieval de DUNS SCOTO e OCKHAM (Michel Villey, ‘Seiz essais de philosophie du droit’, Cap. X), para os quais o direito –como depois vulgarizou-se na doutrina moderna –era expressão da vontade do soberano; o último a reivindicar, tanto para a moral quanto para o direito, o ‘status’ de ciências racionais, puras, a prescindir da experiência, como igualmente Descartes preconizava para todos os gêneros de conhecimentos verdadeiros.*” Como se vê, o autor utilizado por Ovídio é precisamente VILLEY, e, em realidade, por tudo o que já se disse, não se ignora, na passagem ora citada, o período específico do humanismo, senão destaca-se um período maior, que vai de um ponto anterior (filosofia medieval de Duns Scotto e Ockham) a um ponto posterior (filosofia de Hobbes e Leibniz) ao humanismo, englobando-o, e, pois, de certa forma, corroborando tudo o quanto aqui se coloca, bem como a relevância do período para a compreensão adequada da problemática que ora se investiga e tem importantes reflexos na contemporaneidade.

partir de uma relativamente sumária exposição, o que recomenda a persistência na técnica de tentar sintetizar, quase que de forma esquemática, as colocações já ordenadas de M. VILLEY, na obra de referência adotada para o ponto, seguindo-lhes os passos na máxima medida possível.

Dando início a tal labor focado neste propósito ora esclarecido, tem-se que VILLEY afirma essencialmente, no tópico de sua obra em exame posto sob epígrafe idêntica a deste subitem, que o interesse dos círculos humanistas europeus do século XVI, antes do que qualquer coisa⁶⁹⁸, parece ter se voltado para a vida privada. Ou seja, para as *questões de ordem moral* (e não para as questões de religião, também politicamente candentes demais na época), para a *erudição histórica*, para a arqueologia, pendendo, enfim, mais tarde, para *as técnicas*, a física, a matemática e a engenharia, tudo engendrando uma real *expansão das ciências exatas* – e, em verdade, tudo por que nada disso parecia então ameaçar a ordem vigente e o poder dos príncipes.⁶⁹⁹

Talvez, diz VILLEY, seja, sobretudo, a partir dessa mudança de perspectiva que se poderá explicar a mudança dos princípios de direito, pois o renascimento criativo nas artes, na ciência, na moral, na psicologia (com expoentes comuns como Descartes e Francis Bacon) terá incrível repercussão sobre a filosofia e afetará profundamente o pensamento jurídico moderno. Todavia, ainda assim, esse conjunto de observações que levam a marca da atualidade não é a principal fonte da cultura do século XVI, eis que só se pode traçar o quadro do começo da cultura da Europa moderna, segundo afirma o mesmo autor, a partir das leituras dos humanistas das fontes antigas.⁷⁰⁰

Nesse ponto é que começa a se tratar mais especificamente *da filosofia do humanismo e de seus componentes*. E, para tanto, VILLEY faz questão de ressaltar desde logo algo que é fundamental na sua tese e bastante útil para os propósitos da presente investigação: a filosofia do período que conhecemos como humanismo do século XVI é, em verdade, *um retorno a determinadas fontes muito específicas da Antiguidade*.

b) A filosofia do humanismo e seus componentes: o retorno às fontes da Antiguidade tardia e a rejeição do pensamento aristotélico: Afirma-se, nesse passo, pois, que a civilização moderna tem suas raízes espirituais na Antiguidade, eis que o humanismo (aliás, este é o sentido originário da palavra) é acima de tudo um retorno às fontes da Antiguidade greco-latina, uma ‘renascença’.⁷⁰¹ Mas, o mais importante: afirma-se que essencialmente o que há de original e distingue o humanismo - e por isso até mesmo justifica a sua abordagem na presente investigação sobre a legitimidade jurisdicional contemporânea -, é a verdadeira *escolha* que ele faz *entre as fontes da Antiguidade*. Isso porque, como será visto posteriormente, o resgate de determinadas fontes da Antiguidade, com o abandono do pensamento aristotélico – até como forma de ruptura com a Idade Média, onde, através de determinadas filtragens, se deu ênfase àquele pensamento do estagirita -, teve reflexos determinantes, mais tarde, justamente sobre a questão da idealização e universalizações conceitualistas que passaram a vigorar no direito, apartando-o da realidade e da individualidade casuística, bem como da noção de busca de um justo do caso concreto.

⁶⁹⁸ Até em função do quadro social e político daquele período, quando se formam os Estados absolutos e, assim, desaparecem as condições para uma investigação política livre, surgindo um “conformismo” em política que parece melhor corresponder aos interesses da burguesia.

⁶⁹⁹ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit., p.438.

⁷⁰⁰ Id., Ibid, p.438-9.

⁷⁰¹ Id., Ibid, pp.439-440.

O fato é que, segundo VILLEY, resgatam-se nesse período histórico, em essência, *as doutrinas estoicas* (Sêneca e Marco Aurélio, *v.g.*), *epicuristas* (Lucrecio) e *céticas* (Heráclito, Cícero – embora este seja apresentado como pensador “ecclético” por Villey) –, ou seja, fontes romanas, latinas, com raízes na antiguidade grega mais recente. Exemplifica-se esta realidade com as fontes dos “Ensaio” de MONTAIGNE⁷⁰², no século XVI, onde se encontra um pulular de citações de poetas, historiadores e filósofos (em sentido amplo) das ditas épocas referidas, diretamente (ou seja, ignorando-se a Idade média): Plutarco, Diógenes Laércio, Sexto Empírico, em grego; em latim, há Sêneca, Lucrecio, Cícero.

O relevante aqui é considerar que a partir disso se estabelece uma nítida *diferença* entre o pensamento do período e aquele verificado anteriormente, *na Idade média*: 1) há um *abandono de Aristóteles* (já revelado pelo catálogo de autores de preferência dos humanistas, representados pelo exemplo destacado anates), que continua a ser ainda conhecido entre os filósofos do humanismo, mas que parece demasiadamente ligado às escolas da Idade Média, repudiadas na época, com inúmeras consequências relevantes para a formação do pensamento jurídico moderno; 2) surge uma *vigorosa corrente de retorno a Platão* (e por trás disso, a nova concepção ‘ideal’ do direito, separando “direito” e ‘fato’⁷⁰³, como em Bodin e Grócio⁷⁰⁴, sendo que a influência de Platão ainda se fará sentir e explicará a oposição que o cartesianismo fará entre o espírito e o mundo dos corpos, seu desprezo pela experiência sensível, a ressurgência do idealismo na filosofia moderna⁷⁰⁵ – tudo incidindo sobre o direito⁷⁰⁶; 3) *o humanismo volta-se preferencialmente para autores latinos* (ao invés de gregos);

⁷⁰² Sobre MICHEL DE MONTAIGNE (1533-1592), há edição em português de seus *Ensaio*s publicada em dois volumes pela Nova Cultural, na coleção “Os pensadores” (edição consultada de 1996). Há apêndice denominado “vida e obra” de interessante consulta (pp.5-20), elaborado a partir de consultoria de Marilena Chauí.

⁷⁰³ Sobre uma crítica à separação entre questões de direito e fato, que ainda hoje é compreendida nestes termos, de se conferir STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., *v.g.*, p.293: o texto diz (sempre) respeito a algo. O ‘fato’ só será ‘fato jurídico’ (se assim se quiser tratar do problema). É nisso que reside a diferença entre questão de fato e questão de direito, para trazer a lume a ruptura com esse dualismo metafísico proporcionada por Castanheira Neves.”. E aqui importa dizer da força da construção destas concepções ideais do direito, que perpetuam os dualismos referidos, vez que não cedem mesmo à evidência de eventos de quebras paradigmáticas no campo do pensamento, tal como o do chamado “giro-linguístico-ontológico”, na filosofia do século XX, com a superação da metafísica. É claro, a referida quebra paradigmática só se operou em época mais recente, de modo que o problema aqui não diz respeito pura e simplesmente ao fenômeno referido de ocorrência no humanismo. Com efeito, diz STRECK: “Fazendo...escorço histórico destes vinte séculos, a busca de um ‘*fundamentum absolutum inconcussum veritatis*’ está já na idéia platônica, na substância aristotélica, na ‘*esse subsistens*’ do medievo (último suspiro da metafísica clássica), no ‘*cogito*’ inaugurador da filosofia da consciência, no ‘eu penso’ kantiano, no ‘absoluto’ hegeliano, pela ‘vontade de poder’ nietzscheana e pelo ‘imperativo do dispositivo da era técnica’, em que o ser desaparece no pensamento que calcula (Heidegger) [cita-se STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2004.]. Dito de outro modo, se na metafísica clássica os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido, porque há nelas uma essência) e na metafísica moderna passaram a estar na mente (na consciência de si do pensamento pensante), no século XX os sentidos passaram a estar na linguagem, a partir da ruptura com a filosofia da consciência produzida pela invasão da filosofia pela linguagem. Esse terceiro paradigma (giro linguístico-ontológico, para usar uma denominação mais adequada aos propósitos destas reflexões) provoca profundas transformações (e reações) no universo jurídico.” (op.cit., p.301). No entanto, se assim é, parece, por outro lado, remanescer bastante clara a contribuição determinante destas ocorrências do século XVI para incutir a já mencionada resistência desta dualidade, que perdura até hoje, mormente no seio do senso comum jurídico pátrio.

⁷⁰⁴ Id., *Ibid*, p.444.

⁷⁰⁵ Idem.

⁷⁰⁶ Note-se, mais tarde, precisamente um certo sentido antiplatônico primeiro da filosofia de Heidegger, como anota STRECK nos seguintes termos: “Heidegger via esses elementos novos na filosofia, isto é, para ele a filosofia não deveria simplesmente se ocupar com objetos, mas a partir daí poder construir pela primeira vez o fundamento do conhecimento, que não fosse mais um fundamento absoluto próprio das teorias metafísicas (‘*fundamentum inconcussum absolutum veritatis*’) e que não implicasse mais uma teoria de dois mundos. No fundo, Heidegger surgia desde o início como um antiplatônico. Pode-se dizer que este é o primeiro momento fundamental da trajetória do filósofo.” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.53 – destaqui).

Lucrécio, Sêneca, Cícero (que parece ocupar o primeiro lugar na preferência), mas, diz VILLEY, é fácil compreender, por sua vez, que aqueles romanos tenham sofrido, sobretudo, a atração das filosofias mais recentes (doutrinas estoicas, epicuristas e céticas, da antiguidade tardia).⁷⁰⁷

Nesse ponto, aliás, é interessante observar também o destaque que VILLEY dá ao fato de que entre estas “seitas antigas” (filosofia da Antiguidade tardia) e o movimento intelectual do humanismo existiu “uma notável analogia de situação”, consistente no fato de que aquelas surgiram na época pós-conquistas de Alexandre, o Grande⁷⁰⁸, quando se constituíram grandes impérios (em lugar das antigas cidades-estado gregas), o que perdura sob o império romano, tudo provocando uma mudança de objeto da filosofia, que, como já referido, naquele momento também se desinteressa da política e parte para o estudo da moral individual, até como forma de autopreservação (uma vez que o filósofo pode, então, até se aproximar do príncipe, mas não pode discutir o regime). Ora, nos séculos XVI ou XVII, a situação na França foi totalmente análoga, diz VILLEY⁷⁰⁹, pois a maioria dos filósofos irá sabiamente se afastar da política, havendo a tendência ao conservadorismo nessa área, como é a de MONTAIGNE.⁷¹⁰

Em função disso, o eixo da filosofia desloca-se: o que importa para o *estoicismo* e para o *epicurismo* é a moral, a conduta de vida privada do particular; os *céticos*, por sua vez, se comprazem em proclamar a *impotência da filosofia*. E “esses jogos inofensivos do espírito⁷¹¹, assim como as doutrinas da moral privada, são do tipo que se pode desenvolver à sombra do absolutismo”, sendo essas ideais que ganharão “...um novo impulso de vida no século XVI, e depois na Europa moderna⁷¹², até inclusive com a crítica Kantiana do conhecimento”⁷¹³ “Assim”, conclui VILLEY, “o humanismo descobriu para si um parentesco de língua, de situação, de interesse, de estilo, com as seitas helenísticas. E compreendemos porque estas seitas puderam suplantar as de Platão e Aristóteles.”⁷¹⁴.

⁷⁰⁷ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno...*, op.cit., pp.445-6.

⁷⁰⁸ Alexandre III da Macedônia, também conhecido como Alexandre Magno (356-323 a.C.) foi um dos mais célebres conquistadores do mundo antigo, recomendando-se, para fins de aproximação e compreensão dos extraordinários efeitos culturais de suas conquistas, a leitura do capítulo “Alexandre, iniciador da nova civilização” (a ecumênica civilização dita “helenística”), de *História Geral das Civilizações: O Oriente e a Grécia antiga – o homem no Oriente Próximo* (v.2), obra que tem como diretor Maurice Crouzet (André Aymard & Jeannine Auboyer. Trad. Pedro Moacyr Campos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, pp.269 e ss.).

⁷⁰⁹ Id., Ibid., 446-7.

⁷¹⁰ A respeito, vide a obra citada adiante do renomado professor de Ciência Política de Cambridge, QUENTIN SKINNER, intitulada, *As fundações do pensamento político moderno*, pp.551-553 e final da p.555, com exemplos eloquentes sobre esse ponto e Montaigne especificamente. Destaco, dentre tais passagens reveladoras do dito conservadorismo, a seguinte: “essa postura [de Montaigne, no sentido de que os preceitos estoicos que devemos cultivar são “a firmeza e a constância”, sempre “suportando os reveses com resignação” e agindo com “decisão e paciência”, p.550] embutia um conjunto característico de implicações políticas, das quais a mais importante era a idéia de que cada pessoa tem o dever de submeter-se à ordem existente das coisas, jamais resistindo ao governo vigente, aceitando-o, e, quando necessário, suportando-o com coragem e constância.” (p.551).

Cf., ainda, DENIS ROSENFELD, em *Descartes e as peripécias da razão*. (São Paulo: Iluminuras, 1996), p.41, onde se diz: “Entretanto, fiel à sua máxima de que é melhor seguir as leis de seu país, visando evitar, com isto, que lutas fratricidas se desenvolvam e se incrementem, Montaigne apregoa a obediência ao tronco comum da Igreja...”.

⁷¹¹ Diz VILLEY, aliás, que a isso tudo correspondia um novo modo fácil de escrever, com diatribes e sátiras, histórias biografias e gênero epistolar, aliás, novamente, à moda das filosofias pós-helenistas.

⁷¹² O que, de certa forma, também parece revelar uma possível indicação do motivo pelo qual se tornou possível que a matriz do pensamento idealizante, reificante dos conceitos universalizantes, tenha atravessando os tempos com mutações que não lhe retiraram a essência, e ainda hoje se mostre tão enraizada no pensamento jurídico moderno, como instrumento útil à manutenção, no campo do jurídico e do político, das reproduções – e, pois, da visão do poder instituído –, e com limitações sérias à noção de transformação, ainda que como coisa natural a processos democráticos com caráter mais participativo.

⁷¹³ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno...*, op.cit., p.448.

⁷¹⁴ Id., Ibid., p.449.

c) *A conjunção das doutrinas do humanismo com o pensamento jurídico*: Postas estas questões, VILLEY passa, a partir deste ponto, a apresentar o processo de *conjunção destas doutrinas do humanismo com o pensamento jurídico*, que dará origem ao direito moderno.

Para tanto, começa por tentar responder à indagação sobre *no que consistirá a filosofia do humanismo*. E o faz a partir do exame da filosofia de MICHEL DE MONTAIGNE⁷¹⁵, eis que ela resumiria tão bem a cultura desse renascimento, que se tornaria mesmo relevante verificar o que se diz sobre ter aquele pensador passado por três fases, correspondentes às escolas pós-helenísticas já referidas e de maior vulto. Assim, diz VILLEY que MONTAIGNE teria passado por “uma fase estoíca, na qual faz uso de Sêneca, de Epicteto e de Marco Aurélio – como tantos de seus contemporâneos.” Depois, prossegue o autor, teria ingressado numa “fase cética, da ‘Apologia de Raymond Sebond’, em que predominará a leitura dos ‘Acadêmicos’ de Cícero e a de Sexto Empírico”, até chegar, por fim, numa “espécie de conversão ao epicurismo, ao qual, é verdade, dará – sem contudo deixar de se inspirar em Horácio ou em Lucrecio – uma forma nova e pessoal”. “Essas três influências conjugam-se nesse poderoso leitor que é Montaigne”, conclui Villey, para bem demonstrar a penetração de todas estas filosofias da antiguidade tardia no pensamento da época.⁷¹⁶

Mas o relevante é que esse exemplo se repete entre outros humanistas. E o fato é que estas filosofias conquistaram o pensamento dos juristas da época⁷¹⁷, pelo menos do grupo que participa do movimento humanista, ou seja, aqueles que trabalham em torno de ERASMO, GUILLAUME BUDÉ, CLAUDE CHANSONNETTE, OLDENDORP. Essas foram suas orientações filosóficas, e em assim sendo, “somos, portanto, lançados de novo na Antiguidade [tardia]”, segundo VILLEY.⁷¹⁸

Assim, o movimento humanista teria retirado princípios de um *sistema de direito* das filosofias referidas, que *não tinham raízes jurídicas propriamente ditas*. E sob este aspecto, a escolha não parece ter sido feliz, segundo Villey, que lamenta que se tenha substituído Aristóteles nessa função, a partir de uma aplicação “artificial” de tais teorias não-jurídicas ao direito, considerando que desempenharam um papel fundamental na história de nosso pensamento jurídico moderno.⁷¹⁹

Isso tudo conduz à necessidade de um último aprofundamento nesta digressão histórico-filosófica propriamente dita, para que se possa reconectar os elementos apanhados neste breve esboço com o escopo mais próximo desta investigação sobre a construção da legitimidade jurisdicional na

⁷¹⁵ Veja-se a posição de MONTAIGNE acerca da filosofia aristotélica, a exemplificar seu modo de pensar, que serve de modelo para a época: “O alvo de Montaigne, em propósitos não dissimulados, é a Escolástica e seu ‘Deus’, isto é, Aristóteles. A filosofia aristotélica situa-se numa posição muito peculiar, pois é como se ela pairasse acima de qualquer dúvida, ao contrário, nenhuma disputa podendo pô-la em dúvida, ao contrário, ele comparece como a fronteira, portadora de critérios, regras e condições que circunscrevem o que pode ou não ser dito. Sua ‘autoridade é o fim além do qual não é permitido indagar’ [citando-se MONTAIGNE, Michel de. ‘Apologie de Raymond Segond’. In: Oeuvres complètes. Edição Pléiade. Essais, Livro I, cap. XII, Gallimard, 1962. Tradução brasileira de Sérgio Milliet, publicada originalmente pela Editora Globo e reomada na Coleção “Os pensadores” da Editora Abril.]. (ROSENFELD, Denis L. *Descartes e as peripécias da razão*. São Paulo: Iluminuras, 1996, p.37.)

⁷¹⁶ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno...*, op.cit., p.449 (para todas as passagens).

⁷¹⁷ Cf. QUENTIN SKINNER, *As fundações do pensamento político moderno* (Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996), onde se discorre no capítulo 7 da obra referida “A difusão da erudição humanista”, subitem intitulado “O humanismo e a erudição jurídica”, p. 220 e seguintes (particularmente p. 225), sobre uma fase de transição onde há uma direção dos juristas medievais glosadores para o retorno ao mundo antigo reinterpretado.

⁷¹⁸ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno...*, op.cit., p.450.

⁷¹⁹ Id., *ibid.*, p.453.

contemporaneidade. Cuida-se, aqui, de considerar particularmente o *papel do estoicismo e do resgate de Cícero pelo humanismo*, bem como a *transformação sofrida pelo conceito de direito natural da antiguidade* a partir disso tudo, no contexto da formação do pensamento jurídico moderno e, pois, da instituição profunda das abstrações do conceitualismo, uniformizante e idealista, no cerne deste pensamento.

d) O humanismo e o resgate do estoicismo e de Cícero: a transformação e perda do conceito de direito natural da antiguidade: VILLEY considera, nesta altura de sua exposição, que o movimento do estoicismo afetou quase todos os moralistas da era moderna, sendo uma das bases da filosofia moderna e tendo uma imensa influência sobre o direito⁷²⁰. Faz, então, um exercício de retorno às fontes com que trabalharam os humanistas do século XVI, e, ao mencionar que há dificuldades em reconstruir toda história do estoicismo⁷²¹, aponta CÍCERO como a fonte mais frutífera para o exame pretendido nos limites de sua tese – e para o que toca a esta investigação –, uma vez que teria ocupado lugar central nos estudos humanistas.

Mas quem foi CÍCERO⁷²², ou quais foram os contornos de seu pensamento, que tanto exerceram influência na formação do pensamento jurídico moderno pela via transversa do resgate humanista de sua visão filosófica? É o que VILLEY passa a tentar responder ao destacar que Cícero não é propriamente um estóico, mas, em verdade, eclético, na medida em que se presta a receber todas as influências da literatura grega. Costuma ler Aristóteles, sabe que a filosofia da política e do direito deve ser buscada em Aristóteles e Platão, mas tem curiosidade pelo epicurismo e sofre influência da Academia. Mesmo no que toca ao seu interesse pelo estoicismo propriamente dito, não se trata de um estoicismo puro, explica Villey: é o estoicismo médio de POSIDÔNIO que lhe chama a atenção. Esta seita é uma mistura de doutrinas heterogêneas, mas Cícero desnatura-o ainda mais, segundo Villey, pelo que acrescenta de produção teórica própria. Note-se, diz o texto de referência, que ávido de influenciar a opinião das massas, e tendo gosto ativo pela vida ativa e pela vida pública (diferentemente do que acontecia com os estóicos propriamente ditos), o pensador se entrega à política e às grandes questões judiciais – de forma totalmente contrária à postura de um Zenão, por exemplo.⁷²³ Contudo, é precisamente por tudo isso que as obras estóicas de Cícero são importantes para este estudo, já que é aí que começa a haver, segundo o autor de referência, uma aproximação e o estabelecimento de relações entre essa filosofia e o direito⁷²⁴.

⁷²⁰ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno...*, op.cit., p.454.

⁷²¹ Diz VILLEY que há dificuldades para reconstruir toda a história do estoicismo, primeiro, porque se estende por seis séculos. Mas afirma que ao menos se pode distinguir três etapas do estoicismo: 1) ESTOICISMO ANTIGO, o dos fundadores, com ZENÃO DE CÍCIO (332-362), com sucessores em Cleanto e Crisipo (fragmentos da doutrina em obras de PLUTARCO e DIÓGENES LAÉRCIO); 2) ESTOICISMO MÉDIO, que conservou pouco da doutrina original e teve como mais famosos chefes da escola Panécio de Rodes (em missão diplomática em Roma, no ano de 146) e POSIDÔNIO, que talvez tenha sido o mestre de CÍCERO, tendo origem aí a multiplicação da doutrina entre a elite romana; 3) o NOVO ESTOICISMO, com SÊNECA, EPITETO e MARCO AURÉLIO (este último, imperador romano), cuja tendência é voltar às fontes primeiras da doutrina, pelo menos no que se refere ao rigorismo formal dos fundadores (obras desse período com o defeito de serem bastante incompletas quanto à doutrina e geralmente confinadas rigorosamente à moral, sendo muito “literárias”) (Cf. op.cit., pp.454-455).

⁷²² MARCO TULIO CÍCERO (106-43 a.C.), aristocrata, orador renomado (Catilinárias, Filípicas...) e político romano, escreveu, dentre outras obras, “De Officiis” (“Dos Deveres”), “escritos sobre moral que foram decisivos para a transmissão do saber helênico.” (Cf. biografia em CÍCERO. *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 153-4).

⁷²³ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno...*, op.cit., p.453.

⁷²⁴ E aqui chama a atenção a leitura negativa da ação de Cícero que faz M. Villey – postura crítica que deve sempre ser recebida com reservas em análises historicamente tão distanciadas –, tendo-o mais como alguém interessado em usar essas

A partir destas considerações sobre tal pensador da antiguidade tardia, somadas à leitura de seus grandes tratados de moral, é que VILLEY revela o mais importante para este tópico: este pensador que exerce fundamental influência no pensamento humanista – que, por sua vez, municiará as bases do pensamento jurídico moderno –, em verdade apresenta uma versão do estoicismo que simplesmente não é compatível com a doutrina clássica do direito, uma vez que tudo indica que nos limites desta versão não há lugar para o direito natural tal como concebido na Antiguidade mais remota. Afirma, então, VILLEY:

O que defenderemos aqui é por certo um paradoxo: *não há lugar no estoicismo para a noção de direito natural*. Costuma-se ensinar o contrário; que os juristas romanos deveriam o pouco – acrescente-se – que teriam de justanturalismo a seus mestres estóicos; que dessa fonte teria saído a noção de direito natural.(....)

O fato é que as expressões ‘*dikaion katá phýsin, jus naturae, jus naturale*’ – e, com maior frequência ainda, ‘*lex naturalis*’ – estão efetivamente presentes nas obras estóicas que chegaram até nós: talvez se encontrem até mesmo nos fundadores; em todo o caso, estão em Cícero. E, pelo fato de que os mesmos vocábulos encontram em Aristóteles e na doutrina estóica, tende-se geralmente a crer que se trata da mesma noção. E as pessoas se contentam com essa confusão. [No entanto] Uma das primeiras tarefas da história da filosofia do direito tem que ser a de denunciá-la. É *um grande erro histórico*, ainda que extremamente disseminado e facilmente explicável, *afirmar que a doutrina do direito natural teria sua fonte no estoicismo. Sabemos que ela vem de Aristóteles, que está toda contida, expressamente, na sua Ética a Nicômaco*. Quanto ao estoicismo, não só ele não é o pai autêntico do direito natural, *como é a sua negação*. No mínimo, duas noções seriam indispensáveis para constituir o ‘direito natural’: primeiro, a de *direito*; segundo, a de uma *natureza* tal que possa ser fonte de direito. O estoicismo ignora as duas.⁷²⁵

Daí a impositiva conclusão parcial: na medida em que o estoicismo, mesmo na eclética e influente versão ciceroniana, em verdade consistia numa negativa do direito natural tal como concebido em Aristóteles, a sua adoção pelo humanismo, com posterior influência sobre os juristas da época, só poderia ter mesmo o efeito de relegar aquela noção, em seus contornos originais, ao esquecimento.

e) A Justiça e o Direito (Aristóteles repudiado pelo humanismo): a diversidade das noções de natureza e direito natural: A partir destas constatações é que VILLEY procura traçar um pequeno paralelo entre o tratamento dado em Aristóteles para as questões do conceito de direito e noção de justiça e o modo de o estoicismo encarar essas mesmas questões, para concluir que “*o estoicismo ignorava congenitalmente o direito.*”⁷²⁶

Para tanto, aponta que os estóicos originalmente tinham a tendência de negligenciar a noção de “justiça particular”, que, assim, passaria a deixar de coincidir com o fim próprio do direito, o que teria razão nos seguintes fatores: a) o fim próprio da filosofia estóica voltava-se para a vida privada, onde não cabia ao filósofo imiscuir-se nas coisas públicas; b) os estóicos são deterministas (e a questão que se põe, por consequência, passa a ser, a de porque uma filosofia assim iria se preocupar

teorias para a consecução de seus interesses, sem muita preocupação em desvirtuar a doutrina original da qual lança mão para seus propósitos.

⁷²⁵ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*...., op.cit., pp. 457-8 – destaques apostos.

⁷²⁶ Id. *Ibid.*, p.460.

com o direito); c) um dos ensinamentos da autêntica moral estoíca é que as vantagens exteriores não têm nenhuma importância real: somente a virtude é desejável, porque somente ela traz felicidade.⁷²⁷

Ocorre que essa moral perdeu sua pureza no estoicismo médio, justamente o de Cícero, que tempera os exageros estoícos, cedendo, quanto ao determinismo, e pondo-se a louvar uma moral ativa, não mais indiferente às obras e funções públicas, sofrendo ainda contaminação da moral de outras escolas, sobretudo a de Aristóteles (é isso que é o estoicismo médio e a moral ciceroniana, pois, uma mescla de aristotelismo e estoicismo⁷²⁸).

O fato é que, de qualquer forma, há ainda severo afastamento de Aristóteles. De uma filosofia específica da arte jurídica, função pública e virtude própria do jurista, volta-se claramente a cair no plano da moral privada, no estoicismo dessa fase, que, no entanto, aí passa, com esses temperamentos (ou “deturpações”, segundo o que parece afirmar VILLEY), a dizer respeito ao direito. O fim da justiça, então, não é mais a ordem harmoniosa de uma pólis, como o era para os antigos, a partilha bem proporcionada dessa coisa, o direito – ‘*tò díkaion*’ (e o mínimo que se pode dizer é que essa finalidade passa para um segundo plano, segundo Villey). No ‘*De officiis*’, de Cícero, vê-se que a ênfase está posta não mais numa obra exterior a ser realizada, mas, antes, no valor moral dos indivíduos, na retidão de sua conduta, etc, enfim: “...o verdadeiro conteúdo da justiça parece ser a virtude subjetiva moral do indivíduo”, estando fora de questão realizar um direito justo.⁷²⁹

Em suma: a moral do estoicismo é uma moral do valor, e não mais, como em Aristóteles, uma moral *do bem objetivo*. Assim, segundo Villey, o que desapareceu neste ponto, foi, portanto, *a idéia de direito como fim específico e princípio de uma arte autônoma*⁷³⁰.

E isso conduz diretamente às questões da necessidade de distinção das noções de natureza e, depois, de direito natural, no estoicismo acolhido pelo humanismo e no pensamento aristotélico, assim repudiado por ele.

Tome-se, então, primeiramente, a questão da *distinção da noção de natureza* no pensamento estoíco e no aristotélico. Cogita-se aqui de que “se o estoicismo não pode tornar sua a noção clássica de direito é porque o acesso ao direito natural lhe foi vetado por sua física, por sua concepção da ‘natureza’”.⁷³¹ Mas a questão é: o que se entende aqui por natureza? Não é tarefa fácil responder a tal indagação, mas o fato é que a natureza dos estoícos é totalmente diferente da de Aristóteles, como revelam as distinções apresentadas por VILLEY, que começa por apresentar o conceito de natureza em ARISTÓTELES, nos seguintes termos:

Aristótelestinha na natureza uma visão tão rica que não é ilógico pretender extrair dela um direito. A *natureza para Aristóteles*, não era apenas o germe (presente em todos nós desde o momento de nosso nascimento) a partir do qual se desenvolviam as coisas e os seres vivos, sua causa eficiente; *Era ao mesmo tempo a finalidade* que esses seres *tendem naturalmente a realizar, o fim para o qual tendem ‘em potência’, sua causa final*. A natureza da planta é a árvore que alcançou o máximo de seu

⁷²⁷ Id. Ibid., pp.459-460.

⁷²⁸ Id. Ibid., p.461.

⁷²⁹ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*...., op.cit., pp. 464 – destaques apostos.

⁷³⁰ Nesse ponto Villey assevera que o estoicismo induz Cícero a confundir direito e moral, pelo menos a moral social, e que o direito não entra nas perspectivas da moral estoíca.

⁷³¹ Id.Ibid., pp. 464.

crescimento, a flor perfeitamente aberta; a natureza do homem, o homem adulto que teria desenvolvido perfeitamente suas virtualidades, não o feto ou o bebê que ainda vage em suas fraldas.⁷³²

E, complementando em seguida:

É por isso que *a noção de natureza continha a de uma ordem perfeita*, incluindo-se aí (já que os homens são ‘naturalmente políticos’, tendem a constituir ‘pólis’) a ordem das sociedades humanas. Não há, nessa natureza aristotélica, apenas indivíduos separados, e sim *conjuntos ordenados*. A ordem deles está parcialmente realizada nos grupos sociais existentes, e, portanto, esses grupos podem constituir modelos de direito natural; *podemos ler na natureza as proporções harmoniosas que devem ser instituídas na partilha dos bens entre os homens no interior de uma ‘pólis’; a natureza inclui, portanto, o direito.*⁷³³

Ora, refere VILLEY, mas simplesmente não poderia ser assim segundo a física dos estóicos, já que eles professam o materialismo.⁷³⁴ E, adiante, demonstrando as diferenças de concepções de natureza, assevera sobre esta noção no estoicismo:

Para os estóicos, a palavra ‘natureza’ em sentido próprio designará até, de preferência, esse elemento privilegiado que produz, organiza o mundo. (...)

Em todos os seres e principalmente nos seres vivos, há uma certa parcela de ‘lógos’, de fogo criador, que constitui o seu princípio de vida (razão seminal, ‘lógos spermatikós’). E, em estado puro, o ‘lógos’ encontra-se nos deuses e também nas almas dos homens, de tal forma que *a razão consitui a ‘natureza’ específica do homem.*

Mas, por conseguinte, a natureza, no universo assim como no homem, é tão-só causa eficiente, que determina o curso das coisas e as atividades humanas – e não mais aquele ‘fim’, tal como a ordem das sociedades, ‘para’ o qual deveríamos tender. Deve-se renunciar a buscar o direito ‘NA’ natureza estóica.⁷³⁵

O que resta bem destacado a partir disso, portanto, é que para o estoicismo, então, as expressões ‘justo natural’ ou moral ‘segundo a natureza’, significam que, primeiro, essas instituições humanas, regras morais e jurídicas, vêm da natureza, do *lógos*, que é sua fonte. Em Cícero, isto deve ser entendido ao pé da letra: “o direito decorre do *lógos* de onde procede toda a ordem das coisas.”⁷³⁶ Em segundo lugar, esta natureza assim entendida é regra de conduta que determina seguir-se o dado natural, porque proveniente do *lógos*. Porque o *lógos* está disseminado nas almas dos homens, seremos convidados a seguir os mandamentos da razão. *O estoicismo se apresenta como uma religião do lógos*⁷³⁷. *Nossa lei é a razão*, diz Villey, ao referir-se ao que poderia ser o lema dos estóicos.

⁷³² Id.Ibid., pp. 465.

⁷³³ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit., pp. 465 – destaques apostos.

⁷³⁴ Diz VILLEY:(...) na natureza [os estóicos] concebem apenas *seres singulares materiais*, não essas entidades espirituais, essas substâncias segundas, ou ainda essas causas finais que Aristóteles situava no próprio seio da natureza. Além disso, a doutrina estóica do conhecimento era seriamente *sensualista* (todas as noções nos vêm dos sentidos pelo efeito dos movimentos materiais) e *nominalistas* (pois nossos sentidos só levam a conhecer objetos singulares). Parece impossível que, de uma natureza apenas material, extraíam-se normas de direito. (op.cit., p.466 - destaquei).

⁷³⁵ Id.Ibid., 466-7 – destaquei.

⁷³⁶ Id.Ibid., 467.

⁷³⁷ E, naturalmente, aqui se fala de ‘logos’ no sentido de razão puramente abstrata, sem quaisquer das distinções feitas muito posteriormente quando a filosofia começa a tratar da questão da linguagem como “objeto privilegiado” (“uma forma em que tudo se dá”, cf. STEIN, E. *Aproximações sobre hermenêutica*..., op.cit., p.27). A diferenciação entre ‘logos apofântico’ e ‘logos hermenêutico’, por exemplo, que “dará material para se falar de uma hermenêutica filosófica”, só se dará com Heidegger, no início do século XX, e será posta de forma muito diversa, como se pode extrair dos termos do exposto por Stein: “...o compreender é uma qualidade do ser humano, mas não é uma qualidade normal. É uma qualidade que provém do ser humano, enquanto humano. Podemos imaginar que existe um ‘logos’ que se bifurca: o ‘logos’ da compreensão da linguagem, que comunica e o ‘logos’ no qual se dá o sentido que sustenta a linguagem. Heidegger depois rá chamar esse primeiro ‘logos’ da compreensão de uma proposição, de ‘logos apofântico’, o ‘logos’ que se manifesta na linguagem. E o outro ‘logos’, aquele que se dá ‘praticamente’ no compreender enquanto somos um modode compreender, irá chamar de

Em suma, o que não conseguiríamos encontrar no direito natural estoíco é um *modo de investigação das soluções jurídicas* (isto é, *das justas proporções entre os bens dos cidadãos*) na natureza **exterior**, pela observação da pólis. E, por conta disso, conclui VILLEY: “Lamento pela opinião corrente, mas não encontro no estoicismo nada da doutrina clássica autêntica do direito natural”.⁷³⁸

Logo, esta conclusão remete ao outro ponto relevante já referido antes: o conceito de direito natural é bastante diverso no pensamento estoíco incorporado pelo humanismo, se comparado àquele contido no pensamento aristotélico. E isso deve ser destacado, porque o dito recebimento do estoicismo ciceroniano pelo humanismo, a rigor, teria o efeito de remeter a **uma nova definição do direito natural**, na medida em que discrepa totalmente daquela da antiguidade.

Nesse ponto, após exame de texto clássico de Cícero, que costuma ser citado como demonstração de fonte do direito natural, afirma o autor de referência que nada tem aquela noção a ver com a contida na doutrina autêntica e clássica do direito natural⁷³⁹, chegando a asseverar que “o estoicismo e o direito natural, no sentido originário da palavra, são incompatíveis”.⁷⁴⁰

“Uma lei moral e racional, é isso o que a maioria dos teóricos do pensamento jurídico moderno entendem por direito natural”, e talvez seja Cícero o próprio responsável por isso, diz Villey⁷⁴¹.

Assim, destaca-se que é justamente nas obras de Cícero que se começa a perceber uma “concepção nova” do direito natural, bastante confusa e intrincada, e, pois, um *novo direito* com objetos e fontes distintas *que frutificará no humanismo e na europa moderna*.

f) A relação entre estoicismo ciceroniano e as fontes do Direito como chave do pensamento jurídico moderno a partir do humanismo. O triunfo da lei e da razão humana e as bases do positivismo jurídico: Afirma-se, inicialmente, que uma das chaves do pensamento jurídico moderno, no que se refere às fontes do direito, deve ser buscada na obra de Cícero, pois é nela que encontraremos a origem de uma certa *concepção moderna de direito material*, ainda corrente hoje.⁷⁴²

Tal concepção seria inapropriada, por tudo o que já se disse, mas, na medida em que vingou, sustenta Villey, só resta tentar extrair-lhe os resultados possíveis, que seriam os seguintes: 1º) *A razão (natureza humana)* substitui a natureza no sentido aristotélico *como fonte principal do direito*; 2º) *O direito ou o justo* passa a estar *contido nas leis dispostas pelo pelo espírito humano*, como conseqüência disso. E isso revelaria, então, outro dado de singular importância: *o resultado do*

‘logos hermenêutico’. Estes dois elementos, o ‘logos apofântico’ e o ‘logos hermenêutico’ irão constituir a distinção que dará material para que se possa depois falar numa hermenêutica filosófica.” (op.cit., pp. 29-30).

⁷³⁸ Id.Ibid., 468.

⁷³⁹ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit., pp. 470.

⁷⁴⁰ Id.Ibid., 471.

⁷⁴¹ E nesse ponto Villey critica fortemente esta posição, afirmando, sobre Cícero, que “ele não é apenas eclético: é equívoco e confuso. Toda sua doutrina é ambígua.” (op.cit.,p.471).

⁷⁴² Que repousaria, como se viu, segundo Villey, na alegada confusão de Cícero entre o direito e a moral.

estoicismo, apesar de as aparências indicarem noutra sentido, seria já o de assim se conceber **um positivismo jurídico**.⁷⁴³

E nesse ponto, o que se verificaria seriam os **conceitos estoicos de natureza e de razão humana** exercendo forte *influência sobre o direito*, a partir de então.

Aqui a ideia principal é a de que o homem, pelo fato de participar do *lógos*, do fogo criador, dispõe dessa força que ordena o mundo; *ele não é mais simples súdito da natureza, como os animais e as coisas; passou para o lado 'hegemônico'*. **Há uma promoção do homem "divinizado"**⁷⁴⁴, que comanda o resto do mundo e suas próprias instituições.⁷⁴⁵

Opõem-se a *natureza cósmica de Aristóteles e a natureza do homem* (do estoicismo e do moderno humanismo), valendo as observações em questão para o 'jusnaturalismo moderno'.⁷⁴⁶

Nisso, que está em Cícero (em textos sobre as fontes do justo, como o "*De officiis*"), tem-se, de modo mais geral, aliás, *uma das fontes da ideia de direito subjetivo*, sendo que será possível encontrar em Grócio e Locke o eco desse texto ciceroniano.⁷⁴⁷

Villey apresenta, ainda, considerações relevantes sobre a natureza humana (a razão), como sendo causa do direito, mas também fonte do direito (a partir da lei).⁷⁴⁸ E assevera: a ciência do direito, por sua vez, só agora pode recorrer a uma fonte subjetiva: *a razão, disseminada na alma dos homens; seguir a razão é, aí, seguir a nossa natureza. A lei passa a ser a razão do sábio*.⁷⁴⁹ E, por esta via, se começa a conceder um novo e extraordinário papel à razão humana no direito.⁷⁵⁰

Mas, isso significa, ainda, também **o triunfo da lei**, posta nestes termos.

Abandona-se, mercê de tudo o que se expôs, a ideia Aristotélica de que o trabalho do jurista consista em buscar a solução justa por intermédio da natureza 'cósmica', sempre recomeçando a busca em cada caso particular, para que a solução corresponda exatamente às circunstâncias⁷⁵¹. Agora, em

⁷⁴³ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit., p.472.

⁷⁴⁴ O que, mais tarde, vai se refletir nos excessos da razão forte cartesiana, provocando a crítica a respeito deste ponto, muito posteriormente, na filosofia hermenêutica de GADAMER, por exemplo. Nesse sentido, de se anotar as observações de JEAN GRONDIN a respeito do ponto, ao início de sua obra *Introducción a Gadamer*: "...Gadamer recuerda la finitud humana, y lo hace com su maestro Heidegger, pero también con Platón. En efecto, Heidegger ve en la búsqueda de un '*fundamentum inconcussum*' y en su establecimiento en el 'sujeto humano' una evasión de la existencia temporal que huye de si misma. Muchos (¡incluso Heidegger!) consideraron Platón como el padre de esta idea metafísica. Gadamer lee más bien a Platón como a quien recuerda que ningún dios filosofa (*Banquete* 204e) y que el saber humano debe entenderse siempre a partir de su distancia (y no de su adecuación) con respecto al saber divino o absoluto. Significa, por tanto, *olvidarse de la finitud humana*, cuando con Descartes se tiende a encontrar un fundamento inquebrantable que quiere afincarse en el saber humano." (op.cit., pp.18-9).

⁷⁴⁵ Id.Ibid., 473.

⁷⁴⁶ Vide a respeito pp. 473-4 da obra de Villey, onde se encontram idéias fundamentais sobre o tema.

⁷⁴⁷ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit., p. 475.

⁷⁴⁸ Ver op.cit., pp. 476-7 a respeito.

⁷⁴⁹ Id.ibid., pp.478-9.

⁷⁵⁰ De se dizer, ainda, que Villey destaca neste ponto que a essa teoria estoica, que também lembra o pensamento de Platão, Cícero deu uma forma bastante pessoal: a do orador fonte do direito (ver quanto a isto, op.cit., p.479).

⁷⁵¹ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit., p. 481. E aqui, é de cogitar-se, adiantamente, uma das dificuldades que surgirão depois, no direito contemporâneo, pode estar nascendo, qual seja, aquela que diz com a questão da multiplicidade ou da unicidade de respostas "corretas" no direito. De se ver, nesse sentido, adiante, a possível conexão da

Cícero (e, depois, no resgate que lhe faz o humanismo), o ofício do jurista tende se tornar “bem mais simples”: o jurista não precisa tentar “adivinhar” o plano da natureza, porque ela não tem um. *Não se tem nenhuma necessidade de interrogar o mundo exterior*. Apenas se pede que o jurista obedeça aos mandamentos da razão, que estão já postos nas leis. *O direito identifica-se, portanto, com as leis*.⁷⁵² Por isso, quanto às fontes, a natureza passa a ser apenas a fonte longínqua.

E é por isso, também, que VILLEY entende aqui que o “direito natural” dos estóicos, de CÍCERO, ressuscitado pelos humanistas como MONTAIGNE, no século XVI, como, na verdade, já sendo expressão de um “**positivismo jurídico**”, totalmente diferente do direito natural em Aristóteles⁷⁵³, fazendo referências e tratando do “engano” de Cícero a respeito.⁷⁵⁴

g) Das demais influências filosóficas sobre o humanismo e síntese das influências do humanismo à ciência jurídica moderna: Nesse ponto, M. VILLEY reconhece, preliminarmente, que o **estoicismo** foi a filosofia que exerceu influência mais imediata sobre o humanismo jurídico⁷⁵⁵. Contudo, também reafirma não ter sido a única redescoberta na época, porque, segundo ele, teria havido um movimento de resgatar “todas as filosofias que pudessem servir para se opor a Aristóteles”⁷⁵⁶. Então, depois de examinar profundamente a influência do (a) *estoicismo* sobre os humanistas, o que Villey faz é passar ao exame dos (b) *ceticismos* e do (c) *epicurismo*⁷⁵⁷.

Para tanto, trabalha da seguinte forma: *primeiro*, procura apresentar o conteúdo geral de tais correntes filosóficas no contexto original em que concebidas (na época helenista, após as conquistas de Alexandre, o Grande⁷⁵⁸) e o significado que adquiriram no contexto do seu resgate pelos humanistas, no século XVI; *segundo*, como originalmente são, assim como o estoicismo, filosofias da moral individual, procura demonstrar que tratamento lhes foi dado para que passassem a ter significação jurídica no humanismo do século XVI.

questão, então, com as ideias acerca da resposta correta, a partir de Dworkin, mas no sentido que dá Arango a questão, ou, ainda diversamente, STRECK.

⁷⁵² Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*...., op.cit., p.481.

⁷⁵³ Id.Ibid., pp.483-4.

⁷⁵⁴ Id.Ibid., p.485.

⁷⁵⁵ E no sentido de que o estoicismo foi “o mais influente movimento filosófico que floresceu nos tempos helênicos”, vide Bertrand Russel, na sua “História do pensamento Ocidental”, p.171 (RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro : Ediouro, 2003).

⁷⁵⁶ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*...., op.cit., p. 507.

⁷⁵⁷ Aliás, afirma Villey, que seria o epicurismo a “seita” que continuaria até hoje [considerando-se o tempo de seus escritos, no século XX] mais influente, porque o estoicismo se esfumaça na medida em que o racionalismo já teve o seu tempo (sic); o ceticismo não seria sustentável, por sua vez, porque contraria o bom senso; mas *reduzir o justo ao útil*, “...fazer do jurista o servidor do enriquecimento e do bem-estar, sacrificando a distribuição que a filosofia de Aristóteles, menos simplista, reconheceu como objeto específico do direito”, é, segundo aquele autor conclui, “a atitude mais comum no mundo ocidental atual: ela procede de um tipo de cultura, que é o legado do renascimento.” (op.cit., pp.533-4).

⁷⁵⁸ Para um quadro geral e sumário da época helenista, contextualizando os diversos movimentos filosóficos nascentes nesse momento, vide a obra referida de Russel, no capítulo “O Helenismo”, pp.161-189. Sugere-se, ainda, como fonte de consulta histórica diferenciada, o documentário realizado pela BBC de Londres, “Nos passos de Alexandre, o Grande” (disponível em DVD), onde historiador percorre nos dias de hoje todos os locais pelos quais o rei macedônio fez campanha na antiguidade, dando interessantes lições de história e demonstrando a inacreditável dimensão de seus feitos e influência cultural ainda hoje existente de sua remota presença naqueles locais.

Por fim, apresentado o resgate do estoicismo, dos ceticismos e do epicurismo⁷⁵⁹, dá fecho ao estudo do “Humanismo e do Direito” para apresentar as “*contribuições*” do *humanismo à ciência jurídica moderna*.

Ora, como não há espaço para se prosseguir nesta já alentada digressão por muito mais tempo, será objeto de exame aqui apenas o destaque feito às ditas influências do humanismo sobre a ciência jurídica moderna, sumarizadas por Villey da seguinte forma: (a) **quanto às fontes** do Direito, o que se verificou foi uma (1) ***ascensão do racionalismo*** (o direito provém da *razão humana (natureza humana)*), sem necessidade de exame *externo da natureza* como um *todo*, como ocorria em Aristóteles (daí a *diferença das concepções de direito natural* moderna e das filosofias helenísticas, daquela da antiguidade, em Aristóteles⁷⁶⁰) e (2) um “*resgate*” do ***direito romano, deturpado***⁷⁶¹, a pretexto de ser extirpado de glosas medievais e interpolações que teriam sido feitas indevidamente na época de Justiano; (b) **quanto à estrutura externa** do Direito, uma “*sistematização*” do Direito (que resultará em tratados doutrinários e, mais tarde, nas codificações) é o legado do humanismo, eis que somente possível em vista do racionalismo (leis e direitos dados previamente, de modo abstrato, descolado dos fatos) e do acolhimento do método lógico-dedutivo, com o abandono do ‘método’ casuístico da antiguidade e do Direito romano, de buscar o direito (e o justo) por meio de prudência, de ponderação e investigação incessante e renovada em cada caso concreto (direito natural de Aristóteles); (c) **quanto ao conteúdo** do Direito, por fim, a influência dos resgates do humanismo se apresenta na forma do surgimento de ***um novo papel do direito subjetivo e das máximas gerais***, onde finalmente o *direito* passa a se identificar estritamente com *a lei*, que *cataloga abstratamente um rol de direitos fixos e pré-constituídos do indivíduos* (dados pela sabedoria racional do legislador ou de quem faça as vezes dele) e perde contato com os fatos e com a noção de justo, sendo sacrificada a sua função maior de busca casuística e incessante da devida e correta partilha dos bens materiais, tal como concebida na antiguidade.

São estes resultados, de influência palpável ainda no direito contemporâneo, mesmo após mudanças paradigmáticas ocorridas na filosofia, que devem ser objeto da última parte desta digressão histórico-filosófica. Tudo para que reste, finalmente, bem demonstrada parte relevante e normalmente obscurecida da origem do conceitualismo uniformizante, bem como das idealizações racionalistas simplificantes das realidades, ainda vigorantes no senso comum jurídico – e assim se possa retomar, em seguida, o exame da influência destas questões na determinação de uma legitimidade jurisdicional para a contemporaneidade.

⁷⁵⁹ Quanto ao ponto, é de se considerar que o próprio M.Villey faz uma observação importante, quanto à cronologia dos acontecimentos e evolução das doutrinas, do ponto de vista jurídico, ao *ressaltar que o ceticismo e o epicurismo*, embora restaurados desde o humanismo do séc. XVI, por alguns desses humanistas, *só afetaram o direito mais tardiamente com HOBBS, LOCKE, HUME, BENTAM* (até porque os juristas seriam “sempre atrasados em filosofia...”). E por isso, segundo ele, *é de fato no estoicismo que se encontram as fundações primeiras do sistema jurídico moderno* (op.cit., p.534).

⁷⁶⁰ Para um estudo a respeito de tais distintas noções parece interessante verificar a obra “*Introducción a la Filosofía del Derecho*”, de Hans Welzel (WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho: derecho natural e justicia material.*, de Hans Welzel. Trad. Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1974), eis que a obra apresenta capítulos como os seguintes: I- El derecho natural de la antigüedad; II – El derecho natural Cristiano-medieval; III – El derecho natural moderno; IV- El idealismo alemán (Kant y Hegel), com subitem intitulado “el derrubamiento del derecho natural y la pervivencia de sus problemas materiales; V – El presente, com subitens tais como Positivismo y neokantismo e La renovación del derecho natural y la teología jurídica.

⁷⁶¹ QUENTIN SKINNER (*As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996), discorre no capítulo 7 da obra referida “A difusão da erudição humanista”, subitem intitulado “O humanismo e a erudição jurídica”, p. 220 e seguintes (particularmente, p.225), sobre uma fase de transição onde há uma direção dos juristas medievais glosadores para o retorno ao mundo antigo reinterpretado.

2.1.2. A jurisprudência humanística: influências e contribuições do humanismo à ciência jurídica moderna⁷⁶²

a) Breve introdução específica: A importância do humanismo para o direito contemporâneo e a insuficiência do tratamento do tema: MICHEL VILLEY inicia o tratamento deste tópico destacando que há muito pouca abordagem, no direito, acerca do humanismo (poucas linhas nos manuais franceses, segundo ele, talvez resultado também de uma indevida e criticada separação da filosofia do direito como especialidade), apesar de, segundo ele, ser certo que o humanismo teve implicações imediatas na história do direito⁷⁶³. Afirma que, nesse sentido, “o humanismo é o responsável pela reviravolta que o direito romano sofreu no mundo moderno”, sendo que “Orestano considera que, para compreender o direito romano como ele era historicamente antes dessas deformações, devemos começar pelo estudo da obra dos juristas do século XVI.”⁷⁶⁴

A partir daí, apresenta o mundo dos juristas humanistas do século XVI, afirmando que a obra de tais juristas seria muito complexa, o que dificultaria até mesmo a descrição de seus traços comuns. Todavia, Villey acaba destacando que “o traço comum que cria um parentesco entre esses autores diversos é a pretensão de formar uma classe de juristas cultos (‘cultior jurisprudentia’)” associando o direito às belas-letas.

Nesse sentido, faz referência de que o século dos anos 1500 teria trazido “um novo estudo de leis que consistiu em fazer um ‘casamento’ entre o estudo do direito e as letras humanas por meio de uma língua latina clara e polida...”. Essa união do direito com as letras, recomendada por todos estes autores, caracterizava, no seu conjunto, um certo procedimento ou modo de ver o direito ou o jurídico: o “*mos gallicus*”.⁷⁶⁵ “Contra os pernósticos apegados aos hábitos da antiga escola, eles se querem cultos [os humanistas] (‘culti’); são os defensores dessa causa decididamente suspeita, a cultura geral no direito”, diz Villey.⁷⁶⁶

Ora, mas os modos pelos quais os juristas humanistas realizaram esta conjunção, que pretendia distingui-los, entre o direito e as belas-letas, já traziam em si as influências que mais tarde se farão sentir no direito moderno. A maneira pela qual buscaram essa *cultura geral do direito*⁷⁶⁷, portanto, é em si mesma, também reveladora destas influências, e, por isso, é exposta nos sumarizados termos seguintes: a) os humanistas pretendiam distinguir-se já pela escrita numa língua ‘elegante’, num ‘*latim claro e polido*’, que era sinal exterior de pertencimento ao movimento e, pois, elemento de *diferenciação da ‘turba’ dos bartolistas*⁷⁶⁸, que ainda utilizam-se dos “barbarismos” da escolástica; b) através da *leitura da literatura latina* (Cícero, Tito Lívio, Tácito) e *do direito romano* (estudo do

⁷⁶² Parece interessante a consulta, nessa linha de abordagem, do contido na obra de Fábio Konder Comparato, “**Ética:** Direito, moral e religião no mundo moderno”. (São Paulo : Companhia das Letras, 2006).

⁷⁶³ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*...., op.cit., pp. 584-585.

⁷⁶⁴ Id.Ibid., p.536.

⁷⁶⁵ Id. Ibid., pp.537-8. Ou melhor ainda: o “Mos docendi Gallicus, ou método francês de ensino jurídico”. A respeito, *vide* QUENTIN SKINNER, p. 225. No capítulo 7 de sua obra já citada (“A difusão da erudição humanista”), item intitulado “a migração dos humanistas”, Skinner descreve o nascimento desse novo método de ensino jurídico do humanismo, particularmente nas páginas 224-5.

⁷⁶⁶ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*...., op.cit., p. 538.

⁷⁶⁷ Id.Ibid., p.538 e ss.

⁷⁶⁸ Pós-glosadores da Idade Média, *vide* nota adiante.

“Corpus juris civilis”, principalmente o ‘Digesto’ e as “Institutas”), também queriam se diferenciar – e nesse ponto se destaca o suscitado de um *novo impulso e prestígio dos estudos romanísticos (do direito romano*⁷⁶⁹ *histórico)*, por oposição à glosa medieval; **c)** pretendiam conseguir, ainda, este mesmo efeito distintivo, através do cultivo de um *novo “método”*, que pretendia ser novo e contrário ao de Aristóteles, salientando-se Ramus, que pretendia estribar-se na *retórica romana* (e não no ensino de Aristóteles, que seria, então, “um tecido de mentiras”) – destacando-se, aqui, que surge daí um outro fruto da jurisprudência humanista: *a construção de tratados sistemáticos do direito*; **d)** por fim, buscavam distinção, ainda, através de um *“casamento com a filosofia”*, que não é outra, segundo Villey, senão “o suco da literatura romana, com o que ela carrega de *estoicismo, de ceticismo e de epicurismo* – todos esses materiais que, no Renascimento, servem para se opor a Aristóteles”.⁷⁷⁰

No entanto, quanto ao ponto especificamente relativo à pretensão de conjunção do direito com a filosofia, Villey adverte sobre algo que parece importante a esta altura: o fato de que, em verdade, não se pode pretender ser tão sistemático neste tema. Diz Villey, a respeito: “...não digo que a jurisprudência humanista esteja integralmente dominada pelo estoicismo; como todas as jurisprudências, acabou tomando empréstimos de todas as visões de mundo – sem se preocupar demais que o resultado fosse uma barafunda de princípios de direito contraditórios.”. E prossegue: “O próprio Aristóteles foi cultivado no Renascimento, o tomismo foi restaurado pela Reforma Católica, os textos romanos, cavoucados e revolvidos em todos os sentidos.”. Mas, conclui ele, há algo de realmente relevante aqui, consistente no fato de que é o humanismo que efetivamente realiza a conjunção desta filosófica estoíca resgatada com a ciência jurídica, o que realmente tem consequências para a formação do pensamento jurídico moderno. Nas suas palavras:

“Presumo, apenas, que ‘o que há de mais novo na contribuição da escola humanista à construção do pensamento jurídico moderno procede do neo-estoicismo; e realiza a **conjunção, ainda ausente no direito romano**, da filosofia estoíca com a ciência jurídica (...) À luz do estoicismo podem ser explicadas [a] as *reviravoltas* que deixarão uma **marca duradoura na estrutura do direito moderno**, bem como na [b] *falsa imagem que a partir de então se terá do direito romano*.”⁷⁷¹

E são justamente (também) estas influências duradouras para o direito moderno - que em parcelas não pouco significativas se reeditam até mesmo hoje, no interior das resistências ao pós-positivismo, sob a chancela do senso jurídico comum, afetando sobremaneira (e insidiosamente) as discussões sobre a legitimidade jurisdicional contemporânea - que Villey quer abordar adiante, razão pela qual, para finalmente permitir o encerramento deste item de digressões, são elas objeto de trato sumário a seguir.

⁷⁶⁹ Aqui se apresenta o problema de discutir em que medida essa filosofia estoíca realmente invadiu o direito (Op.cit., p.496), concluindo-se que “em suma, não iremos negar que, até mesmo nas soluções do direito romano clássico, houve um afluxo maciço da moral do estocismo. O direito romano, como dissemos, é feito de muitas peças soltas e heterogêneas.”MAS, não estando estabelecido o peso exato das influências estoícas no direito romano (o que caberia aos romanistas, pouco interessados nisso, fazer), “...quanto a mim, continuo com a impressão de que elas são apenas acidentais e às vezes superficiais.(...) As fundações do edifício não me parecem estoícas, mas ao contrário, constatamos uma inegável convergência entre a doutrina de ARISTÓTELES e a estrutura do direito romano, ainda que em geral insuspeita” (Op.cit., pp.500-501), o que, depois, é explicado nas páginas que seguem do texto.

⁷⁷⁰ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*...., op.cit., p. 539 (destaquei).

⁷⁷¹ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*...., op.cit., p. 540 (destaquei).

b) Teoria das fontes: (1) a ascensão do racionalismo: Nesse momento da exposição Villey afirma que o sentido geral das reformas do humanismo seria claro, porque claras seriam também as diretrizes dadas pelos líderes do movimento.

Cita aquelas expostas, por exemplo, em ERASMO⁷⁷², que teria extraído de suas leituras de Cícero a ideia e o adágio do “*summum jus summa injuria*” para aplicá-la contra os bartolistas, apegados à letra dos textos: “contra a letra, recorre à equidade, ao bom senso, *ao espírito do texto e à razão natural*. É assim que a opinião moderna entende desde então esse adágio”⁷⁷³, que virou o “grito de guerra” dos humanistas. No entanto, o próprio Erasmo não teria entendido bem, segundo Villey, o sentido em Cícero da expressão “*summum jus*”, que só parecia querer denunciar o excesso de ardor processual (e não a interpretação aferrada à letra da lei, literal).

O fato é que haveria, no sentido de repelir os glosadores da Idade Média, então, todo um movimento de forte repulsa ao modo de aplicação e compreensão do direito romano e do direito canônico até então desenvolvidos.

Exemplos disso: ERASMO, é o inimigo da técnica jurídica especializada, demonstrando “ódio” ao tradicional direito romano bartolista⁷⁷⁴ e ao direito canônico, aos quais opõe o Evangelho e a razão filosófica⁷⁷⁵; RABELAIS, que escreve obra onde o personagem Gargântua⁷⁷⁶ instrui seu filho

⁷⁷² ERASMO de Rotterdam (1466-1536), humanista que se notabilizou pela obra *Elogio da loucura*, que, segundo Villey, pressuporia a leitura dos cétricos da antiguidade.

⁷⁷³ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno...*, op.cit., p.541-destaquei.

⁷⁷⁴ Diz SKINNER (op.cit., p. 30-1) que “...o **fundador da escola** que se chamaria dos **Pós-Glosadores**, foi BARTOLUS ou Bartolo de Saxoferrato (1314-57), talvez o mais original dos juristas da Idade Média. Bartolo era nascido no ‘Regnum Italicum’; estudou em Bolonha e depois lecionou direito romano em várias universidades da Toscana e da Lombardia (Woolf, 1913, pp. 1-2). Ele partiu da intenção explícita de reinterpretar o código civil romano com o objetivo de proporcionar às comunas lombardas e toscanas uma defesa legal, e não apenas retórica, de sua liberdade contra o Império. O resultado de seus trabalhos não foi apenas o de dar início a uma revolução no início do estudo do direito romano (que seria consolidada, mais tarde, por seu grande discípulo Baldo, ou Baldus), mas também o de avançar decididamente na idéia, que caracterizará a modernidade, de vários Estados soberanos, separados entre si e independentes do Império.” – embora o próprio Skinner alerte que “nenhum autor político, antes de meados do século XVI, jamais utilizou a palavra ‘Estado’ em qualquer sentido que de perto recordasse o nosso.” (p.21).

⁷⁷⁵ ERASMO, em sua obra maior, *Elogio da Loucura*, critica a escolástica ao mesmo tempo em que exalta a energia criativa das ações humanas. “A palavra loucura adquire, na obra de Erasmo, uma rara elasticidade. Trata-se da locura como energia criativa das ações humanas. Sua crítica ao escolasticismo é evidente, ao evocar o absurdo das questões teológicas que não seriam entendidas pelos apóstolos. Cruzam-se dois temas: o da loucura sã, que é sabedoria de vida, e o do saber enganoso, que é mera loucura de certa escolástica ou das credices ingênuas.” Do “apêndice” do *Elogio da Loucura*, edição da Martin Claret (São Paulo, 2002. p.124-5).

⁷⁷⁶ Sobre Gargântua e Pantagrue, de RABELAIS, vide SKINNER, op.cit., pp. 213 e 242: “Rabelais narra [Rabelais, ‘Garagântua’, p.194, cf.nota de Skinner] que o jovem Pantragrue, quando foi estudar na Universidade de Paris, recebeu uma severa carta de seu pai, Gargântua, instando-o a dedicar o máximo de energia a uma vida de estudos. O principal objetivo de Gargântua, em sua missiva, era o de expor o currículo algo heróico da instrução que desejava para seu filho. Mas aproveitou para tecer algumas observações sentenciosas sobre os grandes avanços no rumo do ‘sadio conhecimento’ que se haviam alcançado na França, no correr de sua vida. Em sua mocidade, dizia, ‘os tempos eram obscuros, e a humanidade sempre se recordava das misérias e desgraças trazidas por aqueles godos que destruíram toda a cultura sadia.’ Mas agora, há luz e instrução por toda a parte. A invenção da ‘elegante e acurada arte da imprensa’ permitiu disseminar o novo saber de maneira tão vasta que ‘o mundo inteiro (...) está repleto de homens estudados, de professores dos mais eruditos e das mais completas bibliotecas’. E o próprio saber implicou uma restauração de ‘todo método de ensino’, um renascer do ‘estudo das línguas’ e uma esplêndida aproximação da civilização sem par do mundo antigo.” (p.213). E uma boa noção da aversão pelos especialistas do direito e resquícios da idade média se encontra na seguinte passagem: “O mais inventivo entre os autores de tais sátiras [do humanismo aos advogados extorsionários e monges preguiçosos e ambiciosos] foi, é claro, Rabelais. Gargântua constantemente está encontrando monges egoístas e glutões no correr de suas viagens e quando, no final da história, chega à abadia de Thelème – uma comunidade humanista idealizada – lê no portão da frente uma advertência que proíbe a entrada de advogados, usurários e todos os homens da mesma laia. (...) Erasmo deu mosra de um dom comparável para a sátira. Seu

Pantagruel, que vai fazer seus estudos jurídicos em centro de humanismo da Europa, onde satiriza os glosadores bartolistas, recomendando ao filho o estudo do *Digesto* e dos autores gregos e latinos (Platão, Plutarco, Cícero...), não sem o cuidado de tentar ignorar toda a baixeza e vilania da glosa aposta ao direito romano durante a idade média⁷⁷⁷. Também, nessa linha, MONTAIGNE, a quem Villey cita⁷⁷⁸: “Concede-se autoridade de lei a uma infinidade de doutores, uma infinidade de decretos e a tantas outras interpretações (...). Há mais empenho em interpretar as interpretações que em interpretar as coisas e há mais livros sobre os livros que sobre outro assunto (...)”. Também ele pensa, apesar de não estar interessado em reformar a ciência do direito, que a arte judiciária é mais simples do que os juristas educados à “moda italiana” supõem.

Mas, afinal, o que pretendia o humanismo quanto ao direito, então? Como diz Villey, o humanismo pretendia, em verdade, ***simplificar o direito, torná-lo acessível a qualquer homem de bem, através do uso da razão***, e, assim, arrancá-lo dos pedantes da Faculdade, dos técnicos do bartolismo, dos juristas especializados (e, pois, das análises *casuísticas* dos glosadores, comprometidas com um método antigo⁷⁷⁹). Foi assim que o dito “*mos gallicus*” se opôs ao velho método exercido pelos juristas italianos.⁷⁸⁰

A influência das fontes literárias latinas e principalmente de Cícero leva à simplificação do direito. O direito que não deve ser haurido de uma técnica erudita de observação da vida social (ao modo dos antigos e dos pós-glosadores medievais), mas *da simples razão presente em todos os homens cultos* (a busca *passa a se dar na natureza humana (razão), e não mais natureza de todas as coisas, no sentido Aristotélico*).

Villey refere⁷⁸¹, então, que, no entanto, não é nos autores citados que se deve buscar uma *teoria explícita das fontes do direito*. Analisando-se a obra dos juristas humanistas é que se pode verificar que ela está *em Cícero*, dando o exemplo de JEAN BODIN, cujos textos apresentam, como em Cícero, o direito “apenas sob a forma de ‘leis’, de uma cascata de leis hierarquizadas entre as quais deve predominar a lei da Razão’. E há também a filosofia estoíca de que se tem o dever de cumprir as promessas e de observar a proibição de infringir a propriedade alheia; é a isso, também, que as ‘leis naturais’ ordenam, que nossa Razão prescreve”⁷⁸².

c) Teoria das fontes: (2) a questão do direito romano: Costuma lecionar-se que “o principal fruto da jurisprudência humanista foi a renascença do direito romano na ciência jurídica moderna” e Villey não discorda de que assim realmente se possa considerar. No entanto, afirma que o retorno às

‘Elogio da loucura’ contém um ataque devastador à falta de espírito público que tantas vezes se constatava nos advogados e nos sacerdotes.” (p.242).

⁷⁷⁷ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno...*, op.cit., pp. 541-2.

⁷⁷⁸ MONTAIGNE, ‘*Essais*’, III, 13. *apud* VILLEY, *A formação...*, op.cit., p.543.

⁷⁷⁹ Para um avanço e verificação da evolução dessa linha, nesse sentido, *vide*, a respeito, os textos presentes em *The Cambridge History of Political Thought: 1450-1700*, Editado por J.H.BURNS, na sua quarta parte, intitulada “The end of Aristotelism” (p.479-560).

⁷⁸⁰ *Vide* importante passagem de crítica a essa tentativa (VILLEY, *A formação...*, op.cit, p.544), defendendo o método do bartolismo, por Alberico Gentili.

⁷⁸¹ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno...*, op.cit., p. 546.

⁷⁸² No mesmo sentido, reconhecendo o predomínio do estoicismo romano na renascença, veja-se QUENTIN SKINNER, ao referir expressamente que “...o vocabulário do pensamento moral e político da Renascença deriva do estoicismo romano.” (*op. cit.*, p.14).

fontes romanas “não foi o traço específico dessa escola, já que uma tal renascença data pelo menos do século XII”, além de não ser uma preferência universal no mundo humanista.⁷⁸³

Na verdade, segundo ele, no humanismo “há de tudo”, principalmente o florescimento, também, de um direito consuetudinário. Mas há, ainda mais do que isso. Há um “*espírito de rebelião contra as escolas*”, onde reinava o *Corpus juris civilis*. Assim, diz Villey, “A mola propulsora mais profunda da jurisprudência humanista, quando a vemos libertar-se da servidão aos textos romanos, parece sobretudo a vontade de *elevantar-se aos princípios que constituem para todos os homens ‘um direito universal porque racional* (‘*Jus universum*’, diz Bodin)”. E completa: “Novamente é o *culto estóico do ‘lógos*’, amplamente disseminado, que melhor poderia explicar a existência, no seio do humanismo, de um ramo hostil ao direito romano”.⁷⁸⁴

Contudo, a verdade é que “a maioria dos juristas humanistas continua sendo romanista”. O que começa a ocorrer, então, é que *passam a tomar “liberdades singulares” com o direito romano*. Segundo o autor de referência aqui invocado, “os humanistas querem, antes de mais nada, apagar do direito romano tradicional todos os acréscimos a ele feitos pela idade média” porque “...os glosadores não eram suficientemente ‘racionais’”.⁷⁸⁵

Daí que, para além da ascensão do racionalismo, figura como fonte originária do pensamento jurídico moderno, um “novo” direito romano. Trata-se do *direito romano dos humanistas*, que é o que nos chegou modernamente, e que não é aquele transmitido pelo ‘Corpus’: “É o pretense ‘direito clássico.’” Diz Villey: “inventarão, sob a bandeira da redescoberta do direito clássico dos romanos, um novo sistema, dominado mais que pelo espírito dos juristas romanos, por Cícero e pelo estoicismo, novamente na moda em seu tempo”.⁷⁸⁶

E esse direito romano, segundo Villey, “inventado”, não poderia ser aquele historicamente verdadeiro, casuístico e desordenado, mas sim um direito perfeitamente ordenado, quanto à estrutura, e, que, quanto ao conteúdo, “destacava o dever de respeitar os proprietários e de acatar as convenções”, satisfazendo, em suma, as necessidades da burguesia⁷⁸⁷. “Foi assim que os humanistas começaram a moldar o falso retrato do direito romano sob o qual ainda vivemos”, inspirando-se em Cícero e na sua aversão a Aristóteles, sendo muito diferente do direito romano histórico, no quadro pintado pelos glosadores, que detinham “respeito pelos textos e conservavam, acima de tudo, o método dos juristas romanos”, qual seja, o dialético, não sistemático, bem como sua teoria das fontes, qual seja, aquela referente ao ‘direito natural clássico’, da antiguidade. Quando os humanistas “confessam extrapolar o direito romano para buscar um ‘direito universal’” e quando “deformam o direito romano”, juntam-se ao racionalismo da escola moderna de direito natural que em breve surgirá por intermédio de GRÓCIO.

⁷⁸³ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno...*, op.cit., pp. 547-8.

⁷⁸⁴ Id., *Ibid.*, p.550.

⁷⁸⁵ Idem.

⁷⁸⁶ Id., *ibid.*, p. 551.

⁷⁸⁷ Id., *ibid.*, pp.551-2.

d) *Estrutura exterior do direito: a sistematização*: As “conseqüências dessa conversão dos juristas à razão ciceroniana são muitas”, mas o que se identifica primeiro é a “*transformação da estrutura externa do direito*”, que “se dá pelo menos num ramo da jurisprudência humanista, o chamado ramo dos sistemáticos”.

“Uma das grandes realizações dos juristas do século XVI foi a construção de *sistemas científicos do direito*” – que deixou de ser tratado casuisticamente. Nesse sentido, GRÓCIO, humanista holandês, “é o humanista por excelência”. “E depois de Grócio virá toda a escola de direito natural, PUFENDORF, THOMASIIUS, LEIBNIZ, POTHIER”, para citar alguns. “Será esse o empreendimento”, diz Villey, “que levará às *codificações modernas*, isto é, a uma mutação radical *da forma do direito*, que passará a se apresentar numa ordem lógica – há uma mutação também da forma do direito romano, pois é do direito romano “clássico” que imaginam restituir a ordem (com a *liberdade* que o racionalismo deles implica e a *ambição* que tem de chegar ao direito universal...)”.⁷⁸⁸

“Essa *mudança na estrutura formal do direito* constitui uma das principais tarefas da jurisprudência humanista destinada a tornar o direito *mais fácil*, mais acessível aos homens de bem, e *mais ‘racional’*, *constituindo-se num acontecimento capital na história do direito*,” segundo Villey.⁷⁸⁹

Villey afirma que o direito romano não era desordenado, mas que sua ordem era de um tipo muito diferente dessa proposta pelos humanistas. E faz duas observações de relevo a respeito, que é necessário referir com maior pormenor, a bem de demonstrar esta realidade e, pois, indicar as viscerais e duradouras conseqüências desta reordenação estrutural do pensamento jurídico moderno.

Em primeiro lugar, refere Villey (a) **quanto à lógica** adotada naquele sistema, o seguinte⁷⁹⁰: “ao contrário de nossa civilização cartesiana, *a tendência dos antigos não é a de atribuir o primado à lógica na cultura* (entenda-se: *à lógica dedutiva e silogística*)”. Os estóicos⁷⁹¹, nisso, são exceção. Tudo por que a dedução silogística simplesmente não poderia e não serviria para abarcar a complexidade da vida, na compreensão do próprio Aristóteles – apesar disso ter sido, então, relevado na formação do novo sistema. E para bem explicitar isso, veja-se as observações fundamentais de VILLEY acerca deste ponto:

Na lógica de Aristóteles não havia apenas uma teoria da dedução silogística (os ‘Analíticos’). Esta teve tanto sucesso a partir do século XIV, na escolástica decadente (talvez ela mesma já afetada pela influência do estoicismo) que *é grande a tendência a confundir a doutrina do silogismo com o conjunto da lógica aristotélica*. Contudo, havia algo mais: por exemplo, nos ‘Tópicos’, uma análise do método da controvérsia ‘dialética’ de uso mais cotidiano (a palavra ‘dialética’, em Aristóteles, tem um sentido completamente diferente que para os estóicos): a dialética é um instrumento feito para a ‘investigação’, que é o nosso trabalho mais corriqueiro. Longe de generalizar o recurso ao método silogístico, Aristóteles atribui-lhe *a competência exclusiva de servir para a exposição da ciência ‘uma vez*

⁷⁸⁸ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*....., op.cit., pp.553-554.

⁷⁸⁹ Id., *ibid.*, p.554.

⁷⁹⁰ Id., *ibid.*, p.555.

⁷⁹¹ RUSSEL, *op.cit.*, p. 177, diz o seguinte sobre o tema: “Na **questão dos primeiros princípios**, problema que se arrastava desde os tempos de Platão e Aristóteles, os estóicos desenvolveram *a teoria das idéias inatas*, pontos de partida claros e evidentes por si mesmo, dos quais se podia iniciar *o processo dedutivo*. Esta idéia dominou a filosofia da Idade Média e foi adotada igualmente por alguns racionalistas modernos. **Constitui a pedra angular metafísica do método cartesiano**.” (destaquei).

concluída, ou seja, **em posse de premissas certas** das quais ela seja capaz de deduzir conclusões necessárias (Aristóteles conhecia também o ‘silogismo dialético’, que parte de premissas apenas prováveis, mas ele só ocupa na dialética um lugar auxiliar). [Assim, explica Villey,] O *método dedutivo*, segundo Aristóteles, era sobretudo aquele que convinha ao ‘ensino’: exige-se de um professor, exposições sistemáticas, fáceis de seguir, e cujo encadeamento de idéias possa ser facilmente verificado. *Mas esse gênero didático é considerado inferior.* (...) Aristóteles observa que **o direito é acima de tudo uma questão de ‘prudência’, e, pelo menos, de uma incessante ‘investigação’, renovada em cada caso: nele não se está em posse de premissas e de regras certas para que se possa seriamente reduzi-lo a um sistema dedutivo.** Ele é mais apropriado para ser vivido que para ser objeto de ensino.⁷⁹²

Depois, considera ainda Villey, **(b) quanto à sistematização** no direito romano, o seguinte: “não só os poucos tratados que alguns poucos juristas redigiram para o uso do ensino ocupam no direito romano apenas uma função secundária, como também só empregam a lógica com extrema prudência. Parecem ter evitado “‘sistematizar o próprio direito’, projeto inconcebível fora do racionalismo.”⁷⁹³ E complementa VILLEY, com uma noção que se mostra fundamental à problemática da transformação operada pelo humanismo no direito, e, pois, subjacente a certas dificuldades de relevo do pensamento jurídico moderno, ainda contemporaneamente verificadas:

...A jurisprudência romana não parece ter feito uma ordenação lógica do próprio direito, caso devamos entender por essa palavra *as regras* de direito. E não poderia ser de outra forma, já que, *para os romanos, o direito não consiste de regras, não é extraído dedutivamente dos princípios da razão pura, não está dado de antemão num mundo separado das idéias* (...) *O direito é sempre um problema que deve ser buscado em cada caso, por ocasião de cada espécie nova: ele não é uma ciência acabada. Ele é buscado na confrontação das opiniões prudentes (sem excluir a possibilidade de haver numa ‘pólis’, algumas regras fixas de ordem pública), pela observação dos dados sempre móveis da natureza, tendo em conta as circunstâncias: jus ex facto oritur.* Em suma, a sistematização do direito é impossível sob o regime do direito natural de Aristóteles.⁷⁹⁴

Logo, resta, já a partir do exposto, bastante evidente o quanto o conceitualismo uniformizante, as abstrações idealistas de um direito separado do mundo das coisas, típicas do racionalismo e do positivismo (então, apenas nascente), enfim, o quanto estas premissas tão bem introjetadas pelo senso comum jurídico hodierno - e hoje revigoradas pelas resistências ao (e necessidades no) pós-positivismo -, devem a este período histórico e a estas transformações que inauguraram o pensamento jurídico moderno – e o quanto se justifica, pois, a digressão que ora se alonga, mesmo no contexto do escopo limitado da presente investigação.

Mas VILLEY prossegue na explicitação desta problemática de um modo que torna ainda imperioso o seu registro. Afirma que já na obra dos humanistas, com seu ponto de partida em Cícero, o objetivo é assumidamente o de “reduzir o direito a um sistema; ‘*jus in artem redigere*’”⁷⁹⁵, “transformá-lo num *sistema de conhecimentos ordenados*”, a ponto de que qualquer orador tenha condições de facilmente tê-lo em mente e à sua disposição. “Esse parece ser o sentido da palavra ‘*ars*’”, diz.⁷⁹⁶ E “o termo ‘*ars*’ torna-se habitual para designar a ciência do direito exposta sistematicamente”. “É preciso reduzir, o direito, então, a uma ‘*ars*’”, afirma Villey, sendo a *lógica* um

⁷⁹² Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit., p. 555-6.

⁷⁹³ Id.,Ibid., 557 – destaquei.

⁷⁹⁴ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit., pp.559-560- destaquei.

⁷⁹⁵ Id.,Ibid., p.559.

⁷⁹⁶ Id.,ibid., p.560.

auxiliar indispensável nessa empresa⁷⁹⁷. Além disso, há também a idéia de busca por *um método* que facilite esse empreendimento⁷⁹⁸. “A palavra ciceroniana ‘ars’ e o termo ramusiano ‘methodus’ serão”, por conseguinte, segundo conclui Villey, “as palavras de ordem da escola humanista até LEIBNIZ, em 1667”.⁷⁹⁹

Mas é em GRÓCIO, assevera Villey, com a dramaticidade que nesses momentos lhe é peculiar, e depois, em seus sucessores (já que dele irá se desenvolver toda a escola de direito natural moderno), que o pensamento jurídico moderno “se entrega totalmente ao seu demônio: o racionalismo jurídico, triunfo da filosofia que queria fazer das regras de direito uma emanção da razão, é aí que o ‘axiomatismo’ prevalece sobre o velho método dialético”.⁸⁰⁰

“O divórcio entre fato e o direito será mais intenso na doutrina de Grócio”, diz Velley⁸⁰¹. E assevera, de forma contundente que ***o ponto de ruptura do direito moderno e suas filosofias com o direito natural clássico é esse***⁸⁰²: ***a idéia ou pretensão de ser puramente racional, ou seja a tendência racionalista oriunda do neo-estoicismo***, de completo afastamento da realidade. E daí as tendências de sistematização, de sistemas axiomatizados, deduzidos de princípios de razão, etc.

Assim é que se criaram condições para que “a primazia da ‘jurisprudência’” (*aí a dos glossadores e pós*), “como fonte criadora do direito”, fosse “substituída pelo reino da doutrina”.⁸⁰³ E assim, é que “a obra do humanismo culminará”, mais tarde, “nas codificações modernas”. E conclui Villey⁸⁰⁴: “assim, ser veriam satisfeitos os desejos da burguesia, *sua necessidade de um direito homogêneo, coerente e certo* (qualidades que o direito romano autêntico dos jurisconsultos provavelmente não atingia)”. Nisso o “fenômeno capital” do surgimento dos sistemas de direito, que culminaram na “construção de um direito racional”, que, nesses termos, é o contrário de um direito natural em seu sentido original.⁸⁰⁵

e) Conteúdo do direito: o novo papel do direito subjetivo e das máximas gerais. Conclusão: do terreno fértil para o assentamento duradouro da concepção de um mundo jurídico de abstrações desrealizadas:A construção dos sistemas teve ainda, segundo Villey, “o efeito de insuflar

⁷⁹⁷ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*..., op.cit., pp. 560-1.

⁷⁹⁸ Como refere o lógico da época, RAMUS, “fanático por Cícero”, segundo menciona VILLEY.

⁷⁹⁹ Id.,Ibid., p.562.

⁸⁰⁰ Id.,Ibid, p. 565.

⁸⁰¹ Id.,Ibid., p.567.

⁸⁰² A citação, nas exatas palavras de VILLEY, é a seguinte: “***O fato deve ser expulso da ciência do direito? Esta deve ser puramente ‘racional’?*** Eis a pedra de toque das filosofias do direito [citando-se “N. POULANTZAS, *La notion de nature des choses. Essai sur la relation des faits et de la valeur*, Paris, LGDJ, 1965 .”, na nota de n. 252]; e o ponto de ruptura entre o direito natural clássico (que pretendia extrair o direito da observação da natureza) e a tendência racionalista oriunda do neo-estoicismo. Agora, o direito, constituído das regras e das consequências das regras (sem que o jurista tenha de considerar os fatos históricos mutáveis), pode ser sistematizado; pode até revestir-se da forma (pelo menos como tende a fazer Grócio) de um sistema ‘axiomatizado’, deduzido de princípios da razão, exceto por algum detalhe que, no transcurso da história, o ‘lógos’ dos legisladores venha a acrescentar.” (op.cit., pp.567-8 – destaquei.).

⁸⁰³ Id.Ibid, p. 569.

⁸⁰⁴ Idem.

⁸⁰⁵ Vide a “Ética a Nicômaco”, de Aristóteles, livro V, particularmente número 7, que pode ser encontrada em português no volume sobre Aristóteles da coleção “Os pensadores”, da Editora Nova Cultural, na edição de 1996 (p.193-215, e particularmente para o dito número 7, pp.206-7).

progressivamente *noções novas*” no pensamento dos juristas. Surgem às noções de (1) *direito subjetivo* e a noção de (2) *primado da lei*, que também tem suas relevantes consequências.⁸⁰⁶

Quanto ao conceito de direito subjetivo, diz aquele autor, que a noção “amadureceu lentamente na escolástica franciscana e nominalista, negadora do direito natural” (de origens cristãs e agostinianas). Não é de se espantar que também tal conceito, então, tenha “raízes na doutrina estoíca, diz Villey, porque haveria estreito parentesco entre doutrina judaica e estoíca”, já que ambas, obcecadas pela busca da moral do indivíduo, sacrificariam “a função própria do direito, de adequada partilha dos bens materiais”.⁸⁰⁷

Pois nesse momento é de se considerar que “um dos efeitos da construção dos sistemas foi justamente o de alçar a noção de direito subjetivo” e da lei “ao primeiro plano dos tratados de ciência jurídica”⁸⁰⁸. A tarefa essencial dos juristas modifica-se. Passa a ser a de redigir o catálogo e escrever o conteúdo desses direitos, “da maneira como as leis civis e o trabalho da doutrina anterior os tiver polido”⁸⁰⁹. Nesse sentido, assinala que BODIN, por exemplo, “pensa o direito sob a figura de direitos fixos e pré-constituídos do indivíduo”.⁸¹⁰

Já em GRÓCIO, diz Villey, a linguagem é ainda mais clara: “o direito é *‘qualitas personae’*, ou seja, *atributo do sujeito*”. Quer dizer: “em sua substância, é extraído da natureza do homem”. O direito “tem como fundamento original a lei ligada imutavelmente à essência do indivíduo. Por isso *consiste numa ‘liberdade’ – ‘aptitudo’ ou ‘facultas’* -, num *‘poder’* de realizar certos atos ou de conservar certos bens que o homem adquiriu”. Logo, não pode mais ser concebido como sendo este “algo” que nos corresponderia em virtude de uma partilha social adequada (direito natural da antiguidade).⁸¹¹

No entanto, não é só. Segundo ainda diz o autor de referência, esta expansão do direito subjetivo, concebido nestes termos, é apenas “o avesso” de uma outra noção em evolução, qual seja, a de *regra geral*⁸¹². Como diz Villey, “a racionalização do direito apenas põe em evidência princípios gerais do direito dos quais o resto seria apenas consequência. Leva ao reino das ‘leis’, no sentido de regras formuladas, que acabarão por ser identificadas com o direito”.⁸¹³

Destarte, “à medida que se amplia o processo de axiomatização do direito, vão ganhando destaques as máximas gerais, extraídas da razão prática, leis da filosofia moral, das quais pretende-se que o direito seja deduzido”. GRÓCIO, assevera Villey, “tira o direito dos axiomas da moralidade do neo-estoicismo cristão, “referindo que a fonte do direito resume-se: a (a) abster-se religiosamente do bem alheio, (b) obrigar-se a manter a palavra dada e (c) reparar todo o dano cometido por culpa própria, cientes de que qualquer violação desses preceitos merecerá punição”⁸¹⁴. E conclui o autor que

⁸⁰⁶ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*...., op.cit., p.570.

⁸⁰⁷ Id.,Ibid., p.571.

⁸⁰⁸ Id.,Ibid., 572.

⁸⁰⁹ Idem.

⁸¹⁰ Id.,Ibid., 574.

⁸¹¹ Id.,Ibid., 575.

⁸¹² Id.,Ibid., 577.

⁸¹³ Idem.

⁸¹⁴ Villey diz que são três regras provenientes do “*De Officiis*”, de Cícero, fonte evidente de Grocio – op.cit., p.578, n. 264.

dá base a esta exposição: são esses, justamente, “os três pilares que formam o direito moderno” e as regras dominantes no Código Napoleônico, mais tarde (propriedade absoluta, a força da convenção e a obrigação de reparar danos cometidos por culpa própria).⁸¹⁵

Daí por que é a partir daí que estão dadas, desde logo, as condições para que o pensamento jurídico evolua nos termos que são hoje conhecidos, tornando “natural”, ao longo dos séculos, o apartar ainda hoje verificado entre o chamado “mundo jurídico” e a realidade do mundo. Daí por que, conclui VILLEY: “para nós, modernos, o direito consiste em regras gerais; sob o império estabelecido do positivismo jurídico, o juiz está submetido aos textos sob quaisquer circunstâncias; e pode chegar a condenar o miserável ladrão de pão...” em nome da propriedade absoluta, civil ou penalmente. “O que podemos fazer se ‘o direito é a lei’? Os juízes romanos, no entanto” diz Villey, “não estavam assim submetidos...”⁸¹⁶. Logo, “o que a jurisprudência humanista fez não foi tanto dar nova vida ao direito romano como, pelo fato de tirar sua inspiração de uma filosofia diferente, começar a desnaturá-lo”⁸¹⁷, e, com tudo isso, *dar espaço para um novo modo de pensar o mundo de forma apartada dele*, acrescenta-se aqui.

Desta forma, descontados eventuais excessos decorrente da empolgação expositiva identificada muitas vezes em M. Villey, bem como aquilo que possa representar alguma defasagem teórica devido à diferença temporal existente entre o momento em que foi elaborado o seu discurso e a atual realidade contemporânea já modificada, que agora é objeto de abordagem, há preciosas lições contidas nesta longa digressão.

Se é fato que não se pode pretender valorar negativamente, sob a perspectiva do pensamento e das necessidades contemporâneas, os acontecimentos identificados com o remoto período humanista europeu, como origem do pensamento jurídico moderno, de forma a desqualificar determinadas posturas jurídicas ou filosóficas de então, é muito evidente também o grande relevo do descortinar destas origens. No mínimo porque, ao fim de tudo, pode restar pelo menos muito evidente que precisamente pela irrepetibilidade de condições e radical alteração de contextos históricos, não é possível cultivar determinados dogmas para a modernidade presente, como se eles tivessem origem a-histórica e pudessem ser reeditados eternamente, ainda que sob novos nomes ou roupagens.

E a partir disso é que justamente se torna possível questionar criticamente, de forma muito mais embasada, as “novas” tendências de supressão dos espaços de diferença, representadas pela renovação da força das idealizações abstratas, das uniformizações homogeneizantes, enfim, da proposta de maximização da indiferenciação das decisões judiciais, como modo de solucionar a complexidade fática da contemporaneidade, que transborda incontida quando da prestação jurisdicional presente. A partir daí, em suma, é que se torna possível indagar, consistentemente, se apenas mais do mesmo havido durante séculos, isto é, de “desrealização”, por racionalizações simplificantes, pode dar conta de permitir o enfrentamento da realidade hodierna e de arrostar o desafio de construir legitimidade na concretização do direito na contemporaneidade.

⁸¹⁵ Cf. VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*....., op.cit., p.578.

⁸¹⁶ Id.,Ibid., p. 579. Mas é de se recordar: “Em princípio o jurista romano não retira o direito da regra: (...) a regra é apenas um auxiliar na busca dialética do direito”.

⁸¹⁷ Id.,Ibid., p. 580, para as duas últimas citações.

2. Racionalização simplificante ou Racionalidade complexa: conceitualizações e “sobrerracionalizações” vs. a busca pela “resolução de problemas concretos”⁸¹⁸ na jurisdição contemporânea. Da indiferenciação à diferenciação suficiente das decisões judiciais.

Se já o proceder intuitivo de comparar o exposto na digressão histórica anterior, acerca das origens da formação do pensamento jurídico moderno, e o quadro experienciado modernamente no meio jurídico da academia ou do foro, revelado pelo que mais foi exposto na investigação precedente ou mesmo pela experiência prática que eventualmente detenha o interlocutor deste escrito, é suficiente para identificar a manutenção das bases do pensamento que resulta na indiferenciação das decisões judiciais, parece desnecessário ou contraproducente prosseguir na mesma linha expositiva – além de não haver mais espaço para tanto.

É claro que inúmeros outros elementos histórico-filosóficos⁸¹⁹ – para mencionar apenas estes – se somaram ao exposto, ao longo dos séculos, para que tudo desaguasse neste estado de coisas atual da contemporaneidade, onde se reassenta, com vigor e de forma institucionalizada, uma “racionalidade simplificante”, a animar a dita tendência de indiferenciação da prestação jurisdicional, ora acirrada. Mas, a par de uma parcela relevante desses elementos ter sido já abordada ao longo de toda a exposição realizada –ainda que de forma fragmentária e circunstancial –, a verdade é que basta a impressão causada pela especificidade de tratamento do tópico anterior, agregada ao que já foi dito e ao que incidentalmente ainda o será sobre tais coisas, para bem devolver a investigação à discussão sobre o estado atual da prestação jurisdicional. Ou, melhor dito, para que seja possível retornar ao exame mais objetivo da realidade presente de “desrealização” do jurisdicional e de como é possível construir hoje legitimidade nesta atividade também por meio de uma diferenciação suficiente das

⁸¹⁸ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p. 397, onde afirma-se que “a tarefa fundamental de qualquer teoria jurídica nesta quadra da história” deve ser a de “concretizar direitos, resolvendo problemas concretos”.

⁸¹⁹ Basta referir, por exemplo, na área da filosofia, a questão do advento e desenvolvimento do racionalismo da modernidade, propriamente dito, mais identificado com o período imediatamente seguinte ao abordado no item anterior (século XVII e seguintes), bem como, mais tarde, já no século XX, a chamada “viragem linguística da filosofia” e a superação da metafísica que ela acarreta, para não se falar de especificidades do como a da “virada hermenêutica” (cf. GADAMER, H.G. *Hermenêutica em retrospectiva: vol.2. A virada hermenêutica*. Trad. Marco A. Casanova. 2ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007.). De outra parte, basta ainda conferir, mais especificamente na área da filosofia do direito contemporâneo, e ainda mais particularmente, do constitucionalismo recente, tudo o que já foi dito nas páginas iniciais de abertura desta investigação. Para os eventos filosóficos paradigmáticos referidos ao início da nota, conferir, então, quanto ao racionalismo, referências nas notas do item precedente; já quanto a dita viragem hermenêutica e rompimento com a metafísica, numa visão voltada para o direito, conferir STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op.cit., particularmente capítulos 6 a 10 (pp.115-234), onde se destacam os seguintes títulos: “6.A filosofia e a linguagem ou de como tudo começou com ‘o Crátilo’ – com os subitens, “A primeira filosofia de Aristóteles: o nascimento da metafísica” e “O longo caminho até o século XX – a continuidade da tradição metafísica e as reações à busca da essência da coisa em si”; “7.Hamann-Herder-Humboldt e o ‘primeiro’ giro linguístico – as fontes gadamerianas do século XIX e a linguagem como abertura e acesso ao mundo”; “8. Saussure e o (re)nascimento da linguística. Peirce e seu projeto semiótico – primeiridade, secundidade e terceiridade. Os caminhos para a invasão da filosofia pela linguagem. Rumo à linguagem como abertura do mundo.”; “9.A viragem linguística da filosofia e o rompimento com a metafísica ou de como a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto”; “10. A interpretação do Direito no interior da viragem linguística”. Por fim, para especificidades relativas às origens e desenvolvimento das hermenêuticas, resultante na hermenêutica filosófica de Gadamer com sua pretensão de universalidade, veja-se, por todos GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo/RS: Ed. Unisinos, 1999.

decisões judiciais, a partir de um reconectar adequado do direito à realidade da vida, preservador do espaço das diferenças inerente à humanidade.

É por isso que o escopo deste subitem é tratar de forma ampla do reassentamento institucionalizado desta “racionalidade simplificante” em detrimento de formas de “racionalidade complexa”, pensamento que resulta na vigência da indiferenciação das decisões judiciais, em detrimento da valorização e busca por sua diferenciação suficiente. Esse exame genérico dá início à discussão dos vastos problemas da indiferenciação/diferenciação suficiente das decisões judiciais na contemporaneidade, de forma propriamente dita, que, por sua vez, será encaminhada de forma segmentada, dada a complexidade desta faceta da “desrealização” do jurídico e do jurisdicional.

a) Breve introdução à problemática: A noção de que também aqui, *sob o vetor contemporâneo da busca pela supressão do espaço das diferenças*, o direito e a jurisdição encontram-se na modernidade presente ante um momento histórico decisivo – e mesmo ante uma verdadeira encruzilhada⁸²⁰ que potencialmente conduz a resultados muito distintos em termos de contribuição para a construção da democracia constitucional em sentido amplo, como insinua o título do presente tópico -, é dada por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA ao afirmar que

Encontramo-nos, realmente, no ponto de rotura entre o ideal do Iluminismo, com sua pretensão de domar o azar inerente à vida humana, obtendo a máxima segurança através do Direito, e as novas realidades sociais e políticas, que nos obrigam, com a força das potências históricas que as produziram, a abandonar esta perigosa ilusão.⁸²¹

E, indicando a necessidade de que, de qualquer sorte, tenha de haver um movimento em direção à aceitação da ‘problematicidade’ do Direito – e, pois, de sua necessária reconexão com a vida e a realidade individual dos casos -, em abandono de proposições dogmaticamente racionalizantes, prossegue aquele mesmo autor, afirmando que

Teremos de regressar ao ponto em que o Direito, longe de ter a sonhada virtude de expressar-se através de uma linguagem ‘unívoca’, como pretenderam as filosofias liberais do século XVII, era aceito como essencialmente ‘problemático’, incapaz de admitir raciocínio dedutivo, próprio da matemática. Pouco importa que gostemos ou não desta nova contingência. A superação do ‘dogmatismo’, que é a expressão mais visível de nosso ‘paradigma’, é uma imposição das novas realidades históricas. A essencial ‘problematicidade’ do Direito, que o aproxima inexoravelmente do ‘caso’, dando azo à sua criação jurisprudencial, aparece hoje com uma tal evidência que nos faz duvidar de que, dois séculos antes, filósofos da grandeza de um Leibniz e jurista da competência e erudição de um Savigny, pudessem concebê-lo sob a forma de uma proposição algébrica, radicalmente dogmática.⁸²²

No entanto, é o mesmo autor, que noutra ponto, adverte sobre o quão distante estão os juristas da modernidade presente, mormente no contexto brasileiro, de caminhar nessa direção, a partir da realidade ainda vigente da *cultura das uniformidades*, que “devota um profundo desprezo pelas diferenças”, e que é expressão de um paradigma racionalista (e, ainda mais remotamente, da rejeição

⁸²⁰ STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p. 417, ao lançar mão de expressão similar para definir a situação atual acerca do tema ora em desenvolvimento, a partir de considerações de Contardo Calligaris.

⁸²¹ Cf. BAPTISTA, O. “Verdade e Significado”, in. ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (ORG.) *Constituição, SistemaS Sociais e Hermenêutica...*, op.cit., p. 275.

⁸²² Id., *ibid.*

idealista do caso e da realidade, como já examinado⁸²³) que mesmo hoje oferece, sob variadíssimos matizes, forte resistência à dita tentativa de compreensão do direito e da jurisdição a partir de sua real “problematicidade”:

A verdade é que os juristas modernos não conseguem pensar o direito a partir do caso; não conseguem pensá-lo através do problema. Somos induzidos por uma determinação ‘paradigmática’, a pensá-lo como sendo produzido pela regra, pela norma, enfim pelos códigos. *Somos herdeiros da cultura européia das ‘uniformidades’, que devota um profundo desprezo pelas ‘diferenças’.*

O conflito entre nossa sujeição ‘paradigmática’ e as contingências impostas por uma sociedade urbana de massa, com marcantes ‘plurivocidades’ de visão de mundo, seja político, familiar, ético e até mesmo religioso, gera enormes dificuldades em torno do conceito de direito, especialmente quando nos deparamos com o fenômeno jurisdicional.

As tentativas de quebrar as regras, de abrir brechas no sistema, de flexibilizá-lo, arejando-as, de modo a superar o idealismo próprio do Iluminismo europeu, que – ingenuamente – pretendeu transformar o Direito numa fórmula matemática, seguidamente *defrontam-se com as mais graves e inesperadas dificuldades, opostas por nossa submissão ao paradigma racionalista, inspirador das várias matizes do positivismo jurídico, que os mais otimistas imaginam superados.*⁸²⁴

Uma primeira ordem de questionamentos que se coloca para o encaminhamento do trato adequado desta problemática, então, pode ser formulada, de forma exemplificativa, nos seguintes termos: como enfrentar, assim, esta “extraordinária inversão de sentido a que está submetido o direito moderno”⁸²⁵, de renitência, através das mais diversas vias, nas idealizações demasiado simplificadoras da vida e de busca por uma impossível “justiça abstrata”⁸²⁶, sempre em detrimento daquela “do caso”? Ou como se “fazer a volta” em direção a uma “reproblematização” do Direito, quando, a pretexto de enfrentamento da urgência e do complexo contemporâneo, justamente o que se propõe, hodiernamente, é novamente um aprofundamento da simplificação e da uniformização?

Um início de resposta, com potencial de reordenar tal discussão, então, parece surgir da constatação de que talvez a saída esteja em justamente identificar, antes de tudo, expressamente a existência destas vias paradigmáticas de ação.

Não mais o dogmatismo da racionalização simplificante como saída exclusiva, naturalizada como coisa única dada, mas o reconhecimento prévio de que há distintos modos de se conceber o direito e a jurisdição. O reconhecimento de que há formas de considerar o jurídico e o jurisdicional que necessariamente serão diversas, por mais ou menos comprometidas, *grosso modo*, com (a) um certo paradigma de “racionalizações simplificantes”, que leva ao tratamento puramente idealizado da vida e, pois, à uniformização homogeneizante dos casos trazidos ao Judiciário – o que deságua, nos casos mais graves, numa impossível forma de “justiça em abstrato”⁸²⁷, ou com (b) um paradigma de “racionalidade complexa”⁸²⁸, onde, sem se abandonar a razão, busca-se resgatar a faticidade da vida

⁸²³ Conforme exhaustivamente examinado a partir dos estudos de MICHEL VILLEY, acerca dos reflexos do humanismo do século XVI e de sua ruptura com certas tradições da antiguidade, com reflexos importantes sobre a formação do pensamento jurídico moderno mesmo antes do “cogito cartesiano” sobrevir.

⁸²⁴ Cf. OVÍDIO BAPTISTA, “Justiça da lei e justiça do caso”, in: Revista Forense, v.400 ..., op.cit., pp. 190-1 (destaquei).

⁸²⁵ Cf. OVÍDIO, id., p.190: “A extraordinária inversão de sentido a que está submetido o direito moderno faz parte de nossa cultura e determina, inexoravelmente, a maneira como compreendemos e praticamos o direito como um sistema, o direito gerado por um ordenamento jurídico.”

⁸²⁶ Cf. OVÍDIO, id., p.191: “a justiça jamais é abstrata.”

⁸²⁷ Cf. GADAMER, em “O problema hermenêutico e a ética de Aristóteles” (in: *O problema da consciência histórica...*, op.cit., pp.52-3).

⁸²⁸ A expressão aqui está sendo considerada de forma muito ampla, tudo para, em princípio, envolver mais de uma espécie de proposta na busca de superação do problema das uniformidades idealizantes e racionalizações simplificantes. Assim, por

em si mesma considerada⁸²⁹, na máxima medida possível, ao se tentar alcançar, ao final, a possível justiça do caso considerado em sua individualidade irrepitível.

Ora, a verdade é que, por mais que a genérica apresentação polarizada destes posicionamentos extremos acerca da concepção do jurídico e do jurisdicional na contemporaneidade não passe, também, em si mesma, de uma esquematização de idealizações acerca das possibilidades de conhecimento e tratamento da realidade, concebida para uma mera tentativa de compreensão aproximativa desta problemática atual, aí se apresenta um fio condutor mínimo para o seu trato.

Logo, ainda que as múltiplas e matizadas posições teóricas específicas sobre o papel do jurídico e do jurisdicional na modernidade presente encerrem uma riqueza de detalhes e nuances inabarcáveis por uma tal generalização esquemática, este situá-las com relação a esses nortes paradigmáticos de compreensão das possibilidades, dos meios, modos e fins das *ciências do espírito*⁸³⁰ e, mais especificamente, da atividade de prestação jurisdicional, parece no mínimo útil, por deter ao menos a possibilidade de revelar o *sentido* ou a direção que cada uma delas toma ou pode tomar em relação à complexidade e à realidade da vida presente (se de afastamento ou de aproximação).

Daí se identificar nisso uma possibilidade de enfrentamento deste tema. Vale dizer: daí se identificar tal possibilidade, a partir do desvelamento, disso tudo decorrente, de que, por detrás da adoção de determinadas posturas ou compromissos teórico-doutrinários nesta área específica do conhecimento humano, encontra-se um automático optar por um maior ou menor direcionamento a um destes paradigmas – e, com isso, um caminhar para uma contribuição à degradação (pela desrealização) ou, em menor ou maior medida, para um resgate (pela construção de uma racionalidade complexa) da legitimidade da prestação jurisdicional também neste particular.

É por isso que, nesse passo, para permitir uma melhor compreensão da noção de *racionalidade complexa* (em oposição à de racionalização simplificante), numa tão larga acepção quanto a adotada aqui⁸³¹, julga-se relevante partir do resgate de algumas ideias de EDGAR MORIN⁸³², que parecem dar

exemplo, o caso da teoria discursiva habermasiana (mesmo que à vista das críticas da manutenção de certas ligações com o paradigma representacional, anterior à viragem da filosofia da linguagem, por meio, por exemplo, da manutenção da necessidade de abstrações intermediadoras da vida em si mesmo considerada, como seriam os seus “discursos de validade ‘prima facie’”- cf. STRECK, *Verdade e consenso...*, op.cit., p.84,v.g.) -, e não apenas aquela proposta mais radical de verdadeira superação da epistemologia pela ontologia (cf. STRECK, *Verdade e consenso...*, op. cit., p.80)., nos termos do que proposto pela hermenêutica filosófica. Isto por que aqui, num primeiro momento, o que se quer é apenas marcar a diferença entre “as teorias críticas (teoria do discurso habermasiana, as diversas teorias da argumentação, a hermenêutica, etc.), todas inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, que tem um objetivo comum: a superação do positivismo jurídico e dogmatismo que se enraizou na doutrina e na jurisprudência brasileiras, responsáveis em grande medida pela inefetividade da Constituição” (Id.Ibid, p.403), e aqueles posicionamentos atuais que ainda resguardam este modo de ver e praticar a jurisdição, de forma revigorada na contemporaneidade. As divergências entre estas teorias críticas, que lhes impulsionam à faticidade ou que, ao final, lhe privam dela, estão no que “representa o processo de compreensão (interpretação) dessas rupturas paradigmáticas”, no dizer de STRECK (id.ibid.), e serão objeto de distinção oportuna, adiante.

⁸²⁹ Cf. GADAMER, idem, p.53, sobre a inabarcabilidade da “complexidade concreta de um caso particular” por qualquer lei.

⁸³⁰ A respeito da possibilidade e conteúdo ou alcance desta expressão, conferir o escrito de GADAMER, de 1985, intitulado “Sobre a mudança nas ciências do espírito (ciências humanas)”, em *Hermenêutica em retrospectiva: vol.2. A virada hermenêutica.*, op.cit., pp. 145 e ss.

⁸³¹ Nos termos do já exposto em nota anterior e nesta condição de um verdadeiro norte a simbolizar uma espécie de conduta ou de visão tendente à busca da resolução dos problemas concretos na jurisdição, englobando os mais diversos – e, por vezes, em alguma medida até contraditórios - matizes teóricos.

⁸³² Neste ponto da investigação abre-se uma oportunidade e um desafio. O caminho mais óbvio para dar curso à investigação seria o de simplesmente contrapor o pensamento dogmático ainda vigente a teorias que supostamente pudessem dar conta de um reconectar o direito à vida, de forma suficiente, tal como seriam aquelas, de uma forma ou de outra, tendentes à busca da

melhor suporte e maior impulso ao ora exposto⁸³³ – ainda que em alguma medida já adiantadas em ponto precedente.

Posto isto, será possível, depois, um breve exame de parte do espectro teórico moderno, no que diz respeito à concepção dos contornos e possibilidades da jurisdição contemporânea (especificamente no que diz respeito ao problema da indiferenciação/diferenciação suficiente das decisões judiciais) frente ao real hipercomplexo, a fim de situar determinadas posturas em relação a tais paradigmas e, por conseguinte, em relação as suas maiores ou menores possibilidades de construção da legitimidade demandada pelo presente e considerada pelo prisma adotado neste estudo para o trato do tema⁸³⁴.

b) para uma compreensão da noção de racionalidade complexa e de sua oposição com a ideia de racionalização simplificante – brevidades sobre o pensamento de MORIN e possíveis conexões úteis: Considere-se, então, que ainda no prefácio da obra “Introdução ao pensamento complexo”, MORIN acena com algumas indicações importantes para a compreensão da ideia de uma racionalidade complexa, tal como concebida aqui.

Trata-se, segundo aquele autor, da prévia necessidade do desfazimento de “duas ilusões”, para se alcançar essa capacitação de lidar com o real de forma mais completa e dialogada: a primeira ilusão a desfazer seria, ainda segundo ele, a de que a complexidade conduziria à eliminação da simplicidade (isso não seria verdade porque, em realidade, “...o pensamento complexo integra o mais possível os modos simplificadores de pensar, mas *recusa as conseqüências mutiladoras, redutoras, unidimensionais...*” da simplificação); a segunda, consistiria na confusão habitualmente feita entre complexidade e completude, algo a ser extirpado por princípio do pensamento complexo, uma vez que o conhecimento completo é impossível e esse ideal do pensamento complexo aspira ao conhecimento multidimensional justamente reconhecendo esta impossibilidade da onisciência⁸³⁵.

conexão do direito com o caso concreto ou, melhor ainda, daquelas que busquem a faticidade, por ligadas com a hermenêutica filosófica. No entanto, a questão mais interessante parece ser a de como se vai de um ponto a outro. Onde o desenvolvimento das teorias jurídicas, ou uma sua mais adequada elaboração, a partir da adoção de paradigmas filosóficos diferenciados, alcança o ponto em que se pode falar de um efetivo e suficiente comprometimento do jurídico com o complexo da vida (ou de um afastamento suficiente da “desrealização” vigente do mundo)? E mais: como se pavimenta um tal caminho, ou como estas questões se interconectam, como se amalgamam? Daí se partir desta abordagem que ilustre este caminho com a ideia de uma busca por uma nova racionalidade complexa, surgindo, assim, o desafio de expor, também, conexões possíveis entre o pensamento complexo de MORIN, aquele de uma certa crítica jurídica e o da hermenêutica filosófica, de forma ampla.

⁸³³ E ainda que em MORIN se fale de desenvolver uma ‘epistemologia da complexidade’ (op.cit., p.17), e de que o pensamento sistêmico anime suas investigações, é de se destacar o caráter crítico e comprometido com o acolhimento do real contido em suas posturas. Além disso, como diz STRECK, é de se recordar que a “epistemologia que a ontologia (hermenêutica) supera é a epistemologia construtiva de sentido, sem ser-no-mundo, e não a epistemologia ‘analítico-existencial’ e reflexiva. (Verdade e Consenso,...op.cit., p.80, nota 2).

⁸³⁴ Ainda que, em princípio, não seja possível, ou pelo menos seja “muito difícil”, saber qual das teorias se apresente como a “mais correta”, em termos de demonstrar maior aptidão para responder às demandas do direito brasileiro, como reconhece o próprio STRECK (cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.404), notório partidário da aplicação da *fenomenologia hermenêutica* no direito (que engloba (op.cit., p.191), primeiro, filosofia hermenêutica heideggeriana, e, depois, a hermenêutica filosófica (Gadamer) - op.cit., p.52.).

⁸³⁵ MORIN, *Introdução ao pensamento complexo...*, op.cit., pp.6-7.

Atente-se, ainda, à ideia que consta expressamente do capítulo final da obra referida, e que permeia todo aquele singular escrito⁸³⁶, no sentido de demonstrar que a razão não está na pura e redutora “racionalização” (que impõe o risco de, inclusive, sufocá-la), mas, sim, “numa vontade de ter uma visão coerente dos fenômenos, das coisas e do universo”⁸³⁷, que “inclusive é profundamente tolerante com respeito aos mistérios”⁸³⁸, e, portanto, de forma inevitável, tem de pressupor a aceitação da necessidade do pensamento complexo e a compreensão dos modos e meios de se lidar com ele, seja em teoria, seja na vida.

Essa parece ser a essência daquela instigante obra, consistente num *apelo à tomada de consciência da necessidade de se revisitar a razão despida das racionalizações redutoras*, para bem conhecer e transitar no mundo e na vida. E é por isso que se lança mão, nesta pesquisa, da noção de *racionalidade complexa*, concebida de forma ampla, para *dar nome ao lugar em que se situariam as tentativas teóricas de aproximação efetiva da realidade*, da incomensurável individualidade da vida, quando do tratamento da questão da jurisdição contemporânea (em oposição ao lugar oposto da racionalização simplificante).

Por fim, considere-se, ainda, a explicitação de algumas noções básicas em MORIN – mesmo que em alguma medida já adiantadas em outro lugar -, para que se possa prosseguir no desiderato proposto inicialmente e para que melhor se apreendam as possibilidades deste conceito para o propósito limitado referido.

A primeira delas, diz com a percepção do problema de *como realmente se organiza o conhecimento*. Morin sustenta que se deve reconhecer que, como qualquer conhecimento opera por seleção de dados significativos, o princípio da seleção/rejeição de dados funciona sempre com operações que são de fato comandadas por *princípios “supralógicos” de organização do pensamento*, ou *paradigmas* – ainda que se faça utilização da lógica. Trata-se de princípios ocultos que governam nossa visão das coisas e do mundo, sem que tenhamos consciência disso⁸³⁹. Ora, só isso já bem demonstra que as certezas racionais do tipo cartesiano são permeadas e embasadas, em verdade, em escolhas que estão para mais além do alcance de tais racionalizações simplificadoras. Problema, então, para uma tal postura fechada em torno das certezas analíticas.

Mas não é só. Depois de apresentar uma tal noção, Morin passa a destacar que vivemos sob o império do princípio da disjunção, de redução e de abstração, cujo conjunto constitui o que ele chama de “paradigma da simplificação” – conforme inclusive já melhor abordado alhures. E a única forma de

⁸³⁶ A obra é então organizada em seis capítulos, com múltiplas subdivisões, onde se inicia o trabalho proposto, propriamente dito, pela demonstração da necessidade do pensamento complexo de forma mais direta, no breve capítulo intitulado sugestivamente como “A inteligência cega”, o que, no entanto, é pretensão que está inscrita e entremeada em toda a evolução do texto. As características do pensamento complexo, contrapostas à realidade atual, permeada de hipercomplexidade “tratada” (cada vez mais, de forma insuficiente) por raciocínios de corte cartesiano, vão sendo, depois, apresentadas no capítulo 2 (“O desenho e a intenção complexos .O esboço e o projeto complexos”). Os capítulos seguintes são desenvolvimentos mais intensos da ideia de paradigma complexo, o que implica aprofundamentos sucessivos e fragmentados acerca das ideias de rede, de visão holística adequada, de teorias dos sistemas (não sem críticas, por exemplo, a certos sistemismos “vagos e rasos” –cf. p.19) e da informação, sem perder a ideia de contraposição com o paradigma simplificador, racionalista, a ser superado. Essa tensão permanece durante toda a investigação e culmina com a exposição feita no tópico final do último capítulo, novamente intitulado de forma sugestiva como “A razão”.

⁸³⁷ MORIN, *Introdução ao pensamento complexo...*, op.cit.,p.70.

⁸³⁸ Id. Ibid., p.118.

⁸³⁹ Id. Ibid., p.10.

remediar esta disjunção, segundo ele, foi encontrar uma outra forma de simplificação: a da redução do complexo ao simples. Tudo na pretensão de que a hiperespecialização pudesse, assim, fragmentar “o tecido complexo da realidade”, fazendo crer que um simples corte arbitrário no real pudesse ainda expressar o próprio do real⁸⁴⁰.

Nesse processo, no entanto, a verdade é que se mutila e se perde a conexão com o mundo da vida, com a realidade. O pensamento simplificador, ainda segundo Morin, passa a ser incapaz de conceber a conjunção do uno e do múltiplo (“unitat multiplex”), e chega-se, finalmente, ao que ele chama de “inteligência cega”, onde o elo inseparável entre observador e objeto e a totalidade das coisas não pode ser percebido⁸⁴¹; onde, nas palavras do autor, as realidades-chave são desintegradas e passam por entre as fendas que separam as disciplinas. Daí a produção de “especialistas ignaros” e de doutrinas obtusas – do que obviamente não escapam o direito e processo, como já revelaram as assertivas iniciais. E conclui, nesse tópico: por essa visão mutiladora e unidimensional se paga bem caro no que diz respeito aos fenômenos humanos, passando a estratégia política a requerer, então, o pensamento complexo.

Isso remete, em seguida, à questão da demonstração atual da necessidade do pensamento complexo. Morin pergunta, então: *o que é complexidade*, ensaiando respostas possíveis e iniciais:

A um primeiro olhar, a complexidade é um tecido (“*complexus*”: o que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Num segundo momento, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico. Mas então *a complexidade se apresenta com traços inquietantes de emaranhado, do inextrincável, da desordem, da ambigüidade, da incerteza...* Por isso o conhecimento necessita ordenar os fenômenos rechaçando a desordem, afastar o incerto (....).⁸⁴²

⁸⁴⁰ MORIN, *Introdução ao pensamento complexo...*, op.cit.,pp.11-12.

⁸⁴¹ Ou seja, onde acaba mantendo-se intacto o superado esquema “sujeito-objeto”, que, nos termos de MORIN, é apresentado assim: “...chegamos sem dúvida ao ponto crucial da física e da metafísica do Ocidente, que, desde o século XVII, ao mesmo tempo, funda a ambos e os opõe irreduzivelmente [ao abordar as relações entre sujeito e objeto]. De fato, a ciência ocidental fundamentou-se na eliminação positivista do sujeito a partir da idéia de que os objetos, existindo independentemente do sujeito, podiam ser observados e explicados enquanto tais. A idéia de um universo de fatos objetivos, purgados de qualquer julgamento de valor, de toda deformação subjetiva, graças ao método experimental e aos procedimentos de verificação, permitiu o desenvolvimento prodigioso da ciência moderna. (...) Nesse quadro o sujeito é ou o ‘ruído’, isto é, a perturbação, a deformação, o erro que se deve eliminar a fim de atingir o conhecimento objetivo, ou o espelho, simples reflexo do universo objetivo. O sujeito é dispensável, como perturbação ou ruído, simplesmente porque ele é indescritível, segundo os critérios do objetivismo. (...) Mas expulso da ciência, o sujeito assume sua revanche na moral, na metafísica e na ideologia. (...) De todos esses lados, gloriosa ou vergonhosamente, implícita ou abertamente, o sujeito foi transcendentalizado. (...). Para a eliminação positivista do sujeito, responde, no outro pólo, a eliminação metafísica do objeto: o mundo objetivo se dissolve no sujeito que o pensa. Descartes foi o primeiro a ter feito surgir em toda sua radicalidade esta dualidade que iria marcar o Ocidente moderno, colocando alternativamente o universo objetivo na ‘res extensa’, aberto à ciência, e o ‘cogito’ subjetivo irresistível, primeiro princípio irreduzível da realidade. Depois disso, efetivamente, a dualidade do objeto e do sujeito se coloca em termos de disjunção, de anulação recíproca. (...) Ora, estes termos...são ao mesmo tempo inseparáveis. A parte da realidade escondida pelo objeto reenvia ao sujeito, a parte da realidade escondida pelo sujeito reenvia ao objeto. Ainda mais: só existe objeto em relação a um sujeito (que observa, isola, define, pensa) e só há sujeito em relação a um meio ambiente objetivo (que lhe permite reconhecer-se, definir-se, pensar-se etc., mas também ‘existir’). O objeto e o sujeito entregues a si próprios são conceitos insuficientes. (...) E assim toma forma o paradigma-chave do Ocidente: o objeto é o conhecível, o determinável, o isolável, e por consequência o manipulável. Ele detém a verdade objetiva e, neste caso, ele é ‘tudo’ para a ciência, mas manipulável pela técnica, ele não é ‘nada’. O sujeito é o desconhecido, desconhecido porque indeterminado, porque espelho, orque estranho, porque totalidade. Assim, na ciência do Ocidente, o sujeito é o ‘tudo-nada’; nada existe sem ele, mas tudo o exclui; ele é como o sustentáculo de toda a verdade, mas ao mesmo tempo ele não passa do ‘ruído’, o erro frente ao objeto. (MORIN, *Introdução ao pensamento...*, op.cit., pp.39,40,41 e 43).

⁸⁴² MORIN, *Introdução ao pensamento complexo...*, op.cit., p.13.

E nisso, nessa ânsia de uma compulsiva “ordenação” extrema da realidade, corre-se o risco de provocar a cegueira; daí porque, segundo o autor, a complexidade chegou até nós, nas ciências, pelo mesmo caminho que a tinha expulsado. Ficou evidente, a partir de seus avanços mais recentes, que o rechaço incondicional da desordem e da incerteza era também o do real e o da possibilidade da verdade – o mesmo podendo ser dito, com cada vez mais pertinência, para o campo do jurídico e, particularmente, da prestação jurisdicional.

Diz-se, a partir daí, que finalmente há a percepção de que o caminho “não é uma substância, mas um fenômeno de auto-eco-organização extraordinariamente complexo que produz autonomia” e os fenômenos antropossociais não poderiam ser menos complexos, razão pela qual – também nós da área das ciências sociais - *temos que enfrentar essa complexidade, e não ocultá-la*⁸⁴³.

Destaca-se ainda que, no dizer do autor, a antiga patologia do pensamento dava uma vida independente aos mitos e aos deuses que criava, mas “a patologia moderna da mente está na hipersimplificação que não deixa ver a complexidade do real”⁸⁴⁴. Quer dizer, a pretexto de se racionalizar o mundo, se extirpou dele tudo o que não fosse imediatamente compreensível, simplificada e seguramente apreensível, e, com isso, a própria essência intrincada do real – e nisso, um vazio do “indizível” contido na consideração das coisas mesmas.

Deixa-se claro, então, no que consiste essa patologia moderna: “A patologia da razão é a *racionalização* que encerra o real num sistema de ideias coerente, mas parcial e unilateral, e que não sabe que *uma parte do real é irracionalizável, nem que a racionalidade tem por missão dialogar com o irracionalizável*” (destaquei)⁸⁴⁵.

Por fim, conclui incisivamente Morin, para aquilo que nos interessa mais imediatamente neste escrito: ainda estamos cegos ao problema da complexidade, continuamos na era bárbara das ideias. Precisamos *civilizar* nosso conhecimento⁸⁴⁶.

Logo, esse lugar da “racionalidade complexa”, que abriga os pensamentos e as teorias em que se busquem um novo dialogar da razão com as coisas e com o mundo da inabarcável realidade hipercomplexa, o que no caso da prestação jurisdicional representa uma tentativa de resgate da consideração dos casos em sua real inteireza, de ricas e irrepetíveis circunstâncias, é o lugar onde estará, também, a possibilidade de uma jurisdição mais legítima.

Isso, precisamente, porque em algum ponto do espectro teórico que subjaz a esta posição de maior grau de “civilidade” do conhecimento, é que se poderá encontrar a *suficiência da diferenciação da decisão judicial*, representada por aquela decisão que efetivamente tenha solucionado o caso a partir da promoção do diálogo entre as circunstâncias particulares da vida, em cada caso, com a descoberta do sentido, da norma, para a situação posta em contexto, e, assim, do justo para o caso concreto.

⁸⁴³ MORIN, *Introdução ao pensamento complexo...*, op.cit., p.14.

⁸⁴⁴ Id., Ibid., p.15.

⁸⁴⁵ Id., Ibid.

⁸⁴⁶ Id., Ibid., p.16.

Por derradeiro, postas essas fundamentais brevidades sobre o pensamento complexo em Morin, é necessário registrar, ainda, que a adoção desta denominação geral da racionalidade complexa, baseada nas ideias precedentemente explicitadas, como lugar de encontro do pensamento crítico e das teorias que buscam a superação do paradigma idealista e racionalista redutor do positivismo⁸⁴⁷, inclusive em suas formas renovadas, encontra suporte também nas possíveis conexões entre o seu pensamento e diversas posturas teóricas críticas diferentes.

Considere-se, pois, a compatibilidade do pensamento complexo de MORIN com a crítica⁸⁴⁸ jurídica feita por WARAT⁸⁴⁹. Ou, ainda, a sua aproximação com o pensamento sistêmico⁸⁵⁰, que permite ligações com pensadores como HABERMAS⁸⁵¹. Isso tudo, de outra parte, sem que se possa chegar a ter por inadequado colocar sob a mesma larga denominação, no sentido e para os fins específicos já revelados aqui, outras posturas ainda distintas das já referidas, como são as de PAUL RICOEUR⁸⁵² ou GADAMER⁸⁵³ (como representantes exponenciais da hermenêutica filosófica⁸⁵⁴).

⁸⁴⁷ Ainda que eventualmente não obtenham suficiente êxito neste desiderato, como se verá, via de regra, pela manutenção de vínculos com a filosofia da consciência.

⁸⁴⁸ Nesse ponto, verificar o que refere STRECK a respeito: “Nesse plano de superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que tanto pode ser feito via pragmática-analítica como pela ontologia hermenêutica (com vantagens para a segunda), e ultrapassando a polêmica Habermas-Gadamer – até porque é possível dizer que as teses mais se aproximam do que se distinguem (E. STEIN)- é relevante acentuar que tanto a hermenêutica quanto a crítica podem ser pensadas a partir do ato de reflexão.” (*Hermenêutica Jurídica e(m) crise...*, op.cit., p.220).

⁸⁴⁹ Cf. sobre estas ligações o palavra do próprio WARAT (*A ciência jurídica e seus dois maridos*, op.cit., pp. 178-9): “...termino de reler este capítulo da carnavalização, ficando óbvio para mim, a relação da carnavalização com a teoria da complexidade de Morin. Quando eu escrevia sobre a carnavalização, há quinze anos, já sentia muito forte dentro de mim a **necessidade de inscrever a teoria na vida ou a vida na teoria**, se preferirem. As teorias sociológicas e políticas, a filosofia e a filosofia do direito, sempre foram um pensamento ordenado, estático, e conseqüentemente, sem vida. As transcendentalizações características da ciência moderna são o ‘habitat’ de ‘Thanatos’.

A carnavalização propôs a intertextualidade dos discursos, relativizando o seu caráter dogmático. A carnavalização desde seu princípio foi uma proposta de quebra com o autoritarismo das verdades científicas, ela sempre foi um caminho para a democracia.

A carnavalização desordenou o racionalismo da ciência moderna, valorizando a subjetividade humana ao trocar a posição do observador pela do participante. Inscrevendo desejo na razão fechada, levou Eros ao encontro de Thanatos.

A Epistemologia da Complexidade, de Edgar Morin, detectou os mesmos problemas do paradigma da modernidade constatados pela epistemologia carnavalizada, tanto que contrapõe razão fechada (logicismo e transcendentalizações características da modernidade) e razão aberta (sensibilidade e subjetivismo). (...) percebeu a desordem inserida no meio da lógica científica. *Ao duvidar do objetivismo e do rigorismo científico, o pensamento complexo inseriu o homem no processo de conhecimento, é a ‘doble’ hermenêutica de que fala Morin*, e a necessidade de autoconhecer-se a que me refiro.

Morin, através da percepção da complexidade do social, admite a incapacidade do homem para perceber a totalidade do real, a realidade somente se nos apresenta em partes; não existe uma verdade absoluta, mas muitas verdades que dialogam entre si, algumas coincidem, outras são incompatíveis. *Ignorar essas partes do real, porque não servem para nossa idéia pronta e etiquetada do mundo, é não compreender a complexidade da sociedade e não compreender-se como parte desta complexidade.*” (destaquei).

⁸⁵⁰ Aproximação essa revelada, por exemplo, nas considerações constantes de “Introdução ao pensamento complexo...”, op. cit., p.19-20, onde reconhece algumas “virtudes sistêmicas”, mas que também é crítica, em si mesma, como demonstra o mesma passagem no seguinte ponto: “Pode-se dizer da teoria dos sistemas que ela oferece um rosto incerto ao observador externo, e para quem nela penetra revela ao menos três faces, três direções contraditórias. *Há um sistema fecundo que traz em si mesmo um princípio de complexidade; há um sistemismo vago e raso, baseado na repetição de algumas verdades primeiras asseptizadas (‘Holísticas’) que jamais puderam ser operacionalizadas; há enfim o ‘system analysis’ que é a correspondente sistêmica da ‘engineering’ cibernética, mas muito menos confiável, e que transforma o sistema em seu contrário, isto é, como o termo ‘analysis’ o indica, em operações redutoras.*” (op.cit., pp.19-20 – destaquei).

⁸⁵¹ Embora a larga distância para com o pensamento de Luhmann, por exemplo, veja-se o enquadramento de HABERMAS feito nesse sentido por LEONEL SEVERO ROCHA (ROCHA, Leonel Severo *et alii*. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp.28-9 e ss.). ROCHA inclui Habermas dentre os autores da matriz pragmático-sistêmica do direito, enquadrando sua “Teoria da Ação Comunicativa” como uma das teorias neo-sistêmicas e referindo o seguinte: “Habermas...vai elaborar uma teoria dos sistemas, na linha de Parsons, em que o ambiente tem uma certa autonomia. (...)Luhmann sempre teve uma polêmica com Habermas, colocando algumas noções um pouco diferentes, embora, em grandes linhas, a trajetória seja semelhante a de Habermas.” (op.cit., p.29).

⁸⁵² No âmbito desta investigação, talvez pelo inusitado da pretendida ligação de pensamentos proposta aqui, não parece inútil ou pouco apropriado esclarecer o que segue, acerca do pensador Paul Ricoeur, nas palavras de SÉRGIO DE GOUVÊA

FRANCO: “Paul Ricoeur é umas mais ricas e profundas figuras do pensamento atual. É autor de uma filosofia que se orienta na direção fenomenológica. Seu pensamento, em alguns aspectos se assemelha ao de Merleau-Ponty. Mas ele é, mais do que um fenomenólogo, sobretudo um hermeneuta. O problema próprio a Ricoeur é o de uma hermenêutica, ou seja, o problema da interpretação e do sentido. Mas Ricoeur não aceita um enquadramento simples. Seu pensamento tem as marcas da originalidade. Não é alguém que segue submisso esse ou aquele sentimento filosófico. Ele inaugura um estilo de fazer filosofia. Abre o caminho. O objetivo de sua obra é interpretar nada menos que o próprio homem: quem é o homem contemporâneo? Para tanto, está pronto a buscar recursos onde eles estiverem. Sua originalidade se manifesta, em grande medida, por buscar recursos onde outros filósofos não buscariam: ele vai atrás de material em fontes pré-filosóficas. Para ele, o símbolo, o mito, a linguagem poética, os sinais inconscientes na fala humana, tudo isso é fonte de filosofia. O homem só se conhece indiretamente, por meio daquilo que deixa impregnado em sua produção, não necessariamente de modo consciente. Sua máxima – ‘le symbole donne à penser’ [‘Le conflit des interprétations Essais D’herméneutique. Paris: Seuil, 1969, p.284.], ‘o símbolo dá o que pensar’, expressa bem esse estilo de fazer filosofia: o símbolo é material para reflexão filosófica. A filosofia se nutre de fontes pré-filosóficas.

A originalidade de Ricoeur se expressa também no seu baixo nível de preconceito filosófico. É capaz de reunir tradições filosóficas até então dissociadas. (...) Isso tudo faz de Ricoeur um pensador amplo e dialético, que não se perde no ecletismo. (...) A obra de Ricoeur chama a atenção também pela extensão e abrangência. (...) escreve sobre os temas da fenomenologia e do existencialismo. Escreve sobre símbolos e religião, sobre linguagem, psicanálise e política. Mais especificamente pode-se mencionar a sua penetrante análise da vontade humana e da questão da liberdade, seu longo e detalhado estudo sobre os símbolos do mal, seu extenso e profundo estudo sobre Freud. Além disso, produziu grande quantidade de ensaios sobre linguagem.” (FRANCO, S.G. *Hermenêutica e psicanálise na obra de Paul Ricoeur*. São Paulo: Loyola, 1995, p.25-7). E para complementar, mais especificamente no que diz respeito mais específica e diretamente ao Direito, assevera CONSTANÇA MARCONDES CESAR: “Meditação sobre a ação, decifração da ação, a filosofia de Ricoeur lança as bases de uma ética, na qual são temas importantes a justiça, a tolerância, a democracia: ou seja, o laço estreito entre o ético e o político.” (CESAR, Constança Marcondes (org.). *Paul Ricoeur: Ensaios*. São Paulo: Paulus, 1998, p.66).

⁸⁵³ Diz STRECK (*Hermenêutica Jurídica e(m) crise...*, op. cit., p.222), a respeito: As convergências entre GADAMER e HABERMAS são, com certeza, muito maiores que suas diferenciações. RICOEUR é um dos corifeus desta tese. Na discussão acerca da ‘universalidade da hermenêutica’, Ricoeur fica com Gadamer, pois acredita que toda a filosofia é hermenêutica. Discorda de Gadamer no pormenor, e não no fundamental, qual seja, no plano da rejeição da dicotomia entre verdade e método, que impede Gadamer de ‘fazer justiça a uma crítica da ideologia como expressão moderna e pós-marxista da abordagem crítica’.”

De resto, complementa STRECK, “não há dúvidas de que a hermenêutica gadameriana contém elementos fortemente críticos” (op.cit., p.223), o que, de certa forma, é também reconhecido por RICOEUR, em seu *Do texto à ação* (Porto, RES Ed, s/d, pp.356 e 357, *apud* STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, op.cit., p.223, nota 411.).

⁸⁵⁴ Ainda que distinto seja o pensamento de tais filósofos entre si. Nesse sentido, a bem de demonstrar a distinção por contraposição ao tudo mais que consta e constará sobre GADAMER nesta investigação, mas ainda demonstrando a pertinência da larga denominação proposta aqui (“racionalidade complexa”), considere-se algumas coisas sobre as quais se pode ter certeza no ponto: Ricoeur tem uma forte influência formativa não-reducionista [Diz SÉRGIO DE GOUVEA FRANCO (*Hermenêutica e psicanálise na obra de Paul Ricoeur*. São Paulo: Loyola, 1995), a respeito do ponto: “Ricoeur, seguindo Marcel [Gabriel Marcel, 1889-1973], mantém em sua obra uma profunda reverência ao *mistério* da vida. Ricoeur aprende com Marcel a *rejeitar os reducionismos* que querem explicar integralmente o homem e a cultura: ‘A esta altura devemos fazer um ataque direto a certos tipos de formulações gerais do tipo ‘isto é somente isso...ou, isto não passa disso’, ou coisas do gênero. Cada reducionismo depreciatório desta natureza está baseado no ressentimento, ou seja, em uma paixão que tem por base um violento ataque direto contra toda a integridade do real. [Gabriel Marcel. ‘Man Against Mass Society’. Trad. G.S.Fraser. Chicago: Regnery, 1964, p.156]” (op.cit., p.34-destaquei.)] e utiliza-se do método dialético [Vide, v.g., FRANCO, op.cit., pp.47-8.] como marca distintiva de seu pensar. Sua tentativa de compreender o mundo é escorada, inicialmente, numa forma de *interpretar* “como *exercício de suspeita*”, num estilo redutor de ilusões do racionalismo da modernidade adotado, como ele refere, justamente pelos “mestres da suspeita” (Marx, Freud e Nietzsche [Para tudo, vide FRANCO, op.cit., p.74.] – para não se falar em Heidegger [Cuja obra Ricoeur admira e admite influenciar-lhe, mas que não é também autor aceito sem reservas, conforme FRANCO, op.cit., p.100. Vide também CESAR, Constança Marcondes (org.). *Paul Ricoeur: Ensaios*. São Paulo: Paulus, 1998, p.57, onde são citadas as seguintes fontes diretas para ter Heidegger como fonte importante em Ricoeur: Ricoeur, “Reflexão feita”, p.98 e 141 (autobiografia) e “Si-mesmo como um outro”, p.362.]). Mas para bem além dessa posição inicial iconoclasta, o que Ricoeur pretende, no momento seguinte, é buscar uma outra interpretação do mundo, agora, *restauradora do sentido*. Ele propõe uma “*real dialética interpretativa*”, *falando, primeiro, em se desapossar da consciência*, dando-se conta de que ela não é o lugar de origem do sentido e caminhando na direção do inconsciente. Mas, depois, propõe uma inversão do caminho. Retrocede sobre os escombros do “cogito”. *Busca de novo um racional liberto dos excessos do cartesianismo*, através “da investigação das figuras que podem emergir do símbolo” [FRANCO, op.cit., p.79.]. Estabelece, então, uma dialética entre esses dois pólos de uma *sua mesma hermenêutica*, o “da arqueologia iconoclasta do sujeito” e o de “uma teleologia restauradora do sentido” [FRANCO, op.cit., pp.78-9.] (ou seja, une e propõe o diálogo entre uma “hermenêutica da suspeita” e uma “hermenêutica da afirmação do sentido” [*Id. ibidem*, p.99]).

Sucedem que Morin, no anseio de buscar o resgate de uma racionalidade que não é a puramente analítica, que transcende às racionalizações cartesianas ordinárias, inscreve-se no quadro daqueles que, mais do que contestar tais antigas certezas da modernidade, buscam um novo modo de ser racional, eliminando, na máxima medida possível, o pensamento redutor, sempre dialogando, sempre agindo de forma dialética.

Nisso parece se encontrar Morin, ainda que, quiçá, tangencialmente, com estes ricos pensamentos, ao aludir, de forma comum a eles (por outros termos), a uma intenção de resgate de uma razão comprometida com a possível consideração da complexidade da vida – e este é o ponto que aqui importa, porque se trata de uma intersecção que interessa profundamente ao direito e à questão da legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade, no mínimo *como norte remoto para direcionamento da busca pelo seu incremento na modernidade presente*⁸⁵⁵.

c) Reconectando a discussão da racionalidade complexa com a problemática da jurisdição contemporânea: das abstrações uniformizantes à consideração da realidade individualizante: Duas proposições restam claras, para uma melhor condução da investigação a esta altura.

A primeira, é a de que se imagine uma polarização, para meros fins didáticos, das posturas teóricas na área do jurídico e, especialmente, do jurisdicional, quanto ao enfrentamento da problemática da reintrodução da diversidade, individualidade dos casos e, pois, da complexidade da vida, no direito – ou, se assim se preferir, das posturas assumidas por quem se proponha a estudar contemporaneamente a área frente a considerada necessidade (ou não) e à forma de realizar uma “reproblematização” do direito e de sua atuação dinâmica. Mais especificamente ainda: a proposição aqui, para fins investigativos, é de que uma tal polarização se dê entre as posturas extremas de uma “racionalização simplificante”, comprometida com as abstrações uniformizantes das idealizações que ignoram o real (e suas necessidades), num dos polos, e aquela outra, situada no polo oposto, de acolhimento de uma “racionalidade complexa”, que busca a consideração da realidade individualizante, quando da apreciação dos casos da vida pelo filtro do jurídico, como necessidade premente da contemporaneidade.

A segunda proposição aqui evidenciada, é a da pretensão de se utilizar esta distinção esquemática como instrumento indicativo do maior comprometimento das posturas teóricas distintas da contemporaneidade, acerca do objeto desta investigação, com um ou outro destes extremos intencionais. Não com o fito de criar um esquema classificatório rígido das teorias contemporâneas que possam de uma forma ou de outra abordar esta problemática, que isso certamente seria impossível pela inviabilidade de uma tamanha redução, mas com a intenção de apenas divisar largamente um amplo espectro de possibilidades acerca de um aproximar-se (ou de um distanciar-se) em graus distintos de uma prática de diferenciação suficiente das decisões judiciais na contemporaneidade – como forma de construir e angariar legitimidade jurisdicional por este prisma.

⁸⁵⁵ O que se tem é um indicativo astante forte de que todos os pensamentos referidos procuram articuladamente fazer cumprir a missão da *racionalidade da contemporaneidade*, qual seja, a de viabilizar um inevitável diálogo do racional com o irracionalizável para o resgate do real, sem perda de esperança na razão.

Pode-se tentar imaginar, por conseguinte, a partir destas proposições, uma larga faixa espectral delimitada por estas duas posturas extremas e antagônicas, onde se insiram as diferentes posições teóricas acerca de como tratar de forma mais ou menos abstrata e homogeneizadora (indiferenciada) os casos trazidos à apreciação judicial, ou de forma mais ou menos diferenciada (inclusive podendo-se intuir a possibilidade de uma “faixa” de “suficiência” desta diferenciação casuística, para fins de aferição da legitimidade da atividade jurisdicional sob este aspecto).

Ou de forma menos imprecisa: nesta densa (já que seria possível imaginar também diversos níveis cambiantes, aproximados e interrelacionados de consideração da problemática) e ampla faixa espectral de posturas ou teorias que tratam ou têm conexão com esta matéria, segundo seu maior ou menor grau de comprometimento com as racionalizações simplificantes da realidade (com “desrealização” da prestação jurisdicional), estariam, num de seus extremos, intensamente comprometidas com a noção de uma maximização das abstrações uniformizantes dos casos, as posições representantes da manutenção do positivismo (encerrado ainda hoje no dogmatismo jurídico vigente). Já, no outro extremo deste espectro, estariam as posições teóricas visceralmente comprometidas com o trato individual dos casos, ou seja, com a consideração da realidade complexa da vida na máxima medida possível - quais sejam, aquelas ditas críticas sob este aspecto, ou, *v.g.*, de alguma forma ligadas à hermenêutica filosófica, segundo o que se compreende nesta investigação.

A consideração desta faixa espectral esquemática teria o condão de fornecer, portanto, ao menos um panorama mais ou menos geral de como e onde poderiam se situar as diferentes posições teóricas ou doutrinárias que pretendam lidar como o fenômeno do Direito em aplicação à vida (mais especificamente, no que diz com a prestação jurisdicional contemporânea), em relação à existência de comprometimentos ou ligações com o paradigma da racionalização simplificadora, hodiernamente ainda em vigor também nas ciências do espírito e, muito particularmente, nesta área do saber humano (racionalismo positivista), ou de tentativa de rompimento com ele e busca por um outro, mais comprometido com a realização de uma “racionalidade complexa” na modernidade presente.

Ou por outra, talvez noutra nível de consideração, quiçá permitisse, por exemplo, melhor verificar a distância entre posturas que ainda se prendem à tentativa de separação sujeito-objeto quando das investigações humanas (no campo específico em consideração, com padronização abstrata de decisões judiciais por meio de expedientes de sobre-racionalização dos métodos utilizados para decidir e com a criação de verdadeiras regras gerais e abstratas de “segunda ordem”) e aquelas outras que já tenham transcendido esse superado modo de conceber as coisas e que lidem com um sujeito posto no mundo de forma inexoravelmente inseparável dele (com verdadeira busca pelo justo para o caso concreto, a partir do caso mesmo, dos seus fatos e circunstâncias individuais, sempre particulares e irrepetíveis).

É com apoio, pois, na construção de um tal espectro esquemático que se buscará examinar, a seguir, de forma muito sumária as posturas que apresentem deficiências de legitimidade por aproximação do extremo de racionalização simplificante (numa **sobre-racionalização** da prestação jurisdicional) e aquelas outras que tendam ao extremo oposto da racionalidade complexa (numa busca de legitimidade através do resgate da ideia de revitalização do permanente perseguir do **justo casuístico**).

d) Diferentes posturas teóricas acerca da indiferenciação/diferenciação suficiente das decisões judiciais: diferentes inserções no âmbito da faixa espectral da relação racionalização simplificante/racionalidade complexa e possibilidades diversas de se lidar com a “desrealização” da prestação jurisdicional contemporânea.

Como se vem demonstrando ao longo de toda esta investigação, uma sólida postura, passível de ser ainda denominada como “positivista”⁸⁵⁶, estribada em remotos pressupostos históricos, filosóficos e políticos⁸⁵⁷, persiste no cerne do senso comum jurídico, quando se trata de considerar a questão da diferenciação na prestação jurisdicional.

Mesmo após o advento do neoconstitucionalismo e a superveniência das especiais circunstâncias hodiernas que configuram uma hipercomplexa contemporaneidade da sociedade e do mundo, ainda vigora uma tal postura, que, em verdade, enfeixa uma miríade de diferentes posições teóricas que, ora aqui, ora acolá, conectam-se com esse posicionamento-raiz.

Trata-se, *grosso modo*, daquelas posições que, de uma forma ou outra, acabam por expressar um dedutivismo metodológico no “aplicar” as leis como portadoras de essências, como se elas contivessem a fórmula pronta para a solução do legislador para cada caso haurido do mundo real e trazido à apreciação do juiz, aqui figurando como um mero elemento de conexão das demandas vivas com um outro mundo, o “mundo jurídico”. E nessa mesma linha, permanecem “as velhas teses acerca da “interpretação”⁸⁵⁸, vista como um momento prévio e distinto daquele anteriormente mencionado, e, mais, como o momento da mera subsunção, da formação do silogismo, da individualização do direito na ‘norma geral’ a partir de critérios puramente cognitivos e lógicos, etc⁸⁵⁹, quando de sua dinamização na prestação jurisdicional.

De resto, mesmo quando a realidade da modernidade presente dá mostras de exceder em problemas (e, pois, em necessidades demandadas ao Judiciário), com notórias sobras, ao que pode ofertar esta postura de limitação formalizante do direito e da prestação jurisdicional⁸⁶⁰ em termos de soluções nesta área - restando um evidente clamor por outros modos de abordagem da problemática (ou pela consideração efetiva da realidade das individualidades da naturalmente conflituosa sociedade contemporânea em transição) -, as posições reativas ao pós-positivismo não cedem. Pelo contrário.

Em verdade, como refere STRECK engendram-se aí novas modalidades de buscar-se o mesmo tipo de solução, não sem necessariamente ter de se passar, sempre e sempre, por aquela que

⁸⁵⁶ Em um sentido largo, à míngua de melhor denominação para as variadas reações ao pós-positivismo deste naipe.

⁸⁵⁷ Que vão desde as idealizações de um conceitualismo uniformizante, preso ao tratamento da vida por meio de abstrações metodologizadas, chegando à configuração de um modo de pensar permeado pelas racionalizações simplificantes.

⁸⁵⁸ E, mais, de *técnicas de interpretação* ligadas à noção de uma hermenêutica normativa, por sua vez, vista como *mero método interpretativo* (que nada tem com a hermenêutica filosófica, por definição, não comprometida com um método, mas derivada justamente da reação à ideia de que somente através do método seja possível lidar adequadamente com as questões da verdade (cf. GRONDIN, *Introducción a Gadamer...* op.cit., p.19)). Nesse sentido, verificar o que consta do subitem 5.3.4, intitulado “As técnicas de interpretação: a hermenêutica normativa bettiana e a preocupação na fixação de regras interpretativas. O método em debate”, do Capítulo 5 (“A feiticização do discurso e o discurso da feiticização: a dogmática jurídica, o discurso jurídico e a interpretação da lei”) da obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, de Lenio Luiz Streck (op.cit., pp.110 e ss.).

⁸⁵⁹ STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.385.

⁸⁶⁰ Enquanto concebidos como meros esquemas metodológicos formais de singela funcionalização da vida.

talvez seja a nota mais característica (e problemática) do positivismo: a necessidade de, em certas situações onde os esquemas meramente subsuntivos e dedutivistas mostram-se mais insuficientes, se acabar tendo de desaguar na aceitação aberta e sem limites da subjetividade do intérprete (e, pois, no arbítrio). Nesse sentido, corroborando todo o exposto, veja-se a manifestação daquele autor sobre o tema

*Não se pode menosprezar o papel do positivismo ainda nos dias atuais. Com efeito, o positivismo acredita que o mundo pode ser abarcado pela linguagem e que a regra – no plano do direito – abarca essa ‘suficiência do mundo’, isto é, a parte do mundo que deposita **na regra as universalidades conceituais que pretendem esgotar a descrição da realidade**. Na [quando da] *insuficiência* daquela parte da linguagem para oferecer as respostas, *chama-se à colação a subjetividade do intérprete*, que, de forma solipsista, levante o véu que ‘encobre’ a resposta que a regra não pôde dar (sic).⁸⁶¹*

A retomada de uma conexão mínima com a realidade - quando resta manifesto que com ela não se está mais a lidar, mas ainda assim está ela, de fato, a se impor -, se dá, pois, nestas situações, de forma violenta (para a democracia). Isso por que ocorre pela via potencialmente deformante e degenerativa da legitimidade jurisdicional, que é a do ingresso do mundo real no equacionamento da disputa judicial a partir da exclusiva ou quase-exclusiva subjetividade do juiz. A ruptura do esquema dos dedutivismos metodológicos para a inserção da realidade da vida por tal via de escape implode a ligação com a Lei em sentido largo (aí também posta a Constituição), restando, potencialmente, tênues ou inexistentes as ligações remanescentes, ao final, entre a solução dada ao caso concreto dito “difícil”, deixado à subjetividade integral (ou parcial) do magistrado, e o sentido da lei e da Constituição que haveria de ser encontrado individualmente para aquele caso concreto – acaso houvesse uma devida “aplicação” (em sentido hermenêutico) do direito, realizada naquela situação particular (e irrepetível) da vida.

Aliás, este tipo de solução, estribado nestas posturas, parece se constituir na ocorrência mais comum hodiernamente.

Como passou a restar muito evidente, a partir de certo momento histórico, que as simples subsunções ou dedutivismos esclarecedores da mera “vontade da lei” já não bastavam à complexidade da vida, “sofisticaram-se” os sistemas processuais. Abandonou-se forçadamente a noção, que se tornou manifestamente inexecutável, da construção completa de uma ordem legal previamente apta a abarcar todas as possibilidades do mundo real no abstrato das leis (e, pois, a ideia de que nelas sempre estivesse inscrito já um *sentido* único a dar solução *apriorística* para os múltiplos casos posteriores que a vida apresentasse, de forma independente deste contexto de realidade), naquilo que havia de mais notoriamente insustentável.

Mas assim se deu, não para se acolher uma postura essencialmente distinta do paradigma-raiz da racionalização simplificante, e, sim, para reeditá-lo noutros termos, através de um fenômeno de “jurisprudencialização” do direito, no século XX, que atinge com força transformada a contemporaneidade, nos exatos termos do que exposto por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA.

Fatores de variadas procedências, especialmente políticos, porém basicamente culturais, fruto da própria modernidade, encarregam-se de produzir o irremediável anacronismo dos sistemas

⁸⁶¹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp. 386-7.

processuais que ainda se encontram ancorados na esperança iluminista de construir uma ordem jurídica isenta de valores, na qual o magistrado seria uma entidade neutra e passiva, cuja missão haveria de ser apenas a de esclarecer (declarar) a suposta ‘vontade da lei’.⁸⁶²

(....)

Uma das consequências mais visíveis desse processo cultural, como notou Nicola Picardi (‘La vocazione del nostro tempo per giurisdizione’, in Rivista trimestrale de diritto e procedura civile, 2004, I, p. 41 e sgts.), foi retornarmos ao direito formado jurisprudencialmente, ao contrário do século XIX, o qual, segundo Savigny, tinha vocação para a legislação. Enquanto o século XIX supunha que o direito deveria estar inteiramente contido na lei, nossa época perdeu essa ingênua ilusão, para admitir que a lei, enquanto texto, é apenas uma pálida e tosca expressão da norma que o juiz tem de aplicar no caso concreto. Neste ponto, regressamos à sabedoria dos clássicos para aceitar a ‘plurivocidade’ dos textos legais.

Este é o surpreendente resultado da ‘orgia legislativa’. Seria de supor que o cipoal legislativo em que se encontra enredado o Estado contemporâneo fosse capaz de, afinal, dispensar a criação jurisprudencial do direito. Aconteceu, como observou CAPELLETTI, justamente o contrário: tanto mais leis são editadas, mais necessitamos da intervenção judicial na formação do direito (Juízes legisladores?, original de 1984, tradução brasileira, 1993, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, p.18).

(.....)

[Assim, tem-se] Não a lei ‘ponto de chegada’, com que sonharam os filósofos do oitocentos europeu, o porto seguro contra nossas incertezas e aflições, o escudo de nossa liberdade, mas um mero ponto de partida para as dúvidas, as frustrações e inseguranças.⁸⁶³

Note-se: chegou-se, assim, até a passar a aceitar, como diz OVÍDO, a *plurivocidade dos textos legais*. Mas não propriamente para que (ou por que), pela via de uma *aplicação*⁸⁶⁴ transformadora do direito, por construtiva do *sentido* devido da regra (do texto legal) *em cada caso concreto individual* (ou seja, *por criadora da norma devida para cada irrepitível caso dado*), nos termos e limites ditados pelo próprio ordenamento como um todo⁸⁶⁵ (mormente a partir do contido na Constituição Federal), seja possível identificar a busca de uma *diferenciação suficiente das decisões judiciais*.

Antes, sim, este reconhecimento se dá para tentar salvaguardar as mesmas idéias antigas, de que, mercê de alguns ajustes procedimentais, um certo *sentido essencial* pode ainda ser extraído do texto legal, como um novo conceito uniformizante, a ser categorizado para o fim de dar solução a diversos casos concretos padronizados, por supostamente *idênticos* (com manutenção, afinal, ainda que noutra nível, da indiferenciação das decisões, ou, pelo menos, com diferenciação manifestamente insuficiente das decisões judiciais). Quer dizer: persiste-se no ignorar da individualidade irrepitível dos casos, da faticidade de que são carregados, que é coisa sempre secundária ou irrelevante – a ser, na medida do possível, extirpada ou “normalizada”.

Desta forma, este novo proceder se realiza por meio da continuidade do mesmo esquema de racionalização simplificante, arbitrariamente redutora da complexidade da vida – que redundava sempre, e finalmente, nesta indiferenciação das decisões judiciais –, pela via de conceitualizações prévias e

⁸⁶² E prossegue OVÍDIO BAPTISTA assim: “Uma autêntica democracia, pela primeira vez experimentada no curso da história humana, com o pluralismo que lhe é inerente e com a tolerância com as aspirações, expectativas e valores do ‘outro’, que haverão de ser respeitados e admitidos como igualmente válidos; a tentativa de publicização do processo civil, pela via de sua constitucionalização, em que predominam os ‘princípios’; o perfil coletivo dos novos conflitos; e a hemorrágica, confusa e contraditória produção de leis politicamente engajadas, que não têm a menor semelhança com o conceito de lei proposto por Montesquieu, são alguns dos fatores responsáveis pela obsolescência do ‘procedimento ordinário’, que é o núcleo duro do sistema, na verdade, a estrutura elementar do chamado ‘Processo de Conhecimento’.” (Op.cit., p.280).

⁸⁶³ Cf. OVÍDIO, “Verdade e Significado”..., op.cit., pp.280-281.

⁸⁶⁴ No sentido hermenêutico do termo.

⁸⁶⁵ Considerado em sua coerência e integridade.

permanentes acerca do sentido do disposto nas leis (na regra, nos textos legais) e pela standardização dos “casos” que chegam à apreciação judicial, tudo engendrada por meio de novos modelos procedimentais.

Para tanto, prosseguem os esquemas subjuntivos-dedutivistas para os casos “simples”. E, se há casos “difíceis” (*i.e.*, que não cabem nestes modelos procedimentais), se encontra a solução devida por meio da aceitação de um grau de discricionariedade jurisdicional, que via de regra é bastante amplo (afinal, se a lei detém possíveis sentidos múltiplos, *imagina-se*, seria natural ou pelo menos tolerável que, em princípio, diversas respostas razoáveis para casos “iguais”⁸⁶⁶ viessem a resolvê-los⁸⁶⁷). No entanto, como esta solução totalmente “aberta”, baseada somente no subjetivismo dos julgadores, acaba impondo uma variação de sentido que extrapola qualquer limite permissivo da caracterização de uma certa coerência e integridade do ordenamento (e, mesmo, afronta contundentemente outros dogmas liberais positivistas, como o da “segurança jurídica”), surge a necessidade de um novo procedimento corretivo deste efeito colateral.

É assim que a solução da discricionariedade (arbítrio) positivista acaba tendo de ser completada e temperada, em seguida, por um novo mecanismo: concebe-se conceder uma certa distinção “legitimadora”, decorrente de uma suposta “honorabilidade” advinda da mera repetição de decisões judiciais assim havidas, a partir de determinado momento em que se verifique uma certa constância nas decisões em determinada direção – tudo para fins de permitir-se, desta forma, um novo processo de uniformização generalizável do sentido da lei. Logo, posicionamentos judiciais que sejam apenas *repetidos com alguma insistência*⁸⁶⁸ para a solução de determinados casos “concretos” *standardizados*, passam a ditar o sentido das leis para aquela “espécie”⁸⁶⁹ de casos.

⁸⁶⁶ Vale dizer: o problema é duplo, já de início. Primeiro não se compreende que a multiplicidade de sentidos não é prévia, mas que se realiza justamente na diferenciação da aplicação da regra (texto legal) sempre (e necessariamente) quando da aplicação efetiva deste texto a um determinado caso individualizado em suas circunstâncias particulares (inseparabilidade das questões de fato e de direito; os fatos aqui são sempre fatos jurídicos, havendo somente uma “diferença ontológica” entre fato e norma, do ponto de vista hermenêutico, como se verá adiante); segundo, não se compreende que os casos são únicos e irrepitíveis em suas circunstâncias fáticas, e que não é possível desconsiderá-las arbitrariamente, sem nenhum tratamento do ponto em particular, sem eliminar a possibilidade de diferenciação suficiente da decisão judicial final. O problema está em se considerar aí, precisamente, que as circunstâncias do caso concreto, a riqueza e a complexidade da vida, tornam tais casos, na realidade, simplesmente irrepitíveis, únicos em sua faticidade, já que, no mínimo, incidirá a questão temporal a diferenciá-los sempre. Isso impede que se “normalizem” prontamente os casos, sem maior cuidado, alargando ao máximo o ‘standard’ atrator de situações diferenciadas, eis que se esse nível de generalização for demasiado simplesmente se impede a prestação jurisdicional a partir da consideração de especificidades relevantes. Aliás, é de se ver, que justamente é a individualidade fática e sua irrepitibilidade que acarreta que para um caso dado sempre exista “a” resposta que mais se amolda àquela situação real contraposta ao disposto na Constituição e nas leis, como se verá adiante, não sendo possível fazer tabula rasa desta, sob pena de isso, por si só, ensejar a prática de novas arbitrariedades judiciais.

⁸⁶⁷ Não pode haver dúvidas acerca da pluralidade de significados que potencialmente carrega a lei, na contemporaneidade, o que, todavia, *não pode ser confundido com a ideia de que daí derivarão necessariamente múltiplas respostas “corretas” para cada caso concreto*, precisamente, adianta-se, porque cada caso é, em verdade, absolutamente individual e irrepitível, razão porque, embora necessariamente acolha o potencial do múltiplo, sempre se revelará numa norma (sentido) específica (e como “o” mais adequado constitucionalmente) para cada singular caso concreto – como será examinado no item pertinente adiante (2.4). Nesse sentido, diz STRECK: “...quando se diz que a **Constituição e as leis são constituídas de plurivocidades sígnicas** (textos ‘abertos’, palavras vagas e ambíguas, etc), tal afirmativa **não pode dar azo a que se diga que há sempre várias interpretações e, portanto, que o direito permite múltiplas respostas**, circunstância que, paradoxalmente, apenas denuncia – e aqui chamo à colação as críticas de Dworkin a Hart – as posturas positivistas que estão por trás de tais afirmativas; por isso também são incompatíveis com a hermenêutica as teses que sustentam que o advento dos princípios das cláusulas gerais possibilitam uma (maior) ‘abertura’ (liberdade) interpretativa em favor dos juízes, circunstância que recoloca, no paradigma neoconstitucionalista, a principal característica do positivismo: a discricionariedade.” (*Verdade e Consenso*..., op.cit., p.369 - destaquei.).

⁸⁶⁸ E a insistência da repetição, bem como o tempo necessário para a sua estabilização, se revelam cada vez menores em geral, diminuindo ainda mais tanto maior seja a instância jurisdicional que profere as decisões desencadeadoras da

Ou seja, a “sobrevivência” de uma determinada “interpretação” da lei para determinados “modelos” de “casos concretos”, mesmo que originariamente questionável - sobrevivência esta que se dá pelos mais variados motivos, quando não, quase mesmo ao acaso -, passa a ser prova da “verdade” ou da “correção” da dita interpretação “vitoriosa”, autolegitimando a nova “norma-padrão” (isto é, o assim previamente “fixado” sentido “generalizável” para os casos “similares” do que está no dito texto de lei); a “resistência” da “interpretação já havida” (ou mesmo a sua mera incolumidade e mera permanência, passado algum tempo, ainda que por mera tibieza crítica da atividade judicante em geral, como frequentemente ocorre) é tida por “meritória” e suficiente para conferir a tal “interpretação” o *status* de “única interpretação correta” (ainda que produzida nestas precárias condições), para “n” casos ditos similares.

E, assim, uma aura de legitimidade inquestionável de decisões estribadas na mera subsunção deste “sentido engessado” da lei (pelas súmulas ou pela “jurisprudência dominante”) aos novos casos daquela “espécie” (agora transfigurados em casos “simples”) pode ser novamente invocada em socorro do sistema (mesmo que, repita-se, eventualmente esteja a “nova norma” estribada originalmente em mero arbítrio judicial, posteriormente apenas reproduzido acriticamente) - tudo em detrimento da busca do justo para o caso concreto, a partir da consideração efetiva de realidades individuais trazidas à apreciação judicial.

Em suma: tal fenômeno de jurisprudencialização⁸⁷⁰, da forma como implementado atualmente, acaba por se revelar, não como uma evolução efetiva do sistema no sentido de migração de uma postura de racionalização redutora e simplificante para uma efetiva racionalidade complexa, mas,

padronização, o que até poderia ser natural em determinado contexto de cuidados na formação de precedentes a partir de pressupostos diversos, mas que neste contexto e nos extremos a que se chegou hoje acabam por desnaturar o próprio papel da jurisdição. Veja-se que se chegou hoje ao ponto em que uma decisão isolada do Supremo, em sede de controle difuso e sem maior tratamento do tema, pode eventualmente passar a produzir efeitos virtualmente imediatos sobre o judiciário, numa assustadora “prática vinculante” das bases jurisdicionais, que extrai quase de plano a vez e a voz da crítica – mesmo que a decisão contenha pressupostos manifestamente questionáveis e que antes a discussão já tivesse se dado de forma alentada noutras esferas jurisdicionais, com resultados contrários aquela manifestação.

⁸⁶⁹ E aqui, novamente, o sacrifício da individualidade do caso, em sua faticidade.

⁸⁷⁰ E aqui é necessário deixar claro por antecipação: **é evidente a essencialidade dos precedentes e da adequada formação de jurisprudência para uma prestação jurisdicional adequada e legítima na contemporaneidade**, mormente para uma que se queira instrumento de participação direta pela via inclusiva de demandantes-cidadãos na construção permanente dos nortes constitucionais da convivência social, vez que a aceitação e o tratamento do conflito, de forma permanente, no espaço público da arena jurisdicional, não prescinde das estabilizações temporárias de sentido das regras para determinadas situações (e, para que assim se obtenha um desejável nível de coerência (que assegure isonomia mínima de tratamento) e integridade (que sirva também de base para evitar arbitrariedades) do direito como um todo) – ainda que o movimento de releitura deva ser incessante e inexaurível. O que ocorre é que não se pode chegar a tais estabilizações pelo modo equivocado e para os fins indadequados. Não é possível, por exemplo, que se formem precedentes legítimos sem a consideração primeira da individualidade dos casos, em sua faticidade, como regra (se há arbítrio na base formativa, não será, naturalmente, o acúmulo de precedentes arbitrários que formará um todo apto a gerar uma busca por integridade do direito embasada justamente no sentido dado por este todo que seja apta a evitar o arbítrio decisionista); não é possível qualquer estabilização de sentido mínima sem que haja a preocupação primeira e o cuidado verdadeiro de se encontrar um nível de generalização adequada do direito (ou, como diz STRECK, um “nível de generalização mínima do direito”, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.323), como será exposto adiante, que não se obtém fazendo *tabula rasa* dos casos concretos. Finalmente, não é possível imaginar que o próprio propósito da formação de tais precedentes seja o de “simplificar” o direito, extraindo do juiz de primeiro grau a responsabilidade pela aplicação do direito (decisão/fundamentação), pela mera invocação sumular ou do precedente que supostamente expresse a súmula dominante. Pelo contrário, a inegável (e até fundamental) importância dos precedentes judiciais está na sua função de auxílio na “reproblematização” do direito pela via de uma “racionalidade complexa”, onde a riqueza da vida possa ser considerada para cada caso, segundo suas circunstâncias, no permanentemente aberto espaço crítico e dialético da jurisdição, mas à luz de um direito formado em bases amplas, onde se encontra o sentido da regra para o caso a partir da consideração do direito como um todo (incluindo-se aí a consideração crítica dos precedentes legitimamente formados).

muito pelo contrário, como um debater-se do dogmatismo e do positivismo (reativamente ao pós-positivismo) em aberta resistência inconsequente frente às evidências de suas insuficiências. Busca-se atender ao hipercomplexo contemporâneo ainda por meio de respostas que são, em sua essência, expressões do paradigma da *simplificação*⁸⁷¹ acolhido pelo referido dogmatismo. Nesse sentido, diz OVÍDIO

Não se pode esquecer que nosso sistema processual conserva-se fiel aos padrões culturais do Iluminismo europeu, preservando intocado, e até exacerbado, o princípio da ‘separação dos poderes’. A alegação de que, comparado com os sistemas europeus do século XIX, *o processo civil brasileiro apresenta uma extraordinária modernização*, de que seria testemunha a *criação jurisprudencial do direito, deve ser recebida com reservas. Como se teria produzido esse milagre, se as instituições conservaram-se inalteradas? Qual a origem dessa transformação, se a lei ainda é compreendida como portadora [ao final de tudo] de ‘uma’ vontade, naturalmente pressuposta como invariável, a impedir sua compreensão hermenêutica? Como, se consideramos natural ‘congelar’ essa vontade através de súmulas vinculantes, que perenizam o sentido o do texto? Como, se a jurisdição apenas ‘declaratória’ – pressupondo o monopólio do poder legislativo na criação do Direito – conserva-se nos Códigos, na Universidade e nos livros? Partindo dessa dura realidade, como legitimar a criação jurisprudencial do direito?*⁸⁷²

Daí o fenômeno circular, em sentido nocivo, de incremento dos efeitos deletérios da assim chamada postura “positivista” (leia-se, posturas ou posições reativas ao pós-positivismo), já referido, que é claramente identificado por STRECK da seguinte forma, na passagem adiante transcrita:

Observe-se como esse problema da discricionariedade, que exsurge no positivismo, a partir da ‘delegação’ em favor do juiz do poder de ‘resolver casos difíceis’, *acaba sofrendo um deslocamento em direção a uma ‘objetividade textual’, não propriamente da regra (texto jurídico), mas das conceitualizações prévias elaboradas pela dogmática jurídica*

Ou seja, *o próprio positivismo procura controlar a discricionariedade judicial, mediante a elaboração de um discurso ‘prêt-à-porter’, principalmente – e paradoxalmente – advindo do próprio Judiciário, para, em um processo de retroalimentação, servir de controle das decisões judiciais. Provavelmente por isso, parte considerável da doutrina reproduz a posição dos tribunais, que elaboram uma espécie de versão positivista ‘de discursos de fundamentação prévia’. Isso é feito através de uma standardização da cultura jurídica (verbete, ementas, súmulas, etc.).*

Esta construção dogmática é fruto de uma espécie de adaptação darwiniana do positivismo jurídico face à crescente judicialização do direito, o que funciona a partir da elaboração de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes, utilizando, inclusive, os princípios constitucionais. Os princípios constitucionais, que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, *passaram a ser anulados por conceitualizações*, que acabaram por transformá-los em ‘regras’ ou ‘proto-regras’ (verbetes, conceitos lexicográficos, enunciados, súmulas etc). E tudo volta à origem, *com o sacrifício da singularidade do caso concreto, isto é, o que caracteriza o direito e o saber prático é obnubilado pelo modelo conceitualista que domina a operacionalidade do direito.*⁸⁷³

E note-se, neste ponto: nem mesmo a abertura dos direitos aos princípios, como modo de reintroduzir a vida e sua inerente complexidade no horizonte de consideração do jurídico e do jurisdicional, a partir do pós-positivismo, altera o quadro. Aliás, é precisamente neste contexto que o dogmatismo positivista ou reativo ao pós-positivismo revela a sua força, eis que, como melhor se verá no subitem final deste ponto, os criativos esquemas metodológicos já referidos acabam por engolfar e anular a própria ideia e função dos princípios e do neoconstitucionalismo, ao transmutarem, pela via

⁸⁷¹ No sentido dado por MORIN à expressão, conforme já exposto alhures.

⁸⁷² Cf. OVÍDIO, “Verdade e Significado”..., op.cit., p.281.

⁸⁷³ Cf. *Verdade e Consenso*..., op.cit., pp. 174-5.

da jurisprudencialização, reforçada pelo novo movimento de hipertrofia das súmulas e instrumentos análogos, sua rica natureza na de meras regras.

Esta “redução” dos princípios (inclusive constitucionais) ao nível de meras regras, a ponto de que percam a complexidade que lhes é inerente e que lhes habilitaria ao melhor lidar com a múltipla casuística da vida, por força de um (inconcebível) “engessamento” prévio de seu sentido para dado “padrão” de situações, supostamente abarcado pelas súmulas vinculantes ou formas equivalentes, e que habilita os julgadores a aplicá-los de modo meramente “dedutivo” a partir de então, é a demonstração mais efusiva e perniciosa desta realidade.

Sim, por que aí, de novo, o conceitualismo homogeneizante sobrevive e se reforça, em detrimento da contextualização do caso pela realidade, da faticidade que lhe é inerente. E a aplicação das súmulas ou equivalentes - a partir de um sentido prévio já dado e agora só transferido ao caso concreto, em primeiro lugar, e, depois, através da forma dedutivista pela qual se realiza tal aplicação, que a sua edição e compreensão renovadamente enseja - passa a garantir apenas a perpetuação do dogma do idealismo generalizante (indiferenciação da jurisdição) e a forte possibilidade do arbítrio – potencialmente, inclusive, embutido na sua própria base formativa.

Em outras palavras: em nada se modifica, assim, o problema do conceitualismo uniformizante e do racionalismo redutor na jurisdição contemporânea (e, pois, da tendência de indiferenciação das decisões judiciais), por meio destes fenômenos, senão, pelo contrário, são aqueles modos de proceder revigorados (e, com isso, *degrada-se progressiva e insidiosamente a legitimidade da prestação jurisdicional por esta via*, de forma cada vez mais vigorosa nos dias que correm).

A este fenômeno de recrudescimento da racionalidade simplificante (como resposta equívoca ao crescimento da complexidade e aumento da diversidade e dos conflitos nas sociedades da modernidade presente) sugere-se, pois, a atribuição da denominação, nesta investigação, de *processo de “sobre-racionalização” jurisdicional*.

Cuida-se de um fenômeno, é de se acrescentar ainda, que deságua num contemporâneo incremento extremo das tentativas de uniformização abstrata das decisões judiciais (ou seja, na indiferenciação *máxima* das decisões judiciais), com uma “desrealização” (ou “ficcionalização”) da prestação jurisdicional jamais vista. Um fenômeno que culmina, assim, na possibilidade de que, por meio desta via rápida e fácil, *a burocracia e a técnica despida de qualquer valor ético*, mormente da busca sincera pelo justo casuístico, passem a ditar os parâmetros “qualitativos” desta prestação jurisdicional (*em busca da crescente funcionalização da atividade*), aí, em mais uma frente aberta em favor deste franco processo de deslegitimação desta especial atividade estatal.

É por conta disso tudo que aqui, quando se analisam estas posturas ou posições acerca da jurisdição, de alguma forma ligadas com esta vetusta compreensão das coisas (ainda que por omissão), é necessário concluir que se está, neste ponto, num nível ainda bastante próximo do extremo negativo da racionalização simplificante. E, de resto, forçoso é reconhecer que quando se consideram as posturas e práticas correntes no Brasil, chanceladas pelo senso comum jurídico contemporâneo, esta é a espécie de visão dominante. Aliás, a corroborar o exposto, a consideração de STRECK, que afirma

que nem mesmo as transformações paradigmáticas do direito e da filosofia, especialmente da segunda metade do século XX, foram capazes de alterar este quadro:

...ocorre a invasão da filosofia pela linguagem, em uma pós-metafísica (re)inclusão da faticidade que, de forma inapelável, mormente a partir da década de 50 do século passado, atravessará o esquema sujeito-objeto (objetivista e subjetivista), estabelecendo uma circularidade virtuosa para a compreensão (.....)

*Mas isso [note-se] não apaga o fato de que ainda vivemos em mundo jurídico que busca exorcizar os fatos e conflitos tratados pelo direito, isto é, em um mundo no qual a metodologia jurídica continua com a função de promover a desvinculação do caráter historicamente individualizado do caso que esteja na sua base, para atingir o abstrato generalizável e comum, como bem alerta CASTANHEIRA NEVES. Para tanto, basta um passar d'olhos na operacionalidade do direito no Brasil, para constatar a resistência exegético-positivista, calcada mais em decisionismos e discricionariedades do que em discursos que procurem efetivamente colocar o direito como uma *ciência prática, destinada a resolver problemas (sociais)*, mormente nesta fase da história, em que lemos, por exemplo, na Constituição, que o Brasil é uma república cujos objetivos são, entre outros, a redução da pobreza, a justiça social, etc.⁸⁷⁴*

Destarte, voltando-se à figura do espectro de posturas teóricas sobre o tema, é possível considerar, à vista de todo o exposto, que num extremo negativo de tal espectro estariam as posturas que se revelassem, de alguma maneira, ainda adeptas de uma dogmática positivista totalmente refratária ao pós-positivismo. Ou seja, de um dogmatismo escorado na noção manifestamente ultrapassada de uma univocidade da lei, detentora, assim, de um suposto sentido único a ser revelado pelo intérprete (praticante de meras subsunções e declarações) – tudo garantindo, acima de tudo, a segurança e a certeza absolutas das respostas judiciais (por que passível de se “prever” um inevitável resultado único da resposta jurisdicional a partir já dos contornos hipotéticos de um dado caso).

Mas logo ao lado destas posições - que podem, alerte-se, estar ainda guarneçadas, ao menos em aspectos ou manifestações mais sutis, por algumas reações pós-positivistas puramente dogmáticas -, se encontram as posturas reativas ao pós-positivismo algo mais elaboradas.

Nesse ponto ainda negativo do espectro gravitam as posições que acolhem este antes examinado “jurisprudencialismo positivista reativo”, de tão grande e renovado vigor na contemporaneidade. Aí residem as posturas que acolhem a inegável plurivocidade da lei, mas para deturpar-lhes o significado, na medida em que ao fim ainda recusam o acolhimento da individualidade dos casos e a introjeção da faticidade que lhes é inerente. Enfim, as posturas que, sem negar a obviedade da possibilidade dos sentidos múltiplos da lei, engendram mecanismos que, louvando-se da deturpação do significado desta plurivocidade, permitem a manutenção de decisionismos, convenientemente contidos, depois, pela redução daquela multiplicidade inicialmente inegável a um novo sentido único e generalizável (que se pretende, a partir daí, não mais questionável e que é aniquilador da força criativa do direito) para casos ditos “iguais”, pela via de novos instrumentais uniformizantes do direito e bloqueadores da faticidade.

Assim, como esta tentativa de aprisionamento do sentido do texto “a priori” (ou seja, de forma total ou parcialmente independente da realidade fática) é característica de posturas comprometidas com este extremo negativo ou polo da racionalização redutora, o jurisprudencialismo reativo ao pós-positivismo é, sem dúvidas, também expressão clara desta tendência degradante da legitimidade da

⁸⁷⁴ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.9.

prestação jurisdicional. Engendra, pois, mais do mesmo havido no positivismo propriamente dito, e acaba sempre na vetusta prática da desconsideração do caso em sua concretude, e, pois, na “desrealização” da jurisdição em plena contemporaneidade.

Mas mais do que isso, as posturas de alguma forma ligadas a esta forma de compreender a jurisdição, afrontam duplamente à democracia constitucional em sentido amplo: primeiro, porque desde o início elas já desconsideram a riqueza e complexidade da vida, pretendendo uniformizá-la por princípio (e com isso afastam a possibilidade de efetiva participação direta do demandante como cidadão potencialmente influente, e também responsável, por esta via, na e pela construção do sentido da Constituição, e, pois, pelos moldes concretos da convivência democrática); segundo, porque, paradoxalmente, se abrem também ao arbítrio judicial, ao inicialmente permitirem respostas jurisdicionais que se multiplicam sem qualquer compromisso com a busca do melhor sentido possível da lei para cada caso concreto, individualizado e irrepitível, à luz das diretrizes Constitucionais levadas a sério, alimentando negativamente, pois, a construção permanente de sentido destes próprios textos seminais e fundamentais⁸⁷⁵.

Pode-se dizer, então, que, um primeiro largo divisor fundamental de posições teóricas a respeito do tema da indiferenciação ou da diferenciação suficiente das decisões judiciais, considerado o espectro imaginário já referido, encontra-se na verificação da *existência de uma efetiva disposição de uma suficiente busca pela introjeção das particularidades concretas da vida e da faticidade dos casos individuais* nos modos de se conceber e praticar a prestação jurisdicional – viabilizando-se, assim, um tratamento mais adequado e real da complexidade e dos conflitos inerentes à contemporaneidade.

É por isso que, mais adiante no espectro teórico das racionalidades, é possível identificar, de plano, posturas que claramente se dirigem ao seu outro extremo “positivo” (em termos de resgate ou incremento da legitimidade jurisdicional), qual seja, o de uma “racionalidade complexa” apta a ensejar a construção atual de uma legitimidade da prestação jurisdicional, já a partir da simples superação deste elemento divisor fundamental. As ditas teorias críticas⁸⁷⁶, por exemplo, se inserem claramente

⁸⁷⁵ Já que a atividade jurisdicional também tem a função fundamental de contribuir para a devida construção do Direito, como parece restar agora muito evidente, depois de todo o exposto. Nesse sentido, conferir HOMMERDING: “O juiz não aplica apenas a lei em concreto, mas colabora, por meio da sentença, no desenvolvimento do Direito. O Direito somente se aperfeiçoa por força da produtividade do caso particular” (*Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil...*, op.cit., p. 171). E ainda a referência e citações seguintes, daquele autor, a GADAMER e STRECK, na nota de n. 522 naquela mesma página e seguinte: “[citando *Verdade e Método*, 3ª brasileira, da Editora Vozes, p.88] Gadamer vai dizer, portanto, que o caráter da interpretação é sempre produtivo. Esse ‘aporte produtivo forma parte inexorável do sentido da compreensão. O acontecer da interpretação ocorre a partir da fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão entre horizontes para si mesmos. Sempre interpretamos, pois.’ [citando-se STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.169...].”

⁸⁷⁶ STRECK refere como teorias críticas inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, com o objetivo comum de superação do positivismo e do dogmatismo enraizado na doutrina e jurisprudência brasileiras (de modo a suplantar as velhas teorias das fontes e da norma), a TEORIA DO DISCURSO HABERMASIANA, as diversas TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO, a HERMENÊUTICA FILOSÓFICA, etc). Afirma, ainda, que elas se distinguem, no entanto, no que diz respeito ao “processo de compreensão (interpretação) dessas rupturas paradigmáticas.” (op.cit., p.403). No sentido de demonstrar a pretensão comum de deixar para trás o subjetivismo decisionista do positivismo jurídico reativo ainda reinante, mesmo havendo marcadas diferenças de base acerca de como realizá-la entre tais teorias, anote-se a postura inerente à teoria da argumentação jurídica de ALEXY a respeito desta pretensão de rejeição ao subjetivismo, ao referir que: “Quem desiste da pretensão de correção perde, bem genericamente, a possibilidade de estabelecer afirmações, seja qual for o tipo, porque afirmações são somente tais atos de falar, com os quais é promovida uma pretensão de verdade ou correção. A eliminação da possibilidade de afirmações iria alterar, fundamentalmente, nosso idioma e, com isso, nossa autoconsciência da vida. *Em vez de sentenças e afirmações existiriam, somente ainda, sentimentos e opiniões, fundamentações transformar-se-iam em*

nesta faixa, *buscando dar* resposta adequada à problemática da indiferenciação das decisões enfrentada aqui e, pois, às demandas da contemporaneidade, inclusive por maior legitimidade da prestação jurisdicional.

Mas é claro que mesmo no interior dessa faixa espectral ainda há a possibilidade de divisar alguns aspectos destas teorias que tendam a torná-las mais, ou menos, aptas a realmente substituir com êxito a indiferenciação reinante nas decisões judiciais por uma sua *diferenciação suficiente* (com conseqüente angariar de maior legitimidade jurisdicional). A intenção e a busca em dar a resposta adequada à problemática da indiferenciação já distinguem essencialmente e remetem à diferenciada faixa da racionalidade complexa. Todavia, efetivo ou provável êxito na consecução deste intento é causa de nova distinção no interior desta mesma banda espectral diferenciada, o que pode ser feito pela verificação do grau de comprometimento com a consideração e resgate da realidade e circunstâncias concretas do caso, em sua individualidade e, no extremo, em sua verdadeira irrepetibilidade (ou seja, com uma efetiva reproblemática do direito a partir do máximo acolhimento da faticidade inerente à vida).

Ora, ainda que aqui não exista o intuito de classificar teorias ou posturas postas neste segmento tendente a uma prestação jurisdicional mais legítima, sob o enfoque ora analisado – empreendimento este de resto inviável, não só pela sua complexidade, mas justamente pela necessidade de consideração destas posturas no contexto de um ambiente real e determinado em que devessem ser utilizadas-, é ainda devido por esta investigação pelo menos um exame sumário desta problemática, por mais espinhosa que se apresente. E essa tarefa deve ser levada a termo, naturalmente, a partir do comprometimento com o marco teórico que orienta este escrito, qual seja, além do que seja referenciado à crítica jurídica, o marco da hermenêutica filosófica e posturas que lhe sejam afins no campo jurídico.

Daí porque, assim como já se fez noutros momentos deste trabalho, a solução para dar conta desta tarefa com um mínimo de qualidade – considerando que é ela, novamente, maior do que os limites deste escrito - parece ser a de se adotar a prática de sumarizar as impressões de autor de referência no âmbito do marco teórico desta pesquisa para, assim, se conduzir a análise ainda demandada da investigação neste ponto. É por isso, então, que a partir deste momento, ainda mais do que antes, passa-se a considerar a análise de aspectos de algumas das ditas teorias ou posturas críticas a respeito do tema ora em foco (a concepção discursivo-procedimental habermasiana⁸⁷⁷, ligada, no ponto, à teoria da argumentação de Klaus Günther; aspectos da teoria da argumentação de Robert Alexy; elementos da teoria interpretativa-integrativa de Dworkin e da própria hermenêutica filosófica de Gadamer aplicada ao direito⁸⁷⁸) a partir do que é apresentado por Lenio Streck na obra *Verdade e Consenso*.

persuações, e no lugar da correção e verdade por-se-iam manipulações exitosas e convicções que estão bem fixas. Tudo seria subjetivo, nada objetivo.” (ALEXY, R. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 24. - destaquei).

⁸⁷⁷ Cf. *Verdade e Consenso*..., op.cit., pp.39 e ss.

⁸⁷⁸ Que, adianta-se desde logo, seriam teorias (teoria interpretativa-integrativa de DWORKIN, na denominação adota aqui, e a Hermenêutica filosófica de GADAMER), que possuiriam, segundo STRECK, “uma série de aproximações e pontos comuns”, tais como aqueles enumerados por ele à p.368, nota 4, da obra de referência já mencionada (*Verdade e Consenso*), principalmente no que diz respeito ao seu caráter não-epistemológico, a *não-cisão entre interpretação e aplicação (caráter unitário do compreender)* – o que representaria diferenciada vantagem no resgate da faticidade, em relação às teses discursivo-procedimentais já referidas, e, principalmente, em relação às teorias da argumentação (op. cit., pp. 12 e ss.),

Inicia-se, assim, pelo trato das posturas discursivo-procedimentais, mas não sem antes recordar a advertência preliminar que é feita pelo próprio STRECK, ao tratar destas distinções entre tais teorias críticas, a respeito de que “apesar das divergências teóricas, ninguém pode, por exemplo, apoiar-se no procedimentalismo ou no substancialismo para justificar posturas ‘self restraining’ do Supremo Tribunal Federal para negar direitos fundamentais”; ou, no extremo contrário, para “incentivar ‘decisionismos e arbitrariedades’”, já que a origem destes defeitos degradantes da legitimidade jurisdicional estaria “na discricionariedade positivista, da qual [tanto] a hermenêutica e [quanto] a teoria discursiva são inimigos figadais”⁸⁷⁹.

E isso precisamente para reforçar o já asseverado alhures de que aqui se opera no domínio das posturas que, para além de estarem todas inseridas “no paradigma do Estado Democrático e de Direito”, têm um objetivo comum relevantíssimo, na construção do resgate da legitimidade jurisdicional contemporânea: o da “superação do positivismo jurídico e do dogmatismo”, nos termos do já referido antes⁸⁸⁰. Assim, as divergências existentes quanto ao modo de se fazer este resgate, reproblematicando o direito com a riqueza dos fatos da vida, mas de forma compromissada com um nível superior de racionalidade (“racionalidade complexa”), que, ao final, dizem com divergências acerca “do que representa o processo de compreensão (interpretação)” no âmbito das decisões judiciais, embora também relevantes, jamais poderão apagar esta comunidade inicial de pertencimento ao lado positivo do espectro aqui imaginado.

Posto isso, já é possível encetar a análise da postura habermasiana⁸⁸¹ quanto a estas especificidades, a partir da visão de STRECK. E nesse ponto, assevera o autor de referência, primeiramente, que “*o problema da discricionariedade (...) não passou despercebido (...) à teoria do discurso habermasiana*” – revelando, assim, que este é o ponto de ancoragem inicial para o chamamento daquela postura à crítica presente.

O que ocorre, contudo, assevera aquele autor, é que ao buscar realizar a superação do subjetivismo que anima a dita discricionariedade, buscando também a superação do esquema sujeito-objeto⁸⁸², Habermas, segundo Streck, opta por *substituir a razão prática* por “*um universo de*

segundo compreende o mesmo autor. Aliás, novamente necessário, nesse passo, antecipar o porquê de STRECK considerar que posturas ligadas à hermenêutica filosófica levariam vantagem nesta questão, quando reconhece que a hermenêutica não proíbe a justificação/explicação das decisões na forma procedural: “A hermenêutica não proíbe que se faça essa justificação/explicação de forma procedural. Só que a hermenêutica *não concorda com a eliminação do primeiro passo na compreensão, que é exatamente o elemento hermenêutico*. Em outras palavras, *não sou contra a teoria procedimental; só afirmo que o modo de ser manifestativo da compreensão precede a teoria do conhecimento*.” (op.cit., p.15 - destaquei).

⁸⁷⁹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.37.

⁸⁸⁰ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.403.

⁸⁸¹ E aqui é o caso de recordar outros detalhes mais amplos e gerais sobre aspectos mais indiretamente ligados com esta discussão, conforme constam de *Verdade e Consenso...*, op.cit.: HABERMAS não recusa o modelo de Dworkin, mas “não aceita o solipsismo ínsito à descrição do juiz como Hércules...”; HABERMAS “recusa a pretensão à universalidade da hermenêutica filosófica...”; HABERMAS “recusa igualmente o positivismo jurídico por este optar pela garantia da certeza das decisões judiciais em detrimento de uma base de validade fundada nas pretensões de justiça que concretamente densifica as concepções de liberdade e igualdade intercompartilhadas inclusive nas práticas sociais daquela comunidade” (op.cit., p.29). HABERMAS “crítica a assim denominada ‘jurisprudência de valores’, adotada pelas cortes europeias, especialmente a alemã”. (op.cit., p.30).

⁸⁸² Devido à “total desconfiança de Habermas para com o sujeito (do ‘fundamentum inconcussum’)”, segundo STRECK, a questão é resolvida noutro plano, qual seja, por meio da verdadeira eliminação desse sujeito solipsista da equação, retirando-lhe qualquer função no discurso de fundamentação. Isto é, “...ele *substitui a razão prática* – onde reside o sujeito solipsista – pela razão comunicativa (que é uma razão de caráter prescritivo e que se dá ‘a posteriori’; a razão comunicativa está para

comunicação em que não se comunicam indivíduos solipsisticamente, convictos cada um de sua posição (seria a razão prática), mas em que *os indivíduos coletivamente trabalham sempre já com a antecipação de um discurso ideal.*”⁸⁸³

Nesse contexto⁸⁸⁴ é que Habermas trabalharia com um conceito transformado⁸⁸⁵ de “mundo vivido”⁸⁸⁶, permanecendo “o mundo da construção idealizada de uma situação ideal de comunicação que refoge da noção de uma razão prática”⁸⁸⁷, *tudo isso implicando “o sacrifício do mundo prático.”* Ou seja, tudo isso implicando o “sacrifício da contitudinária, *que somente entra em campo depois ‘das regras do jogo estarem previamente fundamentadas’* [por um primeiro discurso de fundamentação], *através do [segundo momento] dos discursos de aplicação: daí o papel contrafático*⁸⁸⁸ dos discursos

além do sujeito, pois).” Assim, assevera Streck, Habermas efetua essa correção com “*a busca de uma nova subjetividade social ou coletiva*”. Mas, prossegue Streck, “ao substituir a razão prática pela razão comunicativa, Habermas não enfrenta o problema fundamental do solipsismo, como faz a hermenêutica, que, a partir do círculo hermenêutico, fere de morte o paradigma representacional. Heidegger e Gadamer superam ‘esse sujeito’ do fundamento, do esquema sujeito-objeto. Por isso Habermas afirma: ‘substituo a razão prática’; ou seja, não a supera e nem a fere de morte. Assim, Habermas prefere não fazer apostas hermenêuticas (no sentido da hermenêutica filosófica, é claro); prefere apostar na construção de um discurso (de fundamentação prévio) que pretende ‘imunizado’ da (antidemocrática) razão prática carregada e contaminada pela subjetividade do sujeito de si do pensamento pensante (daí a sua aguda crítica à tradição e aos problemas decorrentes de uma comunicação distorcida do sujeito de si do pensamento pensante).” (op.cit., pp.48-9). No entanto, assevera Streck, a aludida substituição “chega tarde”, não mais encontrando esse sujeito da subjetividade. “Não é possível substituir esse sujeito solipsista por um discurso hipostasiado que se faz de forma antecipada, *dispensando a situação concreta, na qual está assentado o diferencial do novo paradigma: a introdução do modo prático de ser-no-mundo.*” (op.cit., p.49 -destaquei).

⁸⁸³ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.43. Confira-se, ainda, o que o próprio Habermas denomina de situação de fala ideal: “Llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no solamente no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. La situación ideal de habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones solo si para todos los participantes en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla.” (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3ª ed. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997. p. 153).

⁸⁸⁴ Esta substituição seria necessária porque, segundo a crítica Habermas noticiada por Streck, a razão prática, “enquanto faculdade subjetiva, prescreve de forma concreta regras de ação dos indivíduos, sendo que esse regramento tem base moral e teleológica, moldando as ações”. Assim, a razão prática não teria “o condão de universalizar normas de conduta”, e “somente máximas universalizáveis, desde a perspectiva de todos os afetados – e que somente podem ser formatada em uma situação ideal de fala – valem como norma que pode encontrar aquiescência universal e, portanto gerar obrigatoriedade”. (op.cit., p.42).

⁸⁸⁵ Habermas, segundo Streck, “compreendeu o mundo vivido simplesmente como um fundamento, representado pelo horizonte da cultura, pela cultura como um fundo inesgotável...” (op.cit., p.40) e “esse pode ser o ponto que prende ...o discurso de Habermas ao velho paradigma: mundo vivido, mesmo redesenhado em sofisticadas tintas lingüísticas, continua sendo uma espécie de ‘fundamentum’, um senso comum ideal(izado), com funções contrafatuais.” (op.cit., p.41).

⁸⁸⁶ “O mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas.” HABERMAS, J. *Direito e Democracia...I*, op.cit., p.41. Vide o mesmo conceito transcrito em Streck, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.41.

⁸⁸⁷ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.42

⁸⁸⁸ Embora Habermas diga o seguinte a respeito: “Si es verdad que, en última instancia, solo podemos distinguir entre un consenso alcanzado argumentativamente y que sea al tiempo garantía de verdad, y un consenso meramente impuesto o consenso engañoso por referencia a una situación ideal de habla; y si además hemos de partir de que fácticamente nos atribuimos en todo momento y también tenemos que atribuirnos la capacidad de distinguir entre un consenso racional y un consenso engañoso, porque, si no, tendríamos que abandonar la idea del carácter racional del habla; y si, ello no obstante, en ningún caso empírico es posible decidir unívocamente si está dada o no una situación ideal de habla – entonces solo queda la siguiente explicación: *la situación ideal de habla no es ni un fenómeno empírico ni una simple construcción, sino una suposición inevitable que recíprocamente nos hacemos en los discursos. Esa suposición puede ser contrafáctica, pero no tiene por qué serlo; mas, aun cuando se haga contrafácticamente, es una ficción operante en el proceso de comunicación.* Prefiero hablar, por tanto, de una anticipación, de la anticipación de una situación ideal de habla. Solo esta anticipación garantiza que con el consenso fácticamente alcanzado podamos asociar la pretensión de un consenso racional; a la vez se convierte en canon crítico con que se puede poner en cuestión todo consenso fácticamente alcanzado y examinar si puede considerarse indicador suficiente de un consenso fundado.” (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3ª ed. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997. p. 155-destaquei.).

de fundamentação, que transcendem o fático, isto é, *os fatos se realizam no contexto* [primeiro] *do discurso da fala ideal*.⁸⁸⁹

Destarte, o que a teoria do discurso faria seria afastar “a conteudística para sustentar a cisão entre fato e valor, e entre discurso de justificação e discursos de aplicação, pretendendo alcançar esse desiderato a partir da instituição de uma ‘situação ideal de comunicação’, fundada em um ‘mundo vivido’...”⁸⁹⁰. Vale dizer, por outras palavras, mas ainda segundo STRECK⁸⁹¹: Habermas “tentou resolver” o problema da discricionariedade, “relacionado à ‘subjatividade do juiz’ (seu solipsismo)⁸⁹², dividindo/cindindo..., a partir de Günther, o discurso jurídico em ‘discurso de fundamentação’ e ‘discurso de aplicação’”.⁸⁹³

Mas apesar de tudo⁸⁹⁴, com isso a teoria “não consegue provocar a superação do paradigma da filosofia da consciência”⁸⁹⁵, segundo Streck, porque “a substituição” do “sujeito da subjatividade” não

⁸⁸⁹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.44- para as duas últimas citações. Para uma citação mais completa do original, considere-se: “A superação dessa consciência solipsista pode – e segundo Habermas, deve – ser ‘substituída’ por um universo de comunicação em que não se comunicam indivíduos solipsisticamente, convictos cada um de sua posição (seria a razão prática), mas em que os indivíduos coletivamente trabalham sempre já com a *antecipação de um discurso ideal*. Ou seja, Habermas parte do pressuposto que os atos ligados à razão prática são atos solipsistas, ligados à filosofia do sujeito, e, portanto, com estrutura prescritiva ‘a priori’, dependentes de fundamentação posterior. Com a substituição da razão prática pela razão comunicativa, Habermas ‘epistemologiza a discussão’, a partir de uma fundamentação *prévia* dos atos do mundo prático.(.....)

Assim, a verdade deixa de ser conteudística para ser uma verdade como idealização necessária. É uma verdade argumentativa, atingida por consenso. Não há fundamentação válida de qualquer enunciado (norma) que não seja pela via argumentativa, insiste Habermas, mesmo mais recentemente em ‘Verdade e Justificação’. *A fundamentação é ‘prima facie’ porque somente assim é possível a universalização. A prescritividade é ‘a posteriori’; somente com o sacrifício da contextualidade, das diversas situações concretas* às quais a norma poderia se destinar, foi possível formatar a sua teoria do discurso. Mas, veja-se, desde logo, o problema decorrente dos discursos de fundamentação prévia, circunstância que perseguirá a teoria do discurso habermasiana em toda a presente reflexão: a prévia fundamentação tem um ‘algo mais’ que não pode ser omitido, isto é, o modo como se dará a discussão acerca das condições de fundamentação das necessidades sociais (os direitos sociais prestacionais, para dizer o menos). Por isso a crítica de ARANGO, para quem a fundamentação do conceito de direito social-fundamental não pode realizar-se com a ajuda de uma concepção abstrata e ‘a priori’ das necessidades fundamentais (o que ocorre não somente em Habermas, mas também em Rawls e Wiggins).

Tudo isso parece ter *implicado o sacrifício do mundo prático*, o sacrifício da conteudística, que somente entra em campo depois ‘das regras do jogo estarem previamente fundamentadas’, através dos discursos de aplicação; daí o papel contrafático dos discursos de fundamentação, que transcendem o fático, isto é, *os fatos se realizam no contexto do discurso da fala ideal*. (Op.cit., pp. 43-44 – destaquei).

⁸⁹⁰ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.57 – com suporte na Teoria da Argumentação de Klaus Günther (cf. a respeito, vg., op.cit., p.70).

⁸⁹¹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p. 372.

⁸⁹² Com isso, diz STRECK, retira-se ou se desonera o intérprete “da tarefa de fazer discursos de justificação”, por “desconfiança para com o ato interpretativo (portanto, aplicativo)”. (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.373).

⁸⁹³ STRECK transcreve as palavras de Habermas, no ponto: “Nas suas palavras: ‘ao estabelecer suas políticas, o legislador interpreta a estrutura de direitos, ao passo que a justiça só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o ‘direito e a lei’, a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto.” (HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p.183, apud STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.373, nota 6).

⁸⁹⁴ Importante referir que STRECK diz que Habermas “deu um passo importante na medida em que passa a substituir os dois defeitos da filosofia até ele: o fundamentalismo kantiano e o holismo hegeliano. E mostra como isso é construído em cima da teoria da representação e da teoria da consciência solipsista, isolada, autista.” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.43).

⁸⁹⁵ Mas é de se considerar a advertência que STRECK faz a respeito de tais colocações: “De objetar contra a tese de Habermas que a razão prática ‘substituída’ não tem morte datada, porque, sendo fundada no sujeito solipsista (esse sujeito individual), no momento em que ocorre o câmbio paradigmático através do giro-linguístico (e linguístico-ontológico), soçobra em face da relação sujeito-objeto. Afinal, *o giro linguístico é resultado das rupturas provocadas por Wittgenstein e Heidegger, que mostraram a impossibilidade da fundamentação da razão*. Daí a necessidade de se alertar para o fato de que o paradigma da filosofia da consciência não foi superado em face da substituição da razão prática pela razão comunicativa, mas, sim, foi a razão prática que tomou outra dimensão em face do câmbio paradigmático. *Por isso- e essa é uma questão de extrema relevância, para evitar mal-entendidos -, quando sustento que Habermas não superou o paradigma representacional (filosofia da consciência), não quero dizer, à evidência, que sua teoria possa ser enquadrada como uma teoria refém do paradigma sujeito-objeto e que ela ingoran, com isso, a guinada linguística. É evidente que não.* A

representaria propriamente a “superação” desta subjetividade.⁸⁹⁶ Em verdade, segundo afirma, Habermas apenas evitaria ou “saltaria” sobre o esquema sujeito-objeto, sem superá-lo, porquanto, procurando ir além dele ao elaborar que “o fundamento não é mais o sujeito solipsista”, passa a adotar um novo fundamento (e não a eliminar esta noção). “Agora [o fundamento] é o mundo da vida, que forma o horizonte para situações de fala.” Ele passa a ser “(o novo) ‘*fundamentum inconcussum*’”, noção que, assim, persiste em Habermas, segundo Streck, apesar de seus esforços em eliminar a subjetividade⁸⁹⁷.

De qualquer sorte, para além disso, o importante é destacar que, segundo o mesmo autor, se acabaria pagando o preço do sacrifício do mundo prático com esta tentativa (e, pois, da suficiente reintrodução da faticidade da vida no campo da aplicação, em sentido lato, do direito). Considere-se, para tanto, que o que Habermas propõe em suma, então – e é problemático, segundo STRECK –, para alcançar seus objetivos, é *um discurso de fundamentação “a priori”*⁸⁹⁸, formado de modo independente das situações práticas propriamente ditas, para só depois retornar à aplicação ao concreto, como forma de seu resgate tardio.

Entretanto, o que há aí de diferente entre HABERMAS e a tradição hermenêutica ou a tradição apeliária? É que Habermas não aceita o ‘a priori’ prático; ao contrário, o que ele propõe é um [1] *discurso de fundamentação ‘a priori’ formado independentemente das situações práticas* (não devemos esquecer, jamais, que, segundo Habermas e GÜNTHER, para a fundamentação somente é relevante a própria norma – a norma mesma -, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações). Efetivamente, Habermas busca garantir uma fundamentação racional às normas de ação, só que essa fundamentação se dá previamente, servindo de ‘molde’ às ações cotidianas.

Significa dizer que, se a fundamentação estava, antes, na razão subjetiva, agora ela ‘passa’ para outro plano, isto é, à retirada do ‘poder’ solipsista do sujeito, Habermas contrapõe a submissão dos atos individuais às *normas de conduta* (também não esqueçamos que, para ele, direito e moral são co-originais, uma vez que a moral precisa do poder de coação do direito: a exigibilidade dos preceitos morais é o que motiva o trânsito da moral para o direito, como deixa claro em seu *Erläuterungen zur Diskursethik*).

Por tais razões, não se pode esquecer que [2] *os discursos de aplicação*, ‘locus’ em que estaria ‘confinada’ a *razão prática*, somente são provocados após estarem resolvidos todos os problemas relacionados à fundamentação da norma; só então ingressam no cenário os discursos de aplicação. E isso cria uma espécie de contradição no discurso de Habermas, porque ele define dogmaticamente as regras do discurso ideal, para, no fim, colocar a questão da ação comunicativa. O problema é que isso ele faz sem a razão comunicativa, porque elabora, de fato, uma teoria do conhecimento descritiva e não operativa.

acusação de ‘não superação’ está ligada àquilo que considero um certo pessimismo ou fatalismo habermasiano em relação ao (futuro) do sujeito da relação sujeito-objeto. De certo modo, Kelsen, ao seu modo, também resignou-se à essa fatalidade: o sujeito solipsista seria (é) incontrolável. Por isso, Kelsen elabora uma teoria que é uma metalinguagem (afinal, foi freqüentador do Círculo de Viena) sobre uma linguagem-objeto. Em consequência, o mestre de Viena confere uma importância mais do que secundária à interpretação (papel do ‘sujeito’), admitindo que, por ‘ser inexorável’, deixe-se que o juiz decida ‘decisionisticamente’ (afinal, para ele, a interpretação do juiz é um ato de vontade e, por isso, não ‘se preocupa’ com isso – eis aí o problema do decisionismo). *Em Habermas, essa questão é bem mais complexa e sofisticada (e resolvida com base em uma teoria democrática). Com efeito, ao contrário de Kelsen, que ‘delega’ ao juiz o poder de decidir no interior da moldura (ou até fora dela, como ele mesmo admite no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito), Habermas não admite discricionariedades, apostando, inclusive, na possibilidade de se obter uma única resposta correta. Nisso a hermenêutica e a teoria do discurso concordam totalmente (assim como a teoria dworkiana). Ocorre que a total desconfiança de Habermas para com o sujeito (do ‘fundamentum inconcussum’) é resolvida em outro plano, isto é, ele substitui a razão prática – onde reside o sujeito solipsista – pela razão comunicativa...*” E, com isso, ele “*não a supera, nem a a fere de morte.*” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.47,48 e 49- destaquei).

⁸⁹⁶ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.57.

⁸⁹⁷ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.58.

⁸⁹⁸ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.45.

Repita-se: ele o faz sem a razão comunicativa, o que permite dizer que há uma circularidade viciosa entre fundar tudo numa razão comunicativa e, ao mesmo tempo, estabelecer a razão comunicativa de uma maneira não-comunicativa, porque esta é um elemento teórico-epistemológico.

Note-se, pois, antes de qualquer coisa: há, como se vê, a preocupação de Habermas em reintroduzir a complexidade do real, do concreto, com um incremento de racionalidade, nesta discussão, tanto que a crítica de Streck se prende, portanto, a uma alegada inadequação e insuficiência do modo proposto para tanto – e esta disposição e proposição são, por si sós, méritos inegáveis da postura que a diferencia, nos termos do já referido.

O problema é que, segundo assevera STRECK⁸⁹⁹, cindindo o discurso de fundamentação, que deverá ocorrer em primeiro lugar, ou seja, de forma prévia à aplicação propriamente dita e “a priori” (para a criação de normas de conduta (ainda abstratas), vale dizer, de determinadas categorias para aquela situação), e o discurso de aplicação, que só ocorrerá em um segundo momento, na forma de um enquadramento (‘adequação’) das reais situações concretas (vistas até aqui como fatos –faticidade- ‘ainda sem sentido’ e à espera de simples acolhimento à norma) naquelas categorias normativas criadas para tais situações, HABERMAS ainda não estaria considerando de forma suficiente faticidade dos casos⁹⁰⁰. Ele estaria, em verdade, ainda segundo STRECK, fazendo “uma teoria do conhecimento *para descrever formalmente o que é universal nas situações concretas*”, conforme se extrai da seguinte passagem daquele autor

Dizendo de outro modo, *Habermas não faz uma teoria do conhecimento para descrever situações concretas. Ele faz uma teoria do conhecimento para descrever formalmente o que é universal nas situações concretas* (veja-se aqui o ponto inicial para compreender as razões pelas quais os discursos de aplicação não dizem respeito à validade – que é previamente dada pelos discursos de fundamentação -, o que faz com que Habermas não admita que se possa deduzir uma contradição no sistema a partir de uma colisão de normas; para ele, os discursos de fundamentação devem separar-se da dependência situacional [cita-se: cf. RORTY, Richard. *Filosofia, racionalidade e Democracia. Os debates Rorty & Habermas*. São Paulo: Unesp, 2005, p.19] das colisões normativas) [cita-se: ver, para tanto, Habermas, *Direito e Democracia*, I, op.cit., pp.270 e ss.].⁹⁰¹

⁸⁹⁹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.50.

⁹⁰⁰ Diz STRECK que nesta cisão entre discursos de fundamentação e aplicação, utilizadas por Habermas, “soçobra o círculo hermenêutico”, quer dizer, a possibilidade de compreender o ser a partir das coisas mesmas, a partir de uma antecipação pré-compreensiva, de forma progressiva, da parte para o todo e do todo para a parte, sem que se possa ou deva falar de uma “fundamentação” prévia, já que, para a hermenêutica, “a razão prática não tem uma fundamentação prévia porque esta se funda no próprio modo prático de ser no mundo” (op.cit., p.46). Quer dizer, não há a possibilidade de um ‘a priori’ discursivo, porque sempre vem antes a própria compreensão, o ‘a priori’ da compreensão. Nas palavras de STRECK: “Em síntese, a superação do esquema sujeito-objeto, brandido como sustentáculo para a substituição da razão prática exatamente nela sustentada é incompatível com discursos contrafáticos [os discursos de fundamentação, prévios, ‘a priori’], porque estes, ao invés de proporcionarem a síntese subjetiva em que emerge o sentido (porque os sentidos não estão nas coisas nem na mente) promovem, queiramos ou não, *uma espécie de retorno ao esquema dedutivista*, uma vez que cindidos os discursos de fundamentação, por serem prévios, tem a função de servirem contrafaticamente, de categorias para enquadramento (adequação) das situações concretas, que, assim, podem ser vistas como fatos (faticidade) ‘ainda sem sentido’, à espera do devido acolhimento. E nisso soçobra o círculo hermenêutico. O que Habermas quer dizer – não sendo bem compreendido na tentativa de transportar sua teoria para a operacionalidade do direito – é que não se opera com o agir comunicativo. Ele é epistemológico.” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.49-50 –destaquei). Daí STRECK questionar o seguinte: “Veja-se, assim, o paradoxo: se não podemos eliminar a pré-compreensão (Vorverständnis), como é possível ‘empregar/aplicar’ as ‘razões/motivações’ que foram feitas *antes* da motivação do próprio ato de aplicar? Como é possível estabelecer fundamentações sem que se tenha aquilo que é a condição de possibilidade desta fundamentação? Como é possível gerar matéria a partir da forma? Arrazoa-se (dá-se as razões) sobre o quê?” (op.cit., p.78)).

⁹⁰¹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.50.

Ou seja, para STRECK, por este ângulo específico, a grande dificuldade é que na teoria discursiva habermasiana, ou na teoria da argumentação de Günther⁹⁰², a realidade é considerada de forma insuficiente. Ou melhor dizendo, os conceitos ou as noções de “realidade” ou de “realidade fática” (ou, se assim se quiser, de “caso concreto”), *não são identificados* desde logo com um mundo prático⁹⁰³ real, da faticidade das coisas mesmas (ao menos no modo como isso é concebido pela hermenêutica filosófica, segundo sustenta aquele autor). Antes se trata de conceber situações ideais ou quase-ideais⁹⁰⁴, de cogitar de *categorias* aptas para a elaboração de raciocínios dedutivos⁹⁰⁵, de “standards de racionalidade analítica”, que acabam por, inevitavelmente⁹⁰⁶, ignorar o sentido dos casos concretos no extremo de sua unicidade e irrepetibilidade particular⁹⁰⁷.

Nesse sentido assevera, com relação à teoria habermasiana⁹⁰⁸

Quando se diz que na teoria habermasiana ‘é indispensável que o operador do direito justifique os elementos/aspectos descritivos da realidade fática (sic), pois certamente assim agindo ele selecionará características do caso, as quais considera relevantes e tantas que ele desconsiderará’ [citando-se: Cf.

⁹⁰² STRECK assevera: “O mundo prático de que falam Heidegger e Gadamer não tem nada a ver com o princípio da adequação de que fala Günther, porque este o coloca como parte ou etapa subsequente ou ‘conclusiva’ de um ‘procedimento interpretativo’”. (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.71).

⁹⁰³ STRECK afirma que “ao invés de ser-no-mundo, Habermas coloca um *idealizado mundo vivido*” (*Verdade e Consenso...*, op.cit, p.83). A citação completa do trecho é: “Entra aqui a importância da noção de diferença ontológica proposta por Heidegger. Como já referi em outras oportunidades, a teoria discursiva habermasiana – assim como, ‘de outra maneira’, as teorias da argumentação – pecam pelo esquecimento da diferença ontológica. Afinal, é nela que reside a ‘conteudística’ afastada pela característica procedural –de um modo ou de outro- assumida por tais teorias, ou seja, v.g., ao invés do ser-no-mundo, Habermas coloca um idealizado mundo vivido.”

⁹⁰⁴ Diz STRECK: “Relembremos, a propósito, a própria assertiva de Habermas: *o mundo da vida forma o horizonte para as situações de fala* e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas. O fundamento não é mais o sujeito solipsista; *agora é o mundo da vida, que forma o horizonte para as situações ideais de fala, que é o (novo) ‘fundamentum inconcussum’*.”

Isto é assim porque a teoria discursiva de Habermas *funda-se na antecipação do discurso ideal* (portanto, o discurso de fundamentação, que é *contrafático, elaborado ‘prima facie’*, para qual, nas palavras de Günther, ‘é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação’), no qual poderiam ser *dadas as condições ótimas*, em que todos teriam o mesmo nível de argumentação, de informação, de capacidade de argumentação e, *assim, chegam a um consenso*. Trata-se da teoria consensual da verdade, embora Habermas diga que alterou este conceito a partir de ‘Verdade e Justificação’, quando teria reformulado o antigo conceito discursivo de verdade: ‘a redenção discursiva de uma alegação de verdade conduz à aceitabilidade racional da verdade, não à verdade.’” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.58 - destaquei).

⁹⁰⁵ Nesse ponto STRECK faz crítica ao conceito de “mundo vivido” em Habermas, para aclarar o que quer dizer no ponto: “O que ocorre é que Habermas compreendeu o mundo vivido de forma equivocada. Mundo vivido, antes de tudo, é uma antecipação de sentido. Mas, fundamentalmente, na concepção trazida pela teoria do discurso, é representacional, portanto, inserida no paradigma da consciência (embora a aludida substituição do ‘locus’ desse sujeito, a razão prática). *Entendido como horizonte para as situações (ideais) de fala* e, portanto, fonte e parâmetro para as interpretações (que ocorrem contrafactualmente), *o mundo vivido transforma-se em uma categoria apta para a elaboração para raciocínios dedutivos*, em que há uma nítida separação entre o ‘universal’ (aliás, a ideia do princípio U é universalizante) e o ‘particular-empírico’.” E a partir daí é que se chega a falar na existência de diferenças na compreensão da noção de caso concreto em Habermas (mais uma situação concreta individuada em linhas universalizáveis) e na hermenêutica (o caso concreto em sua faticidade propriamente dita, com individualidade circunstancial irrepitível): “Aliás, é exatamente por isso que, como veremos mais adiante, será possível identificar uma nítida diferença entre o que *Habermas entende por situação concreta (o “caso”)* e aquilo que a *hermenêutica filosófica entende por “caso concreto”*, circunstância que fará diferença entre o que cada uma das posturas entende por ‘resposta correta’. *Na teoria de Günther e Habermas, o caso é dependente dos discursos de fundamentação; já na hermenêutica, não há cisão/distinção entre fundamentação e aplicação.*” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.59 para as duas citações - destaquei).

⁹⁰⁶ Já que, então, por meio deste proceder, as teorias discursivas ignorariam que “o plano hermenêutico precede o apofântico” (isto é, que o compreender hermenêutico vem sempre antes de qualquer possibilidade discursivo, argumentativa de apreensão, porque é imediata, a partir da própria e inevitável pré-compreensão primeira), restando aí o que STRECK chama de “o problema da substituição da compreensão pela racionalidade procedimental-argumentativa.” (Cf. *Verdade e Consenso...*, p.79).

⁹⁰⁷ Diz STRECK que este é “um problema insolúvel na teoria habermasiana: a sua abstratidade.” (Op.cit., p.125).

⁹⁰⁸ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.84.

SOUZA CRUZ, Habermas e o Direito, op.cit., pp.180 e segs.], fica nítida até mesmo a serôdia cisão entre questões de fato e questões de direito e mais do que isso, a oposição entre validade e faticidade, que aponta para um dualismo metafísico. Pergunto: é possível falar em ‘realidade fática’? O que é realidade? A mesma cisão (dualismo) fato-direito é detectável quando se afirma (...) ‘que todas as possibilidades semânticas do texto (sic) devem se cruzar com todos os elementos das circunstâncias fáticas (sic) do caso’...!

Ora, ao que parece ninguém tem dúvida de que todas as possibilidades semânticas do texto devem se cruzar com todos os elementos das circunstâncias fáticas do caso. *O problema é que, na teoria do discurso, as possibilidades semânticas já vêm dadas a partir do discurso fundamentador prévio.*

O ‘cruzamento’ com todos os elementos das circunstâncias do caso concreto se dará, no plano da teoria do discurso, depois do amoldamento das ‘possibilidades semânticas’, como se fosse possível a existência de dois mundos distintos, isto é, como se fato e norma pudessem compor realidades distintas, ripristinando-se, assim, a velha dicotomia ‘questão de fato-questão de direito’.

Já, no que toca à teoria da argumentação de GÜNTHER⁹⁰⁹, que, segundo STRECK, “buscando resolver a questão da aplicação do direito nos ‘casos difíceis’” – embora sem utilizar-se propriamente desta expressão – “faz uma distinção entre ‘discursos de fundamentação’ e ‘discursos de aplicação’”, aduz aquele autor de referência que críticas muito similares poderiam ser feitas no ponto, precisamente em razão desta cisão de discursos. Diz STRECK:

Aparentemente, GÜNTHER resgataria a razão prática não presente (substituída) na teoria discursiva habermasiana (embora, à evidência, Habermas rejeite tal crítica). *Entretanto, só aparentemente Günther assume a razão prática (embora diga que dela não abre mão).* De todo modo, o lugar em que Günther coloca a razão prática não o afasta tanto de Habermas.

Dizendo de outro modo, colocar a razão prática no discurso de aplicação – como ele faz – não o imuniza contra os efeitos do proceduralismo (de cunho epistemológico) que caracteriza as teorias discursivas (inclusive, pois, a de Habermas). O mundo prático de que falam Heidegger e Gadamer não tem nada a ver com o princípio da adequação de que fala Günther, porque este o coloca como parte ou etapa subsequente ou ‘conclusiva’ de um ‘procedimento interpretativo’.

Günther sustenta que uma justificação discursiva de normas válidas tem que assegurar que a observância geral de uma norma representa um interesse geral. E essa justificação vai pressupor determinadas ‘condições ideais de argumentação’ (portanto, discursos prévios) a partir de regras de conversação, de coerência discursiva e procedimentos garantidores da participação dos envolvidos. *Para a fundamentação não se discutem e não se levam em conta as possibilidades de aplicação a situações concretas.*

Portanto, Günther não discrepa da concepção Habermasiana de situação ideal de fala e tampouco daquilo que Habermas fala em sua vira-volta em ‘Verdade e Justificação’. A separação dos discursos e o papel a ser exercido pela situação ideal de fala (ou condição ideal de argumentação) são claros indicativos da não superação – também por parte de Günther – do paradigma representacional, na medida em que aposta na formação prévia de discursos e procedimentos que venham a assegurar a validade numa perspectiva universal, para uma posterior aplicação⁹¹⁰, a partir do princípio da adequabilidade (ou teoria da adequabilidade).⁹¹¹

⁹⁰⁹ Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação jurídica no direito e na moral*. São Paulo, Landy, 2004.

⁹¹⁰ Em nota, STRECK apresenta o seguinte a respeito dos discursos de aplicação em questão: “Os discursos de aplicação propostos por GÜNTHER (Teoria da argumentação no direito e na moral, op.cit., pp. 70 e segs.) são (devem ser) realizados em quatro etapas: a) a definição completa da situação concreta; b) relacionamento da situação concreta definida com todas as normas possivelmente aplicáveis; c) seleção da norma adequada à situação concreta; d) análise da coerência entre norma selecionada e todas as demais preteridas. *Esse parece ser um dos problemas centrais da tese de GÜNTHER, incorporada por Habermas* (e que conduz à cisão entre discursos de aplicação e discursos de fundamentação): *a formulação de um discurso de aplicação, para percorrer todas essas etapas, implica uma espécie de imparcialidade acerca da situação concreta, como se fosse possível analisar a situação concreta e depois nela acoplar os discursos de validade previamente elaborados (discursos de fundamentação)* Assim proposta, a tese de Günther recai na mesma idealidade do discurso de fundamentação prévia: enquanto os discursos de fundamentação sem elaborados sem a necessidade da situação concreta, de forma prévia, o discurso de aplicação também é construído sem o discurso de fundamentação, isto é, os discursos de aplicação partem de uma completa definição da situação, para, só então, relacioná-la com o leque de normas já justificadas ‘prima facie’ (não

E complementa, adiante, da seguinte forma:

Penso que esse equívoco [da teoria discursiva habermasiana, no sentido de ‘autonomização/cisão/separação entre discursos de fundamentação e de aplicação] também é cometido por GÜNTHER, em cuja teoria da argumentação os discursos de aplicação se referem à adequabilidade das normas válidas a um caso concreto, nos termos da adequabilidade. Com efeito, embora Günther, ao contrário de Alexy, diga que a colisão de normas não pode ser reconstruída como um conflito de pretensões de validade (que são discursos de fundamentação/justificação), porque as normas em colisão ou com variantes semânticas concorrentes somente adentram uma relação reciprocamente determinante entre si *em uma situação concreta, entendo que, mesmo assim, ao separar/cindir discursos de fundamentação de aplicação, está cindindo interpretação de aplicação. É como se o caso concreto existisse sem um sentido, que viria a ser acoplado por uma norma válida (construída previamente). No fundo, a adequabilidade nada mais faz do que pretender acoplar universalizações a ‘coisas particulares’. Ora, sentidos não estão à disposição do intérprete. Não pode haver cisão entre compreensão e aplicação.*⁹¹²

Daí concluir STRECK, no sentido já adiantado antes, acerca de ambas teorias:

Dessa maneira, *é possível afirmar que as diversas teorias discursivas/argumentativas contentam-se com ‘standards de racionalidade analíticos’, porque ficam restritos àquilo que, em linguagem hermenêutica, denomina-se ‘como apofântico’⁹¹³, manifestativo-argumentativo-lógico.* O ‘como’ de primeiro nível é o ‘como hermenêutico’ (o algo como algo – ‘*etwas als etwas*’), que não é resultado de operações de explicitação lógica ou argumentativa, porque já vem sempre pressuposto como condição de possibilidade: ‘é assim que este ‘como hermenêutico’ liga o ‘standard’ de racionalidade com função transcendental não clássica, organizadora, estruturante, com a questão do ser compreendido na

esqueçamos que o juiz está ‘aliviado’ de elaborar o discurso de fundamentação). Por isso, por mais que se negue essa ‘formulação’ em etapas, como que exigindo uma ‘imparcialidade’ na análise da situação concreta – que substituiria ‘como’ situação concreta (cisão de questão de fato e questão de direito) – pode ser um forte indicativo de não superação do paradigma representacional.” (op.cit., p.72- destaquei).

⁹¹¹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp. 70-72.

⁹¹² Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.80 (destaquei).

⁹¹³ Cf. STEIN, E. *Aproximações sobre hermenêutica...*, op.cit., pp 20 e ss., onde se esclarece: “Quando dizemos que o acesso aos objetos se faz...pela via do significado, dizemos que o nosso acesso aos objetos é sempre um acesso indireto. Nós chegamos a algo, ‘mas enquanto algo’; nós nunca percebemos apenas o anel, ele nunca é conhecido numa identificação plena dele mesmo do ponto de vista lógico. Ele é sempre clivado enquanto algo, como um objeto que simboliza algo, um objeto de uso determinado, que, por exemplo, pode substituir o cigarro na mão, mas antes de mais nada como anel.

Não termos o acesso pleno ao objeto a não ser via significado, quer dizer que conhecemos ‘algo como algo’. Não conhecemos uma cadeira em sua plenitude como objeto na nossa frente, enquanto ela está aí, mas enquanto um objeto no qual podemos sentar, a cadeira enquanto cadeira.

O ‘algo como algo’ é também uma estrutura de nossos enunciados. Mas aí surge a questão: se isso já cria dificuldades na análise das estruturas de nosso conhecimento, cira mais um problema ao reconhecemos: a linguagem como tal que fala sobre o mundo ou a linguagem enquanto ela é o mundo também sempre é apanhada enquanto tal, enquanto linguagem. (...) O mundo também tem estrutura de algo enquanto algo. Não é só a proposição que tem uma estrutura, Mas também o mundo tem a estrutura de algo como algo. Nossa compreensão do mesmo modo tem a estrutura de algo como algo. Então, propriamente, a filosofia já é sempre hermenêutica. Sempre temos que interpretar de alguma maneira. (...) *Sempre chegamos a algo como algo, isto é, a linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico-formal que manifesta as coisas na linguagem e um elemento prático de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas que não se expressa senão via linguagem, e este elemento é o ‘como’ e o ‘logos hermenêutico’.*

HEIDEGGER irá designar esses dois ‘como’, um deles como ‘hermenêutico’ e o outro o ‘como apofântico’. Enquanto hermenêutico ou o ‘como’ hermenêutico, é o ‘como’ do mundo, e o outro, o ‘como’ apofântico é o ‘como’ do discurso. O ‘como hermenêutico’ é o ‘como’ do nosso mundo prático em que nós já sempre compreendemos as coisas e por isso podemos falar delas através de enunciados assertóricos predicativos. **A racionalidade, portanto, se constitui sempre de uma certa maneira ambígua.** Seja-nos permitido usar esta palavra: Há uma ambigüidade fundamental no homem e por haver esta ambigüidade fundamental é eu estmaos condenados à hermenêutica. A compreensão e a interpretação são formas deficientes de acesso lógico aos objetos e de acesso lógico ao mundo, mas talvez sejam formas sábias. Em todo caso que tem consciência disso é apenas a filosofia.” (destaquei).

diferença ontológica⁹¹⁴. Disso resulta que não há um mundo prático em discursos de fundamentação/justificação (que são prévios) cuja finalidade é servir de contrafação. A sua condição ‘prima facie’ afasta a conteudística (ou não seriam prévios...).

Ou seja, para rebater a assertiva de que não há um mundo prático (no sentido de modo-de-ser-no-mundo hermenêutico) nos discursos de fundamentação (que são sempre elaborados previamente), *não basta dizer que os discursos de fundamentação sempre conteriam o mundo prático ao qual se destinam*. Ora, parece evidente que qualquer discurso sempre dirá respeito a algo do mundo. Mas não é disso que estou falando quando critico a ausência de mundo prático na teoria do discurso habermasiana.

*O problema está, pois, na tentativa de **universalização** desse discurso previamente feito (que, lembremos, prescinde de contextualização, segundo as próprias palavras de Habermas e Günther); o problema está na ‘extensão’ do sentido prévio (discurso de validade ‘prima facie’) às diversas situações concretas, COMO SE O SENTIDO DOS CASOS CONCRETOS (que são ÚNICOS e IRREPETÍVEIS) pudesse ser ‘deduzido’ desta universalização.* Não há maiores diferenças, assim, com a contraposição de universais (categorias) aos particulares (empírico).⁹¹⁵

E aí residem as diferenças entre o que propõe Habermas e a tradição hermenêutica. Na hermenêutica a razão prática não possui uma fundamentação ‘a priori’, nem se pode cindir os momentos de fundamentação e aplicação, no sentido proposto pela postura discursiva, porque, em verdade, o que se dá sempre desde logo, de imediato, é a ‘compreensão’ como um todo. E isso se dá desde sempre e a partir da realidade particular em consideração, que já vem carregada de sentido, como revela a pré-compreensão do intérprete a seu respeito, já num primeiro momento. Assim, a faticidade do caso concreto ingressa inteira, em sua riqueza e complexidade inabarcável pelas racionalizações prévias, já nesse momento, resgatando a realidade numa medida inatingível por outras vias.⁹¹⁶

Nesse passo, STRECK entende ser possível encetar também uma crítica a teoria da argumentação de ALEXY, exponencial dentre outras tantas teorias de mesmo corte⁹¹⁷ (mormente no Brasil⁹¹⁸), por razões similares as já adiantadas⁹¹⁹ para as outras posturas teóricas referidas

⁹¹⁴ Aqui cita-se: “STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia. Limites de um paradigma*. Ijuí: UNIJUÍ, 2004, pp. 152 e segs.”

⁹¹⁵ STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.84 – destaquei.

⁹¹⁶ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.46, onde Streck refere: “Veja-se, pois, a diferença em relação à hermenêutica, em que a razão prática não tem fundamentação prévia, porque esta se fundamenta no próprio modo prático de ser no mundo. Desde sempre já nos encontramos em um mundo o qual, ele mesmo, antecipa-nos as possibilidades de compreensão. Afinal, como bem lembra Stein, as condições prévias que nos são dadas pela pré-compreensão de ser que acompanham qualquer compreensão do ser humano enquanto é pode servir de ponto de partida que pode ser, por sua vez, invertido, dizendo que, em toda a compreensão do ser, já temos uma pré-compreensão do que é o ser humano. Este ‘a priori’ da compreensão pode tomar muitas formas, mas como todas elas sempre nos movemos num círculo da compreensão que, ao mesmo tempo que nos liberta normativamente para a totalidade, normatiza a nossa aparente realidade de ser livres. (...) [e antes do primeiro trecho exposto] A hermenêutica aceita que há uma circularidade ineliminável entre nós e o compreender que possibilita a compreensão do ser. Essa dimensão não é tautológica; é uma circularidade virtuosa, porque é nela que desde sempre nos movimentamos.” (destaquei).

⁹¹⁷ A afirmação da existência plural de teorias da argumentação dá ensejo à indicação da obra de MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, como fonte para uma visão geral e inicial sobre tais teorias, bem como para alguma ordenação sistemática no trato do assunto. Com efeito, na referida obra, Atienza não só propõe, ao final, o “projeto” (próprio) de uma teoria da argumentação jurídica, como trata de discorrer longa e criticamente sobre as já existentes: primeiro, sobre o que chama de “teorias precursoras da argumentação jurídica”, referindo-se a concepções surgidas nos anos 50 do século XX (teorias sustentadas por VIEHWEG (*Tópica*), PERELMAN (*Nova retórica*) e TOULMIN (*Lógica informal*)); depois, sobre teorias de surgimento mais recente, destacando precisamente aí os trabalhos de NEIL MacCORMICK (*Teoria integradora da argumentação jurídica*) e de ROBERT ALEXY (que Atienza apresenta como uma teoria da argumentação jurídica como discurso racional, conforme consta do capítulo 6 de sua obra em questão), supostamente de maior interesse, discussão e difusão na comunidade jurídica, bem como outras que “poderiam ser consideradas desenvolvimentos da de Alexy” (p.118), citando aí (ainda p.118) as teorias de AULIS AARNIO (1987) e ALEKSANDER PECZENICK (1989) (conforme consta, v.g., às p.117-8 e 211-212 da obra citada).

⁹¹⁸ Não, contudo, sem que o próprio STRECK, por conta disso mesmo, teça consideração elogiosa à teoria da argumentação de ALEXY, p.184, nota n. 28, ao afirmar que “as críticas à teoria da argumentação de Alexy não obscurecem a

De todo o modo, é possível atrair para ALEXY a crítica dirigida à teoria da ação comunicativa de Habermas, na medida em que as condições transcendentais do discurso, bem como a situação ideal de fala são, de certo modo, reproduzidas na teoria do discurso prático geral de Alexy.⁹²⁰

(...) Igualmente a Habermas, a teoria alexyana está pautada em uma *visão de linguagem que, embora se dê como um 'medium', ignora a dupla estrutura da linguagem, ou seja, a existência de um plano hermenêutico precedente ao plano apofântico*. Isso faz com que a teoria da verdade corretiva de Alexy – embora pautada por uma moral corretiva e não co-originária – se dê exclusivamente no plano apofântico e, por isso, seja uma verdade artificial. Essa visão de linguagem restrita à dimensão apofântica pode ser verificada quando ele afirma que o ‘objeto imediato do discurso prático são proposições normativas singulares’. Contrariamente a isso [no entanto], para a hermenêutica, a verdade ‘não cabe no logos’ (Heidegger), uma vez que a dimensão apofântica da linguagem não consegue traduzir a dimensão hermenêutica, ignorando, em sua síntese, a ‘dobra da linguagem’.⁹²¹

relevantíssima contribuição do autor no campo dos direitos fundamentais-sociais”, reforçando a ideia inicialmente referida de relevância da comunidade destas teorias críticas no enfrentamento ao positivismo jurídico reativo da contemporaneidade, mormente em suas formas transformadas, e, pois, a pertinência da colocação de todas estas teorias críticas na mesma faixa espectral de posturas tendentes ao desenvolvimento e incremento de uma “racionalidade complexa”.

⁹¹⁹ Embora as críticas aí se estendam de forma mais contundente, como será visto depois, à alegada *viabilização da permanência da “subjetividade assujeitadora do intérprete”* no interior desta postura teórica, como se verificaria, por exemplo, no, assim chamado por Streck, “calcanhar de Aquiles” da teoria, que seria “a **ponderação**”, justamente porque implicaria “essa ‘escolha’ subjetiva”, advindo daí uma sua “incompatibilidade com o círculo hermenêutico” (op.cit., p.180 e ss.), tudo no entender de STRECK. Quer dizer, de forma ainda mais complicada do que acontece com a teoria habermasiana, esta teoria da argumentação ainda permitiria, segundo o autor referido, alentados *espaços de subjetivismo (e, pois, de discricionariedade arbitrária* – tanto que ensejaria as críticas do próprio Habermas relativas à formação da jurisprudência dos valores, noutro momento). Isso se manifestaria, segundo Streck, em momentos tais como, v.g, o da “utilização do princípio da proporcionalidade como ‘chave’ para resolver a ponderação” – ao distinguir casos fáceis de difíceis e ao utilizar este proceder para solucionar estes últimos, *dispensando a pré-compreensão antecipadora em todos os casos* (op.cit., p.182) - e o da apresentação de uma “lei de colisão” para “traçar critérios para essa atividade ponderativa”, especificando os modos pelos quais “um princípio terá precedência sobre outro” – “isto é, a prevalência vai depender do peso dado aos princípios envolvidos em um determinado caso”-, onde essa precedência constitui um caráter ‘prima facie’ do valor dos princípios” (em interpretações “dissociadas de casos concretos”) – (op.cit., pp.182-4). Aliás, noutro ponto, STRECK afirma que “...o **problema fulcral da tese de Alexy é que ele ‘resolve’ a concorrência de normas, em princípio aplicáveis, sempre no terreno da validade, ou seja, ou pela exclusão de ambas, ou pela exclusão de uma delas, ou pela redução do âmbito de validade de uma delas em favor da outra. Mesmo a ponderação por ele proposta resulta uma regra que estabelece a proporção em que as normas colidentes irão concomitantemente ser aplicadas ao caso, com base numa relação de prioridade, ou, se se quiser, de pré-compreensões, elas mesmas, não discutidas, acerca do ‘valor’ dos ‘bens’ supostamente concorrentes, tendo-se em vista a realização ótima de ambos. Ou seja, **ao invés de os elementos do caso serem tratados como constitutivos da construção de uma decisão correta**, as chamadas ‘condições fáticas’ (sic) em face das quais, segundo Alexy, deve-se estabelecer o grau de realização das normas concorrentes (subprincípios de adequação e de necessidade), são assim compreendidos como limitadores do próprio cumprimento do dever. A ‘realidade’ é assim tratada como um limite do cumprimento das ‘normas’.” [cf. para uma melhor compreensão do exposto a íntegra da alentada nota n.25, a ocupar as pp.74-75 e 76 de *Verdade e Consenso* – transcrição apenas de parte da nota da p.76].**

⁹²⁰ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp. 85 e ss., onde STRECK prossegue nos seguintes termos: “Ao dizer que, no discurso prático geral, ‘todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita’; que ‘quem afirma algo não só quer expressar que acredita em algo, mas também que pretende que o que ele diz é fundamental, que é verdadeiro, que é correto’ e que ‘diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados’, está Alexy a reproduzir pretensões de validade da teoria discursiva Habermasiana [embora as diferenças de relevo existentes entre as posturas, que conduzem, cabe lembrar aqui, à já indicada crítica habermasiana à postura ora em foco, inclusive enquanto base de respaldo a, por Habermas tão criticada, jurisprudência de valores no contexto alemão]. Os atos de fala também são reproduzidos quando as exigências de igualdade de direitos’, ‘universalidade’ e ‘não-correção’ correspondem, conforme o próprio Alexy declara, às condições ideais de fala elaboradas por Habermas [cita-se: Cf. ALEXY, ROBERT. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson S. Silva; revisão de Cláudia Toledo. 2ª ed. São Paulo; Landy, 2005, pp.191 e segs.]. Portanto, estão presentes na teoria discursiva de Alexy o transcendentalismo habermasiano que gerou tantas críticas à teoria da ação comunicativa, em especial, a carga utópica decorrente da impossibilidade de verificação fática de pretensões de validade e da situação ideal de fala, conseqüentemente, da própria aptidão do discurso em produzir consenso e em imunizar o discurso de influências estratégicas.”.

⁹²¹ E prossegue STRECK (op.cit., pp.86-7): A visão pragmática da linguagem apofântica seria, em tese, uma tentativa de superar esta debilidade, razão pela qual Habermas insiste no modelo contra-fático. Alexy, no entanto, ainda que sustente uma teoria pragmática, não dá relevo à dimensão do contexto e coloca alguns óbices a determinadas adequações pragmáticas da linguagem, a exemplo do ônus argumentativo de quem ataca uma proposição que não é objeto de discussão e do peso de argumentos decididos ‘prima facie’. Assim, para a hermenêutica, a dupla estrutura da linguagem [logos hermenêutico e logos

Além disso, prossegue, STRECK⁹²²

No plano da hermenêutica filosófica, ALEXY também atrai a crítica decorrente da *cisão dos fenômenos da aplicação e da fundamentação*. Nesse caso, tal cisão é facilmente percebida na teoria da argumentação jurídica – que, para Alexy, é um caso especial de uma argumentação prática – *quando ele se reporta à existência de interpretações ‘prima facie’, que dispensam as situações concretas, trabalhando com situações (normas) hipotéticas*. Além disso, Alexy faz a distinção entre descoberta e justificação, questão que é reforçada pela cisão interna da aplicação, crítica que não poderia ser dirigida a Habermas. Para Alexy, a aplicação se dá em processo de justificação interna e externa (admitindo a subsunção para casos simples e, para casos difíceis, o recurso às ‘premissas não extraídas diretamente do direito positivo’, constantemente presentes no processo de aplicação. Essa distinção introduz o problema do papel a ser dado à moral (premissas externas do direito positivo), bem longe da tese defendida por Habermas (co-originariedade entre moral e direito).⁹²³

Logo, segundo esta visão, também haveria *deficit* de consideração da realidade dos casos concretos (em sua efetiva faticidade), em razão de todo o exposto, com insuficiências na questão relativa à superação do subjetivismo do intérprete, tudo segundo a crítica feita por STRECK, restando margem relevante para uma diferenciação mais profunda das decisões judiciais por outras posturas teóricas, à luz da inteireza das irrepetíveis circunstâncias da vida, de cada caso individual.

Nesse ponto, então, é que surgiriam a hermenêutica filosófica e as posturas teóricas no campo jurídico mais visceralmente afinadas com aquela filosofia a dar uma resposta mais comprometida com a diferenciação das decisões judiciais a partir da profunda consideração da faticidade dos casos (e do próprio intérprete) trazidos à apreciação⁹²⁴. Sucede que na *hermenêutica*⁹²⁵ (*jurídica*) *filosófica*, e

apofântico] não é corretamente enfrentada a partir de uma pragmática contextual, mas sim de uma fenomenologia hermenêutica, que é transcendental.”

⁹²² Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.87 (destaquei).

⁹²³ E prossegue STRECK (op.cit., p.87): “Numa palavra, se já é impossível fazer teoria do conhecimento sem ser-no-mundo, muito mais difícil é superar o paradigma epistemológico-representacional sem o recurso ao mundo prático (faticidade) e sem a superação dos dualismos metafísicos. E há fortes indícios de que a teoria do discurso, assim como a teoria da argumentação de Alexy, não superaram os elementos que caracterizam esses dualismos, questão que exsurge do próprio modo de alcançar a verdade (sem considerar, aqui, a problemática ‘situação ideal de fala’ presente em Habermas).”

⁹²⁴ Diz HOMMERDING sobre o ponto: “A jurisdição..., seja ela a do juiz de primeiro grau, ou a dos tribunais superiores, está comprometida com a ideia de uma jurisdição constitucional(izada) e, portanto, *com a idéia de que todo o processo hermenêutico leva em consideração a faticidade do intérprete*, que desde-já-sempre está no mundo, e de que a Constituição, além de um texto, é um existencial, que desde-já-sempre está (deve estar) com ele. Qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional. O juiz sempre faz jurisdição constitucional, pois é dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição”. (*Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*, op. cit., pp. 146-7 – destaquei). E, especificamente sobre a questão da faticidade, de se conferir o teor da nota apresentada a este excerto, invocando ERNILDO STEIN (*Aproximações sobre hermenêutica...*, op.cit, p.61-3): “O processo hermenêutico é o processo no qual nos damos conta de que só sobrevivemos objetificando coisas pelo compreender e falando destas coisas através da linguagem no nível lógico-semântico e, de outro lado, só sobrevivemos enquanto, ao mesmo tempo, já damos a este compreender do domínio lógico-semântico uma base hermenêutica, isto é, uma ‘base fática’, uma base em que somos faticidade. Somos um modo de ser-no-mundo e não apenas descrevemos coisas no mundo. *A hermenêutica da faticidade descreve o modo fático de nós sermos. Estamos diante de um processo de relação com o mundo que parte de uma atividade do ser humano. O ser humano é, portanto: a) faticidade, pois é jogado no mundo; b) já sempre está presente junto das coisas; c) é possibilidade, é futuro.*” (op.cit., p.147, nota n. 441 - destaquei).

⁹²⁵ Relevante anotar aqui que STRECK entende que “...o mundo prático [em sua faticidade e, pois, complexidade] [é] introduzido pela FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA (primeiro, pela FILOSOFIA HERMENÊUTICA [i.e., na sua concepção, por Heidegger] e, logo depois, pela HERMENÊUTICA FILOSÓFICA [i.e, Gadamer].” (*Verdade e Consenso*, op.cit., p.191). Assim, seria mais propriamente aquilo que Streck denomina de fenomenologia hermenêutica, que englobaria a filosofia hermenêutica heideggeriana e a hermenêutica filosófica gadameriana, considerada no âmbito do jurídico, que permitira posturas vinculadas a uma *nova hermenêutica jurídica* (absolutamente distinta da hermenêutica jurídica em sentido clássico, como mera técnica ou método interpretativo), já que tudo o que esta nova hermenêutica não representaria seria meramente um novo método de interpretação. De qualquer sorte, prefere-se falar aqui, de forma simplificada, da

teorias afins, interpretar já é aplicar, não havendo a separação entre dois mundos, o jurídico e o da realidade, entre fato e direito – aí haveria apenas a chamada “diferença ontológica”⁹²⁶, não separação.

hermenêutica filosófica em suas particularidades jurídicas (já que, como notório, a hermenêutica filosófica se pretende universal) e/ou influências sobre posturas neste campo, em razão da pretensão de conexão ou foco mais centrado desta investigação com as posturas gadamerianas propriamente ditas. Ademais, a menção a esta hermenêutica específica é capaz de permitir outras considerações ou distinções que normalmente não são feitas quando se fala do tema. Em primeiro lugar, é de se recordar que, apesar de embasado em Heidegger, Gadamer traz propostas com enfoque algo distinto ou diferenciado (cf. a respeito, JEAN GRONDIN, em seu *Introducción a Gadamer...* op.cit., p. 137, v.g., onde se busca traçar um quadro geral de diferença sobre o “círculo hermenêutico” tal como compreendido em Heidegger e em Gadamer – recordando-se, ainda, que esta noção é ainda anterior e já se encontra na hermenêutica romântica de SCHLEIERMACHER.). Mais, que mesmo Gadamer, apesar de se constituir no fundador (e expoente) da hermenêutica filosófica como tal, não encerrou em si mesmo esta forma de pensar que inaugurou. Assim, pode-se falar de uma hermenêutica filosofia não só em GADAMER, mas também em PAUL RICOEUR (ainda que sobre ele pesem acusações de jamais ter se libertado totalmente do método – cf. obra de Desroches, citada adiante, p.9), mesmo que esta postura, mais eclética, tenha suas originalidades e particularidades inconfundíveis (Cf, por exemplo, pretende explicar o ensaio “A vi[d]ja longa da compreensão em Paul Ricoeur”, de DANIEL DESROCHES (In: CESAR, Constança M. (org.). *A hermenêutica francesa: Paul Ricoeur*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.)). Isso porque estas concepções de hermenêutica se coadunam com a noção de *racionalidade complexa* (pós-cartesiana e não reducionista) antes mencionada, muito diversamente do que ocorre com a distinta noção tradicional de hermenêutica como mera disciplina responsável por apenas agrupar uma série de técnicas mecanicamente interpretativas da lei, em operações de mera “racionalização” indevida e excessivamente redutoras da realidade complexa do mundo.

De qualquer forma, deve-se considerar, por fim, ainda e para além do exposto, a existência de “hermenêuticas”, no campo da filosofia. Nesta expressão *plural* bem demonstrada resta, desde logo, que não há apenas uma hermenêutica, senão uma série de concepções e teorias sobre o tema, cuja consideração conjunta pode iluminar o trato da discussão ora em foco – assim como ocorre no campo das teorias da argumentação, segundo o que já foi referido em nota anterior. Aliás, para que tudo isso reste mais claro, recomenda-se, sobre uma história das hermenêuticas e introdução à hermenêutica filosófica, uma detida leitura da fundamental obra *Introdução à hermenêutica filosófica*, de JEAN GRODIN. Tal autor chegou a ser breve interlocutor de Gadamer e traça uma magistral história crítica da(s) hermenêutica(s) na referida obra, apesar de um direcionamento para o final trato da hermenêutica filosófica propriamente dita, como primeira possibilidade de universalização da hermenêutica. Ali há exame, por exemplo, dos seguintes autores ligados à hermenêutica (bem como de suas teorias e principais obras): FÍLON, ORÍGENES, AGOSTINHO, LUTERO, FLACIUS, DANNHAUER, CLADENIUS, MEIER, AST, SCHLEGEL, SCHLEIERMACHER (romantismo), BOECKH, DROYSEN, DILTHEY (historicismo), bem como exame algo mais extenso de HEIDEGGER e GADAMER, além de menção a PAUL RICOEUR. Também são abordados escritos de BETTI, HABERMAS e DERRIDA, como interlocuções de contraponto com a hermenêutica filosófica, o que sempre é interessante para ampliar a compreensão de seus limites e significado geral.

⁹²⁶ Esclarecendo o que significaria esta visão particular sobre o direito e a própria noção de diferença ontológica, segundo a perspectiva de STRECK, conferir o que consta de *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, op.cit., pp.218-220, no subitem ‘a diferença (ontológica) entre ‘texto e norma’ e ‘vigência e validade’: a ruptura com a tradição (metafísica) da dogmática jurídica”: “Importa referir que uma hermenêutica jurídica trabalhada desde a matriz gadameriana e da ontologia fundamental heideggeriana implica um novo olhar sobre o Direito. Não tenho receio em afirmar que esse (novo) paradigma ‘implica uma ruptura com toda uma tradição no campo jurídico, problemática que procuro enfrentar a partir do que venho denominando de Nova Crítica do Direito’. O Direito passa a ser compreendido a partir desse novo lugar destinado à linguagem, nessa ‘terceira’ etapa da história do conhecimento: na metafísica clássica, a preocupação era com coisas, na metafísica moderna, com a mente, a consciência; já no paradigma exurgente da invasão da filosofia pela linguagem, a preocupação é com a palavra, a linguagem. Não há essências. Tampouco definimos a realidade a partir de nossa consciência ‘assujeitadora do mundo’. O mundo não é um conjunto de objetivificações. Daí o alerta de Heidegger: a pedra não tem mundo, o animal é pobre em mundo, e o homem é formador de mundo. Neste novo paradigma, a linguagem constitui o mundo; é condição de possibilidade. Desse modo, a linguagem não está à disposição do sujeito. Antes disso, é o sujeito que depende da linguagem. O mensageiro já vem com a mensagem. No conto está o contador. Dito de outro modo: a partir dessa revolução copernicana que penetra nas estruturas do imaginário dos juristas, a hermenêutica jurídica passa a ser existência, faticidade. Longe dos dualismos metafísicos que têm caracterizado o Direito, o próprio Direito e os fatos sociais não estão mais separados do intérprete. Isto ocorre porque não mais se pode falar de uma relação sujeito-objeto, *passando-se a falar de uma relação sujeito-sujeito*. Uma hermenêutica jurídica de cariz ontológico-existencial implica uma postura de comprometimento do intérprete. As verdades jurídicas não dependem, nesse novo paradigma, de métodos, entendidos como momentos supremos da subjetividade do intérprete. Antes de a metodologia tradicional ter a função de dar segurança ao intérprete, ela é o seu verdadeiro calcanhar de Aquiles, **‘porque não há como sustentar meta-cirérios que possam validar ou servir de fundamento do método empregado’**.”

Como já explicitado, *só é possível interpretar se existe a compreensão. E esta depende da pré-compreensão do intérprete*. ‘Por isto, a compreensão necessariamente será um existencial.’ O intérprete não se pergunta porque compreende, porque ao compreender, já compreendeu. Daí a importância da tradição, lugar de inserção do homem, como ser-no-mundo e ser-com-os-outros. **Impossível negar a faticidade. Ao tentar negá-la, esta já atuou no modo de compreender-interpretar o mundo.**

Portanto, a partir dessa (nova) hermenêutica, vigência e validade (de um texto) não podem mais ser entendidos de forma entificativa, isto é, ‘não é mais possível pensar na equiparação entre vigência e validade, como se a vigência fosse o ente, e a

Em verdade, segundo esta postura, não seria possível se conceber um ‘método’ de interpretação que objetifique o conhecimento – ainda que sob o pretexto da necessidade do exercício de um controle racional da interpretação que se instaurasse já de plano e de forma mais segura-, desconsiderando o fato de que o compreender é um fenômeno contextualizado, inexoravelmente referente a cada caso em suas circunstâncias fáticas irrepitíveis (inclusive do ponto de vista temporal e histórico) e que se dá sempre de forma imediata e envolvente do próprio intérprete⁹²⁷.

Na verdade, compreender é aplicar, não sendo possível separar interpretação e aplicação.⁹²⁸ E o fundamental aí é que, segundo a postura de STRECK, só se apreendendo assim a questão é que haveria acolhimento suficientemente da faticidade e individualidade do mundo, porque, a rigor, “não há nenhum comportamento que seja igual” a outro⁹²⁹.

validade, o seu ser. Tampouco o texto está equiparado à norma. Não! *A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside o ‘plus’ que a ontologia fundamental pode trazer ao debate, ‘o texto não subsiste separadamente da norma’, d’onde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma, com a necessária ‘diferença’ (que é ontológica) entre ambos. Vigência e validade, texto e norma, não podem ser entendidos como se fossem duais (no sentido metafísico). O fato de existir uma diferença entre esses âmbitos (vigência e validade, texto e norma) não significa que possa existir a vigência como vigência ou o texto como texto.* Explico: Heidegger sempre deixou bem claro – no que não recebe qualquer contestação de Gadamer – que ‘querer compreender o ente como ente é próprio da metafísica’. O ente só existe no seu ser. E o ser é sempre o ser de um ente. O ente como ente é inacessível, sendo essa inacessibilidade incontornável.

Transportando essa questão para a hermenêutica jurídica nos parâmetros aqui propostos, fica fácil perceber que, quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que este texto vem a assumir no processo compreensivo. A ‘norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto). O texto só ex-surge na sua ‘normação’, valendo o mesmo raciocínio para a ‘dicotomia’ vigência-validade. Fundamentalmente é preciso compreender que, nesse paradigma ontológico-existencial, o ser não é um ente. Portanto, simplificadamente, é possível afirmar que, *quando se fala ‘da norma que ex-surge do texto’, não se está a falar de um processo hermenêutico-interpretativo realizado por partes (repetindo, assim, a hermenêutica clássica – primeiro conheço, depois interpreto, por fim, aplico).* (...) Eu não vislumbro primariamente o texto para depois ‘acompliar’ a respectiva norma. A ‘norma’ não é uma ‘capa de sentido’, que existiria apartada do texto. Ao contrário disso, *‘quando me deparo com o texto, ele já ex-surge normado’, a partir de minha condição de ser-no-mundo. Essa operação ocorre graças à diferença ontológica.* ‘É ela que faz a diferença’. Por isto, repito, é impossível negar a tradição, a faticidade e a historicidade, em que a fusão de horizontes é a condição de possibilidade desta ‘normação’.” (destaquei).

⁹²⁷ Cf. HOMMERDING. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil...*, op.cit., p.157: “...a jurisdição deve romper com a idéia metafísica de uma hermenêutica fundada nos métodos de interpretação. **Hermenêutica não é método.** O método objetifica o conhecimento, velando as possibilidades de ser do Direito, afastando a historicidade da compreensão. O jurista deve **compreender o caso em sua singularidade.** (...) A intenção verdadeira do conhecimento histórico não é a de explicar um fenômeno concreto como um caso particular de uma regra geral, mesmo que esteja subordinado à perspectiva puramente prática de uma eventual previsão. Seu fim verdadeiro, mesmo utilizando conhecimentos gerais, é o de **compreender um fenômeno histórico em sua singularidade, em sua unicidade** [cita-se GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la conciencia histórica.* Trad. e intr. De Augustín Domingo Moratalla. 2ª ed.. Madrid: Tecnos, 2000, p.50..]” E adiante, prossegue: “...esta objetificação [da compreensão] faz com que o jurista deixe de ser responsável, autêntico, fazendo com que sua compreensão perca o sentido da totalidade. *A hermenêutica vista como método objetifica o problema do ser. Esquece de sua finitude e da historicidade; esquece a faticidade.*” (op.cit., p.162). Aliás, sobre o que pretende GADAMER com a noção de compreensão, para que reste claro que aí não está concebido um método propriamente dito, veja-se a invocação, por nota, no mesmo momento da obra referida, da lição de MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA, posta nos seguintes termos: “**Gadamer não articula uma ciência da compreensão no sentido de uma espécie de ‘teoria da arte do compreender’, ou seja, hermenêutica no sentido teórico-instrumental da elaboração de regras para a compreensão.** Sua preocupação é comparável à postura transcendental: como é possível a compreensão? (Kant). *Gadamer parte de Kant, mas vai além dele, na medida em eu pretende demonstrar que a constituição do sentido não é obra de uma subjetividade isolada e separada da história, mas só é explicável a partir de nossa pertença à tradição. O ‘Dasein’ não pode superar a sua própria faticidade.* Daí sua vinculação aos costumes e tradições que co-determinam sua experiência de mundo. *É no horizonte da tradição de um todo de sentido que compreendemos qualquer coisa,* o que manifesta que não somos simplesmente donos do sentido. A hermenêutica de Gadamer é, assim, conscientemente, uma hermenêutica da ‘finitude’, o que significa para ele a demonstração de que nossa consciência é determinada pela história.” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.* São Paulo: Loyola, 1996, pp. 226-227, apud HOMMERDING, *Fundamentos...*, op.cit., p.162, nota n. 496 – destaquei.).

⁹²⁸ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p. 64.

⁹²⁹ Conferir notas adiante, sobre nota de rodapé de n. 11, p. 64, em *Verdade e Consenso...*, op.cit. (mais precisamente, o trecho da p.65).

Compreender é aplicar. Filosoficamente, ao menos, não é possível separar interpretação e aplicação. O sentido não se descola do âmbito da compreensão. Aqui parece não ter sido bem compreendida a tese central gadameriana da ‘applicatio’, pela qual **interpretar é aplicar**, que sempre aplicamos, que não interpretamos por parte ou etapas e que, enfim, ‘em toda a leitura tem lugar uma antecipação’ (GADAMER). Quando Gadamer diz isso, ele não está se referindo à aplicação da lei ou na aplicação judicial. Mais do que isso, a ‘applicatio’ não significa, como se poderia pensar, que a aplicação hermenêutica se processa como um bloco homogêneo, como se não houvesse fusão de horizontes, que é feita a partir do círculo hermenêutico. Gadamer sempre falou da *exigência do exame de todos os sinais característicos da situação*, que é explicitada como método de *revisão dos próprios preconceitos no seu horizonte histórico*, e *confrontada com as exigências concretas que partem da própria situação (hermenêutica)*. Não se pode confundir aquilo que Gadamer assevera acerca da impossibilidade de cisão entre compreender e aplicar, com a circunstância de que a compreensão deva ser sempre um ‘bloco homogêneo’. **‘Applicatio’ significa impossibilidade de ‘acoplar’ conceitos a coisas.** Em outras palavras, não há sentidos à disposição do intérprete que posteriormente venham a ser ‘encaixados’ às ‘coisas-ainda-sem-sentido’. É isso que significa ‘applicatio’. Para ser mais claro: por isso, a aplicação (‘applicatio’) não se dá apenas nos casos de aplicação judicial.⁹³⁰

A *applicatio* é, assim, mais precisamente uma “síntese hermenêutica da compreensão”, não é uma fase posterior da interpretação ou da compreensão, segundo STRECK. Desde logo, antes de qualquer coisa, já se compreende. E aí residiria o segredo para que o mundo não fosse esquecido pelo jurídico, a partir desta visão do fenômeno hermenêutico.

Aplicação (‘applicatio’) é a síntese hermenêutica da compreensão; a aplicação de que fala GADAMER não é uma fase posterior da interpretação ou da compreensão... Para entender isso, é necessário ter claro as noções de pré-compreensão⁹³¹, de ‘Dasein’⁹³², de círculo hermenêutico⁹³³ e de

⁹³⁰ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.64-66.

⁹³¹ Para uma adequada compreensão destes conceitos (ao menos de *pré-compreensão, círculo hermenêutico e aplicação*) remete-se à fundamental leitura de GADAMER, em *Verdade e Método*, vol. I, ao menos, a partir do item 2 da Segunda Parte em diante da obra, intitulado “Os traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica” [VM1,270; p.354 e ss. da edição consultada da obra citada]; já a partir dali encontram-se expostas questões como as indicadas pelos seguintes subitens: “2.1.1 O círculo hermenêutico e o problema dos preconceitos” (onde se encontram, por sua vez, os seguintes subitens, v.g.: “a) a descoberta de Heidegger da estrutura prévia da compreensão”; “b) o descrédito sofrido pelo preconceito através da ‘Aufklärung’”); “2.1.2. Os preconceitos como condição de compreensão (op.cit., p. 368) (onde se encontra, por sua vez, v.g., o subitem.: “a) a reabilitação da autoridade e da tradição”); “2.1.4. O princípio da história efetual” [VM1,306, pp.397 e ss. da edição consultada]; e, depois, em 2.2.1. “O problema hermenêutico da aplicação” [VM1,312, pp.406 e ss. da edição consultada]. E quanto ao “caráter antecipador” do compreender, verificar STEIN, *Aproximações...*, op.cit., pp.64 e ss..

⁹³² Impossível uma conceituação de “Dasein” aqui. Melhor referir, para evitar equívocos, a necessidade de consulta a comentadores de Heidegger, indicando-se particularmente aqui a obra de HERVÉ PASQUA, *Introdução à leitura de Ser e Tempo de Martin Heidegger*. (Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993), que elabora tais comentários de forma articulada com os parágrafos originais daquela obra, acompanhada da consulta a versão de “Ser e Tempo” em espanhol, na tradução de Jorge Eduardo Riveira C. (HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Trad. Jorge Eduardo Riveira Cruchaga. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial universitária,1998.), na impossibilidade do alemão (HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1977.) – alternativamente, em português, há: HEIDEGGER, M. *Ser e Tempo*. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.).

⁹³³ Nota no item seguinte trará noções mais específicas sobre a questão do *círculo hermenêutico*, a partir de trechos de *Verdade e Método* de GADAMER e de seu comentador, JEAN GRONDIN. No ponto, suficiente as colocações de STEIN, em *Aproximações sobre hermenêutica...*, op.cit., pp.44-5: “Há, ainda, a questão do sentido reduplicado, ou seja, do chamado *círculo hermenêutico*. Se há um círculo na lógica, se diz que é contraditório, que o argumento está viciado. Se quero provar algo, não posso usar esse algo na argumentação. Se há uma circularidade na argumentação, essa argumentação não vale. Entretanto, na tradição hermenêutica, ocorre exatamente isso. É a questão da chamada boa circularidade. Não podemos dizer simplesmente que a estrutura hermenêutica ou a estrutura da compreensão do ser humano produz história, cultura e tradição sem, ao mesmo tempo, pressupor que a história, a cultura e a tradição estão na operação de compreensão. Quer dizer, há uma circularidade. Já sempre compreendemos quando compreendemos o todo. O contrário também vale: enquanto compreendemos o todo, já sempre nos compreendemos. Essa estrutura básica do círculo hermenêutico temrindo sendo aquilo que se projeta sobre todas as ciências hermenêuticas. *Há uma impossibilidade de separação entre sujeito e objeto*. É impossível separar o sujeito do objeto porque, no fato histórico, já sempre estamos de certo modo, mergulhados, não

diferença ontológica⁹³⁴ (que Ernildo Stein denomina de ‘os dois teoremas fundamentais da ontologia fundamental). Caso contrário, a hermenêutica será objetificadora e estará de retorno àquilo que ela superou: o paradigma representacional, causal-explicativo, a partir da introdução do ser-no-mundo.⁹³⁵

Nesse sentido, anote-se o que diz JEAN GRONDIN, destacado comentador de GADAMER, ao tratar da questão da *applicatio*, que ainda melhor fará ver, primeiro, a íntima conexão entre esta noção de aplicação, tal como compreendida por Gadamer (como momento único de compreensão/aplicação), e a necessidade de consideração de uma situação concreta em particular para que ela se dê, bem como, depois, a inviabilidade de se reduzi-la a uma mera técnica ou a um puro método:

Después de haber subrayado el ‘principio’ de la ‘eficacia histórica’⁹³⁶, Gadamer pudo regresar finalmente al problema hermenéutico fundamental y exponer lo que en él se había ‘perdido’: *el problema de la aplicación*. (...)...és acertada la afirmación de Gadamer de que la hermenéutica pietista asignaba (...) a la ‘*applicatio*’ una función importante que fue eliminada en la hermenéutica posterior, que era de carácter más epistemológico. Si la ‘*applicatio*’ “se perdió completamente en la autoconciencia histórica de la teoría post romántica” (WM, 312 [VM1, 378]), esto se debió naturalmente a que se pensaba que la aplicación de un sentido a la situación presente perjudicaba al ideal de objetividad de la interpretación. Ahora bien, Gadamer verá en ese ideal de objetividad un desconocimiento más funesto aún de la esencia de toda interpretación. Con este espíritu, Gadamer adhiere al modelo de la hermenéutica pietista, la cual, al arte de entender (‘*subtilitas intelligendi*’) y al de la explicación (‘*subtilitas explicandi*’), añade una tercera competencia: la de la ‘*applicatio*’. Gadamer habla entonces de una ‘*subtilitas applicandi*’, aunque la expresión no se halla transmitida directamente en la hermenéutica pietista de J.J. Rambach, en la que él se basa.(...) Este realce de la ‘*applicatio*’ caracteriza efectivamente a la hermenéutica pietista. (...)

Gadamer introduce aquí una inaudita revolución de la manera de pensar, que no se diferencia de los paradigmas que nos hacen vier de nuevo los fundamentos de la ciencia (en este caso, los de la hermenéutica): en vez de partir del modelo cognitivo de la interpretación histórico-filológica, que trata de entender un sentido objetivado, Gadamer recurrirá al modelo práctico de la hermenéutica jurídica y teológica para expresar de nuevo, a partir de él, la esencia de la interpretación histórico-filológica.

Pero a Gadamer, no le gusta falar de revolución. Su pretensión es más modesta. *Quiere descubrir una evidencia perdida, a saber, la de que el entender contiene siempre un factor de aplicación*: “Antes era cosa lógica e natural el que la tarea de la hermenéutica fuese adaptar el sentido de un texto a la situación concreta a la que éste habla” (WM, 313[VM1, 379]). Esta verdad (...) que está fundamentada en nuestra constitución lingüística, fue desaprobada por las hermenéuticas ulteriores del siglo XX, cuando éstas prefirieron seguir el modelo de las ciencias objetivas, que les prometía más seguridad y en el que las implicaciones del intérprete habían sido reprobadas. *Por tanto, la primera doctrina que Gadamer quiso deducir de la doctrina pietista de la ‘applicatio’ es que un entender sin aplicación o traducción no es todavía un entender*. (...)

La segunda enseñanza que debe extraerse de la hermenéutica más antigua consiste en el concepto de ‘*subtilitas*’ que se halla bien transmitida, al menos en lo que respecta a la ‘*subtilitas intelligendi*’ y a la ‘*subtilitas explicandi*’. En efecto, *Gadamer señala que incluso el conocimiento no es un proceso puramente mecánico, regido por reglas, sino que sigue siendo cuestión de ‘subtilitas’, es decir, de aptitud y tacto*. Esto vuelve a poner de relieve el carácter marginal del intelectualismo de las hermenéuticas metodológicas, que trataban de sojuzgar el entender y someterlos a reglas a fin de elevarlo a la categoría de ciencia. Pero como había sugerido Helmholtz, especialista en ciencias naturales, puede suceder muy bien que en todo ello existan factores extracientíficos, como la tradición,

podemos ter uma distância total, como na observação do fenômeno físico. Então, no sentido desta estrutura circular, do modo de o homem ser-no-mundo, viria a estrutura circular do ser, difundida por todas as ciências hermenêuticas.” (destaquei).

⁹³⁴ Conferir extensa nota anterior sobre a noção de *diferença ontológica*, a partir do que exposto por STRECK em seu *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*.

⁹³⁵ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.69-70.

⁹³⁶ Cf. GRONDIN, *Introducción a Gadamer...*,op.cit, pp.146 e ss., sobre eficacia histórica ou história efeitual, o subitem “El principio de la ‘eficacia historica’ (*Wirkungsgeschichte*)”.

la sagacidad y la fina sensibilidad, que desempeñem un papel más importante que el método (que resulta imprescindible, claro está, en sus respectivos campos).

Pero la manera epistemológica de pensar é tenaz. En efecto, podría creerse que un texto debe entenderse ‘en primer lugar’ de manera cognitiva y objetiva, antes de ser aplicado, en un ‘segundo’ paso práctico, a nuestra situación. De este modo, EMILIO BETTI distinguía entre el ‘significado’ que hay que entender y su ‘significación’ actual. *GADAMER da un carácter mucho más radical a la aplicación: la aplicación no se añade al entender (cognitivo o histórico), sino que constituye su núcleo mismo. Aquí habrá que hablar de una radicalización de la ‘applicatio’ pietista. Por consiguiente, GADAMER no desea renovar la tríada de la ‘intellectio’, ‘explicatio’ y ‘applicatio’ como tales, sino lo que quiere es equiparar sencillamente la labor de la aplicación con el entender. (...) Este entender no puede efectuarse sin aplicación.*⁹³⁷

Para além disso, note-se que é a partir de tais proposições que GADAMER aborda mais especificamente a hermenêutica *jurídica* nestes mesmos termos, por sua importância exemplar para esta área de estudo. E o faz, justamente para asseverar que é somente por meio desta aplicação criativa (mas jamais arbitraria, por tensamente conectada com o passado, com a tradição), além de incessantemente distinta, da lei às correspondentes situações concretas e às suas iniludíveis particularidades presentes, que poderá o juiz extrair o sentido do direito para cada caso. Como bem destaca GRONDIN⁹³⁸

...la importancia ejemplar de la hermenéutica jurídica (pero también la hermenéutica teológica, porque Gadamer habla de las dos al mismo tiempo) es también ejemplar en outro sentido: da carácter concreto a la tension, constitutiva de todo entender, entre la fidelidad a la ley o la fidelidad al texto, por un lado, y la necesidad de su aplicación al contexto presente, por el outro lado. En efecto, sería un grave erro ver en la aplicación concreta de la ley, que es una aplicación que viene a completar el derecho, una libertad o arbitrariedad con respecto a la ley original. *No se hará justicia a la ley y a su espíritu sino cuando uno sepa aplicarla de acuerdo con las correspondientes circunstancias de una manera creativa*⁹³⁹. *El que no entendia esto, no habrá entendido la ley misma, es decir, el espíritu que la anima y según el qual habrá que aplicarla de manera incesantemente distinta para hacer justicia a las correspondientes situaciones y a sus ineludibles particularidades. No tenerlas en cuenta seria equivocarse, simple y llanamente, con respecto a la ley.* (destaquei).⁹⁴⁰

Em virtude, disso tudo, pois, é que as posturas teóricas comprometidas com a hermenêutica filosófica haveriam de se distinguir na tarefa de obter a máxima diferenciação das decisões judiciais, segundo esta apresentação do autor de referência, a partir de uma profunda individualização fática dos

⁹³⁷ Cf. GRONDIN, J. *Introducción a Gadamer...*, op.cit., pp.158 e ss (“El problema fundamental de la aplicación”), particularmente, pp.159-163.

⁹³⁸ Cf. GRONDIN, J. *Introducción a Gadamer...*, op.cit., pp.158 e ss (“El problema fundamental de la aplicación”), particularmente, pp.172-3.

⁹³⁹ E aqui há nota de GRONDIN, referindo-se ao texto de GADAMER diretamente, em Verdade e Método, no seguinte sentido: “WM, 333[VM1,400]: ‘Cuando el juez intenta adecuar la ley transmitida a las necesidades del presente tiene claramente la intención de resolver una tarea práctica. Lo que en modo alguno quiere decir que su interpretación de la ley sea una traducción arbitraria [...] El juez intentará responder a la ‘idea jurídica’ de la ley mediándola con el presente.’” (GRONDIN, *Introducción a Gadamer...*, op.cit., p.172, nota de rodapé n. 96).

⁹⁴⁰ Prossegue JEAN GRONDIN, ainda de forma esclarecedora: “Por consiguiente, la aplicación jurídica y teológica del sentido pasado a la actualidad presente no es um acto de violencia, sino que pertenece a la esencia misma de lo que hay que entender. El esfuerzo por su comprensión permanece en una tensión esencial entre dos polos: en una tensión entre el texto del pasado y el caso actual, que simpere es un caso particular y que há de tenerse en cuenta para el discernimiento. Esta bipolaridad se aplica, según GADAMER, a todo entender. En ella se muestra quizás la más excelente ejemplaridad de la hermenéutica jurídica: ‘Em consecuencia podemos considerar que lo que es verdaderamente común a todas las formas de hermenéutica és que el sentido que se trata de comprender sólo se concreta y se completa en la interpretación, pero que al mismo tiempo esta acción interpretadora se mantiene enteramente atada al *sentido* del texto. Ni el jurista ni el teólogo ven en la tarea de aplicación una libertad frente al texto’ (WM,338 [VM1, 405]).” (GRONDIN, *Introducción a Gadamer...*, op.cit., p.172-3 – destaquei).

casos que lhe seriam trazidos à análise (e de uma sua consideração que transcende a um mecanicismo metodológico⁹⁴¹ quando da interpretação, nunca feita por etapas estanques e regradadas), segundo a postura de referência utilizada aqui⁹⁴².

Todavia, há de se dizer, nesse passo, que se suspostamente “falta faticidade” à teoria discursiva habermasiana ou à teoria da argumentação de Günther que lhe dá suporte, v.g., não é possível deixar de destacar, em contrapartida, que a teoria de base hermenêutica filosófica no direito recebe críticas por supostamente sofrer de um “deficit de racionalidade”⁹⁴³, como o próprio STRECK informa em sua obra :

⁹⁴¹ Aqui é interessante levar em consideração o que diz HOMMERDING, explicando pormenorizadamente esta conexão relevante entre as posições de Gadamer a respeito do método e da interpretação, e as suas consequências no campo do direito, principalmente no âmbito brasileiro contemporâneo: “Na tradição lógico-semântica e cartesiana, na qual se insere o Direito brasileiro – e, mais especificamente, no caso deste trabalho, o Direito Processual Civil -, a verdade está ligada ao método, v.g., o método dedutivo e o método indutivo, fundamentalmente. Em Gadamer, porém, essa tradição pode começar a ser questionada. (...) Gadamer combate a idéia cartesiana de método, ou seja, ‘a premissa fundamental da *‘Aufklärung’*, segundo a qual um uso metódico e disciplinado da razão é suficiente para nos proteger de qualquer erro’ [cita-se GADAMER, *Verdade e Método...*op.cit., p.416.]. Isso porque o método não assegura que o pré-conceito seja eliminado. Ao contrário, a historicidade, inerente ao homem, traz consigo os pré-conceitos. Nesse sentido, um pré-conceito básico do Iluminismo, assumido pelo historicismo, é o de que a subjetividade do conhecimento só alcançável pela superação da situacionalidade própria à subjetividade que compreende. Portanto, para o Iluminismo, o ideal era eliminar os pré-conceitos por meio de um método seguro. Em contraponto a essa perspectiva, Gadamer vai elevar a historicidade da compreensão a princípio hermenêutico. Sua postura, assim, colocando o conhecimento como algo condicionado às idéias de ‘pré-conceitos’ e de experiência, atenta contra o postulado maior das ciências desde o positivismo jurídico científico e filosófico do século XIX: a neutralidade do método. Isso porque, para o filósofo, as ciências do espírito são ‘contaminadas’ pela experiência do mundo, pela historicidade de seu engajamento, pela contextualidade de sua produção. A ciência, assim, é muito menos um procedimento rigoroso de constituição de seus objetos que um método de depuração dos preconceitos vividos e interpretados pelo agente do conhecimento, em que deponha a instância lingüística como fundamental. Dizer o contrário, portanto, é correr o risco de aceitar a inocência metodológica que reduz os fenômenos sociais a meras ‘fatias’ do saber do mundo dispostas para análises laboratoriais.

No Direito, porém, alheio à idéia gadameriana, há uma pretensão de busca de um ‘método ideal’, que assegure, num primeiro momento, a decisão correta [citando-se aí, por todos na área da teoria da argumentação, MANUEL ATIENZA (*As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, pp.319-333.)] ou a ‘verdade’, por meio das diversas técnicas de interpretação e, num segundo momento, que o processo se constitua no método ideal para o exercício da jurisdição e realização do Direito. Nessa perspectiva, os juristas, reféns de uma ‘metafísica objetificante’, ainda estão mergulhados na idéia de que a lógica formal dá conta de todos os casos e de que, por meio das conceituações, fórmulas e métodos, podem chegar a uma ‘verdade absoluta’. A hermenêutica, assim, ainda não é entendida como um ‘modo-de-ser-no-mundo’, mas com um ‘interpretar de textos’, como um processo de compreensão calculável, sendo que o intérprete é alguém que deve sempre tentar ‘descobrir’ o sentido do texto. Isso faz com que ainda se continue atrelado aos métodos de interpretação, tais como o literal, histórico, gramatical e teleológico, que ao invés de propiciarem uma ‘abertura interpretativa’, engessam a compreensão do direito nos seus mais diversos segmentos.” (*Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil...*, op.cit., pp. 52-4 – destaquei.).

⁹⁴² Aliás, refere ainda STRECK sobre o ponto: “Aplicação, no sentido hermenêutico (*‘applicatio’*) não é apenas aplicação a uma situação concreta em termos judiciais. É nesse ponto que está a diferença que faz a diferença: a diferença ontológica entre texto e sentido do texto, isto é, mesmo a leitura do texto não se faz em abstrato. Quando falamos de um lápis, não pensamos em ‘um lápis em geral’ ou em ‘conceito de lápis’...Na verdade, pensamos, sim, em um determinado lápis; aquele lápis, um ‘dado lápis’, que, por sua vez, estará em algum lugar, imaginário ou não (mas sempre, em algum lugar).” E, é por isso, é que este lápis sempre será o lápis pensado por alguém, com infinitas propriedades a mais, que o particularizam, do que a de qualquer abstração ou de outro pensamento, razão pela qual, nunca será igual a qualquer outro. É nesse sentido, explica esmiuçadamente adiante, Streck, como melhor se verá oportunamente, que não há nenhum comportamento que possa ser tido por “igual”. E, por isso, o caso posto em consideração sempre terá uma riqueza única, irrepetível, a participar e influir no sentido a ser apreendido pelo intérprete.

⁹⁴³ E talvez aqui uma postura responsabilmente comprometida com a teoria da argumentação jurídica de ALEXY, revelada no excelente artigo do mestre pela UFRGS, PAULO CANABARRO TROIS NETO, denominado “O dever de fundamentação das decisões judiciais” (ensaio ainda não publicado), pudesse ser utilizada como provável exemplo desta objeção ou, pelo menos, como uma possível advertência crítica que talvez fosse apresentada neste contexto pelos adeptos daquela postura, à vista e em contrapartida, também, das demais críticas que foram sumarizadas antes em relação a esta teoria da argumentação pela posição hermenêutica: “O grande mérito das regras discursivas é o de que elas não dão por corretos quaisquer resultados de uma comunicação lingüística, mas somente aqueles que provêm de um discurso racional [cita-se ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica*, p. 292.]. Desprezá-las por sua suposta fraqueza de não determinar todos os passos da argumentação não abre outras alternativas senão a ilusão de um teste de correção substancial

*De fato, a filosofia hermenêutica heideggeriana e a hermenêutica gadameriana têm sido acusadas de proporcionar um irracionalismo*⁹⁴⁴, circunstância que afastaria (sic) a hermenêutica de qualquer proposta de discurso ético, alijando-a de qualquer racionalismo na argumentação.⁹⁴⁵

A defesa das hermenêuticas é apresentada, no entanto, pelo próprio STRECK, para quem não haveria falta de racionalidade aí, mas justamente o contrário, a busca dela de uma forma comprometida com a faticidade, com o rompimento com compromissos metafísicos, com o esquema sujeito-objeto, nos termos do que consta do seguinte trecho⁹⁴⁶:

Evidentemente não é possível concordar com essa crítica. Pensar assim é desconhecer o nível em que a (filosofia) hermenêutica (filosófica) se move, que é, precisamente, uma dimensão transcendental (não clássica). *Não se trata, portanto, nesse nível, de irracionalismo*⁹⁴⁷, mas, antes, da condição primeira

inalcançável, tal como pretendido pelas correntes jusnaturalistas [cita-se ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica*, p. 56.], *ou a desilusão decorrente das diversas formas de ceticismo quanto à racionalidade da ciência jurídica, tal como defendido por correntes decisionistas* [cita-se ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*, p. 23, nota de rodapé n. 14.]. A garantia de racionalidade que pode ser oferecida por uma teoria procedimental da correção jurídica, portanto, não deve ser subestimada.” (p.10 – destaquei).

⁹⁴⁴ Assevera ARTHUR KAUFMANN, citado por Adalberto N. Hommerding por “referir que a teoria da argumentação provém, principalmente, da analítica, ou seja, dos principais opositores da hermenêutica”, que “...é anti-hermenêutica [a ou as teorias da argumentação], porque vê a hermenêutica como sendo uma metafísica irracional. O que é (...) um erro”. A teoria da argumentação seria, segundo ele, em verdade, anti-ontológica (no sentido da diferença ontológica heideggeriana); não partilharia com a hermenêutica “a superação do esquema cognitivo sujeito-objeto, mas insiste na objectividade, pretendendo até a possibilidade de exaustão dos argumentos e a exclusão de causalidades. Mas esta é apenas uma objectividade pretendida, e, neste ponto, a teoria da argumentação [em sentido amplo] não consegue ainda ir além do direito natural e do positivismo, como aliás também a teoria analítica do direito não o conseguiu até hoje.” (KAUFMAN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Prefácio e trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, pp. 70-73, *apud* HOMMERDING, Adalberto N. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil.*, op.cit., p. 54, nota de rodapé n. 117).

⁹⁴⁵ Cf. STRECK. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.52.

⁹⁴⁶ Id.Ibid., p.52.

⁹⁴⁷ Diz STEIN, assentando-se, assim, o caráter “complexo”, no sentido largo proposto neste trabalho, de sua racionalidade, segundo a seguinte citação em parte já adiantada: “A hermenêutica é esta incômoda verdade que assenta entre duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – *é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem*. É por isso que a hermenêutica é, de alguma maneira, a consagração da finitude, e esse é um ponto importante. *Em geral, diz-se que é racional a verdade que se pode provar através de um fundamento último, absoluto*. Basta se dizer que o empírico é racional, porque concorda com os objetos e que o absoluto é racional, então as proposições são racionais. *Estabelecer a racionalidade de uma verdade e de um discurso que não pode ser provado nem empiricamente, nem através de um fundamento último, essa é a tarefa hermenêutica*. É a tarefa que está embutida dentro de uma ‘hermenêutica filosófica’. *Podemos ver que a hermenêutica filosófica se coloca ali onde não tempos nem o empírico como fundamento, nem o lógico-tautológico como fundamento* – nem aquilo que é afirmado dentro de um contexto rígido, determinado, nem aquilo que pode ser estabelecido tendo por base o fundamento último, *mas aquilo que se dá na fluidez da própria história, da própria cultura*. Não é, entretanto, simples dizer que é dentro da história, da cultura, que se dá a verdade da hermenêutica filosófica.

Dilthey já tentava dizer que a compreensão tem formas que têm a mesma validade pura da razão, mas não conseguiu dar um fundamento correto a isso. Heidegger, tentando corrigir Dilthey, diz que existe, na própria estrutura do ser humano, que ele chama ‘Dasein’, como fazendo parte do ser-no-mundo, o elemento da compreensão. A partir desse elemento de compreensão, é que ele estabelece, então, todas as determinações que ele entende por interpretação e que ele entende por hermenêutica. Gadamer leva isso adiante, na sua obra, tenta aplicar aquilo que Heidegger fez. Toma, é verdade, como fundamento de seu livro ‘Verdade e Método’, sobretudo o segundo Heidegger.

Portanto, não é simples dizer que as verdades que fazem parte do universo hermenêutico ou as verdades de um texto que é produzido no universo da hermenêutica são verdades que se resolvem a partir de um universo ingênuo, a partir de uma afirmação ametódica. Existe todo um estilo de racionalidade. Sabemos que algo sempre escapa na medida em que só se pode fundamentar algo naquilo que chamei de ‘boa circularidade’. Somos incapazes de, no universo hermenêutico, expor todos os pressupostos ou, de certo modo chegar ao elemento último, não ultrapassável ou, como dizem os franceses, ao ‘ponto indepassável’.

O universo hermenêutico é exatamente este universo flutuante. O que não significa, mosrado e desenvolvido, que haja aí uma decaída. (...) Portanto, a compreensão – já que ela faz parte do modo de ser-no-mundo – antecipa qualquer tipo de explicação lógico-semântica, não no sentido temporal, cronológico. Não ...saberíamos entender o que é um axioma, o que é uma lei

que deve ser pensada para que se torne possível qualquer discurso ético. Desse modo, a filosofia hermenêutica, longe de negar qualquer aspecto da legitimidade da argumentação (ou de qualquer teoria discursiva), quer abrir o espaço em que todo o argumentar é possível.

(....)

A obra *Ser e Tempo* [Heidegger] é um grande combate ao irracionalismo⁹⁴⁸, no sentido de querer encontrar um lugar a partir de onde funciona a razão humana, como uma razão hermenêutica. **Isso nunca significou eliminar a dimensão lógica e racional do discurso**⁹⁴⁹; é evidente que não. Significa apenas que o discurso sempre é acompanhado e **precedido por uma antecipação de sentido**, que advém do mundo prático, de um desde-já-sempre, e que se funda no encontro hermenêutico.⁹⁵⁰

Nesse sentido é que, embora todas as teorias por último referidas estejam direcionadas ou mesmo situadas na faixa espectral de uma “racionalidade complexa” - onde se trabalha pela construção da legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade, em oposição ao outro extremo do espectro teórico já referido, segundo a visão do autor de referência para o ponto -, teorias com um comprometimento com este acolhimento mais visceral da realidade em si mesma considerada (faticidade), poderiam, sob este enfoque, oferecer uma diferenciada possibilidade de legitimação por diferenciação excedente dos casos concretos trazidos a julgamento.

Logo, teorias como as de DWORKIN⁹⁵¹ e as posturas mais diretamente embasadas na filosofia hermenêutica de GADAMER, seriam não só passíveis de configurar formas de racionalidade complexa para o direito, como seriam particularmente aptas para realizar a tarefa da diferenciação suficiente das decisões judiciais a partir da reproblemática do direito pela reintrodução efetiva da realidade nesta problemática⁹⁵², eis que, como se vê em RODOLFO ARANGO⁹⁵³, compartilhariam,

física, se desde sempre, já não tivéssemos um certo modo de compreender o nosso modo de ser-no-mundo. Há uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação.” (destaquei). E nisso, nesta tarefa diferenciada da hermenêutica filosófica, é que se pode dizer que também nas posturas ligadas a ela se contém um “racionalidade complexa”, que se “perde” em logicidade formal tradicional (não sem substituição ou transformação), aprofunda-se em “faticidade” de uma maneira que parece inatingível a outros pensares .

⁹⁴⁸ Segundo a seguinte citação a partir de ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES, feita por HOMMERDING, “Heidegger buscou outra racionalidade. Assim, todo o atual esforço religioso, filosófico, artístico é neste sentido: contra um intelectualismo construtivista e didático-conceitualista, que Heidegger denunciou como a essência da técnica e do seu materialismo inumano, por uma racionalidade mais profunda, encarnada e autêntica à medida do homem. NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 69-70...” (HOMMERDING, *Fundamentos...*, op.cit., p.182, nota n.557).

⁹⁴⁹ A, de certa forma, corroborar o exposto, conferir as alegações de STRECK de que o Estado Democrático de direito exige “fundamentação detalhada” de qualquer decisão e de que tais decisões devem ser “cada vez mais” controladas, até porque a noção de princípios não facilitaria atitudes decisionistas ou propiciaria maior abertura interpretativa, o que se prestaria a indicar que a inexorabilidade da pronta compreensão não significaria descompromisso com um dever de fundamentar e, mais, de expor publicamente a efetivo controle racional os motivos da decisão (cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.189) – embora, é claro, sempre seja possível se alegar que na ausência de um “método” ou procedimento racional prévio, primeiro, se torne impossível um suficiente e efetivamente racional controle sobre as razões da decisão.

⁹⁵⁰ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.52 (destaquei).

⁹⁵¹ E aqui, destaque-se, é bastante claro que Dworkin não opera nem acolhe a filosofia hermenêutica de GADAMER como pensamento de base. No entanto, a verdade é que toma aquele pensamento em linha de conta em inúmeras ocasiões, o que denota, por si só, uma certa afinidade entre os pensamentos, ao menos no que há de mais essencial. Nesse sentido, considere-se o que consta acerca das noções sobre interpretação, da obra de DWORKIN, *O Império do Direito*, particularmente do capítulo “Conceitos de Interpretação” (op.cit. pp.55 e ss.), donde se extrai, apenas exemplificativamente, a seguinte passagem a denotar, no mínimo, a empatia daquele autor pelas posturas gadamerianas neste tema: “*Recorro mais uma vez a GADAMER, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história, ao mesmo tempo que luta contra elas.*[citando *Verdade e Método*, com remissão, em outra passagem à noção de “consciência histórica efetiva” (nos termos da tradução que consta da p.63, nota 2, da referida obra)]”. (DWORKIN, *O Império do Direito...*, op.cit., p.75).

⁹⁵² Aliás, nesse ponto é interessante destacar as razões identificadas por PAUL RICOEUR para que uma concepção como a de DWORKIN, segundo suas palavras, “reaja ao formalismo de uma argumentação jurídica”: “Podemos então perguntar-nos porque não foi Dworkin pesquisar para as bandas duma teoria mais refinada da argumentação. Não foi, certamente, por falta de sutileza, pois é um temível contestatário, mas por razões mais profundas que compreendemos melhor se aproximarmos a

dentre outros, precisamente este elemento fundamental “do rechaço da distinção entre conhecer, interpretar e aplicar”.⁹⁵⁴

Ademais, isso se refletiria de forma particularmente relevante, ainda, no que tange às possibilidades de construção de um equilíbrio entre democracia representativa e democracia constitucional em sentido amplo, também pela questão do rechaço da discricionariedade e arbitrariedade realizada nos termos desta racionalidade diferenciada, que permitiria a segurança de respostas constitucionalmente “corretas”, mas ainda com abertura para a diferença da vida, como se verá oportunamente nos itens seguintes, no que se refere à questão que envolve as possibilidades da resposta correta em direito.⁹⁵⁵

De qualquer sorte, o que releva deixar posto em conclusão deste ponto, é o fato de que a maior e mais importante distinção a ser feita, na construção de uma legitimidade da prestação jurisdicional sob este ângulo do respeito a uma diferenciação das decisões judiciais suficiente, é esta: a grande diferença existente entre os posicionamentos que se situam no extremo espectral (negativo em termos de legitimidade) da “racionalização simplificante”, ou que estão ainda conectados, voltados ou dirigidos a ele, e aqueles outros que daí se afastam, estando dirigidos, conectados ou mesmo postos sob o extremo espectral oposto (de sinal positivo em termos de contribuição para a legitimidade jurisdicional contemporânea) da “racionalidade complexa”.

Ainda que as distinções entre posturas e teorias situadas sob a égide desta mesma larga denominação conceitual de “racionalidade complexa” sejam também de grande relevo para determinar as exatas possibilidades da prestação jurisdicional no seio das democracias contemporâneas (mormente daquelas periféricas), como se verá nos pontos que se seguirão, tal tarefa é posterior; neste momento em que ainda se caminha a passos largos para a revitalização das posturas situadas sob o polo teórico oposto, mormente no Brasil, o que parece premente, antes de qualquer coisa, é realizar esta distinção mais larga e repelir as expressões de “racionalização simplificante”- insustentáveis na

secção ‘Law and Interpretation’ de *Matter of Principle*, do ensaio ‘Is a law a system of rules?’, triado de *The Philosophy of Law*. Este ensaio revela que **Dworkin está bastante menos interessado na formalidade dos argumentos do que na sua substância e, acrescentamos já em seguida, na sua substância moral e política.** A concepção do direito que propõe este notável artigo repousa sobre uma hierarquia entre os diversos componentes normativos do direito. Está mais uma vez em jogo a querela contra o positivismo de Hart. (...) Compreende-se que esta concepção flexível e não codificável da interpretação reaja ao formalismo duma teoria da argumentação jurídica. **Dworkin está bastante mais interessado no horizonte ético-político, sobre o qual se salientam os princípios irredutíveis em regras.**” (RICOEUR, Paul. *O Justo: ou a essência do justo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. pp.148-149 – destaquei.).

⁹⁵³ A citação feita a seguir refere-se a ARANGO, *El concepto de derechos fundamentales*, apud STRECK, *Verdade e Consenso*, op.cit., p.44, nota 8, combinada com p.64, nota 11. Mas a afirmação se sustenta também a partir do contido em seu outro trabalho citado adiante nesta pesquisa: ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.

⁹⁵⁴ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.64, nota 11. Eis o teor da dita nota, em virtude de sua destacada relevância: “...há pontos importantes de convergência entre a hermenêutica filosófica e a proposta interpretativa do direito de Dworkin (nesse sentido, o importante estudo de Arango, op.cit.), que vão desde o rechaço da distinção entre conhecer, interpretar e aplicar, até – e, fundamentalmente –, o rechaço da discricionariedade/arbitrariedade. Em DWORKIN, a garantia contra a arbitrariedade está no acesso a uma MORALIDADE INSTITUCIONAL; em GADAMER, essas ‘blindagem’ se dá através da ‘CONSCIÊNCIA DA HISTÓRIA EFETUAL’, representada pela suspensão de todo o juízo e o questionamento dos próprios pré-juízos por parte do outro e pelo texto. Em DWORKIN, há uma única respostas correta; na hermenêutica, a partir de seus teoremas fundamentais (círculo hermenêutico e diferença ontológica) e na leitura que faço de GADAMER, há uma resposta verdadeira, correta; nem a única e nem uma entre várias corretas, apenas ‘a’ resposta, que se dá na coisa mesma.” (destaquei).

⁹⁵⁵ Cf. a citação anterior de *Verdade e Consenso*, na nota de rodapé de n.11, da p. 64.

modernidade presente, se o objetivo for desde logo evitar o incremento da degradação da legitimidade jurisdicional e, mesmo, um seu possível resgate.

3. Suficiências ou insuficiências do decidir e do fundamentar: interpretação, aplicação e fundamentação ou “applicatio” e justificação (fundamentação no sentido do art. 93, X, da CF/88). O problema do “**como se dá**” a diferenciação suficiente e a legitimidade jurisdicional.

A advertência inicial a ser feita aqui é no sentido de que se está a trabalhar neste passo, de forma ainda mais específica, no complexo “campo da interpretação/aplicação do direito”⁹⁵⁶, que envolve as normalmente dissociadas questões acerca do decidir e do fundamentar jurisdicional, na forma de perplexidades também expressas em indagações que costumam ser assim separadas: como se interpreta o direito? Como ele deve ser aplicado? Como se fundamenta?

Tais indagações, que são de extremo relevo na contemporaneidade, talvez tenham de ser reformuladas à luz do que já se expôs acerca da compreensão que têm desta problemática a hermenêutica filosófica e as posturas teóricas que lhe são afins, já que em verdade deveriam restar concentradas num questionar único, acerca de “como se aplica” o direito (em sentido amplo) – ou, no máximo, de como se aplica e externa (explícita) a justificação que se dá já com tal aplicação, em termos de prestação jurisdicional, como se verá adiante. Vale dizer: aquelas perplexidades talvez tenham de ser, em verdade, tratadas através de um novo ou distinto prisma, qual seja, o da *problemática do “como se dá” a diferenciação suficiente da decisão judicial* e, assim, se obtém legitimidade na prestação jurisdicional (de forma maximizada ou, pelo menos, suficiente), quanto a esta questão em particular.

Isso implicaria, por certo, uma análise mais particularizada das várias posturas teóricas que se ocupam desta problemática, pelo menos daquelas já referidas alhures, quando da construção do imaginário espectro teórico utilizado no tópico precedente, de modo análogo ao já realizado antes – mas agora de forma mais atenta às especificidades do ponto.

No entanto, ante ao que já se expôs ao final do ponto anterior, e ao exíguo espaço restante para o trato da matéria, o que se propõe aqui é algo diverso: atentar somente à grande distinção entre as posturas que, no enfrentamento desta problemática, se situam (a) numa faixa tendente à *degradação da legitimidade* da prestação jurisdicional, por comprometidas ou tendentes à permissividade no que toca à indiferenciação das decisões judiciais, e (b) aquelas outras, que se encontram num caminho de *resgate da legitimidade* pela diferenciação das decisões judiciais. Ou melhor, com relação a estas últimas, aquelas posturas teóricas (críticas) que *tendem a buscar esta diferenciação suficiente* das decisões judiciais também a partir da construção de modos mais adequados de aplicar o direito e de explicitar a justificação das decisões judiciais – ainda que não cheguem a uma busca pela diferenciação da decisão judicial maximizada, como pretende a hermenêutica filosófica, pela reintrodução radical da faticidade no âmbito de consideração do intérprete/aplicador.

⁹⁵⁶ Cf. expressão de STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.322.

Com isso, o que se terá adiante, então, é o exame (apenas) dos extremos de representação destas duas largas faixas espectrais: de um lado, como exemplo de postura degradante da legitimidade da prestação jurisdicional, quando do tratamento do decidir e do fundamentar, aquela que se afina com o pensamento da dogmática contemporânea reativa ao pós-positivismo (dogmática positivista atual); de outro, como exemplo de postura de resgate da legitimidade da prestação jurisdicional, por diferenciação *maximizada* das decisões judiciais a partir do adequado tratamento da problemática do “como se dá” a aplicação do direito e a (explicitação da) justificação de tais decisões, a hermenêutica (jurídica) filosófica ou teorias que lhe são afins.

Assim, mesmo que prejudicada a consideração de maiores nuances dentro do espectro das múltiplas teorias já referidas (e, com isso, pois, o trato de diferenças relevantes entre, v.g., as teorias da argumentação e aquelas ligadas à hermenêutica filosófica⁹⁵⁷), ter-se-á resguardada a possibilidade de ao menos se demonstrar o que é principal e mais relevante no momento: a imperiosidade do resgate da compreensão da essência da atividade jurisdicional para fins de viabilizar um seu incremento de legitimidade.

Postas estas considerações preliminares, é de se iniciar pela apresentação da *postura dogmática positivista atual*, com relação ao modo de decidir e de fundamentar na prestação jurisdicional da contemporaneidade, para que, desde logo, revelem-se aí as deficiências desta abordagem e a sua contribuição para a *degradação da legitimidade* da prestação jurisdicional na modernidade presente. E nada melhor, para tanto, do que apresentar a crítica tecida por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA acerca do ordinário modo de decidir contemporâneo e do próprio comportamento dos juristas, ou do senso comum reinante entre os juízes, no que diz respeito a este tema. Diz OVÍDIO

O que interessa ao intérprete não será uma imaginária verdade dos ‘fatos’. Ao contrário, incumbe-lhe encontrar o ‘significado’ [e já dizia OVÍDIO antes, que “o sentido não está no texto” porque “o sentido será dado pelo intérprete”, na medida em que “não há um sentido ‘a priori’, que seja anterior e

⁹⁵⁷ Para tanto, conferir STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp. 163 e ss., no seu capítulo 8, intitulado “Hermenêutica e abertura interpretativa: da discricionariedade (positivista) à ponderação (argumentativa). A teoria da argumentação jurídica e a não-superação do paradigma representacional. A ‘abertura’ principiológica e o ‘fechamento’ hermenêutico.”. Anote-se apenas que, na visão daquele autor - exposta no subitem 8.2 daquele mesmo capítulo, sugestivamente nominado como “A ponderação como repristinção da discricionariedade positivista nos ‘casos difíceis’: a diferença entre hermenêutica e teoria da argumentação. A proporcionalidade como coerência e integridade e não como juízo de equidade ou de ponderação.” - a diferença entre a hermenêutica e as teorias da argumentação residiria essencialmente no seguinte: “Eis aqui a diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação: enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como **abertura interpretativa**, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica...parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, ‘fechando a interpretação’, isto é, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete. Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre ‘hard cases’ e ‘easy cases’. E nesse contexto, isto é, por acreditar na existência de ‘hard cases’ e ‘easy cases’ e sobretudo por ‘dispensar’ a pré-compreensão antecipadora, a teoria da argumentação utiliza-se do princípio da proporcionalidade como ‘chave’ para resolver a ponderação a partir das características de todos conhecidas [cita-se, nota n 22, p.182-3: “Alexy indica que o intérprete, ao realizar a ponderação, deverá valer-se da ‘máxima’ da proporcionalidade’, que nada mais é do que um critério procedimental a ser seguido pelo ‘ponderador’. A ‘máxima da proporcionalidade’ é composta de três máximas parciais, quais sejam: ‘adequação’, que, ao estabelecer a relação entre o meio empregado e o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis; ‘necessidade’, que estabelece que a medida empregada (vale dizer, a norma) deve considerar, sempre, o meio mais benéfico ao destinatário; e ‘proporcionalidade em sentido estrito’, que é a ponderação com base nos valores ‘jusfundamentais’ propriamente ditos...Cf. Alexy, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993-2002, pp.111-115.”].” (op.cit., p.182 – destaquei).

independente do respectivo contexto em que ele se insere”] que os fatos poderão assumir, no momento e nas circunstâncias de sua aplicação. É importante ter presente que nosso Código de Processo Civil prescreve que o juiz está obrigado a indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento, atendidos ‘os fatos e as circunstâncias dos autos’ (art. 131).

*Deverá atender aos ‘fatos e circunstâncias da causa’, não as circunstâncias presentes no momento em que o legislador formulou o preceito. [Todavia,] Em raríssimos casos, nossos juízes preocupam-se com as ‘circunstâncias constantes dos autos’. Em virtude de um vício de nossa formação jurídica, costumamos trabalhar com conceitos, conseqüentemente com regras, desprezando as ‘circunstâncias constantes dos autos’. Estamos sempre propensos a generalizar construindo regras, fugindo sempre das circunstâncias, necessariamente individuais do caso concreto.*⁹⁵⁸

Assim procedendo, diz OVÍDIO, os juízes simplesmente continuam a “julgar” sem que efetivamente “decidam” os casos individuais, os problemas da realidade e os conflitos da convivência trazidos à sua consideração. Quando “declaram” o sentido de um texto jurídico à vista de determinadas “categorias” de casos, e não procuram encontrar este sentido a partir do enfrentamento dos casos concretos propriamente ditos, únicos em seus fatos e circunstâncias, continuam a lidar com um mundo idealizado de conceitualizações, onde a tarefa continua sendo a de esclarecer “a vontade da lei” para aquela espécie de situação.

Na verdade, nossos magistrados, segundo o sistema, não ‘decidem’, apenas ‘julgam’, porquanto toda a decisão pressupõe ‘discrição’, escolha entre duas ou mais alternativas aceitas pela norma.⁹⁵⁹ O magistrado concebido pelo sistema apenas ‘declara’, esclarece a ‘vontade da lei’. Como ele próprio é pensado como não tendo ‘vontade’, fica eliminado o poder decisório: ‘Manifiesta así una imagen de la jurisdicción como actividad sustancialmente mecánica y aséptica de la que el modelo silogista es una evidente epifanía. Se da por sentado que existe una única decisión verdadera y justa, de manera que automáticamente quedan desacreditadas las demás. Este plantamiento prevalente lleva anejo un tipo de motivación que se parapeta en una lógica fuerte (la que acentua los elementos conceptualistas y técnico-jurídico y disimula los elementos que comprometen juicios de valor). Pero además aséptica, la motivación resultante es legalista; encima oficial y impersonal y – para colmo – burocrática (TARUFFO). Es ‘legalista’ a doble título: por un lado, debido al empleo redundante del lenguaje técnico-jurídico y la abundancia de jerga jurídica; por otro lado, porque prevalece el tratamiento de las cuestiones de derecho, como campo abonado para elegancias conceptuales a menudo superfluas, en detrimento de las cuestiones de hecho (y en éstas se resaltan más los aspectos atinentes a la disciplina legal de la prueba que los referentes a la empiria). La motivación es, a mayor abundancia, ‘oficial’ e ‘impersonal’ porque se apresenta como un discurso no atribuible a un autor específico sino a un órgano (sobre todo se es colegiado) (...) La impronta ‘burocrática’ de la motivación proviene de que el juez no representa a la sociedad y el criterio por el que ha sido seleccionado estriba en su capacidad técnica para desempeñar ciertos cometidos limitados y determinados; por eso el juez-funcionario no elige ni crea; pone en acto reglas y directivas de un modo impersonal y uniforme, según procedimientos repetitivos y

⁹⁵⁸ Cf. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”, op.cit., p.7-destaquei

⁹⁵⁹ Aqui há de se deixar claro que a óbvia existência de múltiplos sentidos possíveis para o texto legislativo **não** necessariamente deságua na necessidade de aceitar discricionariedade representada por qualquer “escolha” de sentido deste texto segundo o seu contexto. A particularidade do caso, em sua singularidade irrepetível, somada à busca por coerência e integridade do direito, à luz dos nortes constitucionais postos, conduzirá a uma construção de sentido para aquela individualidade que haverá de ser ‘a’ que melhor se coaduna com o contratado constitucionalmente e previsto como um todo no ordenamento jurídico. No entanto, isso não implica dizer que se esteja aí revelando a vontade da lei. Muito pelo contrário. É o contexto, apreendido pelo intérprete, que envolve circunstâncias irrepetíveis do caso e o estado do ordenamento como um todo, que determinará a construção de sentido cabível para cada caso único (não a subjetividade do intérprete/aplicador)– a se somar, depois, no contínuo e infundável processo de reconstrução de sentido do próprio ordenamento como um todo. *O que importa anotar, pois, na dita passagem, é a inconformidade do lúcido processualista com o dito renitente compromisso da jurisdição atual, segundo o senso jurídico comum, de apenas revelar a vontade da lei, e, ainda que por motivos algo distintos, com uma arbitrariedade ínsita a tal proceder, que é contrária a uma prestação jurisdicional devida no âmbito das democracias contemporâneas, como assevera o próprio OVÍDIO neste mesmo escrito: “contra esse tipo de regime político, busca-se uma democracia ser construída diariamente, pelo povo, não mais uma democracia feita ‘para o povo’; procura-se construir uma democracia que conviva com a diversidade e pratique a tolerância.”* (op.cit., p.6 – destaquei).

estandardizados.’ (Juan Igartua SALAVERRÍA, *La motivación de la sentencia, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, Madrid, pp. 101-102). Admitindo-se que a norma pode oferecer – e normalmente oferece – mais de um sentido, **caberia indagar qual o sentido a que ele dera preferência; e por quê.** Por que rejeitara as demais interpretações possivelmente também legítimas? Mesmo que o juiz estenda-se em argumentos legais, apoiando-se em outros julgados e pontos de vista doutrinários, o julgamento ainda seria carente de fundamentos válidos, **dado que o exame das ‘circunstâncias’ que o julgador é obrigado a fazer, para cumprir o art. 131 do Código de Processo Civil, não seria atendido.**⁹⁶⁰

Logo, quando apenas reproduzem “escolhas” de sentido, de forma absolutamente injustificada (e arbitrária, pois), para estas “categorias de situações”, apenas a partir da ânsia por manterem-se na linha coerente de correntes decisões homogeneizantes – como comumente vem ocorrendo na prática judiciária atual –, os juízes (intérpretes/aplicadores) não lidam com a compreensão do sentido do texto naquele determinado contexto específico (deixando sem consideração e resposta o real problema da vida trazido a exame contido na singularidade irrepetível do caso concreto propriamente dito), bem como, muito menos, têm condições de justificar minimamente a atribuição deste sentido em particular ao texto normativo posto a regular a dita ocorrência da vida.

Ou seja: os juízes aí, não apenas não “decidem”, como, de fato, tampouco “fundamentam” (*rectius: justificam*⁹⁶¹, ou explicitam o já fundamentado/interpretado/aplicado⁹⁶²) o que julgam, como lhes imporia uma prestação jurisdicional que se pretendesse legítima por apta a lidar com as complexidades da contemporaneidade e por comprometida com um verdadeiro contribuir para a construção de uma democracia constitucional em sentido amplo (i.é., de modo inclusivo e ampliativo da participação *direta* do cidadão⁹⁶³ no direcionamento dos rumos de sua vida e da convivência social como um todo, a partir da interpretação incessante e construtiva de suas regras, mormente as constitucionais).

Estas passagens só fazem bem refletir, portanto, o senso jurídico comum vigente, vigorosamente atuante na prestação jurisdicional da modernidade presente, que se prende, quanto ao modo de compreender a atividade do juiz enquanto intérprete/aplicador, ainda hoje, a antigos dogmas e paradigmas que sobrevivem e ora renascem vigorosamente sob a égide da busca por *racionalizações simplificantes* como resposta à complexidade inabarcável do mundo contemporâneo (em uma nova onda reativa ao pós-positivismo). Nesse sentido, sobrevive a ideia de “*interpretação*” como *mera técnica jurídica*, bem como a *concepção de hermenêutica normativa, como simples método* preocupado com a fixação de regras interpretativas ou como repositório destas mesmas regras, tal qual refere STRECK.

⁹⁶⁰ Cf. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”, op.cit., p.9-destaquei.

⁹⁶¹ No sentido de *explicitação do fundamento*, de explicitação da justificação que já vem com a compreensão e com aplicação (e esta, como explicitação da compreensão), como se verá.

⁹⁶² Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.350 e ss. Aplicação/interpretação/fundamentação são incidíveis. Logo, se a interpretação é “a explicitação do compreendido” (Gadamer) (porque compreendemos para interpretar, e não interpretamos para compreender), a fundamentação que ocorre de forma inseparável do interpretar é esta justificação da explicitação do compreendido, que deverá ser devida e abertamente exposta nas decisões judiciais, já que, conforme STRECK (op.cit., p.352), “a justificativa [fundamentação da decisão judicial no sentido do exposto no art. 93, IX, da CF] é condição de possibilidade da legitimidade da decisão”, invocando lição de DWORKIN a respeito (cita-se: “DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.238).

⁹⁶³ Permitindo-se, assim, a criação do espaço do que aqui se denominará “*demandante-cidadão*” (ao invés da hoje comum e quase exclusiva figura do mero “demandante-litigante”).

Vê-se, pois que, de uma maneira ou de outra, expressivos setores da doutrina brasileira trabalham (ainda) na perspectiva de que o processo interpretativo possibilita que se alcance a ‘interpretação correta’, o ‘sentido exato da norma’, ‘o exclusivo conteúdo/sentido da lei’, ‘o verdadeiro significado do vocábulo’, ‘o real sentido da regra jurídica’, etc. Não é temerário afirmar que, explícita, ou implicitamente, sofrem a influência da hermenêutica de cunho objetivista de EMILIO BETTI.⁹⁶⁴

No mesmo sentido é a manifestação de HOMMERDING, posta nos seguintes termos:

A idéia de método, contudo, apesar da necessidade de uma instrumentalidade, foi a que mais se alastrou, não sendo raro encontrá-la entre os processualistas mais seguidos pelos lidadores do Direito. Na verdade, essa é a regra. **A hermenêutica, portanto, ainda tem sido vista como um estudo com sistematização de procedimentos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. Ainda é considerada um ‘roteiro’ para a interpretação da norma à luz do fato concreto.** Nessa linha de pensamento, **também o raciocínio do juiz é um [mero] silogismo.** Esse tipo de visão é corrente nos países em que o Direito provém da matriz romano-germânica, como é o caso do Brasil e dos países da Europa Continental. Neles, a lei é a fonte primordial do Direito. Todos esses países surgem como sendo países de direito escrito. Os juristas procuram, antes de tudo, descobrir as regras e soluções do direito, estribando-se nos textos legislativos ou regulamentares emanados do parlamento ou das autoridades governamentais ou administrativas. **A função dos juristas, fundamentalmente, é a de descobrir, com o auxílio de vários processos de interpretação, a solução que em cada caso corresponda à vontade do legislador.**⁹⁶⁵

Assim, perpetua-se e se reforça o “apartar-se da realidade” dos aplicadores do direito, bem como a nociva *indiferenciação* das decisões judiciais por descon sideração do contexto fático em que devem operar, também e precisamente a partir desta apreensão inadequada do essencial da atividade jurisdicional – que se dá precisamente a partir do reconhecimento das noções de compreensão/aplicação, no sentido hermenêutico dos termos.

Mas não é só o modo insuficiente ou distorcido de apreender o que signifique o ato de decidir/julgar que conduz aos *deficits* de legitimidade a partir desta atuação equivocada do direito na dinâmica da vida. É de se reforçar aqui aquilo que de alguma forma já foi adiantado alhures: *o modo de fundamentar (justificar, como explicitação do fundamento)* a decisão judicial é absolutamente inadequado, neste modelo de decisão comprometida com a reativa postura dogmática positivista da modernidade presente, para revelar a legitimidade do decidido (compreendido) precisamente a partir da devida explicitação deste compreendido (ou seja, da explicitação da aplicação/interpretação⁹⁶⁶/fundamentação) - tudo para fins do devido compartilhamento, convencimento geral e possibilidade de exposição do compreendido ao contraditório e à eventual mudança. Como assevera STRECK,

⁹⁶⁴ Cf. STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise...*, op.cit., p.110. E para maiores esclarecimentos acerca do ponto, remete-se à consideração do que mais conta das pp.110 e ss., particularmente deste item intitulado “As técnicas de interpretação: a hermenêutica normativa bettiana e a preocupação na fixação de regras interpretativas. O método em debate.”.

⁹⁶⁵ Cf. HOMMERDING, Adalberto N., *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil...*, op.cit., pp.56-8. Destacando, em seguida, até em função da realidade histórica de então, que “dentre os juristas que adotaram a idéia de que o operador do Direito tem por finalidade ‘descobrir’ a ‘vontade da lei’ (ou do legislador), preconizando, portanto, uma razão instrumental e metódica para o processo, podem ser citados CARNELUTTI e CHIOVENDA.” – o que acaba por viabilizar que boa parte dos processualistas e a dogmática brasileira continuem a aplicar as antigas lições destes mestres de grande influência local sem a consideração das alterações da realidade histórica.

⁹⁶⁶ Interpretação, por sua vez, como a “explicitação do compreendido”, op.cit., p.352.

O modelo de decisão judicial continua o mesmo há mais de um século: *a fundamentação retringe-se à citação da lei, da súmula ou do verbete, problemática* que se agrava com a institucionalização da súmula vinculante. Daí a (correta) exigência [de] Dworkin, de uma ‘responsabilidade política’ dos juízes. *Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões*, porque com elas afetam os direitos fundamentais sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui-se em um direito fundamental. *O sentido da obrigação de fundamentar as decisões, previsto no art. 93, IX, da Constituição do Brasil implica, necessariamente, a justificação dessas decisões.*⁹⁶⁷

Daí prosseguir STRECK na incisiva crítica e na afirmação de que é imprescindível se ultrapassar esse “modo-positivista-de-fundamentar” as decisões:

As decisões judiciais *devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecendo argumentos de caráter jurídico*, como bem assinala David Ordóñez Solís. *O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade de motivação/justificação do que foi dito*. O juiz, por exemplo, deve expor as razões que lhe conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetivação interventiva do juiz, ao direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial, sendo que, por esta razão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que a motivação integra-se ao direito fundamental a um processo equitativo, de modo que ‘as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam. A extensão deste dever pode variar segundo a natureza da decisão e deve ser analisada à luz das circunstâncias de cada caso particular’; *daí a necessidade de ultrapassar o ‘modo-positivista-de-fundamentar’ as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar – fenômeno que ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo ‘defiro com base na lei ‘x’ ou com base na súmula ‘y’*, valendo lembrar que esse problema ficará agravado com a institucionalização das súmulas vinculantes introduzidas pela EC45/04. Para tanto, basta ver a decisão do Supremo Tribunal Federal⁹⁶⁸, entendendo como válida decisão que se restringe à invocação de jurisprudência pacífica corroborada posteriormente em enunciado de súmula. Segundo o STF, nesse caso, não se aplica a exigência contida no art. 93, IX, da Constituição (Ag.Reg. no RE 359.106-1-PR).⁹⁶⁹

A partir do quadro exposto é que ressurgem a indagação anterior, revigorada: *como então decidir (e justificar) os casos trazidos ao Judiciário* de modo que seja resgatada a legitimidade da prestação jurisdicional quanto a esta especificidade? Ou, por outra, na linha do sugerido já ao início deste tópico: *como se dá a aplicação do direito (e a explicitação de sua justificação)* nos termos de uma adequada busca por suficiente diferenciação das decisões judiciais? Ou, de modo mais específico ainda - em se considerando que já se assumiu a necessidade de aqui analisar a questão de forma limitada, apenas ao tocante à visão da hermenêutica (jurídica) filosófica e posturas teóricas afins, para este extremo (positivo) do espectro teórico em consideração -, *como se dá esse decidir e esse explicitar o justificar* no âmbito da tentativa de máxima diferenciação das decisões judiciais, por inclusão radical da faticidade na tarefa de prestar a jurisdição?

⁹⁶⁷ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.359.

⁹⁶⁸ E prossegue STRECK: “Veja-se o problema decorrente do entendimento do que é fundamentação/justificação/motivação de uma decisão: para o Supremo Tribunal Federal, basta a citação do enunciado sumular, que é, assim, alçado à categoria de ‘conceito abstrato’, com caráter de universalidade, ‘mantendo-se’ no sistema à revelia de qualquer situação concreta (reduz-se, pois, a problemática relacionada aos discursos jurídicos aos ‘discursos sobre validade’). No referido acórdão, o Tribunal decidiu que não só a decisão que apenas cita a súmula é legítima como o recurso deve ser dirigido contra a fundamentação dos precedentes em que se alicerça a súmula. Essa tese desborda daquilo que deve ser entendido como jurisprudência e sua consolidação. Além disso, fica a pergunta: se uma decisão que apenas cita a lei é nula, por qual razão uma que cite apenas uma súmula não o é?” (op.cit., p.362 – destaquei.).

⁹⁶⁹ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.360-362.

A resposta, de um ponto de vista da hermenêutica (filosófica) e linhas teóricas afins, está, como de certa forma já se antecipou, na “*applicatio*” (ou na forma de se entender a interpretação, nos termos de Dworkin⁹⁷⁰, se for o caso de se ter por preferível esta postura para dar solução a esta problemática⁹⁷¹, ainda nos limites da busca de um diferenciado incremento de faticidade⁹⁷²).

Nesse sentido, a postura adotada por STRECK ao asseverar que

A ‘*applicatio*’ evita a arbitrariedade na atribuição de sentido⁹⁷³, porque é decorrente da **antecipação (de sentido)** que é própria da hermenêutica filosófica. ‘Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a transformar-se em um ‘simples resultado’ manipulável pelo intérprete’. Afinal, não podemos esquecer que mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas foi a forma pela qual (sic) a hermenêutica clássica encontrou para buscar o controle do ‘processo’ de interpretação. Daí a importância conferida ao método, ‘supremo momento da subjetividade assujeitadora’. Ora, **a pré-compreensão antecipadora do sentido de algo ocorre à revelia de qualquer ‘regra epistemológica’ ou método que fundamente esse sentido**. Não há métodos e tampouco metamétodos ou metacritérios (ou um *Grundmethode*, para imitar Kelsen e ‘escapar’ do problema –insolúvel – do *fundamentum inconcussum*). A compreensão de algo como algo (*etwas als etwas*) simplesmente ocorre, porque o ato de compreender é existencial, fenomenológico, e não epistemológico. Qualquer sentido atribuído arbitrariamente será produto de um processo decorrente de um vetor (‘*standard*’) de racionalidade de segundo nível, meramente argumentativo/procedimental....⁹⁷⁴

⁹⁷⁰ E aqui a explicação é de STRECK, (nota de rodapé n.82, p.363, de *Verdade e Consenso*): “(...) Conforme DWORKIN, quando se faz uma interpretação constitucional, esta deve passar por dois ‘testes’. Pelo primeiro, uma interpretação constitucional deve ser rejeitada se a prática jurídica for totalmente inconsistente com os princípios que a mesma recomenda. Trata-se da exigência de uma base sólida na experiência jurídica (a tradição, se utilizarmos a linguagem da hermenêutica). O segundo, diz respeito à ‘justiça’: se duas perspectivas acerca da melhor interpretação de um texto constitucional forem igualmente compatíveis com a tradição, deve-se optar por aquela que concretize princípios que melhor reflitam os direitos e deveres morais. Aqui é possível – como já referido – anotar a diferença que faz uma Constituição como a norte-americana (e a partir dela o papel conferido à moral por Dworkin) e uma Constituição compromissário-principiológica como a brasileira.” (destaquei). Quer dizer, acrescento (*em suma*): uma decisão judicial, como expressão interpretativa do posto na Constituição, deve ter compromisso com a integridade, segundo Dworkin, em face de decisões passadas (cf. op.cit., p.285) – o que, em termos de hermenêutica, significa um compromisso de respeito com a autoridade da tradição autêntica. E mais: as bases para justificar/fundamentar, nesse contexto, dependerão (ainda segundo STRECK, op.cit. 363), em Dworkin, da “moralidade institucional” (cf., segundo STRECK, nota 82, p.363, ARANGO, op.cit., pp.97 e ss.) – o que, por sua vez, em termos de hermenêutica filosófica, equivaleria à consideração da “consciência da história efetual” ou “consciência dos efeitos da história”.

⁹⁷¹ Nesse ponto, reafirma STRECK (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.368, nota 4; “...entendo que há uma série de aproximações e pontos comuns entre a teoria interpretativa-integrativa de Dworkin e a hermenêutica filosófica de Gadamer. Seu caráter não-epistemológico, a não cisão entre interpretação e aplicação (caráter unitário do compreender), a incorporação da reflexão moral como elemento necessário da decisão judicial (o aspecto normativo incorpora a reflexão moral, perceptível em Gadamer na relação entre o geral e o particular), o rechaço de ambos à arbitrariedade interpretativa, a incompatibilidade com as teorias da argumentação, por serem procedurais e a superação do esquema sujeito-objeto, entre outras questões. De modo que, embora as observações se relacionem à hermenêutica filosófica, também podem ser válidas para a teoria interpretativa dworkiana, pelos pontos em comum entre ambas e pelas incompatibilidades com as teorias realistas, analíticas e discursivo-procedurais.” (destaquei).

⁹⁷² Eis que, mesmo levando a efeito uma distinção entre “easy cases” e “hard cases”, que não seria adequada, segundo STRECK [afirmação que talvez já possa ser motivada pelo que constava de Scherleiermacher, onde se dizia que “O negócio da hermenêutica não deve iniciar apenas ali, onde a compreensão se torna insegura, porém desde o primeiro começo do empreendimento de querer entender um discurso. Porque a compreensão normalmente só se torna insegura por já ter sido anteriormente descuidada” (GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica...*, op.cit., p.127.)], porque ambas ‘espécies’ de caso “partem de um mesmo ponto e possuem em comum algo que lhes é condição de possibilidade: a pré-compreensão”, Dworkin acaba por não fazer, adiante, a distinção (e a “desoneração”) indevida dos discursos de aplicação em relação aos discursos de fundamentação (que se dariam ‘prima facie’ para certas correntes, como já visto), não acabando, assim, também, por indevidamente (para a hermenêutica filosófica) separar interpretação e aplicação (*Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.377-8).

⁹⁷³ E veja-se, neste ponto, que já se começa a tratar aí também da questão da problemática da arbitrariedade da decisão judicial, a ser mais bem examinada a partir do tópico seguinte, o que só faz confirma algo que já se adiantou antes: tais questões estão todas entrelaçadas e se constituem nas múltiplas facetas de um mesmo problema original.

⁹⁷⁴ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.363-4.

É essa “dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (faticidade)⁹⁷⁵” que permitiria, já de início, originariamente, a reconexão do intérprete/aplicador com a totalidade da realidade e mesmo da (finita) condição humana (inserta no mundo). E, a partir disso, seria assim que se viabilizaria a realização da máxima *diferenciação das decisões judiciais*, por meio de um decidir e justificar que partam deste ponto, por conseqüente inclusão radical da faticidade na tarefa de prestar a jurisdição.

“A ‘*applicatio*’ é esse momento em que se encontram *fundamentação*⁹⁷⁶ e *aplicação*⁹⁷⁷, sem que, entretanto, cada um deles possa ser compreendido isoladamente”, diz STRECK, sendo que, assim, “um só é em face do outro.” “Esse fenômeno ocorre na diferença ontológica⁹⁷⁸.” – não na separação de eventos.⁹⁷⁹ Em conseqüência, prossegue aquele autor “é possível dizer que sempre aplicamos”, e que não podemos cindir discursos de fundamentação de discursos de aplicação, já que

⁹⁷⁵ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.178-9: “O que algumas teorias procedurais-argumentativas não levam em conta é que, *antes da explicação causal (se se quiser, do raciocínio subsuntivo-dedutivo)*, há algo mais originário e que é condição de possibilidade de qualquer explicação causal. Trata-se da *pré-compreensão, da antecipação de sentido, onde o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido.*

Essa dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (faticidade) não é um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caiminho para algo. Essa dimensão ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (faticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso mediante o esforço fenomenológico de explicitação [cita-se: “Nesse sentido, consultar STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia. Limites de um paradigma.* Ijuí: Unijui, 2004; *Diferença e metafísica.* Porto Alegre: Edipucrs, 2000; Vida humana, um conceito da antropologia filosófica. *Veritas*, n.4, v.48, Porto Alegre, dez./2003.”]. É problemático, assim, estabelecer ‘standards’ conceituais ‘aptos’ à prática de raciocínios subsuntivos-dedutivos, porque isso elimina as situações concretas, que passam, desse modo, a ser ‘abarcadas’ pelos referidos conceitos.” (destaquei).

⁹⁷⁶ E aqui há de se compreender a acepção distinta da expressão neste momento: se trata daquilo *que dá base ao entendimento, que já vem antecipado com a compreensão, de modo inseparável da aplicação, como melhor se verificará adiante.* É por isso que nesse ponto aquele autor reforça o que já foi dito no ponto anterior: “Na discordância com a teoria do discurso habermasiana – sem precisar ressaltar a [sua] grande contribuição...para a afirmação do Estado Democrático de Direito -, a questão principal reside na impossibilidade de cindir discursos de fundamentação e discursos de aplicação. (...) a tese habermasiana de que os discursos de aplicação dependem de fundamentações prévias incorre em uma dualização metafísica, em que, de certo modo, *os discursos de fundamentação funcionam como um ‘fundamentum inconsumum’.* Nesse sentido, **o fundamento** será a racionalidade discursiva obtida previamente a partir de um procedimento – também prévio – que dá as balizas para a argumentação.” Só que aí retorna a questão: o que fundamenta, por sua vez, essa racionalidade discursiva prévia? E a questão retorna ao problema de um regresso ao infinito (insolúvel) para buscar o “fundo” (fundamento primeiro) original de tudo. Contudo, na hermenêutica não seria assim, precisamente porque se supera a questão desta busca pelo impossível fundamento primeiro a partir da assunção da limitada (e finita) condição humana e de seus meios (linguagem como condição de possibilidade), com o ingresso do mundo fático em que o ser-no-mundo está inserto. E, segundo STRECK, é isso que “a teoria do discurso não leva em conta – e essa problemática se estende às diversas teorias da argumentação ‘stricto sensu’, embora com outras conseqüências... –”, isto é, “que *antes da explicação causal (se se quiser, o raciocínio subsuntivo-dedutivo)*, há algo mais originário e que é condição de possibilidade de qualquer explicação causal”. “Trata-se” – prossegue aquele autor – “**da pré-compreensão, da antecipação de sentido, onde o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido.**” E conclui: “**Essa dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (faticidade), não é um elemento formal, traduzível por regras de argumentação,** por exemplo, como se fosse o caminho para algo.” Daí porque não se pode falar de um “fundamento” ou de uma “fundamentação” ‘a priori’. A fundamentação da compreensão ocorre já quando da aplicação, já que essa dimensão pré-compreensiva, que permite o compreender nos termos do que será exposto a seguir, “...ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (faticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso mediante o esforço fenomenológico de explicitação (Stein).” (Op.cit., pp.376-377, para todas as citações últimas – destaquei).

⁹⁷⁷ E aqui é oportuno considerar o que diz STRECK, no sentido de que “*a interpretação é a explicitação do compreendido.*” Assim: “...ao contrário do que se diz, não interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, nas palavras de Gadamer.” (op.cit., p.352).

⁹⁷⁸ A respeito da noção de diferença ontológica, consultar nota inserta no ponto anterior ou, diretamente STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, op.cit., pp.218-219 e 220.

⁹⁷⁹ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.376.

“este é o ponto em que incide a diferença entre texto e norma, entre ser e ente, entre questão de fato e de direito, entre palavra e coisa, etc.”. Ou seja: “compreendemos aplicando e aplicamos compreendendo.”⁹⁸⁰

E daí asseverar o mesmo autor, que “a antecipação de sentido que se dá na ‘*applicatio*’ – porque não há cisão entre interpretar e aplicar (também) – funciona como uma blindagem contra a discricionariedade na atribuição de sentidos”, já que o sentido vem da profunda consideração desta realidade pelo intérprete/aplicador, não podendo ser apenas atribuído livremente, a seu bel prazer⁹⁸¹.

A resposta, pois, do *como se dá o decidir* que leva à diferenciação suficiente (maximizada) da decisão judicial (e que assesta a jurisdição no rumo de um maior incremento e resgate da legitimidade) está, por outra, justamente nesta incindibilidade do interpretar e do aplicar (assim como do fundamentar, no sentido já referido); e está, portanto, nesta visão teórica em exame, alojada no cerne da ideia do *compreender*, por meio do círculo hermenêutico⁹⁸².

...Se os dilemas da teoria jurídica nesses tempos de resgate de direitos são ‘como se interpreta’, ‘como se aplica’ (Ian Schaap) e de como é possível superar o decisionismo positivista que permite múltiplas e variadas respostas, *é necessário dar um salto em direção às perspectivas hermenêuticas que têm na linguagem não um instrumento ou uma terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto, mas, sim, a sua própria condição de possibilidade.*

(...) *É, pois, a incindibilidade entre interpretar e aplicar que irá representar a ruptura com o paradigma representacional-metodológico. E é o círculo hermenêutico que vai se constituir em condição de ruptura do esquema (metafísico) sujeito-objeto, ‘nele introduzindo o mundo prático’ (faticidade), que serve para cimentar essa travessia, até então ficcionada na e pela epistemologia. Não há como isolar a pré-compreensão.*⁹⁸³

É nesse sentido, aliás, que se diz, nesta visão hermenêutica da problemática em tela, que “*antes de argumentar, o intérprete já compreendeu*”⁹⁸⁴ e que “é equivocado afirmar que o juiz primeiro decide e só depois fundamenta (justifica)”⁹⁸⁵, já que “não é possível desdobrar o ato de aplicação em dois momentos: decisão e fundamentação”.

⁹⁸⁰ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p. 376.

⁹⁸¹ Id., *ibid.*, p.372.

⁹⁸² Id., *ibid.*, p.397.

⁹⁸³ Id., *ibid.* (destaquei).

⁹⁸⁴ O excerto completo de onde se extrai esta assertiva é do seguinte teor, para maior compreensão: “Conseqüentemente o método (ou o ‘procedimento discursivo’) *sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos (discursos de fundamentação) separados da realidade. Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu.* O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, ‘a linguagem não depende de quem a usa’ (GADAMER). *A compreensão antecede qualquer argumentação, porque lhe é condição de possibilidade.*” (STRECK, Op.cit., p.410-destaquei).

⁹⁸⁵ De novo, segue o trecho de onde se extraiu a afirmação em sua íntegra, para melhor fidelidade e compreensão: “*Portanto, é equivocado afirmar que o juiz primeiro decide e só depois fundamenta (justifica)*, tese defendida, por exemplo, pela teoria da argumentação de ATIENZA, que, ao propor um modelo que permita reconstruir racionalmente o processo de argumentação em um ‘caso difícil’, estabelece ‘como um dos passos’ (mais especificamente, o quarto) a justificação das hipóteses de solução formuladas, isto é, ‘hay que presentar argumentos em favor de la interpretación propuesta’, como se a solução pudesse ser encontrada *antes* da fundamentação, isto é, como se, para encontrar a solução, a compreensão – que depende sempre de uma pré-compreensão – não fosse, ela mesma, a condição de possibilidade do encontro da referida resposta. [cita-se: ‘Cf. ATIENZA, *Argumentación Jurídica*, op.cit., p.236’]” (STRECK, Op.cit., pp.410-411-destaquei). Assim, talvez se deva considerar a noção tradicional de “fundamentação” das decisões judiciais (no sentido do art.93, IX, da CF) nos termos mais precisos de uma *explicitação da justificação* (explicitação da fundamentação ou explicitação do compreender).

Finalmente, corroborando todo o exposto, há de se considerar o que GADAMER esclarece acerca das noções de aplicação e de compreensão:

Também na hermenêutica, tal como em Aristóteles, a *'aplicação'* não pode jamais significar uma operação subsidiária, que venha acrescentar-se **posteriormente** à compreensão: o objeto para o qual se dirige a nossa aplicação determina, desde o início e em sua totalidade, o conteúdo efetivo e concreto da compreensão hermenêutica: *'Aplicar' não é ajustar uma generalidade já dada antecipadamente para desembaraçar em seguida os fios de uma situação particular.* (...)

A *compreensão* deve ser entendida como um ato da existência, e é portanto um 'pro-jeto lançado'. O objetivismo é uma ilusão.⁹⁸⁶

E elucidando um pouco mais o que Gadamer quis aí dizer, tome-se a passagem de GRONDIN:

Compreender significa, então, o mesmo que aplicar um sentido à nossa situação, aos nossos questionamentos. Não existe, primeiro, uma pura e objetiva compreensão de sentido, que, ao depois, na aplicação aos nossos questionamentos, adquirisse especial significado. Nós já nos levamos conosco para dentro de cada compreensão, e isso de tal modo, que, para Gadamer, **compreensão e aplicação coincidem.** (...)⁹⁸⁷

Todavia, talvez ainda se possa indagar, nesta altura, *"como se dá"*, afinal, a **compreensão** propriamente dita (*se antes se afirmou que a decisão* judicial, na visão hermenêutica apresentada, tendente ao incremento da legitimação jurisdicional por maximização de sua diferenciação, através da introdução da faticidade *se dá pela 'aplicatio', por sua vez, concomitante à compreensão*) – o que remete a questões que estão no âmago da hermenêutica filosófica.

Pois bem. Para tentar apresentar um início de resposta a esta visceral indagação, que seja suficiente pelo menos para dar fecho ao discurso levado a termo neste ponto, é preciso invocar algumas lições do próprio pensador inaugural da *hermenêutica filosófica* - ainda que ao custo de se ter de ingressar em nova e complicada digressão mesmo nesta altura da exposição.

Assim, tem-se que GADAMER determina mais concretamente a estrutura da compreensão, com o auxílio do que chama de 'uma regra tradicional da hermenêutica', que apesar da formulação

⁹⁸⁶ Cf. GADAMER, "Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica", In: *O problema da consciência histórica...*, op.cit., p. 57- destaquei.

⁹⁸⁷ Cf. GRONDIN, J. *Introdução à hermenêutica filosófica...*, op.cit., p.194 – destaquei. Por isso, prossegue GRONDIN "A compreensão, ou, o que aqui é a mesma coisa, a aplicação, é menos uma ação da subjetividade auto-suficiente, do que um 'introduzir-se num acontecimento da tradição, no aqul passado e presente se intermediam constantemente'. Entender um texto do passado significa traduzi-lo para a nossa situação presente, escutando nele uma discursiva resposta para os questionamentos de nossa era. Foi uma aberração do historicismo, tornara a objetividade dependente da extinção do sujeito interpretante, porque a verdade aqui concebida como abertura de sentido ('aléteia'), ocorre apenas no decurso da aplicação histórico-efetual. (...)

Como notava o jovem Heidegger, nós incidimos na interpretação de nossa época mais pela via do costume, do que se nós nos apropriássemos dela expressamente. A história efetual é mais ser do que consciência, ou falando mais hegelianamente: mais substancia do que subjetividade. Desse modo, nós pertencemos à história do que ela nos pertenceria. Esta historicidade da aplicação exclui a representação de um ponto zero de compreensão. A compreensão é sempre a continuação de uma conversação iniciada antes de nós. Projetados para dentro de uma determinada interpretação, continuamos esta conversação. Dessa forma, nós assumimos e modificamos, por novos achados de sentido, as perspectivas de significado que nos foram transmitidas, com base na tradição e do seu presente em nós.

A hermenêutica da aplicação obedece, pois, conforme o comentário de Gadamer, a dialética da pergunta e da resposta. Entender algo significa ter aplicado algo a nós, de tal maneira que nós descobrimos nisto uma resposta a nossas interrogações (...)

Assim, acontece a compreensão como concretização histórico-efetual da dialética da pergunta e da resposta. (...) Com muito acerto, é a consciência histórico-efetual que aqui é caracterizada como conversação." (op.cit., pp. 194-5- destaquei).

primeira pela hermenêutica romântica, remonta em sua origem mais remota á retórica antiga. “Trata-se”, diz ele, “da *relação circular entre o todo e suas partes*: o significado antecipado em um todo se compreende por suas partes, mas é à luz do todo que as partes adquirem a sua função esclarecedora”.

988

Ou, mais precisamente: trata-se de considerar aqui o chamado “*círculo hermenêutico*”⁹⁸⁹, mas de forma a se superar as limitações encontradas a respeito na visão de SCHLEIERMACHER⁹⁹⁰, como logo a seguir elucidada GADAMER

O estudo de um texto em língua estrangeira nos servirá de exemplo. *De modo geral, antes mesmo de compreendermos qualquer coisa em uma frase, procedemos a uma certa estruturação prévia que constitui, desse modo, a diretriz de uma posterior compreensão. Esse processo é orientado por um sentido global que temos em mira antecipadamente, a partir das relações que se nos apresentam em um contexto anterior. Mas esse sentido global e previamente dado permanece, bem entendido, à espera de uma confirmação ou retificação, para que só então possa formar a unidade de uma perspectiva coerente. Pensemos tal estrutura de um modo dinâmico: constatamos, de imediato, que a compreensão amplia e renova, em círculos concêntricos, a unidade efetiva do significado global e final que é o critério da compreensão.* Quando esta coerência falha, falamos, então, de um malogro da compreensão.

O círculo hermenêutico do todo e de suas partes⁹⁹¹, sobretudo em seus aspectos objetivos e subjetivos, já foi investigado por SCHLEIERMACHER. Por um lado, todo texto pertence, em primeiro lugar, ao conjunto das obras do autor, e, em seguida, ao gênero literário de onde provém. Por outro lado, se quisermos apreender o texto na autenticidade de seu sentido original, devemos percebê-lo como a manifestação de um certo momento num processo de criação e inseri-lo na totalidade do contexto espiritual do autor. Somente a partir do todo, que se forma não apenas por meio de fatores objetivos mas, em primeiro lugar, pela subjetividade do autor, pode surgir a compreensão. No prolongamento da teoria de Schleiermacher reencontramos DILTHEY⁹⁹², que nos fala de uma ‘orientação para o centro’

⁹⁸⁸ Cf. GADAMER, “Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica”, In: *O problema da consciência histórica...*, op.cit., p. 58- destaquei.

⁹⁸⁹ Sobre uma noção de como “funciona” o círculo hermenêutico, vide STRECK, *Verdade e Consenso...*, op. cit., pp.353 e ss.

⁹⁹⁰ FRIEDRICH SCHLEIERMACHER (1768-1834), professor de teologia e tradutor de Platão, que publicou apenas sua conferência acadêmica de 13 de agosto de 1829, intitulada ‘*Über den Begriff der Hermeneutik mit Bezug auf F.A. Wolfs Andeutungen und Asts Lehrbuch*’ (“Sobre o conceito da hermenêutica com referência às indicações de F.A. Wolf e o manual de Ast”) (p.123, op.cit. adiante).Conferir, a respeito, GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica...*,op.cit., no capítulo denominado “A hermenêutica romântica e Schleiermacher”, pp. 117 e ss. (onde aborda-se, ainda, “a passagem pós-kantiana do Esclarecimento para o Romantismo: Ast e Schlegel”, fazendo-se referência a FRIEDRICH AST (discípulo de SCHILER) e FRIEDRICH SCHLEGEL), e mais particularmente, o subitem “Schleiermacher: a universalização do mal entendido” (pp. 123 e ss.). E sobre as divergências da visão de HEIDEGGER e, depois, GADAMER, com relação a esta perspectiva e, mais tarde, com relação a de Dilthey, veja-se o subitem “a idéia de uma hermenêutica filosófica da faticidade” (op.cit. pp. 167 e ss. – donde destaca-se: “A hermenêutica de Heidegger, como indicativo filosófico programático, entende-se como radicalização da tendência à interpretação que inabita a compreensão. (...) Este entendimento volta-se contra a concepção vigente desde Schleiermacher e Dilthey, segundo a qual a hermenêutica deveria fornecer uma doutrina metódica artificiosa da compreensão, em vista de uma fundamentação metodológica das ciências do espírito.” (destaquei).

⁹⁹¹ E diz GRONDIN, em sua *Introdução à hermenêutica filosófica...*, op.cit, p.120, que no romantismo, mas ainda antes de Schleiermacher, mais precisamente em FRIEDRICH AST –e, por sua vez, através de resgates da antiguidade -, já se dá o nascimento da noção de círculo hermenêutico: “Com isto, a idéia do ‘Círculo hermenêutico’, como ela será chamada mais tarde, obtém talvez sua primeira e ao mesmo tempo mais universal característica: ‘A lei básica de toda a compreensão e conhecimento é a de encontrar, no particular, o espírito do todo e entender o particular através do todo.’”

⁹⁹² WILHELM DILTHEY (1833-1911), a quem Jean Grondin se refere assim: “Desde a primeiríssima germinação de seus esforços intelectuais, lá por 1860, até as suas últimas anotações, ele colocou todo o trabalho de sua vida sob o ‘Leitmotiv’ de uma ‘crítica da razão histórica’, cuja tarefa seria a de legitimar gnoseologicamente o nível científico das ciências do espírito. (...) Dilthey concebeu-se como o metodólogo da Escola Histórica. Para que – de modo semelhante à Droysen- pudesse conceber as ciências do espírito em seu próprio direito científico, protegendo-as, desta forma, da incursão da metodologia das ciências naturais, pretendia ele justificar as suas bases gnoseológicas universalmente válidas.” Conferir, a respeito, GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica...*,op.cit., pp.146-7. E, de forma mais ampla, o subtítulo “O caminho de Dilthey até a hermenêutica” (op.cit., pp. 146 e ss.), ou, ainda mais amplamente, o capítulo denominado “Ingresso nos problemas do historicismo” (op.cit., pp. 135 e ss., que passa pelo trato dos seguintes subitens, além daquele já referido: “BOECKH [1785-1867] e a aurora da consciência histórica” e “a história universal de DROYSSEN [1808-1886]:

ao descrever a compreensão de um todo. Eis como Dilthey aplica ao conjunto dos problemas históricos o princípio tradicional da hermenêutica: um texto deve ser compreensível por si mesmo. Resta ver, no entanto, se essa idéia do círculo da compreensão acha-se fundada numa descrição correta.

Ora, por um lado, *nada do que Schleiermacher e o romantismo nos tenham dito sobre os fatores subjetivos da compreensão nos parece convincente. Quando compreendemos um texto, não nos colocamos no lugar do outro, nem é o caso de pensar que se trata de penetrar na atividade espiritual do autor*; trata-se, isto sim, de apreender simplesmente o sentido, o significado, a perspectiva daquilo que nós é transmitido. *Trata-se* [em verdade], *em outros termos, de apreender o valor intrínseco dos argumentos apresentados, e isto da maneira mais completa possível. Encontramo-nos, de súbito, na esfera de uma perspectiva já compreensível em si mesma, sem que isso implique em nos debruçarmos sobre a subjetividade do outro. O sentido da investigação hermenêutica é revelar o milagre da compreensão, e não a misteriosa comunicação entre as almas. Compreender é o participar de uma perspectiva comum.*

Por outro lado, *o aspecto objetivo do círculo hermenêutico precisa ser descrito de um modo diferente daquele realizado por Schleiermacher. Pois é precisamente o que temos ‘em comum’ com a tradição com a qual nos relacionamos que determina as nossas antecipações e orienta a nossa compreensão.* Consequentemente, esse ‘círculo’ não é absoluto, de natureza puramente formal – seja de um ponto de vista subjetivo, seja de um ponto de vista objetivo. Ao contrário, seu espaço de jogo se dá entre o texto e aquele que o compreende. A intenção do intérprete é se fazer ‘mediador’ entre o texto e a totalidade nele subentendida. *Portanto, o objetivo da hermenêutica é sempre restituir e restabelecer o acordo, preencher as lacunas.*⁹⁹³

Logo, conclui GADAMER, descobre-se assim – “graças à análise existencial de HEIDEGGER”⁹⁹⁴ -, “o novo sentido da estrutura circular da compreensão”⁹⁹⁵, e, pois, aquele sentido

compreensão como investigação do mundo moral”). E sobre as divergências da visão de GADAMER com relação a esta perspectiva veja-se o capítulo “A hermenêutica universal de Gadamer” (op.cit., pp. 180 e ss.), donde destaca-se: “A controvérsia com o historicismo, abordada apenas marginalmente por Heidegger, tornou-se para Gadamer, a tarefa principal. (...) Gadamer argumenta aí contra a idéia defendida pelo historicismo e pelo positivismo de que as ciências do espírito deveriam elaborar os seus próprios métodos, para poderem gozar do ‘status’ de ciências. Pois esta esperança era o gancho, em torno do qual, giravam todos os esforços metodológicos de Dilthey, de Droysen e do Neokantismo. Gadamer questiona fundamentalmente este ponto de partida e interroga, se a busca de métodos, os quais de forma exclusiva garantissem a validade universal, estaria realmente em seu lugar nas ciências do espírito. Gadamer orienta-se inicialmente segundo a palestra festiva que o cientista natural HELMHOLZ proferira no ano de 1862, em Heidelberg, sobre a relação entre as ciências da natureza e as do espírito. (...) Helmholtz fala aqui de uma ‘indução artística’, que brota de uma sensibilidade instintiva, ou tato, para o qual, todavia, não existem regras definidas. Com exagero apenas superficial, poder-se-ia dizer que Helmholtz é o principal parceiro de conversação na primeira parte de ‘Verdade e Método’. (...) Assim, diz o início da obra [Verdade e Método]: ‘Não existe um método próprio para as ciências do espírito’. (...) Gadamer concorda com Helmholtz na idéia de que as ciências do espírito têm, basicamente, muito mais a ver com o emprego de um tato, do que com a adoção de quaisquer métodos.” (op.cit., pp.181-2 - destaquei).

⁹⁹³ Cf. GADAMER, “Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica”, In: *O problema da consciência histórica...*, op.cit., pp. 58-9- destaquei.

⁹⁹⁴ MARTIN HEIDEGGER (1889-1976), cuja profunda influência no pensamento de GADAMER e da constituição da hermenêutica filosófica propriamente dita é exposta e sumariada por GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica...*, op.cit., no capítulo denominado “Heidegger: hermenêutica como auto-esclarecimento da interpretação existencial”, pp.157-177 (onde abordam-se, ainda, os temas “o diligente antecipar da compreensão”- encontrando-se aí esclarecedoras passagens como, por exemplo, aquela que refere que “a pré-estrutura [da compreensão] significa, pois, que o ‘Dasein’, o ser-aí humano, se caracteriza por uma interpretação que lhe é peculiar e que se encontra antes de qualquer locução ou enunciado”(p.159); “sua transparência na compreensão”; “a idéia de uma hermenêutica filosófica da facticidade”; “a hermenêutica da virada”). Para maiores esclarecimentos acerca da relação de Gadamer com Heidegger e das influências referidas, consultar GRONDIN, J. *Hans-Georg Gadamer: uma biografia*. 2ª ed. Barcelona: Herder, 2000.

⁹⁹⁵ Diz GADAMER, “sobre o círculo da compreensão” em *Verdade e Método* [VM, 57], (*Verdade e Método: II- Complementos e índice*. Trad. de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002, p.72): “A regra hermenêutica sobre a qual devemos compreender o todo a partir do singular e o singular a partir do todo, provém da retórica antiga e foi transferida, pela hermenêutica moderna, da arte de falar para a arte de compreender. Em ambos os casos, estamos às voltas com uma relação circular prévia. A antecipação de sentido, que comporta o todo, ganha uma compreensão explícita através do fato de as partes, determinadas pelo todo, determinarem por seu lado esse mesmo todo (...) *O próprio processo da construção, no entanto, já está dirigido por uma expectativa de sentido que provém do contexto anterior. É claro que essa expectativa deve ser corrigida quando o texto o exige. Isso significa que a expectativa sofre uma outra determinação e que o*

que permite a *descrição* da “maneira como a interpretação sempre procede quando visa a uma compreensão cuja medida é ‘a coisa mesma’⁹⁹⁶,”

texto se conjuga na unidade de um pensamento, a partir de uma outra expectativa de sentido. Dessa forma, o movimento da compreensão transcorre sempre do todo para a parte e, desta, de volta para o todo. A tarefa é ampliar, em círculos concêntricos, a unidade do sentido compreendido. O critério que cada vez se há de empregar para constatar a justeza da compreensão é a concordância de todas as partes singulares com o todo. A falta desta concordância significa o fracasso da compreensão.” E, adiante, prossegue GADAMER, invocando lição de HEIDEGGER: “A partir da análise da existência de Heidegger, a estrutura circular da compreensão recupera sua significação de conteúdo. Heidegger escreve: “ *O círculo não deve ser rebaixado a um ‘vitiosum’, mesmo que apenas tolerado. Nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, de certo modo, só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não deixar se guiar na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos e ‘chutes’.* Ela deve, na elaboração da posição prévia, e concepção prévia, assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas.” [cita-se *Ser e tempo*, vol. I, Petrópolis, Vozes, 1989, p.210.]. (...) O ponto culminante da reflexão hermenêutica de Heidegger não se encontra na demonstração de que há um círculo, mas antes no fato de este círculo possuir um sentido ontológico positivo. A descrição como tal torna-se evidente para todo o intérprete que sabe o que faz. Toda interpretação correta deve guardar-se da arbitrariedade dos ‘chutes’ e do caráter limitado dos hábitos mentais inadvertidos, de maneira a voltar-se ‘para as coisas elas mesmas’ (que para os filólogos são textos com sentido, que por seu turno, tratam novamente de coisas).” (op. cit. pp.74-75).

⁹⁹⁶E sobre o significado de **partir ou olhar para ‘as coisas mesmas’**, verificar o que diz JEAN GRONDIN, a respeito, em seu *Introducción a Gadamer...*, op.cit., pp.138 e ss., em considerações que são fundamentais para que se entenda mais profundamente o que significa o “compreender” na hermenêutica: “No raras veces se ha visto en ello la aporía fundamental de la filosofía de Gadamer: ¿Cómo podrá armonizarse la presencia esencial (‘ontológica’) de la estructura del prejuicio con la constante apelación (que para muchos resulta irritante) a las cosas mismas? Veamos si existe aquí realmente una aporía irreconciliable o si, como yo desearía mostrar, no se oculta quizás una aporía aún más tenaz. Hay que afirmar desde un principio *dos evidencias*: 1) Para Gadamer, *todo entender se produce efectivamente bajo anticipaciones* (a las que uno puede llamar ‘prejuicios’ o ‘juicios preconcebidos’), de tal manera que la rectificación de un prejuicio que se demuestre como ilegítimo acontezca siempre únicamente a la luz de otra anticipación que sustituya a las anteriores anticipaciones. 2) *Las cosas mismas no significan em Gadamer las cosas en sí*, tal como puedan experimentar independientemente de todo entender (lo cual sería una contradicción manifiesta). *Esas cosas en sí, las conoce únicamente Dios. ¿Cómo habrá de entenderse, pues, la exhortación, reiterada constantemente por Heidegger y Gadamer, a efectuar una ampliación de la opinión previa ajustándose a las cosas mismas?* La palabra ‘Sache’ (‘cosa’), en alemán, tiene siempre el sentido enfático de una cosa o un asunto sobre el que hay que tratar o discutir, cuando se dice, por ejemplo, que alguien debe llegar por fin ‘al fondo de la cuestión’ (*zur Sache kommen*), que alguien habla ‘em causa propia’ (*in eigener Sache*), o que alguien quiere decir algo a propósito del asunto (*zur Sache*). *Esa cosa (Sache) es siempre la ‘cosa debatida’ (Streitsache), la ‘cuestión de fondo’ (die ‘sachliche Sache’)*, como quien dice. Por consiguiente, *la ‘cosa’ se encuentra ya en el horizonte del entender. Por tanto, elaborar una anticipación adecuada a la cosa significa desarrollar los proyectos del entender que sean conformes a la cosa debatida. Esto presupone que la cosa nos concierne; que estamos afectados por ella. Aquí no es posible elaborar proyecciones adecuadas a la cosa sin que uno mismo entre en el juego, es decir, sin que uno se ponga a dialogar con las cosas. Este modelo dialogal de entender se halla orientado, indubitablemente, en contra del paradigma epistemológico de un sujeto del entender que se halle desconectado de su objeto.* Pero este paradigma epistemológico es tenaz y hace que surja de nuevo la cuestión: *en este proceso, el que entiende ¿no es a la vez juez y parte? ¡No!*, responde Gadamer, porque *aquí la cosa habla y ofrece resistencia.* *La verdad reside em la adecuación del entender que se conforma a la cosa, una adecuación que debe manifestarse constantemente.* Gadamer no renuncia nunca a hablar aquí de conformación o adecuación (‘adaequatio’). Claro está que no se trata de la pura equivalencia entre el sujeto y objeto. Pero eso no lo supone tampoco la ‘adaequatio’, si atendemos bien a la idea. *La adecuación o ‘ad-aequatio’ implica el movimiento hacia (‘ad’) la cosa.* Entendida em sentido literal, *la ‘adaequatio’ no es más que la orientación, que consiste em moverse hacia la cosa, para hacerle justicia y ajustarse a ella.* Por consiguiente, la ‘adaequatio’ – bien entendida – no olvida nunca ese movimiento constitutivo del entendedor hacia la cosa. Las ideas pertinentes a este respecto, y que hablan de conformidad, armonía, concordancia y consonancia, explican com sumo énfasis: *la verdad es una cuestión de concordancia, de acorde casi em sentido musical*, por cuanto *el que entiende es acorde con el ‘interpretandum’.* La nota característica de la verdad no es em absoluto la objetivación o la cosificación del objeto, sino la concordancia, es decir, la armonía con la cosa que ha de entenderse. *Por eso, toda verdad es hermenéutica, es decir, es asunto de adecuación. Cuando algo es verdad, si dice em alemán: es stimm! (‘!de acuerdo!’).* El acuerdo se produce aquí entre la cosa que hay que entender y la persona que entiende. (...)

Pero el error aquí sería pensar que esa cosa se diera previamente en sí o sin proclamación. Para el entender, no hay una ‘cosa’ sin una presentación que parezca adecuada a la misma. Esta conexión es importante aquí, porque enlaza con las exposiciones de la primera parte de ‘Verdad y método’, que hablan sobre el carácter de presentación que es propio de la experiencia del arte. También em ella no hay cosa sin presentación que deba acreditarse.

El concepto de ‘adaequatio’ resulta aquí irrenunciable, porque existen indudablemente presentaciones, exposiciones y proclamaciones ‘inadecuadas’, em las cuales la cosa misma ofrece resistencia a las anticipaciones y proclamaciones unilaterales. Y a una nueva presentación o proclamación le corresponde realzar esa unilateralidad em nombre de la cosa misma.

Eis o que lemos em Heidegger: ‘Não podemos depreciar esse círculo qualificando-o de vicioso e nos resignarmos com este seu traço. O círculo encerra em si uma autêntica possibilidade do conhecer mais original que só apreendemos corretamente quando admitimos que toda explicitação (ou interpretação) tem por tarefa primeira, permanente e última, não deixar que seus conhecimentos e concepções prévios se imponham pelo que se antecipa nas intuições e noções populares, mas assegurar o seu tema científico por um desdobramento de tais antecipações segundo ‘as coisas mesmas’. [cita-se: “HEIDEGGER, *Sein und Zeit*. 1927, p.153.”].

Essas linhas não enunciam apenas as exigências que se impõem à prática da compreensão. Elas **descrevem a maneira pela qual a interpretação sempre procede quando visa a uma compreensão cuja medida é a ‘coisa mesma’**. Essa é realmente a primeira vez em que se afirma explicitamente o ‘sentido ontologicamente positivo’ do círculo implicado na compreensão.

Toda a interpretação autêntica deve se precaver contra a arbitrariedade de idéias barrocas que afloram ao espírito, bem como contra as limitações provenientes dos hábitos inconscientes de pensamento. É evidente que, para ser autêntico, o olhar da investigação deve dirigir-se à ‘coisa mesma’, de tal modo que ela seja apreendida por assim dizer, ‘em pessoa’. É igualmente evidente que a compreensão fiel ao sentido do texto, por exemplo, não é uma questão de um simples desejo, mais ou menos vago, nem de ‘boas e piás intenções’, mas constitui o sentido mesmo do problema designado por Heidegger como ‘tarefa primeira, permanente e última’ da compreensão interpretativa. Ora, *o caráter circular da compreensão é precisamente o resultado do esforço que empreende o intérprete para ater-se rigorosamente a esse programa, a despeito dos erros que possa cometer no curso de suas investigações*.

Pensemos uma vez mais na interpretação de um texto. *Tão logo descubra alguns elementos compreensíveis, o intérprete esboça um projeto de significação para todo o texto. Mas os primeiros elementos significativos só vêm à luz se ele se entregar à leitura com um interesse mais ou menos determinado. Compreender ‘a coisa’ que surge ali, diante de mim, não é outra coisa senão elaborar um primeiro projeto que se vai corrigindo, progressivamente, à medida que progride a decifração.*⁹⁹⁷

Mas trata-se, em verdade, ainda segundo GADAMER, de um processo “muito mais complicado” do que esta “forma de ‘abreviação’” aí apresentada, acerca da estrutura de compreensão que se dá a partir do círculo hermenêutico, bem como de um processo que, segundo o próprio Heidegger, “não cessa jamais”⁹⁹⁸

Nossa descrição, evidentemente, não é mais do que uma ‘abreviação’, já que *se trata de processo muito mais complicado*: de início, sem uma revisão do primeiro projeto, nada há que se possa constituir as bases de um novo significado; além disso, ocorre concomitantemente que os projetos discordantes entre si ambicionam constituir a unidade de significação até que a ‘primeira’ interpretação tente substituir os conceitos nela pressupostos por outros conceitos mais adequados. É essa oscilação perpétua de perspectivas interpretativas [‘visões interpretativas’] que Heidegger nos descreve, ou seja, a compreensão como o processo de formação de um novo projeto. (...)

Toda interpretação deve, pois, começar por uma reflexão do intérprete sobre as idéias preconcebidas que resultam da ‘situação hermenêutica’ em que ele se encontra. Ele deve legitimá-las, isto é, investigar sua origem e seu valor.

Todo entender no es sino un intento de adecuación, un ajustarse a la cosa misma, que el entender no comprenderá nunca exhaustivamente. El ‘ad’ de la ‘adaequatio’ nos recuerda que la igualdad (‘aequatio’) no podrá ser nunca total para nosotros los hombres. Tan solo Diós dispone de un conocimiento que se iguala a las cosas, es decir, tan solo Él dispone de un conocimiento ‘ecuado’ [= ‘igualado’], si se nos permite usar este neologismo. Nuestro conocimiento será siempre un conocimiento puramente ‘ad-ecuado’ [=que se aproxime]. Nunca es un conocimiento completo. (...)
No es ninguna aporía hablar de una concordancia entre la anticipación de sentido y la cosa misma, porque este es el sentido correcto de la verdad, la cual ha de demostrarse en cada caso, es decir, en la correspondiente adecuación del entender que se ajuste a la cosa.” (op.cit., pp.138-141 – destaques apostos).

⁹⁹⁷ Cf. GADAMER, “Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica”, In: *O problema da consciência histórica...*, op.cit., pp. 60-61- destaqueei.

⁹⁹⁸ Cf. GADAMER, “Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica”, In: *O problema da consciência histórica...*, op.cit., pp. 61 e ss. e 65- destaqueei.

Nessas condições compreender-se-á por que a tarefa hermenêutica, tal como descrita por Heidegger, *não diz respeito simplesmente à recomendação de um método*. Bem ao contrário, o que ele exige é uma radicalização do compreender que já efetua qualquer um que compreende. (...)

‘Apreender’ algo que me é dito ainda não é dar-lhe ‘aprovação’. Subentende-se sempre que, ‘de início’, tomo conhecimento do ‘dizer do outro’ sem tomá-lo como minha opinião. Essa situação deve ser mantida. (...)

[Mas] Na realidade, abrir-se ao ‘dizer do outro’, de um texto, etc., implica desde já que estejam ‘situados’ dentro de um sistema de minhas opiniões, ou que eu mesmo me situe em relação a eles. (...) quando escutamos alguém ou lemos um texto a partir da situação que nos encontramos, discriminamos os diferentes sentidos possíveis; aceitamos aquelas que ‘nós’ consideramos possíveis e rejeitamos o resto que nos parece ‘de antemão absurdo’. É isso que faz com que, malgrado a pretensão de nos mantermos fiéis ao sentido ‘literal’ do texto, demos vazão à nossa tendência natural de sacrificar, qualificando como ‘impossibilidade’ tudo o que não logremos integrar em nosso sistema de antecipações.

Entretanto, *a intenção autêntica da compreensão é a seguinte: ao lermos um texto, queremos compreendê-lo; nossa expectativa é sempre que o texto nos ‘informe’ sobre alguma coisa. Uma consciência formada pela autêntica atitude hermenêutica é sempre receptiva às origens e características totalmente estranhas de tudo aquilo que lhe vem de fora*. Em todo o caso, tal receptividade não se adquire por meio de uma ‘neutralidade’ objetivista: não é nem possível, nem desejável que nos coloquemos entre parênteses. *A atitude hermenêutica supõe uma tomada de consciência em relação às nossas opiniões e preconceitos que, ao qualificá-los como tal, retira-lhes o caráter extremado.*(...)

A partir de então, *experimentamos com toda a força uma necessidade de construir em nós uma consciência que dirija e controle as antecipações implícitas em nossos procedimentos cognitivos. Com isso nos asseguramos de uma compreensão verdadeiramente válida, já que intimamente ligada ao objeto de nossas atenções.* (...) ⁹⁹⁹

É indispensável que a consciência se dê conta de seus preconceitos seculares e de suas antecipações correntes. (...)

Veremos agora como examinar, no domínio da hermenêutica, o que acabamos de constatar no caso da consciência histórica ‘operante’. A (...) descrição heideggeriana do círculo hermenêutico marca uma virada decisiva (...) Heidegger, (...) em sua descrição do círculo da compreensão, insiste vigorosamente no fato de que *a compreensão de um texto ‘não cessa jamais’ de ser determinado pelo ‘élan’ antecipatório da compreensão*.

Dando mais um passo. Acabei de dizer que toda a compreensão pode ser caracterizada como um conjunto de relações circulares entre o todo e suas partes. A caracterização pela relação circular deve

⁹⁹⁹ Importante, complementar o exposto, prosseguindo nos esclarecimentos de GADAMER postos em *Verdade e Método*, à vista da relevância fundamental do ponto: “ (...) *é importante manter o olhar firme para as coisas elas mesmas, até superar totalmente as errâncias que atigem o processo do intérprete, a partir de sua própria posição*. Quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. Ele projeta de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido somente se mostrar porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto [VM,60]. Essa descrição é, de certo, um resumo grosseiro: o processo descrito por Heidegger de que *cada revisão do projeto prévio pode lançar um outro projeto de sentido*; que projetos conflitantes podem posicionar-se lado a lado na elaboração, até que se confirme de modo mais unívoco a unidade de sentido; que a interpretação começa com conceitos prévios substituídos depois por conceitos mais adequados. ***Em suma, esse constante projetar o novo é o que perfaz o movimento semântico do compreender e do interpretar***. Quem procura compreender está sujeito a errar por causa das opiniões prévias, que não se confirmam nas coisas elas mesmas. *Dessa forma, a constante tarefa do compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas mesmas, isto é, ousar hipóteses que só devem ser confirmadas ‘nas coisas mesmas’*. *Aqui não há outra ‘objetividade’ além da elaboração da opinião prévia pronta e instilada nele. Ao contrário, põe à prova, de maneira expressa, a opinião prévia instalada nele a fim de comprovar sua legitimidade, o que significa, sua origem e finalidade.*” (op.cit., p.75- destaquei). E finalmente, complementando os esclarecimentos acerca do círculo hermenêutico e seu funcionamento, pode-se transcrever o que consta da mesma obra de GADAMER um pouco à frente [VM, II, 62], sobre a relevância da “***compreensão prévia***”: “*Heidegger, pelo contrário, reconhece que a compreensão do texto permanece sempre determinada pelo movimento pré-apreensivo da compreensão prévia*. *O que Heidegger descreve dessa forma não é outra coisa do que a tarefa de concretização da consciência histórica*. *Junto com essa concretização exige-se tomar consciência das próprias opiniões e preconceitos e realizar a compreensão guiada pela consciência histórica, de forma que a apreensão da alteridade histórica e o emprego que ali se faz dos métodos históricos não consista simplesmente em deduzir o que a ela se atribuiu de antemão.*” (Op.cit., p.77 – destaquei).

ser, no entanto, complementada, por uma determinação suplementar que eu expressarei de bom grado como a antecipação de uma ‘coerência perfeita’. Essa coerência perfeita pode ser entendida, de início, no sentido de uma antecipação de natureza formal; ela é uma ‘idéia’. No entanto, ela se encontra sempre já operante quando se trata de realizar uma compreensão. Ela significa que nada é de fato compreensível se não se mostrar efetivamente sob a forma de um significado coerente.

Por fim, a bem de encerrar a exposição da estrutura básica da compreensão na visão hermenêutica, salientada a tarefa primeira da interpretação de impedir que preconceitos inautênticos¹⁰⁰⁰ tomem o lugar de uma ‘cientificidade’ que advém dos desdobramentos de antecipações¹⁰⁰¹, bem como o incessante do refazimento deste projeto de compreensão que se dá a partir destas suas antecipações, é necessário ainda fazer referência às questões do “fenômeno do pertencimento” (tradição), da “situação hermenêutica”, da “distância temporal”, bem como ao “princípio da produtividade histórica¹⁰⁰²” (*Wirkungsgeschichte*¹⁰⁰³) – ou, melhor dizendo, “princípio da história efetual¹⁰⁰⁴” ou da “*história efetual*”¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁰ Diz GADAMER: “Assim se precisa novamente a tarefa da hermenêutica. É graças ao fenômeno da ‘distância temporal’ e ao esclarecimento de seu conceito que se pode *cumprir a tarefa propriamente crítica de hermenêutica, isto é, distinguir os preconceitos que cegam* [inautênticos] *daqueles preconceitos que esclarecem* [autênticos], *os preconceitos falsos dos preconceitos verdadeiros*. Deve-se livrar a compreensão dos preconceitos que a dirigem, permitindo assim que as ‘perspectivas outras’ da tradição se manifestem, o que vem assegurar a possibilidade de qualquer coisa ser compreendida ‘como outra’. *Denunciar algo como preconceito é suspender a sua presumida validade; com efeito, um preconceito só pode atuar sobre nós como preconceito no sentido próprio do termo, enquanto não estivermos suficientemente conscientes do mesmo*. Mas a descoberta de um preconceito não é possível enquanto ele se apresenta (Ermanecer simplesmente operante; é preciso de algum modo provocá-lo. Ora, tal provocação de nossos preconceitos é precisamente fruto de um reencontro renovado com uma tradição, que se encontra, talvez, na origem deles. O que, de fato, exige de nós um esforço de compreensão é aquilo que se manifesta de antemão e por si mesmo em sua alteridade. Isso nos reconduz à constatação que já fizemos, a saber, que toda a compreensão começa com o fato de que algo nos ‘interpela’. E, já que conhecemos agora o significado preciso dessa afirmação, reivindicamos ‘*ipso facto*’ o pôr entre parênteses os preconceitos. Chegamos assim à nossa primeira conclusão: o pôr entre parênteses os nossos juízos em geral, e naturalmente os nossos preconceitos em primeiro lugar, termina por nos impor uma exigência de reflexão radical sobre a idéia de ‘interrogação’ como tal.” E, com relação a tal ideia: “A essência da idéia de interrogação é pôr a nu as possibilidades e mantê-las de sobreaviso.” (GADAMER, “Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica”, In: *O problema da consciência histórica...*, op.cit., pp. 68-69 – destaquei). E isso tudo remete à ideia de “distância temporal” e de “dialética da interrogação” (cf. op.cit., pp.69-70), que pode ser abordada a partir dos seguintes termos: “Qualquer posição nova que substitui uma outra segue necessitando da antiga, já que ela não pode se explicitar enquanto não souber nem a que nem por que ela se opõe. Vê-se que há relações dialéticas entre o ‘antigo’ e o ‘novo’, entre o preconceito que é parte orgânica do meu sistema particular de convicções ou opiniões, ou seja, o preconceito implícito, e o elemento novo que o denuncia, ou seja, o elemento estranho que desafia o meu sistema ou um de seus elementos; o mesmo ocorre entre a ‘minha’ opinião, ‘prestes’ a perder a sua força implícita de persuasão ao se revelar como preconceito, e o elemento novo que por um instante é ainda exterior ao meu sistema de opiniões, mas que se encontra ‘prestes’ a se tornar ‘meu’ a se revelar como verdadeiramente ‘outro’ com relação à opinião anteriormente ‘minha’. Em outros termos, existem relações dialéticas entre o ‘meu’ inautêntico e o ‘meu’ autêntico, quer dizer, o preconceito implícito que está prestes a se denunciar como preconceito; (...)O mediador universal desta dialética é a ‘interrogação’. Denunciar uma opinião como preconceito e revelar aquilo que é verdadeiramente diferente na informação hermenêutica, fazer do ‘meu’ implícito um ‘meu’ autêntico, do ‘outro’ inassimilável um ‘outro’ verdadeiramente ‘outro’ e portanto assimilável, eis a cada instante uma possibilidade que permanece aberta como uma possibilidade nova que se revela pela interrogação.”

¹⁰⁰¹ Cf. GADAMER, “Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica”, In: *O problema da consciência histórica...*, op.cit., pp. 60 e ss. e 65- destaquei.

¹⁰⁰² Tal como consta da tradução brasileira do “Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica”, na obra *O problema da consciência histórica...*, op.cit., p.71.

¹⁰⁰³ Anote-se, nesse passo, a afirmação de STRECK, no sentido de que “compreender é, essencialmente, um processo de ‘história efetual’ (op.cit., pp.355 e ss.).

¹⁰⁰⁴ Tal como consta da tradução brasileira da Editora Vozes, de *Verdade e Método I...*, op.cit., p.397.

¹⁰⁰⁵ Tal como consta da tradução para o português da obra de JEAN GRONDIN *Introdução à hermenêutica filosófica...*, op.cit., pp. 190-2, salientando-se que, na outra obra do mesmo autor, *Introducción a Gadamer...*, op.cit., p.147, consta a seguinte expressão “El principio de la ‘**eficacia histórica**’ (*Wirkungsgeschichte*)”. GRONDIN esclarece a noção de ‘*história efetual*’ como princípio, no já referida *Introdução à hermenêutica filosófica*, nos seguintes termos: Por ‘*história efetual*’ (*Wirkungsgeschichte*) entende-se, desde o século 19, nas ciências literárias, o estudo das interpretações produzidas por uma época, ou a história de suas recepções. Nela se torna claro, que as obras, em

Tendo enfatizado o papel que desempenham, no âmbito dos procedimentos de nossa compreensão, certas antecipações absolutamente fundamentais, isto é, ‘comuns’ a todos nós, podemos agora definir mais exatamente o sentido do *fenômeno do ‘pertencimento’*, ou seja, o fator *tradição* e ‘com uma tradição’ de onde a ‘coisa’ possa me falar. Por outro lado, aquele que efetua uma compreensão hermenêutica deve se dar conta de que a nossa relação com as ‘coisas’ não é uma relação que ‘ocorra naturalmente’, sem criar problemas. Precisamente sobre a tensão que existe entre a ‘familiaridade’ e o caráter ‘estranho’ da mensagem que nós é transmitida pela tradição é que fundamos a tarefa hermenêutica. Mas a tensão de que falamos não é, como em Schleiermacher, uma tensão psicológica. *É, isso sim, o ‘sentido’ e a ‘estrutura’ da historicidade hermenêutica. Não se trata de um estado psíquico, mas da ‘coisa mesma’ transmitida pela tradição que é objeto da interrogação hermenêutica. No que se refere ao caráter a um só tempo ‘familiar’ e ‘estranho’ das mensagens históricas, a hermenêutica reivindica uma ‘posição mediadora’. O intérprete encontra-se suspenso entre o seu pertencimento a uma tradição e a sua distância com relação aos objetos que constituem o tema de suas pesquisas.*

(....)

Essa *‘situação hermenêutica’* que coloca a hermenêutica daqui por diante no ‘coração das coisas’, permite enfatizar um fenômeno sobre o qual até o momento nos interrogamos muito pouco. Trata-se da *‘distância temporal’* e do seu significado para a compreensão. Pois ao contrário do que costumamos imaginar, o tempo não é um precipício que devemos transpor para recuperarmos o passado; é, na realidade, o solo que mantém o devir e onde o presente cria raízes. *A ‘distância temporal’ não é uma distância no sentido de uma distância que deva ser transposta ou vencida.* Esse era o preconceito ingênuo do historicismo, que acreditava poder alcançar o terreno da objetividade histórica através de um esforço para se colocar na perspectiva da época estudada e pensar com os conceitos e

determinadas épocas específicas, despertam e devem mesmo despertar *diferentes interpretações*. A consciência da história efetual, a ser desenvolvida, está inicialmente em consonância com a máxima de se visualizar a própria situação hermenêutica e a produtividade da distância temporal. Porém, *a consciência da história efetual significa, para Gadamer, algo muito mais fundamental. Pois, para ele, ela goza do status de um ‘princípio’, do qual se pode deduzir quase toda a sua hermenêutica.* Ultrapassado a elaboração de uma disciplina colateral da literatura, a história efetual expressa, em seu primeiro nível, a exigência de tornar consciente a própria situação hermenêutica, para ‘controlá-la’. Esta é a interpretação da própria ‘pré-compreensão’, colicitada por Heidegger. Gadamer, reconhece, no entanto, de um modo mais marcante do que Heidegger, que esta tarefa não pode ser plenamente resolvida ou concluída. A história efetual não está em nosso poder ou à nossa disposição. Nós estamos mais submissos a ela do que podemos ter consciência. Em toda a parte onde nós compreendemos, a história efetual está em ação como horizonte que não pode ser questionado retroativamente.... [sendo de se consultar ainda o que mais consta da referida obra, neste ponto, de modo a complementar o ora exposto] (GRONDIN, J. *Introdução à hermenêutica filosófica...*, op.cit., pp. 190-2- destaquei.).

Já na obra *Introducción a Gadamer* (op.cit., p147 (no subitem “El principio de la ‘eficacia histórica’ (*Wirkungsgeschichte*)”), destaca GRONDIN o seguinte: “...contra el orgullo ilustracionista de la conciencia histórica se alza el concepto de Gadamer acerca de la ‘eficacia histórica’. En efecto, la ‘eficacia histórica’ no sólo constituye la historia de la recepción, que puede conocerse y objetivarse, sin que es la historia que nunca llega a ser plenamente evidente, en la cual se halla toda conciencia e incluso la conciencia histórica! La conciencia histórica olvida que sigue siendo siempre una conciencia obrada por la eficacia histórica. El término ‘eficacia’ (*Wirkung*) acentúa aquí que esa historia actúa incluso allá donde no se sospecha o no se percibe que lo está haciendo. Lo de *Wirkungsgeschichte* (‘eficacia histórica’) es un bonito término, porque en alemán, designa no sólo el proceso de acción (*Wirkungsprozeß*, es decir, la acción de la historia), sino también el **producto** de ese proceso (la ‘historia’, e igualmente nuestra ‘conciencia’). Los prejuicios del individuo, que constituyen ‘mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser’ (WM, 281 [VM1, 344]), son la obra realizada por la ‘eficacia histórica’. Con este principio completa Gadamer la superación de la problemática epistemológica e instrumental en la hermenéutica. Porque el efecto de la ‘eficacia histórica’ designa un seguir actuando de la historia más allá de la conciencia que nosotros podemos tener de ella. Partiendo de esto, el entender se muestra “menos como una acción de la subjetividad [...] que como un desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición, en el que el pasado y el presente se hallan en continua mediación” (WM, 295 [VM1, 360]). No es sorprendente ver cómo surge de nuevo en este contexto la metáfora del juego, que muestra los límites de la subjetividad. El entender se puede describir ahora como ‘la interpenetración del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete’ (WM, 298 [VM1,363]).” (destaquei).E prossegue, ainda, GRONDIN, de forma esclarecedora: “Por consiguiente, la aplicación jurídica y teológica del sentido pasado a la actualidad presente no es un acto de violencia, sino que pertenece a la esencia misma de lo que hay que entender. El esfuerzo por su comprensión permanece en una tensión esencial entre dos polos: en una tensión entre el texto del pasado y el caso actual, que siempre es un caso particular y que há de tenerse en cuenta para el discernimiento. Esta bipolaridad se aplica, según GADAMER, a todo entender. En ella se muestra quizás la más excelente ejemplaridad de la hermenéutica jurídica: ‘Em consecuencia podemos considerar que lo que es verdaderamente común a todas las formas de hermenéutica *és que el sentido que se trata de comprender sólo se concreta y se completa en la interpretación, pero que al mismo tiempo esta acción interpretadora se mantiene enteramente atada al sentido del texto.* Ni el jurista ni el teólogo ven en la tarea de aplicación una libertad frente al texto’ (WM,338 [VM1, 405]).” (op.cit., p.172-3 – destaquei).

representações que lhe eram ‘próprias’. *Trata-se, na verdade, de considerar a ‘distância temporal’ como fundamento de uma possibilidade positiva e produtiva de compreensão.* Não é uma distância a percorrer, mas *uma continuidade viva de elementos que se acumulam formando uma tradição, isto é, uma luz à qual tudo o que trazemos conosco de nosso passado, tudo o que nos é transmitido faz a sua aparição.*

Não é exagero falar aqui de uma produtividade do processo histórico. (...)

Assim, se precisa novamente a tarefa da hermenêutica. É graças a ‘distância temporal’ e ao esclarecimento de seu conceito que se pode cumprir a tarefa propriamente ‘crítica’ da hermenêutica, isto é, distinguir (...) os preconceitos falsos dos preconceitos verdadeiros.

(...)

Um objeto que nos chega através da história não é simplesmente um objeto que se possa discernir de longe, mas sim o ‘centro’ no qual o ‘ser efetivo da história e o ser efetivo da consciência da histórica’ aparecem.

Direi, portanto, que a exigência, que é própria da hermenêutica, de pensar a realidade histórica propriamente dita nos advém daquilo que eu chamo de ‘**princípio da produtividade histórica**’ (*‘Wirkungsgeschichte’*).¹⁰⁰⁶ **Compreender** é operar uma mediação entre o presente e o passado, é desenvolver em si mesmo toda a série contínua de perspectivas na qual o passado se apresenta e se dirige a nós. Nesse sentido radical e universal, a tomada de consciência histórica não é o abandono da eterna tarefa da filosofia, mas a via que nos foi dada para chegarmos à verdade sempre buscada. E vejo na relação de toda compreensão com a linguagem a maneira pela qual se revela a consciência da produtividade histórica.¹⁰⁰⁷

E assim, inclusive mediante a consideração desta noção final de “compreensão”, que encerra o ensaio fundamental de GADAMER, aqui tomado como norte referencial¹⁰⁰⁸, é possível dar razoável fecho a esta imprescindível digressão acerca de certos elementos e contornos mínimos da hermenêutica filosófica, que determinam a possibilidade de suficiente entendimento das questões trabalhadas neste tópico.

Destarte, *retornando agora ao trato mais específico da questão no campo do jurídico e da busca por incremento da legitimidade da prestação jurisdicional*, é por conta disso tudo que, segundo a visão da hermenêutica de STRECK, conclui-se que “definitivamente, é preciso ter claro que a dedução sempre chega tarde”.

A verdade, é que antes de tudo, há um mundo de considerações já feitas pelo intérprete/aplicador, como se viu. Além disso, “subsunções e deduções dependem de um sujeito e de um objeto, contexto no qual a linguagem é apenas um instrumento [e não uma condição de possibilidade do próprio compreender], e o método (cânone jurídico) passa a ser o supremo momento

¹⁰⁰⁶ Aqui, segundo o exposto por GADAMER em *Verdade e Método I...*, op.cit., p.404 [VM1,311], seria necessário trazer à tona a ideia de “ **fusão de horizontes**”: “Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante transformação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma, pois, à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. **‘Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.’**” [que são para si mesmos]. E sobre esta noção, de se verificar o que o comentador de Gadamer, Chris LAWN refere sobre a fusão de horizontes possibilitar a inclusão e a compreensão do ‘outro’, num ‘perspectivismo’ que não é relativista: “Uma das virtudes da ‘fusão de horizontes’ é a possibilidade de estendermos nossos próprios horizontes culturais para incluir e interagir com um outro totalmente estranho e remoto do nosso próprio. Por causa da universalidade construída no círculo hermenêutico (todas as linguagens, todas as culturas têm isso em comum, elas operam de acordo com a estrutura do círculo), o relativismo cultural é evitado.”(*Compreender Gadamer...*, op.cit., p.159 – destaquei).

¹⁰⁰⁷ Cf. GADAMER, “Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica”, In: *O problema da consciência histórica...*, op.cit., pp. 69-71- destaquei.

¹⁰⁰⁸ Anote-se que JEAN GRONDIN refere que as conferências proferidas em Lovain, em 1957, e publicadas em 1963, em francês, sob a denominação “O problema da consciência histórica”, podem ser consideradas como “a versão primordial” de *Verdade e Método*, publicado em 1960 (Cf. *Introducción a Gadamer...*,op.cit., p.111, nota de rodapé n.111).

da subjetividade”, o que afasta o intérprete/aplicador da realidade e do que se pode extrair, ao final, das coisas mesmas. De resto, ainda na visão de STRECK, “o problema é que, tanto a construção da categoria (enunciado) apta para a dedução, como o estabelecimento de qualquer procedimento para controlar o processo interpretativo, sempre tem como pressuposto *um fundamento último*”¹⁰⁰⁹ – não só inatingível, mas permissivo de uma perda de contato com a faticidade que mitiga as possibilidades da devida diferenciação suficiente das decisões judiciais.

Logo, resta, segundo a visão hermenêutica em foco, assumir a faticidade de forma radical, como uma das alternativas (a mais contundente) para a busca da diferenciação devida das decisões judiciais na contemporaneidade – e, com isso, construir-se uma nova noção de prestação jurisdicional e obter-se o resgate da legitimidade de tal atividade para a contemporaneidade.

“Daí a tarefa fundamental de qualquer teoria jurídica nesta quadra histórica: concretizar direitos, resolvendo problemas concretos”¹⁰¹⁰, nos termos e sentido do referido. E daí por que, segundo HOMMERDING, a tarefa primeira da jurisdição contemporânea deve ser buscar “compreender” o caso em sua singularidade (e faticidade), superando a vetusta ideia de uma “hermenêutica fundada nos métodos de interpretação”.

Por primeiro, a jurisdição deve romper com a idéia metafísica de uma hermenêutica fundada nos métodos de interpretação. Hermenêutica não é método. O método objetiva o conhecimento, velando as possibilidades de ser do Direito, afastando a historicidade da compreensão. *O jurista deve compreender o caso em sua singularidade.* (...) *A intenção verdadeira do conhecimento histórico não é a de explicar um fenômeno concreto como um caso particular de uma regra geral, mesmo que esteja subordinado à perspectiva puramente prática de uma eventual previsão. Seu fim verdadeiro, mesmo utilizando conhecimentos gerais, é o de compreender um fenômeno histórico em sua singularidade, em sua unicidade. Compreender, assim, é ‘instaurar o sentido’ diante da singularidade dos fenômenos.*¹⁰¹¹

Nesse sentido, então, é que haveria a possibilidade de um resgate diferenciado da legitimidade jurisdicional a partir de uma também diferenciada reintrodução da realidade (faticidade) no ato de julgar (decidir e explicitar a justificação, fundamentação, do compreendido). Tanto assim, que as próprias limitações e condições de possibilidade para a prática de tal ato, a que submetido o próprio intérprete/aplicador, seriam consideradas nesta postura teórica. A hermenêutica filosófica, segundo essa visão, pareceria, assim, ser capaz de melhor tratar até mesmo da própria questão da finitude humana e da inescapável relação humana com a linguagem¹⁰¹², já que a nossa finitude é também a finitude do nosso pensar¹⁰¹³ - ou, nas exatas palavras de Grondin, nossa finitude é “la finitud de ‘nuestro’ pensamiento expresado en palabras’ (na medida em que ‘las palabras que nosotros utilizamos no *son siempre sino una sección contingente de ‘toda’ la realidad objetiva*’).¹⁰¹⁴

¹⁰⁰⁹ Veja-se *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.396, para todas estas últimas citações.

¹⁰¹⁰ Id., ibid, p. 397.

¹⁰¹¹ Cf. HOMMERDING, Adalberto N., *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil...*, op.cit., pp.157-8.

¹⁰¹² E, nesse sentido, segundo STRECK, é que a hermenêutica levaria “vantagem” sobre outras teorias críticas (op.cit., p.12). E em complementação do que assevera naquela passagem, refere o mesmo autor: “A hermenêutica não proibe que se faça essa justificação/explicação de forma procedural. Só que a hermenêutica não concorda com a eliminação do primeiro passo na compreensão, que é exatamente o elemento hermenêutico. Em outras palavras, não sou contra a teoria procedimental; só afirmo que o modo de ser manifestativo da compreensão precede a teoria do conhecimento.”

¹⁰¹³ GRONDIN, *Introducción a Gadamer...*, op.cit., p.209.

¹⁰¹⁴ GRONDIN, *Introducción a Gadamer...*, op.cit., p.208.

Este, aliás, pareceria ser um norte geral bastante adequado no estudo de tais questões, até por seu manifesto caráter de contraposição ao racionalismo simplificante e divinizador da razão. De resto, isso se traduziria também, de forma bastante interessante, na relação entre compreender e fundamentar, entendida aí a “fundamentação” como a “explicação na palavra”. Nesse sentido, de se atentar ao que diz GRONDIN sobre tais questões:

‘Verdad y método debe mucho a Agustín en este aspecto. Su idea tiene como consecuencia el que *la finitud humana, en lo que respecta a la hermenéutica, deva concebirse a partir de su relación esencial con el lenguaje*. El pensamiento humano es necesariamente puesto en lenguaje, aunque el lenguaje efectivamente hablado no sea capaz de expresar exhaustivamente la palabra interna de lo que se quiere decir. Pero esta idea conducirá a cuestionar los prejuicios lógicos que desde Platón reinan en occidente en cuanto a la concepción del lenguaje. La hermenéutica dedicará con ello una acentuada atención a la materialidad y a lo que pudiera llamarse retoricamente *la encarnación del sentido*. Porque, a consecuencia de esta solidaridad agustiniano-hermenéutica, existe una concepción retórica del lenguaje. Sin embargo, hay que desligarse de una concepción unilateralmente peyorativa de la retórica. La retórica, según esa concepción, se considera como un ‘revestimiento’ peligroso y seductor de los pensamientos que han de constituir un espacio lógico de por sí. Este espacio puro lo puso en tela de juicio el agustinismo de Gadamer; el pensar há llegado a ser ya siempre, para nosotros carne, es decir, lenguaje que puede llegar hasta uno.¹⁰¹⁵

Frente a la concepción logística del pensamiento, *Gadamer desarrolla en ‘Verdad y Método’ un concepto retórico del pensar*. Según él, *el pensamiento humano no reside tanto en la derivación lógica de los géneros y de las especies, sino más bien en la ‘explicación en la palabra’¹⁰¹⁶* (WM, 432 [VM1, 513]. *Pensar no es un subsumir, sino un buscar palabras para lo que hay que decir cuando uno quiere entender algo. El proceso del pensar no es nunca puramente conceptual, sino que se sigue más bien y ya siempre del vestigio de la palabra, que con sus metáforas e imágenes es la que abre primerísimamente los caminos del pensar*. Este dato prévio es el que efectúa siempre el fundamental metaforismo del lenguaje: ‘*La transposición de un ámbito a otro no solo posee un función lógica sino que se corresponde con el metaforismo del lenguaje mismo. La conocida figura estilística de la metáfora¹⁰¹⁷ no es más que la aplicación retórica de este principio general de formación, que es al mismo tiempo lingüístico y lógico [...] De este modo en el comienzo de la lógica de las especies está el rendimiento precedente del lenguaje*’ [VM, 434s [VM1, 516)].¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁵ Sobre a questão da relação entre razão e retórica, ainda que sobre um prisma algo distinto, conferir a obra de QUENTIN SKINNER, *Razão e retórica na filosofia de Hobbes* (Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Fundação Editora da UNESP (FEU), 1999 (UNESP/Cambridge)) – sendo particularmente interessante, talvez, o capítulo 9, intitulado “A reconsideração hobbesiana da eloquência”, pp.439 e ss., e o que consta da conclusão, sob a epígrafe “Por que Hobbes mudou de idéia?”, pp.569 e ss.. Ainda que por motivos diversos, há nestas passagens a demonstração de que, de alguma forma, algo se contém na retórica a encarnar determinadas percepções ou forças que são dificilmente atingíveis pela pura lógica e análise.

¹⁰¹⁶ E nesse ponto, sob certo aspecto, a pretendida universalidade da hermenéutica filosófica, já que, se não há pensar sem linguagem (palavra interior), sempre se pensa ‘interiormente’ por palavras (através da linguagem, portanto), decorrendo daí a universalidade da linguagem, coincidente com a da própria razão, que, no entanto, sempre se expressa de forma necessariamente deficitária externamente (hermeneuticamente) – já que a não correspondência entre o verbo interior e o exterior e a própria impossibilidade disso é o que Gadamer chama de “o princípio supremo da hermenéutica filosófica”: “*nunca somos capazes de dizer inteiramente o que desejaríamos dizer*”. É por isso que STEIN (*Aproximações sobre hermenéutica...*, op.cit., p.19) fala da interpretação (entendida como hermenéutica, como compreensão, advinda do fato de não termos acesso direto aos objetos, mas via significado num mundo histórico determinado e cultura determinada, e, por isso, sempre necessariamente posta ao lado da forma lógica dos processos cognitivos, que, por si mesma, não dá conta de todo o processo do conhecimento) como um “*lugar decaído*” (“*menor*”), do ponto de vista lógico-formal, mas que tem, contudo, “*uma espécie de consolo de estar ocupando o melhor lugar*” (por conseguir olhar para trás do fracasso das formas lógicas através da interpretação). Para tanto, corroborar e aprofundar a consideração do ora exposto, verifique-se ainda o que se encontra explicitado por GRONDIN em *Introducción a Gadamer* (op.cit, p.110) – que, em suma, parte de dois pressupostos que animam o raciocínio anterior: o de que [1] não existe pensamento sem palavras (o pensamento não precede à palavra, cf. op.cit., p.207); e o de que [2] sempre existe diferença entre palavra externa e interna, como *Verdade e Método* procurou bem demonstrar (op.cit., pp.208-210).

¹⁰¹⁷ Para excepcional aprofundamento no tema, conferir RICOEUR, Paul. *A metáfora viva*. Trad. Dion Davi Macedo. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005., onde, apenas para se exemplificar, inicia-se com o Estudo I, intitulado “Entre Retórica e Poética: Aristóteles” (pp.17-77), e conclui-se a obra com o Estudo VIII, denominado “Metáfora e discurso filosófico”.

¹⁰¹⁸ Cf. GRONDIN, *Introducción a Gadamer...*, op.cit., p.211 – destaquei.

Quer dizer, compreende-se, assim, porque se afirma que a interpretação/aplicação não pode ser cindida da fundamentação – na medida em que tudo ocorre na realidade indistinguível ou inseparável da faticidade e o pensamento não pode prescindir da palavra¹⁰¹⁹, e, pois, da explicação *na* palavra, *que já é um fundamentar*. E prepara-se, assim, a compreensão da distinção entre o que se diz aí e o que deve ser esclarecido no momento seguinte, quando se considere a “fundamentação” no sentido técnico-jurídico da explicitação dos motivos da decisão (que lhe é dado pelo artigo 93, inciso IX, da CF) – o que resulta na afirmação de STRECK, a certa altura, de que deva ocorrer sempre a *fundamentação da própria fundamentação* (ou seja, o esclarecimento do interpretado/aplicado/fundamentado) *nas decisões judiciais*, como logo adiante se verá.

Por derradeiro, no que toca à abordagem da discussão acerca do “como se decide” (aplica=interpreta/aplica/compreende/fundamenta), segundo a visão hermenêutica, é importante referir que tudo isso tem consequências práticas bastante palpáveis no modo de efetivamente levar a termo à aplicação do direito quando da prestação jurisdicional.

Basta considerar, por exemplo, como haveria de se tratar, sob este enfoque, uma situação onde fosse necessária a aplicação judicial de princípios, ou mais especificamente, do princípio da proporcionalidade, v.g.. Num caso como esse, a decisão dar-se-ia, segundo a visão hermenêutica de STRECK, por meio de uma “reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do caso” – e não, por exemplo, ainda segundo ele, como na teoria da argumentação, de forma decorrente de um juízo de ‘ponderação’¹⁰²⁰ -, resolvendo-se, assim, situações onde aquelas teorias invocariam a ponderação e o princípio da proporcionalidade, em verdade, por meio da consideração para o caso da violação ao princípio da proibição da insuficiência ou princípio da proibição do excesso, assim “entendidos na tradição autêntica¹⁰²¹ reconstruída de forma integrativa”¹⁰²².

Posto isso, restaria, então, perquirir agora, para resgatar-se a forma de apresentação inicial e mais comum da problemática, acerca do *modo como o “fundamentar”*, no sentido do artigo 93, IX, da *Constituição Federal*, deveria se dar, segundo esta visão teórica, e aonde ou como seria possível localizar elementos reveladores de um incremento de legitimação da prestação jurisdicional por este prisma específico.

Pois bem. À indagação essencial de “como ‘fundamentar’” (motivar) decisões judiciais, deve-se responder, primeiro, com um esclarecimento preliminar. Ou melhor, com o resgate de um imprescindível esclarecimento algo já antecipado neste estudo, mas que agora deve restar mais bem explicado ainda: fundamentar ou motivar uma decisão judicial, no sentido técnico-jurídico já referido, é, antes de tudo, *explicitar o que já foi compreendido*. E, na medida em que interpretação/aplicação/fundamentação não são fases do processo estruturante da compreensão, mas aspectos incidíveis da própria compreensão, onde um faz parte do outro¹⁰²³, fundamentar uma decisão

¹⁰¹⁹ Ainda que sempre haja uma defasagem entre a palavra “pensada” e aquela que pode ser “dita”.

¹⁰²⁰ Veja nota anterior ou STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.182 e ss.

¹⁰²¹ De se recordar aqui que, segundo entende STRECK (op.cit., p.307), a integridade de que fala Dworkin se aproxima daquilo que seria possível denominar como “tradição autêntica”, em termos de hermenêutica filosófica.

¹⁰²² Para melhor compreensão do ponto, ver STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.188-9.

¹⁰²³ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.411.

judicial nesse sentido técnico-constitucional-processual é, antes de tudo – e dito de outra forma -, *explicitar a própria fundamentação havida* (no sentido hermenêutico).

Ou seja, na visão hermenêutica deste fenômeno, segundo exposto por STRECK, quando se considera o artigo 93, IX, da CF/88, está a se tratar da necessidade de “fundamentar a fundamentação”, ou melhor dizendo, de “justificar (explicitar) o que foi fundamentado”¹⁰²⁴:

Mais do que fundamentar uma decisão, *é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, pois.* Ou ainda, em outras palavras, *a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas* (aqui reside a questão da moral porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade, etc), *faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou ahistórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico interpretativo.*¹⁰²⁵

Considere-se, nesse momento, inclusive, que a própria interpretação (inseparável da aplicação e da fundamentação) consiste numa explicitação da compreensão, já que não se interpreta para compreender, mas compreende-se para interpretar. Assim, quando esta “explicitação da compreensão” (interpretação), que vem junto com a aplicação e se dá com suporte numa fundamentação, ocorre, tem-se já posta uma justificação a dar base à dita explicitação do compreender¹⁰²⁶.

No entanto, estes esclarecimentos preliminares apenas evidenciam que a hermenêutica preserva sempre – ou seja, “não concorda com a eliminação”, segundo STRECK – o (do) “primeiro passo da compreensão”, que “precede a teoria do conhecimento”¹⁰²⁷, o que jamais implicará, de outra parte, que se desconsidere a partir daí a necessidade das devidas e adequadas explicitações lógico-argumentativas de toda esta realidade.

Quer dizer, a postura hermenêutica, posta nestes termos, naturalmente não isenta o intérprete/aplicador de sua *obrigação fundamental* de revelar abertamente esta fundamentação/justificação havida, através de uma explicitação posta como *motivação* da decisão judicial. *Muito pelo contrário.* É seu *dever fundamental* traduzir a resposta para o caso, com tudo o

¹⁰²⁴ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.406-407.

¹⁰²⁵ E prossegue STRECK: “A Constituição do Brasil ao estabelecer a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, não o fez no plano de uma ‘repetição’ dogmático-histórica do conceito, mas sim, fê-lo sob a égide das duas grandes revoluções copernicanas que atravessaram o século XX: o constitucionalismo, que traz para dentro do direito os conflitos sociais e tudo aquilo que era território ‘exclusivo’ do normativismo-privatístico, e a invasão da filosofia pela linguagem, que redundou na derrocada do esquema sujeito-objeto...”

Suplantou-se, assim, a idéia de uma subjetividade assujeitadora, que sempre deu – e lamentavelmente ainda dá – azo às diversas posturas axiologistas no âmbito do direito. Portanto, *a fundamentação/justificação do compreendido – a partir da intersubjetividade que traduza a tradição legítima do legado do Estado Democrático de Direito – passa a ser um direito fundamental do cidadão.* (.....)

Por isso, ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, nas palavras de Gadamer. (op.cit., p.407 - destaquei).

¹⁰²⁶ No ponto, considere-se o que afirma STRECK sobre tais questões: “No dizer de Gadamer, uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar na própria compreensão a realidade histórica. No fundo, *a consciência dos efeitos da história [consciência da história efetual] cumpre o papel da ‘moralidade institucional’* de que fala Dworkin. *As bases para a explicitação do compreendido e a iluminação da situação hermenêutica dependem da consciência da história efetual. Essa explicitação é a justificação da resposta. É pois, a própria resposta traduzida em linguagem jurídica.*” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.363- destaquei).

¹⁰²⁷ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.408.

que ela carrega, mormente com seus elementos de fundamentação surgidos já com a ‘applicatio’, numa linguagem jurídica compartilhável e passível de crítica racional. Tanto assim que essa justificativa explicitada nestes termos chega a ser *condição de legitimidade* da própria decisão judicial, como afirma explicitamente STRECK.

Essa explicitação [do compreendido, e, pois, também, do já fundamentado] ***não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo***. Significa, pois, ‘*iluminar as condições sobre as quais se compreende*’. A explicitação da resposta em cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a ***fundamentação jurídica***, que, ao fim e ao cabo, ***legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático e de Direito***.¹⁰²⁸

Aliás, nesse ponto, STRECK é bastante claro, ao afirmar categoricamente que “quando explícito o (já) compreendido, esse processo se dá no nível lógico-argumentativo”¹⁰²⁹, o que impõe a exposição de uma adequada “argumentação racional”, tarefa esta, aliás, que dever ser “reservada às teorias discursivas”¹⁰³⁰.

Por isso é que se diz que “a posição hermenêutica não pretende eliminar procedimentos”¹⁰³¹ (ainda que se deva evitar “sincretismos” teóricos, segundo STRECK)¹⁰³², e, ao mesmo tempo, sustenta-se, ainda, que “não há dúvida de que as decisões dos juízes devem ser (cada vez mais) controladas”, por meio de “fundamentação detalhada de qualquer decisão”¹⁰³³, para que garantam e

¹⁰²⁸ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.407-8 (destaquei).

¹⁰²⁹ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.352. E de forma mais completa se diz aí: “Dito de outro modo, é possível, mesmo no paradigma hermenêutico, ‘fazer’ epistemologia. O que não podemos fazer é confundir os níveis nos quais nos movemos. A separação entre o epistemológico e o nível concreto não é o mesmo que dividir o transcendental e o empírico. Em muitos momentos a hermenêutica introduz elemento epistemológico, se assim se quiser dizer. ***A posição hermenêutica não pretende eliminar procedimentos***. Ela já sempre compreende isso, porque ela é capaz de analisar filosoficamente os elementos da pré-compreensão. *Quando explícito o (já) compreendido esse processo se dá no nível lógico-argumentativo, e não filosófico. (...) Na explicitação é que haverá espaço para uma teoria do conhecimento*. Isso significa afirmar que, ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, nas palavras de Gadamer. *A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito*. ‘Mutatis mutandis’, *trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo o ato aplicativo – e sempre aplicamos – é uma de-cisão)*. ***A justificativa é a condição de possibilidade da legitimidade da decisão***. Como bem lembra DWORKIN [cita-se DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.238.], e aqui chamo a atenção para que se guardem as especificidades da operacionalidade do direito na *common law* e na *civil law*: ‘qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivamente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. *Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo o seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então*.” (destaquei). Daí a responsabilidade, também por isso, de explicitar suficientemente as justificações havidas individualizadamente, a partir da consideração das singularidades irrepetíveis dos casos trazidos a julgamento, nas decisões judiciais proferidas, para que se incremente a legitimidade da prestação jurisdicional.

¹⁰³⁰ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.350-1.

¹⁰³¹ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.406.

¹⁰³² Id., Ibid., 404.

¹⁰³³ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.189: “Ora, não há dúvida de que ***as decisões dos juízes devem ser (cada vez mais) controladas***. Este é o papel da doutrina, que deve ‘doutrinar’, coisa cada vez mais rara em um país dominado por uma cultura manualesca, baseada em verbetes jurisprudenciais. O Estado Democrático de Direito exige fundamentação

ampliem sua legitimidade na contemporaneidade – já que naturalmente um tal controle só é possível através da explicitação última do compreender traduzida em motivação jurídica aberta e constante da decisão judicial.

Todo o exposto dirige o encerramento deste tópico, pois, a duas constatações: a) faz-se necessário apontar parâmetros indicativos de suficiência das justificações (motivações das decisões judiciais), em sua essência, ou ao menos exemplificativamente - em contraposição ao proceder manifestamente insuficiente das posturas dogmáticas reativas ao pós-positivismo nesta seara-, também no caso das posturas hermenêuticas ou afins, assim como sucederia com qualquer teoria qualificável hoje como “racional complexa”; b) esse modo de identificar aqui elementos específicos outros de resgate da legitimidade da prestação jurisdicional nada tem de incompatível com tais posturas hermenêuticas, no que se refere à compreensão do modo como se deve decidir contemporaneamente, nem de qualquer forma reduz ou invalida o exposto ao início, tratando-se, pelo contrário, de um fundamental proceder que é imposto ao intérprete/aplicador¹⁰³⁴ do direito como parte integrante e essencial da atividade jurisdicional.

Assim, no desiderato de apontar indicativos mínimos de suficiência da motivação das decisões judiciais, primeiro considere-se o de alguma forma já referido: em essência, *a motivação da decisão judicial deve refletir, na máxima medida possível, a explicitação do compreendido (em todos os seus aspectos)*, ou seja, deve ser a (máxima) expressão de um compartilhar aberto do modo pelo qual o intérprete/aplicador encontrou a resposta, traduzida em linguagem jurídica, à singularidade do caso concreto que lhe foi submetido, e das bases racionais e jurídicas que lhe deram e dão sustentação a este compreender e a esta resposta. E isso implicará sempre a revelação do modo pelo qual se compreendeu, do modo pelo qual se foi de texto ao contexto e vice-versa, sucessivamente, do que foi objeto de apreciação nesta atividade - considerando-se, na construção de sentido para o caso, necessariamente o dito e o trazido pelas partes, na afirmação de suas posições, de forma dialética.

De resto, como expressão singularizada, ainda que só exemplificativa, de certos aspectos desse modo de proceder essencial, ou seja, como apresentação mais particularizada de indicativos mínimos de suficiência da devida motivação das decisões judiciais, há de se considerar, ainda, o que asseveram doutrinadores que desde sempre estiveram comprometidos com esta tarefa, como OVÍDIO BAPTISTA e MICHELI TARUFFO, na busca pela construção incessante da legitimidade da prestação jurisdicional.

detalhada de qualquer decisão. Minha discordância com MAIA [cita-se: “Cf. Maia, Antonio. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da ‘praxis’ jurídica contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 8, 2001, pp.280-281.”] está em outro ponto: *ao contrário do que afirma o ilustre jusfilósofo, o novo paradigma (neoconstitucionalismo principiológico) não proporcionou maior liberdade aos juízes. Princípios, ao superarem as regras proporciona(ra)m a superação da subsunção. Princípios não ‘facilitam’ atitudes decisionistas e/ou discricionárias.*” (destaquei).

¹⁰³⁴ Nesse sentido, é de se consultar o que refere PAUL RICOEUR, conclusivamente, após tratar das divergências entre teorias de interpretação e argumentação no direito, no ensaio “interpretação e/ou argumentação” (*O justo: A justiça como regra moral e como instituição*. Vol.1...op.cit., pp.153-173): “Chegando ao fim desta discussão, o leitor talvez convenha comigo que a imbricação entre a argumentação e a interpretação, no plano judiciário, é realmente simétrica à imbricação entre explicação e compreensão no plano das ciências do discurso e do texto. *Em contraposição a uma abordagem puramente dicotômica da polaridade famosa, no passado eu concluíra minha defesa do tratamento dialético com uma fórmula em forma de aforismo: ‘Explicar ‘mais’ para compreender ‘melhor’’. Como conclusão do debate entre interpretação e argumentação, proponho uma fórmula parecida* que restitui à epistemologia do debate judiciário sua unidade complexa.”(op.cit., p.173, destaquei).

Das posições sustentadas por tais autores se extrai, *primeiramente*, aquela que talvez seja uma das mais relevantes características de uma motivação de decisão judicial que possa ser tida por suficiente e adequada, qual seja, a impositividade de que *a motivação seja racional*. Ou por outra, a de que ela seja exposta por *argumentos racionais* compartilháveis e contraditáveis.

Não só por que aí resta exposto que a razão (e não o arbítrio) está a embasar a decisão (nesse ponto revelando-se, também, que o que lhe dá base não é mais uma mera “racionalização simplificante”, mas uma diferenciada “racionalidade complexa”, repita-se), mas por que nisso reside a efetiva possibilidade de controle da decisão judicial pelas partes e pela sociedade. Só *a explicitação do compreendido num nível lógico-argumentativo adequado* pode, então, permitir um controle compartilhável da decisão judicial, porque racional.

Mas note-se, o resgate da razão na motivação deve ser o mais completo possível, não só porque traduz juridicamente a resposta advinda da compreensão, mas porque deve se empenhar em afastar os vetustos vícios da clássica prática judicial de “fundamentação” dos julgados. Nesse sentido, deve-se atentar para o alerta de OVÍDIO BAPTISTA quanto a este ponto:

Supõe o sistema que aos magistrados baste fundamentar o julgado, dizendo que assim o fazem por não haver incidido tal ou qual norma legal. Sabendo, porém, que a norma comporta duas ou mais compreensões; sabendo igualmente que o sentido originário do texto – se é que, em algum momento, ele existiu – pode transformar-se com o tempo, a conclusão é de que quando o juiz disser que julga de tal ou qual modo porque esse é o sentido da norma aplicável, ele ainda não ofereceu nenhum fundamento válido à sentença. *Escolhendo ‘livremente’ o sentido que lhe pareceu adequado, sem justificá-lo, o julgador não teria ido além do raciocínio formulado por alguém proibido de explicitar os fundamentos da decisão.*¹⁰³⁵

Aliás, o próprio OVÍDIO BAPTISTA faz referência ao que considera uma síntese da verdadeira racionalidade judicial apresentada por TARUFFO, nesse ponto revelando a importância da exposição do que se considerou (e de como isso foi feito), em termos de prova, na motivação das decisões judiciais:

É de Taruffo esta síntese da verdadeira racionalidade judicial, exigida pelo sistema do livre convencimento¹⁰³⁶: ‘Un ulteriore condizione, infine, è che non vi sia contraddittorietà nel risultati della valutazione congiunta delle prove. Le prove possono ovviamente essere diverse e tra loro contrarie: cio è normale ed anzi rappresenta il vero problema della loro valutazione. È d'altronde ovvio che la valutazione delle prove ai fini del giudizio sul fatto implichi l'assunzione dell'ipotesi sul fatto che ha elementi di conferma probatoria prevalenti su quelli relativi ad altre ipotesi diverse o contrarie. **Razionale è dunque la valutazione di più elementi di prova che risolva i loro contrasti indicando univocamente l'ipotesi più attendibile; irrazionale è invece la valutazione che non risolve i contrasti e quindi non indica una soluzione unívoca. Pure irrazionale è la valutazione che vada contro gli elementi**

¹⁰³⁵ Cf. OVÍDIO, “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”..., op.cit., pp.9-10 (destaquei).

¹⁰³⁶ E nesse ponto OVÍDIO destaca e esclarece, no mesmo ensaio, o seguinte: “Embora a norma mencione que o juiz apreciará ‘livremente’ a prova, nosso sistema não se filia ao chamado sistema da livre apreciação da prova, mas ao sistema conhecido como ‘persuasão racional da prova’. O juiz aprecia, sim, livremente a prova, mas deverá expor as razões que o autorizam a decidir, a partir dos ‘fatos e circunstâncias constantes dos autos’. Com efeito: ‘La motivación es una consecuencia esencial de la libre apreciación de la prueba, pues la libertad existe solo frente a normas legales restrictivas de la apreciación, pero no frente a la arbitrariedad’ (GERHARDT WALTER, La libre apreciación de la prueba, original de 1979, Tübingen, tradução de 1985, Temis, Bogotá, p. 359).” (“Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”..., op.cit., p.10.).

di prova, ossia a favore dell'ipotesi di un grado di conferma inferiore a quello che essi atribuiscono ad un'altra ipotesi diversa o contraria. (La prova dei fatti giuridici, Giuffrè, Milão, 1992, p.399).¹⁰³⁷

E “a questão envolvida nesta observação de TARUFFO, como ele diz, em outro importante ensaio”, ainda segundo OVÍDIO BAPTISTA, “é mostrar que a análise apenas da versão favorável não fundamenta racionalmente a sentença”. Nas palavras de TARUFFO:

“Per altro verso, il giudice che motiva facendo riferimento solo alle prove che confermano la sua ricostruzione dei fatti rischia facilmente di cadere vittima del *confirmation bias*, o sai della distorsione del ragionamento per la quale, individuata a priori una versione dei fatti, si tende a tener conto solo di ciò che conferma e trascurare tutto ciò che la contraddice. *Questo, però non è buon método per chi voglia tentare di stabilire la verità de un fatto: la verità non scaturisce solo delle prove favorevoli all'esistenza di quel fatto, ma anche – e soprattutto – del confronto tra prove favorevoli e prove contrarie. Se le prove contrarie non vengono prese in considerazione proprio perchè sono contrarie ad una determinata ipotesi, l'accertamento di quel fatto non é adeguatamente giustificato, in quanto non risultano le ragioni per le quali si esclude che tale accertamento potesse essere diverso. (La motivazione della sentenza, Revista de Direito Processual Civil, “Gênesis”, Curitiba, nº31, janeiro-março de 2004, p.184.)*”¹⁰³⁸

Do exposto por tais autores, deriva uma outra característica, que talvez também possa ser apresentada como indicativa de suficiente motivação da decisão judicial, qual seja, a da impositividade de que *a motivação seja o mais ‘completa’ possível (ou da ‘completezza’,* como denomina TARUFFO).

Tal característica liga-se visceralmente com a demonstração do efetivo e substancial (e não apenas formalístico) *respeito ao contraditório*, essencial à viabilização da participação dos demandantes, não só na solução de suas demandas, como na atribuição de sentido¹⁰³⁹ aos dispositivos que servem para orientar a convivência social nas democracias contemporâneas (ou seja, para legitimar a decisão por ser expressão da criação de um espaço democrático para a atuação direta de verdadeiros *demandantes-cidadãos*).

Assevera OVÍDIO BAPTISTA a respeito do ponto, então, inicialmente, o seguinte, acerca da impositividade de exame do conjunto de toda a prova e de todas as razões que venham aos autos, por parte do magistrado:

Há, portanto, duas exigências impostas ao julgador. A primeira, determinando que ele se ‘persuada’ racionalmente, formando o convencimento a partir dos ‘fatos e das circunstâncias’ constantes dos autos, depois, *impondo-lhe que explícite seu convencimento, através da análise crítica do conjunto da prova, bem como justifique também a interpretação do direito aplicável.*

Mais, tendo em vista a natureza dialógica do processo, é necessário que o julgador *assegure o contraditório efetivo a ambas as partes*, compreendido nesse princípio o direito reconhecido a ambos os litigantes, não apenas de alegar e provar suas alegações, mas, fundamentalmente, o direito, reconhecido tanto ao vencedor quanto ao vencido, de obter ‘respostas’ para suas alegações e provas. *Tratando do significado do ‘dever de motivar’,* escreveu J.C.BARBOSA MOREIRA: *‘trata-se de garantir o direito que têm as partes de serem ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado.* Essa prerrogativa deve entender-se ínsita no direito de ação, que não se restringe, segundo a concepção hoje prevalente, à mera possibilidade de pôr em movimento o mecanismo judicial,

¹⁰³⁷ Cf. OVÍDIO, “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”..., op.cit., pp.9-10 (destaquei).

¹⁰³⁸ Cf. OVÍDIO, “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”..., op.cit., pp.9-10 (destaquei).

¹⁰³⁹ De forma infundável e sempre renovável, a cada exame da caso particular em sua singularidade – sentido em eterna e inacabável construção.

mas inclui a de fazer valer razões em juízo de modo efetivo, e, por conseguinte, *de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidos aos autos*. Ora, é na motivação que se pode averiguar se e em que medida o juiz levou em conta ou negligenciou o material oferecido pelos litigantes; assim, essa parte da decisão constitui o mais válido ponto de referência para controlar-se o efetivo respeito daquela prerrogativa' (Temas de Direito Processual, 2ª Série, Edição Saraiva, 1980, p.88).¹⁰⁴⁰

E prossegue aquele processualista, reforçando a relevância do princípio do contraditório no ponto, ao asseverar que o direito à motivação completa envolve uma necessária concretização de tal princípio na realidade da apreciação da demanda:

...o direito ao contraditório não se esgota na faculdade de ser ouvido e produzir alegações e provas, perante o tribunal, *mas compreende, antes de mais nada, o direito de ver as alegações e provas produzidas também pelo sucumbente examinadas e, além disso, rejeitadas com argumentos racionalmente convincentes*.

É afinal, 'o direito a uma resposta', resultante da análise integral da prova e que atenda a um padrão de razoabilidade aceitável. De nada valeria a Constituição assegurar o contraditório se o julgador se limitasse a dizer que o sucumbente participou do processo, que fez alegações e produziu provas sobre cujo mérito (demérito), porém, ele nada disse; ou pior, fingindo que o fez, tergiversa sobre a versão que infirma seu convencimento.

Este modo de fundamentar as sentenças nos colocaria frente a uma forma daquilo que MAURO CAPPELETTI, referindo-se ao princípio da oralidade, denominou 'protocolar' (*La testimonianza della parte nel sistema dell'orilità*, Giuffrè, 1974, p.144). Estaríamos repetindo 'protocolarmente', ou apenas retoricamente, o princípio do contraditório, negando-lhe, porém, efetividade.¹⁰⁴¹

Daí porque afirma que TARUFFO indica a "completezza" da motivação das decisões judiciais como uma sua "exigência primária", no sentido de fundamental:

Michele Taruffo, um dos maiores especialistas no assunto, indica como 'exigência primária' da motivação das sentenças, a sua 'completezza', a fim de que o julgador mostre que cumpriu o 'princípio do contraditório', dando-lhe efetividade constitucional. Diz o jurista, autor de uma obra clássica sobre o tema: "La seconda conseguenza è che quindi spetta alla motivazione di fornire tutti gli elementi perchè, 'ex post' e al di fuori del processo, chiunque sai posto in grado di comprendere e valutare le ragioni per cui la sentenza si presenta come il valido esercizio del potere giurisdizionale. *Emerge, in altri termine, l'esigenza primaria di completezza della motivazione, indispensabile per assicurare quella che è stata definita come maximale 'Diskutierbarkeit' della decisione giudiziaria.*" (*La sentenza in Europa – Metodo, tecnica e stile*, obra coletiva, Cedam, 1988, p.190).¹⁰⁴²

E aqui OVIDIO estabelece uma ligação com esta obrigação de completude da motivação com a necessidade de controle do arbítrio decisório, justamente porque também assim se torna possível um maior controle racional sobre o decidido, tudo a partir de lição de LUIGI FERRAJOLI, transcrita pelo processualista brasileiro nos seguintes termos:

¹⁰⁴⁰ Cf. OVIDIO, "Fundamentação das sentenças como garantia constitucional"... , op.cit., p.11 (destaquei). E prossegue, ainda, aquele autor: "Barbosa Moreira referira-se antes a A.A. LOPES DA COSTA, cuja lição merece ser transcrita: 'Não é motivação, mas desta simples aparência, dizer o tribunal que confirma uma decisão de primeira instância 'por ser conforme ao direito e à prova dos autos'. É um círculo vicioso, um 'idem per idem'. É implícito que a confirmação de uma sentença declara-se certa e justa, de acordo com a lei e a prova. Então não carecia o tribunal vir dizê-lo. *O que é necessário é externar porque ela não está errada, aplicando mal o direito, e não é injusta, mal apreciando a prova*. Mostrar que a lei, nem se afasta da prova. *Dizer que um ato é justo não é o mesmo que expor as razões que levaram a tal afirmação*....Penso que a sentença que não é motivada é nula. *O preceito da motivação é de ordem pública. Ele é que põe a administração da justiça a coberto da suspeita dos piores vícios que possam manchá-la: o arbítrio e a parcialidade.*" (Direito processual civil brasileiro, 2ª edição, Forense, 1959, vol.III, p.296-297)." (op.cit., p.11 – destaquei).

¹⁰⁴¹ Cf. OVIDIO, "Fundamentação das sentenças como garantia constitucional"... , op.cit., p.12 (destaquei).

¹⁰⁴² Id, ibid. (destaquei).

“Precisamente, la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto em derecho, por violación de ley o defecto de interpretación o de subsunción, como em hecho, por defecto o insuficiencia de prueba o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y prueba. Y no solo en apelación si no también en casación... son vicios lógicos censurables lo que contrastan con la lógica inductiva de la inducción probatoria: por ausencia de argumentos suficientes para confirmar por ‘modus ponens’ las hipótesis acusatorias, o por argumentos idóneos para invalidarlos por ‘modus tollens’, o, finalmente, por no haber sido desvirtuadas por ‘modus tollens’ las contrahipótesis defensivas’ (*Derecho y razón*, original italiano de 1989, versão espanhola de 1995, Editorial Trotta, Madrid, p.623).”¹⁰⁴³

Adiante, uma **terceira característica** indicativa da suficiência da motivação das decisões judiciais, para fins de resgate e manutenção da legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade, seria a da *demonstração de que o convencimento e a solução da demanda foram obtidos a partir da consideração da individualidade da causa, posta em seu contexto e singularidade*. Isso garante a aberta demonstração de que a reinserção da faticidade foi buscada quando da prestação jurisdicional para o caso, e, por conseguinte, que a diferenciação suficiente da decisão judicial, garantidora da legitimidade jurisdicional, também o foi.

Mas para além de se constiur numa consequência direta de tudo o que já se expôs, no que tange ao modo adequado de se decidir, sob a visão da hermenêutica, e do que se disse sobre a necessidade primeira (essencial) de que a motivação reflita a explicitação do compreender, o fato é que o próprio ordenamento legal vigente determina essa consideração da individualidade da causa em suas singularidades irrepetíveis.

Senão, considere-se a observação de OVÍDIO BAPTISTA, no sentido de que “o artigo 131 do Código de Processo Civil recomenda que o juiz aprecie livremente a prova, *atendendo, porém, ‘aos fatos e circunstâncias constantes dos autos’*, de modo que forme sua convicção como resultado de um exame conjunto de todos os elementos de fato e de direito constantes dos autos”. Ora, quando a lei assim dispõe, não está determinando outra coisa, senão, que o juiz “*forme o convencimento a partir das individualidades da causa, determinadas pelas circunstâncias que, naturalmente, não serão [jamais] as mesmas circunstâncias de outras causas*”.¹⁰⁴⁴ Por conseguinte, a explicitação de que este mandamento foi atendido é impositiva para que se tenha por suficiente uma determinada motivação de decisão judicial.

Adiante, outra característica – **a quarta** aqui elencada - relevante para a demonstração da suficiência da motivação decisional poderia ser encontrada na tentativa de *maximização de sua amplitude*.

Trata-se de considerar que a motivação não deva ser apenas a mais completa possível, mas também que a *motivação deva ser a mais ampla possível*, não só no sentido de explicitação do exame do maior número de elementos possíveis que levam à decisão (inclusive, dos mais remotos), mas também no de que atinja, de forma clara e racionalmente convincente, o maior número possível de pessoas (ou seja, *a motivação deve ser compartilhável* em suas razões pelo máximo número de pessoas).

¹⁰⁴³ Id, ibid. (destaquei).

¹⁰⁴⁴ Cf. OVÍDIO, “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”..., op.cit., p.10 (destaquei).

No primeiro sentido de amplitude da motivação decisional, assim deve ser, porque, como diz OVÍDIO, o juiz deve chegar ao ponto de explicitar o fundamento da escolha das premissas da qual parte. Isso significa dizer que a motivação “deve compreender todos os aspectos relevantes do conflito”, ainda que algo remotos. Ou seja, “como a norma tem sentido variável no tempo, além de estar representada por um texto cuja linguagem é essencialmente ambígua, é indispensável, como afirma Taruffo, que o juiz ‘faccia riferimento alla giustificazione esterna della decisione’”, isto é, “ ‘a quella parte del discorso giustificativo con cui il giudice esplicita il fondamento della *scelta*¹⁰⁴⁵ delle premesse della quali ha derivato la decisione finale.’”¹⁰⁴⁶

Sob o segundo aspecto da amplitude da motivação decisional, assim deve ser, simplesmente porque esta “é uma condição imposta pela democracia”, na medida em que a exigência é a do maior controle possível de tais decisões (que são racionais não apenas enquanto “corretas” tecnicamente, mas também enquanto aptas a apresentar “argumentos fundados em critérios de razoabilidade” em alguma medida compartilháveis com – e, assim, controláveis por – todos os potencialmente atingíveis pela permanente construção e reconstrução do direito, ou melhor dizendo, das regras diretivas da convivência em sociedade). Daí por que a fundamentação, na medida do possível, não deve ser “apenas técnica, vazada em linguagem inteiramente incompreensível para os leigos.”¹⁰⁴⁷ Vale dizer, ainda segundo OVÍDIO e TARUFFO:

....a eliminação do arbítrio judicial (que pode ocorrer quando se nutre a fantasia de que a lei tenha ‘uma’ vontade constante) impõe a exigência de fundamentação adequada e coerente, *que possa ‘convencer’ não apenas os técnicos, mas as partes e a comunidade social, detentora do poder de que os magistrados são servidores*. Das sentenças insuficientemente motivadas, poderia o sucumbente dizer: ‘fui vencido, mas não convencido’, que é o sentimento hoje comum em nossa experiência judiciária.

Para superar esse componente arbitrário, é indispensável que os magistrados fundamentem adequadamente os atos jurisdicionais, explicitando os motivos reais que o levaram a decidir da maneira que lhes pareceu mais justa e conforme ao direito. A fundamentação terá de superar o tecnicismo no qual todo o dogmático procura refúgio.

Escreveu Taruffo: ‘Em síntese pode-se dizer que o juiz deve referir o julgamento às noções presentes na cultura média do tempo e do lugar em que se encontra, porquanto é com esta cultura que os pressupostos e os critérios da decisão devem manter-se congruentes’, mesmo sabendo que ‘estas noções não são cientificamente controladas’ (*Legalità e giustificazione nella creazione giudiziaria del diritto, Rivista del diritto, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Giuffrè, 2001, p.24*).¹⁰⁴⁸

Daí porque, embora não se possa confundir mera persuasão com convencimento racional, nem tampouco imaginar seja possível ou necessário sempre convencer até mesmo a parte sucumbente de sua falta de razão no caso julgado, pode-se concluir que seja ao menos desejável também, de uma motivação de decisão judicial que se queira adequada e suficiente para a contemporaneidade, uma aptidão diferenciada para demonstrar que a parte sucumbente realmente foi ouvida e teve seus argumentos considerados. E mais, uma aptidão para revelar de modo relativamente acessível o porquê

¹⁰⁴⁵ Embora de escolha (“*scelta*”) propriamente dita (no sentido comum do termo) não se trate propriamente aqui, segundo o que exposto na apresentação do “como se dá” o decidir, de um ponto de vista hermenêutico.

¹⁰⁴⁶ Id., *ibid.*, p.10. TARUFFO. “Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice”, In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, 2001, p. 675; texto em versão portuguesa, tradução de Cândido Dinamarco, Edição do IBEJ, Curitiba, 2001, p.17.” apud OVÍDIO, “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”..., *op.cit.*, p.10.

¹⁰⁴⁷ Cf. OVÍDIO, “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”..., *op.cit.*, pp.12-13.

¹⁰⁴⁸ Cf. OVÍDIO, “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”..., *op.cit.*, p.13 (destaquei).

daquele resultado, tudo na busca, também, da construção de uma pacificação social *qualificada* por este especial proceder e consideração.

Por fim, esclarecidos os elementos mais específicos de resgate da legitimidade da prestação jurisdicional, tanto no que diz respeito ao modo como se dá a decisão judicial, como no que concerne a uma sua suficiente motivação, no sentido do contido no artigo 93, IX, da Constituição Federal brasileira, resta apenas finalizar o presente tópico com as ponderações – e mesmo, advertências – trazidas por TRIBE & DORF, acerca de como se deve compreender a interpretação jurisdicional em sentido lato, no âmbito da modernidade presente:

Pode não ser possível “provar” – como se faz para saber se um teorema matemático é verdadeiro ou falso – se um argumento ingênuo e imaginário a respeito da Constituição simplesmente não é considerado uma interpretação plausível. Mas perante a impossibilidade desse tipo de prova, todos concordam que o direito, assim como a literatura, não é matemática. (...) *Talvez não seja terrivelmente surpreendedor (sic) verificar que as deliberações judiciais, como todas as discussões legais, não podem ser reduzidas a processos científicos de dedução e indução, embora algumas pessoas continuem a se surpreender com tal evidência.*

A impossibilidade incontestável de “provar” não pode ser traduzida – como alguns parecem acreditar – por uma determinação definitiva de que ‘todas’ as interpretações da Constituição seriam igualmente aceitáveis. E tampouco significaria que a única forma de julgar uma interpretação é questionar se ela avança ou retarda a esperança de uma sociedade boa. É possível fazer melhor do que isso apesar de não ser fácil, como pretendem alguns.

Parte dessa dificuldade não está relacionada ao direito, mas ao invés disso, se refere a um problema profundo e permanente [que] *é como ser capaz de imaginar, conceituar e compreender o processo e a prática de dar explicações e adotar persuasões racionais, sem tender para as noções de eterno, universal e verdade inquestionável.* Grande parte das pessoas já perdeu a fé nas idéias de eterno, universal e verdade inquestionável. Mas de alguma forma, na sua maneira comum de viver, ainda conseguem distinguir entre o que parece um argumento bom e o que parece sofisma: sabem que a escravidão e o assassinato estão errados, mesmo que não saibam extrair estas verdades dos princípios fundamentais.¹⁰⁴⁹

E, como concluem aqueles mesmos autores,

Não é preciso juízes treinados ou outros intérpretes da Constituição, como se eles tivessem acesso a algum algoritmo matemático de interpretação, para concluir que por razões práticas faz sentido acreditar em pessoas oriundas de disputas políticas e acostumadas à argumentação, mesmo em um ambiente que carece de um sistema de medidas – que faça a medição externa – e provar conclusivamente que X não é tão bom, ao passo que Y é decisivo. Muitos filósofos e mais notadamente Hilary Putnam, têm dado contribuições externas muito úteis para nossa compreensão de como é importante apresentar argumentos significativos em um mundo bombardeado com verdades de última hora¹⁰⁵⁰. Mas obviamente, enquanto esses objetivos estiverem sendo perseguidos, os processos de interpretação constitucional e adjudicação não podem ser cancelados, especialmente porque acreditamos que permanecerão para sempre.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁹ Cf. TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Amarílis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. pp.18-9.

¹⁰⁵⁰ Cf. citação do original, nos seguintes termos: “Vide PUTNAM, Hilary. *Reason, Truth, and History* (Cambridge: Cambridge University Press, 1981); MICHELMAN, Frank I. “Justification (and Justifiability) of Law in a Contradictory World”, in *NOMOS: Justification*, vol. 28, ed. J. Roland Pennock and John Chapman (New York: New York University Press, 1986). Vide a discussão sobre o nihilismo em NIETZSCHE, Friedrich. *The Will to Power*, trad. A. Ludovic (New York: Russell e Russell, 1964).” (op.cit., p.19, nota n. 35).

¹⁰⁵¹ Cf. TRIBE e DORF, *Hermenêutica Constitucional...*, op.cit., p. 19.

4. O “justo da lei” ou das conceitualizações e abstrações ou “o justo do caso concreto”. Arbitrariedade judicial e legitimidade jurisdicional (o problema da única ou “da” resposta correta).

Nesse ponto penetra-se mais profundamente na conexão entre a questão da diferenciação suficiente das decisões judiciais e a problemática da *luta contra a discricionariedade/arbitrariedade judicial*. Ou noutros termos, na ligação que pode haver entre uma jurisdição que se dirija à busca pelo *justo casuístico* (em detrimento de uma jurisdição “conceitualizada”) e um desejável afastamento de decisões estribadas no proceder positivista, ou reativo ao pós-positivismo, de remeter à discricionariedade judicial a solução dos casos ditos difíceis.

Tal discussão é fundamental para o resgate e construção da legitimidade jurisdicional numa *democracia constitucional em sentido amplo*, já que somente através da rejeição ao decisionismo judicial por meio desta via parece ser possível conceber-se um modo de controle racional de tais decisões e, ao mesmo tempo, garantir-se um modo de participação efetiva do cidadão-demandante nestas mesmas decisões.¹⁰⁵²

De resto, conecta-se tal discussão, é de se dizer ainda, com o espinhoso problema da possibilidade da única resposta correta em direito – na clássica abordagem dada ao tema por Dworkin (ou apenas “da” resposta correta, na abordagem hermenêutica) -, o que bem demonstra a dificuldade de seu tratamento, mormente a esta altura da pesquisa.

De qualquer modo, este é o tema que se impõe examinar neste momento, e que por isso passa a ser abordado neste tópico. Contudo, não sem que se adote a cautela de conceber um proceder algo diverso daquele adotado para tanto até o momento.

Sucedem que, justamente na medida em que esta problemática é tão ou mais complexa do que o já verificado nos tópicos precedentes, só resta deixar de lado, doravante, as tentativas de análise comparativa entre posturas teóricas diversas. Assim, aqui se assume forçosamente a premissa de que somente posicionamentos que guardem íntima conexão com o polo teórico da “racionalização complexa” serão capazes de dar conta de abordar com suficiente chance de êxito este difícil tema.

Parte-se, por conseguinte, diretamente para a análise de duas posturas teóricas que têm potencial de dar encaminhamento adequado ao problema, em termos de resgate da legitimidade da prestação jurisdicional através deste prisma. São elas, a clássica postura dworkiniana já referida, e a hermenêutica jurídica embasada na hermenêutica filosófica (e filosofia hermenêutica, na visão de Lenio Streck) – sem que isso signifique necessariamente menosprezo a outras tantas passíveis de serem situadas no mesmo polo teórico, naturalmente.

O tema será, então, sumariamente examinado nos três subitens que seguem, tratando das seguintes matérias: a) introdução a tal discussão, sob este enfoque; b) exame sumário da tese da única

¹⁰⁵² Tudo por meio do encaminhamento e consideração de suas posições acerca do significado das regras de convivência social, no seio de conflitos judicializados em cada caso particular, para que seja possível definir qual o significado cabível naquela situação individual.

resposta correta em Dworkin, na visão de RODOLFO ARANGO, na medida em que tal autor identifica aproximação desta postura com a hermenêutica filosófica de Gadamer; c) exame sumário da tese da resposta correta na visão da hermenêutica jurídica desenvolvida por STRECK.

a) Introdução à problemática da diferenciação da decisão judicial pela busca do justo casuístico e sua relação com a atual possibilidade/necessidade da resposta correta em direito e com o combate ao arbítrio judicial:

A necessidade de que se busque uma diferenciação suficiente da decisão judicial, a partir da reintrodução da faticidade no exame dos casos trazidos a juízo, a bem de se permitir o resgate da legitimidade da atividade jurisdicional na contemporaneidade, já foi demonstrada com base em várias razões. No entanto, ainda não se chegou a abordar de forma completamente direta uma das mais importantes: a de que talvez somente com o trato suficientemente diferenciado dos casos concretos, nos termos do já exposto, se possa falar de uma viável busca pela resposta correta em direito –e, pois, se possa almejar, com isso, a mitigação radical ou mesmo eliminação da discricionariedade na prestação jurisdicional (sem que, em contrapartida, se tenha de retornar à vetusta ilusão degradante da “univocidade” das respostas legais ou “sumulares”).

Ocorre que, como se verá, a possibilidade de se encontrar “a” resposta correta para cada caso concreto, em Direito, quando da prestação jurisdicional, ou, nos termos do que coloca STRECK, de se alcançar “ ‘a’ resposta hermenêuticamente adequada à Constituição”¹⁰⁵³ – que, segundo ele, “se assim se quiser, também pode ser chamada de ‘resposta correta’¹⁰⁵⁴ – deriva justamente do reconhecimento da *singularidade* (e mesmo, *irrepetibilidade*), de todo o caso individualmente trazido a exame do Judiciário.

Vale dizer, a chave para a busca de uma atividade jurisdicional que seja passível de controle racional, de forma tal que se possa mesmo falar em eliminação de decisionismos nocivos à democracia (por respaldarem decisões judiciais que só prestariam contas, em última análise, à vontade ou ao subjetivismo do seu prolator), não está em supor, como ocorria nos albores do positivismo, que a lei possa possuir um único sentido – o que acabaria sempre na perseguição por este sentido único na sua aplicação (a descoberta da “vontade da lei”). Tampouco se encontra em se admitir que a lei seja constituída de “ ‘plurivocidades sígnicas’ (textos ‘abertos’, palavras vagas e ambíguas, etc)” – como de fato o é – para, a partir daí, aceitar-se a conclusão de que isso enseje várias interpretações possíveis para cada caso e, por conseguinte, que, assim, “o direito permita múltiplas respostas”¹⁰⁵⁵ para cada caso – como passaram as reações ao pós-positivismo a defender mais modernamente.

¹⁰⁵³ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.281.

¹⁰⁵⁴ Aliás, noutro ponto, esclarece STRECK o que quer dizer com “resposta correta”: “A resposta correta aqui trabalhada é a resposta hermenêuticamente correta, que, limitada àquilo que se entende por fenomenologia hermenêutica, poderá ser denominada de verdadeira, se por verdadeiro entendermos a possibilidade de nos apropriarmos de pré-juízos autênticos e, dessa maneira, pudermos distingui-los dos pré-juízos inautênticos (a tradição será este ‘vetor’ de sentido, engendrada a partir das duas grandes revoluções copernicanas ocorridas no século XX: a derrocada do esquema sujeito-objeto e o advento do constitucionalismo compromissário e transformador da sociedade). A resposta correta é, pois, ‘applicatio’... (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.309).

¹⁰⁵⁵ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.369.

Isso simplesmente não pode ser assim, até porque, como já se viu, essa via de compreensão da problemática, que assume corretamente a multiplicidade de sentidos da lei, mas extrai daí a consequência equivocada da multiplicidade de respostas para cada caso concreto, deságua justamente, logo em seguida, num outro problema, similar ao que parecia ter sido superado. Faz-se referência aqui à busca desenfreada pela restrição a uma resposta correta única “a posteriori”, em abstrato, nesta situação de admissão da possibilidade das “múltiplas respostas corretas”, a partir da edição de súmulas ou equivalentes para evitar a proliferação incontrollável de sentidos dados à lei quando de sua aplicação a casos supostamente iguais – o que, num círculo vicioso, só faz reproduzir, ao final, a vetusta ideia positivista de que *regras em abstrato (agora postas em súmulas)* podem *encerrar um sentido único* a orientar posteriores respostas únicas na realidade de sua aplicação prática a casos materialmente sempre diversos.

A chave para a compreensão adequada da questão está, pois, em se assumir a *singularidade irrepitível do caso concreto*, como premissa e ponto de partida da atividade jurisdicional. E em acolher, pois, a necessidade de seu exame individualizado, em busca do “justo do caso” (em detrimento do que OVÍDIO BAPTISTA chama de o “justo da lei”), como regra e norte geral fundamental.

Melhor explicando: a chave está em considerar que, de fato, a lei possui, em potência, uma inegável pluralidade de sentidos possíveis; mas que isso não se traduz em distintas ou várias interpretações possíveis, para o mesmo caso individual, porquanto a interpretação se dá sempre para *um caso*; a solução esta em se considerar que, por conseguinte, *não existem várias respostas possíveis para cada caso concreto em particular*, porque a cada caso se ajustará, por força da aplicação/interpretação (“*applicatio*”), apenas “a” solução¹⁰⁵⁶ que for haurida da *compreensão do texto naquele contexto específico, devido e considerado para aquele momento*– e nenhuma outra mais, naquelas circunstâncias.

Ora, isso virtualmente eliminaria a possibilidade de discricionariedades positivistas ou reativas ao pós-positivismo, *ao menos em nome de um conseqüente reconhecimento da natural plurivocidade da lei*. Quer dizer, não se poderia admitir, assim, que mesmo nos ditos casos difíceis (que, como visto, para a hermenêutica sequer existiriam como tais), houvesse diversas soluções “razoáveis” ou passíveis de serem acolhidas como “corretas” para dar resposta ao mesmo conflito trazido a exame na esfera judicial. A busca é sempre “pela” solução correta do caso, “a” solução correta de *cada caso*.

Note-se, de outra parte, que isso não eliminaria de forma alguma a pluralidade de sentidos possíveis da lei, já que eles são, de fato, passíveis de extração apenas na faticidade da aplicação. Em potência, são muitos¹⁰⁵⁷; na singularidade irrepitível de uma particular situação da vida, no entanto, só

¹⁰⁵⁶ É por isso que STRECK refere: “Na medida em que o caso concreto é irrepitível, a resposta é, simplesmente, uma (correta ou não) para aquele caso.”

¹⁰⁵⁷ E aqui é que a *applicatio* e a re-conexão com a faticidade resolvem o quase-paradoxo de se ter de, por um lado, deter o controle da resposta judicial correta a partir do contido na lei haurido à luz do verificado no mundo, mas, ao mesmo tempo, ter-se de permitir que a múltipla e dinâmica expressão da complexidade e da diversidade inabarcável do real, das posições cambiantes dos partícipes e artífices da convivência democrática (no caso, as próprias partes do processo), *afete verdadeiramente esta resposta*, a partir e pela consideração efetiva de interesses e posições políticas, morais e jurídicas acerca destas regras, dos envolvidos, bem como da riqueza dos fatos da vida. Só assim se pode conceber uma via para que a jurisdição funcione como instrumento de relevo no auxiliar a construção de uma democracia constitucional participativa. Nos dizeres de OVÍDIO BAPTISTA, aliás: “Para a democracia verdadeiramente universal e participativa, que estamos

pode haver um sentido (*o mais adequado sentido*), a dar resposta para aquele caso, naquele momento. E, novamente, cada caso será um caso diverso, irrepitível, e ensejará a interpretação/aplicação adequada do texto (da lei, da Constituição) às circunstâncias da realidade, segundo as singularidades em jogo (inclusive as diferentes posturas, defesas, argumentos e provas das partes), que ditarão, finalmente, o sentido das regras a ser encontrado *para e na* particular situação.

Isso significaria que esta resposta seria sempre única? Ou que não poderia haver mais qualquer nível de generalização na prestação jurisdicional? Como se espera que reste melhor esclarecido ao longo da exposição do subitem “c”, adiante, a resposta havida nestes termos, em verdade não chegaria até o ponto de inviabilizar um nível mínimo de generalização.

Isso porque, a rigor, em sendo únicos e irrepitíveis os casos concretos, no mínimo quanto à sua temporalidade, além de outras circunstâncias fáticas que lhe sejam muito próprias, de fato, a resposta cabível para aquele caso haveria de ser, em princípio e nesse sentido, somente esta – embora, num certo sentido, não necessariamente a única, se for o caso de se considerar os termos da exposição de STRECK que seguem em nota. Entretanto, ainda assim não seria impossível supor que casos concretos, mesmo em sua singularidade única e irrepitível, pudessem ser extremamente similares a outros¹⁰⁵⁸. E a verdade é que, em sendo assim, o fato de se assumir a irrepitibilidade dos casos concretos, e, pois, por princípio, a impositividade de um seu tratamento individualizado, em busca do justo para aquela singularidade, não implicaria que um certo *nível mínimo de generalização* (saudável e mesmo desejável) não pudesse ainda ser divisado no exame de certas singularidades, quando da prestação jurisdicional¹⁰⁵⁹.

Isso, no entanto, não faria retornar ao ponto de partida em que nos encontrávamos ao início desta exposição. De fato, esta concepção do problema seria muito diferente da que hoje existe e vigora – mormente no que tange à verve normatizante por via sumular da contemporaneidade, que reprecina os tempos mais obscuros do positivismo.

A grande distinção residiria na *absoluta inversão das premissas* do jogo: não se *partiria* da busca por generalizações (conceitualizantes, abstratas), mas da *aceitação da individualidade irrepitível, na busca do justo, quando da prestação jurisdicional*. E só em situações muito particulares, se admitiria a possibilidade de um certo nível de generalização, o que impediria a

empenhados em construir, a tolerância é um pressuposto básico; a tolerância concebida inicialmente como forma de superar lutas religiosas, depois generalizada como tolerância política, racial e até mesmo ética, pilar sobre o qual foi construído o mundo moderno. É o princípio da tolerância com o ‘outro’, com suas convicções políticas, éticas e religiosas que anula a pretensão, de resto ingênuo, de que alie possa ter um sentido ‘unívoco’. Se considerarmos a distinção entre ‘verdade’ e ‘significado’, veremos que a própria natureza da linguagem determina uma essencial ‘plurivocidade’ de sentido (Paul Ricoeur, *Anuário de ermeneutica jurídica*, cit., p. 91).” (“Verdade e significado”...., op.cit., pp.273-274 - destaquei).

¹⁰⁵⁸ Daí por que, partindo do já referido antes, STRECK chegaria ao segundo posicionamento, que se adianta aqui: “Na medida em que o caso concreto é irrepitível, a resposta é, simplesmente, uma (correta ou não) para aquele caso. A única resposta acarretaria uma totalidade, ‘em que aquilo que sempre fica de fora de nossa compreensão seria eliminado’. O que sobra, o não-dito, o ainda-não compreendido, é o que pode gerar, na próxima resposta a um caso idêntico, uma resposta diferente da anterior. Portanto, não será a única resposta; será, sim, ‘a’ resposta. A única resposta correta é, pois, um paradoxo: trata-se de uma impossibilidade hermenêutica e, ao mesmo tempo, uma redundância, pois a única resposta acarretaria o seqüestro da diferença e o tempo (não esqueçamos que o tempo é a força do ser na hermenêutica). E é assim porque é contedística, exurgindo do mundo prático. Ou seja, a resposta correta só pode ocorrer levando em conta a contedística.” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., p.323).

¹⁰⁵⁹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.323.

proliferação de súmulas como modo tardio e desenfreado de controle da coerência e correção das decisões judiciais.

Até porque, em verdade, esse controle se daria, por princípio, muito antes e concretamente¹⁰⁶⁰, já por meio da ‘*applicatio*’¹⁰⁶¹, com a consideração do caso em sua singularidade, e, mais do que tudo, no resgate da crença na busca do justo que é sempre o da singularidade (em detrimento da inútil busca pela justiça numa impossível forma “abstrata”) – reservando-se a orientação sumular para um papel mais compatível (e num número de casos muito menor) com o quadro da busca de construção de integridade do direito de forma responsável, articulada a partir da verdadeira consideração dos conflitos sociais, de seus significados e das posições sobre eles (que tenham as partes) trazidas a juízo.

Eis, pois, *a conexão* entre a busca da diferenciação suficiente das decisões, tão debatida até o momento, e a problemática da tentativa de eliminação da discricionariedade judicial, no intento de resgate da legitimidade da prestação jurisdicional contemporânea: ***a recuperação da noção de “justo casuístico”*** em detrimento dos procedimentos de “*soberracionalização*” *funcionalizante* da prestação jurisdicional atual. A sobreposição da “justiça do caso” à suposta e inviável “justiça da lei” que vem sendo praticada modernamente.

Esta a razão pela qual, nesse contexto, as considerações de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA a respeito do tema, ao tratar do que denomina de “comparação entre a ilusória ‘justiça da lei’ e a autêntica ‘justiça do caso’”¹⁰⁶², reassumiriam especial e diferenciada importância e coloração para o debate em consideração:

Essa jurisdição [praticada na modernidade presente periférica] esquece que a justiça não pode ser concebida como um valor abstrato. Ela existe como expressão de comportamentos humanos, sejam eles individuais ou sociais. Basta comparar com a injustiça, que é um dos componentes essenciais da Ética, para tomar consciência de que não existe, jamais, injustiça abstrata ou normativa. O que existirá sempre será o horror, a desolação e o sentimento de revolta ou desprezo pela ‘injustiça’ cometida.¹⁰⁶³ Assim ocorre também com as ‘condutas’ que os valores dominantes da sociedade tenham como justas.

Como continuar ignorando, portanto, que a busca pela diferenciação suficiente da prestação jurisdicional, em direção à recuperação da legitimidade da prestação jurisdicional, passa necessariamente pela busca de resgate da ideia do justo casuístico? E de tal forma e a tal ponto que talvez nesta noção resida precisamente, inclusive, o germe da possibilidade de viabilização maior de uma prestação jurisdicional versátil e compatível com as necessidades de acolhimento da diversidade da sociedade contemporânea em transição, mas, ainda assim, de um modo apto a evitar decisionismos e arbitrariedades judiciais? Enfim, como continuar a olvidar que a própria noção do justo só se realiza na individualidade da aplicação aos casos singulares?

Nesse sentido, aliás, seria de se considerar, novamente, certos olvidados ensinamentos que nos vêm da antiguidade¹⁰⁶⁴, resgatados nas seguintes colocações de GADAMER:

¹⁰⁶⁰ Por meio da consideração da faticidade, da realidade individual da vida.

¹⁰⁶¹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.309.

¹⁰⁶² Cf. OVÍDIO, “Justiça da lei e justiça do caso”..., op.cit., p.200.

¹⁰⁶³ Cf. OVÍDIO, “Justiça da lei e justiça do caso”..., op.cit., pp.201-202 (destaquei).

¹⁰⁶⁴ Nesse ponto, de se tomar em linha de conta o que assevera TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR na conclusão de seu escrito “Direito e Justiça” (In: *Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*.

O que é ‘justo’ é totalmente relativo à situação ética em que nos encontramos. ***Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato quais ações são justas e quais não o são: não existem ações justas ‘em si’, independentemente da situação que a reclame.***¹⁰⁶⁵

E, adiante, reforçando a ideia de que a lei, como generalidade abstrata, é sempre insuficiente para dar conta da complexidade concreta dos casos particulares, que demandam, por isso, a busca do aqui chamado “justo casuístico”, ainda as seguintes considerações de GADAMER:

Por outro lado, quando se ‘aplica’ uma lei, a situação é inteiramente diferente. Pode acontecer que, devido às características de uma situação concreta, aquele que aplica a lei seja obrigado a atenuar o rigor da lei. Mas atenuar o seu rigor não significa ‘não aplicar’ o direito que exprime a lei, nem permitir um laxismo ilegítimo. Quando se atenua o rigor da lei não se está ‘renunciando’ a ela; ao contrário, sem essa atenuação não haveria verdadeiramente justiça.

Aristóteles nos fala de um modo muito explícito da ‘*Epieikeia*’ [equidade] como ‘retificação’ ou ‘acomodação’ da lei. Ele funda a sua concepção no fato de que toda a lei comporta uma tensão interior no que se refere às possibilidades concretas da ação: ***uma lei é sempre geral e não pode conter toda a complexidade concreta de um caso particular.*** (Diga-se de passagem, que *esse é o problema próprio de uma hermenêutica jurídica*). ***Uma lei é sempre insuficiente;*** não em razão de qualquer falha intrínseca, mas porque o mundo, como campo de nossas ações, é sempre imperfeito com relação à ordem ideal projetada pelas leis.¹⁰⁶⁶

Nesse sentido, portanto, é que o resgate da legitimidade jurisdicional passaria também por se recuperar a compreensão de que a perseguição da noção do justo casuístico, em detrimento do contentamento com um decidir preso a um tecnicismo raso e aético¹⁰⁶⁷, não é uma utopia superada,

2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.), quando analisa a questão da equidade e do caso, em Aristóteles: “*A atualidade da lei, fundada numa igualdade abstrata, realiza uma determinação do justo também distante do concreto. A atualidade da lei passa, então, a ser revelada pela equidade, e o justo universal confunde-se com o equitativo* (É.N., V, 14, 1137b19-23). Na verdade, a igualdade e a desigualdade, na teoria aristotélica, são fixadas em uma perspectiva que não pode lograr-se a partir dela mesma (G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* 1952, p.46).

A igualdade não é um dado da experiência, pois a percepção das coisas e dos homens, ao contrário, nos dá conta de sua profunda desigualdade. Inversamente, a desigualdade não passa de uma abstração a partir da desigualdade ‘dada’. (...) *Nesses termos, se a igualdade é um princípio diretor teórico de toda a análise aristotélica sobre a justiça, que, ‘stricto sensu’, permanece no plano da abstratidade também, não pode ser, porém, seu princípio exaustivo*, mas apenas seu princípio específico, que nos permite a sua determinação conceptual: a justiça é virtude, cujo sentido estriba em atualizar a igualdade. Isto é, *a justiça é uma forma de igualdade – a proporcional* (É.N., V, 2, 1129b; 6,1131a14; 1132a25), *que atualiza equitativamente.*

Na luta pela determinação da igualdade, a justiça precisa completar-se com outros preceitos fundamentais, se se quer efetivamente preceitos de direito justo. A equidade é, nesse sentido, preceito básico do direito justo, pois só por meio dela, que é o justo na concretude, a justiça se revela em sua atualidade plena. O homem justo em Aristóteles, é, com efeito, o que é apto a executar, por escolha deliberada, ações justas, meio de equilíbrio entre dois extremos racionalmente determinados (É.N., V, 9,1134a). ***A atualização desse meio não pode ser determinada ‘a priori’, de uma só vez, mas se identifica com uma atividade perpétua, sempre renovada, a cada caso concreto.*** *O homem justo pode, pois, ser considerado como o equitativo.*” (op. cit., pp.205-6 –destaquei).

¹⁰⁶⁵ Cf. GADAMER, “O problema hermenêutico e a Ética de Aristóteles”, In: *O problema da consciência histórica...*, op.cit., p. 52- destaquei.

¹⁰⁶⁶ Cf. GADAMER, “O problema hermenêutico e a Ética de Aristóteles”, In: *O problema da consciência histórica...*, op.cit., p. 53- destaquei.

¹⁰⁶⁷ “Ninguém pode ignorar que há diferenças radicais entre o saber ético e o saber técnico. (...)

Aquele que sabe fabricar alguma coisa conhece por isso um bem, e o conhece – conhece-o ‘para si’ – de tal maneira que, quando lhe é dada a possibilidade, é capaz de passar efetivamente à execução. Ele escolhe os materiais e os meios adequados. Sabe como aplicar em uma situação concreta o conhecimento geral que aprendeu. *Aquele que toma uma decisão ética aprendeu alguma coisa também. Graças à educação e à formação recebidas, ele possui um conhecimento geral do que chamamos de comportamento justo e correto. A função da decisão ética consiste então em encontrar, numa situação concreta, o que é justo.*” (GADAMER, “O problema hermenêutico e a Ética de Aristóteles”, In: *O problema da consciência histórica...*, op.cit., p. 51- destaquei).

mas um dever de quem pretenda realizar esta atividade estatal em toda a sua inteireza e possibilidades na contemporaneidade. Isso, inclusive, de modo tendente a uma séria busca por respostas corretas neste exercício, que não se confundam com respostas únicas e previamente dadas de forma abstrata, por incompatíveis com o papel da jurisdição enquanto instrumento prático da construção de uma democracia constitucional em sentido amplo (inclusiva e participativa).

De qualquer sorte, as considerações necessárias para bem tratar deste ponto não podem se esgotar nestas constatações pouco mais do que introdutórias. Em verdade a problemática é tão mais densa e complexa, que merece uma abordagem a partir, pelo menos, da sumarização das posturas já referidas ao início: a tese da única resposta correta, de Dworkin, e a noção “da” resposta correta da hermenêutica jurídica, na visão de Streck.

É o que se passa a fazer, de modo quase esquemático, a bem de complementar, ainda que de forma mínima, o tratamento deste tópico em particular.

b) Exame sumário da tese da única resposta correta em Dworkin, na visão de RODOLFO ARANGO:

Afirma Streck que Dworkin, “ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/ elaboração de respostas coerentes com o direito positivo” – o que conferiria um mínimo de resguardo necessário na democracia contra discricionariedades judiciais (ou “segurança jurídica”) –, que ainda se afinem com uma “pretensão de legitimidade” (que seria “a grande preocupação do contemporânea do direito”)¹⁰⁶⁸. Quer dizer, por meio desta visão seria possível alcançar o necessário equilíbrio entre compromisso com legalidade e com busca de legitimidade, nos termos do que previsto para a construção de uma democracia constitucional.

De outra parte, STRECK afirma, ainda, que acredita ser possível alcançar aquilo que se pode denominar de resposta correta em direito precisamente a partir da atuação da hermenêutica¹⁰⁶⁹ nesta área, e que nisso tudo há uma aproximação entre os ditos posicionamentos teóricos (de Dworkin e da hermenêutica¹⁰⁷⁰). Aliás, esta postura seria também a externada por RODOLFO ARANGO, ainda segundo Streck¹⁰⁷¹.

Ora, como ARANGO elaborou alentada obra precisamente sobre a possibilidade de respostas corretas em direito justamente a partir do pensamento de DWORKIN (*?Hay respuestas correctas en el derecho?*¹⁰⁷²), destacando esta dita aproximação das posturas teóricas daquele pensador com as de

¹⁰⁶⁸ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.306.

¹⁰⁶⁹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.281.

¹⁰⁷⁰ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.306-7.

¹⁰⁷¹ Aliás, como se verá, Arango (confira-se op.cit., p.33. v.g.; também veja-se nota de rodapé n. 36, na p.314, da obra de STRECK, *Verdade e Consenso*), faz esta aproximação que STRECK reconhece – p.314 (e que, por sua vez, de alguma forma se verifica diretamente já da leitura de *O Império do Direito*, do próprio DWORKIN, p.75, v.g., quando trata de interpretação)- , embora se saiba que o norte-americano não adote a hermenêutica como teoria de base, segundo o próprio STRECK (op.cit., p.315).

¹⁰⁷² ARANGO, Rodolfo. *?Hay respuestas correctas en el derecho?*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.

Gadamer, isso tudo indica ser extremamente útil buscar aí uma apresentação sumária da essência de sua investigação, neste momento, para enriquecer a discussão inerente a este tópico.

Adota-se adiante, por conseguinte, a postura de sintetizar as considerações de ARANGO, de forma quase esquemática, para que seja possível trazer algo de essencial ao debate, a partir de sua visão. Para tanto, apresenta-se, em seguida, uma síntese introdutória da motivação e propósito do trabalho de Arango, nas palavras daquele autor, bem como, adiante, um resumo das ideias centrais do capítulo II de sua obra em questão, onde aquele pensador se ocupa do conteúdo e aceitabilidade da tese da única resposta correta de Dworkin.

b.1. Síntese introdutória da motivação e propósito da pesquisa de ARANGO quanto à possibilidade de respostas corretas no direito:

Inicialmente tem-se que ARANGO, para demonstrar a relevância geral do tema que aborda, parte da ideia de que qualquer pessoa pode ao longo de sua vida estar sujeita a ser afetada por uma decisão judicial, o que pode, inclusive, significar a diferença entre o seu bem estar e a sua desgraça (relevância de eventual sujeição ao juiz). A isso agrega outra noção fundamental: a de que mesmo que as normas jurídicas pretendam trazer um mínimo de certeza à vida em sociedade, quando prescrevem regras de conduta sobre o proibido, o permitido e o devido, resultam insuficientes em si mesmas para aplacar a grave incerteza que cerca a necessidade das decisões judiciais (insuficiência das normas jurídicas para dar segurança quanto a decisões judiciais), por variados motivos¹⁰⁷³. E isso tudo, diz aquele autor, chega a um ponto extremo de, nos chamados “casos difíceis” (os “hard cases”, de Dworkin), podermos simplesmente estar “nas mãos do juiz”.¹⁰⁷⁴

O trabalho de ARANGO parte, então, da *motivação* de procurar, ante a este quadro, responder aos seguintes questionamentos centrais: “É possível fundamentar racionalmente as decisões judiciais nos casos difíceis?”; ou, ainda, e adiante: “Pode-se sustentar teoricamente a tese segundo a qual para cada controvérsia jurídica há uma única resposta correta?”.¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷³ Exemplifica ARANGO: (a) por ser vaga a linguagem da lei, (b) por haver vazios no ordenamento jurídico, (c) pela possibilidade de existência de colisões ou contradições normativas, pela possibilidade de não ser aplicável uma determinada norma em determinado caso concreto, etc. (ARANGO. *¿Hay respuestas correctas....?*, op.cit., p.1).

¹⁰⁷⁴ Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas....?*, op.cit., p.2. Nesse sentido, aliás, ver o que diz o próprio DWORKIN, em seu *O Imperio do Direito...*, op.cit., pp. 3-4 e ss., sob o item, “Por que é importante” [o modo como os juízes decidem os casos], onde refere expressamente que “a diferença entre a dignidade e a ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. *As pessoas frequentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma peral que provenha do legislativo.*” E, depois, como diz ainda Dworkin, ao final, há por detrás disso tudo ainda *uma discussão moral*, pois “um juiz deve decidir não simplesmente quem vai ter o quê, *mas quem agiu bem, quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão*, e quem, de propósito, por cobiça ou insensibilidade, ignorou suas próprias responsabilidades para com os outros, ou exagerou as responsabilidades dos outros para consigo. *Se esse julgamento for injusto, então a comunidade terá inflingido um dano moral a um de seus membros por tê-lo estigmatizado*, em certo grau ou medida, *como fora-da-lei. O dano é mais grave quando se condena um inocente por um crime, mas já é bastante considerável quando um queixoso com uma alegação bem fundamentada não é ouvido pelo tribunal, ou quando um réu dele sai com um estigma imerecido. São estes os efeitos de um processo judicial sobre as partes e seus dependentes.*” (destaquei).

¹⁰⁷⁵ Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas....?*, op.cit., p.2, primeiro parágrafo. Anote-se, nesse ponto, que se procede à livre tradução do espanhol nestas citações e em todas as que digam respeito a este obra, adiante.

Tais questionamentos, por sua vez, seriam de fundamental relevância. Sua importância residiria precisamente no fato de que (a) a *legitimidade das decisões judiciais* e (b) o caráter científico da jurisprudência dependeriam, segundo ARANGO, justamente desta capacidade de justificar objetivamente as valorações que os juízes realizam ao interpretar e aplicar o direito.

Por conseguinte, é a partir disto que se revela, como objeto do estudo de ARANGO, a teoria das decisões judiciais e, mais especificamente, a questão das limitações ao arbítrio judicial, que estão implícitas na tese que Dworkin defende¹⁰⁷⁶ – o que se amolda precisamente aos interesses da presente investigação neste tópico.

De resto, ARANGO ainda apresenta *justificativas* para a escolha dos estudos de Dworkin como referencial na análise do problema do arbítrio judicial, que merecem referência aqui, para maior entendimento do que seguirá depois: a) a própria polêmica em torno da questão da única resposta correta animaria a escolha, na medida em que tal polêmica não seria gratuita, fundando-se no fato de que desde KANT, em matéria de racionalismo prático, pareceria inadmissível atribuir verdade ou correção aos juízos valorativos¹⁰⁷⁷; b) a pretensão de converter esta tese em uma alternativa ao positivismo (superando a sua incerteza) e também ao jusnaturalismo (superando seu fundamentalismo), conferiria diferenciado relevo a tal tese¹⁰⁷⁸; c) o desejo de desmitificar o dogma segundo o qual existe uma estrita separação entre o direito, a política e a moral, quando na prática os juízes e tribunais demonstram o contrário, seria, por fim, mais um móvel essencial da preferência pela tese de Dworkin.¹⁰⁷⁹

Por fim¹⁰⁸⁰, ARANGO deixa claro que, em essência, *o propósito de seu trabalho é o de avaliar a aceitabilidade da tese da única resposta correta no Direito formulada por Dworkin*. E mais,

¹⁰⁷⁶ Nesse ponto, ARANGO refere-se tratar de tema clássico que encontra manifestação acadêmica mais importante no ataque de Ronald DWORKIN ao positivismo jurídico representado por H.L.A.HART. Mas o enfoque da polêmica, segundo afirma, é heterodoxo: não se pretende discutir bondades ou desacerto dos autores, mas reconstruir suas diferenças, a partir dos pressupostos filosóficos que sustentam suas teses sobre o limite da racionalidade e da função judicial. Daí mencionar a questão das diferenças entre teses de HART e as de DWORKIN: HART, no seu positivismo assume postura ou perspectiva epistemológica no estudo do direito, sendo que desta posição tem-se que não seja possível justificar **objetivamente** os juízos de valor; enquanto DWORKIN assumiria uma perspectiva hermenêutica que levaria ao chamado “giro interpretativo” (op.cit, p.2, último parágrafo), o que acarretaria um desaguar-se necessariamente *na tese da única resposta correta que assegura a objetividade das decisões judiciais*. (Op.cit., p.3, primeiro parágrafo).

¹⁰⁷⁷ Destacando-se, ainda, que, paradoxalmente, tampouco a partir da tese de Dworkin parece evidente a possibilidade de assegurar objetividade às decisões judiciais em casos ditos difíceis, dificuldades que fazem atrativo o seu estudo.

¹⁰⁷⁸ Destacando-se, ainda, que esta teoria interpretativa se identifica com uma teoria jurídica liberal e progressista, que assume o interesse de proteção dos direitos individuais acima dos interesses gerais *e evita a doutrina do direito natural, contrária ao sistema de democracia constitucional moderno* (op.cit, p.3, segundo parágrafo - destaquei).

¹⁰⁷⁹ Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., pp.3-4, primeiro parágrafo.

¹⁰⁸⁰ ARANGO ainda apresenta um breve esquema geral de sua investigação, destacando sinteticamente o conteúdo abordado em cada capítulo, o que é indicado aqui como referência para futuras pesquisas a partir destas considerações: No CAPÍTULO I, analisa-se a concepção de direito como interpretação. Para tanto, descreve-se a teoria interpretativa de Dworkin em contraste com outras teorias (ditas “semânticas”) do Direito. No CAPÍTULO II, que será objeto de exame no subitem seguinte desta dissertação, ocupa-se do conteúdo e aceitabilidade da tese da única resposta correta, abordando-se aí: a) os pressupostos políticos e fáticos e o conteúdo da tese; b) a busca de melhor compreensão das implicações teóricas e práticas da tese, a partir da análise das objeções de vários críticos da teoria e das respostas de Dworkin; c) uma interpretação da tese a partir da filosofia hermenêutica. Afirma-se ainda, nesse ponto, o seguinte, a ser tratado no dito capítulo: **são fatores que limitam a liberdade judicial: (a) estrutura pragmático-semântica do direito concebido como uma prática interpretativa; (b) o método de interpretação construtiva; (c) os critérios de correção substantiva das decisões; *o exercício das funções pelo juiz passa a ser mais exigente, quando são vinculados a um conceito de Direito que não somente inclua normas jurídicas, mas também princípios de moralidade política; * a justificação interna (intranormativa) das decisões não basta para resolver os casos difíceis; * legitimidade das decisões dependente de, para além dos fundamentos normativos, argumentação exhaustiva e persuasiva baseada em princípios de ordem abstrata, desde os quais seja possível construir a melhor*

que, para tanto, planeja a investigação também através de uma interpretação de suas ideias a partir da filosofia hermenêutica de Heidegger e Gadamer – o que só faz confirmar o interesse e a pertinência do exame de suas considerações neste tópico da presente pesquisa.

b.2. Um resumo do tratamento da aceitabilidade da tese da única resposta correta de DWORKIN em ARANGO¹⁰⁸¹:

Conforme refere ARANGO, a tese da única resposta correta é a teoria da decisão judicial que, segundo Dworkin, interpreta melhor a prática do Direito. Ela possuiria as características de ser criativa, avaliativa e pragmático-argumentativa do direito concebido como prática argumentativa, o que permitiria estudar o conteúdo da tese da prática judicial segundo três aspectos: a) a partir do uso que seus participantes fazem da linguagem jurídica; b) como método construtivo de adjudicação; e, c) como critério valorativo da correção das decisões judiciais.

Nesse momento, o que passa a ser importante destacar é o seguinte: a correção de uma resposta no direito depende da possibilidade de se sustentar a verdade ou a falsidade das proposições normativas que realizam os agentes jurídicos na prática. E aí é importante dizer também, como anotam diversos autores, que Dworkin assume *uma teoria do sentido das proposições que se determina pelo uso que delas faz uma comunidade linguística*, e não por sua correspondência com “algo fora do mundo”. Nisso radica o caráter antimetafísico e antiepistemológico da interpretação construtiva do direito. Quer dizer: o sentido de verdade ou o sentido de resposta correta *é limitado* – o que, como se vê, desde logo aproxima esta tese de tudo o quanto já se disse nesta pesquisa, em termos de busca por diferenciação da decisão judicial a partir de resgates de realidade ou de faticidade nos limites do humanamente factível.

Posto isso, ARANGO refere que Dworkin propõe uma *descrição do que fazem os juízes numa jurisdição determinada*. Presume, então, que atuam como participantes de uma determinada empreitada ou empreendimento (perspectiva interna) *que estipula certas condições de verdade para as proposições do direito*.

justificação do direito em sua integridade. No CAPÍTULO III, explora-se a natureza do método proposto para a obtenção das respostas corretas no direito, com estimativa de seu alcance e suas limitações a partir do entendimento do modelo por certos críticos e pela descrição da prática judicial anglo-americana. (b) Trata do modelo de decisão representada pelo juiz “Hércules” de Dworkin. Afirma-se aí que seria possível sugerir uma terceira interpretação da natureza de Hércules, esta “como um ideal em processo de realização”. (Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., p.6, primeiro parágrafo.p. 6, §1 - destaquei). CONSIDERAÇÕES FINAIS, onde apresenta-se algo como um ensaio para a compreensão global da tese de Dworkin, que abarca três interrogações assim ordenadas: 1) Que conseqüências traz para a teoria da decisão judicial o giro interpretativo do Direito? 2) Que relação se estabelece entre a tese da única resposta correta e a teoria da argumentação? 3) Como afeta a tese da única resposta correta a tese da separação entre o Direito e a moral? Por fim, ARANGO encerra a apresentação de seu trabalho afirmando que também seria pretensão de sua investigação: a) demonstrada a relevância prática de discutir teses filosóficas, alimentar a reflexão acerca da função e da responsabilidade política dos juízes; b) trazer um modesto aporte para a reflexão das qualidades teóricas e morais exigidas dos juízes para a dignificação da justiça.

¹⁰⁸¹ As considerações em destaque aqui se encontram, principalmente, ao fim do capítulo II– Tese das respostas corretas – nos itens e subitens “tesis de la única respuesta correcta”, “contenido de la tesis”, “condiciones asertivas de las proposiciones normativas”.

Com isso, assume-se esta grande limitação das pretensões da teoria em foco: na definição *do que é verdade*, admite-se que é possível afirmar que **é verdadeira uma proposição normativa se é mais congruente com a teoria jurídica que melhor justifica o direito estabelecido** do que uma posição contrária. E assume-se, também, que se pode, então, negar como falsa, uma proposição normativa, se é menos congruente com essa teoria do direito do que a tese contrária.

Adiante, passa-se a referir que um dos elementos da prática jurídica que permite sustentar a tese da existência de uma só resposta correta para cada caso difícil é a *bivalência de certos conceitos jurídicos básicos*. Dworkin assinala como no direito são comuns os *conceitos “dispositivos”*, ou seja, aqueles conceitos com a característica de que, se são aplicáveis a uma situação particular, os juízes têm o dever, pelo menos ‘prima facie’, de decidir o caso em determinado sentido, mas que se não o são, então os juízes têm o dever de, pelo menos ‘prima facie’, decidir o caso em sentido contrário.¹⁰⁸²

A bivalência dos conceitos dispositivos é descrita por Dworkin a partir dos pressupostos que assumem os juízes quando falam e argumentam. Os acordos de vontade, os danos causados a outros, as ações ilícitas, são casos que envolvem conceitos dispositivos – contrato, responsabilidade, delito -, os quais, independentemente de que seja incerta ou controvertida a sua solução, podem ter uma só resposta correta.

Segundo Dworkin, a verdade e correção de uma proposição normativa se determinam pelas *regras de uso da linguagem na prática jurídica*. Mas o realmente importante nisto é que este **enfoque pragmático e analítico da linguagem jurídica** pretende ser uma *alternativa ao enfoque epistemológico* que presumivelmente *subjaz às teorias semânticas do direito, o positivismo e o utilitarismo jurídico*, segundo o qual *só se pode falar de verdade ou de correção de uma proposição se esta é suscetível de demonstração*, no sentido das proposições empíricas (há aqui, também, uma redução inicial de pretensão teórica, para que se fique no campo do especificamente necessário ao direito).

Assim, no final das contas, o que é *fundamental compreender* é que Dworkin identifica a **verdade (ou resposta correta)** das proposições normativas *com a sua coerência*. Quer dizer, em um sistema jurídico avançado, só uma resposta entre as muitas possíveis para um caso difícil consegue ser **a mais coerente** e, portanto, *correta*.

Mas, cruamente exposta esta particularidade desmistificadora do alcance da controvertida teoria, resta ainda a indagação fundamental: **a coerência se dá ou se estabelece em relação a quê?**

E é a partir daí que as coisas se tornam mais claras: a coerência é estabelecida, na tese de Dworkin, segundo ARANGO, com relação (a) ao **direito positivo como um todo**, com relação (b) à **melhor teoria política** e com relação (c) à **moralidade institucional**.¹⁰⁸³

De forma mais completa, isto significa dizer o seguinte: *a verdade ou a resposta correta será “a” mais coerente* (a verdade, a resposta verdadeira, não passa disso: *é a mais coerente no caso*

¹⁰⁸² Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., p.59.

¹⁰⁸³ Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., p.61.

concreto) com (a) o direito positivo *como um todo* (justificação interna) e com (b) *a melhor teoria política subjacente a ele, somada* (c) à moralidade institucional (justificação externa).¹⁰⁸⁴

Segundo as palavras de ARANGO:

Habíamos mencionado inicialmente que la teoría interpretativa de Dworkin pretende contribuir para un mejor entendimiento del complejo fenómeno jurídico, a partir de un enfoque filosófico que rescate la íntima relación existente entre derecho, política y moral. Esta relación se torna evidente en el método constructivo de la adjudicación: *la respuesta correcta es aquella no solo coherente con el derecho positivo visto como un todo – justificación interna -, sino con la mejor teoría política que subyace al mismo y con la moralidad institucional – justificación externa.*¹⁰⁸⁵

Prossegue, então, ARANGO, esclarecendo que Dworkin recorre, a partir daí, à figura do juiz Hércules justamente como um detentor de habilidade, erudição, paciência e perspicácia sobrehumanas, para encontrar a melhor resposta nos casos difíceis (ou seja, *a resposta mais coerente* com todo este intrincado sistema de direito, política e moral - resposta “verdadeira” e “correta”, neste limitado sentido). E a partir do recurso a esta metáfora passa a ser melhor compreensível não só a noção defendida por Dworkin de tentativa e pretensão de que as respostas dadas pelos juízes sejam “corretas”, como o modo pelo qual se haveria de persegui-las e obtê-las na prática judicante.

Senão, anote-se que ARANGO explica o proceder necessário à obtenção da “resposta correta” pelo juiz Hércules a partir e através da seguinte indagação: ***como Hércules deve agir para encontrar esta resposta?***

Ora, inicialmente, Hércules deve *construir um esquema de princípios abstratos e concretos* que ofereça *uma justificação coerente* para todos os precedentes e estipulações constitucionais e legais. *Sua teoria é diferente da de outros juízes*, já que *requer juízos sobre problemas complexos* de adequação institucional, como também juízos éticos e de filosofia política.

Mas Hércules deverá utilizar um determinado e específico método para tanto, se quiser se distinguir na tarefa de evitar o arbítrio. Veja-se que até aqui o juiz Hércules não é muito diferente do juiz do positivismo, o “juiz Herbert”: ambos exercem sua *discricionarieidade* e, portanto, “legislam” ao resolver problemas que o direito explícito não abarca, diz Arango.

No entanto, é nesse ponto que passam a se diferenciar: o método utilizado pelo juiz Herbert é rechaçado por Dworkin. “Hércules não busca primeiro os limites do direito explícito, para logo introduzir juízos políticos e morais. Ao valer-se de seu próprio juízo para determinar que direitos e obrigações têm as partes, *já levou em conta a história jurídica e as tradições morais da comunidade*”, diz Dworkin, pela boca de Arango.¹⁰⁸⁶

E em assim sendo, prossegue Arango, suas propostas normativas [de Hércules] devem ser *conscientes da filosofia política e moral que as inspira*, bem como devem estar *dispostas a avaliar sua coerência frente a respostas contrárias*.

¹⁰⁸⁴ Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., p.61.

¹⁰⁸⁵ Id., ibid..

¹⁰⁸⁶ Id., ibid., p.62.

Nesse passo é possível formular nova indagação fundamental: mas *como Hércules enfrenta a tarefa de estabelecer a melhor teoria política para o caso?* Diz Arango que “Dworkin defende a continuidade existente entre o direito e a política.” E prossegue: “Não basta ao intérprete jurídico desvelar o sentido natural das palavras da lei ou das intenções de seus autores. Na determinação do sentido das normas não se deve remeter a uma intenção de um autor particular, senão que o caso deve ser decidido como um problema de ‘teoria política’.”¹⁰⁸⁷

De outra parte, Hércules não deve considerar os casos difíceis como *meros problemas de adequação* entre uma teoria e as normas da instituição, senão como um problema de ‘filosofia política’. Assim, *Hércules deve decidir que concepção é a elaboração mais satisfatória à idéia geral da instituição.*

Mas adverte-se: Tampouco se requer uma hipótese sobre o estado mental dos legisladores, senão que *deve o juiz construir uma ‘teoria política especial’* [quer dizer, *para o caso concreto*] *que, à luz das responsabilidades mais gerais dos legisladores, justifique melhor o direito que qualquer teoria política alternativa.*

Nada obstante, é verdade que seria possível sustentar que nenhuma teoria política garantiria uma única interpretação, prossegue Arango. Da mesma forma que duas leituras podem ter cabimento na interpretação de um mesmo poema, dois princípios diferentes, que levem a resultados contrários, podem servir de suporte a uma decisão. Nestes casos, *a teoria política substancial* jogará um papel determinante.

Posto isso, sobrevém necessariamente a indagação essencial restante: *como haverá Hércules de enfrentar a tarefa de estabelecer a moralidade institucional para o caso?*

A resposta é fundamental para o atendimento do desiderato de superar o decisionismo ou arbítrio nas decisões judiciais porque *a coerência com a moralidade institucional* permitirá precisamente *a superação da subjetividade do juiz* na escolha entre teorias contrárias e igualmente aplicáveis.

Acerca do ponto, esclarece ARANGO:

Dworkin distingue dos actitudes que los jueces pueden adoptar respecto de sus propias convicciones: la una, que considera su opinión política como justificación suficiente de la decisión; la otra, que confía en la verdad o la solidez de la propia creencia, y considera que la justificación suficiente de la decisión radica precisamente en dicha característica de la creencia. *Hércules considera que el tener una determinada concepción de una institución, no constituye un argumento a favor de la decisión respaldada por dicha concepción. La justificación de una decisión requiere mucho más que el convencimiento dogmático del intérprete. Exige a este suministrar las razones en las que basa su confianza en la verdad o la solidez de sus convicciones.*¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁷ Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., p.62.

¹⁰⁸⁸ Id., Ibid..

Repise-se o ponto, pois, porque fundamental: o juiz que pretenda seguir a postura do Hércules de Dworkin deve considerar que o simples ter uma determinada concepção de instituição não constitui um argumento em favor de uma decisão respaldada por dita percepção. Ou seja, esse convencimento dogmático do intérprete não poderá se prestar para justificar uma decisão, que requererá sempre muito mais do que isso. As *razões* em que sua confiança na correção destas convicções se embasa é que deverão estar expostas, dando respaldo e justificação à decisão judicial proferida nestas bases.

Além disso, e de outra parte, prossegue Arango, *Hércules deve ter em conta que os indivíduos têm direito a que se façam respeitar de maneira coerente os princípios em que se embasam suas instituições*. “Este direito institucional, tal como o define a moralidade constitucional de uma comunidade, é o que Hércules deve defender contra qualquer opinião incongruente, por mais popular que ela seja”, arremata Arango.¹⁰⁸⁹

Por fim, sumariamente expostas estas brevidades sobre o modo pelo qual Dworkin compreenderia a possibilidade da única resposta correta e a forma de se alcançar um tal resultado ideal para o afastamento das decisões judiciais dos subjetivismos arbitrários, na visão de Arango¹⁰⁹⁰, seria possível ainda apresentar um resumo das conclusões deste autor acerca da viabilidade da tese da única resposta correta - a partir das reflexões de Gadamer como ponto de referência para analisar a coerência da tese de Dworkin.¹⁰⁹¹ Mas mais do que isso: põe-se ainda a possibilidade de que o próprio ARANGO revele as conexões entre a tese dworkiana de combate ao arbítrio judicial e a necessidade, para tanto, de resgate de uma busca pelo justo na particularidade dos casos – ou seja, a necessidade de busca pela diferenciação das decisões judiciais, nos termos do que exposto já ao início.

Para apresentar resumidamente estes pontos contidos na exposição de Arango, tome-se em linha de conta que aquele autor, após uma série de relevantes considerações, no sentido de demonstrar a proximidade da tese de Dworkin com as posturas de Gadamer, no que toca a questão da interpretação no direito¹⁰⁹², faz referência à “*doutrina da natureza das coisas*”, de ARISTÓTELES, na leitura realizada por GADAMER (ou seja, a questão da natureza das coisas entendida como a particularidade concreta de uma situação, no sentido de que sempre há especificidades nas coisas).

¹⁰⁸⁹ Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., p.63.

¹⁰⁹⁰ É relevante destacar que Arango faz referência, ainda, aos “critérios de correção”, ou dimensões, propostos por Dworkin para julgar se uma teoria oferece a melhor justificação dos materiais jurídicos disponíveis, que seriam dois: 1) o critério de adequação (“*dimension of fit*”); 2) o critério de moralidade política (“*dimension of political morality*”). O primeiro critério permite supor que uma teoria política é uma melhor justificativa do que outra se, quem a sustenta, no exercício de seu cargo, consegue resolver de modo “mais integral” o problema do que quem sustenta uma teoria contrária”; já o segundo critério supõe que quando duas justificações oferecem uma resposta igualmente boa à luz dos materiais legais disponíveis, de qualquer forma uma ainda será melhor do que a outra se apresenta-se superior do ponto de vista da moralidade política. Para melhor compreensão do que isso queira significar verificar ARANGO. *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., pp.63-65.

¹⁰⁹¹ Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., pp.65-102, para uma ampla discussão desta questão, a partir do item “Discussão crítica e interpretação da tese a partir de Gadamer”. Mas, de forma mais conectada especificamente ao que será referido neste ponto, confira-se, ao final do capítulo II (“Tese das respostas corretas”), o subitem “Interpretação a partir de Gadamer” (op.cit., pp.90 e ss.).

¹⁰⁹² Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., pp.91-99 – destacando-se que tais considerações aqui não são reproduzidas ou sintetizadas apenas em vista da exiguidade do espaço para tanto, bem como do que já se disse e ainda se dirá a respeito do ponto. No entanto, é de se destacar que a abordagem de questões fundamentais como as relativas ao círculo hermenêutico, ao método construtivo da coerência, personificado no juiz Hércules de Dworkin, às noções de processo unitário do compreender (que dá a possibilidade de distinguir o arbítrio do não-arbítrio), de “história efetual”, de moralidade pessoal, comunitária e institucional, dentre outras, recomendam fortemente a consulta à obra utilizada como referência neste tópico, no ponto mencionado.

Isso, precisamente, para destacar que “as coisas” sempre fogem da universalidade das leis, e essa é a forma de se apresentar das questões práticas¹⁰⁹³ - tal como inclusive já se apontou alhures.

Se é assim – prossegue Arango-, de outra parte, a *equidade* é justamente a correção da lei, por força destas circunstâncias existentes nas questões práticas, graças a qual o juiz encontra um melhor direito (o autor, nesse ponto, cita Gadamer – VM, p.390: “Aristóteles mostra que toda lei se encontra em uma tensão necessária a respeito da concreção de atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática de todas sua concreção”).¹⁰⁹⁴ Esta é a posição em que se encontra quem aplica o Direito, segundo Gadamer: em uma situação concreta, o intérprete se verá obrigado a fazer concessões no que respeita à lei, não porque não seja capaz de fazer as coisas melhor, mas porque de outra forma não seria justo.

“No Direito positivo, afirma Gadamer, Aristóteles não vê o direito verdadeiro em si mesmo” – prossegue Arango. “Distingue o que é justo por natureza e o que é justo por lei. O direito natural humano – à diferença daquele dos deuses – *não é inalterável*. Há coisas que tendem a impor-se constantemente pela ‘natureza das coisas’ [por suas “especificidades”].” “A essa posição Aristóteles chama Direito Natural: ‘A *idéia de direito natural é completamente imprescindível frente à necessária deficiência de toda a lei vigente* [mas **atente-se aqui**, *direito natural nesse sentido aristotélico, muito diverso do sentido adquirido modernamente, como já foi exposto alhures*], e se faz particularmente atual onde se trata da ponderação da equidade, que é a que realmente encontra o direito’ [citando-se Gadamer, VM, p.391-2.]”. “Mas, anota Gadamer” – prossegue Arango -, “a sua é uma função crítica, na medida em que é *legítima a apelação ao direito natural somente onde surge uma discrepância entre dois direitos*”. Vale dizer: “*só nesta circunstância da colisão de direitos – equiparáveis quicá*”, diz o autor, “aos “casos difíceis” (“*hard cases*”) de Dworkin – o juiz deve acudir ao ‘direito natural’”.¹⁰⁹⁵

No entanto, importante é assinalar, como assevera ainda Arango, que *estes “conceitos morais” não constituem um ideal arbitrário*. “Em meio à sua variedade em diversos tempos e populações também *há algo assim como ‘a natureza das coisas’*. [cita-se aqui Gadamer, op.cit., p.392]”.¹⁰⁹⁶

E “a ‘natureza das coisas’ não é um padrão fixo ou atemporal, que se possa reconhecer e aplicar por si mesmo”. Em verdade, se trata de falar de “*‘imagens diretrizes’*, que valeriam unicamente *como esquemas e que se concretizariam na situação particular* do que atua”. Estas “imagens diretrizes” não se constituem num saber que se possa ensinar, são meros esquemas que se concretizam na situação particular do que atua. “não são, portanto, normas inscritas nas estrelas ou com um lugar inalterável em algum mundo natural moral, nem tampouco meras convenções [cita-se Gadamer, op.cit., p. 149]”, assevera Arango.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹³ Cf. ARANGO. *?Hay respuestas correctas....?*, op.cit., pp.99-100.

¹⁰⁹⁴ Id., ibid.

¹⁰⁹⁵ Cf. ARANGO. *?Hay respuestas correctas....?*, op.cit., pp.100-101, ressaltando tratar-se, aqui, de livre tradução com destaques apostos.

¹⁰⁹⁶ Cf. ARANGO. *?Hay respuestas correctas....?*, op.cit., p.101.

¹⁰⁹⁷ Id., ibid..

E nesse ponto, a relevante conclusão apresentada por ARANGO acerca das possibilidades da tese das respostas corretas é posta nos seguintes termos:

...Sob esta ótica, a tese da única resposta correta pode ser entendida como *o que é do caso, o que a realidade dita porque assim são as coisas*. O que é do caso vai ditando tudo o que sabemos. Não se trata aqui de nenhuma consonância com uma ordem universal, *mas de uma ponderação de equidade, que tomando em consideração todo o relevante de uma situação concreta, encontra o direito*. Da mesma forma que na experiência artística, a representação correta é a que possui verdade e validade para todos. Mas a correção *só se ganha na ocasionalidade ou concreção da situação*. Na decisão jurídica correta, como na representação artística, vem à superfície o que é o direito.¹⁰⁹⁸

Vale dizer: aqui, em essência, a conclusão de Arango só faz corroborar aquilo que já se adiantou, acerca da imprescindibilidade de se recuperar a busca pelo justo casuístico e o valor da diferenciação das decisões judiciais na base da consideração de sua faticidade (e, pois, singular irrepetibilidade), como meio de evitar o arbítrio judicial e angariar, assim, legitimidade jurisdicional.

O autor de referência menciona, então, que a *compreensão* aparece da consideração reflexiva das situações por decidir, que é uma modificação da virtude do saber moral. É uma forma também de juízo moral. Mas “...tampoco se trata aquí de um saber general, sino de algo concreto y momentáneo”. Afirma, em seguida, que “só se alcança uma *compreensão adequada da atuação do outro na medida em que se esteja numa relação de comunidade com ele*”. Diz que “o homem que compreende ‘não sabe nem julga a partir de uma situação externa e não afetada, senão a partir de um pertencimento específico que o une com o outro, de maneira que é afetado com ele e pensa com ele.’ [citando Gadamer, VM, pp.394-5]”.¹⁰⁹⁹

E de tudo o quanto foi exposto, extraem-se as seguintes considerações e conclusões finais de Arango¹¹⁰⁰:

Do anterior paralelo surge a **conclusão** de que a acusação de ‘iusnaturalista’ feita a Dworkin só pode ter o mesmo valor que a dirigida a Aristóteles, *sempre e quando se entenda que ‘a natureza das coisas’ e a ‘tese da única resposta correta’ cumprem uma função crítica, e não dogmática, na argumentação jurídica*. O papel dos conceitos morais de Dworkin, como em Aristóteles (lido por Gadamer), é o de servir de justificação às instituições da comunidade. Mas como membro reflexivo de sua comunidade, o juiz Hércules **está disposto a discutir o que é que exigem tais conceitos. Não se trata, então, de impor**

¹⁰⁹⁸ Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., pp.101-102- destaquei (livre tradução). O texto original, em espanhol, é o seguinte: “Bajo esta óptica, la tesis de la única respuesta correcta puede ser entendida como lo que es del caso, lo que la realidad dicta porque así son las cosas. Lo que es del caso va dictando lo que todos sabemos. No se trata aquí de ninguna consonancia con un orden universal, sino de la ponderación de la equidad que, tomando en consideración todo lo relevante de una situación concreta, encuentra el derecho.” E adiante: “Al igual que en la experiencia artística, la representación correcta es la que posee verdad y validez para todos. Pero la corrección sólo se gana en la ocasionalidad o concreción de la situación. En la decisión jurídica correcta, como en la representación artística, sale a flote lo que es el derecho”.

¹⁰⁹⁹ Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., p.102.

¹¹⁰⁰ O excerto citado, no texto original em espanhol, tem a seguinte redação: “Del anterior paralelo surge la conclusión de que la acusación de ‘iusnaturalista’ hecha a Dworkin sólo puede tener el mismo valor que la dirigida a Aristóteles, siempre y cuando si entienda que la ‘naturaleza de las cosas’ y la tesis de la única respuesta correcta cumplen una función crítica y no dogmática en el razonamiento jurídico. El papel de los conceptos morales en Dworkin, como en Aristóteles (leído por Gadamer), es el de servir de justificación a las instituciones de la comunidad. Pero como miembro reflexivo de su comunidad, el juez Hércules está dispuesto a discutir qué es lo que exigen dichos conceptos. No se trata, entonces, de imponer las propias convicciones al otro. Por el contrario, se trata de adoptar una actitud abierta al debate argumentativo, en el cual, dadas las condiciones de ciertas sociedades, están prácticamente excluidas las posibilidades de empate. En síntesis, los presupuestos hermenéuticos de la propuesta interpretativa sirven para librar a Dworkin de la acusación de objetivista moral.” (ARANGO, *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., pp.102-103).

*suas próprias convicções ao outro. Pelo contrário, se trata de adotar uma **atitude aberta ao debate argumentativo**, na qual, dadas condições de certas sociedades, estão praticamente excluídas as possibilidades de empate [ou seja, haverá de se achar “a” melhor resposta que atende ao questionamento feito para aquele caso concreto].*¹¹⁰¹

Em síntese: os pressupostos hermenêuticos da proposta interpretativa servem para livrar Dworkin da acusação de objetivista moral. Mas, além disso, corroboram o quanto já se disse e expôs acerca da fundamental relevância da necessidade de diferenciação das decisões judiciais pela valorização da faticidade e perseguição ao justo casuístico, como elementos de incremento da legitimidade da prestação jurisdicional contemporânea, por significarem também uma vigorosa busca de afastamento do arbítrio judicial, busca essa situada, entretanto, ainda no âmbito da construção de uma democracia constitucional em sentido amplo (por mutuamente inclusiva e participativa).

c) Exame sumário da tese “da” resposta correta na visão da hermenêutica jurídica desenvolvida por STRECK:

Como já foi destacado alhures, além do exposto por Arango nesse sentido, Streck defende a proximidade da hermenêutica desenvolvida por Gadamer com a tese de Dworkin¹¹⁰².

Refere, para tanto, que o “direito como integridade”, de que fala Dworkin, se aproximaria daquilo que na hermenêutica se denomina de “tradição autêntica”¹¹⁰³. Diz, ainda, que “a tese do

¹¹⁰¹ De se recordar aqui o que já foi dito antes: “a” melhor resposta está apresentada aqui no sentido daquela que *é a mais coerente* (a verdade, é bom sempre lembrar, a resposta verdadeira, não passa disso, i.e., é apenas a mais coerente no caso concreto) *com o direito positivo como um todo (justificação interna) e com a melhor teoria política subjacente a ele, somada à moralidade institucional (justificação externa)*. Dworkin, repita-se, identifica a verdade das proposições normativas com sua coerência. Em um sistema normativo avançado, só uma resposta entre as múltiplas possíveis para um caso difícil consegue ser “a” *mais coerente* e, portanto, “a” *correta*. (Op.cit., p.61, primeiro parágrafo).

¹¹⁰² Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.64, nota 11, e p.306, vg..

¹¹⁰³ Refere expressamente STRECK: “Daí a aproximação das teses aqui expostas com Dworkin, quando este diz que é possível distinguir boas e más decisões e que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, *os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam*. Importa acrescentar que Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para as construções/elaborações de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades (se se quiser, pode-se chamar isso de ‘segurança jurídica’ – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade).

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes inventam ou descobrem o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça e equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. O direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração [cita-se; ‘Cf. Dworkin, *O Império do Direito*, op.cit., pp.273 e segs.’]

Entendo, assim, que a integridade de que fala Dworkin se aproxima daquilo que podemos denominar de ‘tradição autêntica’, na medida em que é possível distinguir pré-juízos autênticos (verdadeiros) de pré-juízos inautênticos (falsos). Pré-juízos são antecipações. É a pré-compreensão que não dominamos. E como não há mais uma relação gnosiológica sujeito-objeto, o círculo hermenêutico nos permite que cheguemos antes de qualquer subsunção ou dedução. É possível dizer, desse modo, que a integridade será algo que não é a justiça, nem equidade. Não é objetivável, mas nos leva a estranhamento (à angústia) sobre algumas decisões que não atendem a ela. Dworkin acentua que não há uma hierarquia entre integridade, justiça e equidade, isto porque, ora ela poderá prevalecer e ora não prevalecerá. E não poderia ser diferente, já que afirmara que a integridade prevalece, ‘prima facie’, seria atentar contra a própria integridade. Seria uma contradição performática

direito como integridade¹¹⁰⁴ (respeito à tradição autêntica) é substancialmente antirrelativista e supera subjetivismos e objetivismos” – que seriam dois polos do positivismo, onde, num extremo, a prática legal seria ditada apenas pelas percepções subjetivas de juízes e advogados, e, noutro, seria determinada inteiramente por fatos preexistentes, como estatutos e decisões previamente postos¹¹⁰⁵.

Mas, segundo Streck, os pontos onde destacadamente haveria uma convergência destas duas posturas teóricas seriam (a) aquele referente ao fundamental repúdio à distinção entre conhecer, interpretar e aplicar (neste ponto estaria situada a tese central gadameriana da *applicatio*, pela qual interpretar é aplicar, ou seja, a ideia de que não é possível separar interpretação e aplicação¹¹⁰⁶), bem como (b) aquele outro, essencial, concernente ao rechaço da discricionariedade/arbitrariedade. Este último decorreria de um “acesso à moralidade institucional”, em Dworkin, e de uma correspondente possibilidade de “consciência da história efetual”¹¹⁰⁷, em Gadamer, que, por sua vez, surgiriam como

sustentar essa supremacia. Ou seja, não prevalece porque atender à integridade é deixar acontecer o que se antecipa (por isso não [há] cisão entre interpretar e aplicar, tal como na hermenêutica filosófica), permitindo uma resposta (correta) a partir e para além da justiça e da equidade”. (*Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.306-7 - destaquei).

¹¹⁰⁴ Segundo STRECK, “a coerência e a integridade são requisitos institucionais da prática jurídica” e, na visão e palavras de Dworkin, poderiam ser assim explicitados (coerência sendo mais e menos do que integridade, ao mesmo tempo): “Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais para o sistema como um todo. (...) A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva o juiz a ser mais abrangente e imaginativa na busca de coerência como princípio fundamental.” [cita-se: ‘Cf. DWORKIN, *O Império do Direito*, op.cit., pp. 264-265.’]” (Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.308 – destaquei.).

¹¹⁰⁵ STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.308-9.

¹¹⁰⁶ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p. 64.

¹¹⁰⁷ “**Compreender é, essencialmente, um processo de história efetual.** Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos sempre sob os efeitos da história efetual. Como diz Gadamer, ela determina de antemão o que se mostra a nós de questionável e como objeto de investigação; e nós esquecemos logo a metade do que realmente é; mais ainda, esquecemos toda a verdade desse fenômeno, a cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade. D’onde fazer hermenêutica é desconfiar de nossos pré-juízos. Aquilo que se apresenta como um caso ‘simples’ deve ser olhado de soslaio. Os efeitos da história efetual operam em toda a compreensão. A dificuldade consiste, pois, em saber o quanto estamos ‘conscientes desses efeitos’ (quando alguém opera por subsunção, gerando decisões absolutamente equivocadas, está-se seguramente diante desse problema). Afinal, isso envolve a faticidade, o nosso modo prático de ser-no-mundo, que fica ‘obnubilado/velado pela objetificação dos fenômenos, a partir do esquema sujeito-objeto’. **Deixar de lado o mundo prático é negar a história efetual** na ingenuidade da fé metódico-procedural. Por isso não se pode esquecer que o método é o supremo momento da subjetividade.

A **consciência da história efetual** é, em primeiro lugar, **consciência da situação hermenêutica** em que está o intérprete. Ocorre que o tornar-se consciente de uma situação é uma tarefa que em cada caso se reveste de dificuldade própria, porque não temos um saber objetivo sobre ela. Nós estamos nela, já nos encontramos sempre numa situação, cuja iluminação é nossa tarefa. Trata-se da abertura da clareira (*Lichtung*) para a emergência do sentido. Em síntese, **tudo o encontro com a tradição** realizado com consciência histórica experimenta por si mesmo a **relação de tensão entre o passado e o presente. A tarefa hermenêutica consiste em não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente.** Aqui retornamos ao **problema do sentido comum teórico (tradição ilegítima [inautêntica] do direito)** e à necessidade de sua superação, possibilitando que o intérprete se localize no interior do paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo consciência do papel da Constituição, da jurisdição constitucional (mecanismos de controle da constitucionalidade), do núcleo político da Constituição (construção de um Estado Social), das promessas (ainda incumpridas) da modernidade, da tensão entre texto e norma, entre vigência e validade, da noção paradigmática dos princípios na superação do ‘mundo’ das regras, apenas para lembrar alguns pontos ‘iluminadores’ da situação hermenêutica e, portanto, da tradição em que está inserido.

Mas quais as condições de possibilidade que possui o intérprete para compreender essa fenomenologia? Ou de estranhar o que até então lhe era familiar? A resposta não é simples. Sem modificar o nosso modo de compreender o mundo, sem superar o esquema sujeito-objeto, sem superar uma cultura manualesca que assola e domina o imaginário dos juristas, sem superar a discricionariedade positivista...parece temerário falar no resgate do papel transformador do direito, entredido como aquele

possibilidades precisamente em consequência do modo de se entender a *compreensão* nestas teorias, ou melhor, daquela citada impossibilidade de cisão do compreender que elas acolhem como pressuposto fundante.

Como poderá ser percebido no decorrer destas reflexões, há pontos importantes de convergência entre hermenêutica filosófica e a proposta interpretativa do direito de Dworkin (nesse sentido, o importante trabalho de Rodolfo Arango, op.cit.), que vão desde o rechaço da distinção entre conhecer, interpretar e aplicar, até – e fundamentalmente – o rechaço da discricionariedade/arbitrariedade. *Em Dworkin a garantia contra a arbitrariedade está no acesso a uma moralidade institucional; em Gadamer essa ‘blindagem’ se dá através da ‘consciência da história efetual’, representada pela suspensão de todo o juízo e questionamento dos próprios pré-juízos por parte do outro e pelo texto. Em Dworkin, há uma única resposta correta; na hermenêutica, a partir dos dois teoremas fundamentais (círculo hermenêutico e diferença ontológica) e na leitura que faço de Gadamer, há uma resposta verdadeira, correta; nem a única, nem uma entre várias corretas, apenas “a” resposta, que se dá na coisa mesma.*¹¹⁰⁸

Consequentemente, menciona noutro ponto o autor de referência, “a resposta correta aqui trabalhada é a resposta hermeneuticamente correta, que, limitada àquilo que se entende por fenomenologia hermenêutica, poderá ser denominada de verdadeira”, ressaltando a partir daí que “se por verdadeiro entendermos a possibilidade de nos aproximarmos de pré-juízos autênticos e, dessa maneira, podermos distingui-los de pré-juízos inautênticos”¹¹⁰⁹ (sendo que aí “a tradição será esse ‘vetor’ de sentido”)¹¹¹⁰ – nisso tudo restando destacado, a um só tempo, os fundamentais pontos de contato e já de alguma diferenciação entre tais posturas.

Em verdade, “a resposta correta é, pois, ‘*applicatio*’ (superada, portanto, a cisão –metafísica – do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação)”, assevera STRECK¹¹¹¹. E como também em Dworkin, segundo Arango, este elemento é fundamental, parece restar suficiente e pertinentemente caracterizada a dita aproximação entre tais posturas em foco, por este ângulo. Senão, considerem-se as seguintes colocações de ARANGO, a respeito do tema:

que exsurge do papel dirigente e compromissário da Constituição. Disso tudo é possível extrair a seguinte assertiva: ou se acaba com a estandardização do direito ou ela acaba com o que resta da ciência jurídica.” (*Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.355-357 – destaquei).

¹¹⁰⁸ Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, p. 64, nota de rodapé n. 11 (destaquei).

¹¹⁰⁹ C “...procurando permanecer fiel às coisas mesmas, à intersubjetividade, ao mundo prático, à faticidade, à busca da construção de um ‘comportamento constitucional’ já referido anteriormente, torna-se necessário supear as diversas posturas que ainda percebem o direito a partir de ‘hipóteses, categorias, construções imaginárias, ou de quaisquer outras herdadas da tradição filosófica de índole metafísica’ (Villalibre). Para tanto, a resposta correta para cada caso deverá estar revestida – e será resultante – da **condição hermenêutica suprema: a suspensão dos pré-juízos que deve se dar quando algo nos interpela**. No dizer de Gadamer, uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar na própria compreensão a realidade da história. No fundo, a **consciência dos efeitos da história cumpre o papel da ‘moralidade institucional’ de que fala Dworkin**. As bases para a explicitação do compreendido e a iluminação da situação hermenêutica dependem da **consciência da história efetual**. Esta explicitação é a justificação da resposta. É, pois, a própria resposta **traduzida em linguagem jurídica**. A ‘*applicatio*’ evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da **antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica filosófica**. Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a transformar-se em um ‘simples resultado’ manipulável pelo intérprete. (...) Ora, a pré-compreensão antecipadora de sentido de algo ocorre à revelia de qualquer ‘regra epistemológica’ ou método que fundamente esse sentido. Não há métodos e tampouco metamétodos ou metacritérios (...). A compreensão de algo como algo (etwas las etwals) simplesmente ocorre, porque o ato de compreender é existencial, fenomenológico, e não epistemológico. (...) Daí que, por mais que o caso seja passível de ser ‘resolvido por intermédio de uma ipeação dedutiva’ (sic), o ato interpretativo já estará impregnado pelo sentido (antecipado, pré-compreendido) que o intérprete tem da Constituição, que não decorre, obviamente, de sua subjetividade (assujeitadora). Repita-se: a compreensão, condição de possibilidade para a interpretação, é um existencial (portanto, não procedimental), pois não decorre da relação sujeito-objeto.” *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp.363-364 (destaquei).

¹¹¹⁰ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.308.

¹¹¹¹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.309.

La concepción interpretativa del derecho disputa con otras concepciones, que llama semánticas, el ser la teoría que mejor explica el derecho. Según Dworkin, las doctrinas no interpretativas no logran dar cuenta de la existencia de desacuerdos teóricos en el derecho, ni precisar lo que hace que una proposición normativa sea verdadera o falsa. *El derecho como interpretación*, por el contrario, *resuelve el acertijo del sentido de las proposiciones normativas a partir de la perspectiva interna del participante de una tradición jurídica*. En el punto de partida interno a la práctica jurídica se evidencia la originalidad de su teoría frente a la teoría jurídica anterior. (...)

La denominación de teorías semánticas dada al positivismo de Hart, aun cuando no parece ser correcto que el positivismo se reduzca los desacuerdos a meras divergencias lingüísticas sobre el uso de la palabra derecho, es afortunada en relación con la crítica a la fijación empirista de los jueces que adoptan esta perspectiva. La clara distinción entre el concepto del derecho y los criterios de su aplicación, muestra cómo *para el positivismo metodológico de Hart las funciones cognoscitiva, normativa y reproductiva de la comprensión, se mantienen separadas*. La *dogmática jurídica asume esta separación* y ofrece a los operadores jurídicos una descripción del material jurídico. Los jueces, por su parte, en la resolución de los casos concretos, recurren a la ley y a la dogmática para fijar el alcance de las normas y determinar la verdad de las proposiciones normativas, para luego pasar a aplicar las normas a la situación que se les presenta. *No obstante, precisamente esta separación de las funciones cognoscitiva, normativa y reproductiva de la comprensión, es rechazada por la hermenéutica filosófica de Gadamer [cita-se Gadamer, VM, p.381] y la teoría jurídica de Dworkin, para quien la descripción, la interpretación y la aplicación del derecho conforman un proceso unitario.*¹¹¹²

Mas a despeito desta similitude essencial, que conduz à já referida similaridade das posturas teóricas em foco também na questão da tese da resposta correta, se faz necessário ressaltar o que há de diferente entre elas quanto a este ponto específico.

Sobre esta questão, STRECK destaca, em primeiro lugar, que embora se trate de ponto fundamental para se assentar uma prestação jurisdicional afastada do acolhimento de discricionariedades judiciais que seria sinônimo da prática de verdadeiras arbitrariedades¹¹¹³ (e, assim,

¹¹¹² Cf. ARANGO. *¿Hay respuestas correctas...?*, op.cit., pp.32-33 (destaquei).

¹¹¹³ Considere-se o que diz DWORKIN a respeito do ponto, quando fala do que chama de “interpretação criativa” e esclarece que ela *não significa que o intérprete possa, no entanto, dizer qualquer coisa sobre o que interpreta*, de forma compromissada apenas com o que desejaria que o que está sendo interpretado significasse: “Defenderei aqui uma solução diferente: a de que a interpretação criativa não é conversacional, mas ‘construtiva’. A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, *a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objetivo ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou outra de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fosse*; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas devam ser compartilhadas. *Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos*, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. *Do ponto de vista construtivo, a interpretação construtiva é um caso de interação entre propósito e objeto.*”(C.f. DWORKIN, *O Império do Direito...*, op.cit., pp. 62, 63 e 64 – destaquei).

Veja-se, para uma melhor compreensão das aproximações e distanciamentos do exposto com a postura de Gadamer sobre o tema, a nota de rodapé de n.2, p.62, na citada obra de Dworkin, onde aquele autor aponta as bases da discussão sobre a interpretação criativa, como [apenas um caso de] interpretação conversacional [solução a que Dworkin pretende dar outra alternativa]. Neste ponto, Dworkin traz o conceito de ‘verstehen’, de Dilthey (“...o tipo de entendimento que adquirimos ao saber o que outra pessoa quer dizer com aquilo que diz (poderíamos dizer que esse é um sentido da compreensão no qual entender alguém implica chegar a um entendimento com tal pessoa), em vez de descrever todas as possíveis maneiras ou modalidades de entender seu comportamento ou sua vida mental...”), e aponta a continuidade do debate sobre este tema em Gadamer e Habermas, a partir da tomada de direções diferentes pelos referidos “mestres contemporâneos”, como eles os denomina. Quanto à posição de Gadamer sobre o tema em questão, Dworkin refere: “Gadamer acha que a solução de Dilthey pressupõe o aparato hegeliano que Dilthey ansiava por exorcizar (Ver H.G. Gadamer, *Truth and Method*, em particular pp. 192-214 [tradução inglesa, 2ª ed., Londres, 1979].) Acredita que a consciência histórica arquimediana que Dilthey imaginou possível, livre daquilo que Gadamer chama, no sentido especial que dá ao termo, de preconceitos, é impossível, que o máximo que podemos esperar alcançar é uma ‘consciência histórica efetiva’ que pretende ver a história não a partir de

encontrar um ponto de equilíbrio que torna possível uma jurisdição comprometida com um substancialismo constitucional e ao mesmo tempo com uma democracia plural e aberta), não seria o caso de simplesmente “aderir”¹¹¹⁴ à tese da *única* resposta correta de Dworkin¹¹¹⁵ (*‘the one right answer’*, como posto em seu *O Império do Direito*). Chega a afirmar que considera até mesmo “sem relevância ‘prática’” a discussão específica sobre se é possível propriamente *uma única* resposta correta”¹¹¹⁶.

Isso por que, em verdade, o que realmente importaria para o fim maior de evitar a discricionariedade judicial seria simplesmente *a possibilidade de se encontrar “a” resposta correta para cada caso individual e irrepitível* (nem a única, nem uma entre várias possíveis)”¹¹¹⁷. Em seu modo de ver, a tese fundamentada na hermenêutica, “porque lastreada na incindibilidade entre texto e norma e entre fundamentação e aplicação, admite que se encontre sempre ‘a’ resposta correta: nem a única, nem uma entre várias possíveis”- repita-se. “Trata-se”, prossegue STRECK, “da ‘resposta’, que exsurge como *síntese hermenêutica*, enquanto descrição fenomenológica, e que será o ponto de estofo em que se manifesta *a coisa mesma (die Sache selbst)*.” Logo

Na medida em que o caso concreto é irrepitível, a resposta é, simplesmente uma* (correta ou não) *para aquele caso. A única resposta acarretaria uma totalidade, ‘em que aquilo que sempre fica de fora de nossa compreensão seria eliminado’. O que sobra, o não-dito, o ainda-não-compreendido, é o que pode gerar, na próxima resposta a um caso idêntico, uma resposta diferente da anterior. Portanto, não será a única resposta, será sim, ‘a’ resposta.

A única resposta correta é, pois, um paradoxo: trata-se de uma impossibilidade hermenêutica e, ao mesmo tempo, uma redundância, pois a única resposta acarretaria o seqüestro da diferença e do tempo (não esqueçamos que o tempo é a força do ser na hermenêutica). E é assim porque é conteudística, exurgindo do mundo prático. Ou seja, a resposta correta só pode ocorrer levando em conta a conteudística.¹¹¹⁸

Assim, uma diferença da postura hermenêutica, na visão de Streck, em relação à tese de Dworkin, quanto à única resposta correta, residiria precisamente na noção de que a resposta haverá de ser necessariamente uma, ou “a” resposta correta, para o caso concreto irrepitível, mas não única, porque sempre haveria pelo menos a possibilidade de um caso “idêntico” (*rectius*, muito similar, se for o caso de se pensar ao menos na questão da inexorável passagem do tempo que torna cada caso

nenhum ponto de vista específico, mas compreender como nosso próprio ponto de vista é influenciado pelo mundo que desejamos interpretar.” (C.f. DWORKIN, *O Império do Direito*..., op.cit., pp. 62-63, nota de rodapé n.2).

¹¹¹⁴ Cf. *Verdade e Consenso*..., op.cit., p. 314.

¹¹¹⁵ E nesse ponto faz questão de destacar STRECK que, embora as aproximações entre DWORKIN e GADAMER referidas por ele e que são inclusive reveladas pela verificação do que consta expressamente de *O Império do Direito* (particularmente pp. 75 e ss.), a hermenêutica filosófica não seria a teoria de base adotada por Dworkin: “Não devemos esquecer, já de início, a diferença entre o sistema jurídico da ‘common law’ e da ‘civil law’, além do fato de que a tese aqui sustentada está baseada na hermenêutica filosófica, que – embora, a toda evidência, seja possível fazer uma aproximação Gadamer-Dworkin [destaca, na nota de nº 36, p.314, nesse ponto, que tal aproximação é feita por ARANGO, op.cit., p.33] – *não é a teoria de base adotada pelo jusfilósofo americano*. De todo modo, há de se compreender que ‘o juiz Hércules’ é um tipo ideal e metafórico criado por Dworkin para demonstrar a tese da única resposta correta.” (Cf. *Verdade e Consenso*..., op.cit., p. 314-5).

¹¹¹⁶ Id., p.315. Streck refere ainda aí que “de qualquer modo, há de se compreender que o ‘juiz Hércules’ é um tipo ideal e metafórico criado por Dworkin para demonstrar a tese da única resposta correta.”

¹¹¹⁷ Para uma citação completa: “Em síntese, a tese aqui fundamentada na hermenêutica, porque lastreada na incindibilidade entre texto e norma e entre fundamentação e aplicação, admite que se encontre sempre ‘a’ resposta correta: nem a única, nem uma entre várias possíveis. Trata-se da ‘resposta’, que exsurge como síntese hermenêutica, enquanto descrição fenomenológica, e que será o ponto de estofo em que se manifesta a coisas mesma (*die Sache selbst*).” (Cf. *Verdade e Consenso*..., op.cit., p. 317.).

¹¹¹⁸ Cf. *Verdade e Consenso*..., op.cit., p. 317 (destaquei).

sempre único, ou, precisamente, ‘irrepetível’) vir a ter uma resposta diversa da anterior, justamente porque há sempre a possibilidade da progressão da compreensão, no que respeita à releitura incessante havida a partir da noção de círculo hermenêutico.

Nisso, aliás, residiria a vantagem ou a grande virtude hermenêutica: a de estar aberta para uma crítica evolução ou progressão na compreensão¹¹¹⁹ dos textos em seus contextos - a partir também da consideração do diálogo e da faticidade -, e, pois, dos significados devidos no momento em que se interpreta, permitindo a expressão da diferença e da diversidade. E nisso também, sua particular aptidão para viabilizar a participação efetiva e transformadora a partir da ação ‘do outro’ (dos cidadãos-demandantes, ou partes, no caso do processo judicial) nos momentos de construção de significado das regras de convivência democrática pela via da interpretação/aplicação judicial. Isso tudo, sem que se chegue, assim, a um voluntarismo ou decisionismo que seja incompatível com a própria democracia (na sua expressão representativa e, mesmo, constitucional) – exatamente porque partes, circunstâncias, argumentos, provas, tempo etc. sempre permitirão, em princípio, a permanente reconstrução de sentido do disposto nas regras de convivência (Constituição e leis) em casos futuros, a partir das realidades trazidas novamente à consideração do intérprete, das coisas mesmas, mas sempre de alguma forma seriamente comprometida com o que já foi elaborado antes.

No entanto, nesta altura da exposição, parece necessário apontar que talvez as concepções de possibilidade de resposta correta apresentadas pelas duas posturas, em verdade, não se distanciem tanto. Isso porque essa possibilidade de transformação da resposta em casos (muito similares) futuros não parece ser essencialmente negada por Dworkin. Talvez a divergência maior aí resida na designação diversa do que seja um caso único ou irrepetível, ou do que se compreenda como resposta única.

Veja-se que, a rigor, se cada caso concreto é irrepetível em suas particularidades diversas, ou, no mínimo, em especificidade temporal, não se poderia falar de casos “idênticos” (e as respostas, então, seriam sempre também diferentes ou “únicas” nesse sentido, como afirma Dworkin). Todavia, noutro sentido, se fosse possível compreender que, mesmo sendo a irrepetibilidade do caso a marca definidora da possibilidade de se encontrar “a” resposta mais adequada constitucionalmente para ele (ou mais adequada ao direito considerado como um todo), ainda haveria espaço para que certos casos – por mínima a sua diferenciação de tempo e de circunstâncias – pudessem ser considerados praticamente “idênticos” (ou muito similares), como parece considerar Streck, aí não seria mesmo o caso de se falar em resposta “única”. Na medida em que os casos “idênticos” (i.e., muito similares no que lhes fosse absolutamente fundamental) surgissem novamente no horizonte de consideração do juiz/intérprete seria possível, eventualmente, uma sua nova compreensão (e, pois, uma nova resposta) – o que, de qualquer sorte, não alteraria o fato de que a irrepetibilidade de cada caso concreto, ou melhor, a sua singularidade inigualável em toda a sua inteireza, tenha determinado a possibilidade de se encontrar “a” resposta correta para ele (ou seja, a que lhe seria mais adequada constitucionalmente, à luz do contexto particular em que ele se apresentou ao intérprete/aplicador).

Destarte, o que resta de significativo da verificação e consideração destas “diferenças” é, por estranho que pareça, a constatação da similaridade essencial de tais posturas. E mais, a constatação de

¹¹¹⁹ A respeito, conferir a noção ou ideia de “horizonte” em Gadamer, externando o devir de uma compreensão que, de fato, nunca tem fim, nunca se alcança definitivamente.

que esta similaridade residente na noção de que *os casos concretos são irrepitíveis, inigualáveis*, e de que, por conseguinte, *devem ser compreendidos/intepretados sempre a partir dessa sua especificidade diferenciadora única*, o que, afinal, é o que garante a possibilidade de se divisar a mais adequada resposta para cada caso em exame (entendida esta como a mais adequada constitucionalmente – para a hermenêutica –, como sinônimo de correção ou de “verdade”, ou como a mais coerente com os critérios utilizados por Dworkin para que seja tida por “correta” ou “verdadeira”, na limitada acepção já mencionada alhures).

Aliás, as seguintes considerações de STRECK¹¹²⁰ acerca do valor da irrepitibilidade dos casos, ou da necessária consideração das particularidades diferenciadoras das situações, na medida em que a aplicação, em sentido lato, sempre se faz à luz do concreto, e não de abstrações, auxiliam no mais adequado ou suficiente entendimento desta questão:

Essa discussão acerca do que seja ‘interpretação’ ou ‘compreensão’ em abstrato (sic) pode levar a mal-entendidos. (...) mesmo quando ‘simplesmente lemos o Código Penal’, estamos aplicando. *Aplicação, no sentido hermenêutico* (‘applicatio’) *não é apenas aplicação a uma situação concreta em termos judiciais*. É neste ponto que está a diferença que faz a diferença: a diferença ontológica entre texto e sentido do texto, isto é, *mesmo a leitura do texto não se faz em abstrato*. Quando falamos de um lápis, não pensamos em um ‘lápis em geral’ ou em ‘conceito de lápis’ (lembramos, se quisermos permanecer fiéis á hermenêutica de cariz fenomenológico: o ser não é um ser em geral; o ser não é um ente; o ser não pode ser visto; o ser serve para dar sentido aos entes). Na verdade, pensamos, sim, **em um ‘determinado’ lápis; aquele lápis; um ‘dado lápis’, que, por sua vez, estará em algum lugar, imaginário ou não, (mas, sempre, em algum lugar)**. Para melhor ilustrar a questão, remeto o leitor à introdução do capítulo oitavo da obra ‘Realismo de Rosto Humano’, em que HILLARY PUTNAM apresenta o seguinte relato –que ilustra muito bem o ponto em discussão: ‘O conde Alfred Korzybski costumava afirmar que para dizer de nada que é nada – por exemplo, dizer do meu carro que é um automóvel – é falsear, uma vez que (e mantendo o exemplo do meu carro) *existem muitos automóveis e o meu carro não é idêntico a nenhum deles, nem é idêntico à Idéia Platônica de um automóvel*. Como parte da pseudociência que criou, a pseudociência da ‘Semântica Geral’ recomenda que se deve utilizar a palavra ‘et cetera’ tantas vezes quantas as possíveis. Segundo o meu ponto de vista, seria altamente terapêutico dizer ‘Isto é um automóvel, etc.’ e não ‘Isto é um automóvel’, para não esquecer que o ‘isto’ referido (o meu carro) **tem infinitamente mais propriedades do que as mencionadas na minha afirmação.**’ (Putnam, Hilary. *O realismo de rosto humano*. Lisboa. Piaget, s/d., op.cit.).¹¹²¹

¹¹²⁰ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p. 64-65-66, nota de rodapé n. 11 (destaquei).

¹¹²¹ E prossegue Streck, dando maiores esclarecimentos sobre o ponto: “Em HEIDEGGER, remeto o leitor para o seguinte exemplo: ‘todos ejecutamos ahora –unos com otros –mirando a esta tiz [giz] el enunciado: ‘la tiza es blanca’. Este enunciado se funda en nuestro ser-cabe esto que tengo aquí delante. *Pero esto nuestro ser cabe la tiza **no es nunca igual ni siquiera em cada dos de todos nosotros***. Pues aun prescindiendo de todo lo demás, basta tener presente la orientación espacial en la que cada uno nos encontramos respecto a la tiza, para poder decir que cada ser cabe la tiza, que cada esse apud la tiza de cada uno de nosotros es distinto. *Mas aún, no solo resulta que fácticamente cada ser-cabe de cada uno de nosotros **no es igual**, sino que **tampoco puede ser nunca igual sin diferencias, ni fácticamente ni tampoco esencialmente***. Pero la diversidad de orientaciones espaciales podría remediarse; cada existencia podría, por ejemplo, ponerse en mi lugar y tener desde aquí la tiza ante si. Ciertamente, cada uno de nosotros puede ocupar el lugar del otro, **pero nunca al mismo tiempo**. **El punto temporal** sería necesariamente diverso, y cuando es el mismo, entonces es **el lugar** el que necesariamente tiene que ser necesariamente distinto. Es decir, no hay, ningún ser-cabe, no hay ningún esse apud y, correspondientemente, **no hay ningún comportamiento que sea igual**. Si ser-unos-con-otros, o ser-uno-con-otro, significase tanto como comportarse de forma igual respecto a una cosa, entonces no habría ser-unos-con-otros. Y, sin embargo, decimos com toda razón, y sabiendo muy bien lo que decimos, es decir, em um sentido bien inteligible, que todos nosotros, ‘los unos com los otros’ nos comportamos respecto a la tiza. Por tanto, lo igual es, no nuestro comportamiento-respecto-a, no nuestro habernos-acerca-de, *sino que lo que es igual es aquello respecto a lo que nos comportamos*. Pero,? Es que de verdad vemos todos la misma tiza?, ?es que los que están sentados en el último banco ven una tiza igual a la que yo veo? Por supuesto que no. Lo que están sentados en el último banco estarán de acuerdo conmigo y dirán naturalmente que no, aunque sólo sea porque para quienes miran la tiza desde el último banco, lo que ellos ven em la parte anterior de la tiza, es lo que a mí, a la inversa, me queda en su parte posterior. Lo que vemos en la tiza y, portanto, aquello respecto a lo que nos comportamos, es, pues, también distinto, pero digo aún más: los que están sentados en el último banco em su ser-cabe la tiza que está aquí delante no soamente no ven de

De resto, a “busca de respostas corretas não pode sofrer críticas porque estaria assentada em um juiz que ‘carregaria o mundo nas costas’. Ao contrário”, no dizer de Streck. “A busca de respostas corretas é um remédio contra o cerne do modelo que, dialeticamente, engendrou-o: o positivismo e sua característica mais forte, a discricionariedade.” Até por que, segundo refere ainda aquele autor, “não há um Hércules no modelo de hermenêutica aqui trabalhado (não podemos esquecer que o Hércules de Dworkin instala-se na teoria do direito para demonstrar que a discricionariedade é antidemocrática e que, ao rejeitar qualquer posição pessoal do juiz e colocar a ênfase na sua responsabilidade política, superou o esquema sujeito-objeto).”¹¹²² Por conta de tudo isso, então, é que conclui Streck: “...mais do que uma possibilidade, a busca por respostas corretas em direito é *uma necessidade*”¹¹²³ e, ainda, uma metáfora:

Por isso, a resposta correta proposta na presente obra, a partir de uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), deve ser entendida como uma metáfora. Afinal, metáforas servem para explicar coisas. Isso, à evidência, implica pensar esse modelo dentro de suas próprias possibilidades. Com efeito, metáforas são criadas porque se acredita que um determinado fenômeno poderá ser melhor explicado a partir da explicação já consolidada de um outro fenômeno, ou seja, a ‘operação com que transferimos significados não-sensíveis para imagens ou remetemos elementos sensíveis a esferas não-sensíveis’. (...) A metáfora é entendida, assim, como a possibilidade, a partir da diferença ontológica, de ‘ligar’ significantes e significados. A metáfora significa a impossibilidade de sinomias ‘perfeitas’.

Em suma: a possibilidade da resposta correta é a expressão metafórica de uma necessidade real do direito (factível) de obter soluções corretas para cada caso, no sentido de que se pretendam acertadas e “verdadeiras” (na acepção limitada já mencionada outras vezes) para aquelas singularidades trazidas à luz do posto na Constituição e no direito como um todo, como verdadeiro remédio contra a vigente noção contrária (do positivismo e da dogmática) de uma, no fundo, livre discricionariedade dos juízes no desempenho último de seus misteres, que conduz ao arbítrio judicial e ao conflito com ideais democráticos (mesmo aqueles não puramente comprometidos com dogmas da representatividade).

É preciso salientar, de qualquer sorte, que há diferenças outras entre as posturas relativas à possibilidade da resposta correta, como expressão da luta contra a discricionariedade ou arbítrio judicial, enquanto elemento de resgate e incremento da legitimidade jurisdicional em democracias constitucionais.

Nesse ponto, há de se dizer que DWORKIN sustenta a tese da (única) resposta correta como possível somente em “sistemas jurídicos avançados”, isto é, em sistemas que detenham uma complexidade e densidade tais, em termos de normas e precedentes, que permitam se pensar numa “história institucional da comunidade”, como fonte à disposição do juiz para encontrar parâmetros de

hecho una tiza igual a la que yo veo, y ello no solo porque lo que vemos ofrezca de hecho diferencias, sino porque em el caso presente tal cosa queda excluída por principio. Y es que para alguien que está sentado detrás pueda ver una tiza igual a que yo veo, para eso tendría que haber por lo menos dos tizas. *Pues la igualdad, el ser-igual-a, presupone esencialmente pluralidad.* Cada uno de nosotros, pues, no es que vea una tiza igual, es decir, no es que vea la misma tiza porque sea igual y se vea igual, sino que todos unos con otros vemos la misma. Mismidad e igualdad son dos cosas distintas.’ Heidegger, Martin. Introducción a la filosofía. Madrid. Frónesis, Cátedra Universitat de Valencia, 1996, pp.98 e 99.” (Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p. 64-65-66, nota de rodapé n. 11 (destaquei).

¹¹²² Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p. 343.

¹¹²³ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.344 (para a citação destacada seguinte, inclusive).

solução dos casos que lhe são trazidos a exame (donde excluídos estariam, em princípio, sistemas postos em democracias periféricas relativamente recentes, segundo esta visão). Com isso concorda RODOLFO ARANGO, mas diverge STRECK, sustentando a possibilidade de obtenção de respostas corretas mesmo em sistemas jurídicos como o brasileiro, como se verifica do excerto que segue:

Daí a impossibilidade de concordar com a assertiva de DWORKIN, no sentido de que a tese da (única) resposta correta somente seria factível em ‘sistemas jurídicos avançados’, entendidos como aqueles que se constituem em complexos normativos suficientemente densos em normas e precedentes que permitam a um juiz resolver casos a partir da história institucional da comunidade. Assim, para ele, um sistema jurídico incipiente em normas e tradições jurídicas seria tão incerta na regulação da conduta dos indivíduos que somente poderia operar mediante o exercício da discricionariedade em sentido forte, o que se contrapõe à tese da resposta correta. Ou seja, sistemas jurídicos atrasados possuem uma relação direta com a discricionariedade dos juízes.

Talvez as objeções de DWORKIN (*‘Taking Rights Seriously’*) – compartilhadas, v.g., por RODOLFO ARANGO – devessem ser invertidas. Com efeito, em primeiro lugar, é possível – e razoável – sustentar que um sistema jurídico é atrasado (portanto, não avançado) não pela ausência de mecanismos vinculativos de decisões judiciais, e, sim, exatamente pela prevalência da discricionariedade em sentido forte, que acaba redundando, por razões paradigmáticas (prevalência do esquema sujeito-objeto) e meramente pragmáticas, em arbitrariedades. É, pois, a presença da – antidemocrática – discricionariedade (portanto, do positivismo) que acarreta o atraso do sistema. Em segundo lugar, penso que um sistema de precedentes não assegura por si só a possibilidade de maior coerência e integridade do direito, porque, em face da não superação do positivismo, os precedentes acabam sendo transformados em pautas gerais, categorias ou significantes primordiais-fundantes, ou seja, transformados em ‘regras’, os precedentes sempre necessitam de novas vinculações.¹¹²⁴

Nesse sentido, relevantes são estas considerações da visão hermenêutica, por que franqueiam e justificam o acesso das democracias periféricas a este diferenciado modo de ver o direito e sua aplicação, em termos de busca por resgate e incremento de legitimidade em democracias constitucionais.

Por fim, é de se salientar que há outras teorias também a defender a existência de respostas corretas. Como menciona o próprio STRECK, “não se ignora que HABERMAS e ALEXY (para citar apenas estes, pela importância incomensurável no campo das teorias discursivas) também defendem a existência de respostas certas (corretas).”¹¹²⁵

De modo que também aqui, na busca por soluções e na luta contra a discricionariedade judicial, se irmanam estas diferenciadas posturas teóricas contemporâneas¹¹²⁶, ao menos como manifestação de sua inserção comum na faixa espectral da construção de uma “racionalidade

¹¹²⁴ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp. 329-330 (destaquei).

¹¹²⁵ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p. 317. A respeito, conferir o que se diz sobre a postura teórica de ALEXY na p. 317 – do que se destaca aqui apenas o seguinte excerto: “Alexy defende uma ‘versão fraca da única resposta correta’ de Dworkin, mas, ao mesmo tempo, sustenta a ponderação como ‘método’ para a resolução de conflitos entre princípios e regras, o que não afasta o problema da discricionariedade (...)”-, bem como o que se coloca a respeito da posição teórica de HABERMAS, quanto ao ponto, nas pp.318-319 – do que se destaca apenas o seguinte aqui: “Já a diferença entre a resposta correta que aqui defendo, a partir da hermenêutica filosófica, e a defendida por Habermas [cita-se: Cf. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt a/M, Suhrkamp, 1992, p.267.] (que fala em ‘única resposta correta’) reside na seguinte questão: enquanto naquela resposta correta se dá na diferença, na coisa mesma, na incindibilidade entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, *nesta a (única) resposta correta se dá na adequação (adequabilidade), no discurso previamente fundamentado com a situação concreta...*” (op.cit., p. 318-destaquei).

¹¹²⁶ Malgrado as relevantes críticas que possam ser ofertadas contra as teorias discursivas e da argumentação precisamente quanto a este particular, nos dizeres de Streck, segundo o já referido.

complexa” para lidar com o mundo da modernidade presente, e, portanto, no âmbito das teorias que se encontram dirigidas a um resgate da legitimidade da prestação jurisdicional – em contraposição àquelas outras, da dogmática positivista revisitada e reavivada, que, ao contrário, tendem de forma clara à desagregação da legitimidade jurisdicional.

E isso permanece assim, mesmo que se tenha de levar em conta, outrossim, ao menos para fins de reflexão¹¹²⁷, as advertências, tanto de Arango quanto de Streck, acerca das particulares dificuldades de tais teorias precisamente no trato desta problemática em especial – tal como já referidas em notas -, e, pois, a consequente afirmação no sentido de que, nos dizeres do último autor mencionado: “neste ponto estou de acordo com ARANGO: a tese da resposta correta somente é factível a partir da hermenêutica filosófica (assim como da fenomenologia hermenêutica de cariz heideggeriano)”¹¹²⁸. No momento que se vive na modernidade presente o relevante, mais do que tudo, é já a proposta de busca pela correção das respostas, a pretensão de se atingir esta resposta correta, que, por si só, introduz a postura teórica no lugar reservado àquelas que buscam a “racionalidade complexa” – e, pois, a legitimidade jurisdicional -, em detrimento da degradação (desta legitimidade) que vem sendo causada pela ação das posições identificadas com o paradigma da “racionalização simplificante”.

De qualquer sorte, tudo isso remete ao que foi de certa forma adiantado nas palavras introdutórias deste tema: a possibilidade da resposta correta não acarreta a impositividade ou mesmo torna desejável que não exista qualquer nível de generalização no trato dos casos trazidos a exame pelo Judiciário. Não, pelo contrário, algum nível de generalização é sempre requerido nesta tarefa. Ao menos para que a jurisdição cumpra com seu papel de também propiciar uma certa “transcendência”, legítima e positiva das decisões judiciais (tanto de forma interna quanto externa ao Judiciário) em determinados contextos ou circunstâncias, para bem auxiliar na progressiva e incessante construção e reconstrução de sentidos das regras de convivência em sociedade, na própria dinâmica da vida (e do erigir permanente de uma democracia constitucional participativa) – e aí a importância dos precedentes para a questão da coerência e da integridade do direito, por exemplo.

Daí por que passa a ser também muito importante acolher a possibilidade de identificar algum nível de generalização na tarefa de prestação da jurisdição, no sentido do que se exporá a seguir, para se ter por não só desejável, mas factível a dita busca pela resposta correta como forma de erradicação ou conteção máxima do arbítrio judicial. E daí porque a pergunta que passa a ser identificada como fundamental para tanto é aquela que remete à questão de “qual” nível de generalização é desejável ou permitido, sem que haja desnaturação de toda a proposta ou ideia de correção baseada na irrepitibilidade ou singularidade dos casos concretos. Em função disso é que esclarece STRECK

.... ao se fazer alusão ao ‘caso concreto’, isso não pode significar uma solução ‘*ad hoc*’ (...) como se fosse possível aplicar ao campo da interpretação/aplicação do direito uma espécie de neo-nominalismo, circunstância, aliás, bem presente no direito brasileiro, em que o ‘caso concreto’ assume a característica álibi para a prática de decisionismos e arbitrariedades por parte dos juízes e tribunais (...). O caso concreto passou a ser sinônimo de pragmatismo e desconstrutivismo. (...) invadiu o direito e acaba sustentando uma ‘ideologia do caso concreto’, em que, na linha do que prega Derrida, a melhor

¹¹²⁷ Isso na medida em que precisamente na particular forma de apreender o compreender, na assumida irrepitibilidade dos casos em suas singularidades, enfim, na reinserção da complexidade da vida em sua faticidade para diferenciar as decisões judiciais de forma suficiente é que residiria a possibilidade concreta e efetiva da materialização prática da resposta correta.

¹¹²⁸ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.333, nota n.58.

desconstrução será um pensamento além da presença, do ‘logos’, da metafísica, da identidade e do que pode ser controlado racionalmente.

Disso decorre uma abertura incontrolável do sentido e do significado que se dá no texto (esse mínimo ‘é’ que o texto sempre traz consigo). Destrói-se, pois, o ‘logos’. ***Perdem-se os ‘compromissos de sentido’ derivados da compreensão e da tradição. O sentido é o começo (grau zero) e o fim da atribuição de sentido.***

Daí a necessária pergunta: *de que modo deve o intérprete/juíz proceder a análise do direito para determinar se um direito ‘declarado’ no precedente (ou na jurisprudência de um conjunto de tribunais) deve ser seguido?* Como identificar os ‘compromissos’ e as ‘(in)fidelidades’ discursivas? Em que circunstância uma ‘situação jurídica’ é enquadrável no precedente ou dele ‘deduzível’? Mais ainda: ***até que nível de generalização deve o direito anteriormente protegido e o direito atualmente invocado serem descritos?***

Se é despiendo dizer que o sistema jurídico brasileiro não está sustentado em análise de precedentes, como a ‘common law’, *é necessário lembrar, entretanto, que tal circunstância não retira a importância dos precedentes jurisprudenciais. Ao contrário: uma aplicação integrativa e coerente do direito deve, necessariamente, levar em conta o modo pelo qual um determinado tribunal ou como os outros tribunais do país vêm decidindo determinada matéria. A coerência assegura a igualdade*, isto é, ***que os diversos casos terão igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade significa rechaçar a tentação da arbitrariedade, que, no mais das vezes, é variante da discricionariedade.***

Para uma melhor compreensão do problema, há que se ter presente que um precedente (súmula ou acórdão que exprima posição majoritária) é (também) um texto, ao qual deve ser atribuído um sentido, a partir do caso concreto sob análise. É assim que surge o ‘caso concreto’. É a especificidade que o diferencia (ou não) da cadeia decisória que vem sendo seguida pelo Tribunal. Conseqüentemente, haverá sempre um grau de generalidade a ser extraído do núcleo da decisão, que fará a ligação hermenêutica (compromissos discursivos) com os casos posteriores que serão analisados em sua individualidade.¹¹²⁹

Mas anote-se a partir do exposto, algo que já havia sido destacado na introdução deste ponto: a aceitação da necessidade de algum nível de generalização na atividade jurisdicional (de resto, totalmente compatível com a noção de diferenciação “suficiente” das decisões judiciais, como desde o início vem sendo referido neste estudo), obviamente não implica aceitação do proceder acolhido hoje pelo senso comum teórico de ter nas súmulas (inclusive vinculantes), bem como instrumentos de efeito similar, a panacéia para o afastamento de discricionariedades positivistas – como já se explicitou antes.

Muito pelo contrário, o conceito de “objetivação mínima abrangente”, se for o caso de se utilizar a terminologia de Streck¹¹³⁰, é muito diferente de se adotar ou acolher as universalizações de essenciais que ocorrem na forma de consolidação de “precedentes” de hoje, no Brasil – que não ultrapassa a condição de instrumentalização de uma *soberracionalização* da atividade judicial (por súmulas relidas como verdadeiras normas de segunda ordem), frontalmente divergente da busca pela diferenciação suficiente das decisões judiciais defendida neste escrito como fundamental.

Destarte, *a busca da resposta correta (ou hermenêuticamente adequada à Constituição) implica prescrutar os limites desse nível de generalização*, que representa uma espécie de ‘grau de objetivação abrangente’, isto é, uma ‘entificação’ minimamente necessária da interpretação jurídica’. Trata-se, assim, de uma ‘fuga do indiferenciado’....

Uma decisão judicial (um precedente) leva determinado fenômeno à representação, do mesmo modo como enunciamos sentidos que interpretam fatos. Há sempre nisso um elemento estruturante.

¹¹²⁹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp. 322, 323 e 324 (destaquei).

¹¹³⁰ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p. 325.

Dito de outro modo, *é esse ‘grau de objetivação abrangente’ que será o texto a ser extraído do julgamento anterior (ou da cadeia de julgamentos). Mas esse texto não carregará o seu próprio significado. Ele adquirirá vida, sentido, a partir da (nova) situação concreta.* Afinal...texto e norma não são nem ‘colados’ (equivalentes) e nem cindidos (separados). São apenas diferentes (*ontologische Differenz*), no sentido de que a questão de direito que surge do julgamento anterior (ou da cadeia de julgamentos) – que aqui denomino de ‘grau de objetivação abrangente’ – sempre será uma questão de fato. (...)

Ou seja, *o nível de generalização não pode ser transformado em uma categoria ou premissa, que, metafisicamente, pretenda ‘abranger’ a ‘substância dos casos jurídicos’, em um retorno à metafísica clássica, obnubilando a manifestação hermenêutica da especificidade do caso concreto que efetivamente molda a discussão. É o caso da súmula vinculante, na qual estaria ‘condensada a substância’ (essência) de cada ‘coisa’ jurídica, como se as súmulas (um enunciado, uma pauta geral, etc) fossem ‘juízos assertórios’ e uma proposição pudesse universalizar o seu sentido [cita-se: Esta é uma tese que retoma pressupostos da ontologia clássica, encontrável, v.g., no ‘Tractatus Lógico-Filosófico’, de Ludwig von WITTGENSTEIN. Lisboa, 1995, p.56, ponto 4.022.] Como sempre alertou GADAMER, ‘a aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido em si mesmo e, depois, aplicado a um caso concreto’.*

Insisto que um precedente (que será significado a partir de sua objetivação) não pode ser transformado em algo universal. Esse é o equívoco das diversas posturas dogmático-positivistas que se sustentam nas diversas fórmulas metodológicas que foram se formando no decorrer do século passado. (...) *um precedente não possui uma universalidade conceitual como se fosse uma categoria ou uma espécie de significante primordial-fundante. Do texto do precedente não se pode extrair a norma que ‘contenha’ ou ‘abarque’ todas as hipóteses de aplicação.....*¹¹³¹

Quer dizer, mesmo que um Tribunal condense, num determinado enunciado, uma certa tese, sua aplicação jamais poderá ser levada a termo de modo a se fazer *tabula rasa* dos casos, sem o exame peculiar de cada realidade, sem o exame da situação concreta, como se o dito enunciado pudesse ser entendido como uma categoria, uma abstração, enfim “um conceito que não exige a coisa”¹¹³² Tampouco se poderia pensar que a própria tarefa de consolidação, em si mesma, tivesse o condão de permitir a cristalização de essências universais, substitutivas das coisas em si mesmas.

Tudo porque, como se verá na crítica às súmulas e equivalentes, tais como concebidos hoje no Brasil, a ser desenvolvida no item seguinte e no capítulo final deste estudo, a função adequada de transcendência das decisões judiciais não estará jamais num eliminar a busca do justo para o caso a partir de simplificações dadas por pretensiosas “universalizações apriorísticas”, mas em sedimentar provisória e flexivelmente posições indicativas do estado de compreensão momentâneo do direito, a fim de facilitar o trabalho dos aplicadores/intérpretes na avaliação sempre casuística da busca por coerência e integridade do direito em cada caso irrepitível haurido do mundo real.

Postas todas estas considerações, conclui-se, enfim, sobre a questão da possibilidade da resposta correta, na visão hermenêutica do problema, desenvolvida por STRECK¹¹³³, que:

Na hermenêutica, o círculo hermenêutico ‘atravessa’ a compreensão antes que o sujeito pense que se assenhora da interpretação e dos sentidos. Por isso, a resposta correta que sempre pode e deve ser encontrada não reside no juiz/intérprete enquanto sujeito do ‘esquema sujeito-objeto’, mas, sim, no juiz/intérprete da relação de compreensão baseada na intersubjetividade (sujeito-sujeito). Assim, o ponto fulcral não é quem dá a resposta correta, mas como esta se dá.

¹¹³¹ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp. 324, 325 e 326 (destaquei).

¹¹³² Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p. 327.

¹¹³³ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.343.

E isso remete a tudo o mais que há por ver ainda no ponto seguinte e no último capítulo que lhe sucederá, no tocante ao papel fundamental de que se preservem os meios de intervenção efetiva do ‘outro’ no processo de compreensão (interpretação/aplicação) que dirige a atividade jurisdicional, como modo de que as decisões judiciais não só passem a ser suficientemente diferenciadas, mas para que o sejam a partir, também, da efetiva participação de cidadãos-demandantes nesse processo de definição e redefinição sem fim das regras do viver gregário.

5. A redução de princípios constitucionais a regras homogêneas ou a efetivação dos princípios norteadores da Constituição Federal: o problema da concretização dos princípios constitucionais para a construção da legitimidade jurisdicional numa democracia constitucional em sentido amplo (arts. 1º e 3º da CF/88 como princípios de consideração da identidade e da alteridade na contemporaneidade).

Adentra-se, neste tópico, na problemática da concretização dos princípios constitucionais por meio da prestação jurisdicional, como forma de aquisição de legitimidade por tal atividade estatal no âmbito das democracias contemporâneas.

E o ingresso nesta relevante temática se faz aqui pela via negativa. Ou seja, ocorre a partir da pronta constatação de que, na perspectiva da necessidade de obtenção da suficiente diferenciação das decisões judiciais, o que parece mais se destacar atualmente é a questão da impositividade de evitar-se que princípios constitucionais sejam reduzidos a “regras”. Tudo exatamente porque é isso que vêm ocorrendo por meio de uma nova compreensão do sentido e alcance das súmulas e da atividade jurisprudencial como um todo.

Essa “nova” forma de enxergar e promover uma consolidação dos entendimentos judiciais “predominantes”, voltada ainda para um ideal sintetizador de “essências decisórias” e tangido pelas urgências da modernidade presente, deságua num processo passível de ocasionar uma esterelizante uniformização apriorística dos sentidos possíveis dos princípios. E isso acarreta, por sua vez, uma grave perda de seu potencial transformador da sociedade, com a quase aniquilação de uma das principais vias de utilidade e legitimação da jurisdição, principalmente nas democracias periféricas da modernidade presente.

Com efeito, atualmente, em Constituições ditas “compromissárias e dirigentes” como a brasileira, os princípios nelas insertos não se prestam apenas a cumprir o original papel ou as mais básicas funções que lhes foram atribuídas no neoconstitucionalismo. Não expressam eles apenas uma via de abertura positivada no ordenamento à moral e a soluções que sejam mais compatíveis com a hipercomplexidade da vida contemporânea, por dotadas de maior elasticidade e consistência com as necessidades modernas. Prestam-se, tais princípios, precisamente a permitir que, além disso, sejam incrustados em tais ordenamentos certos vetores substanciais mínimos da convivência, como nortes de um viver gregário contratado democraticamente. E ainda, para além disso, a permitir que tais

vetores substanciais (assim postos nesta especial condição de um “dever ser”) possam ser de fato realizados – e ter essa realização exigida da forma devida e por quem de direito –, tudo de forma progressiva, sempre na quotidiana dinâmica da vida.

Positivam-se, por meio deles, destarte, ainda que em vagas pinceladas, como deve mesmo ser, determinados direcionamentos concertados pela sociedade para a construção de uma “vida boa” – do que é exemplo o contido no artigo 3º da Constituição brasileira de 1988. Mas tudo sempre na esperança de que sejam realmente concretizados e mais bem especificados, de forma evolutiva e incessante, na dinâmica da co-existência. E, por fim, na certeza de que tal efetivação possa ser, de fato, sempre exigida, cobrada e controlada.

Ao mesmo tempo, prevêm-se também, por meio destes princípios, certos limites para esta fixação apriorística de direcionamento da construção da sociedade a certos vetores substanciais – do que é exemplo o contido no artigo 1º da mesma Constituição referida. E nesse último caso, justamente no intuito de se preservar a possibilidade da convivência plural e democrática no futuro, bem como de que assim possa se dar no caso particular a fixação de tais direcionamentos, à luz de situações mais específicas da vida - seja pela via delegativa do poder (legislativa), seja, ainda, pela expressão da participação cidadã direta nesta fixação de sentido (por exemplo, através de um próprio demandar em juízo que envolva tais discussões).

Isso tudo significa dizer, no que toca à prestação jurisdicional contemporânea, que se consubstancia nessa nova atribuição de relevante sentido à figura dos princípios também o reconhecimento atual da inafastabilidade de certos deveres e responsabilidades do juiz moderno (e dos demandantes-cidadãos da contemporaneidade) para com a construção da democracia, obrigações essas que são de cunho *ético e político* e que hoje não podem mais ser ignoradas ou subestimadas.

A grande valorização sofrida pelos princípios incorpora, nesse sentido, também, um símbolo de ruptura com o passado, qual seja, a marca do abandono do ideal de uma fictícia neutralidade axiológica, em busca de uma renovada imparcialidade responsável dos magistrados a lhe substituir. Encarna, tal valorização dos princípios, portanto, uma pretensão de resgate da responsabilização ética e política da atividade jurisdicional, que não pode ser mais desconsiderada.

E nesse sentido é que se poderia dizer que tais princípios constitucionais, ao menos em constituições da natureza daquela referida, se prestariam não só a permitir a previsão de um viver gregário “sob uma perspectiva ética”, mas mesmo a impor uma sua materialização, a ser realizada de forma responsável e exatamente no curso da construção das relações sociais em toda sua inteireza¹¹³⁴, mormente em Estados periféricos como o brasileiro. Isso tudo, considerando-se os termos do que PAUL RICOEUR entende¹¹³⁵ como uma tal perspectiva, conforme consta do sétimo estudo da obra *O si-mesmo como um outro*¹¹³⁶, intitulado “O si e a perspectiva ética”, onde aquele filósofo esclarece¹¹³⁷:

¹¹³⁴ O que envolve, também, o agir do juiz e do cidadão, por meio da jurisdição a ser prestada pelo Estado.

¹¹³⁵ Para melhor examinar a compreensão deste pensador acerca das questões que envolvem “política, linguagem e teoria da justiça” (título de parte da obra citada adiante, que reúne diversos estudos de Ricoeur), ou, de modo mais singelo, os contatos entre o ético, o justo e o jurídico, veja-se mais especificamente o estudo de 1991 intitulado “o justo entre o legal e o bom” (RICOEUR, Paul. *Leituras I: em torno do político*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 1995, pp.89 e ss.).

¹¹³⁶ Cf. RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como um outro*. Trad. Lucy Moreira Cesar. Campinas, SP: Papirus, 1991, pp.199e ss.

“Chamamos *‘perspectiva ética’*, a perspectiva da ‘vida boa’ [‘1. Visar à vida boa...’¹¹³⁸] com e para outros [‘2....com e para o outro...’¹¹³⁹] nas instituições justas. [‘3....nas instituições justas’¹¹⁴⁰]”¹¹⁴¹.

Quer dizer, é sob esta diferenciada perspectiva, mas sempre na realidade da aplicação dos nortes constitucionais à complexidade concreta e inabarcável da vida, que a existência dos princípios constitucionais, nestes termos, se justifica contemporaneamente. E é por este prisma que tais princípios podem mesmo fazer toda a diferença (principalmente sob determinadas circunstâncias encontradas nas sociedades periféricas atuais) para a construção da democracia de uma forma mais equilibrada, não só entre passado e futuro, mas entre concretização de substâncias, a partir de um mínimo axiológico suficiente *previamente fixado nos princípios*, e preservação adequada e responsável de procedimentos permissivos da transformação do sentido de tais princípios diretivos.

De forma mais explícita ainda, porque exemplificativa: é só, por exemplo, com a fixação genérica de um princípio de tolerância ou de solidariedade na Constituição, ainda que em vagas tintas, que se tem a garantia vinculativa máxima de que tais ideais possam servir de baliza, ou norte geral, a decisões judiciais (e, pois à convivência social), principalmente nas democracias periféricas, para que contribuam com a construção harmônica da co-existência, mesmo no momento agudo do conflito estabelecido entre cidadãos-demandantes. Mas, ao mesmo tempo, é só com a possibilidade de que tais nortes sejam de fato fixados, em seus reais significados e limites efetivos, em um determinado caso concreto, à luz da faticidade e das circunstâncias desta situação real, que se garante a possibilidade de uma construção legítima, de forma suficientemente flexível e progressiva, no âmbito da prestação jurisdicional.

¹¹³⁷ Sobre a temática do referido estudo, veja-se o que consta de sua abertura: “O presente estudo limitar-se-á a estabelecer o primado da ética sobre a moral, isto é, da perspectiva sobre a norma. Essa será a tarefa seguinte, ou seja, dar à norma moral seu justo lugar sem lhe deixar a última palavra.” (op.cit., p.202). E antes disso: “Que acontece agora com a distinção proposta entre ética e moral? Nada a impõe na etimologia ou na história do emprego dos termos. Um vem do grego, o outro do latim; e os dois remetem à idéia intuitiva de ‘costumes’, com a dupla conotação, que iremos tentar decompor, do que é ‘tido como bom’ e do que ‘se impõe’ como obrigatório. É, portanto, por convenção que eu reservarei os termos ‘ética’ para a ‘perspectiva’ de uma vida concluída, e ‘moral’ para a articulação dessa perspectiva em ‘normas’ caracterizadas ao mesmo tempo pela pretensão à universalidade e por um efeito de constrangimento (...). Reconhecemos facilmente na distinção entre perspectiva e norma a oposição entre duas heranças, uma herança aristotélica, em que a ética é caracterizada por sua perspectiva ‘teleológica’, e uma herança kantiana, em que a moral é definida pelo caráter de obrigação da ‘norma’, portanto, por um ponto de vista ‘deontológico’. *Propomo-nos estabelecer*, sem preocupação com a ortodoxia aristotélica ou kantiana, mas não sem uma grande atenção aos textos fundadores dessas duas tradições: **1) o primado da ética sobre a moral**; 2) *a necessidade, para a perspectiva ética, de passar pelo crivo da norma*; 3) *a legitimidade de um recurso da norma à perspectiva*, quando a norma conduz a impasses práticos que lembrarão nesse novo estágio de nossa meditação as diversas situações aporéticas que nossa meditação teve de enfrentar sobre a ipseidade. Em outras palavras, *segundo a hipótese de trabalho proposta, a moral só constituiria uma efetuação limitada, embora legítima e mesmo indispensável, da perspectiva ética, e a ética nesse sentido envolveria a moral. Não veríamos, pois, Kant substituir Aristóteles, a despeito de uma tradição respeitável. Estabelecer-se-ia antes as duas heranças uma relação ao mesmo tempo de subordinação e de complementariedade, reforçada em fim pelo recurso final da moral à ética.*” (op.cit., p.201).

¹¹³⁸ Cf., para a compreensão da expressão, RICOEUR, *O si-mesmo como um outro*, op.cit., pp.202-211. Onde se diz que: “o primeiro componente da perspectiva ética é o que Aristóteles chama ‘viver bem’, ‘vida boa’: ‘vida verdadeira’, poderíamos dizer no rastro de Proust. A ‘vida boa’ é o que deve ser nomeado primeiro porque é o próprio objeto da perspectiva ética. (...) A primeira grande lição que guardaremos de Aristóteles é de ter procurado na ‘praxis’ a ancoragem fundamental da perspectiva da ‘vida boa’ [citando-se, como de resto segue acontecendo, depois, por todo o estudo, a ‘Ética a Nicômaco’: “As primeiras linhas da ‘Ethique à Nocomaque’ I nos colocam sobre a via: ‘Toda a arte [‘tekhné’] e toda a investigação [‘méthodos’] e igualmente toda a ação [‘praxis’] e toda a escolha preferencial [‘prohairésis’] tendem para algum bem, ao que parece. Portanto declaramos com razão que o Bem é aquilo para o qual toda a coisa tende’ (trad. Tricot modificada, I, 1, 1094 a 1-30). (...)]” (op.cit., p.203 e nota de rodapé n. 1).

¹¹³⁹ Cf., para a compreensão da expressão, RICOEUR, *O si-mesmo como um outro*, op.cit., pp.211-227.

¹¹⁴⁰ Cf., para a compreensão da expressão, RICOEUR, *O si-mesmo como um outro*, op.cit., pp.227-236.

¹¹⁴¹ Cf. *O si-mesmo como um outro*, op.cit., pp.202, inserções apostas.

De outra parte, é só com a impositividade de que esta atuação específica do princípio na realidade seja feita de forma politicamente responsável e eticamente comprometida, por parte do juiz e das partes, que se permite a construção não-arbitrária e partilhada de seu sentido “acumulado” ou conteúdo melhor especificado para aquelas circunstâncias, no caso da prestação jurisdicional. De resto e mais ainda: é só assim que, nesta esfera de atuação estatal, se viabiliza que esta assunção de conteúdo e forma concreta do princípio seja feita a partir de um proceder que considere as diferentes concepções de quem debata sobre o seu significado para o caso (os próprios cidadãos-demandantes, no caso do processo judicial); ou, por outra, é só assim que se permite que os cidadãos-demandantes tenham vez e voz para defenderem racional e diretamente seus distintos pontos de vista.

Ora, se assim é, quando os princípios constitucionais, detentores de tão relevantes funções na construção de uma democracia participativa, também a partir da atuação jurisdicional¹¹⁴², passam a ser subestimados e reduzidos nesta sua dimensão criativa e permissiva da construção contínua da convivência gregária, por meio dos expedientes já referidos inicialmente, *degrada-se seriamente* uma via de importância ímpar para a realização da democracia.

Melhor dizendo: quando se permite a transmutação de princípios constitucionais em meras regras homogeneizantes de situações e sentidos, por qualquer via ou expediente que possibilite uma sua nova e redutora leitura nestes termos (súmulas ou equivalentes), aniquilam-se as possibilidades ou promessas (substanciais e formais) contidas neles. Impede-se a cobrança e o controle direto das responsabilidades políticas e éticas dos responsáveis por sua aplicação na esfera da prestação jurisdicional. Retrocede-se, enfim, ao passado.

E, via de consequência, *degrada-se também a legitimidade das decisões judiciais* que deveriam considerar os princípios em sua amplitude e potência original, como forma de contribuição para a realização prática da democracia constitucional contemporânea, mas que se limitam, a partir de então, a vê-los, a rigor, como “novas regras”; e mais, como regras que contêm claros e específicos sentidos prévios, filtrados *aprioristicamente* por súmulas e definidos rigidamente para determinadas categorias de situação, passíveis de aplicação, assim, à simplista moda antiga, por mera subsunção e singela dedução.

A bem de que se apreenda adequadamente no que consistiria um tal processo de degradação da potência e da função dos princípios, permissivo dessa sua redutora leitura, no âmbito da dogmática positivista ainda hoje vigente, considere-se, então, o que refere STRECK sobre esta “transmutação” dos princípios constitucionais em meras regras, que se verifica de forma cada vez mais intensa na prática forense cotidiana:

....se foi calcado no esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência que o positivismo ultrapassou os limites normativos – veja-se a jurisprudência dos valores e o realismo jurídico norte-americano e escandinavo - , é com uma espécie de retorno à metafísica clássica (não confessada, evidentemente), que o mesmo positivismo buscará conter esse ‘mundo da natureza’ hermenêutico. ***E o faz através de verbetes, enunciados e súmulas vinculantes, que pretendem abarcar todas as hipóteses de aplicação***

¹¹⁴² Pela via da participação direta dos cidadãos-demandantes e da final diferenciação suficiente das decisões judiciais, por sua vez, decorrente da contraposição argumentativa dialética, mas também da consideração da faticidade de cada caso e situação concreta em sua irrepetibilidade.

de cada texto jurídico (com sacrifício da situação concreta). Na medida em que, como sustenta parte considerável da teoria do direito, é impossível impedir que juízes decidam ‘como querem’ – porque, afinal, obedecem apenas à sua subjetividade -, buscou-se construir conceitualizações prévias (discursos de fundamentação prévios?) acerca do sentido das normas, pensando-se, assim, que seria possível combater os ‘excessos’ do positivismo através do próprio positivismo (ou através de outras teorias de cariz analítico discursivo).

(....)

Essa construção dogmática é fruto de uma espécie de adaptação darwiniana do positivismo jurídico, que funciona a partir da elaboração de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes, utilizando, inclusive, os princípios constitucionais, que passam a ter a ‘função de mandados de otimização’. Ou seja, *os princípios constitucionais que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceitualizações, que acabaram por transformá-los em regras.*¹¹⁴³

Quer dizer, o processo de “sobrerracionalização” da prestação jurisdicional levado ao extremo acarreta, como solução positivista ou reativa ao pós-positivismo, a inusitada reedição da tentativa de criar uma espécie de “regramento de segunda ordem”, que chega a desonerar o juiz de maiores responsabilidades éticas e políticas. Nele ressurge a ilusória e vetusta esperança de cristalização de um sentido determinado, senão único, para certos casos (*rectius* “categorias de casos”), como se esta suposta aproximação da realidade, derivada apenas de um corte especificante em categorias¹¹⁴⁴, pudesse compensar a ainda e sempre presente consideração deficiente da faticidade dos casos como particularidades únicas e irrepetíveis da vida, ainda vigorante aí, a ponto de permitir a desconsideração futura desta sua singularidade, no âmbito da aplicação sumular a cada caso concreto.

E esse processo de “transmutação” de princípios em regras se verifica, em sua máxima expressão, na questão das “súmulas vinculantes”¹¹⁴⁵ propriamente ditas, como refere STRECK:

(...) Assim, contra o caos representado pelos decisionismos e arbitrariedades, o ‘establishment’ propõe um ‘neo-absolutismo hermenêutico’.

(...) Explicando melhor: *as súmulas vinculantes* – do modo como são compreendidas pela dogmática jurídica (senso comum teórico) – encarnam essa instância controladora de sentidos, metafisicamente,

¹¹⁴³ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp. 393-4. E prossegue, STRECK, na mesma página: “..Basta ver, para tanto, que a preocupação sempre foi com a efetividade quantitativa que, aliás, foi gerada pelo ‘modus compreensivo-interpretativo’ calcado no esquema sujeito-objeto ainda vigente no direito. Para tanto, foram introduzidos mecanismos que buscaram ‘racionalizar’ a interpretação-aplicação do direito e evitar a ‘multiplicação de demandas’, como o art. 38 da Lei nº 8.038/90, o art. 557 do CPC e a recente EC 45/04, que institucionalizou o que já existia há mais de 40 anos.....: o poder vinculatorio das súmulas (no mínimo no plano de uma vinculação oriunda do poder de violência simbólica porporcionado pelas súmulas)...” (destaquei).

¹¹⁴⁴ Note-se que nesse ponto ocorre apenas uma delimitação em “sentido horizontal” do suposto caso, já que de todas as situações possíveis em geral se recorta uma fração de hipóteses que vem ocorrendo na realidade (e só nisso talvez uma mínima aproximação do “real”, mas ainda assim, sempre no campo do hipotético); o aprofundamento no exame do caso (da categoria de caso), “no sentido vertical”, quer dizer, na verificação das circunstâncias que o (a) particularizam sempre será mínimo, quas e inexistente (e, pois, largamente insuficiente, em termos de resgate de realidade), se for o caso de se pretender manter a ideia de generalização hoje vigente do que está enunciado como solução sumular (havendo, por conseguinte, aproximação insignificante do real, nestes termos). De resto, aí se lida ainda e sempre com o ideal e com o hipotético, do que decorre a impossibilidade de resgate da faticidade ou da realidade complexa dos casos somente por esta via, a ponto de dispensar a sua consideração na aplicação (ou, se assim se preferir, a ‘applicatio’), como pretende certo modo de pensar a aplicação de precedentes como panacéias subsuntivas-deductivistas, e como, de certa forma, se encontra inscrustrado na própria concepção de soluções mais extremas como a da súmula vinculante.

¹¹⁴⁵ O problema da nocividade das súmulas vinculantes no que diz respeito à busca pela diferenciação suficiente das decisões judiciais, e, pois, de sua ampla contribuição para a redução indevida dos princípios ao lugar menor de meras regras, pode ser ainda melhor valorado a partir da consideração do ensaio de GEORGES ABBUD, que distingue muito bem este instituto daquele dos precedentes americanos, intitulado “Súmula vinculante ‘versus’ precedentes”, cujas conclusões serão no item 3 do último capítulo desta investigação, na íntegra: (Cf. ABBUD, Georges, “Súmula vinculante ‘versus’ precedentes”. In: *Revista de Processo*, n165 (ano 33 – novembro de 2008).São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. pp. 218-230 – p.229.).

isto é, *através delas acredita-se que é possível lidar com os conceitos sem as coisas, sem as peculiaridades dos casos concretos* (o inusitado nisso é que, paradoxalmente, o império das múltiplas respostas se instaurou, exatamente, a partir de uma analítica de textos em abstrato).

(...) Com efeito. Sustentadas no imaginário metafísico-positivista, *as súmulas vinculantes se colocam como sucedâneos dos conceitos universais* próprios da metafísica clássica-essencialista, tão fortemente combatida por Hobbes (...), *com a agravante, aqui, de que elas são criadas a partir da institucionalização de subjetivismos, axiologismos e realismos* (todas variantes do esquema sujeito-objeto). Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ideologia do caso concreto, circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado; em seguida, para controlar esse caos, *busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização, como se fosse possível uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação*.

(...) Isso permite afirmar que, na realidade, o combate ao estado da natureza hermenêutico – originário da discricionariedade/arbitrariedade positivista – termina por não ser um combate ao positivismo. Ao contrário, destituído de uma adequada compreensão hermenêutica, a partir dos seus dois teoremas fundamentais, *qualquer forma de vinculação sumular, por mais paradoxal que possa parecer, reforçará o positivismo, com a continuidade do caos decisionista*.

(...) *Com a institucionalização das súmulas vinculantes¹¹⁴⁶ por intermédio da EC 45/04* (não esqueçamos que *as que não são vinculantes possuem força semelhante em face do poder de violência simbólica¹¹⁴⁷ que exercem*, com o que a assertiva vale para todo tipo de pauta geral com pretensão normativa), *a dogmática jurídica pretende dar uma solução final a um determinado ‘caso difícil’, para que o intérprete/usuário se depare, no momento seguinte, com um caso (tornado) fácil*.

Consequentemente, a súmula se transforma em uma regra, e, na medida em que as ‘regras se interpretam por subsunção/dedução – sic – (como sustentam as teorias da argumentação), o sistema alcança o seu apogeu: uma volta ao mundo das regras e às facilidades oferecidas pela metodologia subsuntiva-dedutiva. Ou seja, quando o sistema se encontra em face de incertezas significativas (casos difíceis e tudo o que isso representa), basta elaborar uma súmula, que será apta para resolver os ‘casos futuros’. Retorna-se de forma sofisticada ao modelo formal-burguês: na medida em que as súmulas antecipam o discurso de validade, a tarefa dos aplicadores estará restrita ao ‘encaixe’ da situação fática (subsunção). Com um agravante: na medida em que as súmulas são textos e na medida em que o positivismo interpreta textos sem coisas, qualquer tentativa de vinculação jurisprudencial/conceitual receberá uma adaptação ‘darwiniana’ do senso (...) comum teórico dos juristas. E tudo começa de novo...¹¹⁴⁸

É evidente, então, que o conceitualismo reativo ao pós-positivismo alcança neste passo uma inusitada forma (até porque, não raro, insuspeita), bem como uma força extraordinária. E nesse sentido, expressa um dos modos mais vigorosos (ao mesmo tempo em que insidiosos) de manutenção da indiferenciação das decisões judiciais, como maneira de concretizar e sedimentar o paradigma do racionalismo simplificante na sua forma contemporânea.

Afinal, não só a definição da decisão judicial, não só a busca pelo “justo do caso” depende essencialmente da consideração da realidade específica de cada caso trazido para exame e solução, mas *a própria reflexão ética, como compreensão do adequado e harmônico viver gregário* - que envolve sempre um colocar-se no lugar do outro em cada situação -, *não prescindirá jamais de uma consideração das particularidades da vida e das especificidades fáticas de cada situação concreta*. A reflexão ética não trata, como leciona GADAMER, jamais de um saber geral:

¹¹⁴⁶ A respeito da crítica à força que às súmulas vinculantes pode se atribuir, veja-se crítica da atual Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lúcia Antunes da Rocha, em *Sobre a súmula vinculante* (Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.10), referida por Streck em *Verdade e Consenso*, op.cit., p.347, nota de rodapé n.67, e mencionada também no próximo capítulo.

¹¹⁴⁷ Cf. BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, pp.11-12, para uma noção de “violência simbólica” em sociologia.

¹¹⁴⁸ Cf. *Verdade e Consenso...*, op.cit., pp. 414-417 (destaquei).

O ‘saber-para-si’ da reflexão ética implica, efetivamente, uma relação absolutamente notável consigo mesmo. Isso é o que nos ensinam as análises de Aristóteles sobre as variedades da ‘Phronesis’.

A par da ‘Phronesis’, há o fenômeno da ‘compreensão’, no sentido da ‘Synesis’: modificação intencional do saber ético quando *o que está em questão não é um saber ‘para mim’, mas ‘para o outro’*. Tal modificação comporta uma apreciação ética, na medida em que **por meio dela, nos colocamos na situação em que o outro deve agir**. Aqui também não se trata de um saber geral, mas de sua realização concreta, motivada pela realidade do momento. (...).

A compreensão do outro supõe o engajar-se numa causa justa e, através desta, **a descoberta do vínculo com o outro**. Esse vínculo se concretiza no fenômeno do ‘conselho moral’. Como se diz, ‘bom conselho’ só se dá e só se recebe entre amigos. Isso para enfatizar que a relação que se estabelece entre duas pessoas não é a de duas coisas que nada têm a ver uma com a outra, mas que a **compreensão** – para empregarmos uma idéia com a qual já estamos habituados – *é uma questão de ‘pertencimento’*. Segundo Aristóteles, *a compreensão dá lugar a dois fenômenos correlativos que são os seguintes: o espírito de discernimento da situação em que o outro se encontra, e a tolerância ou indulgência dele resultante.*¹¹⁴⁹

Por conseguinte, pretender a uniformização de sentido de princípios para determinadas “categorias” de casos, quando é precisamente por meio de tais nortes e vetores constitucionais que se promove na prática judicial uma abertura para a devida reflexão ética em cada caso concreto ou situação dinâmica da vida, no âmbito das intersubjetividades, é, a rigor, pretender a impossível generalização desta reflexão. E, por meios ou modos mais ou menos eufemísticos, consiste, em realidade, num verdadeiro obstar uma tal reflexão, como se ela não fosse parte essencial da atividade jurisdicional, como expressão do alcance político que detêm as decisões judiciais que lidem com casos que tais em democracias constitucionais.

Não é por outro motivo, certamente, que adverte PAULO BONAVIDES¹¹⁵⁰ acerca do ponto o seguinte:

Enquanto os Tribunais insistirem em interpretar a lei com métodos especificamente jurídicos, da metodologia clássica, surgidos do dedutivismo jusprivatista inspirado nos cânones de Savigny, eles jamais interpretarão a Constituição. Interpretá-la requer em face da complexa conjuntura social contemporânea a adoção de uma hermenêutica de princípios. Única, conforme temos reiteradas vezes assinalado, suscetível de alcançar a inteligência da Constituição referida a situações reais e fazer efetiva e concreta a aplicabilidade dos direitos fundamentais exteriores à esfera neoliberal e permeados da dimensão principiológica que lhes dá sentido, eficácia e normatividade.

Os que intentam, todavia, restaurar a era do positivismo formalista e legalista já não têm voz, nem vez. A dogmática interpretativa tradicional, como hermenêutica constitucional, possui hoje pouca ou nenhuma serventia.

¹¹⁴⁹ Cf. GADAMER, “O problema hermenêutico e a ética de Aristóteles”, In: *O problema da consciência histórica...*, op.cit., p. 56. E acrescenta, ainda, Gadamer, em seguida, o que se deve transcrever aqui a título de esclarecimento: “É claro que também aqui não se trata de um saber técnico. Aristóteles enfatiza o caráter puramente ‘virtuoso’ do saber ético. E, para evidenciar isso ainda mais, descreve a forma degenerada da ‘Phronesis’ que caracteriza o ‘Deinos’, isto é, o homem que, fazendo uso de sua sutil inteligência, tira proviêto de toda e qualquer situação. Sua oposição à ‘Phronesis’ propriamente dita é evidente: o ‘Deinos’ usa e abusa de seu poder, sem nenhuma consideração ética. E não é por acaso que aquele que triunfa em qualquer situação se traduz precisamente por ‘temível’. Não há nada mais assustador do que um gênio que não leva em conta o bem e o mal.”.

¹¹⁵⁰ Que refere, ainda, o seguinte sobre a matéria, ensejando reflexão: “Nas Constituições abertas, regidas pelo princípio da legitimidade, os tribunais constitucionais tomam em geral a feição de corpos político-jurídicos que se inclinam mais aos valores da sociedade e às garantias de proteção dos direitos fundamentais. Ao passo que nas Constituições fechadas, do modelo clássico, regidas e interpretadas pelo princípio da legalidade, afeiçãoadas ao normativismo positivista da escola Kelseniana, os mesmos tribunais parecem concentrar-se não em direitos fundamentais, mas substancialmente na fiscalização constitucional da distribuição de competência entre distintos Poderes tanto no plano horizontal quanto no vertical.” (*Jurisdição Constitucional e legitimidade...*, Op.cit. pp. 140-1).

*O método silogístico, dedutivo, arrimado à subsunção, cede lugar ao método axiológico e indutivo que, com base nos princípios e nos valores, funda a jurisdição constitucional contemporânea, volvida mais para a **compreensão** do que para a razão lógica, de sentido formal na aplicação da lei. Fora, portanto, da esteira metodológica da Nova Hermenêutica e sua constelação de princípios extraídos do texto da Lei Maior, não se logra legitimidade nas soluções constitucionais.*¹¹⁵¹

Assim, é que, em detrimento desta forma de conceber ou instrumentalizar os princípios constitucionais ao gosto redutor das posturas dogmáticas positivistas, com grave degradação da legitimidade da prestação jurisdicional final, deve-se buscar *o resgate desta legitimidade* a partir de uma verdadeira efetivação da CF/88 em seus nortes fundamentais, mormente pelos princípios de consideração de alteridade e da identidade na contemporaneidade, efetivação esta que, por sua vez, haverá de se dar através da aplicação (hermenêutica) dos princípios aos casos em toda sua inteireza e complexidade.

E isso tudo, de resto, deve dar-se por meio de uma adequada compreensão do papel e funções dos princípios – além da própria jurisdição-, bem como da instrumentalização prática de sua concretização, no que se liga à realização do paradigma de uma racionalidade complexa, aqui não só indutora da consideração da inteireza fática da realidade, mas também acolhedora de uma responsabilização política dos juízes, quando do exercício de sua atividade judicante (que, por este ângulo da consideração dos nortes de construção do viver gregário sob uma “perspectiva ética”, sempre envolve a consideração, em alguma medida, ao menos destas questões constitucionais).

Como já se referiu alhures, nas palavras de PAULO BONAVIDES, a jurisdição constitucional contemporânea, fundada “com base nos princípios”, deve estar “volvida mais para a *compreensão* do que para a razão lógica, de sentido formal, na aplicação da lei.” Daí por que, prossegue aquele autor, “fora ... da esteira metodológica da Nova Hermenêutica e sua constelação de princípios extraídos do texto da Lei Maior, não se logra a legitimidade das soluções constitucionais.”¹¹⁵²

E se os riscos da politização negativa das cortes, mormente as de função constitucional primordial ou exclusiva, existem e devem mesmo ser objeto de consideração séria, nos termos do já mencionado noutro tópico (particularmente no que diz respeito à cúpula do Judiciário e procedimentos que envolvam o domínio pelo Executivo dos procedimentos para a sua composição, sem substancial intervenção sequer dos outros poderes instituídos, como o Legislativo, como ocorre no caso do STF no Brasil), não se segue daí que não se deva admitir e mesmo ter por devida uma outra espécie de “politização”¹¹⁵³, esta sim, de sentido positivo, inevitavelmente derivado da própria abertura da Constituição e do Judiciário à realidade social contemporânea. Assim, a distinção entre os sentidos que esta expressão possa assumir nos discursos atuais sobre o tema é fundamental.

A “politização” de um Tribunal em sentido negativo, não é outra senão aquela que encobre um manetear de sua independência por outros poderes ou forças sociais dominantes e, nesse caso, já a perda de sua autonomia de consciência e independência decisória é o símbolo da ilegitimidade

¹¹⁵¹ BONAVIDES. *Jurisdição Constitucional e legitimidade*...., Op.cit., pp. 140-1 -destaquei.

¹¹⁵² BONAVIDES. *Jurisdição constitucional e legitimidade*...., Op.cit., p.140-1.

¹¹⁵³ Ou seja, aquela decorrente da instituição da efetiva responsabilidade política e ética dos juízes pela construção incessante e eterna da democracia (de modo auxiliar, mas destacadamente relevante, mormente no momento vivido pela maior parte das democracias periféricas).

antecedente de quaisquer atos que venham a ser praticados por ele. Constitui-se mesmo em um dos maiores empecilhos para que se atinja a legitimidade da jurisdição como forma contributiva à instituição de uma certa modalidade de democracia participativa direta, tal como sustentado neste escrito. Nesse sentido, observa BONAVIDES

Um tribunal carente de independência, politizado ao excesso pelo Executivo, fragilizado pelo desrepeito à sua função, debilitado pelas omissões no controle jurisdicional de constitucionalidade é o inimigo da Constituição; é também a espessa muralha, o grande obstáculo que no caso do Brasil se levanta para tolher o ingresso, em nosso ordenamento, da democracia participativa direta, legislada pelo constituinte de 1988 no parágrafo único do artigo 1º, combinado com o artigo 14 da Constituição Federal vigente.¹¹⁵⁴

Já, de outro lado, uma “legítima politização das Cortes Constitucionais” – e, sob a ótica deste estudo, de todo magistrado como juiz constitucional em potência -, que inclusive é, em si mesma, também precisamente uma das fontes de legitimidade da jurisdição na contemporaneidade, exatamente por contribuir com a ideia de uma atuação viabilizadora de uma nova e substancial via de democracia participativa direta, consiste *num assegurar um “equilíbrio” nos embates que haverão de ocorrer em sociedade entre distintas “concepções de vida, pré-compreensões, opções sobre a organização da sociedade”*, nos dizeres de Luis Nunes Almeida. Senão veja-se a menção completa do sustentado por aquele magistrado português novamente na citação de BONAVIDES:

A melhor página que já lemos ultimamente acerca da legítima politização das Cortes Constitucionais como ponto de equilíbrio entre concepções de vida, pré-compreensões e opções sociais, políticas e culturais, é da lavra do constitucionalista Luis Nunes de Almeida, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional Português, vazada nos seguintes termos: *‘O que importa fundamentalmente assegurar não é o equilíbrio entre este e aquele bloco político-partidário, mas entre concepções de vida, pré-compreensões, opções sobre a organização da sociedade – isto é, entre blocos políticos-culturais. O que importa é que haja equilíbrio entre os que defendem, sobretudo, a liberdade e o que propendem mais para a autoridade, entre os que acentuam mais a autoridade; entre os que acentuam mais a necessidade de garantir direitos dos cidadãos e os que atribuem maior importância à salvaguarda das instituições; entre os que pendem para as prerrogativas do parlamento e o que simpatizam com o reforço dos poderes do Executivo; entre os que vêem a realização da justiça social do reconhecimento de direitos e aqueles que a vêem sobretudo realizada através de formas assistenciais; entre os que se preocupam com a redistribuição da riqueza e os que dão maior ênfase à produção; entre os que têm uma formação laica e os que têm uma formação confessional. Não é, pois, entre partidos, mas entre sensibilidades que tem necessariamente que haver um equilíbrio no Tribunal Constitucional, e nisto, e só nisto, há se consistir a sua politização.*¹¹⁵⁵

Assim, que se dê esse equilíbrio de sensibilidades até pela composição dos Tribunais por distintos juízes, com distintas formações, que exerçam seus misteres interpretativos vinculados, além do disposto na norma, às suas distintas percepções abertas à sociedade (aos seus argumentos e razões devidamente apresentados) - mas jamais a dependências políticas externas, que maculem justamente esta sua independência; ou, ainda, que se dê esse equilíbrio pela conjunção e consideração da heterogeneidade de sensibilidades do grupo inteiro de juízes, inclusive de primeiro grau, responsáveis de uma forma ou de outra por jurisdição, direta ou indiretamente constitucional; ou mesmo, por fim, que se dê esse equilíbrio a partir da consciência de *cada juiz acerca de sua importância, bem como de*

¹¹⁵⁴ BONAVIDES. *Jurisdição Constitucional e legitimidade*..., op.cit., p. 141-2.

¹¹⁵⁵ Id., *ibid.*, p. 142 -destaquei.

suas responsabilidades éticas e políticas: o que é relevante, ao final de tudo, é que este equilíbrio de sensibilidades seja considerado como uma busca essencial e permanente a ocorrer no ato de julgar.

É nessa postura prévia dos julgadores, nesta focalização de pressupostos essenciais à sua atividade, nesse proceder que envida a busca constante por um equilíbrio entre essas “sensibilidades” quando da interpretação/aplicação da lei (em sentido geral), que provém esta politização benigna. É na valorização dos princípios e nortes constitucionais como elementos transformação responsável e controlada do direito, de incitação da responsabilidade judicial, sob o ponto de vista ético e político, a ser concretizada na realidade do mundo, que ela se assenta. Tudo para permitir a construção final e específica de sentido do conteúdo dos princípios constitucionais vetores da sociedade, nos casos concretos, a partir do que lhes provém também da própria sociedade (inclusive da respeitosa e séria consideração das teses e discursos antagônicos que são apresentadas à consideração em juízo pelas próprias partes).

Aí o acesso direto do “cidadão-demandante” a uma intervenção na interpretação específica de tais conteúdos e formação (transformação) progressiva dos contornos das disposições constitucionais postas em jogo, direta ou indiretamente, quando trazidas a juízo. E nisso, um real e substancial incremento da democracia, de um modo que transcende o atual formalismo da democracia representativa, tomada como forma exclusiva de concretização de tais ideais e de expressão da cidadania, e que chega a significar, em certo sentido, uma via de realização da democracia participativa.

Por fim, é de se dizer que é nesse contexto que avulta a importância visceral da consideração e efetivação (concreta e casuística) de princípios ou vetores constitucionais postos como nortes fundamentais iniciais da convivência social contratada no âmbito da CF/88 (mormente no disposto nos artigos 1º e 3º da CF/88), que aqui são tomados no sentido do que se poderia denominar de “princípios de identidade e de alteridade”, para o trato das dificuldades da contemporaneidade, mormente daquelas inerentes à necessidade de resgate da legitimidade jurisdicional e dos espaços de convivência democrática.

Basta considerar que tais princípios, aqui denominados de princípios concernentes à consideração da alteridade e da identidade na contemporaneidade, poderiam ser tomados, por exemplo, como princípios garantidores da (1) solidariedade como responsabilidade¹¹⁵⁶ (para com o outro); como princípios assecurativos da (2) tolerância, como respeito¹¹⁵⁷ (ao outro); como princípios

¹¹⁵⁶ Talvez no diferenciado sentido proposto por RICOEUR, como já referido alhures, em nota, de ampliação do conceito tradicional de responsabilidade (imputação), para a inclusão das “noções de ‘cuidado’, de ‘solidariedade’, de amizade – em suma, *de responsabilidade ‘pelo outro’*” – e a de ‘previsão’, avaliação das implicações da ação, ou seja, de ‘prudência’.” – tudo segundo o que consta do ensaio “Responsabilidade e cosmos”, de CONSTANÇA MARCONDES CESAR (CESAR, C.M. (org.). *Paul Ricoeur: ensaios*. São Paulo: Paulus, 1998. pp.67 e ss.).

¹¹⁵⁷ Também no sentido proposto por PAUL RICOEUR, segundo o que consta do ensaio “Tolerância, intolerância e intolerável”, de 1990, (RICOEUR, Paul. *Leituras I: em torno do político*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 1995, pp.174-190.). Ou ainda no do que consta do ensaio “Multiculturalismo: questões éticas”, de CONSTANÇA MARCONDES CESAR (CESAR, C.M. *A hermenêutica francesa: Paul Ricoeur*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. pp.67-80), donde se extrai, por exemplo, o seguinte: “Aristóteles fundava a vida feliz na amizade e na justiça (*Ética a Nicômaco*, livros V, VIII, X, ‘passim’). Para Ricoeur, a amizade se expressa, hoje, como ‘tolerância’, que deve ser entendida, no sentido fraco, como não-violência, e no sentido forte, como aceitação da diversidade.(...) Os que pregam a tolerância, numa sociedade mundial complexa onde se confrontam culturas rivais, devem buscar estabelecer o modo de atuação e os limites desta, mediante a discussão do que deve ser considerado como intolerável. Perante a diversidade de culturas, como estabelecer o que é intolerável? (...) como fundar valores universalmente aceitos, como estabelecer paradigmas de ação, dado

viabilizadores da (3) fraternidade, como reconhecimento¹¹⁵⁸ (da alteridade e da identidade – os outros “em nós mesmos”). Vale dizer, as previsões já contidas na Constituição Federal, relativas ao objetivado em termos de construção da sociedade contemporânea, oferecem por si sós uma riqueza inestimável de nortes viabilizadores de uma convivência mais harmônica, o que faz antever o quanto uma atividade jurisdicional que possa efetivamente considerá-las, à luz do contraditório devido e com a responsabilidade necessária, na singularidade das inexaurivelmente diversas situações da vida, pode contribuir com a construção diária da democracia.

Suficiente, assim, que seja viabilizada uma prestação jurisdicional por meio de uma filtragem hermenêutica dos conflitos da diversidade e do multiculturalismo por princípios de alteridade e identidade, por exemplo, com consideração efetiva (na realidade de cada caso concreto) de tais nortes constitucionais, para que se angariem avanços significativos de incremento de legitimidade nesta atividade, também sob o enfoque de sua visceral e fundamental contribuição para a consolidação e evolução permanente de uma democracia participativa. E mais, tudo de forma a ainda compatibilizar a jurisdição devida com a preservação da democracia representativa, mesmo com o incremento da via democrática da participação direta na concretização da Constituição (realização da democracia constitucional em sentido amplo) – como revela a concretização do equilíbrio simbolicamente posto entre o disposto nos artigos 1º e 3º da CF/88.

Não é por outro motivo, pois, que um pensador como RONALD DWORKIN vê na consideração do “campo fértil da fraternidade e de suas obrigações concomitantes”¹¹⁵⁹ uma boa possibilidade de resposta ao que denomina de “enigma da legitimidade”, ou seja, uma possível

que não há, ‘imediatamente’, denominadores comuns entre as diferentes culturas, para apreciação das ações. Esse critério universal, *Ricoeur vai buscá-lo no respeito à pessoa humana*. É intolerável o que é abjeto, desrespeitoso; o que nega, ao outro, previamente, o seu valor como pessoa, como interlocutor (...) *Tolerância é, pois, respeito ao outro, de qualquer cultura; é reconhecimento do outro como interlocutor e parceiro na megapolis que o mundo se tornou. É a afirmação do valor da razão e da palavra, do debate como ingrediente da vida humana*. A consideração do conceito atual de tolerância, mostra-o, no seu ‘sentido positivo’, associado às idéias de liberdade e de pluralismo político-cultural; ‘no sentido negativo’, à denúncia da intolerância e à crítica do etnocentrismo. No plano ético, é virtude moral dos indivíduos, virtude política do Estado. Não deve ser confundida com a ‘indiferença’ à verdade nem com a aceitação de qualquer tipo de pensar, mas, antes, identificada ao direito de expressão, normatizado pela razão” (op.cit., p.69 e 70-71 - destaquei).

¹¹⁵⁸ Vide a respeito, por exemplo: RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 112 e ss., onde se diz, por exemplo, que: “o princípio da diferença...parece corresponder a um significado natural da fraternidade: ou seja, à idéia de não querer ter maiores vantagens, exceto quando isso traz benefícios para os outros que estão em pior situação. A família, em sua concepção ideal e muitas vezes na prática, é um lugar em que o princípio de maximização da soma de vantagens é rejeitado. Os membros de uma família geralmente não desejam ganhar a não ser que possam fazer isso de modos que promovam os interesses dos outros. Ora, querer agir segundo o princípio da diferença traz precisamente este resultado. Aqueles que estão em melhor situação estão dispostos a receber seus objetivos mais elevados apenas dentro de um esquema no qual isso resulte em benefícios para os menos afortunados. Algumas vezes se considera que o ideal de fraternidade envolve laços sentimentais que, entre membros da sociedade mais ampla, não seria realista esperar. E essa é certamente mais uma razão para que ele seja relativamente negligenciado na doutrina democrática. Muitos sentiram que esse ideal não tem um lugar próprio nas questões políticas. Mas se for interpretado como um princípio que incorpora as exigências do princípio da diferença, ele não é uma concepção impraticável. Parece de fato que as instituições e as políticas que com a maior segurança consideramos justas satisfazem as suas exigências, pelo menos no sentido de que as desigualdades permitidas por elas, contribuem para o bem-estar dos menos favorecidos.”; veja-se, ainda, DWORKIN, *O Império do Direito...*, op.cit., p.258. RICOEUR, Paul. *Leituras I: em torno do político*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

¹¹⁵⁹ Cf. DWORKIN, *O Império do Direito...*, op.cit., pp.249-250: “Estamos, finalmente, em condições de examinar *nossa hipótese de maneira direta: a melhor defesa de legitimidade política* – o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas- *vai ser encontrada* não onde os filósofos esperam encontrá-la – no árido terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo, que poderiam ser válidos entre estranhos, mas *no campo fértil da fraternidade da comunidade e de suas obrigações concomitantes*. Como a família, a amizade e outras formas de associação mais íntimas e locais, a associação política contém a obrigação em seu cerne.” (destaquei).

resposta à indagação crucial de como se encontrar uma justificativa razoável para a apresentação coercitiva do direito, como modo de impositivo regramento da vida em comum, que transcenda a da mera necessidade do exercício da força como forma de se garantir utilmente a manutenção de uma ordem ou unidade de desígnios entre os homens.

Logo, há de se concluir este tópico, por tudo o quanto se disse, no sentido de que a preservação do alcance e papel dos princípios constitucionais (mormente aqueles mais explicitamente norteadores da construção de uma convivência harmônica no âmbito de uma sociedade contemporânea e multicultural, transpassada por inúmeros conflitos naturalmente decorrentes desta exuberância de diversidade atual), bem como do modo de sua adequada aplicação na prática jurisdicional atual, com rejeição expressa à busca hoje verificada da homogeneização de seus sentidos, se constituem em tarefas fundamentais, se for o caso de realmente se pretender evitar a degradação da legitimidade da prestação jurisdicional que se verifica atualmente e, ainda, se resgatar esta legitimidade jurisdicional expressa, ao final, na suficiente diferenciação das decisões judiciais contemporâneas.

À guisa de conclusão do capítulo:

Concluindo e especificando, pois, como proposto para o capítulo, quanto à legitimidade: no que se refere ao vetor do “espaço das diferenças”, tem-se que *a legitimidade da prestação jurisdicional é degradada*, na contemporaneidade, *quando*, pelos diversos modos e vias particulares já referidas, **(a)** se acede e se acolhe acriticamente à forte tendência hoje vigente de *indiferenciação das decisões judiciais*, pela rendição a um conceitualismo universalizante e homogeneizante da prestação jurisdicional (que não permite que se decida, nem fundamente adequadamente), expressão do paradigma das *racionalizações simplificantes*, revigoradamente atuante na modernidade presente (como forma reativa ao pós-positivismo); quando **(b)** *se aceita sem combate a pura discricionariedade judicial*, para resolver ditos casos difíceis, sempre tendente à perpetração do arbítrio nesta seara, por perda da noção da relevância da consideração individualizada do caso concreto, em suas irrepetíveis particularidades; e, finalmente, **(c)**, quando por força dos mesmos processos de *soberracionalização da atividade jurisdicional*, se chega ao extremo de permitir a criação e aplicação de instrumentos severamente *redutores do significado, alcance e efetivação dos princípios constitucionais na dinâmica da vida*, mormente daqueles que se prestariam a permitir uma harmônica construção da convivência social e da democracia, mesmo no ambiente de exuberância conflituosa da diversidade inerente à contemporaneidade.

De outra parte, é possível afirmar que *a legitimidade da prestação jurisdicional pode ser resgatada* e, mesmo, incrementada, em síntese, quando, em contraposição às posturas anteriores, passa-se, com base na adoção de diferenciados posicionamentos teóricos e acolhimento de diversos pressupostos e procedimentos afins, a **(a)** *buscar uma suficiente diferenciação das decisões judiciais*, através da reintrodução da faticidade na apreciação dos casos concretos considerados em toda a sua complexidade e inteireza possível (com um adequado modo de decidir e suficiente modo de fundamentar os julgamentos), como expressão do acolhimento de um novo paradigma de racionalidade complexa; **(b)** quando *se repele o arbítrio judicial pela crença na possibilidade de se obter a resposta correta* (ou mais hermeneuticamente adequada à luz da constituição) para cada caso

concreto trazido a exame do Judiciário, precisamente por meio da revalorização da singularidade irrepetível de cada caso trazido a julgamento, bem como por uma tenaz *busca do 'justo do caso concreto'*; quando (c) *se rejeita a redução do valor e papel dos princípios constitucionais*, bem como *das responsabilidades éticas e políticas do juiz na construção da democracia*, decorrente desta postura aviltante da função principiológica na prestação jurisdicional, por meio de uma *adequada valorização das funções e do significado deste instrumental do pós-positivismo e de uma sua correta aplicação na dinâmica da vida*, por meio da devida prestação jurisdicional, efetivamente comprometida com a construção incessante de uma democracia constitucional em sentido amplo (ou seja, também participativa e inclusiva do cidadão-demandante).

CAPÍTULO VI

DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE JURISDICCIONAL CONTEMPORÂNEA: “FUNCIONALISMO JUDICIAL” POSITIVISTA OU FUNÇÃO JUDICIAL TRANSFORMADA PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLO.

Breve introdução específica:

Nos dois primeiros capítulos desta segunda parte da investigação proposta, realizou-se um alentado exame dos aspectos mais específicos da *degradação da legitimidade* da prestação jurisdiccional que vem se verificando na contemporaneidade, bem como dos elementos mais particularmente identificáveis como vias para um *possível resgate da legitimidade* desta atividade estatal, mesmo no contexto do mundo atual. Tudo isso foi feito, ainda, a partir das ligações destas especificidades com dois vetores fundantes da contemporaneidade, quais sejam, com aqueles denominados nesta investigação de vetor da “*tentativa de supressão do tempo*” e de vetor da “*tentativa de supressão dos espaços da diferença*”, que, assim, serviram como fios condutores desta investigação.

Além disso, foi realizada a identificação de um paradigma de *racionalização simplificante*, a ainda nortear o modo de pensar contemporâneo, amalgamando e viabilizando a atuação coerente daqueles nocivos vetores na atualidade, numa abordagem que denotou, segundo a análise feita, também a necessidade de sua superação e substituição por um outro paradigma de pensamento, qual seja, o de uma *racionalidade complexa* para a modernidade presente.

Isto é o que se apresentou até este momento, para atender à proposta da segunda parte deste trabalho, que foi formulada no sentido de (a) *tentar especificar* alguns aspectos da visão preponderante acerca do direito e da prestação jurisdiccional que mais contribuiriam para a degradação daquela atividade estatal dentro do amplo quadro da atualidade - esboçado pelo esforço crítico-elucidativo realizado nos capítulos da primeira parte-, e de, em seguida, (b) *sugerir a identificação de elementos de resgate de legitimidade* daquela mesma atividade estatal neste contexto.

Pois bem. Para que se atinja o objetivo proposto ao início desta segunda parte em toda a sua amplitude, ainda se faz necessária uma abordagem que trate mais especificamente das questões da degradação e resgate da legitimidade jurisdiccional *como movimentos de supressão ou de abertura aos espaços de convivência democrática na contemporaneidade*, e mais particularmente ainda, no âmbito dos Estados periféricos ou semiperiféricos (ou, ainda, no âmbito daqueles países ditos emergentes) da atualidade.

Não que tenha havido negligência no trato destas questões ao longo do já exposto. Pelo contrário, quando antes foram examinados os fatores de degradação da legitimidade no interior dos referidos vetores da contemporaneidade, a abordagem da problemática sempre envolveu a consideração dos reflexos de tais fatores para a alimentação do silencioso movimento de progressiva

supressão de espaços de convivência democrática contemporânea, daí derivado. E, da mesma maneira, quando foram abordados os elementos de resgate da legitimidade jurisdicional no mesmo contexto, o seu exame sempre considerou a sua aplicação ao real à luz do potencial de contribuir com um movimento de resistência à atual referida redução dos lugares da democracia e, por fim, até mesmo de auxiliar numa ampliação e abertura de outros espaços desta natureza.

Todavia, para um trato mais específico da questão da redução ou incremento da legitimidade jurisdicional a partir de *sua consideração como um poder-dever estatal que passe a se caracterizar modernamente também pelo papel de revelante instrumental democrático*¹¹⁶⁰ (ou de viabilização da participação direta dos cidadãos-demandantes na fixação de conteúdos constitucionais e na determinação de precedentes que remodelam o sentido final do próprio direito), se faz imprescindível examinar esta problemática mais diretamente sob este aspecto.

Aliás, o destaque de tal tema em capítulo à parte e que põe fim a esta extensa investigação é proposital, também por seu valor simbólico. Isso porque assim se exalta e reconhece também a importância e a impositividade de se restituir à jurisdição, em toda a sua amplitude, “a legitimidade política que lhe dê condições de exercer as elevadas atribuições que a ordem jurídica lhe confere.”¹¹⁶¹ Ou noutros termos, assim se destaca como a atenção a um novo papel da atividade jurisdicional, de cunho marcadamente compromissado com o ético e com o político, passa a ser fundamental no debate acerca da legitimidade jurisdicional da contemporaneidade.

A bem da verdade, na contramão do que pretende o “funcionalismo jurisdicional” positivista hoje vigorante, como expressão das posturas mais dogmáticas e presas a tentativas de legitimação meramente formal (e midiática) da atividade judicial, legitimidade não mais se adquire nesta seara mediante a mera solução “formal” de conflitos – que via de regra representam, inclusive, a negação destes salutar e naturais embates da democracia e da convivência plural. Tampouco se a adquire mercê de resultados estatísticos expressivos, em termos exclusivos de números de feitos julgados em curto período de tempo – que, de novo, somente fazem expressar, como regra, a pouca consideração dada à disputa entre distintas visões de mundo, mormente do ponto de vista político, que deve estar sempre, de um modo ou de outro, contida nas causas trazidas à apreciação do Judiciário.

Em realidade, o que se pretende deixar claro ao final desta exposição é que este funcionalismo judicial positivista deve necessariamente passar a dar lugar a uma compreensão diferenciada da prestação jurisdicional, em termos de sua representatividade e relevância política para a construção da democracia.

Somente *uma função judicial transformada para o fim de viabilizar a construção de uma democracia constitucional em sentido amplo*, também a partir dessa atividade estatal, como modo de

¹¹⁶⁰ A noção da pretensão que deveria nortear a busca da legitimidade sob este prisma, modernamente, de modo ainda mais necessário nas democracias periféricas e semiperiféricas, é dada, nesse ponto, por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, quando assevera que se deve buscar “a preservação da jurisdição estatal...de modo a assegurar-lhe o papel de instrumento democrático”, tendo-se presentes as transformações sócio-políticas ocorridas na contemporaneidade (Cf. *Processo e Ideologia...*, op.cit., p.317.).

¹¹⁶¹ Cf. OVÍDIO BAPTISTA. *Processo e Ideologia...*, op.cit., p.319-320.

“pulverizar o poder”¹¹⁶², em detrimento das cada vez mais redutoras concepções dogmáticas acerca do papel da função jurisdicional, pode angariar legitimidade suficiente no âmbito das democracias periféricas e semiperiféricas contemporâneas. Somente uma profunda e séria compreensão da relevância desse incremento final de legitimidade da jurisdição, dado por meio da atribuição de conteúdo ético e político à função, é que terá o condão de salvar a jurisdição de seu final encaminhamento ao lugar das inutilidades do passado, ou ao indecoroso posto ocupado pelos instrumentos de manipulação popular pelo poder.

Mercê disso tudo, portanto, é que se passa a tratar, a seguir, de aspectos desta problemática que são úteis para, ao menos, se iniciar a identificação e o repúdio de visões ou modos de conduta que acabem por inviabilizar esta expressão política legítima e legitimante da jurisdição na modernidade presente, enquanto importante instrumento auxiliar de construção da democracia (inclusive, e principalmente, daquela que se dá pela via inclusiva da participação direta). E, da mesma forma como já se fez antes, por meio desta abordagem negativa inicial é que se pretende alcançar o tratamento da problemática do resgate do papel político fundamental da jurisdição - e, pois, de sua legitimidade nesta seara -, no sentido de se constituir aquela atividade, atualmente, num *instrumental essencial à construção permanente*¹¹⁶³ *de uma democracia constitucional em sentido amplo*¹¹⁶⁴.

1. A negação da legitimidade democrática do conflito (pela jurisdição funcionalista) ou o acolhimento do conflito como coisa inerente à democracia (pela jurisdição como busca da pacificação social qualificada).

a) A negação ao acolhimento do conflito social como recusa ao papel político e ético da jurisdição contemporânea: O repúdio ao conflito é a marca do “funcionalismo judicial” positivista vigente e revigorado na atualidade.

A jurisdição entendida agora, por tudo o que já foi exposto, como um mero instrumento funcionalista, que deve se preocupar antes de qualquer coisa com o atendimento de critérios de eficácia técnico-burocrática, em detrimento da busca pelo “justo do caso concreto” – e, mais, ainda, em detrimento de uma eventual função viabilizadora da realização efetiva da democracia participativa -, não consegue e não pode mesmo ver qualquer virtude no conflito – muito menos legitimidade. Ele é, nesta visão reducionista, apenas a expressão de uma “convivência desarmônica” e belicosa, que merece a intervenção paternalista de um agente superior (o Estado), a trazer a coerência de uma “paz social” imposta (de preferência, de forma quase imediata), determinada de cima para baixo (ainda que pela “força das armas”).

¹¹⁶² Cf. OVÍDIO BAPTISTA. *Processo e Ideologia...*, op.cit., p.316, recordando-se o que já se teve oportunidade de referir alhures: “A jurisdição, num regime verdadeiramente democrático, ao contrário do nosso, deve ser o agente ‘pulverizador’ do Poder, o órgão produtor de micro-poderes, que possam contrabalançar o sentido centralizador que os outros dois ramos zelosamente praticam.”

¹¹⁶³ Por meio da *abertura e manutenção de espaços públicos de discussão dos conflitos inerentes à sociedade contemporânea*.

¹¹⁶⁴ Ou seja, norteada pelo *incremento crescente da participação política direta dos cidadãos, inclusive como “demandantes-cidadãos”, e não mais meros “demandantes-litigantes”*.

Por isso, o conflito é negado, por esta postura teórica, como se fosse despido de qualquer valor em si mesmo. Por isso ele tende a ser ignorado na sua representatividade política (ou seja, naquilo que enfeixa e diz acerca das diferentes concepções de mundo e de “vida boa” que se encontram em entrecchoque em cada caso trazido ao Judiciário) - como se já nesse olvidar não se desse um estupendo prejuízo para a democracia. Por isso, finalmente, ele é rejeitado como coisa a ser eliminada e varrida da face das relações sociais, partindo-se, então, quando da compreensão da função da prestação jurisdicional, do pressuposto (manifestamente equivocada, segundo já se viu, mas ainda insidiosamente infiltrado no pensar moderno) de que essa eliminação é mesmo desejável – ainda que pelo menos se vislumbre desde sempre a inviabilidade prática dessa empreitada, na medida em que manifestamente impossível.

A verdade, entretanto, é que o *conflito social* não pode e não deve ser eliminado, nestes termos e por estas razões. Melhor dizendo: não deve nem mesmo ser objetivo do Estado ou de quem quer que seja pretender eliminar o conflito do horizonte de convivência de uma sociedade plural e democrática. Isso porque ele expressa justamente a abertura desta sociedade à erupção da divergência, decorrente da sobrevivência das diferenças, por vezes inevitavelmente colidentes, no seu interior. E mais, porque o conflito assim se presta a apontar com precisão aonde de fato surgem os pontos de maior tensão da convivência, identificando e viabilizando a necessária força reparadora e auto-reparadora das potenciais fraturas sociais, antes que elas efetivamente se dêem de forma irremediável.

A manutenção da abertura ao conflito social, por parte do Estado e das instituições em geral, o cultivo do espaço para o acolhimento e trato de sua ocorrência inevitável, possui, assim, enorme valor para a viabilização de uma democracia participativa. Afinal, como diz WARAT, “democracia é sempre uma procura do confronto”, sendo que “o importante nela é assegurar a procura, não a sua resolução...”¹¹⁶⁵. A possibilidade do trato destas divergências a partir da ação direta dos próprios interessados e envolvidos diretamente no embate é a expressão mais pura disto. E é por isso que a democracia participativa também pode se dar mediante a ação contributiva do Estado-juiz, precisamente a partir da noção de que por meio da jurisdição¹¹⁶⁶ se promove, antes de qualquer coisa, uma busca pela abertura, manutenção e incremento de espaços de convivência democrática (que também são, por essência, os espaços da divergência consentida ou mediada pelos nortes ou ideários da tolerância e do pluralismo).

Logo, muito ao contrário da visão que pretende a solução quase imediata das demandas, de preferência, da maneira mais uniforme possível e para a maior parte das “categorias” de casos racionalizantemente identificadas pela burocracia administrativa judicial, há que se dar espaço ao conflito. O conflito deve ser valorizado. Deve ser acolhido e embalado no seio da jurisdição, como coisa verdadeiramente preciosa, que traz à luz da superfície as divergências sociais mais importantes – aquelas que são capazes de efetivamente levar os homens ao atrito e ao embate, no curso normal de suas vidas e da convivência com o outro.

¹¹⁶⁵ Cf. WARAT. *A ciência jurídica e seus dois maridos...*, op.cit, p. 34.

¹¹⁶⁶ Como diz RICOEUR, “é com a própria transformação da democracia que é preciso interligar a transformação do papel do juiz” (Prefácio à obra de Antoine Garapon, *O guardador de promessas...*, op.cit., p.9).

Enquanto desvela a realidade destas naturais divergências do conviver, o conflito é expressão legítima do viver democrático. É, portanto, coisa inerente à democracia. E, como tal, simplesmente não pode ter essa sua legitimidade democrática negada por qualquer instrumental ou visão estatal, sob pena de se estar aí negando o que é da essência da democracia e, pois, de certo modo, recusando-a indiretamente.

De fato, no mínimo caminha-se de maneira perigosamente próxima da borda do abismo do arbítrio estatal, quando se convencionava que é possível compreender a prestação jurisdicional – que, por definição, deveria ser talhada para o acolhimento e trato dialético do conflito inerente às divergências da convivência em todo e cada caso concreto individual-, como um instrumento de eliminação do amplo espaço necessário ao desenvolvimento e cuidado para com estes naturais e salutares reflexos do aberto viver gregário.

Por detrás da visão simplificante de que tais espaços possam ser reduzidos arbitrariamente, pela categorização apriorística dos casos concretos e pela fixação prévia e rígida dos sentidos que o ordenamento possa ter para estas categorias abrangentes dos múltiplos – e sempre multifacetados – casos da realidade, se encontra precisamente um perigoso fechamento do poder à discussão e um lamentável restringir do ouvir a sociedade a partir da visão e argumentos dos próprios demandantes-cidadãos.

De resto, nem o argumento de que determinadas causas devam ser examinadas pela via coletiva ou por instrumentos de pronta sedimentação de uma posição jurisdicional fechada em relação às ditas demandas de massa, para fins de permitir o “desafogo” do Judiciário, pode alterar a realidade de que, aí, por essa via de racionalização simplificante, se rejeita o acolhimento do conflito em sua real riqueza e se tende a perder em legitimidade, por mais de um motivo.

Primeiro, porque é inegável que inexoravelmente se retira, desta forma, a rara vez e voz de quem é interessado diretamente em se manifestar, apresentar seus argumentos, sua visão sobre o sentido do ordenamento para dar solução ao seu caso, e, pois, ao fim e ao cabo, a possibilidade de que este demandante-cidadão possa agir diretamente para fixar o sentido das regras que determinam a direção de sua vida, ou, pelo menos, que tem algum reflexo importante sobre ela, naquele momento.

Segundo, porque é inegável, também, que assim se retire a possibilidade de que múltiplas e plurais visões, dos julgadores de mais distinta formação, venham a tona num número enorme de casos também singulares em suas variadas e irrepetíveis circunstâncias, perdendo-se, assim, uma riqueza de possibilidades potencialmente transformadoras do sentido das regras de convivência em questão, acaso consideradas as possibilidades hermenêuticas de sua compreensão justamente a partir da reedição e releitura de situações similares à luz das mesmas regras ao longo do tempo.

E, finalmente, porque com isso se perde em possibilidade de participação democrática direta e inclusiva, de cada cidadão (e, inclusive, em potencial de resgate da própria cidadania, como se verá), retornando-se a outras formas de delegação do poder (a entidades representativas, a mecanismos de verificação de casos supostamente paradigmáticos, a cúpulas judiciais etc) em detrimento da participação direta de múltiplas partes e juízes na construção das regras da vida, tudo sem que se resolva, de fato, o problema do dito excesso de demandas da contemporaneidade.

Mas a situação piora ainda mais quando se considera que esta redução do espaço para a discussão plural também é orientada por uma tentativa de redução do tempo necessário para resolver definitivamente os “litígios” (que nesta visão não são distinguidos dos legítimos conflitos transportados pelas demandas).

De novo aqui, por força da insidiosa manifestação dos vetores e resultantes da contemporaneidade, tem-se um outro incremento da redução das possibilidades da discussão e da manifestação ampla do conflito social num seu adequado espaço de acolhimento e tratamento democrático. Isso porque se a maior celeridade possível na resolução da maior parte de casos é o almejado pela nova funcionalização jurisdicional positivista, por meio dos instrumentos sumulares e análogos, não haverá tempo para qualquer tratamento adequado de um número suficiente de casos, muito menos para a sedimentação de posicionamentos derivados deste tratamento diferenciado.

Identificado um potencial “caso repetitivo”, uma hipotética situação que supostamente envolva interesses “de massa”, e já estará o dito caso fadado a ser tratado aprioristicamente, cortando-se pela raiz a possibilidade de que o cidadão comum discuta o caso concreto que afeta sua vida, em sua singularidade irrepetível e por meio dos argumentos que ele, cidadão-demandante-comum, julga que devam ser analisados pelo juiz local, que se encontra, inclusive, em contato com a realidade particular de vida do interessado no jugamento.

Quer dizer: se já a redução do espaço da diferença pela institucionalização da visão de eliminação da abertura a multiplicidade de conflitos – ainda que aparentemente similares – minava a possibilidade de utilização da jurisdição como instrumento de pulverização do poder, de acesso direto a ele pelo cidadão comum, também pela via auxiliar da prestação desta atividade estatal, a tentativa de redução do tempo necessário à solução dos casos (e aqui, das categorias de casos supostas por esta visão também), só fará levar essa redução da potencial função política da jurisdição, pela viabilização da participação direta do cidadão na fixação do sentido das regras de convivência, a um extremo intolerável, porque nulificante. Não se dá e não se dará mais o tempo necessário aos casos e ao seu desenvolvimento; não se dá e não se dará mais, muito menos, o tempo devido ao direito.

Desta forma, nesta visão da jurisdição assim submetida à busca pela eficácia tecno-burocrática, não sobra e não sobrarão mais qualquer espaço para o ético (no sentido também da busca do justo do caso concreto) e para o político, e mesmo aquilo que pudesse haver de necessário e bom nos instrumentos de uniformização jurisprudencial em geral, acabará se perdendo em razão destas condições extremas de sua atuação a partir desta visão de uma funcionalização jurisdicional fundamentalista.

Haverá de se dizer, é muito provável nesse passo, que na verdade não se quer negar o conflito, muito menos o seu valor, com as medidas de busca por maior celeridade ou efetividade da prestação jurisdicional referidas indiretamente aqui, mas já tantas vezes abordadas mais diretamente nesta pesquisa. No entanto, a verdade é que nisso haverá, no máximo, apenas uma meia-verdade.

O fato é que, a rigor, embora eventualmente se pudesse admitir um olvidar deste aspecto político por parte de quem reforma a legislação e entende ou aplica a jurisdição no sentido do

funcionalismo positivista, já a omissão no trato do ponto seria uma negação implícita do valor democrático do conflito. E pior: o fato de se atacar a litigiosidade extrema da contemporaneidade com as armas da busca pela solução imediata e rasteira do máximo número de demandas possíveis (e, por conseguinte, dos conflitos que elas trazem consigo), como valor e objetivo maior, por si só representa mesmo a negação direta do valor do conflito na prática judicial, sob o ponto de vista do ético e do político.

Seja por que não se distingue o litígio do conflito, seja por que nem ao menos se considera a sua existência e o seu significado, na perspectiva do político, a verdade é que ao se buscar na contemporaneidade celeridade extrema, mediada por uma uniformização cada vez mais aniquilante das particularidades dos casos – e mesmo, do poder dos juízes de base, bem como da possibilidade de distribuição e pulverização do poder aos cidadãos-demandantes, a partir de sua atuação junto a tais juízes -, se nega a legitimidade democrática do conflito e se reduz a possibilidade de que a função jurisdicional possa exercer o seu novo papel transformador, de relevante partícipe na construção incessante de uma democracia constitucional em sentido amplo (por que também participativa e inclusiva), além de fomentadora da própria cidadania. E, com isso, soçobra também a legitimidade da atividade estatal de prestação jurisdicional, mormente nas democracias periféricas da modernidade presente.

Por tudo isso é que, de outra parte, seria de extremo relevo que ao menos se iniciasse um trabalho de resgate da legitimidade jurisdicional sob este enfoque, por meio de um evitar a confusão entre a exacerbada litigância da modernidade presente e um supostamente negativo excesso de conflitos, como já se apontou antes neste trabalho. Por isso é que também não se poderia pretender que a redução forçada de demandas e do seu tempo de curso, como forma de “legitimação” do Judiciário por uma mera “melhoria” de sua imagem, pudesse representar um valor positivo em si mesmo considerado – já que, para tanto, sacrificam-se os conflitos, ou, melhor dizendo, o devido espaço para o seu salutar tratamento democrático pela via jurisdicional.

b) A confusão entre litigiosidade exacerbada e conflituosidade inerente a uma sociedade plural refletida na busca pela sumária eliminação de demandas. Impositividade de reconhecimento da legitimidade e necessidade do conflito na democracia como medida inicial para o resgate e incremento da legitimidade jurisdicional sob o ponto de vista ético-político: Com efeito, nesse ponto há de se dizer que a exacerbada litigância dos tempos em curso, marcante nessa chamada sociedade contemporânea em transição (e de resto, presente desde há bom tempo, ao menos nos países centrais), traduz respostas complexas dos atores sociais e instituições ao intrincado fenômeno da sobrejuridificação da vida. Expressa um problema moderno e contemporâneo hipercomplexo, como já foi referido na primeira parte desta investigação, e, como tal, designa, sob o mesmo nome, uma miríade de dificuldades do Estado e da sociedade que alcançam fortemente a realidade abrangente de nossas existências e relações intersubjetivas.

Daí por que não é racionalmente sustentável tratar essa verdadeira *caixa de Pandora* da dita contemporaneidade (ou pós-modernidade, como se queira) da forma simplista mencionada ao início, para fins de supostamente se dar cabo de problemas de atravancamento da prestação jurisdicional, da forma “midiática” que hoje tende a vigorar.

E mais: daí por que há grande e real perigo para institutos tão caros como o da democracia, enquanto garantidora da pluralidade e da própria convivência possível entre os iguais-diferentes, em se proceder na busca de soluções para os “problemas dos tribunais” (leia-se, soluções de dificuldades inerentes à prestação jurisdicional de forma mais efetiva e célere), sem se considerar a real dimensão do verdadeiro problema (que é, em verdade, de toda a sociedade), em posicionamentos que na verdade corporifiquem pontuais e simplistas arremedos de respostas, por desconectadas da consideração de toda esta realidade até aqui exposta.

Senão, considere-se que tais propostas de “racionalização” da resposta do Judiciário ao “excesso de demandas” via de regra deságuam, nos tempos atuais, numa busca pela *desconsideração do caso concreto*, pretendendo a *máxima padronização* das discussões trazidas à solução judicial, como já foi mencionado antes.

No entanto, essas medidas, que podem variar em conteúdo e forma enormemente, mas que estão unidas pelo mesmo *propósito homogeneizante da realidade*, como forma de dar uma resposta retórica à sociedade que demanda ação em tempo imediato dos julgadores, tratam necessariamente sob o mesmo nome e com as mesmas armas a *massa de litígios* a ser enfrentada e “eliminada” pelos juízes e os *conflitos sociais* detentores de intrínseco relevo que surgem habitualmente no seio de uma sociedade democrática e marcada pela pluralidade e multiculturalidade dos tempos atuais - e cujo deslinde requer cuidado e é a própria razão de ser da função jurisdicional em sua essência mais nobre (cuidar de auxiliar na construção real de uma sociedade plural devidamente harmonizada pela edificação concreta e pontual dos princípios constitucionais abstratamente previstos).

Tem-se, então, que na ânsia de combater o problema do excesso do litígio, na busca pelo enfrentamento impossível de um tal fugidio e gigantesmo fantasma, há o risco sério, quase certo, de se atingir o alvo errado e chegar à retomada das *excessivas idealizações* superadas dos tempos de Estado Liberal. Há o risco iminente de se padronizar, de forma radical, a prestação jurisdicional, cada vez menos afeta ao exame do caso concreto e à possibilidade de busca, em alguma medida, de um justo que transcenda precisamente o padrão homogeneizante das abstrações legais¹¹⁶⁷ e que realize concretamente os princípios constitucionais em *cada conflito* socialmente relevante, ainda que, v.g.,

¹¹⁶⁷ Exatamente no sentido do exposto, vide OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em seu *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, mais especialmente o que consta de seu capítulo XII (“Processo Civil, individualismo e democracia”) e da p.303, ainda mais especificamente, onde refere aquele autor: “A exigência de ‘uniformidades’ que os permitam a inserção do ‘individual’ numa série de casos ‘idênticos’, de modo a tornar possível a construção dos ‘sistemas’, obriga a eliminar as peculiaridades do caso concreto, toda a sua riqueza, aquilo que o faz ‘diferente’, obrigando o ‘cientista’ do Direito a reduzir as hipóteses concretas a seus ‘esqueletos’.

O pressuposto liberal de que todos os homens são iguais é expressão desta mesma ideologia, que deu origem ao ‘princípio da isonomia’, ou da igualdade, elevado a direito fundamental em nossas Constituições. *Entretanto, nada mais diferente, enquanto realidades vivas, do que os homens entre si.* A igualdade é uma abstração que nos obriga a despir o homem concreto da riqueza de seu ser individual, porém a formação dos ‘sistemas’ jurídicos assenta-se nessa abstração, na fuga do individual, como o seu pressuposto metodológico. Supõe-se que cada caso concreto seja a expressão individual de uma série de casos idênticos.

Em obra anterior dissemos o seguinte, transcrevendo uma observação de Habermas: ‘ ‘Conceitualismo’, próprio das ciências matemáticas, a que Leibniz procurava aproximar o direito (‘Ensaio acerca do entendimento humano’, Cap. III, nº18), firma-se através de uma epistemologia que não tolera o individual porque o ‘indivíduo’, em toda a sua riqueza existencial, é a negação do geral, portanto, da regra e do conceito.’ [citando ‘Jurisdição e execução, cit., 2ª ed., p.131]. (...). A redução do Direito ao ‘mundo jurídico’ de tal modo que o ‘jurídico’ isole-se do ‘político’ está centrada neste mesmo objetivo.” (OVÍDIO, Op.cit.,pp.303-304).

postos em variadas e diminutas causas do ponto de vista econômico (com a formação de progressivas e sedimentadas redes decisionais que materializem paulatina e pensadamente o abstrato constitucional no mundo real das coisas).

Ora, mas essa confusa identificação entre litígio e conflito, traduzida pela pretensão de sumária eliminação das demandas, acaba atingindo visceralmente a democracia. Na medida em que o conflito é, não só legítimo, mas necessário à democracia, o engendramento de mecanismos que, por via direta ou indireta, visem a suprimir sumariamente o conflito, pela ação estatal, é simplesmente antidemocrático e ilegítimo em sua base, por princípio. Com efeito, a dar base a esta linha de raciocínio, tome-se a lição de MARILENA CHAUI¹¹⁶⁸ exposta nos seguintes termos:

Alguns traços caracterizam a democracia. Em primeiro lugar, a legitimidade e a necessidade do conflito. A democracia é o único regime político no qual o conflito não é algo que precisa ser exorcizado, ocultado ou terminado, mas aquilo que vivifica o regime político, pois, ao contrário de qualquer outra forma política, a democracia tem a peculiaridade extraordinária de ser a única na qual o conflito é constitutivo de seu modo de ser. O conflito não é obstáculo, é a constituição mesma do processo democrático. Essa talvez seja uma das maiores originalidades da democracia. Sua segunda característica é a de ser o único regime político que não se apóia na noção de privilégio, mas na idéia de direito. Não apenas o direito como Estado de Direito, isto é, como definição e garantia jurídica de alguns direitos, e sim como criação de direitos novos. Por seu vínculo constitutivo com o conflito, a democracia não cessa de fazer surgir novos sujeitos políticos, que emergem dos conflitos e são criadores de direitos novos. Ela é, fundamentalmente, processo de criação de direitos (o que também é uma de suas originalidades) e, por isso mesmo, é uma forma política aberta ao tempo e à história.

A terceira característica da democracia, justamente porque opera com o conflito e a criação de direitos, é a de não se confinar a um setor específico da sociedade, no qual a política se realiza – o Estado –, mas determinar a forma das relações sociais e de todas as instituições, ou seja, é o único regime político que é também a forma social da existência coletiva. Ela institui a sociedade democrática.

(....)

Finalmente, é a forma da vida social que cria para si própria um problema que não pode cessar de resolver porque, a cada solução que encontra, reabre o seu próprio problema, qual seja, a questão da participação.¹¹⁶⁹

Se é assim, é no seio do conflito, também na esfera da discussão mediada pelo Judiciário – ainda que também para além dela – e filtrada pela Constituição, que se apresenta a possibilidade de considerar e ponderar as diferenças de uma sociedade, compatibilizando-se as divergências de percepção da realidade, de desejos, de crenças, de ideais, de seus distintos integrantes individualmente considerados ou reunidos em grupos – e até mesmo criando-se “direitos novos” –, de forma a que, sempre, no mínimo, se respeite e faça respeitar o outro diferente, antes de tudo. E isso, principalmente, quando se considera a necessidade de resistência, justamente no seio das democracias, a maiorias eventuais que acabem utilizando-se até mesmo da lei para o exercício de verdadeira opressão ou desrespeito de minorias, de forma não-autorizada pelo contratado originalmente na Constituição – e veja-se, sob este enfoque, o relevantíssimo papel do Judiciário na consolidação de uma democracia

¹¹⁶⁸ Aliás, para uma melhor compreensão do que se trata aqui, à luz das particularidades da realidade brasileira, sugere-se consulta ao estudo da mesma filósofa brasileira publicado sob o título *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*.

¹¹⁶⁹ Cf. CHAUI, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultura*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006. pp.138-139 - destaquei.

verdadeira, por legitimada nas bases constitucionais primeiras, transcendentais às maiorias legislativas eventuais¹¹⁷⁰.

Só nesse contexto – justamente *aquele permitido pelo conflito inerente ao modo de ser da democracia* - pode a sociedade ser confrontada legitimamente com suas divergências, com seus antagonismos internos, e salutarmente crescer como comunidade que encontra unidade ao menos no almejar a construção de uma realidade de democracia e respeito mútuo – tudo a partir, inclusive, da renovação e solução eterna dos conflitos, em constante e infindável reedição¹¹⁷¹. Só *com a percepção da relevância e no respeito devido ao conflito veiculado em cada caso concreto*, que pode trazer amalgamados em seu bojo precisamente os problemas relativos à questão de como lidar com a questão da atual presença do multiculturalismo em nossa realidade¹¹⁷² - multiculturalismo este “entendido, dentre outras maneiras, como a coexistência de diferentes culturas em um mesmo país, continente ou mesmo na sociedade global”¹¹⁷³ -, é que haverá a possibilidade de uma substancial e real construção referida. E isso, inclusive, também a partir da percepção de que, justamente porque nem tudo o Judiciário pode, de que nem tudo está a seu alcance resolver pronta e efetivamente como desejado e necessário, deve ela mesma, sociedade, passar a progressivamente assumir suas responsabilidades na resolução de conflitos que se mostrem aptos a serem solvidos por meio de expedientes alternativos (no que reside aí também a viabilização de lições de reconstrução da cidadania).

Aliás, no sentido de reforçar todo o exposto é de se destacar que também WARAT refere a necessidade não só de reconhecer-se a legitimidade do conflito na prática democrática, até mesmo como “gesto inaugural” desta prática, como de acolher verdadeiramente a fragmentação das experiências do mundo como realidade a ser trabalhada na convivência social da contemporaneidade.

Acredito que *o gesto inaugural de uma prática democrática consista no reconhecimento da legitimidade conflito na sociedade*. Entretanto, para que exista tal gesto, precisamos contar não só com os governantes que a admitam, mas também com uma sociedade questionante e desmistificadora de eufemismos donde emerge o mito da unidade; o mito de um dever uniformizado como virtualidade permanente, incapaz de acolher a fragmentação, a polifonia dos costumes, das crenças e dos desejos que fazem as experiências do mundo.¹¹⁷⁴

Perceba-se, então, que ao se buscar a resposta simplista do mascaramento da solução do problema real da extrema litigância atual, desconsiderando-se o que há de essencial e necessário na

¹¹⁷⁰ Nesse sentido, confira-se OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA: (...) Nosso Direito é um produto da modernidade. (...) Por sua vez, também a democracia caracteriza-se por um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais. (...) Torna-se, portanto, indispensável ter presentes as condições do terreno para onde pretendemos levar o processo civil, fazendo com que ele recupere o espaço que lhe cabe como ciência do espírito.” (*Processo e Ideologia...*, op.cit., pp.304-305).

¹¹⁷¹ Verifique-se WOLKMER, A.C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pp.179-180.

¹¹⁷² Diz OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, quanto ao ponto, após considerar a dificuldade decorrente do fato observado por NORBERTO BOBBIO de que a democracia ‘nasceu de uma concepção individualista de sociedade’, enquanto, segundo o mesmo BOBBIO (*O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.p.36), contemporaneamente a ‘sociedade real, subjacente aos governos democráticos, é pluralista’ (para o ponto, no original, ver op.cit., pp.34-36): “A compatibilidade entre democracia e ‘individualismo’ é problema crucial que deve ser tratado quando se pretende um direito processual que supere o ‘dogmatismo’, porquanto, como sugerimos nas considerações precedentes, o dogmatismo é expressão de um regime autoritário.” (*Processo e Ideologia...*, op.cit., p.306).

¹¹⁷³ Conforme considerações em OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Multiculturalismo: o ‘olho do furacão’ no Direito pós-moderno*. In: “Direitos Culturais. Revista do programa de pós-graduação em Direito. Mestrado da URI. Santo Ângelo – v.1, nº1 (dezembro de 2006). Santo Ângelo : EDIURI, 2006. p.161.

¹¹⁷⁴ Cf. WARAT. *A ciência jurídica e seus dois maridos...*, op.cit., p. 31 (destaquei).

existência e permanente renovação do conflito social como expressão mediadora das diferenças sociais que progressivamente se acomodam e se reestabelecem, em ciclos, engendra-se algo de extremamente danoso ao desiderato de atingimento dos objetivos constitucionais contratados. Isso tanto pela perpetração reeditada de uma ação defectiva sobre o agir esperado dos poderes instituídos, tal como o do Judiciário, quanto, ainda mais, pela ocultação e desestímulo das possibilidades do agir derivado dos demais atores sociais, no que tange à busca da real solução de conflitos.

Esses mecanismos homogeneizantes e simplificadores, de expressão racional vazia e meramente funcionalista, acabam por tender à eliminação da riqueza e variabilidade do conflito social e de sua constante renovação, impedindo a consequente diversificação da resposta jurisdicional e social na construção do que significa a miragem sempre mutável da sociedade justa e solidária devida a todos em cada momento do tempo e do espaço.

De resto, para além da perda do sentido último e realmente essencial da prestação jurisdicional como instrumento de resolução de casos concretos, mas também de progressiva e infundável fixação de contornos materiais dos direitos e garantias constitucionais no tempo e na vida de relação, bem como dos significados plurivalentes dos princípios mais abertos daquele ordenamento superior, justamente por meio da eventual aplicação acrítica dos ditos instrumentos de “racionalização” desmedida, o que se haverá de perder, ainda, será a noção e a oportunidade de incitar a sociedade a fazer a sua parte, no enfrentamento aberto e produtivo dos conflitos, como catalisadores de infinitas e ricas soluções aos também inexauríveis problemas da realidade da convivência plural à luz da Constituição¹¹⁷⁵.

c) O reconhecimento do novo papel da jurisdição nas sociedades democráticas da contemporaneidade (instrumento ético-político de construção da convivência possível). O nascimento do “demandante-cidadão” e a pacificação social “qualificada”: o acolhimento do conflito como coisa inerente à democracia e o ato de julgar: Na visão antes proposta a jurisdição tem como sua função essencial na sociedade contemporânea em transição – mas não necessariamente característica distintiva de outras atividades¹¹⁷⁶ – a instrumentalização da construção da convivência possível entre

¹¹⁷⁵ Impositivo citar aqui a seguinte passagem de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (*Processo e Ideologia...*, op.cit., p.316), que dá a dimensão da relevância da atividade jurisdicional concebida criticamente para os dias de hoje: “Os liberais, aliás, não escondem que, apesar da retórica, dirigimo-nos, cada vez menos na direção do povo. Giovanni Sartori não-lo confirma, ao escrever: ‘Hoje em dia, não obstante a retórica em contrário, ‘nos movemos’ na direção de cada vez ‘menos’ poder do povo. A causa óbvia disto é que um máximo de poder popular só é possível em sociedades simples nas quais as funções de direção sejam relativamente elementares. A maior complexidade, interconexão e a magnitude gigantesca dos mecanismos da vida social e econômica determinam que a opinião dos especialistas adquira um peso específico superior a seu voto como eleitor’ [citando-se ‘Teoria de la democracia’, original de 1987, tradução de 1990, Madrid, vol.II, p.528.]

Esta é a questão que nos obriga a pensar numa profunda descentralização do poder, capaz de aproximá-lo do povo, permitindo o exercício autêntico de um regime democrático, *de que o Poder Judiciário terá de ser o fiador. A jurisdição, num regime verdadeiramente democrático, ao contrário do nosso, deve ser um agente ‘pulverizador’ do Poder, o órgão produtor de micro-poderes, que possam contrabalançar o sentido centralizador que os outros dois ramos zelosamente praticam.*” (destacou-se).

³². No sentido do que efetivamente distingue e caracteriza a atividade jurisdicional, a razão parece estar, ao menos da essência das proposições, novamente com o emérito processualista brasileiro e gaúcho, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (*Curso de Processo Civil*, vol.1 (Processo de Conhecimento). 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. pp. 27-28): “...cremos que as notas essenciais, capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo juiz, devem atender a dois pressupostos básicos: a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso, pelo juiz, que o realiza por dever de função; o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao

*os iguais-diferentes, nos termos do que contratado constitucionalmente, precisamente pela viabilização da garantia de tutela real dos direitos, pela aplicação da lei aos casos concretos*¹¹⁷⁷, mas sempre a partir das garantias e princípios constitucionais.¹¹⁷⁸ Numa linha que talvez não distoie muito dessa assertiva, porquanto privilegiadora da idéia de instrumentalização prática do que disposto de forma abstrata na Constituição Federal – contentando-se, talvez, com um alcance ou possibilidades mais modestas –, é o que refere MARINONI¹¹⁷⁹:

Não há dúvida de que a jurisdição, atualmente, tem função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais. Isto não quer dizer, como é óbvio, que a constituição se preocupe em garantir a idoneidade da defesa ou a adequada participação do réu. *O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo.* Sem ela seria impossível ao Estado não apenas dar tutela aos direitos fundamentais e permitir a participação do povo na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública, mas sobretudo garantir a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção.

Isso quer dizer que a solução dos casos concretos é posta legitimamente, como prestação jurisdicional devida e adequada, nos termos do exposto, não só quando dá um deslinde *qualquer* ao conflito entre as partes, tendente a definitivização garantida pelo instituto da coisa julgada, *mas quando o faz de forma comprometida com e a partir dos ditos ditames constitucionais de base.*

Ou seja, somente quando resolve a partir de uma filtragem hermenêutico-constitucional os casos que lhe são trazidos a exame – no mínimo pela aplicação da lei isenta de contradição com o ordenamento superior -, contribuindo para a materialização pontual do que previsto na Carta Magna (inclusive no que concerne à efetivação do princípio do contraditório em toda a sua amplitude, ou seja, até mesmo em sua dimensão política de viabilização da participação direta do demandante-cidadão na definição de sentidos para o caso concreto), se tem a prestação devida da atividade do Estado-juiz.

Em outras palavras, isso significa asseverar que mesmo considerado o estado de coisas explicitado anteriormente, mesmo em meio às pressões extremas por decisão judicial quase que imediata e, por consequência, padronizada dos casos, é ainda necessário prestar a jurisdição de forma

passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica em função de sua função ‘tendo a lei por limite de sua ação’, cujo objetivo não é simplesmente a aplicação da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, ‘segundo o direito objetivo’; b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de ‘terceiro imparcial’ em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que tutela. Como observa MICHELI (‘Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria’, RDP, 1947, v.1, p.31; agora em ‘Estudios de derecho procesal civil’, v.4, p.19), não é tanto o caráter de ‘substitutividade’, como afirmava CHIOVENDA, que define a jurisdição, mas seu caráter de ‘imparcialidade’. ‘A norma a aplicar é, para a administração pública, a regra que deve ser seguida para que uma certa finalidade seja alcançada; a mesma norma é, para o órgão jurisdicional, o objeto de sua atividade institucional, no sentido de que a função jurisdicional se exercita como o único fim a assegurar o respeito do direito objetivo. O juiz, por conseguinte, é portador de uma interesse público na observância da lei’ (MICHELI, ‘Curso de derecho procesal civil’, b.1, p.7) (...).’

¹¹⁷⁷ Confira-se a respeito o ensaio de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA denominado “Justiça da lei e justiça do caso”, op.cit..

¹¹⁷⁸ Nesse sentido, repita-se o que já foi apontado antes e acrescente-se (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. (Curso de Processo Civil, vol.1). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.138): “Tutelar os direitos, em outros termos, é aplicar a lei, diante das situações concretas, a partir de direitos fundamentais. É o atuar da lei na medida das normas constitucionais e dos valores nelas encerrados. (...) Ao se dizer que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, deseja-se pôr às claras que ela tem o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição”, sem que, alerta o processualista, obviamente confunda-se, por conta dessa idéia, os planos do direito material e do direito processual (tutela dos direitos e tutela jurisdicional).

¹¹⁷⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. (Curso de Processo Civil, vol.1). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.134.

tal que essa função alcance aquele seu desiderato fundamental de viabilização de uma **pacificação social**¹¹⁸⁰ do conflito que seja ***qualificada pelo ensejo da atuação constitucional em cada caso concreto, à luz de uma séria e verdadeira consideração das visões e argumentos apresentados pelas partes (rectius, pelos “demandantes-cidadãos”) em divergência quanto ao significado do ordenamento para este caso.*** Somente essa pacificação social, como expressão ainda possível da função da jurisdição contemporânea, a dita ***pacificação social qualificada***, é que preserva a finalidade precípua de solução individualizada dos casos e, ao mesmo tempo, conformadora e transformadora do conflito-vivo, do mundo dos fatos, em precedentes materializadores e definidores dos nortes e abstrações normativas da constituição, tudo a partir da intervenção direta dos (maiores e mais objetivamente) interessados na fixação de sentido da lei para o caso (os ditos demandantes-cidadãos).

Resta claro, ainda, que a dita pacificação social qualificada será sempre um “estar entre”, um estado de assentamento e letargia temporária do conflito, da disputa. A esse estágio fugaz de inércia do conflito resolvido para o caso concreto – ainda que a solução para este esteja dada e acabada, definitivamente – sucedem-se outros tantos conflitos em casos similares – mas necessariamente sempre distintos em suas idiossincrasias –, o que demandará novas atuações jurisdicionais individualizadas, sempre modificadoras, ainda que em mínima porção, da definição anterior do justo e do correto para determinados casos¹¹⁸¹. E disso a indesejabilidade das soluções superficiais e genéricas

¹¹⁸⁰ Nesse passo é importante esclarecer que não se ignora a pertinente crítica que se pode fazer a essa afirmação, acaso compreendida sob limitado e determinado sentido. Com efeito, tem razão LUIZ GUILHERME MARINONI quando assim discorre criticamente sobre este ponto específico (“A idéia de que a jurisdição tem por objetivo a pacificação social”, item abordado no contexto do exame da “Jurisdição no Estado Contemporâneo”): “Na verdade, a idéia do fim de pacificação social da jurisdição está relacionada com três questões: i) a existência do juiz dá aos litigantes a consciência de que os seus conflitos têm uma forma de resolução instituída e estatal, o que elimina as tentativas de soluções privadas arbitrárias e violentas; ii) a jurisdição acomoda as disputas, evitando a potencialização e o agravamento das discussões; iii) ainda que um dos litigantes não se conforme com a decisão, sabe ele que, diante da impossibilidade de levar novamente ao juiz a situação conflitiva já solucionada, nada mais lhe resta fazer, e que, portanto, seria improdutivo e ilógico continuar alimentando a sua posição.

Acontece que estas três características, que serviriam para identificar um fim de pacificação social na jurisdição, são completamente neutras e indiferentes à substância da função ou da decisão jurisdicional que conduziria à pacificação. E definir jurisdição sem saber como a pacificação social é alcançada pode conduzir à admissão de que qualquer poder instituído, mesmo que atuando de forma ilegítima e de modo contrário aos princípios materiais de justiça, exerce jurisdição. Na realidade, como não é difícil perceber, a pacificação social é uma mera consequência da existência de um poder de resolução dos conflitos que se sobreponha sobre os seus subordinados, e não um resultado particular e próprio do Estado constitucional.

Por isso, no atual estágio dos nossos estudos, parece não ser adequado concluir que a jurisdição se caracteriza pelo fim da pacificação social. É preciso, antes de tudo, analisar de que forma esse fim é obtido, ou melhor, verificar a legitimidade do poder de resolução dos conflitos e das decisões destinadas a regulá-los. Sem isso estaríamos aceitando que todo poder direcionado à pacificação social é um poder jurisdicional e, assim, para dizer o mínimo, igualizando a jurisdição do Estado Legislativo com a jurisdição do Estado contemporâneo [nota do autor, no original, refere ainda o seguinte: ‘A pacificação social pode ser vista como um objetivo que deve ser perseguido pela jurisdição, mas não serve para caracterizá-la’].” (MARINONI, op.cit., pp. 108-9 – grifos apostos). Todavia, há que se considerar que “pacificar” não significa necessariamente amainar ou conter ânimos pela força ou pela impossibilidade lógica de reação, pura e simplesmente, mas a par disso, também, e muito mais, realmente apaziguar pelo convencimento racional, a partir de uma aplicação legítima, porque competente para tanto, não só da lei, mas da regra interpretada à luz da Constituição, isto é, pela realização efetiva, concreta, no mundo dos fatos, das promessas e garantias contidas no contrato social que é a Constituição Federal. Nesse sentido mais completo – e nisso, não desbordante do que em essência defende o renomado processualista citado –, é que se fala aqui em “pacificação social” como finalidade e essência de uma adequada prestação jurisdicional.

¹¹⁸¹ E aqui é imperioso registrar os alertas de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, no já referido ensaio “Justiça da lei e justiça do caso”: “Chegamos, agora, ao ponto central deste estudo. (...): a comparação entre a ilusória ‘justiça da lei’ e a autêntica ‘justiça do caso’, que nosso sistema não pratica, nem pode praticar, porque, ao dar-lhes efetividade, abalaria seus alicerces racionalistas.

(...) Antes de mais nada, quero reafirmar o que tenho dito e escrito reiteradamente. Nós, os que labutam no foro, não somos responsáveis pelo vício que nos obriga a ignorar a norma constitucional do artigo 93, IX, da Constituição Federal [cito: “art.93. (...) IX- Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou

para o fim de supostamente se fazer apaziguar a litigiosidade excessiva a partir da desconsideração das especificidades dos conflitos. Negar a atenção particular devida aos embates que emanam da sociedade é negar a própria essência ético-política da função jurisdicional (sempre com conteúdo constitucional), de construir (e reconstruir), incansavelmente e um pouco a cada vez, de forma interminável, conceitos densificados e possibilidades concretas de convivência dos iguais-diferentes¹¹⁸², a princípio, pouco mais do que imaginados em abstrações da lei e da Constituição.

Retomando, então, a questão da necessidade do acolhimento do conflito nas democracias e Estados de direito, inclusive quando da prestação jurisdicional, para que se possa falar de um devido reconhecimento de seu papel atual, e, pois, de um resgate e mesmo incremento de legitimidade desta atividade estatal também do ponto de vista ético-político, tome-se em linha de conta o que diz RICOEUR quando faz a análise do que denomina “o acto de julgar”¹¹⁸³ exatamente sob este prisma.

somente a este, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudica o interesse público à informação;”]. Às vezes acusamos a Revolução Francesa e Montesquieu de haver-nos legado apenas uma jurisdição oracular (declaratória), ao tornar os juízes simples *‘bouche de la loi’*. Mas esta acusação não tem fundamento. A Revolução Francesa, pode-se dizer, teve suas origens próximas das filosofias políticas do século XVII, especialmente em Thomas Hobbes. Mas é impossível ignorar que o filósofo inglês vinha sendo preparado desde o século XIII pelos padres franciscanos.

Esta é uma premissa importante, porque, ao quebrar o solipsismo metodológico que Descartes nos impôs, somos novamente introduzidos na tradição cultural que nos conformou como seres essencialmente históricos, que temos passado e que vivemos sob inúmeros ‘paradigmas’ culturais, aos quais – a não ser através de uma constante vigilância – não nos é dado furtar-nos, quanto mais criticá-los.

(...) É assim que trabalha o normativismo: ‘norma sem fatos’. Claro, os fatos não são normatizáveis. Como seria possível meter fatos em um texto legal? É a este desprezo pela ‘diferença’ que Jürgen Habermas se refere quando afirma que o pensamento europeu só trabalha com ‘universais’, tendo horror ao individual, que escapa à fixação conceitual’ (*‘La lógica de las ciencias sociales’*, original alemão de 1982, Madrid: Editorial Tecnos, 1988, p.84, nota 8).

Essa jurisdição esquece que a justiça não pode ser concebida como um valor abstrato. Ela existe como expressão de comportamentos humanos, sejam eles individuais ou sociais. Basta comparar com a injustiça, que é um dos componentes essenciais da ética, para tomar consciência de que não existe, jamais, injustiça abstrata ou normativa. O que existirá sempre será o horror, a desolação e o sentimento de revolta ou desprezo para a injustiça ‘cometida’. Assim ocorre também com as ‘condutas’ que os valores dominantes da sociedade tenham como justas.

Como mostra Paul Ricoeur, no lúcido ‘Prefácio’ para sua coleção de ensaios sobre a Justiça, não sem antes referir-se a Platão e Aristóteles, ‘Nosso primeiro ingresso na região do direito não terá sido marcado pelo grito: É injusto! É esse o grito de ‘indignação’, cuja perspicácia às vezes é assombrosa, se medida pelos parâmetros de nossas hesitações de adultos instados a nos pronunciarmos sobre o justo em termos positivos. A indignação sobre o injusto vai muito além daquilo que John Rawls chama de ‘convicções ponderadas’, cujo auxílio nenhuma teoria da justiça pode recusar’ (*‘O justo – A justiça como regra moral e como instituição’*, Edição original 1995, Paris, São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1º vol., p.5).” (Op.cit., pp.201-203 – destaques apostos).

Saliente-se, por fim, que os caminhos para uma aproximação da justiça do caso, e, pois, da jurisdição que se defende aqui como aquela efetivamente devida, estão também dados, então, por aspectos tais como o da efetiva consideração do papel da compreensão da cultura em que imersos a sociedade e os operadores do direito responsáveis pela interpretação e funcionamento das normas processuais, bem como o da real consideração dos fatos específicos do caso – e isso também à luz das realidades experienciadas quotidianamente naquela sociedade especificamente posta em consideração. Isso tudo, por sua vez, deve não só ser considerado quando da tomada da decisão, mas também precisa ser posto devidamente a descoberto na fundamentação das decisões e sentenças judiciais, para que assim se possa falar numa real apreciação de casos que guardem ainda um mínimo suficiente da complexidade da vida, quando de seus julgamentos. Nesse ponto, parecem particularmente relevantes os escritos de MICHELI TARUFFO a respeito de tais temas, dos quais destacam-se, aqui, apenas exemplificativamente, aqueles arrolados nas referências bibliográficas finais desta pesquisa.

¹¹⁸² Sobre a crítica jurídica acadêmica feita por autores nacionais na área do Processo Civil (dentre outros, como Kazuo Watanabe, citando-se, ainda, expressa e precisamente Ovídio Baptista da Silva e Luiz Guilherme Marinoni), WOLKMER (*Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pp.132-3) refere: “A crise do Direito que atravessa suas instâncias de jurisdição permite a criação de nova metalidade, que vem repensando a administração da justiça, tendo em vista uma maior participação da comunidade. Se é certo que, até há pouco tempo, o processo jurisdicional era concebido unicamente como um mecanismo estatal técnico, hoje transforma-se no instrumento político para a garantia dos direitos e efetivação da justiça.”

¹¹⁸³ Cf. RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência do justo...*, op.cit, pp. 163 e ss.

O acto de julgar é aquele que divide, separa. Não digo com isto nada de extraordinário, na medida em que a antiga definição romana ‘*suum cuique tribuere*’ – atribuir a cada um o que é seu – orientava implicitamente para a análise proposta aqui. Também, toda a filosofia do direito de KANT se baseia nesta distinção entre o ‘meu’ e o ‘teu’, sobre o acto que traça uma linha entre um e o outro.

Estas últimas considerações dizem respeito ao acto de cortar, no sentido de separar, abrindo a via do alargamento decisivo anunciado desde o início desta exposição. *Porque é que não podemos ficar pelo que denominamos a finalidade curta do acto de julgar, a saber, a que põe termo à incerteza? Porque o próprio processo é apenas a forma codificada de um fenómeno mais lato, a saber, o conflito. Logo, interessa recolocar o processo, com os seus procedimentos precisos sobre o pano de fundo de um fenómeno social de maior peso, inerente ao funcionamento da sociedade civil e situado na raiz da discussão pública.*

É mesmo até aí que é preciso ir: atrás do processo há o conflito, o diferendo, a querela, o litígio, e, como fundo do conflito, há a violência¹¹⁸⁴. O lugar da justiça encontra-se assim marcado em profundidade, como fazendo parte do conjunto de alternativas que uma sociedade opõe à violência, e que todas ao mesmo tempo definem como um Estado de direito.¹¹⁸⁵

E, a partir daí, chega-se, também em RICOEUR, à questão fundamental da finalidade última do ato de julgar, que só faz corroborar o que até aqui se afirmou, no que se refere à busca por uma ‘qualificada’ pacificação social, como exposto nos termos que seguem:

Chegado a este ponto, *coloca-se a questão da finalidade última do acto de julgar*. Retomando a análise do acto de julgar a partir da importante operação que consistiu no Estado retirar aos indivíduos o exercício directo da justiça e, antes mais, da justiça-vingança, *parece que o horizonte do acto de julgar é finalmente mais do que a segurança, a paz social*. O que é que essa finalidade última reflecte na definição inicial do acto de julgar pela sua finalidade próxima, a saber, pondo fim à incerteza, por cortar o conflito? Cortar, dissemo-lo, é separar, traçar uma linha entre o ‘teu’ e o ‘meu’. *A finalidade da paz social faz aparecer em filigrana qualquer coisa de mais profundo que toca ao reconhecimento mútuo; não falamos de reconciliação, e ainda menos de amor e perdão, que não são grandezas jurídicas, falamos antes do ‘reconhecimento’*. Mas em que sentido? *Penso que o acto de julgar atingiu o seu objectivo quando aquele que, como dizemos, ganhou o seu processo se sente ainda capaz de dizer: meu adversário, aquele que perdeu, mantém-se, como eu, um sujeito de direito; a sua causa merecia ser escutada. Ele tinha argumentos plausíveis e estes foram escutados. Mas o reconhecimento só seria completo se a coisa pudesse ser dita por aquele que perdeu, aquele a quem não demos razão, o condenado; ele devia poder declarar que a sentença que não lhe deu razão não foi um acto de violência, mas de reconhecimento.*¹¹⁸⁶

E, por fim, bem conclui RICOEUR sua reflexão sobre o ato de julgar, para ressaltar a necessidade de que também ele seja a expressão política da aceitação e reconhecimento de uma forma

¹¹⁸⁴ E prossegue RICOEUR: “Nas ‘Lectures I’, presto homenagem a Eric Weil, que faz como introdução à sua grande obra, ‘Logique de la Philosophie’, uma longa meditação sobre a relação entre discurso e violência. Duma certa maneira, todas as operações a que fizemos alusão, dede o deliberado até à tomada de decisão, até à sentença, *manifestam a escolha do discurso contra a violência*. Só medimos plenamente o alcance desta escolha contra a violência. Seria errado reduzir a violência à agressão física – golpes, feridas, morte, entrave à liberdade, seqüestro, etc. ; é preciso ainda ter em conta a mais tenza das formas de violência dissimulada e a todas as violências subtis às quais temos vindo a fazer alusão, mas também a esta simulação de justiça que constitui a vingança, acto de fazer justiça pelas próprias mãos. Neste sentido, o acto fundamental que, podemos dizer, funda a justiça numa sociedade, é aquele em que a sociedade retira aos indivíduos o direito e o poder de fazerem justiça por si mesmos – o acto pelo qual o poder público confisca por si próprio este poder de dizer e de aplicar o direito. É, de resto, por causa desta confiscação que as operações mais civilizadas da justiça, em particular na esfea penal, guardam ainda a marva visível da violência original que é a vingança. Sob vários aspectos, a punição, sobretudo se ela conserva algo da velha ideia de expiação, mantém-se uma forma atenuada, filtrada, civilizada, da vingança. *Esta persistência da violência-vingança faz com que nós só cedamos ao sentido da justiça pelo desvio do protesto contra a injustiça*. O.O **grito: ‘É injusto!’** expressa, bem freqüentemente, uma intuição mais clarividente no que respeita à verdadeira natureza da sociedade, e o lugara que aí ainda tem a violência, do que qualquer discurso racional ou razoável sobre a justiça.” (op.cit. pp.166-167 – destaquei).

¹¹⁸⁵ Cf. RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência do justo...*, op.cit, p. 166-7 (destaquei).

¹¹⁸⁶ Cf. RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência do justo...*, op.cit, p. 167-168 (destaquei).

de viver cooperada, em busca da justa partilhada do que é de cada um, o que se presta, assim, a igualmente dar adequado fecho à análise levada a termo no presente tópico, da seguinte forma:

Esta reflexão conduz-nos a que visão da sociedade? Indo um pouco mais longe, parece-me que a concepção da sociedade como distribuindo partes que se tratasse de dividir, a fim de determinar qual é a parte de um e de outro, seria a visão da sociedade como ‘esquema de cooperação’. Afinal de contas, esta expressão figura nas primeiras linhas da ‘Théorie de la Justice’, de John Rawls, obra na qual prevalece, não obstante, a análise da sociedade como sistema de distribuição. A questão merece de facto ser colocada: o que é que torna a sociedade em algo mais do que um sistema de distribuição? Ou melhor: o que faz da distribuição um órgão de cooperação? *Aqui, é preciso entrar em linha de conta com um componente mais substancial do que o puro procedimento da justiça, a saber, qualquer coisa como um bem comum, consistindo em valores partilhados; que teria a ver com a dimensão comunitária subjacente à dimensão puramente processual da estrutura social. Talvez, aliás, encontrássemos na metáfora da partilha, os dois aspectos que tentei aqui coordenar; na partilha há, a saber, o que nos separa, a minha parte não é a vossa parte; mas a partilha é também o que nos faz partilhar, quer dizer, no sentido forte da palavra, tomar parte em...*

Creio, então, que o acto de julgar tem como horizonte um equilíbrio frágil entre os dois componentes da partilha: o que divide a minha parte da vossa e o que, por outro lado, faz com que cada um de nós tome parte na sociedade.

*É esta justa distância entre os parceiros afrontados, demasiado próximos do conflito e demasiado afastados um do outro na ignorância, no ódio, ou no desprezo, que resume bastante bem penso, os dois aspectos do acto de julgar: por um lado, cortar, pôr fim à incerteza, separar as partes; por outra, fazer reconhecer a cada parte que o outro ocupa na mesma sociedade, em virtude do que o ganhador e o perdedor do processo seriam reputados ter cada qual a justa parte no esquema de cooperação que é a sociedade.*¹¹⁸⁷

2. A ausência de compromisso com uma contribuição para a transparência dos atos do poder ou a responsabilidade pela transparência das decisões como elemento de construção da democracia constitucional.

Apesar da relevância fundamental do reconhecimento da necessidade e da legitimidade do conflito como coisa inerente à democracia, bem como, por consequência, da impositividade de que a jurisdição cumpra um novo papel ético-político, de abrir espaços de acolhimento suficiente e trato devido destes conflitos sociais, é necessário ir ainda mais longe, se realmente se quiser angariar legitimidade para esta atividade nesta dimensão em particular.

Em verdade, não basta o reconhecimento do conflito social como coisa inerente a democracia e mesmo o seu acolhimento como algo desejável, na medida em que expressão das divergências vivas sobre o significado das regras de convivência em sociedade. É preciso que, além de se conceber uma jurisdição pensada como instrumento viabilizador do espaço para a instalação desta discussão democrática incessante (deste eterno embate dialético de visões divergentes), onde a consideração do “outro”, de sua opinião e de seus argumentos seja uma realidade substancial, também a decisão em cada resposta jurisdicional, não só leve em consideração este salutar embate, mas demonstre aberta e publicamente que, de fato, assim o fez, e, também, porque o fez.

¹¹⁸⁷ Cf. RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência do justo...*, op.cit, p. 168-9 (destaquei).

Como ato de poder-dever que é, e mais ainda, de efetivo poder estatal que acaba por se impor como solução para os conflitos da convivência e para a definição última de sentidos do ordenamento jurídico para cada caso concreto trazido a julgamento, somente uma ampla transparência de tal ato funda a possibilidade de verdadeiramente se compartilhar esta decisão – onde residem vivas tanto a possibilidade do recurso contra a posição ou visão que acabou por prevalecer para o caso, como, inclusive, a possibilidade do assentimento com tal decisão, até mesmo pela parte que não teve sua visão de solução para o caso, ou argumentação inerente a ela, acolhida.

Vale dizer: a dar continuidade a um proceder comprometido com a ideia de viabilização de uma participação direta dos cidadãos-demandantes nos rumos de suas próprias vidas e, com isso, também na definição e assentamento de significados constantes do ordenamento jurídico como um todo, devidamente materializados para o caso, está um compromisso também do Estado-juiz com a máxima transparência de seus atos decisórios.

Somente a expressa demonstração de que o juiz respeitou na prática do caso concreto a ideia do contraditório (entendido como substancial e ampla consideração dos argumentos das partes, bem como das circunstâncias e realidade posta da vida), bem como, de que racionalmente enfrentou as questões que lhe foram trazidas à solução a partir daí, é que se poderá garantir que a prestação jurisdicional se revestiu da legitimidade concedida pela consideração adequada e suficiente de seu novo papel nas democracias contemporâneas. Somente este sério compromisso do julgador com uma tentativa sempre última e despreendida de convencer até mesmo a parte derrotada da pretensão de correção de sua posição, o que também pressupõe o despreendimento de subjetivismos voluntaristas, pode garantir a possibilidade até mesmo deste inusitado convencimento e, assim, de uma pronta pacificação social qualificada.

De resto, somente este exposto e amplo “abrir” de razões pode permitir o seu questionamento suficiente por quem continue a divergir e, garantir, assim, a continuidade da participação direta do demandante-cidadão no processo de solução do caso e de definição substancial de sentidos do direito na realidade dinâmica da vida, inclusive com eventual retificação desta solução inicialmente apresentada pelo Estado-juiz, se assim se mostrar devido e necessário.

Tudo isso é fundamental, se for o caso de realmente se pretender uma atividade jurisdicional que se legitime política e eticamente no seio das democracias contemporâneas, já que, como refere NORBERTO BOBBIO, é justamente no que tange à promessa da democracia de transparência dos atos de poder que mais se falha, derivando daí, também, os maiores danos à sua efetiva construção e verdadeira consolidação prática.

Entre as promessas não mantidas pela democracia, das quais falei em um ensaio de alguns anos atrás¹¹⁸⁸, a mais grave, e a mais destruidora, é, ao que parece, também a mais irremediável, é precisamente aquela da transparência do poder. Creio que seja desnecessário apresentar exemplos. Tanto mais que sobre os ‘arcana dominationis’ da nossa democracia, que correspondem aos ‘arcana seditionis’, escritos não faltam.¹¹⁸⁹

¹¹⁸⁸ Conferir BOBBIO, em “O futuro da democracia”, pp. 41-2.

¹¹⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. BOVERO, M. (organizador). Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000. p.409 -destaquei.

Tanto é assim, que basta remeter-se o leitor a tudo o quanto já foi dito no ponto anterior, acerca das posições dogmático-positivistas sobre o ato de decidir e, principalmente, de justificar esta decisão, para que se tenha bem presente que também na seara da prestação jurisdicional esta é uma falha que se repete de forma clamorosa e altamente perniciososa.

Disso tudo é que decorre a importância crucial de se destacar neste ponto a necessidade de se dar especial atenção à questão da fundamentação das decisões judiciais, como forma de fornecer a imprescindível e pública transparência dos atos do poder, para que se possa angariar a necessária legitimidade para esta atividade na democracia contemporânea.

Aliás, tão relevante é a busca pela transparência dos atos de poder na democracia, que NORBERTO BOBBIO, sob o sugestivo tópico “Democracia e conhecimento”, chega a afirmar o seguinte:

As definições de democracia, como todos sabem, são muitas. Entre todas, prefiro aquela que apresenta **a democracia como “o poder em público”**. Uso essa expressão sintética para *indicar todos aqueles expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomarem as suas decisões às claras e permitem que os governados ‘vejam’ como e onde as tomam.*
(...)

Na passagem da democracia direta para a democracia representativa (da democracia dos antigos para a democracia dos modernos) desaparece a praça [agora], mas não a exigência de ‘visibilidade’ do poder, que passa a ser satisfeita de outra maneira...¹¹⁹⁰

Nesse sentido, é que a apresentação da **fundamentação de decisões judiciais** que sejam racionalmente consistentes e abertas ao escrutínio técnico e público, como forma de se cumprir adequadamente o disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, não é apenas a base para que estas decisões judiciais se legitimem, tanto formalmente quanto substancialmente, por meio de uma justificação racional suficiente e pertinente. *Ela é uma forma essencial de reconectar a prestação jurisdicional com a democracia.* Ou, dito de outro modo, ela é um dos modos fundamentais de **legitimar democraticamente** (ou *ética e politicamente*) as decisões judiciais, tanto porque gera respeito pela atividade, quanto, principalmente, porque gera *transparência* e, de alguma forma, possibilidade de participação geral no decidido.

Na medida em que as razões da tomada de decisão não são escamoteadas, mas antes, pelo contrário, são largamente reveladas, na máxima medida do possível, não só aos olhos das partes, mas de todo o potencialmente sujeito a uma outra decisão judicial qualquer, permite-se que o público em geral veja de que forma e porque aquele caso foi decidido naqueles termos (e potencialmente, até mesmo como eventualmente poderão ser decididos casos similares, de uma forma mais realista). E nisso vai uma forma de realização da democracia como “o poder em público”¹¹⁹¹.

¹¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. BOVERO, M. (organizador). Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000. pp.386-7 -destaquei.

¹¹⁹¹ Aqui Bobbio esclarece: “Quando falo de ‘poder em público’ refiro-me, que fique bem claro, ao público ativo, informado, consciente de seus direitos, àquele público cuja história do seu nascimento, e seu desenvolvimento, do Iluminismo em diante, foi reconstruída por Jürgen Habermas em uma obra muito conhecida e discutida [cita-se: J.HABERMAS, ‘Strukturwandel der Öffentlichkeit, Luchterhand, Neuwied, 1962], ao público no significado em que Kanta falava em um célebre texto sobre o Iluminismo, do direito e dever dos filósofos de fazer um ‘uso público da própria razão’. Também o monarca absoluto, o autocrata, o ditador moderno, apresenta-se em público, porque tem necessidade de mostrar sinais visíveis da

Assim interpretada, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais se torna mais um “dos expedientes institucionais que obrigam” à tomada de decisão “às claras”, porque, também como diz Bobbio. “o cidadão deve ‘saber’, ou pelo menos deve ser colocado em condição de saber”¹¹⁹².

Nesse passo, atente-se para o ponto: a democracia está intimamente conectada com essa tentativa de inversão da noção de que “o segredo é a essência do poder”, com a penetração nos “*arcana imperii*”, que, de Maquiavel a Hegel, foram tidos por merecedores de particular atenção nos escritos sobre o trato do uso e manutenção do poder¹¹⁹³.

Trata-se de uma “radical inversão [da relação ou do tratamento] entre poder visível e poder invisível”. Uma inversão, ainda segundo Bobbio, que seria “típica da filosofia iluminista, na esfera do conhecimento e do comportamento humano diante dos ‘*arcana naturae*’, não menos impenetráveis que os ‘*arcana imperii*’”. E uma filosofia, por sua vez, cuja essência estaria sintetizada por Kant “no mote horaciano, já retomado por Gassendi, ‘*Sapere aude*’”, que o tinha traduzido por “*tem coragem de servir-te da tua própria inteligência.*”¹¹⁹⁴

Mas como se estabelece mais especificamente esta íntima conexão entre democracia e transparência no exercício do poder? É o que BOBBIO apresenta na linha de raciocínio que segue, ao esclarecer sobre o significado da máxima horaciana antes mencionada e sobre sua relação direta com a necessidade de que o poder haja em público:

(...) O pensamento iluminista adotou como mote o horaciano ‘Sapere aude’. (...) Como é sabido, a expressão aparece inúmeras vezes no texto sobre o Iluminismo de Kant, que Kant assim traduz: ‘tem a coragem de servir-te da tua própria inteligência’. É nesse ensaio que Kant afirma que o Iluminismo consiste na saída do homem do estado de menoridade que ele deve imputar a si mesmo e que na base do Iluminismo está a mais simples de todas as liberdades, a liberdade da fazer uso público da própria razão: ‘O público uso da própria razão deve ser livre (...), e apenas ele pode realizar o Iluminismo entre os homens [cita-se: KANT, I., ‘Resposta alla domanda: che cos’è l’illuminismo?’[1784], in ID., Scritti politici cit., pp. 141 e 143.]. Conduzindo às lógicas consequências essa afirmação, descobre-se que são derrubadas as interdições tradicionais impostas como proteção dos ‘*arcana imperii*’. *Para o homem que saiu da menoridade, o poder não tem, não deve ter mais segredos. Para que o homem chegue à maioridade possa fazer uso público da própria razão é necessário que ele tenha um conhecimento pleno das questões de Estado. Para que ele possa ter pleno conhecimento das questões de Estado, é necessário que o poder aja em público.* Cai por terra uma das razões do segredo de Estado: a ignorância do vulgo, que fazia Tasso dizer a Torrismondo: ‘Os segredos dos reis ao néscio vulgo bem

própria potência. Mas o público ao qual se apresenta é uma multidão anônima, indistinta, chamada a ouvir e a aclamar, não a expressar uma opinião, mas a cumprir um ato de fé. A essa visibilidade puramente exterior do senhor da vida e da morte dos próprios súditos deve corresponder a opacidade das decisões das quais a sua vida e sua morte dependem.” (Op.cit., p.388).

¹¹⁹² Op.cit., p.392.

¹¹⁹³ Diz Bobbio sobre o ponto: “Durante séculos, foi considerado essencial para a arte de governar o uso do segredo”. E, citando a obra “Massa e Potere”, de Elias Canetti, esclarece Bobbio, que “o segredo está no núcleo mais interno do poder”, e que o poderoso “tem muitos segredos porque deseja muito”. Daí porque ele se utiliza de algumas técnicas que envolvem o segredo para realizar os seus objetivos escondidos, tais como a de combinar os seus muitos segredos “em um sistema dentro do qual se preservam reciprocamente: um segredo confia a este, outro àquele, e faz de tal modo que os indivíduos depositários dos segredos não possam unir-se entre si. (...) Daí a consequência de que apenas o poderoso ‘tem a chave do todo complexo de segredos, e sente-se em perigo quando deve dele tornar inteiramente partícipe um outro’”. (Op.cit. pp.399-400).

¹¹⁹⁴ BOBBIO, *Teoria Geral da Política*.....op.cit., p.388.

confiados não estão’. Cabe a Kant o mérito de ter exposto com máxima clareza o problema da publicidade do poder e de ter-lhe dado uma justificação ética.¹¹⁹⁵

Se democracia pressupõe, portanto, a máxima participação efetiva na orientação mínima de uma convivência harmônica, está aí justificada uma última e visceral razão (ou a verdadeira necessidade de que) para que a fundamentação aberta das decisões judiciais (por racional e transparente a todos), se dê da forma ampla e suficiente acerca da qual já se discorreu alhures. Na medida em que ela se configura, no contexto da contemporaneidade, *num dos importantes instrumentos para garantir que o poder aja em público*, passa a ser essencial na *legitimação democrática* da prestação jurisdicional.

Ao mesmo tempo, a transparência do exercício do poder assegurada por essa garantia instrumental é também um modo de dirigir fortemente a decisão judicial em direção a um ideal de realização do justo – e dessa forma, emerge mais uma relevante função da fundamentação adequada das decisões judiciais: uma insuspeita possibilidade de conexão mais estreita entre os ideais de realização de democracia e de justiça (e, portanto, de contribuição a ideais de cunho político e ético). É o que se pode concluir das observações de Bobbio acerca das razões pelas quais Kant desenvolve o tema da impositividade da publicidade dos atos de poder:

É interessante observar que Kant desenvolve o tema a propósito do direito internacional. Em um apêndice ao ensaio ‘Per la pace perpetua’, *expõe o problema do possível acordo da política com a moral*, problema que lhe interessa particularmente. *Sustenta que o único modo de garantir que isso ocorra é a condenação do sigilo dos atos de governo, é a instituição da sua publicidade*, vale dizer, uma série de regras que obriguem Estados a prestar contas de suas decisões ao público, tornando desse modo impossível a prática dos ‘*arcana imperii*’, que caracterizou os Estados despóticos. A solução do problema é formulada da seguinte maneira: ***‘Todas as ações relativas aos direitos de outros homens, cuja máxima não é compatível com a publicidade, são injustas’***.

Qual o significado dessa afirmação? Kant assim explica: ***‘Uma máxima que eu não posso tornar pública sem com isso tornar vão o objetivo ao qual me propus, que deve ser mantida absolutamente em segredo para que se realize, que eu não possa confessar publicamente sem provocar a resistência imediata de todos contra o meu propósito, uma máxima tal não pode explicar essa reação necessária e universal de todos contra mim (...) a não ser pela injustiça com a qual ela ameaça a todos.’*** É como dizer que nas relações humanas, seja entre indivíduos, seja entre Estados, manter o segredo de um propósito, e mantê-lo secreto porque não se pode declará-lo em público, *é já, por si só, a prova cabal da sua imoralidade*.¹¹⁹⁶

Isso, pois, é o que de essencial cabia abordar nesse tópico: a impositividade do acolhimento do dever de transparência pública dos atos de poder, nas democracias, que se realiza, na esfera da prestação jurisdicional, através da devida e suficiente justificação (fundamentação) das decisões judiciais. E assim, também a imperatividade de sua incessante realização prática, para que se possa angariar legitimidade para a prestação jurisdicional também no tocante à dimensão ético-política de tal atividade estatal.

Eis aí posto, por fim, também mais um papel de destacado relevo para a prestação jurisdicional na contemporaneidade, na medida em que por meio de um refundar da sua forma de fundamentar as decisões judiciais, se pode obter um lúcido e pedagógico resgate “da mais grave e

¹¹⁹⁵ BOBBIO, *Teoria Geral da Política*....,op.cit., p. 406 -destaquei.

¹¹⁹⁶ Id., *ibid.*, pp. 406-7 -destaquei.

mais destruidora” (e supostamente “irremediável”) das “promessas não mantidas pela democracia”¹¹⁹⁷ na contemporaneidade, qual seja, o resgate da promessa da *transparência do exercício do poder*. E do reconhecimento e cumprimento de tal papel haverá de surgir outrossim, também uma nada desprezível parcela de legitimidade democrática da prestação jurisdicional na atualidade.

3. O equívoco das tentativas atuais de *homogeneização da prestação jurisdicional* (pela via de um inadequado modo de uniformização jurisprudencial) ou a busca por uma *adequada transcendência das decisões judiciais* nas democracias constitucionais.

A um se reconhecer e acolher o conflito social, bem como a um se aderir a um compromisso de dar transparência e publicidade acerca das razões para os atos e exercício do poder, deve-se somar ainda uma séria tentativa de encontrar o melhor (ou os melhores) meio(s) de se obter *uma adequada transcendência (da fixação de sentidos) das decisões judiciais (para além dos casos em que são proferidas) nas democracias contemporâneas*, no que tange a obtenção de seus efeitos jurídicos e políticos multiplicadores, a bem de se angariar legitimidade para a prestação jurisdicional ainda na seara do ético e do político.

Isso, em primeiro lugar, porque é evidente, como já se explicitou no pertinente tópico do capítulo precedente, que a pretensão de tratamento individualizado dos casos concretos como princípio, ou seja, a busca pela viabilização “do justo casuístico” e da máxima participação direta dos cidadãos-demandantes na resolução dos casos de seu interesse, como regra geral, não prescinde também da busca por um *nível mínimo de generalização* das decisões judiciais (ou seja, de um nível mínimo de generalização das fixações de sentidos hauridas da *applicatio*, para as regras da convivência viva).

Depois, porque estas decisões judiciais deverão ter, necessariamente, efeitos-reflexos para além das vinculações jurídicas internas ao sistema – ou seja, haverá de produzir sentido e resultados práticos reflexos também exogenamente ao próprio sistema judicial, se quiserem ser dotadas mesmo de um valor ético-político significativo, por realmente possuidoras de um potencial amplamente transformador da sociedade.

De se analisar separada e mais minuciosamente, por conseguinte, estas duas espécies de possível transcendência, ao próprio caso de origem, da fixação de sentidos e efeitos ético-políticos reflexos das decisões judiciais, que se vislumbram possíveis aqui, quais sejam, aquelas de resultados “endógenos” (ou internos) ao sistema judicial, e aquelas de potencial resultado “exógeno” (ou externo) ao sistema judicial e até jurídico, para que seja possível divisar onde elas se dão de forma adequada a um resgate de legitimidade jurisdicional e, por outro lado, onde isso não ocorre.

¹¹⁹⁷ As expressões são de BOBBIO, *Teoria Geral da Política*....., op.cit., p.409.

a) *A transcendência das decisões judiciais em seus possíveis efeitos ou reflexos internos ao sistema judicial*: Quanto aos possíveis efeitos internos ao sistema judicial, é evidente que, após uma sucessiva avaliação de casos mais ou menos similares em juízo, que conduzam a uma refletida estabilização de decisões judiciais devidamente fundamentadas em determinado sentido, ao longo de certo período de tempo e sob determinadas circunstâncias, será não só possível como até mesmo impositivo se falar de consolidação (sempre precária, por tudo o que se viu) de posicionamentos jurisprudenciais.

Ninguém pode negar o valor do assentamento dos posicionamentos judiciais em determinada direção, a partir de certo momento da história de aplicação do disposto no ordenamento jurídico a determinados casos concretos essencialmente similares. Até porque é de uma tal “consolidação provisória” da interpretação judicial em certo sentido, quanto a certos casos, que surge a possibilidade de se buscar um compromisso produtivo das interpretações futuras com essa construção temporariamente assentada de significado anterior, para fins de se efetivar, na prática, uma noção de *integridade do direito* - de papel crucial para um sistema que pretenda se distanciar dos subjetivismos judiciais, também nocivos à democracia, como oportunamente já foi visto.

A dificuldade aqui, no entanto, reside no fato de que não se pode obter esse nível de generalização das decisões judiciais de forma absolutamente apriorística e açodada, por meio de uma utilização inadequada de instrumentos de uniformização jurisprudencial (sejam súmulas, sejam mecanismos análogos outros, como os de recursos repetitivos, v.g.); ou, por outra, o problema está no fato de que não se obtém assentamento sério e responsável de posicionamentos jurisdicionais de modo artificial, “saltando-se” por sobre a necessária fase de ampla apreciação da maior quantidade possível de argumentos e razões diretamente apresentadas pelas partes (cidadãos-demandantes) aos mais diversos juízes que acompanham a base da prestação jurisdicional, sob o pretexto de se obter (diretamente das instâncias judiciais superiores) pronta, certa e segura posição judicial a respeito de determinadas “espécies” de conflitos, mesmo que encapsulados nas chamadas demandas “de massa”.

Esse proceder “*per saltum*” na consolidação jurisprudencial, que pretende a funcional e utilitarista visão da dogmática positivista uniformizante de hoje - e que mesmo já se insinua com vigor, inclusive, no projeto de reforma do Código de Processo Civil brasileiro, atualmente em vias de ser aprovado -, consiste simplesmente numa inversão do proceder devido e adequado nesta seara (que deveria ser sempre um movimento dirigido da base jurisdicional “para cima”, e não o contrário), que deságua, afinal, na sua própria negação como instrumento democrático de adequada produção de sentidos a partir da atividade jurisprudencial.

Com efeito, esse desconsiderar *da base da prestação jurisdicional*, essa negativa do tempo devido de maturação das discussões nesta seara e do tempo devido ao próprio direito para que se assente quanto ao sentido cabível para estes casos - e mesmo o olvidar que este assentamento é, depois de penosamente obtido, sempre temporário, pronto a ser substituído num momento seguinte por novas compreensões -, enfim, esse repúdio à “incerteza” naturalmente derivada da aceitação da complexidade multifacetária da realidade contemporânea trazida à discussão em juízo - como se fosse possível obter certezas apriorísticas nesta seara, à vista de uma supostamente maior e prévia sabedoria das cúpulas judiciais, em detrimento da rica experiência dialética e inclusiva de partes, inerente ao

exercício da prestação jurisdicional de base -, não é mais do que uma nova expressão de arbítrio e discricionariedade judicial. Não representa mais, a rigor, do que outra nova forma de negação da democracia, ou de sua rica realização a partir da participação direta de demandantes-cidadãos nas discussões que deságuam na formação final de sentido dos dispositivos do ordenamento na prática dinâmica da vida diária.

Enfim, não representa mais, um tal nocivo e equivocado proceder, do que o repúdio à salutar pulverização do poder, e, pois, ao reconhecimento legitimante do papel ético-político atual da jurisdição nas sociedades contemporâneas, mormente nas democracias periféricas, que tanto carecem de atuações complementares da viabilização da cidadania e da concretização dos direitos por esta via.

“Sublimar” esta fase de confusas e até contraditórias decisões judiciais, que aparentam um certo descontrole do poder, que passam a imagem de um certo caos decisional, é, pois, mais uma forma de negar a realidade e degradar a legitimidade da prestação jurisdicional. Daí a inadequação das tentativas atuais de homogeneização da prestação jurisdicional a partir da utilização de certos meios de uniformização jurisprudencial, que simplesmente instrumentalizam previamente os sentidos de determinados princípios ou regras jurídicas possivelmente atribuíveis a determinadas categorias de casos. E mais ainda quando isso é feito, normalmente, sem o devido tempo de discussão e maturação das demandas e conflitos que transportam, sem a séria valorização do contraditório de base, sem a devida consideração da oitiva das múltiplas razões e argumentos dos ‘outros’ atores da cena jurídica e política (juízes e partes), pelas cúpulas judiciárias (e, assim, também, em boa parte, a partir de muitas suposições, hipóteses ainda não verificadas na realidade e abstrações).

E esse quase legislar das cúpulas judiciais, esta verve normativa do Judiciário tão em voga atualmente, como forma de uniformização de sentido antecipada, em nome de assentamento de posições jurisprudenciais, está hoje muito bem representado pela plena vigência do *instituto das súmulas vinculantes*. Com efeito, tal instituto parece ter sido concebido em termos que são danosos a construção de uma democracia participativa a partir da atividade jurisdicional de base e que põem em risco a própria integridade e alcance dos princípios como instrumento de saudável e ampla abertura do direito à moral e à política¹¹⁹⁸.

Nesse ponto, aliás, cabe referir, desde logo, que a comparação com o sistema norte-americano, por exemplo, não dá resguardo ao novel instituto brasileiro. De fato, as súmulas vinculantes, tal como concebidas e postas em nosso ordenamento jurídico atual, são um instrumento muito diferente de

¹¹⁹⁸ Nesse ponto, além de remeter o leitor ao que já foi tratado oportunamente a respeito do tema, no capítulo anterior, cabe verificar a crítica da hoje Ministra do STF, CARMEM LÚCIA (ver *Sobre a súmula vinculante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.10.) aos riscos de tal instituto, que “denuncia ‘a força de norma constitucional’ que as súmulas podem assumir”, na referência e nas palavras de Streck: “Ou seja, se o próprio Supremo Tribunal Federal não revisar ou cancelar determinada súmula, esta somente poderá ser expungida do sistema através de emenda constitucional, ‘o que equivale a dizer que dois terços do Supremo Tribunal Federal tem poder superior a três quintos do Congresso Nacional’. Tem igualmente razão a autora – hoje ministra do Supremo Tribunal Federal – quando coloca em xeque a súmula vinculante pela inexistência de: a) fonte legítima da representação popular; b) respeito à possibilidade constitucionalmente prevista como direito fundamental do cidadão de participar da formação do direito (art. 14, CF); c) garantia do processo legislativo democrático, discutido, aberto e participativo (arts. 59 e segs.) para a criação da norma jurídica. Em candente crítica ao instituto, Carmem Lúcia acrescenta que, com a introdução da súmula vinculante, o que é hoje uma mutação constitucional por intermédio da interpretação, passa a ser reforma constitucional, ou seja, mudança formal, uma vez que a interpretação se converterá, então, em norma de vigor constitucional em razão da matéria e do órgão judicial da qual emana.”(Cf. STRECK, *Verdade e Consenso...*, op.cit., p.347, nota n.67.).

qualquer forma de vinculação a precedentes existente não só no direito norte-americano, como na *Common Law* em geral. Nesse sentido são as considerações de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA¹¹⁹⁹, ao esclarecer que

Devemos (...) ter presente, adverte o jurista [referindo-se a CASTANHEIRA NEVES], que *os ‘precedentes’* [da *Common Law*], *ao contrário de serem, como o são os ‘assentos’* [assentos portugueses, ou seja, instrumentos da *Civil Law*, inspiradores das súmulas tal como as conhecemos no Brasil], *fórmulas abstratas – tal como as leis – , valem mais por seus fundamentos, enquanto ‘rationes decidendi’, ligados ao caso e suas circunstâncias. Não valem por seu enunciado genérico* ou, como diz DWORKIN, a ‘força gravitacional de um precedente define-se pelos argumentos de princípio que lhe servem de base’¹²⁰⁰, não como proposição abstrata que o julgador deva aplicar, sem vinculá-la às razões que a tenham justificado, ao ser constituído o precedente.

Com efeito, tal como se apresentam atualmente, não são as súmulas vinculantes mais do que uma reedição de institutos arcaicos portugueses¹²⁰¹, incapazes de contribuir para a formação de uma rede decisional que verdadeiramente “reproblematize” o direito. Simplesmente não estão embasadas na ideia de prévio e sério acolhimento dos conflitos e de suas soluções engendradas a partir da verdadeira e sucessiva consideração dos casos concretos à luz do direito e da Constituição, na busca do justo e do sentido daqueles nortes constitucionais, finalmente reiteradas repetidamente num certo sentido.

Como lucidamente leciona ainda OVÍDIO BAPTISTA¹²⁰² a respeito do tema

A ‘súmula vinculante’ busca solução para o problema dos tribunais supremos, sem limitar a competência recursal, *procurando*, ao contrário, **‘preventivamente’ impedir que, no futuro, sejam os tribunais chamados novamente a pronunciarem-se sobre questões legais já apreciadas** por essas instâncias, em grau suficientemente seguro de sua jurisprudência dominante. *A respectiva solução torna-se, quando sumulada – tal como a lei –, uma norma geral de observância obrigatória* para o próprio órgão emissor do julgado, bem como para as demais instâncias judiciárias.

(...) *O alvitre, porém, mostra-se desaconselhável, por duas razões básicas.*

A **primeira**, decorrente de seu pressuposto metodológico, que considera possível, contra a opinião praticamente unânime da doutrina moderna, a uniformidade ‘abstrata’ de julgados, com implícita recusa do poder criador da jurisprudência, e, portanto, com a igualmente *pressuposta negação do caráter hermenêutico do direito*, de modo especial de seu momento de aplicação judicial. Escreve a respeito, CASTANHEIRA NEVES: ‘E excluída que está de todo a função originariamente imputada à cassação – a defesa em abstrato da lei –, não menos se deverá considerar inaceitável, conjugando a lógica dessa mesma conclusão com o que acaba de dizer-se, que aos supremos tribunais compita uma função de ‘uniformização da jurisprudência’ – seja como sua função única, seja como função distinta e formalmente acumulada com uma função jurisdicional que se integre ao quadro comum dos recursos – mediante apenas a fixação interpretação da lei.’

De resto, como se viu pela certa observação de CALAMANDREI, esse resultado transformaria o texto sumulado num novo preceito de lei, afastando-o definitivamente da realidade contingente da sempre renovada experiência forense.

¹¹⁹⁹ Cf. OVÍDIO BAPTISTA. *Processo e Ideologia...*, op.cit., p.259 - destaquei.

¹²⁰⁰ Cita-se, no original: RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 2ª ed. da trad. Espanhola, Madrid, 1977, p.188; no mesmo sentido LENIO L. STRECK, *Súmulas no direito brasileiro*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995, p.289.

¹²⁰¹ Diz OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA a respeito do ponto: “A ‘súmula vinculante’ é defendida por muitos, especialmente por magistrados de várias instâncias, é instrumento que não constitui novidade, pois o direito luso-brasileiro, sob denominações várias, em períodos determinados de sua história, valeu-se de dispositivos processuais se não idênticos à súmula, conceitual e funcionalmente dele muito próximos, como os ‘assentos’ do direito lusitano, o nosso ‘prejulgado’ e o próprio recurso de ‘revista’.” (*Processo e Ideologia...*, op.cit., p.256).

¹²⁰² Id., Ibid., pp.256-8 (destaquei).

A segunda razão, para recusar a solução pela via da ‘súmula vinculante’, é que seu propósito não é propriamente contribuir para a evolução do sistema jurídico, mas ao contrário, aprisioná-lo ao passado, impedindo que a elaboração jurisprudencial lhe permita progredir, em convivência com a constante transformação da realidade social.

A súmula obrigatória – como o regime dos ‘assentos’ praticados em Portugal – reproduz a concepção Iluminista, que a segunda metade do Século XX superou, que reivindicava para a lei um ilusório sentido de ‘univocidade’ a que poderão, talvez, aspirar as ciências ditas exatas, nunca uma ciência essencialmente hermenêutica, como o Direito. Como adverte AULIS AARNIO¹²⁰³, ‘ a dinâmica do ordenamento jurídico é produzida, em última instância, pelos juristas práticos. Desse ponto de vista, o ‘criador’ mais importante do sistema – mais do que o legislador- é o juiz, especialmente os juizes da Corte Suprema’, de modo que a função criadora, progressista e inovadora do sistema jurídico é que deve ser preservada como a legítima função contemporânea dessas cortes superiores, não aquela alcançável pela ‘súmula vinculante’ que, antes de ser instrumento de evolução e, conseqüentemente, de adaptação do sistema às novas realidades, procura mantê-lo preso ao passado, mesmo que isto exija revisão do texto constitucional.

A bem da verdade, o dito instituto é a expressão paradigmática do operar “per saltum” da atividade de fixação de sentidos apriorísticos pelos tribunais, estando localizado no extremo oposto do ideal de reproblemática do direito ou de consideração da atividade de prestação jurisdicional como expressão de uma racionalidade complexa – já que é, a rigor, mais um exemplo do ponto extremo a que se pode chegar na corrida reducionista determinada pelo paradigma do racionalismo simplificante da modernidade.

Aliás, o problema da nocividade das súmulas vinculantes nesse sentido, já foi de certa forma abordado antes, quando do tratamento da busca pela diferenciação suficiente das decisões judiciais, lugar em que se revelou a sua vocação para contribuir amplamente para a redução indevida dos princípios ao lugar menor de meras regras. Mas tudo isso pode ser ainda melhor valorado a partir da consideração do ensaio de GEORGES ABBUD, intitulado “Súmula vinculante ‘versus’ precedentes”¹²⁰⁴, que distingue muito bem este instituto daquele dos precedentes do direito norte-americano, ao mesmo tempo em que corrobora as assertivas antes explicitadas acerca de seu desvalorar para se obter legitimidade jurisdicional na contemporaneidade, tal como se pode depreender das suas conclusões, apresentadas a seguir:

CONCLUSÕES

1. A súmula vinculante ao contrário dos precedentes norte-americanos, *vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal*. No que diz respeito ao modo de sua aplicação, o precedente constitui-se num critério jurídico que serve como problematização e fundamentação para casos análogos, [;] já o teor do verbete sumular tem ‘status’ de entidade geral e abstrata, que dispõe uma disposição de natureza legislativa que para os casos concretos que ela abrange, lhe vão referidos como casos de sua aplicação.

2. A súmula vinculante encerra-se da mesma forma que a legislação em um texto normativo que passa a ter validade após sua publicação. Em contrapartida, os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo, o precedente deve ser identificado com o caso decidido, para se concluir qual a regra jurídica (...) foi formulada na Suprema Corte, [;] a delimitação de seu alcance é extremamente conflituosa.

¹²⁰³ Cf. AULIS AARNIO, *Lo racional como razonable*, original de 1987, Madrid, 1991, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, Madrid, pp. 286-287, p.186, *apud* OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Processo e Ideologia...*, op.cit., p.257.

¹²⁰⁴ Do resumo do dito artigo consta o seguinte: “Neste artigo examinamos a distinção que existe entre a súmula vinculante e os precedentes do ‘stare decisis’. Basicamente, quatro diferenças são demonstradas. São elas: modo de aplicação, dimensão, teleologia e âmbito de vinculação. Procuramos diferenciar os dois institutos para, a partir daí, projetar contribuições para a solução de alguns equívocos e mal-entendidos, a fim de explicitar que a súmula vinculante é instituto análogo aos assentos portugueses possuindo, inclusive, a mesma natureza legislativa.” (obra citada adiante, p.218)

3. A regra de vinculação por precedentes do ‘stare decisis’ não é inexorável, *ao contrário da vinculação idealizada pela EC 45, que permite a cassação de toda a decisão judicial por meio de reclamação ao STF, conforme teor do parágrafo terceiro do art. 103-A, da CF, [;] a vinculação proposta é tamanha que da maneira como foi aprovada não permite nenhuma ponderação racional ou ajuste jurisprudencial pelos juízes.*

4. A súmula vinculante é instituto análogo ao assento português porque *se desvincula dos julgados que o formaram, passa a ter autonomia, vale a súmula por si só, passa a ter vigência sem ligação concreta com os casos que a formularam, se impõe como um texto normativo* com autonomia de forma para seu conteúdo abstrato a ser aplicado a casos futuros.

5. Resta evidente a natureza de disposição legislativa que possuem as súmulas vinculantes, na medida em que são prescrições literais, a serem aplicadas no futuro, vez que não solucionam um caso concreto, mas estabelecem um critério a ser aplicado a todos os demais casos que pela súmula possam ser compreendidos.¹²⁰⁵

De resto, é preciso dizer que os exemplos de uma degradação da legitimidade jurisdicional por tal via, no que diz respeito à inviabilização de uma adequada produção de sentido transcendente no âmbito interno ao sistema judicial, não ficam apenas naqueles indicados até agora, do que a questão da súmula vinculante é apenas o exemplo mais óbvio.

Os modos de se buscar uma equivocada uniformização jurisprudencial “de cima para baixo”, com perda de densidade da participação das partes e dos juízes de primeiro grau na produção de sentido do direito na dinâmica da vida real, são também muito bem evidenciados no que diz respeito à atividade de controle da constitucionalidade propriamente dita.

Veja-se que em sede de controle incidental de constitucionalidade, esta atividade parece estar sendo minada por uma visão não-sintonizada com a construção de instrumentos de transcendência adequada da atividade jurisdicional, que estejam comprometidos com formas de inclusão e participação direta e próxima do cidadão-demandante (bem como da realidade) na definição dos sentidos possíveis das regras constitucionais para a sua vida e convivência próxima.

Com efeito, parece haver hoje uma tendência de “desativação do controle difuso de constitucionalidade”, nos dizeres de PAULO BONAVIDES, a bem de se obter uniformizações jurisprudenciais apriorísticas também nesta seara, ou uma tendência de busca por fórmulas de afastamento da salutar proximidade do cidadão-demandante com o juiz enquanto detentor de jurisdição dita “constitucional” (ou seja, com todo o juiz da base do judiciário enquanto magistrado apto a examinar, ao menos no sistema brasileiro, a constitucionalidade das leis e a se conduzir, na prestação jurisdicional, efetivamente, por diretrizes e princípios constitucionais norteadores da construção de uma convivência social plural e harmônica).

Sobre isso, então, que, ao que semelha aqui, se constitui em mais uma das variadas formas de tentativas extremadas de deletéria unificação a qualquer preço das respostas do judiciário, na busca radical pela certeza e previsibilidade das decisões judiciais para o bom funcionamento da sociedade, pressuposto do paradigma político liberal, com degradação progressiva da legitimidade jurisdicional

¹²⁰⁵ Cf. ABBoud, Georges, “Súmula vinculante ‘versus’ precedentes”. In: *Revista de Processo*, n165 (ano 33 – novembro de 2008). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. pp. 218-230 – p.229 - destaquei.

em sua dimensão ético-política¹²⁰⁶ (ou seja, sobre as tendências de supressão ou desativação parcial do controle difuso da constitucionalidade), diz PAULO BONAVIDES¹²⁰⁷

A perda ou desativação do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, como está acontecendo¹²⁰⁸, menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será a jurisdição: por isso mesmo, mais vulnerável e sujeita à pressões e interferências do Poder Executivo.

Enfim, os exemplos de como *não* se deve compreender a realização de uma necessária transcendência das decisões judiciais, no âmbito interno ao próprio sistema judicial estão dados. A inversão do sentido inclusivo e participativo da base jurisdicional (de cidadãos-demandantes a juízes de primeiro grau) na busca da generalização mínima de sentidos devida, que evidencia um abandono das possibilidades democráticas da jurisdição em favor de uma sua substituição por homogeneizantes e apriorísticas decisões de cúpula, distanciadas do real da sociedade e das partes afetadas, é evidente em tais exemplos e fala por si só.

Logo, só resta indicar, como movimento de amplo resgate da legitimidade jurisdicional neste aspecto de sua dimensão ético-política, uma também ampla e geral tentativa de afastamento deste direcionamento adotado hoje, em sentido diametralmente oposto ao predominante, no que toca à compreensão dos instrumentos de uniformização ou consolidação jurisprudencial.

Examinadas, pois, de maneira genérica e exemplificativa, as possibilidades de transcendência das decisões judiciais que seriam potencialmente produtoras de efeitos “endógenos” ao sistema judicial, resta cogitar daquela outra espécie de efeitos transcendentais possíveis das decisões judiciais,

¹²⁰⁶ De resto, o mesmo constitucionalista alerta contra a forma de indicação e nomeação dos Ministros do STF, em função de que isso contribuiria para que o distanciamento do controle de constitucionalidade de uma via mais democrática aumentasse ainda mais, eis que “a independência, a credibilidade e a legitimidade da justiça constitucional no Brasil” passa a ser “alvo de graves reparos” com certas nomeações pelo Executivo que seriam supostamente comprometedoras da “imparcialidade da magistratura constitucional.” E essa, sim, é a forma negativa de “politização” dos tribunais, que o mesmo constitucionalista já mencionou, aquela que se dá pelo Executivo a fim de se tolher a sua independência e impedir, no fim de tudo, as possibilidades de auxílio na construção de uma democracia participativa direta também por esta via. (Op. cit., p.141e ss., quanto a esta citação específica).(*Jurisdição constitucional e legitimidade...*, op.cit. pp.134-5 e ss.).

¹²⁰⁷ BONAVIDES, *Jurisdição constitucional e legitimidade...* p.133 -destaquei.

¹²⁰⁸ O próprio BONAVIDES, no mesmo trabalho, já fazia uma sinopse (crítica) dos avanços processuais havidos em matéria de jurisdição constitucional com a promulgação da CF/88, para acrescentar críticas ao solapamento do sistema misto de fiscalização da constitucionalidade (por meio de uma concentração de poderes na cúpula do Judiciário) propiciado já com a EC nº03/92: “...o constituinte originário de 1988 acrescentou ao controle abstrato a ação de inconstitucionalidade por omissão, conservando no mesmo passo como referência clássica de controle a já conhecida ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, com a Emenda Constitucional nº 03/92, criaram-se dois novos instrumentos de controle, um deles deveras abusivo, que é a chamada ação direta de constitucionalidade. O outro é a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ambos argüidos de emprestarem caráter autocrático ao sistema brasileiro de controle abstrato da constitucionalidade.

O mau uso poderá converter a ação direta de constitucionalidade em mais um veículo que o Executivo emprega para deformar o arcabouço jurídico do sistema e dar trânsito livre de constitucionalidade às medidas mais impopulares e lesivas à Constituição, vazadas em medidas provisórias, materialmente inconstitucionais, saídas da forja do grande legislador e administrador que é no País, aquele que tem o Poder hegemônico.

Sem embargo do considerável alargamento e avanço formal havido no Brasil com a Constituição em vigor no que toca ao controle concentrado da constitucionalidade, observa-se, todavia, ao mesmo tempo, acentuada queda de qualitativa no que diz respeito ao emprego destes mecanismos constitucionais de proteção jurisdicional do regime e de suas estruturas.” (Op.cit., p.129-130).

ou seja, do potencial de reflexos “exógenos” (ou externos) ao sistema judicial e até jurídico de tais decisões nas democracias contemporâneas.

b) A transcendência das decisões judiciais em seus possíveis efeitos ou reflexos externos ao sistema judicial: Quanto aos possíveis efeitos externos ao sistema judicial propriamente dito, tem-se, por fim, que são eles ligados à noção de que, para além de efeitos jurídicos direta ou indiretamente vinculativos de partes ou interessados diretos na solução de determinado caso, as decisões judiciais sempre têm a possibilidade de desempenhar, por variadas formas e meios, um certo papel pedagógico e mesmo “civilizatório”, no que diz respeito à necessidade sempre permanente de construção da democracia e da cidadania.

Com efeito. As decisões judiciais podem se constituir, num primeiro momento, em instrumentos de melhor compreensão, construção, definição ou difusão do sentido e alcance das regras de convivência para determinadas situações, onde a sua identificação não seja suficientemente divisível “a priori”, por todos, na generalidade das normas abstratas, ou quando ela seja mesmo demasiado controversa - apresentando-se já aí uma função transcendental importante da fixação de sentidos a que normalmente procedem, sem que isso diga respeito aos seus efeitos jurídicos diretamente vinculantes, propriamente ditos.

Quer dizer, uma indicação do sentido devido, ou, no mínimo, mais plausível ou razoável, do ordenamento jurídico para determinados casos ou situações da vida, a ser publicizada a todos os membros da sociedade, pode ser obtida como efeito transcendental das decisões judiciais, mormamente quando se repetem e se assentam, ainda que temporariamente, na forma de uma determinada interpretação. Podem servir, por conseguinte, tais indicações repetidas de sentido das regras de convivência interpretadas, de importantes marcadores ou nortes a seguir pelos próprios cidadãos ou instituições não-demandantes. E serão facilitadores da convivência pacífica, tais indicações, quando da necessidade que tenham aqueles entes de interpretar, por sua conta, estas regras de convivência em níveis mais específicos, que detenham certa similaridade com casos já examinados judicialmente, prevenindo-os, por exemplo, quando aos resultados de suas escolhas e ações, sem que seja necessário um ter de litigar “a posteriori” para se descobrir o provável sentido da norma para estas situações.

No entanto, este efeito transcendental, de cunho pedagógico e civilizatório não se obtém a fórceps, por meio do puro e simples impedimento da continuidade da discussão de determinadas matérias, pela prematura edição de súmulas ou decisões artificiosas equivalentes, emanadas de tribunais superiores (ou pior, até, pelo impedimento “preventivo” da discussão). Tais expedientes, sob este prisma, não passam de soluções de força, enquanto o que se demanda aqui são soluções de convencimento mínimo e razoável da sociedade. Só pode tal efeito transcendental ser verdadeiramente extraído, portanto, do próprio grau de respeitabilidade angariado junto à sociedade por decisões que sejam forjadas na experiência prática e dinâmica do múltiplo contraditório forense.

Ou por outra, é só da respeitabilidade adquirida a partir da certeza de acolhimento sério de uma participação amplamente permitida pela atividade jurisdicional de base – ou, ainda, da crença na legitimidade que passam a deter os sentidos das regras de convivência assim fixados – que passa a ser

possível se extrair esta espécie de efeito transcendental realmente operante na vida prática. Ele deriva, noutros termos, da confiança popular nas fixações de sentido de tais regras como expressões de formas efetivas de pacificação social “qualificada”, que, por compartilhadas em sua formação, são as mais prováveis e razoavelmente aceitas, ao final de tudo, pela própria comunidade.

Com efeito, se a prestação jurisdicional se fizer conhecida por notoriamente viabilizar vez e voz às partes para que seus argumentos e posições, acerca do sentido de determinadas regras de convivência em determinados casos, sejam amplamente discutidas pela sociedade, a partir das visões que sobre elas tenham os diretamente interessados nelas, terá maiores chances de se impor junto a esta mesma sociedade, por suas razões propriamente ditas, com drástica redução da necessidade do recurso à força para tanto.

Ou ainda, se tal atividade se notabilizar por um proceder dos juízes que seja responsável e comprometido com a análise ampla destas posições, antes da prolação das decisões, se incrementará a sua respeitabilidade derivada do reconhecimento de tal compromisso; se houver tempo de maturação de tais discussões por um amplo debate e contraposição de inevitáveis decisões distintas, antes da fixação de sentido por instrumentos de uniformização de jurisprudência, crescerão as chances de assimilação geral do decidido reiteradamente, bem como de assentamento da crença na sua razoabilidade e impositividade; enfim, se a prestação jurisdicional se apresentar e se arraigar no imaginário social como um agir que não é só do Estado, *mas que parte da ação da própria sociedade*, e que, além disso, está invariavelmente comprometido com a oitiva e consideração de todas as razões possíveis acerca dos casos, no intuito de obter a melhor decisão possível para fins de viabilização de uma convivência harmônica entre iguais-diferentes, restará fomentada a ideia de que, por princípio, sempre haverá boas razões para se aceder de bom grado ao sentido fixado judicialmente.

E alcançado, afinal, um nível tal de crença geral no compromisso das soluções judiciais assim obtidas, com a busca pela correção e pela pacificação social qualificada, talvez seja possível imaginar que se gere uma nova espécie de comportamento que alimente, por si só, um maior nível de pacificação social qualificada, assim autogerada.

Mas muito mais do que isso, e talvez mesmo, mais importante: talvez a mais relevante das formas de transcendência das decisões judiciais que se dêem deste modo resida no efeito de que passem elas a se prestar a auxiliar na construção da própria cidadania e ampliação de espaços de convivência democrática, através da via jurisdicional assim concebida (de participação direta do cidadão na fixação de sentidos das regras que, afinal, são aptas a determinar os rumos de suas vidas).

E, finalmente, para ainda mais além disso, a transcendência maior de decisões judiciais assim levadas a termo talvez resida na própria demonstração mais clara e sincera *dos limites da jurisdição*, que contribuiria inexoravelmente para a criação de outros espaços de convivência democrática, para além do jurisdicional, como se verá adiante.

Com efeito, *primeiro, quanto ao potencial papel pedagógico da jurisdição*, em termos de oportunização de um efetivo exercício prático de democracia participativa, por uma via direta, bem como de uma progressiva educação para a cidadania, considere-se o momento raro que representa a possibilidade de que o próprio cidadão-demandante participe ativamente não só da fixação do sentido

das regras que lhe interessam e afetam diretamente a sua própria vida, mas também da definição de conteúdo de princípios e diretrizes que nortearão a convivência social em geral (reflexamente).

No momento em que se torne melhor perceptível o respeito e o peso de uma tal participação direta de cada demandante-cidadão, a partir de sua atuação em juízo, também no que tange aos reflexos políticos desta intervenção, se consolidará um viés educativo deste agir estatal.

Tornando-se notória eventual efetividade do fazer valer da visão individual da parte em juízo, a partir de ações judiciais de cunho particular, também sob um final ponto de vista político, certamente se descortinará uma via de atuação que incitará a participação popular nos rumos da convivência gregária também por esta via.

E mais, de uma forma que talvez possa auxiliar no resgate do interesse por um comprometimento ativo das pessoas com o exercício da cidadania, já que de há muito a “apatia política” vem sendo uma realidade verificável mesmo nas mais desenvolvidas democracias representativas.

Quem sabe assim, possa uma nova jurisdição, entendida em termos de viabilização de uma pulverização do poder e acesso direto à participação de todos nesse poder, auxiliar na correção de um dos mais graves defeitos da democracia representativa atual, residente precisamente no crescente desinteresse popular pela ação política, pela participação ativa no zelo e conquista permanente da democracia? Quem sabe não possa esse novo papel ético-político a ser desempenhado pela jurisdição auxiliar no resgate daquilo que BOBBIO diz ser mais uma das tantas promessas não cumpridas pela democracia, qual seja, a promessa de promoção de *uma educação para a cidadania através do próprio exercício da democracia?*

Se, como diz Bobbio, na sua obra *O futuro da democracia*, no item sugestivamente intitulado “o cidadão não-educado”¹²⁰⁹, não se conseguiu fazer com que o exercício da democracia representativa, pela força do poder transferido pelo voto e do que daí resulta para a vida prática, seja suficiente para uma progressiva educação para a cidadania, quem sabe não esteja numa possível conexão mais direta entre os interesses mais ordinários de um demandante-cidadão e os efeitos políticos resultantes de sua atuação em juízo, uma via para reestimular um agir, afinal, ativamente cidadão?

Com efeito, como diz BOBBIO, a “apatia política”, que denota o descumprimento da promessa da educação para a cidadania pelo exercício da democracia representativa, é um sério problema da contemporaneidade.

Refere aquele autor que “nos dois últimos séculos, nos discursos apologéticos sobre a democracia, jamais esteve ausente o argumento segundo o qual o único modo de fazer com que um súdito se transforme em cidadão é o de lhe atribuir aqueles direitos que os escritores de direito público

¹²⁰⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, pp.43-4.

do século passado tinham chamado de ‘*activae civitatis*’ [cidadania ativa, direitos do cidadão]; com isso, a educação para a democracia surgiria no próprio exercício da prática da democrática.”¹²¹⁰.

Contudo, a verdade é que a despeito disso e das promessas da democracia de educação cidadã pela prática, o que se verifica atualmente, no âmbito da democracia representativa, segundo o próprio BOBBIO, é um severo fenômeno de desarticulação dos integrantes da sociedade como ativos atores políticos; um fenômeno de verdadeira “apatia política”¹²¹¹, onde diminui o voto “de opinião”, substituído pela omissão, ou, o que é pior, pelo voto de permuta ou clientelar.

Olhemos ao nosso redor. Nas democracias mais consolidadas assistimos impotentes ao fenômeno da apatia política, que freqüentemente chega a envolver cerca da metade dos que têm direito a voto. Do ponto de vista da cultura política, estas são pessoas que não estão orientadas nem para os ‘output’ ou para os ‘input’. Estão simplesmente desinteressadas daquilo que, como se diz na Itália como uma feliz expressão, acontece no ‘palácio’. Sei bem que também podem ser dadas interpretações benévolas da apatia política. Mas até mesmo as interpretações mais benévolas não conseguem me tirar da cabeça que os grandes escritores democráticos se recusariam a reconhecer na renúncia ao uso do próprio direito um benéfico fruto da educação para a cidadania. Nos regimes democráticos, como é o italiano, onde a porcentagem dos votantes é ainda muito alta (embora diminua a cada eleição), existem boas razões para se acreditar que esteja em diminuição o voto de opinião e em aumento o voto de permuta [‘voto di scambio’], o voto, para usar a terminologia asséptica dos ‘political scientists’, orientado para o ‘output’, ou, para usar uma terminologia mais crua mas talvez menos mistificadora, o voto clientelar, fundado (freqüentemente de maneira ilusória) sobre o ‘do ut des’ (apoio político em troca de favores pessoais). Também para o voto de permuta podem ser dadas interpretações benévolas. Mas não posso deixar de pensar em Tocqueville que, num discurso à Câmara dos Deputados (em 27 de janeiro de 1848), lamentando a degeneração dos costumes públicos em decorrência da qual ‘as opiniões, os sentimentos, as idéias comuns são cada vez mais substituídas pelos interesses particulares’, perguntava-se ‘se não havia aumentado o número dos que votam por interesses pessoais e diminuído o voto de quem vota à base de uma opinião política’, denunciando esta tendência como expressão de uma ‘moral baixa e vulgar’ segundo a qual ‘quem usufrui dos direitos políticos pensa em deles fazer um uso pessoal em função do próprio interesse’ [citando-se ALEXIS DE TOCQUEVILLE. *Discorso sulla rivoluzione sociale, in Scritti politici, a cura di N. Matteucci*, vol. I, Utet, Torino, 1969, p.271.].¹²¹²

Todavia, o que se propõe aqui é que talvez justamente a linguagem do interesse pessoal entremeada numa franca possibilidade de exercício de direitos individuais (ainda que, a princípio, vislumbrados mais como forma de realização destes interesses) possa se constituir numa condição a ser revertida em um estímulo indireto positivo para uma participação democrática direta, exercida em juízo, na definição, construção e fixação de sentidos das regras de convivência. E isso de modo a que se tenha, de qualquer sorte, um efeito político diretamente decorrente da participação dos demandantes-cidadãos no poder, por esta via direta. E ainda mais: progressivamente, um efeito civilizatório e educativo, por meio de sucessivas lições práticas daí derivadas, que permitam também a reconstrução da cidadania por esta via transversa – a ponto, quem sabe, de que se possa cogitar do

¹²¹⁰ Cf. BOBBIO, *O futuro da democracia...*, op.cit., pp. 43-44.

¹²¹¹ O cientista político da UFRGS, HÉLGIO TRINDADE, discorre sobre a chamada “crise de representação” na modernidade, no item “a democracia sem povo e a crise de representação” do ensaio de sua autoria denominado “Reforma Política: os desafios da democracia social” (op.cit....., p.59). Em tal estudo faz referência a ensaio de ROSVALON (ROSVALLON, Pierre. *Le peuple introuvable: histoire de la représentation démocratique en France*. Paris, Editions Gallimard, 1998.) sobre a história da representação democrática na França, dizendo que ali foi utilizada adequadamente a expressão “peuple introuvable” (“o povo inencontrável”) para fazer-se referência ao problema. E mais: “Na realidade, a história dos sistemas eleitorais mostra este paradoxo: a extensão crescente do direito ao voto foi gerando novos mecanismos que buscavam limitá-los. A democracia postula de fato uma civilização de massa, mas até aqui as ‘massas’ têm participação limitada.”

¹²¹² Cf. BOBBIO. *O futuro da democracia...*,op.cit., pp. 45.

nascimento futuro de verdadeiros cidadãos-demandantes e, adiante, cidadãos politicamente ativos a partir deste efeito estimulante e transcendente da jurisdição assim concebida.

Como se vê, então, poderão ser concebidos, como efeitos transcendentais de uma prestação jurisdicional comprometida com o ético e com o político (em vez de uma jurisdição meramente funcionalista), desde um pedagógico esclarecimento de direitos na dinâmica da vida (isto é, do sentido de determinadas regras ou princípios de convivência aplicados a determinadas situações), até uma educação para a cidadania decorrente do estímulo aberto à participação direta dos interessados e legitimados a defender determinadas visões ou posições acerca de certos sentidos atribuíveis a determinadas regras ou princípios de convivência social, por meio da jurisdição.

Mas tudo, sempre, desde que – premissa básica – tal atividade estatal não seja reduzida a apenas uma forma funcionalista de eliminação sumária de conflitos. Ou, no sentido positivo, desde que a jurisdição seja revista em sua concepção contemporânea, para que passe a ser pensada e tratada também como um instrumental de realização transcendente do político e do ético, por meio da ação direta dos demandantes-cidadãos, ainda que por uma via reflexa, já que decorrente de um móvel primeiro de perseguição de interesses próprios e, no mais das vezes, individuais.

Por tudo isso, então, é que se pode concluir parcialmente no sentido de que também a partir da (a) percepção da necessidade de realização da dimensão ético-política da jurisdição, bem como de (b) sua implementação prática na contemporaneidade, pela viabilização de adequadas formas de transcendência das decisões judiciais, é que se construirá a legitimidade de tal relevante atividade estatal na modernidade presente.

Mas há ainda mais um ponto a ser abordado antes da finalização deste tópico. Há de se dizer, por derradeiro, que uma jurisdição assim compreendida permite que se alcance a sua legitimação também a partir de um melhor desvelamento e franca assunção *de seus próprios limites*, no que tange ao seu possível papel na construção de uma democracia constitucional em sentido amplo.

Com efeito, revelados, na prática, os próprios limites da jurisdição na inexaurível tarefa da construção de uma democracia que transcenda a mera representatividade, dirigindo-se à realização do sentido da convivência contratada constitucionalmente da forma mais ampla, direta e inclusiva possível, restará absolutamente clara a necessidade de que se instituem, progressivamente, mais e mais *espaços outros* de convivência democrática, distintos não só do agir de alguma forma mediado pelo Estado-juiz, mas daquele oriundo do poder do Estado como um todo.

Note-se: a própria incapacidade, aí abertamente assumida pela própria jurisdição, para dar conta de toda a necessidade de participação política direta, incitada também a partir do que já se expôs, bem demonstrará a impositividade de que se mantenham, alarguem e criem novos espaços públicos de convivência social que sejam alternativos e independentes, tanto da atividade jurisdicional como da influência estatal genericamente considerada - ou seja, espaços públicos extra-estatais e autônomos.

Quer dizer, quando a própria jurisdição assumir lisamente a sua incapacidade, hoje escamoteada pela ação de um Estado-juiz que se pretende também um “pai-patrão” (como se verá a

seguir), de lidar com todo e qualquer conflito derivado da sociedade (e, mesmo, a inconveniência de que assim se proceda), restará reconhecida, de forma aberta e até mesmo estimulada, uma nova via para que, evolutivamente, os próprios cidadãos-demandantes passem à condição de cidadãos ativos, autonomamente responsáveis pela resolução direta de boa parte de seus próprios problemas de convivência.

Aliás, é também da constatação da complexidade extrema desta tarefa construtiva e reconstrutiva da jurisdição (ou seja, da fixação de sentidos para as regras de convivência a partir dos casos concretos, dos conflitos vivenciados quotidianamente, enfim, da busca por pacificação social qualificada) que deriva a certeza de que essa solução não pode e não deve partir só do Estado-juiz.

Primeiro, porque para além do que emerge a uma primeira vista da realidade impressionante da litigiosidade exacerbada, existe a questão da inadequação ou da falta de sintonia entre a forma de solução requerida pelo conflito e a via eleita como suficiente e adequada para essa sua solução. Assim, tem-se, por exemplo, que determinadas demandas que talvez pudessem ou devessem ser melhor resolvidas pela ação de uma resolução construída por mediação, *v.g.*, acabam transitando longamente pelos canais processuais, por falta de um sistema adequado ou confiável de mediação – ou mesmo pela ausência de uma *cultura da mediação* (não-oficial); no mesmo sentido, algumas causas entre entes suficientemente detentores de autonomia para arcar com as responsabilidades das soluções dadas, por exemplo, pela via do arbitramento, acabam não encontrando espaço adequado e suficiente para tanto em nossa realidade local.

Mas não é só. Como se extrai de uma rápida análise da chamada *pirâmide de litigiosidade* apresentada no já citado trabalho dirigido por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, muitas vezes há problemas de simples busca da realização do direito porque determinadas situações não comportam adequadamente a sua instrumentalização via prestação jurisdicional. Basta lembrar que, segundo o autor referido, “de todos os mecanismos de resolução de litígios disponíveis [os tribunais] tendem a ser os mais oficiais, os mais formais, os mais especializados e os mais inacessíveis”¹²¹³.

Assim, quando, por exemplo, na percepção da parte cujo direito foi desrespeitado “não vale a pena” ir além do estágio de “reclamação junto ao responsável pela lesão”¹²¹⁴, na inexistência de algum sistema alternativo (mas eficaz) de resolução de conflitos, como, *v.g.*, um adequado sistema de mediação, fica este conflito sem resposta adequada, gerando instabilidade e inconformidade no seio da sociedade – com perda de oportunidade de atuação no sentido de se buscar na resolução da situação mais uma via de conformação real de uma convivência mais fraternal.

Da mesma forma, quando uma parte percebe que o dano potencial aos seus interesses e relações, derivado da atuação jurisdicional – que sempre responde em termos extremos de “perdedores” ou “ganhadores” (decisões do tipo “soma-zero” como refere BOAVENTURA) -, poderá ser significativo, acaba por eventualmente suportar o desrespeito ao seu direito – perdendo-se,

¹²¹³ BOAVENTURA. “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”..., *op.cit.*, p.30.

¹²¹⁴ Diz BOAVENTURA que o lesado que não tenha atendido a sua reivindicação direta por rejeição de sua reclamação pode ter boas razões para não levar adiante o seu inconformismo. O incentivo para “agüentar” a lesão pode, em algumas condições, ser muito grande, destacando ele que “quanto mais desiguais são as posições sociais das partes no litígio, maior é esse incentivo no caso em que o lesado é a parte com posição social inferior.” (*Op.cit.*, p.19).

novamente, outra oportunidade de *pacificação qualificada da sociedade*, e permanente reconstrução de suas bases, nos termos do já exposto.

Só essa massa de situações que representam áreas ou espécies de relação difícil entre o conflito existente e a sua possibilidade de resolução pela via tradicional (e oficial) da jurisdição já seria suficiente para justificar, então, uma atividade, no mínimo, *complementar* (ao menos inicialmente) à atuação estatal na busca da dita pacificação social qualificada.

Mas ainda não é só. Basta pensar, como diz o próprio BOAVENTURA, que, “do ponto de vista sociológico, as sociedades são juridicamente pluralistas na medida em que o direito oficial convive com outros direitos que circulam não-oficialmente pela sociedade, no âmbito de relações sociais específicas, tais como relações de família, de produção e de trabalho, de vizinhança etc”, numa normatividade que “normalmente é mobilizada pelos mecanismos informais de resolução de litígios”, para pensar que também aí haveria espaço e razão, com base no respeito à diferença consagrado na Constituição Federal, para incentivar tais mecanismos e pluralidade¹²¹⁵ normativa para-estatal – ao menos enquanto não-caracterizadores de situações essencialmente desbordantes de um mínimo ético e da construção social essencial prevista na Carta Maior¹²¹⁶.

Veja-se, por conseguinte, que enfoques ou argumentos para a justificação e acolhimento das formas alternativas de solução de conflitos, muito distintos daqueles de índole meramente funcionalistas (somente preocupados com o desafogo do Judiciário e com a pseudolegitimação advinda de um critério exclusivamente burocrático de avaliação desta atividade) referidos ao início, são identificados aqui, sempre como forma precípua de realização de uma pacificação qualificada e temporária (por sempre renovada e renovável) da sociedade.¹²¹⁷

¹²¹⁵ Nesse ponto, é de se atentar para as constatações e considerações críticas feitas por ANTÔNIO C. WOLKMER acerca da construção histórica de um monismo jurídico, que só tem no Estado a fonte de produção normativa válida para a regulação das relações: “Deveras, neste segundo ‘ciclo’ [do monismo jurídico, referindo-se ao período que vai da Revolução Francesa até o final das codificações do Século XIX], correspondente à sistematização dogmática do monismo jurídico, **é perceptível a gradativa postulação e redução do Direito Estatal ao Direito Positivo; consagra-se a exege-se de que todo o Direito não só é Direito enquanto produção do Estado, mas, sobretudo, de que somente o Direito Positivo é verdadeiramente Direito.**” (WOLKMER, A.C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.48 - destaquei). O renomado jurista, reforçando ainda mais a idéia aqui sustentada de que a temática em foco é de complexidade impar, transcendente em muito a um problema de índole processual ou do Poder Judiciário, refere ainda: “A crise do monismo jurídico estatal enquanto paradigma hegemônico reside no fato de que suas regras vigentes não só deixam de resolver os problemas, como ainda ‘não conseguem mais fornecer orientações, diretrizes e normas capazes de nortear’ a convivência social. Ora, não tendo mais condições de oferecer soluções, o modelo jurídico dominante apresenta-se como a própria fonte privilegiada da crise e das incongruências.” (WOLKMER, A.C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, ...op.cit., p.67 - destaquei).

¹²¹⁶ Sobre a posição crítica de Boaventura de Souza Santos quanto a questão da administração da justiça, (WOLKMER, A.C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-OMEGA, 2001, p.57.) diz: “(...)Mesmo reconhecendo o tipo de reforma que passa pela ‘administração tenocrática da justiça’, Boaventura Santos declina por modelos alternativos de administração da justiça, como a ‘informalização/deslegalização da justiça’ e a ‘justiça comunitária’, através da mediação ou da conciliação, compreendendo a ‘criação de processos, instâncias e instituições relativamente descentralizados, informais e desprofissionalizados que substituam ou complementem, (...) a administração tradicional da justiça e a torne, em geral, mais rápida, mais barata e mais acessível.’”

¹²¹⁷ E é precisamente nesse contexto que há de se citar essas modalidades instrumentais diferenciadas de solução de conflitos, ditas soluções para-estatais de conflito, como formas passíveis de aproximar o Direito que temos e já tivemos, daquele que poderia ser o Direito ideal do mundo moderno ou proximalmente futuro, no sentido de um Direito até mesmo mais apto a realizar ou proteger, por princípio, os Direitos Humanos [Conforme se extrai de OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. “O exercício do poder no direito estatal, arbitral e de mediação”. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador). *Mediação, arbitragem e conciliação*. (Grandes Temas da Atualidade, v.7). Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 219-234]. A **indagação** que haveria de se pôr nesse momento, então, seria a seguinte: *mas porque, afinal, haveria esse potencial de melhor proteção dos Direitos Humanos com a utilização dessas novas formas de resolução de conflitos?* E a resposta que

Por fim, reforce-se, quanto ao ponto, o elemento que se quer distintivo nessa abordagem: com o *reconhecimento dos próprios limites da jurisdição*, através do despertar de uma consciência cidadã e de uma vontade de autonomia, deixa-se de discutir possibilidades dadas por institutos tais como os da arbitragem e da mediação, como meras expressões ou formas de resolução alternativa de litígios no mesmo quadro de busca por “desafogo” das vias estatais tradicionais, de mesmo fim. Passa-se, para muito além disso, a debater e a dar prioridade aos aspectos “utópicos” de tais medidas, que principalmente no caso da mediação parecem ser aqueles mais relevantes, dado o seu potencial de transformação sociológica. Ao mesmo tempo, deixa-se de realizar tal discussão *partindo-se da premissa dada de uma inquestionável correção da ideia vigente de necessidade de preponderância absoluta das soluções estatais de Direito*.

Não se trata mais, como se vê, de pensar tais formas de alternativas à solução de controvérsias sociais como meros instrumentos de *desafogo* do Judiciário (como se esse fosse o único meio para a realização da justiça) ou como se isso fosse um problema exclusivo do Estado.

Em verdade, aqui se trata, no extremo, de questionar criticamente a própria legitimidade e efetividade dessa posição de preponderância absoluta ou de quase exclusividade estatal no se buscar uma verdadeira e suficiente pacificação social qualificada. Não, entretanto, como forma de alijar o Judiciário ou o Estado da discussão em determinadas searas, mormente no quadro atual de nossa realidade nacional, ou de se buscar uma redução de suas competências ou de seu poder (que o Poder Judiciário sempre poderá ser acionado, por princípio, e, de qualquer forma, ainda terá o suficiente com o que se envolver, bem como sempre terá ainda outras funções insubstituíveis, nos termos do que expõe Boaventura); mas, sim, para encetar uma interessante busca de *adequação das formas de realização do Direito* (nas áreas e nas situações onde isso for possível, na máxima medida, de acordo com o progressivo desenvolvimento evolutivo da sociedade nesse sentido).

parece apresentar-se possível a uma tal indagação, segundo o raciocínio intentado já desde o dito ensaio pretérito, parece evidenciar-se pelo seguinte: *porque o exercício de poder no interior de direitos não-estatais (arbitral e de mediação) pareceria, em princípio (e ao menos em determinados casos), se apresentar com maiores chances de realizar os valores e os princípios essenciais aos Direitos humanos – da liberdade, da igualdade, da solidariedade*[Cf. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. “O exercício do poder no direito estatal, arbitral e de mediação”..., op.cit., p.233.]. Isso porque a utilização de tal instrumental parece ter o potencial de (1) permitir, em determinados casos e sob determinadas circunstâncias, soluções mais livres e autônomas (na medida em que mais dependentes da vontade e envolvimento direto das próprias partes na solução dos conflitos), num verdadeiro processo de “retomada do exercício por parte do poder dos cidadãos” [Id., Ibid.] (no que tange ao “contratado” socialmente com o Estado, já que “ceder o poder não significa abdicar da razão” [Id., Ibid., p.221.]); ou ainda porque (2), em se tratando de métodos não-adversariais e baseados no diálogo [Id., Ibid., p.233.], também permitiriam uma melhor realização desses princípios (mormente de igualdade e solidariedade), bastando se pensar, adiante, na seguinte proposição apresentada naquele escrito, aparentemente válida hodiernamente: a de que a preocupação dos Direitos Humanos, nas crises da pós-modernidade, volta-se para a valorização da tolerância e do reconhecimento das diferentes culturas, para fins de harmonização de identidade e diferença, o que coloca mais em evidência a importância destes meios alternativos de solução de controvérsias, enquanto *instâncias dialogadas*[Id., Ibid., pp.231-232.] *de resolução de conflitos*[E, ainda muito mais do que isso, como parece ficar claro adiante, porque a valorização de tais formas, principalmente da mediação, seria “...também uma “**estratégia educativa**”, enquanto realização de uma política para a cidadania, para os direitos humanos e a democracia” (WARAT *apud* OLIVEIRA JUNIOR, “O exercício do poder estatal, arbitral e de mediação”..., op.cit., p.229 - destaquei). Um resgate de CIDADANIA e de um autônomo e disseminado agir *ético* seriam os mais extraordinários feitos potenciais da mudança de cultura da litigiosidade, que migraria progressivamente para uma cultura da busca da priorização do diálogo e da maior tentativa do consenso (daí a referência ao elemento utópico a animar o discurso em favor do fortalecimento do direito-não estatal, em particular, do direito de mediação).].

E nisso tudo haveria também uma tentativa de viabilização da construção de formas de solução de conflitos ou controvérsias que seria paralela, e inicialmente complementar, àquelas tradicionais, e que comporia um quadro geral de busca de uma dita (a) pacificação social qualificada mais *ampla e real* (não só do conflito que chega ao Judiciário; não só através da dissipação do litígio já instalado; não só por meio de traumáticas soluções de “soma-zero”, na expressão de Boaventura de Sousa Santos (“perde” ou “ganha”)). E mais, (b) um quadro mais amplo de busca por tal objetivo, mas de forma verdadeiramente comprometida com os ditos ideais pluralistas de liberdade, igualdade e solidariedade ou fraternidade (por se pretender a progressiva utilização, sempre que possível, de métodos consensuais, dialogados, com assunção de posição de responsabilidade e compromisso dos próprios envolvidos nas controvérsias, ou seja, da própria sociedade) – e não mais com a mera engendração de soluções funcionalistas de desobstrução do sistema judiciário.

Eis, portanto, no extremo da descoberta dos limites da jurisdição na democracia, bem como na assunção destas limitações e no reconhecimento do valor de outras formas de composição de litígios e de descoberta de sentidos das regras de convivência, a partir de uma possível e progressiva ação autônoma e direta dos próprios autores sociais, *um outro efeito reflexo da revisão do papel da jurisdição contemporânea na modernidade presente.*

Eis aí, revelado um outro efeito transcendente à franca acolhida das decisões judiciais como meios comprometidos ao extremo com a realização da democracia constitucional em sentido amplo – mesmo que à custa da lisa assunção de sua condição de instrumento fundamental, mas jamais *único* na realização de tal complexa e incessante tarefa.

E nisso, na virtude de uma atividade estatal que reconheça suas próprias limitações e o valor de atividades outras para a construção de espaços públicos de convivência democrática, mais um aspecto a angariar legitimidade para esta atividade no campo do ético e do político, que deveria ser observado quando da consideração da transcendência dos efeitos das decisões judiciais que se pretenda buscar na contemporaneidade e ter por adequada para contribuir com a construção da democracia.

4. A busca por certezas judiciais incompatíveis com a democracia ou a “incerteza democrática” acolhida pela jurisdição: uma fixação dinâmica dos nortes constitucionais da convivência a partir da *ação direta dos atores sociais* em conflito.

A construção da legitimidade da prestação jurisdicional na contemporaneidade, na sua dimensão ético-política, se dá, pelo que exemplificativamente foi visto até o momento, da seguinte forma: através do acolhimento do conflito social; através do compromisso com a transparência das decisões judiciais e suas motivações, como atos de poder; por meio, ainda, da busca de uma adequada transcendência do sentido e dos efeitos destas decisões judiciais dentro e fora do sistema jurisdicional, enquanto decisões construídas como formas de pulverização do poder e de participação dos

demandantes-cidadãos na fixação do significado das regras de convivência democrática para determinadas situações e casos da realidade.

Mas a esses elementos exemplificativos da possibilidade de incremento da legitimidade política da jurisdição deve-se agregar ainda um outro, de significado talvez tão amplo quanto o do primeiro aspecto referido (acolhimento do conflito como coisa inerente à democracia), e a ele certamente ligado de forma muito íntima: faz-se referência aqui à *necessidade de acolhimento da incerteza democrática* (ou de um princípio de incerteza que é inerente à democracia) como pressuposto da jurisdição devida, que também tem importantes reflexos sobre a compreensão do novo papel desta atividade estatal na contemporaneidade.

Com isso se quer dizer que não pode mais ser pretensão da jurisdição a busca por certezas judiciais *generalizantes e definitivas*, particularmente *de modo apriorístico*, em termos incompatíveis com a democracia, como ocorre ainda na visão da funcionalista dogmática positivista. Muito menos se há de admitir a conseqüente busca pelo dogma da segurança jurídica, nos termos clássicos e extremos em que sempre se deu, ou seja, obtida, por vezes, somente à força das formalizações de caráter processual, a bem de se impor uma também ritualística e definitiva “pacificação social” a qualquer custo – nunca verificada na realidade social, quando da ocorrência de tais soluções meramente formais de litígios (não de conflitos propriamente ditos).

Vale dizer, o que não mais parece ser admissível numa jurisdição contemporânea que seja coisa de suas obrigações ético-políticas, é a busca da fixação de sentidos das regras de convivência e dos nortes e princípios constitucionais que as expressem mais amplamente, a partir de idealizações e isolacionismos dos juízes, como forma de *redução apriorística das incertezas do conflito real*, por uma suposição ilusória de que desse proceder possam derivar certezas (imaginadas) que sejam, só por isso, aptas a bem (ou melhor) regular a sociedade.

Simplesmente não é possível que tal tarefa seja desenvolvida de modo apriorístico e meramente formal, por meio de instrumentais que, por exemplo, privilegiem apenas a autoridade das instâncias superiores e desconsiderem a relevância da faticidade no processo de compreensão e aplicação de tais regras à vida – ainda que a pretexto de se garantir segurança jurídica. Tampouco é possível admitir que ela seja realizada, mesmo pelo juiz de primeiro grau, a partir deste mesmo comportamento, de prévio afastamento das incertezas da realidade e das contraditórias visões e argumentos das partes, como forma de se facilitar a formação de uma convicção idealmente iluminada, como resposta imaginada como correta para o caso trazido a julgamento.

O que não mais parece ser tolerável, portanto, se for o caso de se pretender obter legitimidade jurisdicional, nesta dimensão ora em foco, é a desconsideração do papel efetivo que devem ter todos os atores judiciais e sociais na fixação dinâmica destes sentidos, a partir da base da prestação jurisdicional¹²¹⁸ e da realidade dos casos concretos considerados em suas singulares individualidades – por mais que isso torne tudo mais complexo e incerto.

¹²¹⁸ Interessante considerar a propósito deste ponto, o que diz PAULO BONAVIDES, sobre a possibilidade de que a um juiz constitucional mais próximo do povo (referindo-se ao controle difuso de constitucionalidade) não só eleve o grau de legitimidade democrática da prestação jurisdicional, mas sirva mesmo como instrumento de democracia participativa nos países periféricos, abrindo, inclusive, portas para um “novo modelo de legitimidade”: “Nessa direção, a *democracia*

Nesse sentido é que se apresenta uma *primeira prática concretamente definível*, a partir do princípio de acolhimento da natural incerteza democrática na compreensão e exercício da atividade jurisdicional: *a prática da desconstrução da figura mítica do julgador, como responsável único pela construção de sentido das regras de convivência*, ou como baluarte da solução correta.

Com efeito, a autoridade do Judiciário não pode mais se escorar nem na figura de uma mítica sapiência superior das instâncias colegidas, a desvalorizar a jurisdição de primeiro grau, nem numa aura de autoridade legendária que ainda remanesça aderida à figura dos juízes, como oniscientes “pais-patrões” da sociedade.

A autoridade de quem exerce o *poder-dever* jurisdicional não deriva de sua suposta capacidade de encontrar “a verdade”, mercê de uma diferenciada sapiência ou capacidade de revelá-la, de que seriam dotadas tais figuras simbólicas (juízes e tribunais), mas, isto sim, deve se originar, pelo contrário, do rígido cumprimento diuturno de seu espartano compromisso com a manutenção do espaço democrático de exercício do poder. E isso a partir da ampla admissão da ação dos atores sociais que aí encenam seus papéis contributivos para a descoberta da resposta devida – inclusive, a partir de uma salutar presunção da *ignorância* dos julgadores (quanto aos fatos, quanto às circunstâncias da causa, quanto às razões das partes, quanto às possibilidades de solução já previamente imaginadas pelos atores sociais interessados e primeiras interpretações do direito supostamente aplicável, etc).

Quer dizer, há de se partir do pressuposto fundamental que nem juízes, nem tampouco tribunais, detém o saber onisciente, a verdade previamente revelada acerca do sentido perfeito da lei aplicada ao caso, enfim, a certeza final e irretocável acerca do conteúdo devido das regras de convivência. Há de se partir, outrossim, de que, exatamente por conta disso, é impossível conceber instrumentos que aprioristicamente permitam a revelação de tais certezas, somente por conta da intervenção “iluminada” de tais autoridades - sem a inserção de elementos da realidade viva para fins da devida aplicação/interpretação do direito, ou sem a participação direta dos demais atores sociais que devem figurar no processo judicial para a construção de sentidos para cada caso.

Aliás, sobre esta questão da nocividade de toda a pretensão partenaristicamente autoritária dos juízes, por pernicioso à sociedade, diz WARAT¹²¹⁹

participativa nos países periféricos, designadamente o Brasil, tem um papel de destaque se puder abrir a porta para o futuro com a proposta de um novo modelo de legitimidade. Quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional, mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade. A grande vantagem, senão, superioridade mesma da *democracia participativa* sobre quaisquer outros sistemas de organização governativa, é a de que onde mais se precisa – e é o caso dos países em desenvolvimento – ela não mantém, como nos regimes representativos tradicionais, o soberano, isto é, o poder constituinte originário, adormecido senão que o conserva sempre presente. Nunca distante do cidadão, mas invariavelmente ao seu lado. E com base nesse imperativo, *devemos inferir que a legitimidade da justiça constitucional repousa também em grande parte na acuidade do juiz em orientar-se nas suas sentenças e nas suas diligências hermenêuticas, pela adesão do corpo político aos valores representados e incorporados na Constituição.* Não havendo tal adesão ou aprovação, exaure-se com certeza o manancial donde fluem os elementos morais, éticos, cívicos e patrióticos do dever de fidelidade que garante a causa pública e a ordem constitucional e traça-lhe a linha de continuidade e estabilidade que é pauta de solidez no regime das instituições. Como já referimos, disse muito bem Pedro Cruz VILLALÓN, professor da Universidade de Sevilha, que “a legitimidade dos Tribunais constitucionais é, antes de tudo, pura e simplesmente, a legitimidade da própria Constituição.” (*Jurisdição constitucional e legitimidade...*, Op.cit., p.132- destaquei.).

¹²¹⁹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito (a epistemologia jurídica da modernidade)*. Vol. II. Porto Alegre: SÉRGIO ANTÔNIO FABRIS EDITOR, 1995. pp.79-80 – destaquei.

Desde Roma até os dias atuais podemos encontrar sempre a produção jurídica construindo-se em torno da paternidade. E as instituições também funcionam paternalmente como produtoras de subjetividade. A paternidade opera, então, como um significante todo-poderoso, que permite evocar um relato legendário co-legitimador de uma inquestionável sabedoria do comentário. Isto permite situar a lei como um lugar vazio, por onde circulam significações e alegorias, que fazem a lei falar. Assim, a lei se encontra como um lugar inicialmente vazio por onde transitam os doutores, fazendo desse vazio o seu lugar de poder. Homens comuns disfarçados de sábios, reveladores do saber absoluto. E para isso a lei precisa funcionar como o significante separado de todas as significações, mas ao mesmo tempo, simulando possuir todas as significações que as interpretações possam atribuir-lhes. Esse é o destino de um escrito vivo como suporte do poder de seus pontífices: estes simulam interpretar para garantir seu poder. Atitude que lhes custa muito reconhecer a nossos juízes, apesar de construírem suas decisões acatando a lógica desse princípio de poder. De qualquer maneira se comportam os tribunais, cotidianamente, como sendo 'o único que sabe', cumprindo sem falhas a metáfora paterna, sendo um 'juiz pai' (e um pai-patrão). E a metáfora é tão forte que supre todas as ignorâncias. Por mais incompetentes que sejam os componentes de um poder judiciário, suas interpretações serão decisivas. Para além da ignorância, a paternidade legítima e faz coisa julgada.

Por isso, então, é que enquanto se busca na contemporaneidade a construção de uma legitimidade da jurisdição, sob o ponto de vista político, que se pautar por uma racionalidade complexa, em detrimento das racionalizações simplificantes, bem como por um compromisso com a construção de uma democracia constitucional em sentido amplo, não se pode mais fundar uma tal atividade estatal na autoridade meramente formal e simbólica de seus tradicionais atores estatais. A autoridade dos atos judiciais e das respostas jurisdicionais deve estar fundada, para além de uma atuação séria e comprometida dos juízes no que toca aos seus misteres, na substância de um agir comprometido com a realização da democracia participativa no âmbito jurisdicional, ou melhor dizendo, de um agir compromissado com a compreensão e efetivação deste novo papel da atividade na prática judicante.

E a consciência e certeza que deve restar é a de que os sentidos são construídos a partir da interação de esforços e racionalidade das partes, juízes e demais atores processuais e interessados na busca pela solução correta para o caso, numa dialética de perguntas e respostas que engendra a possibilidade de uma compreensão hermenêutica dependente, não mais de subjetividades assujeitadoras de sentido, incrustadas em figuras estatais, mas de intersubjetividades em ampla interação.

Estas primeiras considerações remetem, adiante, a uma *segunda espécie de prática concretamente definível* a partir do acolhimento da natural incerteza democrática na compreensão e exercício da atividade jurisdicional: *a prática da conscientização geral do profundo valor da incerteza democrática inicial*, no mínimo pelo sério reconhecimento da premissa de que, potencialmente qualquer um, em princípio, possa ter razão quanto às suas ponderações e argumentos, também no campo do jurídico.

Note-se que aí um ponto de partida possível é o da consideração da noção de que, quanto à busca da construção dos sentidos das regras de convivência o que há, a rigor, é sempre *a certeza quanto à incerteza*, ao início de qualquer processo judicial. Ou, de forma mais construtiva, o que existe é apenas a certeza de que somente a franca permissão de uma participação direta e dinâmica das partes e demais atores do processo, mediada por uma atuação construtiva do juiz, pode gerar uma definição ou construção de sentido para cada regra de convivência aplicada a cada caso concreto.

Ou por outra, parte-se apenas da certeza de que uma solução que possa se apresentar, ao final, como juridicamente “correta” e suficientemente legítima do ponto de vista político, não decorre da autoridade de uma inexistente sapiência oracular do judiciário, que revelaria o acertado também sob este prisma, repita-se, mas da autoridade derivada da atuação da dialética hermenêutica da pergunta e da resposta, garantida por esta valorização da incerteza (até mesmo quanto as minhas próprias impressões iniciais) e do espaço público para a sua ampla manifestação, no momento antecedente à apresentação da solução para o caso concreto.

Atente-se, nesse passo, que é justamente a partir da compreensão e acolhimento destas premissas que se começa a melhor compreender a relevância fundante do conflito trazido ao Judiciário, para o fim de gerar a possibilidade de construção e reconstrução direta dos laços de convivência democrática, a partir da ação dos próprios envolvidos nas divergências. Atente-se aí, também, ao fato de como melhor parece se evidenciar o papel da jurisdição na democracia, como *instrumental democrático de pulverização do poder*.

Se todo e qualquer um legitimado a estar demandado, há de ser ouvido e ter suas razões seriamente consideradas, como parte relevante no processo de identificação/produção de sentido das regras de convivência, independente da incerteza inicial que isso gere, o poder de fixar este sentido é, de alguma forma, distribuído entre todos os atores judiciais; se assim é, há efetiva participação direta na fixação das regras de convivência, também por parte destes interessados imediatos no conflito; por fim, se os conflitos são expressões relevantes das dificuldades de convivência social do local e do momento, sua séria consideração, a partir da atribuição de um tal papel de relevo aos diretamente nele interessados, para o fim de buscar o seu tratamento no campo da prestação jurisdicional, só demonstra a estreita conexão que passa a existir entre o jurisdicional e o político, entre esta atividade e o exercício da democracia participativa¹²²⁰.

Mas para além da relevância da conscientização do valor e do potencial construtivo da incerteza inicial e de sua oportuna reedição, no âmbito de uma jurisdição assim concebida, há *outra prática concreta (terceira espécie de prática)* que é derivável do acolhimento da natural incerteza

¹²²⁰ Atente-se, nesse ponto, ao pensamento de CLAUDE LEFORT acerca de alguns aspectos relativos à incerteza inerente à democracia, que podem se conectar com a questão ora em exame, conforme se extrai de excertos do “Prólogo” escrito por ESTEBAN MOLINA à sua obra *La incertidumbre democrática: ensayos sobre lo político* (Barcelona: Anthropos editorial, 2004.). Anote-se que, para Lefort, a fundação e o destino da democracia são inseparáveis de uma indeterminação de seus fundamentos, de um manter vazio o lugar do poder (op.cit.,p.VIII). Logo, aqui se poderia conceber, com CAPELLA, que quem se dirige e aciona o poder, quem faz a pergunta e debate, quem participa e contribui decisivamente para a formação da decisão (ainda que não a profira diretamente), no caso da jurisdição, é quem tem a vez de, de alguma forma, de ocupar temporariamente o lugar do poder, dividindo-o para aquele caso e para aquele conflito, para aquela definição (ver CAPELLA, O fruto proibido..., op.cit., p.116). Ou seja, se a democracia é “essa forma de sociedade que converte a busca sem garantias e sem término, de identidade, em uma forma de identidade” (MOLINA, sobre as posições de LEFORT, op.cit., p.VIII);se ela deve ser “um regime fundado sobre a LEGITIMIDADE de um debate sobre o legítimo e o ilegítimo” (op.cit., p.XXX), para a permissão da formação de um “espaço público efervescente e conflitivo” (op.cit. p.XXXIII) – quer dizer, que “induz a formação de um espaço público de discussão” -, somente uma prestação jurisdicional que desempenhe um papel de acolher os conflitos e de permitir o surgimento desse espaço público efervescente de contradições – e não sufocá-lo ou sonegá-lo na busca de unificações arbitrárias e definitivizantes -, efetivamente permitindo o diálogo e a discussão, contribuindo para que uma decisão judicial advenha da direta e realmente considerada intervenção dos participantes da sociedade não só no processo em que são partes, mas noutros tantos em que já o foram ou poderão sê-lo.pode ser compatível com esta forma de concepção da democracia. Somente uma prestação jurisdicional assim concebida pode servir, assim, também de instrumento de construção destes espaços públicos de discussão (ainda que este especificamente seja institucionalizado e mantenha alguma rigidez); por fim, somente exercendo esse papel é que ela se legitima verdadeiramente, substancialmente, na democracia concebida nestes termos, de forma ampla, por inclusiva e diretamente participativa. E eis, nisso tudo, uma nova espécie de legitimidade, tal como aquela referida por LEFORT à p.142 da obra citada.

democrática na compreensão e exercício da atividade jurisdicional: *a prática da valorização e construção do espaço público onde o poder é exercido pelos atores do jurídico e do social*, sem que, no entanto, esse poder se corporifique definitiva ou estavelmente em nenhuma figura, nem mesmo na do juiz.

Quer dizer, tem-se em linha de conta, nesse momento, a questão da relevância da *construção de um lugar para que o incerto se dê* e para que *do exercício do poder devido por quem de direito, segundo cada papel a ser desempenhado aí*, resulte a solução devida para o caso em consideração, mercê destes atos de construção coletiva de sentido.

Nesse passo, a apresentação de algumas considerações de CLAUDE LEFORT sobre esta especial concepção de espaço público deverá auxiliar na exposição do ponto. Tome-se, para tanto, então, o que assevera FRED DALLMAYR¹²²¹, acerca dos posicionamentos de LEFORT¹²²² sobre uma conceituação de democracia e noção de espaço público:

A partir de um ângulo um tanto diferente (e com maior atenção às formas de esquerda e de direita do coletivismo), CLAUDE LEFORT fez uma tentativa de desenvolver uma conceituação da democracia para além dos limites modernistas de soberania e identidade coletiva. Em seu estudo *Democracy and Political Theory* (1988), Lefort introduziu a importante distinção entre ‘polity’ ou ‘o político’ e ‘a política’ – em que a última se refere a estratégias manifestas e empíricas, enquanto a ‘polity’ (ou o político) denota a matriz constitutiva ‘quasi’-transcendental da vida política, isto é, o espaço público que permite a ‘mise-en-scène’ (ou encenação) da política. *De acordo com Lefort, no passado, os teóricos políticos reduziram com frequência a ‘polity’ à política, ou seja, a agentes e a eventos empíricos, ao mesmo tempo descuidando da encenação constitutiva da vida política.* Suas mais fortes invectivas são dirigidas a *construtos passados que, frequentemente, substancializavam ou essencializavam o político a postular uma incorporação concreta do espaço público, particularmente a incorporação em figuras representativas como reis, imperadores ou príncipes.* Assim, ele ressalta, durante o ‘Ancien Régime’, o governo monárquico funcionava como uma representação holística (totalizadora) do político como tal, com a máxima soberania inscrita diretamente no corpo do rei (considerado o superego coletivo). *A Revolução Francesa sinalizou uma ruptura abrupta com esse tipo de incorporação direta; entretanto, isso só ocorreu parcialmente ou potencialmente.* De fato, os acontecimentos pós-revolucionários durante o último século levaram ao surgimento de regimes novos, chamados ‘democráticos’, nos quais ‘o povo, a nação e o Estado assumem o ‘status’ de categorias universais.’ *Concepções desta natureza, afirma Lefort, são o produto de uma regressão nostálgica, um esforço de recapturar e ressubstanciar o espaço público. Em suas forma virulenta, essa regressão toma a forma do fundamentalismo e do totalitarismo político. Sob os auspícios totalitários, ele escreve a idéia de soberania popular repetidamente deu lugar à fantasia de uma ‘identidade [coletiva] substancial’, a fantasia de ‘uma sociedade homogênea e autotransparente, de Um Só Povo’.*”¹²²³

Pois a visão criticada por Lefort, no campo do político, é a visão que está por detrás da racionalização simplificadora do funcionalismo judicial positivista, que *quer reincorporar concretamente o espaço público numa jurisdição elitista*, ocorrente, por exemplo, quando prestada aprioristicamente pela cúpula judiciária, para fins homogeneizantes do sentido possível do ordenamento jurídico.

¹²²¹ DALLMAYR, Fred. “Para além da democracia fugidia: algumas reflexões modernas e pós-modernas. Trad. Paula Torres”. In: *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. pp.11-38.

¹²²² CLAUDE LEFORT, *Democracy and Political Theory*, pp.11, 13, 16-20, apud DALLMAYR, Fred, op.cit., p.24, nota 12.

¹²²³ DALLMAYR, Fred “Para além da democracia fugidia”.... op.cit., pp. 23 e ss. -destaquei.

Esta é a noção que dá base à ideia de que a jurisdição, entendida a partir das cúpulas do Judiciário, possa se corporificar no último e único instrumental interpretativo das regras do viver gregário, desenvolvendo e compreendendo a partir de si mesma, de seus pressupostos e elementos internos, o sentido apriorístico das regras de convivência social, que deságuam na imposição de uma visão homogeneizante sobre o direito que se pretende impor pelo puro argumento de autoridade, ainda que em desconexão com a vida. A jurisdição, nessa visão, encarna a figura de um Estado que, como diz WARAT, é o “pai-patrão”, por que, *fechada em si mesma, pretende ditar, de forma paternalista e autoritária*, as soluções para uma convivência social ordenada e dita pacífica.

No entanto, em contraposição a estas posturas, retornando-se ao campo do político, há uma noção de democracia que depende da participação direta dos atores sociais na encenação política, em espaços públicos que permitam esta atuação, e que é, por isso, de certa forma, “descorporificada”.

Cuida-se, segundo LEFORT, de uma especificidade da democracia moderna que permitiria a remodelagem do poder soberano, que passaria de “um local de governo manifesto para um outro de ausência ou presença vazia”. Ou seja, a ideia de *construção de um vazio do espaço democrático para que ele se preste ao exercício do poder*, sem que, no entanto, aqueles que o exercem cheguem a incorporar este poder ou a corporificar este espaço.

Em contraste com essa fantasia coletivista, LEFORT espousa uma noção de democracia que é muito mais elusiva e, de certa forma, ‘descorporificada’. Na visão dele, a democracia genuína ou radical atesta um tipo ‘altamente específico’ de encenação (*‘mise-en-scène’*) pública, de forma que ‘buscaríamos em vão os modelos no passado, ainda que não seja de todo desprovido de uma herança’. A especificidade da democracia de Lefort reside em sua radical remodelagem do poder soberano, notadamente sua mudança para um outro de ausência ou presença vazia. *‘De todos os regimes que conhecemos’, ele escreve, a democracia moderna é ‘a única que representou o poder de tal forma a mostrar que o poder é um local vazio, e que manteve uma lacuna entre o simbólico e o real’.* ***Sem incentivar a anarquia, o vazio do espaço democrático significa ‘que o poder [maior] não pertence a ninguém; aqueles que exercitam o poder não o possuem; que de fato eles não o incorporam.’*** Vista por esse ângulo, a democracia radical parece marcada por um tipo de incorporação ou de desincorporação, pela instituição de uma ‘sociedade sem corpo’ que resiste a – ou desacredita de – qualquer ‘totalidade orgânica’. Expresso diferentemente, desincorporação e desposseção (do poder) revelam a democracia como uma forma de encenação que não pressupõe ‘a existência de uma comunidade cujos membros se descobrem como sujeitos pelo próprio fato de serem membros’, assim, apontando para uma sociedade ‘sem qualquer determinação positiva’ e não-representável pela ‘figura de uma comunidade’. Embora assim encerre ou transgrida as formas tradicionais de identidade pública, a democracia, para Lefort, também abrange uma descentralização da metafísica moderna, um distanciamento da segurança epistemológica e das garantias fundamentais de crenças e ações. Como ele afirma, em um trecho instigante que ecoa em boa parte a literatura contemporânea ou pós-moderna, ‘Em minha opinião, o aspecto mais importante é que a democracia é instituída e sustentada pela dissolução dos marcadores da certeza. Isso inaugura uma história em que as pessoas sentem uma indeterminação fundamental quanto às bases do poder, da lei e do conhecimento e quanto às bases das relações entre si próprios e o outro, em todos os níveis da vida social.’¹²²⁴

Com base numa concepção tal de democracia é que se pode imaginar, na seara do jurídico, *uma jurisdição que, em sua dimensão ética e política, seja apta a instrumentalizar esse salutar vazio democrático de poder*, ao invés de pretender simplesmente reincorporar concretamente o espaço público enquanto Estado-juiz (numa variante figurativa de Estado tendente ao totalitário).

¹²²⁴ DALLMAYR, Fred “Para além da democracia fugidia”..., op.cit., pp. 24-25 -destaquei.

Isso precisamente pela máxima abertura possível à atuação direta e fundamental dos cidadãos-demandantes e dos juízes das instâncias de base para na formação de sentido das regras de convivência social em cada caso concreto e em todos os conflitos decorrentes da dinâmica da vida que são carreados por ele. E, por consequência, por uma efetiva distribuição e pulverização do poder, que é inclusiva e que caracteriza justamente a ideia de que, mediante a atuação destes atores no espaço público gerado pela prestação jurisdicional todos, em determinado momento, exercem parcelas do poder e, de fato, ao final, *ninguém o detém e muito menos o corporifica*.

A jurisdição, assim, é o espaço público para o exercício do poder, de forma fragmentada e partilhada, mas nunca o lugar permanente onde se encontre uma figura que encarne o poder soberano, como, por exemplo, aquela de um Estado-juiz que seja pai e patrão da sociedade.

Nesse sentido é que restará uma saudável dissolução de certezas prévias, um “vazio” de incorporação do poder, e um distanciamento da segurança como pura manifestação de ordem previamente imposta pelo Estado, por meio de uma tal concepção de jurisdição, em sua dimensão política. E, finalmente, uma substituição da “pacificação social” obtida pela pura coação ou ameaça e exercício da violência estatal, por uma busca de “pacificação social qualificada” pela legitimidade jurisdicional angariada neste processo de participação e pulverização do poder, garantida pela espada do direito apenas na medida mínima ainda necessária.

Veja-se, pois, como todas estas exemplificativas práticas concretas, derivadas de um princípio de acolhimento da incerteza inerente à democracia, podem se constituir em vetores palpáveis para procederem e condutas que de fato legitimem a prestação jurisdicional, sob um ponto de vista ético-político.

De qualquer sorte, nessa altura da exposição se faz necessário esclarecer um ponto fundamental, para dar adequado fecho ao item presente e já bem encaminhar o tratamento do último tópico deste capítulo: o acolhimento de um princípio de incerteza inerente à democracia, *não significa institucionalizar a insegurança jurídica ou repudiar institutos processuais importantes*, como os da coisa julgada ou dos instrumentais básicos de uniformização da jurisprudência.

Longe de se postular algo como a aceitação da pura desordem, o que se busca é o seu acolhimento para tratá-la adequadamente, como é desde logo intuitivo, gerando-se uma ordem social construída a partir da inclusão e participação de seus próprios atores nesse processo de transmutação permanente. O que se rejeita, portanto, são os dogmas do liberalismo enquanto impeditivo, em suas apresentações extremas, da busca por uma jurisdição adequada à contemporaneidade, do ponto de vista ético e político.

Assim, é evidente que haverá um determinado momento em que o processo deverá ser finalizado por uma decisão judicial pretensamente correta e passível de transitar em julgado (ou seja, apta a tornar-se definitiva para aquele caso concreto). Contudo, o que se postula aqui é que isso só deverá ocorrer após o exercício de um sério compromisso da prestação jurisdicional com a aberta participação de todos os atores do processo, na ampla forma prevista em lei e guardada pela Constituição – evitando-se, assim, soluções apriorísticas, que não levam em conta os casos ou os

argumentos particulares do caso, como, por exemplo, passou a constar como possível a partir do previsto e instituído pelo artigo 285-A, do CPC brasileiro, a partir da edição da Lei n. 11.277/2006.¹²²⁵

E, de qualquer sorte, é evidente que apesar da “correção” e definitividade desta resposta para um tal caso, a resposta futura, mesmo em caso similar seguinte e ainda que dada pelo mesmo juiz, poderá acabar por ser diversa, na medida em que poderá haver uma nova interpretação justificada hermeneuticamente pelo avanço na compreensão do sentido das regras de convivência (influenciada, inclusive, por diferentes participações e novas visões), para aquele momento seguinte.

Também é óbvio que a partir de determinado momento será possível e necessário fixar um determinado sentido da lei ou da Constituição para determinados casos muito similares, como já se explicitou alhures. No entanto, jamais de forma apriorística, sem a devida maturação interpretativa a partir de decisões várias, provenientes da base jurisdicional, princípio fundamental que institutos de uniformização atual tendem a descurar de observar (seja, por exemplo, pela via da previsão legal dos chamados recursos repetitivos¹²²⁶ ou das súmulas vinculantes¹²²⁷ previstas para o direito brasileiro).

A consideração da faticidade dos casos, a prévia participação efetiva dos atores sociais (cidadãos-demandantes) e de juízes conscientes de seu novo papel ético-político, a sedimentação de certas posições e divergências e, enfim, toda a incerteza daí derivada, acolhida e aceita. É isso o que é necessário nesse nível, para só depois se pensar na possibilidade de generalizações mínimas de sentido para determinados casos muito similares.

E, de novo, mesmo assim, estas construções de sentido generalizado serão sempre muito precárias, tendentes a serem substituídas pelos avanços hermenêuticos sem maiores entraves supervenientes.

Nisto tudo é que reside a aceitação da incerteza inerente à democrática participação ativa por princípio, também para a jurisdição contemporânea que queira se legitimar como auxiliar da construção de uma democracia constitucional em sentido amplo, o quê, como se vê, remete à ideia de necessidade de um eterno reconstruir hermenêutico dos sentidos das regras de convivência e dos conteúdos abertos da lei e da Constituição, e, portanto, de uma incessante construção da democracia participativa e da legitimidade política da jurisdição concebida como um seu relevante instrumental auxiliar.

¹²²⁵ “Art. 285-A. Quando a matéria contovertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.” (Lei de 07/02/2006, publicada no DOU de 08/02/2006, em vigor 90 dias após a publicação).

¹²²⁶ Na forma do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, inserto pela Lei n. 11.672/2008.

¹²²⁷ Na forma do artigo 103-A, e parágrafos, da Constituição Federal de 1988, inserto pela Emenda Constitucional n.45, de 08/12/2004 (“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (...)§ 3º- Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.”).

5. A ética do eterno retorno (o papel da jurisdição numa dinâmica de ‘espaço vazio’ do poder na democracia contemporânea): legitimação final pelo papel fundamental de mediação do conflito em reedição permanente na democracia e *construção incessante dos espaços de convivência democrática.*

Os mais amplos elementos fundantes da legitimidade jurisdicional, na sua dimensão ético-política, do (a) amplo acolhimento do conflito como coisa inerente à democracia e do (b) reconhecimento do valor da natural incerteza democrática, conduzem necessariamente a impositividade de uma nova postura frente ao papel da jurisdição, que poderia ser traduzida pela necessidade de se adotar uma “ética do eterno retorno”.

Isso significa dizer que o compromisso do juiz, numa jurisdição que se queira também instrumental da construção de uma democracia participativa, será o de garantir a manutenção e a ampla abertura dos espaços de convivência democrática, onde os conflitos sempre se renovam e se reeditam. Seu dever será também o de precisamente garantir que isso possa ocorrer sem cessar, inclusive mediante o reconhecimento do valor da incerteza gerada a partir daí.

Trata-se, pois, de assumir um novo compromisso, em sentido exatamente contrário ao do proposto pelo ideal dogmático de uma segurança jurídica produzida a qualquer custo, focada numa espécie de busca por um “fim dos tempos”¹²²⁸, onde se instale uma definitiva paz social por força da ação estatal. O dever e a responsabilidade do juiz jamais residirão, segundo esta nova visão, no reprimir arbitrariamente o atrito nascente em sociedade (ou mesmo, num intentar prevenir a instalação destes embates), no repudiar a dúvida que aflora e deságua no Judiciário, em busca desta miragem, a pretexto de forjar uma artificial e impossível paz social estática.

Aliás, muito pelo contrário, o papel da jurisdição numa dinâmica do espaço vazio do poder na democracia contemporânea, pressupõe que a paz social qualificada se reconstrua eternamente, a partir da abertura ao fluxo permanente de conflitos oriundos da sociedade, se sustentando legitimamente apenas enquanto se encontrar num certo “equilíbrio dinâmico”¹²²⁹ proporcionado pela ação

¹²²⁸ Nesse ponto, é interessante levar em conta as considerações de RICOEUR sobre a busca pela vida feliz, de Aristóteles, e a questão da tensão permanente e inextinguível entre a violência e a não-violência, o justo e o injusto, mesmo no interior dos Estados que se pretendam como os mais justos, segundo o trazido por CONSTANÇA M. CESAR: “Aristóteles fundava a vida feliz na amizade e na justiça (*Ética a Nicômaco*, Livros V, VIII, X, ‘passim’). Para Ricoeur, a amizade se expressa, hoje, como ‘tolerância’, que deve ser entendida, no sentido fraco, como não-violência, e no sentido forte, como aceitação da diversidade. A não-violência tem uma dimensão ético-política fundamental. Sua eficácia é atestada pela obra de Gandhi, ‘figura exemplar’ da ‘grande alma’, do homem excelente (id., p. 232). Ricoeur examina a não-violência também ao contrastá-la com o seu oposto, a violência, a morte do outro. Há, a seu ver, uma violência inelutável ligada ao Estado, há um paradoxo que caracteriza a vida política. Todo Estado expressa uma violência mínima, a penal. Mesmo no Estado mais justo, está presente a violência: o poder de exigir e obrigar. Assim, mesmo quando legítima, a violência do Estado constitui problema, na medida em que ‘a ‘autoridade’ não parece poder proceder do amor’ (id., op.cit., ‘Estado e violência’, p.240). Esse resíduo de violência, presente mesmo no Estado justo, só se torna ‘compatível’ com a amizade se o respeito à pessoa for medido pela lei, e a punição se mantiver dentro desse limite’ (id. pp. 246-247). A guerra, ordenada pelo Estado, só deve ser levada a efeito pelos cidadãos se ela for condição para que o Estado continue ‘a existir e que assim exista o ‘magistrado’” (id., p.248). (...) Daí o filósofo dizer: ‘O fim [desta tensão], seria a ‘reconciliação’ total do homem com o homem; **mas seria também o fim do Estado**’ (id., p. 250), como já entrevira Aristóteles, ao afirmar que o homem excelente não precisa da lei, já que o homem sábio é paradigma de justiça.” (CESAR, C.M. “Multiculturalismo: questões éticas”....., op.cit., pp.69-70 – destaquei.).

¹²²⁹ E aqui talvez se possa invocar a figura das “estruturas dissipativas”, extraída do campo de teorias sistêmicas, como analogia para se compreender o que se quer dizer aqui. Refere CAPRA, que: “quando Ilya Prigogine descreve a estrutura de um sistema vivo como uma estrutura dissipativa, sua ênfase principal é (...) na abertura dessa estrutura ao fluxo de energia e de matéria. Assim, um sistema vivo é, ao mesmo tempo, aberto e fechado – é estruturalmente aberto, mas

permanente dos atores processuais e sociais, isso é, pela mediação incessante do conflito em reedição permanente na democracia e pela manutenção/construção inextinguível dos espaços de convivência democrática - papel de onde provém, aliás, a legitimidade jurisdicional sob este aspecto específico.

Muito além de se buscar o justo casuístico, a resposta correta em cada caso examinado em suas circunstâncias fáticas e individualidade irrepetível, através da ampla consideração inclusiva de todos os atores do processo e da sociedade envolvidos em tal situação (e seus argumentos), e, pois, uma solução “definitiva” para aquele caso (que propicia uma pontual pacificação social qualificada), para a construção de uma jurisdição contemporânea legitimada também do ponto de vista ético e político se deve manter os olhos no horizonte da eterna reedição de conflitos sociais, ciente de que nesse âmbito, não há o definitivo. E que é justamente assim, mediante a generalização desta busca dinâmica, e, pois, incessante pela pacificação social qualificada, que se constrói o referido equilíbrio dinâmico entre as forças entrópicas¹²³⁰ da sociedade democrática e as pretensões de mínima organização e justiça que as instituições sociais podem legitimamente almejar.

Nesse sentido é que se conclui pela necessidade de se abandonar o discurso extremamente funcionalista e limitado do enfrentamento da exacerbação da litigiosidade como um problema exclusivo dos Tribunais, que põe em risco a própria realização final da justiça concreta, como elemento permissivo da construção de uma convivência social mais fraternal. Propõe-se, em seu lugar, o resgate da ideia de jurisdição como mais um elemento, dentre outros, ainda que de fundamental e destacado relevo, para a eterna reconstrução das possibilidades do viver gregário em sociedade hipercomplexas.

Como asseverou BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, no contexto do estudo já por vezes citado neste escrito, a “cultura jurídica” “é o conjunto de orientações a valores e interesses que configuram um padrão de atitudes diante do direito e dos direitos e diante das instituições do Estado

organizacionalmente fechado. A matéria flui através dele, mas o sistema mantém uma forma estável, e o faz de maneira autônoma, por meio da auto-organização. Para acentuar essa coexistência aparentemente paradoxal da mudança e da estabilidade, Prigogine introduziu o termo ‘estruturas dissipativas’. Como já mencionei, nem todos os sistemas são sistemas vivos, e para visualizar a coexistência do fluxo contínuo com a estabilidade estrutural, é mais fácil nos voltarmos para estruturas dissipativas simples e não-vivas. Uma das estruturas mais simples desse tipo é um vórtice de água fluente – por exemplo, um redemoinho de água numa banheira. A água flui continuamente pelo vórtice e, não obstante, sua forma característica, as bem conhecidas espirais e o funil que se estreita, permanecem notavelmente estáveis. É uma estrutura dissipativa. (...) As estruturas dissipativas formadas por redemoinhos de água ou por furacões só poderão manter sua estabilidade enquanto houver um fluxo estacionário de matéria, vindo do meio ambiente, através da estrutura.” (CAPRA, F. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad. Newton Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1997. pp. 141-2 e 143).

¹²³⁰ E aqui, parece pertinente um novo esclarecimento, na linha do já exposto no item anterior. Diz CAPRA, que “na linguagem de Boltzmann, a segunda lei da termodinâmica significa que qualquer sistema fechado tenderá para o estado de probabilidade máxima, que é um estado de desordem máxima [o caos] (...). De acordo com Prigogine, as estruturas dissipativas são ilhas de ordem num mar de desordem, mantendo e até mesmo aumentando sua ordem às expensas da desordem maior em seus ambientes. (...) Dessa maneira, a ordem ‘flutua na desordem’, como se expressa Prigogine, embora a entropia global continue aumentando de acordo com a segunda lei. Essa nova percepção da ordem e da desordem representa uma inversão das concepções científicas tradicionais. De acordo com a visão clássica, para a qual a física era a principal fonte de conceitos e metáforas, a ordem está associada com o equilíbrio, como, por exemplo, nos cristais e em outras estruturas estáticas, e a desordem com situações de não-equilíbrio, tais como a turbulência. Na nova ciência da complexidade, que tira sua inspiração da teia da vida, aprendemos que o não-equilíbrio é uma fonte de ordem. Os fluxos turbulentos de água e ar, embora pareçam caóticos, são, na verdade altamente organizados, exibindo complexos padrões de vórtices dividindo-se e subdividindo-se incessantes vezes em escalas cada vez menores. Nos sistemas vivos, a ordem proveniente do não-equilíbrio é muito mais evidente....Ao longo de todo o mundo vivo, o caos é transformado em ordem”. (CAPRA, op.cit., pp.155-6.).

que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos”¹²³¹. Essa cultura jurídica, quase sempre articulada com a cultura política, “reside nos cidadãos e nas suas organizações e, nesse sentido, é também parte integrante da cultura da cidadania” – algo distinta, sob este prisma, da cultura jurídico-profissional, dos profissionais do foro.

Não será, portanto, mediante a desconsideração da necessidade de se levar em conta os aspectos complexos dessa temática abordada aqui, para fins de ceder convenientemente a apelos midiáticos pela realização de uma “justiça mais célere” a qualquer preço – uma justiça de “aparência”, por desconectada dos compromissos de uma ampla busca da constante *pacificação social qualificada*-, que se fomentará uma cultura jurídica que permita uma ampla construção das possibilidades do viver gregário e harmônico.

A cidadania e esta espécie de cultura jurídica afeta a uma tal condição, somente terá uma chance de florescer, e, pois, de surgir como futuros elementos de diferenciada contribuição direta do meio social para a solução adequada e produtiva dos naturais conflitos de uma sociedade democrática e plural, nos termos contratados constitucionalmente, se as condições para tanto forem fomentadas. E tudo isso, não só pela educação direta para tanto, como pela educação pelo exemplo, a partir de uma atuação forte e persistente do próprio Estado, antes de qualquer um, quando do exercício de seu poder-dever jurisdicional nos termos rigorosos de uma tal busca construtiva.

Essa, pois, uma outra obrigação e uma outra ética que deve permear a consecução dessa diferenciada atividade estatal: a da busca dinâmica, incessante e persistente também pela realização concreta, na solução dos conflitos em cada caso julgado, da convivência fraterna assegurada pela Constituição.

Onde o *conflito* é fonte produtora de *solução apaziguadora*, mas também *educativa* com relação ao respeito e ao reconhecimento das diferenças, impõe-se um **eterno retorno** à *materialização* dos princípios constitucionais e à *busca pela precária pacificação social qualificada*, como fonte infundável de *lições de cidadania* e de *realização* propriamente dita *dos direitos* postos em jogo no quadro-vivo do complexo mundo contemporâneo.

Afinal, como já se deixou claro ao longo deste trabalho, “o sentido de uma ordem política sensível às diferenças [e à complexidade contemporânea] deve ser precisamente possibilitar a convivência de pessoas e grupos com diferentes concepções de boa vida...”¹²³².

Concluindo e especificando, pois, como proposto para o capítulo, quanto à legitimidade, no que se refere à dimensão ético-política da jurisdição, tem-se que *a legitimidade da prestação jurisdicional é degradada*, na contemporaneidade: quando, pelos diversos modos e vias particulares propostos pelo funcionalismo judicial positivista, **(a)** se visa a uma *negação/eliminação do conflito*

¹²³¹ BOAVENTURA. “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”..., op.cit., p.16.

¹²³² COSTA, Sérgio. “Complexidade, diversidade e democracia: alguns apontamentos conceituais e uma alusão à singularidade brasileira”. In: SOUZA, J. (organizador). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. pp. 461-476- citação específica: pp.473-4.

social, como coisa supostamente negativa à construção da convivência harmônica; quando **(b)** *se recusa um suficiente compromisso com a transparência dos atos de poder* (de decisão judicial e de motivação de tais decisões); quando **(c)** *se tende a buscar inadequados modos de uniformização jurisprudencial*, a pretexto de dar devida transcendência às decisões judiciais; quando **(d)** *se empreende uma busca por certezas judiciais apriorísticas (incompatíveis com a democracia)*, comprometidas com os dogmas da obtenção de uma segurança judicial a qualquer custo e de uma busca impossível pela pacificação judicial definitiva; e, finalmente, quando **(e)** *assim se deixa de compreender os deveres e responsabilidades ético-políticos de quem exerça a jurisdição na contemporaneidade*, sintetizados no que aqui se denominou de “ética do eterno retorno”.

De outra parte, é possível afirmar, em síntese final, que *a legitimidade da prestação jurisdicional pode ser resgatada* e, mesmo, incrementada, nessa dimensão específica, quando, em contraposição às posturas anteriores, passa-se a acolher uma função judicial transformada para também contribuir com a construção de uma democracia constitucional em sentido amplo. Ou mais especificamente, quando se passa: **(a)** *a acolher o conflito como coisa inerente à democracia* (pela busca de uma incessante pacificação social qualificada); **(b)** *a assumir seriamente uma responsabilidade pela transparência das decisões judiciais*, também como elemento de construção da democracia constitucional; **(c)** *a buscar uma adequada transcendência das decisões judiciais* para a construção/consolidação das democracias constitucionais; **(d)** *a acolher a “incerteza democrática”* por meio de uma fixação dinâmica do sentido das regras de convivência e dos conteúdos de seus nortes constitucionais, sempre a partir da ação direta dos atores sociais em conflito; e, finalmente, **(e)** quando se passa a *observar e efetivar uma “ética do eterno retorno”*, expressa pelo dever de implementar um papel fundamental de mediação do conflito em reedição permanente na democracia e de garantir a construção/manutenção incessante dos espaços de convivência democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exposto o longo desenvolvimento desta investigação, apresentadas conclusões atinentes a pontos específicos que integraram a complexa problemática por ela enfocada e as razões que animaram tais resultados parciais, bem como esclarecidas as fontes de pesquisa que deram base e corpo a todo este trabalho, é preciso que seja formulada uma final indagação fundamental: *aonde chegamos com tudo isso?*

Ou, na forma de variantes deste questionamento essencial, pode-se perguntar ainda: há coerência entre as conclusões parciais desta pesquisa, a apontar uma direção final para a discussão, ou pelo menos é possível disso tudo intuir algum sentido geral, que nos situe em relação a esta relevante problemática *da compreensão da legitimidade da prestação jurisdicional contemporânea nas democracias periféricas atuais* – e, pois, em relação à própria *compreensão da prestação jurisdicional e da democracia na hipercomplexa modernidade presente?* Em que ponto, afinal, nos encontramos com relação às dúvidas fundamentais e pretensões iniciais que instigaram o desenvolvimento de um tão árduo trabalho?

Pois bem. Em primeiro lugar, é preciso esclarecer o seguinte: após tão longa caminhada e denodado esforço, não nos deparamos com uma paisagem diversa, não estamos num lugar diferente daquele do qual partimos. Fizemos a volta, por assim dizer, e traçando um grande círculo, retornamos às mesmas questões iniciais.

A relação de tensão essencial entre uma prestação jurisdicional mais ativa ou substancialista e a realização da democracia, que foi tomada como ponto de partida deste estudo, ainda se apresenta posta diante de nós, íntegra e pulsante.

No entanto, bem ao gosto das posturas críticas e hermenêuticas¹²³³ que nortearam teoricamente este estudo, representa agora coisa diversa do que aparentava ser ao início. Não tem mais um sentido de barreira intransponível, que demandava um nocivo dismantelar de tal tensão, debilitante das forças de um e de outro instituto essencial a uma convivência social justa e harmônica, para que fosse possível um progredir em direção à construção da convivência democrática. Antes disso, apresenta-se agora como útil promontório, meio de elevação a uma condição que nos abre o horizonte da compreensão da relação devida entre as noções de jurisdição e democracia, em seus sentidos mais amplos e substanciais, e de suas infinitas possibilidades.

Assim, como já se propunha ao início, confirma-se a impressão de que não se pode tratar de prestação jurisdicional na contemporaneidade e de efetivação da democracia em sentido amplo em termos de uma pura e simples relação de oposição, como já de há bom tempo vem ocorrendo, mormente no interior e na base das predominantes visões dogmáticas e reativas ao pós-positivismo – segundo o que este labor investigativo parece ter também demonstrado com suficiente clareza.

¹²³³ Ou, como certa vez chegou a dizer o escritor português, JOSÉ SARAMAGO, no curso de sua fala em excepcional documentário de origem brasileira (“Janela da alma”, direção de João Jardim e Walter Carvalho, 73 min., 2002, filme composto por diversos outros diferenciados depoimentos, tais como os do cineasta alemão Wim Wenders e do músico brasileiro, Hermeto Pascoal), *para bem se compreender a coisas mesmas, é preciso dar-lhes a volta toda.*

Se parece correto dizer que há excessos presentes de uma jurisdição ativista, em resposta aos desafios da efetivação de uma sociedade mais justa e harmônica num mundo de transnacionalizações que complexificam as relações gregárias - e mais parecem fazer importar e exportar causas de desigualdade e desequilíbrio do que o contrário -, não se segue necessariamente daí que se possa falar, a título de solução destes reconhecidos excessos, pura e simplesmente, de um se repelir genericamente avanços substancialistas da prestação jurisdicional - principalmente no âmbito das democracias periféricas ou semiperiféricas, que são precisamente as mais atingidas por tais desequilíbrios.

Em verdade, o discurso fundamentalista de uma inadmissível politização do jurídico, ou de uma pernicioso judicialização do político, utiliza-se da real necessidade de cuidado com os excessos ativistas da atuação judicial, para empreender campanha contra um substancialismo jurisdicional que, em realidade, é fundamental para a proteção, desenvolvimento e construção permanente de uma democracia em sentido amplo, bem como para a (re) construção da cidadania ativa e autônoma nas sociedades em transição de Estados periféricos, semiperiféricos, ou mesmo, dos países ditos emergentes.

Aliás, nesse passo, é importante retomar, para bem ressaltar o que também já deve ter ficado bem posto ao longo da exposição, mas necessita ser sempre destacado: por paradoxal que possa parecer, em boa medida e parte das vezes, excessos tendentes a perpetrar a pura discricionariedade ou arbítrio judicial – que, como regra, são os maiores acusados pelo “ataque” judicial à democracia (representativa) – partem justamente de uma compreensão da atividade jurisdicional dada pelas posturas dogmáticas positivistas, ou fortemente reativas ao pós-positivismo. Isso resta bastante claro, na medida em que parece ter ficado assentado que a era da abertura aos princípios não representa uma liberalização da atribuição de sentidos pelos juízes às regras de convivência - muito pelo contrário.

O ponto nodal está, portanto, em se compreender, primeiramente, que nem a jurisdição contemporânea deve ser interpretada como um modo de deferir-se maior poder e menor responsabilidade ético-política aos magistrados (antes o que deve ocorrer é justamente o oposto disso), assim como tampouco a democracia contemporânea pode continuar sendo vista apenas sob a sua limitada feição representativa na modernidade presente (antes o que sucede é precisamente um incremento da necessidade de que ela se amplie para se transmutar numa democracia constitucional ampla, por verdadeiramente permissiva também da participação direta dos cidadãos¹²³⁴). Ou seja, deve-se compreender que a jurisdição contemporânea é regrada e norteada a um auxílio fundamental para a construção das regras de convivência social, mormente pela via de permanente atribuição de sentidos a tais regras e nortes, inclusive e finalmente, no âmbito do que signifiquem os seus nortes diretivos maiores, postos na Constituição.

Logo, é de se reforçar expressamente, neste ponto, que assim restam confirmadas as hipóteses inicialmente aventadas nesta dissertação de que, além de existir uma restrição excessiva ao debate sobre a legitimidade jurisdicional na contemporaneidade (que justamente extirpa do horizonte de consideração dos teóricos e práticos do tema estas fundamentais questões em sua inteireza necessária),

¹²³⁴ Ou seja, uma ampliação da noção de democracia e de sua prática efetiva de modo a permitir-se um (a) respeitar e fazer respeitar substancialmente a Constituição, que a efetivem, bem como (b) um incluir e um participar ativo dos componentes da sociedade na definição dos rumos do viver gregário, inclusive, mediante as devidas atribuições de sentido a estas regras da convivência social.

tal postura expressa essa deficitária compreensão destes institutos fundamentais no âmbito da modernidade presente, que vêm animando uma séria reação ao pós-positivismo e ocasionando uma série de prejuízos acumulados a tais institutos fundamentais.

É claro que talvez não tenha sido suficientemente demonstrado o que é causa e o que é consequência nesta problemática, ao contrário do que as hipotéticas formulações possam ter sugerido ao início, mas isso só confirma a complexidade do problema arrostado, bem como o valor diferenciado de ao menos se poder concluir que existe a dita deficiência de tratamento e que ela é relevante num contexto em que os contornos e o papel da jurisdição e da democracia vêm sofrendo progressiva e importante degradação, como já referido.

Mas não é só. Fundamental é referir que a estas hipóteses confirmadas essencialmente pelo levantado na primeira parte do estudo, nos seus três primeiros capítulos, se segue também a confirmação das demais proposições iniciais da pesquisa, ao menos em sua essência.

Assim, tem-se por ratificada, nesta altura, a assertiva hipotética de que, primeiro, é possível se resgatar os contornos e o papel da prestação jurisdicional contemporânea, mormente para as democracias periféricas e semiperiféricas, desde que se faça um estudo crítico e ampliado dos atuais elementos de incremento e degradação de sua legitimidade a partir das posturas atuais acerca do problema e daquelas visões que parecem lhe dar melhor encaminhamento. E de que é possível concluir também que, mercê disso, passa a ser viável a obtenção de avanços efetivos na prestação jurisdicional e na concretização da democracia na contemporaneidade periférica em sentido largo, relevantes, inclusive, para melhor compatibilizar uma convivência sinérgica de tais institutos – transformando-se a natural tensão existente entre a jurisdição e a democracia em produtiva energia de ativações e limitações recíprocas de ações e funções.

Isso é o que se espera e julga ter demonstrado na segunda parte do estudo, quando do tratamento das questões postas nos três capítulos que compuseram aquela parte final da investigação.

Senão veja-se, mais especificamente, que no primeiro capítulo da parte final (capítulo IV) estabeleceu-se não só que a legitimidade da prestação jurisdicional é degradada, na contemporaneidade, quando, por diversos modos e vias particulares, se acede e se acolhe acriticamente à presentificação e a uma progressiva destemporalização nesta área, mas, principalmente, que o resgate desta legitimidade e das possibilidades dos espaços de convivência democrática só parece possível quando se busca a *construção de um Kairós para a prestação jurisdicional contemporânea*. Ou seja, quando se assume a tarefa maior de *perpétua perseguição do tempo devido do processo*, em cada situação particular e caso concreto - como coisas sempre únicas e irrepetíveis -, é que se recupera o caminho para a legitimidade da atividade jurisdicional, justamente como expressão de característica essencial e papel fundamental da jurisdição contemporânea.

Atente-se, em seguida, para o fato de que no segundo capítulo da parte final da dissertação (capítulo V), se concluiu, a partir da análise do problema à luz do vetor do “espaço das diferenças”, que a *legitimidade da prestação jurisdicional pode ser resgatada* e, mesmo, incrementada, em síntese, quando se intenta um enfrentamento crítico e ampliado dos problemas de necessidade de diferenciação suficiente das decisões judiciais, do fulcral problema da discricionariedade (arbitrariedade) das

decisões judiciais e, por fim, quando se arrosta seriamente a problemática da devida concretização dos princípios constitucionais por meio da prestação jurisdicional.

Ou de forma ainda mais específica: como restou demonstrado no referido capítulo V, é possível que a legitimidade da prestação jurisdicional seja resgatada justamente se esta atividade estatal passar a deter as características e a desempenhar o papel fundamental de: **(a)** *buscar uma suficiente diferenciação das decisões judiciais*, através da reintrodução da faticidade na apreciação dos casos concretos considerados em toda a sua complexidade e inteireza possível (com a adoção de um adequado modo de decidir e suficiente modo de fundamentar os julgamentos), como expressão do acolhimento de um novo paradigma de racionalidade complexa; **(b)** *repelir o arbítrio judicial pela crença na possibilidade de se obter a resposta correta* (ou mais hermeneuticamente adequada à luz da constituição) para cada caso concreto trazido a exame do Judiciário, precisamente por meio da revalorização da singularidade irrepitível de cada caso trazido a julgamento, bem como por uma tenaz busca do ‘justo do caso concreto’; **(c)** *rejeitar a redução do valor e papel dos princípios constitucionais*, bem como *das responsabilidades éticas e políticas do juiz na construção da democracia*, decorrente de uma postura aviltante da função principiológica na prestação jurisdicional, por meio de uma *adequada valorização das funções e do significado deste instrumental do pós-positivismo e de uma sua correta aplicação na dinâmica da vida* (ou seja, de um compromisso, a partir daí, com a construção incessante de uma democracia constitucional em sentido amplo, por também participativa e inclusiva do cidadão-demandante).

De fato, como se constata a partir do exposto, o estudo da legitimidade realizado nestes termos é também o estudo das características desejáveis de uma prestação jurisdicional contemporânea que esteja comprometida com a construção de espaços democráticos de convivência, e, por isso, revela-se como via de compreensão e transformação adequada da própria atividade e de seu fundamental papel atual.

De resto, o fenômeno se repete no último capítulo da parte final da dissertação. Também o estudo da legitimidade da prestação jurisdicional, no que concerne às suas dimensões ético-políticas, bem revela as características desejáveis e o papel devido por tal instituto na democracia que se deve construir contemporaneamente, de forma incessante.

Nesse sentido, veja-se que no capítulo VI da investigação conclui-se nesse sentido, ao se constatar que, quanto à legitimidade, no que se refere à dimensão ético-política da jurisdição, haverá um seu resgate, e até mesmo incremento, desde que se passe a acolher uma função judicial transformada para também contribuir com a construção de uma democracia constitucional em sentido amplo. Ou mais especificamente, desde que se passe: **(a)** a *acolher o conflito como coisa inerente à democracia* (pela busca de uma incessante pacificação social qualificada); **(b)** a *assumir seriamente uma responsabilidade pela transparência das decisões judiciais*, também como elemento de construção da democracia constitucional; **(c)** a *buscar uma adequada transcendência das decisões judiciais* para a construção/consolidação das democracias constitucionais; **(d)** a *acolher a “incerteza democrática”* por meio de uma fixação dinâmica do sentido das regras de convivência e dos conteúdos de seus nortes constitucionais, sempre a partir da ação direta dos atores sociais em conflito; e, finalmente, **(e)** a *observar e efetivar uma “ética do eterno retorno”*, expressa pelo dever de se

implementar um papel fundamental de mediação do conflito em reedição permanente na democracia e de se garantir a construção/manutenção incessante dos espaços de convivência democrática.

Destarte, tem-se, em suma, que também a *hipótese geral ou a ideia central* proposta por este trabalho restou demonstrada. Parece ter restado suficientemente comprovado que um estudo ampliado e crítico de uma legitimidade jurisdicional concebida para uma modernidade periférica presente pode ter relevantes e positivos efeitos teóricos e práticos para a compreensão e efetivação de uma nova prestação jurisdicional para a contemporaneidade, bem como para a construção (e reconstrução permanente) de uma democracia de sentido ampliado (uma democracia constitucional em sentido amplo, por dirigir-se à inclusão e à participação direta dos cidadãos na definição de sentido das regras de convivência em geral), não sendo, pois, uma nova jurisdição para a contemporaneidade incompatível com a democracia, mas, pelo contrário, *desempenhando relevante papel complementar e sinérgico a ela*.

Aliás, nesse ponto tem-se que justamente a partir deste estudo seria possível resumir os elementos ou contornos de uma prestação jurisdicional legítima, além de seu papel essencial, ou, por outra, os elementos, contornos e papel de uma prestação jurisdicional contemporânea, por também comprometida com a construção dos espaços de convivência democrática devidos para a modernidade presente, por meio das seguintes proposições:

Uma prestação jurisdicional legítima (em seus contornos ou elementos específicos) seria aquela em que se buscasse (I) o tempo devido para cada caso e processo – por meio da retemporalização do processo e da perseguição constante de um Kairós para a atualidade; (II) uma suficiente e adequada diferenciação das decisões judiciais no contexto da contemporaneidade (resgate da faticidade e individualidade dos casos concretos) – por meio de (a) um adequado modo de decidir (adequada interpretação/aplicação do Direito); (b) uma racional e suficiente justificação (fundamentação no sentido do art. 93, IX, da CF/88); (c) uma real busca de efetivação de nortes constitucionais essenciais; (d) um resgate do justo casuístico e a viabilização, assim, de uma adequada transcendência da atividade; e, finalmente; (III) o resgate de seu papel político fundamental de instrumental essencial à construção permanente (por meio da abertura e manutenção de espaços públicos de discussão dos conflitos inerentes à sociedade contemporânea) de uma democracia constitucional em sentido amplo (norteada pelo incremento crescente da participação política direta dos cidadãos, inclusive como demandantes-cidadãos, e não mais meros demandantes-litigantes).

Uma prestação jurisdicional legítima (em seu papel essencial), por sua vez, seria aquela que fosse capaz de instrumentalizar um “visar à vida boa, (1) com e para os outros (2), nas instituições justas (3)” (i.e., que auxiliasse na construção de um viver gregário pacífico e sob uma “perspectiva ética”, nos dizeres de Paul Ricoeur, ou seja, que buscasse e desaguasse numa “pacificação social qualificada”).

Conclui-se, pois, que a legitimidade e a legitimação da prestação jurisdicional contemporânea surgem e se incrementam também a partir do cumprimento de um seu papel fundamental atual, que transcende em muito ao da mera solução dos litígios individualizados (e mesmo dos coletivos),

alcançando o de acolhimento dos conflitos como coisa inerente à democracia. Um papel que, *grosso modo*, é o de *sempre instrumentalizar a abertura de mais um novo espaço de convivência (e de diálogo ou embate argumentativo qualificado) democrática* (nos próprios processos, sejam eles quais forem), que inclusive tenha, depois, um alcance também pedagógico e norteador de outros casos em sociedade, tanto endogenamente (dentro de outras demandas), quando exogenamente, na convivência entre instituição e cidadãos e cidadãos com cidadãos, fora dos processos judiciais. E mais, um papel de também proporcionar uma orientação inicial que pode contribuir para uma crescente educação e autonomia progressiva das pessoas na democracia, rumo a criação de uma real independência dos entes sociais, indivíduos, entidades, instituições, etc, cada vez mais crescente, contribuindo para que se tornem mais rapidamente aptos à gestão completamente autônoma de suas vidas e dos seus próprios interesses conflitivos.

Afinal, como afirma A.C.WOLKMER:¹²³⁵

...pode-se caracterizar que ao Juiz compete a função política de transformar os parâmetros tradicionais da instância dogmática e formalística do Direito.

(...) A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aceder aos caprichos e à vontade do legislador (ou dos mandatários do poder), pois, como poder criador, o Juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face dos litígios reais, mas, buscando solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos individuais e coletivos de Direito, o operador jurídico aparece como uma verdadeira força de expressão social...

O magistrado, portanto, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado, mas sua tarefa consiste na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais equânime e mais justa. Conseqüentemente, a sentença judicial emanada do Juiz adquire, não só a validade formal como também preceituação obrigatória e legitimação eficaz.

(...) *O papel do Juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador de regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social. É contribuindo para a transformação e democratização contínua da ordem jurídica positiva que o Juiz, em seu mister interpretativo, insere a semente vivificadora e inspiradora do Direito Justo.*

Não é à toa, pois, que já afirmou PAULO BONAVIDES a atual relevância deste papel ético-político fundamental da prestação jurisdicional contemporânea, que avulta como elemento legitimador do Direito e de seu exercício particularmente nas democracias (invariavelmente mais frágeis) dos países periféricos (em sentido largo), ao tratar da problemática da jurisdição constitucional:

Na idade em que o Direito é mais a *legitimidade* e o princípio do que a regra, mais a constitucionalidade e o direito fundamental que a legalidade e o código, a dimensão principiológica há de imperar nas Cortes Constitucionais qual quinta-essência do Estado de Direito, *como proposta que legitime, nos países da periferia, os substratos valorativos da democracia participativa.*

(...)

*Nenhuma sociedade livre se governa, que não seja justa. E a justiça constitucional de que não se pode prescindir na era da diversidade, das heterogeneidades, do pluralismo e das complexidades sociais é a justiça dos homens livres, dos poderes legítimos, dos direitos fundamentais.*¹²³⁶

Esquecer disso tudo, de resto, é olvidar também que uma sociedade “não é o templo dos valores-ídolos” que figuram nos seus documentos constitucionais, como já afirmou MERLEAU-

¹²³⁵ Cf. WOLKMER, *Ideologia, Estado e Direito...*, op.cit., pp.179-180..

¹²³⁶ Cf. BONAVIDES, *Jurisdição constitucional e legitimidade...*, op.cit. pp. 138-9 -destaquei.

PONTY¹²³⁷; que seu valor não está nestes ou noutros monumentos culturais, mas “no valor que ela confere às relações humanas”, efetivamente. Ignorar isso é, finalmente, não perceber que, para que seja possível compreender uma sociedade, “é preciso penetrar em sua estrutura básica, até o elo humano sobre a qual está construída”, o que, se de uma parte depende da percepção das “relações legais”¹²³⁸, certamente não prescinde da consideração acerca das formas e modos de nela se trabalhar, amar, viver e morrer¹²³⁹.

¹²³⁷ Maurice MERLEAU-PONTY, *Humanism and Terror*, trad. John O’Neil, Boston: Beacon Press, 1969, p. xiv, *apud* DALLMAYR, Fred. “Para além da democracia fugidia: algumas reflexões modernas e pós-modernas”. Trad. Paula Torres. In: *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. pp.11-38.

¹²³⁸ A citação integral do trecho de MERLEAU-PONTY, que Dallmayr indica retirada de suas reflexões sobre as práticas da democracia liberal, é a seguinte: “Qualquer que seja a posição filosófica ou mesmo teológica de alguém, uma sociedade não é o tempo dos valores-ídolos que figuram na frente de seus monumentos ou de seus documentos constitucionais; o valor de uma sociedade é o valor que ela confere às relações humanas (...). Para compreender e julgar uma sociedade, é preciso penetrar em sua estrutura básica até o elo humano sobre o qual está construída; isso inegavelmente depende de relações legais, mas também de formas de trabalho, modos de amar, viver e morrer.”

¹²³⁹ Por fim, deixar de lado a tarefa crítica e o penoso exercício de atividades que nos expõem publicamente e nos consomem as energias, como é a que foi desenvolvida nesta investigação e ora é apresentada, ainda que robusta seja a dúvida acerca de sua efetiva utilidade, seria esquecer da lição humanista do saudoso professor e mestre (no sentido mais autêntico da palavra), OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, naquela que certamente deve ter sido uma de suas últimas falas em público (palestra de “Encerramento do III Encontro Internacional de Professores do Direito e do Processo do Trabalho”, em 2009, *op.cit.*, p.191), no sentido de que dizer o que entendamos realmente deva ser dito quanto ao Direito é um dever moral nosso (operadores e estudiosos da área), do qual não podemos nos demitir: “Se irá repercutir, *não interessa*. SARTRE dizia que *para agir não precisa haver esperança, porque a alternativa para não agir é fugir*. [E] O homem é concebido para a ação. Essa é a mensagem que eu quero deixar aos senhores.”

Dover Beach

by Matthew Arnold

*The sea is calm tonight.
The tide is full, the moon lies fair
Upon the straits; - on the French coast the light
Gleams and is gone; the cliffs of England stand,
Glimmering and vast, out in the tranquil bay.
Come to the window, sweet is the night air!
Only, from the long line of spray
Where the sea meets the moon-blanch'd land,
Listen! You hear the grating roar
Of pebbles which the waves draw back, and fling,
At their return, up the high strand,
Begin, and cease, and then again begin,
With tremulous cadence slow, and bring
The eternal note of sadness in.
Sophocles long ago
Heard it on the Aegean, and it brought
Into his mind the turbid ebb and flow
Of human misery; we
Find also in the sound a thought,
Hearing it by this distant northern sea.*

*The Sea of Faith
Was once, too, at the full, and round earth's shore
Lay like the folds of a bright girdle furl'd.
But now I only hear
Its melancholy, long, withdrawing roar,
Retreating, to the breath
Of the night-wind, down the vast edges drear
And naked shingles of the world.*

*Ah, love, let us be true
To one another! For the world, which seems
To lie before us like a land of dreams,
So various, so beautiful, so new,
Hath really neither joy, nor love, nor light,
Nor certitude, nor peace, nor help for pain;
And we are here as on a darkling plain
Swept with confused alarms of struggle and flight,
Where ignorant armies clash by night.*

[1867]

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANPOCS - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais

apud – citado por, conforme, segundo

art. – artigo

cit. – citada

cf. – confira, confronto

CF (CF/88) – Constituição da República Federativa do Brasil (de 05/10/1988)

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CJF – Conselho da Justiça Federal

coord. – coordenador

CPC – Código de Processo Civil

DJ – Diário da Justiça

D.O. – Diário Oficial

ed. – edição

EUA – Estados Unidos da América

et al (*et alli*) – e outros

ibid. (*ibidem*) – na mesma obra

id. (*idem*) – mesmo autor

in – na obra

inc. – inciso

n. – número

nº - número

nov.-novembro

ob. –obra

op. cit. (*opus citatum, opere citato*) – obra citada

org. – organizador/ organizadores

p. – página

pp. – páginas

passim – aqui e ali, em diversas passagens

RE- Recurso Extraordinário

RESP- Recurso Especial

RT- Revista dos Tribunais

s/d – sem data

ss. – páginas seguintes

SciELO – Scientific Electronic Library Online (Biblioteca eletrônica de periódicos científicos brasileiros, resultado de projeto de pesquisa da FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo), em parceria com a BIREME (Centro Latino-Americano e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde) e com o apoio do CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Trad.- Tradução de

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

USP – Universidade de São Paulo

v. - volume

vide - ver

v.g. – *verbi gratia*

vs. – *versus*

vol. - volume

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ACKERMAN, Bruce. *Transformação do Direito Constitucional: Nós, o povo soberano*. Trad. Julia Sichiari Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1993.
- ACKERMAN, Bruce. *We the people: transformations*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998.
- AGAMBEN, Giorgio. *A Linguagem e a morte: Um seminário sobre o lugar da negatividade*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Livraria dos Advogados Editora Ltda., 2002.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5ª ed.. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Coleção “Os pensadores”).
- ARISTÓTELES. *Poética*. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Coleção “Os pensadores”).
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2003.
- BACHELARD, Gaston. *A intuição do instante*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. Campinas, SP: Verus Editora, 2007.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos: Fundamentos de um ‘ethos’ de liberdade universal*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: Razões e significados de uma distinção política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2ª edição. São Paulo: Editora UNESP, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. BOVERO, M. (organizador). Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. In: “Estudos Avançados”, 18 (51), 2004. pp.127-150. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>>. Acesso em: 08/02/2010.
- BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BURUMA, Ian e MARGALIT, Avishai. *Ocidentalismo: uma breve história da aversão ao Ocidente*. Trad. Manuel Leite. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2004.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CESAR, Constança Marcondes. A ontologia hermenêutica em Paul Ricoeur. In: CESAR, Constança Marcondes (organizadora). *A hermenêutica francesa: Paul Ricoeur*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. pp. 43-55.
- CESAR, Constança Marcondes. VERGIÈRES, Solange. A vida feliz em Aristóteles e Ricoeur. In: CESAR, Constança Marcondes (organizadora). *A hermenêutica francesa: Paul Ricoeur*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. pp. 105-128.
- CESAR, Constança Marcondes. Ricoeur, crítico do ‘cogito’. In: CESAR, Constança Marcondes (organizadora). *A hermenêutica francesa: Paul Ricoeur*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p.27-41.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. 6ª ed. Trad. Guy Reynaud. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo : Editora Fundação Perseu Abramo, 2000.
- CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultura*. São Paulo : Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.
- COMPARATO, Fabio Konder. “A democratização dos meios de comunicação de massa”. In.: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). São Paulo: Malheiros, 2001. pp.149-166.
- COMPARATO, Fabio Konder. “A garantia institucional contra o abuso de poder”. In: BENEVIDES, Maria V.; VANNUCHI, P.; KERCHE, F. (org.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003. pp. 44-56.
- COMPARATO, Fabio Konder. *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo : Companhia das Letras, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. In: “Estudos Avançados”, 18 (51), 2004. pp.151-159. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>>. Acesso em: 08/02/2010.
- COSTA, Sérgio. Complexidade, diversidade e democracia: alguns apontamentos conceituais e uma alusão à singularidade brasileira. In: SOUZA, J. (organizador). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. pp. 461-476.
- DALLMAYR, Fred. Para além da democracia fugidia: algumas reflexões modernas e pós-modernas. Trad. Paula Torres. In: *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. pp.11-38.

- DESROCHES, Daniel. A via longa da compreensão em Paul Ricoeur. In: CESAR, Constança Marcondes (organizadora). *A hermenêutica francesa: Paul Ricoeur*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. pp.09-26.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DWORKIN. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ELY, JOHN HART. *Democracy and distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge : Harvard University Press, 1980.
- ENGELS, Friedrich e MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Trad. Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FREITAS, JUAREZ. “O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional”. In.: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.).São Paulo: Malheiros, 2001. pp.226-248.
- GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la conciencia historica*. Traducción de Agustín Domingo Mortalla. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2000.116 p.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva*. Vol. I. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: A virada hermenêutica*. Vol. II. 2ªed. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: Hermenêutica e a filosofia prática*. Vol. III. Trad. de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: A posição da filosofia na sociedade*. Vol.IV. Trad. de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: Encontros filosóficos*. Vol. V. Trad. de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Vol.I. Trad. Flávio Paulo Meurer. 9ª ed. Petrópolis/RJ : Editora Vozes, Bragança Paulista, SP. Editora Universitária São Francisco, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: complementos e índices*. Vol.II. Trad. Enio Paulo Giachini. 2ª ed. Petrópolis/RJ : Editora Vozes, Bragança Paulista, SP. Editora Universitária São Francisco, 2002.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- GARAPON, Antoine e Papapoulos, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França – Cultura jurídica francesa e Common Law: uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. 1ª ed., 13ª reimpr. Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- GEERTZ, Clifford. *O saber local..* Trad. Vera Mello Josceleyne. 11ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

- GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey (org.) *Interpreting Constitutions: A comparative Study*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GRONDIN, Jean. *Hans-Georg Gadamer: una biografía*. Trad. Angela Ackermann Pilári, Roberto Bernet e Eva Martín-Mora. 2ª ed. Barcelona: Herder Editorial, 2000.
- GRONDIN, Jean. *Introducción a Gadamer*. Trad. Constantino Ruiz-Garrido. Barcelona: Herder Editorial, 2003.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3ª ed. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11ª ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3.ed.. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Trad. Jorge Eduardo Riveira C. Santiago de Chile: Editorial universitária, 1998.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. Trad. Hélio Magri Filho. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2007.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas-FUMEC, 2008.
- LEFORT, Claude. *La incertidumbre democrática: ensayos sobre lo político*. Barcelona: Antropos Editorial, 2004.
- LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

- MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito..* Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MAUS, Ingeborg. *O Direito e a política: Teoria da democracia.* Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda.* São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luis Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de ‘civil law’ e de ‘common law’ e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.* In: “Revista de Processo” – ano 34, nº172 (jun. 2009). – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pp.175-232.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos Direitos.* 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo.* (Curso de Processo Civil, vol.1). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira *et alli.* *Curso de Direito Constitucional.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo II – Constituição e inconstitucionalidade.* 3ª ed. Coimbra Editora, 1996.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. “Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil”. In: *Gênesis Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2004, n. 33.
- MORAIS, José Luís Bolzan de. “De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização”. In: *Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.* (org. Ingo Wolfgang Sarlet). Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003. pp. 47-76.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo.* Trad. Eliane Lisboa. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.
- NEVES, Marcelo. “Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas”. In: SOUZA, J. (organizador). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. pp. 111-163.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático e de direito a partir e além de Luhmann e Habermas.* Trad. do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NEVES, Marcelo. “Justiça e diferença numa sociedade global complexa”. In: SOUZA, J. (organizador). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. pp. 329-363.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria.* Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Boaventura de Souza Santos e o papel do direito na globalização.* In: “Direitos Culturais. Revista do programa de pós-graduação em Direito. Mestrado da URI. Santo Ângelo – v.2, nº3 (dezembro de 2007). Santo Ângelo : EDIURI, 2007. pp.73-79.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de.; BAGGIO, Moacir Camargo; *Jurisdição: da litigiosidade à medição* In: *Constituzionalismo.it* (Revista eletrônica), Fascicolo 2/2009 (*Sulla Teoria Costituzionale*). Roma/Itália ([http:// www.constituzionalismo.it/articolo.asp?id=323](http://www.constituzionalismo.it/articolo.asp?id=323)).
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Multiculturalismo: o ‘olho do furacão’ no Direito pós-moderno.* In: “Direitos Culturais. Revista do programa de pós-graduação em Direito. Mestrado da URI. Santo Ângelo – v.1, nº1 (dezembro de 2006). Santo Ângelo : EDIURI, 2006. pp.161-175.

- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *O exercício do poder no direito estatal, arbitral e de mediação*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador). *Mediação, arbitragem e conciliação*. (Grandes temas da atualidade, v.7) Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.219-234.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Política do Direito e Juridicização da Política*. In: “BuscaLegis.ccj.UFSC.br” Revista nº32, Ano 17 (julho de 1996). pp.09-14. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br> >. Acesso em: 05/02/2010.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A filosofia na crise da modernidade*. São Paulo: Edições Loyola, 1989.
- ONFRAY, François. *A política do rebelde: tratado de resistência e insubmissão*. Trad. de Mauro Pinheiro. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.
- OST, François. *O tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru/SP: Edusc, 2005.
- PASQUA, Hervé. *Introdução à leitura do ser e tempo de Martin Heidegger*. Trad. De Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- PÊPE, Albano Marcos Bastos; ROCHA, Leonel Severo. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.
- PEPPERS, Todd C. *Courtiers of the Marble Palace: The Rise and Influence of the Supreme Court Law Clerck*. California: Stanford University Press, 2006.
- RAWLS, John. *História da Filosofia Moral*. Trad. Ana Aguiar Contrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RICOUER, Paul. *A metáfora viva*. Trad. Dion Davi Macedo. 2ª. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- RICOUER, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- RICOEUR, Paul. *Leituras I: em torno do político*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 1995.
- RICOUER, Paul. *O conflito das interpretações: Ensaios de Hermenêutica*. Trad. M. F. Sá Correia. Porto-Portugal: RÉS-Editora [1988?].
- RICOUER, Paul. *O Justo: a justiça como regra moral e como instituição*. Vol. 1. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- RICOUER, Paul. *O Justo: justiça e verdade e outros estudos*. Vol. 2. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- RICOUER, Paul. *O Justo ou a essência da justiça*. Trad. Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- RICOUER, Paul. *O si-mesmo como um outro*. Trad. Lucy Moreira Cesar. Campinas, SP: Papyrus, 1991.
- RICOUER, Paul. *Outramente: leitura do livro ‘Autrement qu’être ou au-delà de l’essence’ de Emmanuel Lévinas*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- ROCHA, Leonel Severo da. *Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico*. In. “Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado – anuário 2007, nº4”. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. *Tempo e Constituição*. In: “Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito – Mestrado da URI – Santo Ângelo/ Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões” – v.1, nº1 (dezembro de 2006). – Santo Ângelo : EDIURI, 2006. pp.177-1

RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSENFELD, Denis L. *Descartes e as peripécias da razão*. São Paulo: Iluminuras, 1996.

ROUANET, Sérgio Paulo. As duas modernidades. In: MACHADO DA SILVA, Juremir e SCHULER, Fernando (organizadores). *Metamorfoses da Cultura Contemporânea*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2006. pp. 103-110.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade: ensaios*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro : Ediouro, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6ª ed. São Paulo : Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. Vol.1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº30. ANPOCS - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. Texto disponível em < de <http://www.anpocs.org.br>>. Acesso em: 23/07/2008.

SILVA, Tomaz Tadeu da (org.); HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna” In: “Ovídio Baptista da Silva advogados” (sítio eletrônico).s/d. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com>>. Acesso em: 12/08/2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol.1 (Processo de Conhecimento). 7ª edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol.2 (Processo Cautelar – Tutela de urgência). 4ª edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Da função à estrutura.” In: “Ovídio Baptista da Silva advogados” (sítio eletrônico), s/d. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com>>. Acesso em: 12/08/2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional” In: “Ovídio Baptista da Silva advogados” (sítio eletrônico), s/d. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com>>. Acesso em: 12/08/2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. rev. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Justiça da lei e justiça do caso*. In: “Revista Forense” – v.400 (novembro/dezembro 2008). – Rio de Janeiro : Forense, 2008. pp.189-205.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Palestra de “Encerramento do III Encontro Internacional de Professores do Direito e do Processo do Trabalho”. In.: *Cadernos da Amatra IV* (Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 4ª Região) – nº 10 (Caderno de estudos sobre processo e Direito do Trabalho), jan.-mar.2009. Porto Alegre: HS Editora, 2009. pp.188-191.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Questão de fato em recurso extraordinário” In: “Ovídio Baptista da Silva advogados” (sítio eletrônico). Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com>>. Acesso em: 12/08/2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “Verdade e significado”. In: ROCHA, Leonel Severo da; STRECK, Lenio Luiz (organizadores). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e doutorado (anuário 2004). Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed; São Leopoldo (RS): UNISINOS, 2005. pp.265-281.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Fundação Editora da UNESP (FEU) (UNESP/Cambridge), 1996.

STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (em) Crise*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2ªed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre, 2004.

TARUFFO, Micheli. *Cultura e processo*. In: “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”– n.1, Anno LXIII (Marzo 2009). Milano: Giuffrè Editore, 2009. pp.63-92.

TARUFFO, Micheli. *La Motivazione della sentenza*. In: “Gênesis: Revista de Direito Processual Civil” – n.31 (janeiro/março de 2004). Curitiba: Editora Gênesis, 2004. pp.176-190.

TARUFFO, Micheli. *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*. In: “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”– n.1, Anno LV (Marzo 2001). Milano: Giuffrè Editore, 2001. pp.665-695.

- TAYLOR, Charles. *As fontes do self: A construção da identidade moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo : Edições Loyola, 2005.
- TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles *et alli. Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. pp.45-104.
- TODOROV, Tzvetan. *O Espírito das Luzes*. Trad. Mônica Cristina Corrêa. São Paulo: Editora Barcarolla, 2008.
- TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Trad. Elia Ferreira Edel. 7ªed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- TOURAINE, Alain. *Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?* Trad. Carlos Aboim de Brito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michel. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amaríllis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- TRINDADE, Helgio. “Reforma Política: os desafios da democracia social”. In: BENEVIDES, Maria V.; VANNUCHI, P.; KERCHÉ, F. (org.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003. pp. 57-82.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. De Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WALZER, Michael. *Da tolerância*. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WARAT, Luiz Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. 2ª Ed. Santa Cruz do Sul (RS): EDUNISC, 2000.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito (a epistemologia jurídica da modernidade)*. Vol. II. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.
- WOLKMER, Antônio C. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.
- WOLKMER, Antônio C. *Ideologia, Estado e Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- WOLKMER, Antônio C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- WOLKMER, Antônio C. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Alfa-OMEGA, 2001.
- WOLKMER, Antônio C. *Pressupostos de legitimidade da justiça e do direito na contemporaneidade*. In: “Direitos Culturais. Revista do programa de pós-graduação em Direito. Mestrado da URI. Santo Ângelo – v.2, nº3 (dezembro de 2007). Santo Ângelo : EDIURI, 2007. pp.23-32.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho: derecho natural e justicia material.*, de Hans Welzel. Trad. Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar,1974.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: ley, derecho, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6ª Ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2008.