

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
NÍVEL DOUTORADO**

**A INFLUÊNCIA DA UNIVERSALIZAÇÃO CONCEITUAL NA INEFETIVIDADE
DA JURISDIÇÃO: TEORIAS DA DECIDIBILIDADE, (DES) COISIFICAÇÃO DO
CASO JULGADO E ESTANDARDIZAÇÃO DO DIREITO**

JEFERSON DYTZ MARIN

Orientadora: Profa. Dra. Jania Maria Lopes Saldanha

São Leopoldo, dezembro, 2010.

2010

JEFERSON DYTZ MARIN

**A INFLUÊNCIA DA UNIVERSALIZAÇÃO CONCEITUAL NA INEFETIVIDADE
DA JURISDIÇÃO: TEORIAS DA DECIDIBILIDADE, (DES) COISIFICAÇÃO DO
CASO JULGADO E ESTANDARDIZAÇÃO DO DIREITO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Jania Maria Lopes Saldanha

São Leopoldo, dezembro, 2010.

2010

M337i Marin, Jeferson Dytz

A influência da universalização conceitual na inefetividade da jurisdição: teorias da decidibilidade, (des) coisificação do caso julgado e estandardização do direito / por Jeferson Dytz Marin. 2011.

495 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos -- Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2011.

Orientadora: Profa. Dra. Jania Maria Lopes Saldanha.

1. Direito. II. Racionalismo. III. Liberdade. IV. Teorias do discurso. V. hermenêutica. VI. Direito - Estandardização. I. Título. II. Saldanha, Jania Maria Lopes.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada “**A INFLUÊNCIA DA UNIVERSALIZAÇÃO CONCEITUAL NA INEFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO: TEORIAS DA DECIBILIDADE, (DES)COISIFICAÇÃO DO CASO JULGADO ESTANDARDIZAÇÃO DO DIREITO**”, elaborada pelo doutorando **Jeferson Dytz Marin**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

São Leopoldo, 20 de dezembro de 2010.

Prof. Dr. André Luiz Callegari
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

Membro: Dr. José Maria Rosa Tesheiner

Membro: Dr. Dierle José Coelho Nunes

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Jose Luiz Bolzan de Moraes

À Karen e ao Pedro, meus amores...minha felicidade primaveril e minha tenacidade outonal. Minha vida.

Peço escusas por não executar a preferência freudiana do Pedro por *Paul Ricoeur*, em sua ilusão vertida na segunda calenda da infância (absolutamente genuína) da realização do *justo*....

Igualmente compadeço-me com a Karen, por não acreditar que há solução sem Estado e que o início de tudo é que é o fim do Estado... deixei o anarquismo na adolescência e nas linhas empoeiradas de Jorge Amado.

Karen...

Se a primavera é a estação das flores, o outono traz consigo a nostalgia do presente, que, com o tempero pretérito, idealiza o bom combate às formigas pálidas, presentemente inóspitas.

Essas ervas daninhas de um cotidiano amaldiçoado, que perpassam o senso humano do razoável, estão tão distantes, mas tão próximas...

A fuga dessa realidade que nos consome, amarrota e tira o sopro de fôlego que o vento ainda consegue emprestar traduz uma caminhada espinhosa e, por mais cristalina que possa parecer a autenticidade, integrante dos “lugares comuns refletidos”, as armadilhas insistem, pesam e vivem.

Tu és dessas pessoas que não pertencem a este mundo, que não merecem a angústia, a agrura, o pesar, o vilipêndio diário à dignidade, o holocausto da bondade, que mesmo maltrapilha, espezinhada e pisoteada ressurge a cada sol vindouro, alimentada pela réstia de orvalho que sobrevive às manhãs.

Tens nos “olhos” a fúria singular de um ser que, realmente, não parece ser daqui. Que guarda consigo algo tão próprio, tão efêmero, tão único que não se confunde com nada, nada, nada...

Essa singularidade lembra diferença, dessemelhança, dissimilitude, distinção. E cá, prefiro defini-la como “a união de elementos que integram o conjunto, mas não pertencem um ao outro” e não como “divergência ou desarmonia”.

Mas inegavelmente, a diferença permeia nossas vidas. Decididamente, não somos iguais. Somos partes. Somos átomos. Somos estrelas. Somos matizes diversas. Somos um e outro...

A diferença arquiteta o universo, a partir da constituição mutante, plural e do mosaico de particularidades que integra nosso cotidiano. Que o digam os “meus eternos olhos de xícara” – independente do que o futuro nos reserva –, os quais, após muitas verberações, mostraram-me que o mundo é composto de motes culturais que vão muito além das fronteiras do esteriótipo do gaúcho farrapo. Espelhados no pelourinho da Bahia. No fígado com jiló de Minas. Na “nação” paulistana. No arpoador [...] do Rio de Janeiro. No “vale da lua em que viveu Napoleão na França”. Nas gôndolas de Veneza. No verde de Madrid. Na história de Roma. Na musicalidade de Barcelona. Na cultura viva de Fortaleza. Mas, voltando à província, nas “pessoas” de Santa Maria... na vida... na vida...

Quiçá o melhor sinônimo de felicidade seja “ventura”. “Bem-aventurança”. Ela denota também a ausência de tristeza, o espanto ao agouro e a fuga ao vaticínio diário das cobaias vivas dos dias que o vento leva, dos espantalhos, dos vitimizados que, apesar de viver, negam a vida... dos loucos do infortúnio, dos que do nada semeiam o nada e nada colhem...

Por fim, entre felicidade e diferença, que parecem integrar nossa história e representar a ampulheta e o pêndulo de nossa vida, afirmo que nutro a eterna crença de que é possível harmonizá-las ou, ao menos, salvá-las da vaticinação do passar, do assassinio.... Não esqueças que o mar tem a tormenta mas também o sol, que te embriaga tanto...

Com a consciência severa de que o presente nega agasalho e nos açoita, acredito que o futuro pode resgatar a redenção. Assim, apesar dos pecados, não penso na morte e sim na vida, que ressurge, sempre, em todas as circunstâncias

Ao Prof. Ovídio...

*Quem inventou a tristeza, trate de desinventar...**

Os olhos embotados de lágrimas e livros, vítimas do efeito nefasto do fim. O coração apertado e seguindo a passos largos e lentos. As palavras ausentes. A fala pouca. A voz que me resta. O corpo dormente. O estancar do sangue. O sangue das palavras. As palavras empapuçadas de dor, de mágoa, de ausência, do fardo da falta. Da fuga da letra. Da presença da ausência. Da tristeza imanente à partida.

Estamos todos órfãos. Órfãos de nosso mestre. Nosso baluarte. Nosso norte. Nosso exemplo. O depositário das verdades autênticas. Das verdades verdadeiras, satíricas, corajosas e profundas.

O professor Ovídio era desses sujeitos que se vê uma vez e não se esquece. Forte. Presente. De pensamento tenaz e personalidade segura, ingente, ativa. Seus alunos carregarão consigo a eterna satisfação da convivência, a herança da notória sabedoria, a áurea que cercava o grande homem e a firmeza aguda e com destino certo de cada uma de suas convicções. E convicção é certeza adquirida por demonstração. É persuasão íntima. Ovídio Baptista tinha convicção vernacular, corpulenta, convicção convicta. Demonstrou-a com clareza quando criticou a sociedade mercantilista, que sufocava a igualdade, porque na sua gênese optou por uma liberdade perniciososa, excludente, seletiva, cruel.

Aqueles que com ele conviveram não lembrarão apenas da figura do grande processualista, seguramente um dos maiores que o Brasil produziu. Não. Lembrarão precipuamente do professor Ovídio como um homem forte, singular, contundente. Um homem de opinião genuína. Algo raro no direito moderno. A salvo da influência daqueles que moldam boa parte dos pareceristas do país, do jugo dos colegas de cátedra e do enquadramento social. Ovídio era um bravo. Era errante, enorme, infinito.

Ovídio sempre será o que foi. O que é dentro de cada um que o leu. Que com ele conviveu e aprendeu. Para mim, mais do que um perito das letras jurídicas é um mito, um vulto inspirador, um farol. Será eterno! Será reproduzido e lembrado por seus alunos e pelos alunos de seus alunos. Estará presente. Se é pecado institucionalizado falar de poesia sem lembrar de Mário Quintana, também será um vilipêndio lembrar de tutelas de urgência, de cautelares, sem pronunciar o nome de Ovídio Baptista da Silva.

* Trecho extraído do livro “*Jurisdição e Processo III: estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva* (Juruá, 2009)”, de autoria do signatário.

O espírito de Ovídio continuará presente no pó sedento das bibliotecas, na fumaça cálida das conversas de bar, nas ideias que brotam famintas nas salas de pesquisa, no direito que desperta todos os dias no átrio dos fóruns, nas primeiras lições de processo dos estudantes, na calça que se debruça às costas dos operadores, na vida que continua e que como o crepúsculo matutino insiste em ser vida, mesmo com a falta do mestre, do amigo, da lição desperta, do pão jurídico de cada dia.

Agradeço à Professora *Jânia Saldanha* pelo tempo despendido, dedicação incondicional, irrepreensíveis contribuições tangentes à composição bibliográfica e pelas concepções nevrálgicas da pesquisa. Da mesma forma, pelo comprometimento notável e dignidade científica com que conduziu a orientação da tese. Também, pelo afeto que irrigou as conversas, a autenticidade de pensamento e o despreendimento comprometido... Fica a certeza de que tudo começa com a “*refundação da jurisdição a partir da (re) descoberta do elemento humano*”.

Mas acima de tudo, agradeço à Profa. Jânia por libertar o trabalho da juridicidade estrita, romper com as amarras do arquétipo que (inconscientemente) ronda o processo e dar ensejo ao (re) surgimento da veia literária que, embora sempre presente, encontrava-se encoberta pelo cinza do não-direito. Fostes, nesse sentido, um braseiro, que, com o sopro, produziu o retorno da chama.

Ao Professor *Lenio Streck*, pelo vanguardismo e contributo decisivo na arquitetura do segundo capítulo, vertido nos debates errantes que permearam as aulas... de fato, impende um (novo) olhar sobre Alexy.

Principalmente, agradeço ao Prof. Lenio por plantar incontáveis sementes de inquietude em todos nós e representar não só um divisor de águas, mas um novo norte na teoria da decidibilidade. Se é certo que não há um *marco zero*, pois a tradição acompanha *sempre* o homem, também é fato que é possível uma nova viragem linguística. Se ela está próxima? Não sei. *Mas estamos todos no bom caminho. E boa parte da clareira foi descortinada por ti meu caro.*

Ao Professor *Bolzan*, pela singular concepção de crise... pelo legado e pela inestimável contribuição à garantia de qualidade do programa que tive o privilégio de frequentar. Continues teu caminho em busca da identidade do Estado e de uma teoria capaz de compreendê-lo. *In vino veritas...*

Ao Professor *Darci Ribeiro*, pelas aulas de antanho, por sua dupla funcionalidade do direito e pelas importantes indicações bibliográficas. No aguardo da teoria *monista* no processo [...]

A *Alécio Silveira Nogueira*, pela amizade e oportunidade singular da convivência. Uma das mentes mais brilhantes que conheci e um jurista que sabe como poucos combinar direito e literatura. Há! Também à *Denise*, amiga de primeira hora.

Aos colegas de doutorado, pelo incremento da angústia, companheira inseparável do pesquisador.

Aos meus alunos de todos os lugares, pela oportunidade de construção do conhecimento.

À *Marina*, pela paciência na busca dos livros que foram pouco a pouco compondo a base bibliográfica.

À *Adriane*, à *Marcela*, à *Larissa* e à *Carla* pelo auxílio nas pesquisas, na organização e formatação da tese.

À UCS, precipuamente nas pessoas do hoje Sub-Reitor, *Miguel Ângelo Santin* e do Vice-Reitor *José Carlos Köche* pela compreensão e possibilidade de afastamento das atividades acadêmicas para elaboração da pesquisa.

À UNISC, onde tudo começou [...].

A meu pai, minha mãe e meus irmãos, pela cumplicidade e pela presença de alma, mesmo na distância. À *Cleci*, pela serenidade. Meus queridos Rodrigo e Carla, pelas contribuições pluricromáticas e pelo humor adstringente. Ao primeiro, pelo alicerce embrionário-filosófico. À segunda, pela disposição de leitura. Mas sobretudo pela companhia.

Ao Cadu, pela meiguice e vivacidade.

A Chico Buarque, Milton, Tom, Tchaikovsky, Vivaldi, Bach, Nana e Yamandu Costa pela sonoridade que inundou as madrugadas e manhãs solitárias (*não solipsistas*), que cuspiram efusivas o texto, apesar da insatisfação eterna que lhe assola.

“Quem olha para fora sonha, quem olha para dentro acorda”.

Jung

“Cada um de nós é como um homem que vê coisas em um sonho e acredita conhecê-las perfeitamente, e então desperta para descobrir que não sabe nada”.

Platão

“Chamam o rio de violento, mas violentas são as margens que o aprisionam”.

Bertold Brecht

“Quando o poeta russo Sierguéi Iessiênin tirou a própria vida, escreveu com sangue dos pulsos o poema: Adeus amigo, sem mãos, nem palavras/Não faça um sobrolho pensativo/ Se morrer, nessa vida, não é novo/Tampouco há novidade em estar vivo”. Maiakovsky lhe respondeu dizendo: “É preciso arrancar alegria ao futuro/ Nesta vida, morrer não é difícil/ O difícil é a vida e seu ofício”.

“Assumo a parcela de responsabilidade que me cabe, procurando contribuir para que a jurisdição, essa notável instituição política, construída ao longo de vinte e cinco séculos, não soçobre, ante a voragem de um mundo moralmente desorientado, sujeito às forças cegas, erráticas e descontroladas do mercado capitalista, dos últimos estágios da chamada globalização econômica. Assumo-a porque considero que nós, os que lidamos com a crise, não temos mais como ocultar-nos no discurso acadêmico, confiando em que ele possa eximir-nos da responsabilidade”.

Ovídio Baptista da Silva

RESUMO

A padronização de condutas, de perfis, de tipos sociais e procedimentos têm ditado os rumos da sociedade. Se funcionalmente os esteriótipos explicam-se pelo avanço vertiginoso da oferta de produtos e tecnologias, bem como pela variação do consumo, estruturalmente percebe-se uma generalização que sufoca a diferença, firmada na expansão das necessidades criadas, com o reordenamento da produção e a massificação dos processos, sob as leis da obsolescência e da sedução. Essa atração que a sociedade exerce nas pessoas tem um propósito bem definido, qual seja, reduzir a diversificação de personalidades e definir condutas mais ou menos previsíveis, a fim de facilitar a definição estatística do objeto de todo o processo: o homem. A standardização do direito e a pausterização dos conceitos afloram exatamente nesse quadro pintado pelo neoliberalismo, que deita suas garras vorazes firmado na pretensão espúria de quantificar resultados e imprimir à ciência uma tecnicidade que a distancia cada vez mais de seu propósito original, qual seja, a produção de um conhecimento genuíno, livre de influências e das amarras do paradigma que deve superar. As técnicas de gestão imprimidas pelo Judiciário almejam a redução do número de processos a partir de julgamentos *standart* reproduzidas através de sistemas eletrônicos que facilitam a decisão. O coelho de Alice parece espelhar bem essa velocidade estérica e estéril que reproduz aos cântaros sem ao menos olhar para a face de sua prole. O elemento humano tornou-se, para o processo, um ser coadjuvante visto de soslaio. Na medida em que os instrumentos de standardização da causa traduzidos nos verbetes jurisprudenciais impõem ao julgador o sacrifício da independência e confundem norma e texto, sepultando qualquer possibilidade interpretativa, não parece existir harmonia nem previsão de futuro glorioso. Tal fato torna-se ainda mais grave porque o Brasil adota o sistema romano-germânico-canônico, que tem na lei sua principal fonte formal. As teorias do discurso, com acento em Alexy – um dos autores mais empregados no mundo – prestigiam a dedução causalista-explicativa e a produção de um discurso prévio, que se distancia da faticidade e acaba por verter grave risco de arbitrariedades e decisionismos. O forte apelo moral e a tentativa de solução através da ponderação de valores gesta um Juiz solipsista e, em última instância, relembra o critério subsuntivo do positivismo, que, sem sucesso, propõem inumar. A hermenêutica ainda coloca-se como clareira, pois agrega a tradição e tem sempre presente o *mundo da vida*, aplicando e compreendendo o direito sem a segmentação do discurso defendida pelas teorias procedurais. Dentre os instrumentos de standardização da causa, a (des) consideração da coisa julgada é o mais novo representante. Carrega consigo o gravame de, ao contrário das demais tentativas de padronização dos julgados – súmulas vinculantes, impeditivas de recursos, poderes do relator, repercussão geral e pré-questionamento – voltar-se para o passado, extirpando uma decisão democraticamente arquitetada e objeto de chancela cabal do Judiciário. Ao lado do argumento da injustiça, pioneiro na aplicação da relativização do caso julgado, o Código de

Processo regulou a possibilidade de afastamento da eficácia preclusiva da sentença na hipótese de *posterior* decisão do Supremo Tribunal Federal, mesmo em sede de controle difuso (art. 475-L, §1º e 741, parágrafo único). Além de violar os princípios da segurança jurídica e os subprincípios da proteção à confiança e da intangibilidade da coisa julgada, os dispositivos ultrajam a estabilidade das decisões e a previsibilidade que integra o âmago da sentença transitada em julgado. Ademais, mesmo que considerado o *common law*, não há sintonia de propósitos, vez que o *contempt of court* não encontra eco nas práticas universalizantes. A nefasta pretensão de fragilização do instituto da coisa julgada também encontra óbice na tentativa equivocada de motivar a standardização nos precedentes do *common law* – voltados para o presente e moldados num processo individualizado, com prestígio ao contraditório e à ampla defesa – e na impossibilidade funcional do Judiciário – refém do panóptico jurídico e dos lugares institucionalizados do poder e da fala. A prática constitui uma violência simbólica ao direito. É preciso, assim, arrimar hermeneuticamente as teorias da decidibilidade, rompendo com o paradigma neoliberal e, com esteio na tradição, no direito da rua, na retomada do caráter literário (com um processo de reintelectualização e sepultamento da cultura manualesca dos moedeiros falsos) e do elemento humano (olvidado pela tecnificação), (re) fundar o direito.

Palavras-chave:

racionalismo, liberdade, teorias do discurso, hermenêutica, desconsideração da coisa julgada, standardização, personalidade das demandas, *common law*.

RIASSUNTO

La standardizzazione delle prassi, dei profili, tipi sociali e le procedure hanno dettato il corso della società. Se, funzionalmente, gli stereotipi si spiegano con l'anticipo vertiginoso di fornire prodotti e tecnologie, ed anche la variazione del consumo, strutturalmente è chiaro che una generalizzazione soffoca la differenza, radicata nella espansione delle esigenze create con la riorganizzazione della produzione e l'uso di massa di processi, ai sensi delle leggi di obsolescenza e di seduzione. Questa attrazione che la società ha sulle persone ha uno scopo ben preciso, cioè ridurre la diversità di personalità e comportamenti, e definire condotte più o meno prevedibili, per facilitare la definizione statistica dell'oggetto di tutto il processo: l'uomo. La standardizzazione del diritto e pastorizzazione dei concetti nascono esattamente in questo quadro dipinto dal neoliberalismo, che depone le sue grinfie avidi firmato alla pretesa spurie di quantificare i risultati e di stampare nella scienza un tecnicismo che sempre più distante dal suo scopo originale, vale a dire, la produzione di una vera conoscenza, libera delle manette del paradigma che deve superare. Le tecniche di gestione stampate dalla magistratura desiderano la riduzione del numero di processi dalle decisioni *standard* riprodotte attraverso sistemi elettronici che facilitano il processo decisionale. Il coniglio di Alice sembra rispecchiare bene questa velocità estetica e sterile che si riproduce troppo senza nemmeno guardare in faccia dei loro figli. L'elemento umano è diventato, per il processo, un coadiuvante essendo osservato con uno sguardo. Mentre che gli strumenti di standardizzazione delle cause sono tradotti nelle voci di giurisprudenza, il giudice impone il sacrificio di indipendenza e confonde la norma e il testo, seppellendo ogni possibilità di interpretazione, non ci sembra che sia armonia e nessuna previsione di un futuro glorioso. Questo fatto diventa ancora più grave perché il Brasile adotta il sistema romano-germanico-canonico, che ha la sua legge principale nella fonte formale. Le teorie del discorso, con particolare attenzione in Alexy – uno degli autori più consultato in tutto il mondo – prestigiano la deduzione causalista-esplicativa e la produzione di un discorso preliminare, che prende distanza dei fatti e finisce per vertere seri rischi di arbitrarietà e decisioni. Il forte richiamo morale e il tentativo di soluzione attraverso la considerazione di valori rende un Giudice solipsista e, per ultima risorsa, ricorda il criterio inconveniente del positivismo, che, senza successo, si propone di superare. L'ermeneutica si pone ancora come compensazione, perché fornisce la tradizione e dispone di un mondo sempre più presente il mondo della vita, applicando e comprendendo il diritto senza la segmentazione del discorso tenuto da teorie procedurali. Tra gli strumenti di standardizzazione della causa, la (s) considerazione della cosa giudicata è l'ultimo rappresentante. Trasporta con sé l'aggravante degli altri tentativi di standardizzare il processo - a precedenti vincolanti, risorse evitate, i poteri del relatore, ripercussione generale e pre-interrogatorio - ritornare al passato, estirpando una decisione democraticamente pensata come oggetto completo di magistratura. A parte l'argomento

dell'ingiustizia, ha aperto la strada all'applicazione di relativizzazione del caso giudicato, il codice di procedura ha regolamentato la possibilità di rimozione preclusiva della pena in caso di una successiva decisione della Corte Suprema, anche in sede di controllo diffuso (art. 475 - L, § 1 e 741, comma uno). Oltre a violare i principi di fiducia nel diritto e i subprincipi dell'inviolabilità delle decisioni, i dispositivi insultano la stabilità delle decisioni e la prevedibilità che integra il nucleo della cosa giudicata. Inoltre, anche se ritiene il diritto comune (*common law*), non c'è armonia di intenti, in quanto il disprezzo della corte (*contempt of court*) non trova eco nelle pratiche universalizzanti. L'intento malvagio di indebolire fatto per l'istituto della cosa giudicata va d'accordo anche con l'ostacolo nel tentativo maldestro di incoraggiare alla normalizzazione nelle precedenti delle *legge comune*(*common law*) - verso il presente e modellati in un processo individualizzato, con prestigio per il contraddittorio e a piena difesa - e il fallimento della funzionale Magistratura – ostaggio del panopticon giuridico e dei luoghi istituzionali di potere e di parola. La pratica è una violenza simbolica alla legge. Dobbiamo quindi mettere a parte ermeneuticamente le teorie della decidibilità, rompendo con il paradigma neoliberista e con il supporto della tradizione, nel giusto della via, nella ripresa di carattere letterario (con un processo di reintellettualismo e di sepoltamento della cultura manuale di tasche false) e l'elemento umano (dimenticato per la tecnologia), (ri) fondare il diritto.

Parole Chiave:

razionalismo, libertà, teorie discorso, l'ermeneutica, violazione del giudicato, standardizzazione, le richieste di personalità, *common law*.

RÉSUMÉ

La normalisation de conduites, de profils, de types sociaux et de procédures ont dicté les itinéraires de la société. Si fonctionnellement les stéréotypes s'expliquent par l'avance vertigineuse de l'offre de produits et de technologies, ainsi que par la variation de la consommation, structurellement se perçoit une généralisation qui étouffe la différence, affirmée dans l'expansion des nécessités créées, avec la réordonnance de la production et de la uniformisation des procédures, sous les lois de l'obsolescence et de la séduction. Cette attraction que la société exerce dans les personnes a une intention bien définie, ce qu'est, réduire la diversification des personnalités et définir des conduites plus ou moins prévisibles, afin de faciliter à la définition statistique de l'objet de tout le processus: l'homme. La standardisation du droit et la pasteurisation des concepts affleurent exactement dans ce tableau peint par le néolibéralisme, qui couche leurs griffes voraces affermi dans la prétention fautive de quantifier des résultats et imprimer à la science une technique qu'il l'éloigne plus en plus de son intention originale, de ce qu'est, la production d'une connaissance véritable, libre d'influences et des câbles du paradigme qui doit dépasser. Les techniques de gestion imprimées par le Judiciaire convoitent la réduction du nombre de procédures avec de décisions standard reproduites à travers des systèmes électroniques qui facilitent la décision. Le lapin d'Alice semble refléter bien cette vitesse de l'atome et stérile qui se reproduit aux cruches sans le moins regarder pour la face de sa progéniture. L'élément humain s'est rendu, pour le processus, un être coadjuvant vis-à-vis de guingois. Dans la mesure où les instruments de standardisation de la cause traduite dans décisions judiciaires imposent au juge le sacrifice de l'indépendance et confondent norme et texte, en enterrant toute possibilité interprétative, ne semble pas exister harmonie ni prévision d'avenir glorieux. Tel costume se rend encore davantage grave parce que le Brésil adopte le système romain-germanique-canonique, qui a dans la loi sa principale source formelle. Les théories du discours, avec accent en Alexy - un des auteurs plus employés dans le monde - honorent la déduction accidentelle explicative et la production d'un discours préalable, qui s'éloigne des costumes et finit de jeter grave risque de conduites et décisions arbitraires. Le fort je fais appel morale et la tentative de solution à travers la pondération de valeurs crée un Juge solipsiste et, en dernière instance, rappelle le critère substantif de la positivisme, qui, sans succès, proposent inhumer. L'herméneutique encore se place mange clairière, donc il ajoute la tradition et a toujours cadeau le monde de la vie, en appliquant et en comprenant le droit sans la segmentation du discours défendu par les théories procédurales. Parmi les instruments de standardisation de la cause, la (des) considération de la chose jugée est le plus nouveau représentant. Il charge avec lui la charge, au contraire des autres tentatives de normalisation des juridictions - abrégés liants, empêchants de ressources, de pouvoirs du journaliste, de répercussion générale et d'avant interroge - se tourner pour le passé, l'enlevant une décision démocratiquement construite et l'objet de joints exact du Judiciaire. Outre l'argument de l'injustice, pionnier en l'application de la possibilité de relativiser le cas jugé, le Code de Procédure a réglementé la possibilité

d'éloignement de l'efficacité du jugement dans l'hypothèse de postérieure décision du Suprême Tribunal Fédéral, même à siège de contrôle diffus (art. 475-L, §1° et 741). Outre violer les principes de la sécurité juridique et les principes de la protection à la confiance et de la chose jugée intangible, les dispositifs offensent la stabilité des décisions et la prévisibilité laquelle intègre le fond du jugement transité dans judicature. De plus, même que considéré *common law*, n'a pas syntonie d'intentions, fois que *contempt of court* ne trouve pas écho dans les pratiques universeles. La sinistre prétention de fragilisation de l'institut de la chose jugée aussi trouve obstacle dans la tentative confondue de motiver la standardisation dans les précédents de *common law* - tournés pour le cadeau et moulés dans une procédure individualisée, avec prestige au contradictoire et à la suffisante défense - et dans l'impossibilité fonctionnelle du Judiciaire - otage de la surveillance juridique et des places institutionnalisées du pouvoir et de parole. La pratique constitue une violence symbolique au droit. Il faut, ainsi, soutenir herméneutiquement les théories des décisions, en rompant avec le paradigme néo-libéral et, avec soutien dans la tradition, dans le droit de la rue, dans la reprise du caractère littéraire (avec une procédure de nouvelle intellectuelisation et d'enterrement de la culture des manueles des monnayeurs faux) et de l'élément humain (oublié par la technique), établir le droit.

Mot Clés:

rationalisme, liberté, théories du discours, herméneutique, déconsidération de la chose jugée, standardisation, personnalité des exigences, *common law*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	20
I PRISIONEIRO DA LIBERDADE: A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO-RACIONAL NA INEFICÁCIA/INEFICIÊNCIA DA JURISDIÇÃO	36
1 O <i>LOCUS</i> E O CONTORNO DA CRISE JURISDICIONAL: AS TEORIAS QUE ARRIMAM O ESTADO MODERNO	43
2 O ESTADO NA PÓS (TRANS) MODERNIDADE: A EVOLUÇÃO DAS CRISES, OS ÓBICES DO ACOLHIMENTO DA LIBERDADE E DA IGUALDADE DIANTE DA PERSPECTIVA LIBERAL E A RECOGNIÇÃO DE QUE A CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO/RECUPERAÇÃO ESTÁ NA CONSTITUIÇÃO (POR TUDO <i>E</i> APESAR DE TUDO)	56
3 AS CONCEPÇÕES QUE NORTEIAM O ESTADO MODERNO E O COMPROMISSO LIBERAL-RACIONALISTA DA JURISDIÇÃO	84
4 O PAPEL HISTÓRICO DA ECONOMIA COMO RAZÃO DE FUNDAMENTO DO ESTADO-JUIZ: O SIMULACRO LIBERAL E A NEGATIVIDADE ESTATAL	96
5 A (RE) CONSTRUÇÃO DA VERDADE COMO <i>ETHOS</i> INCLUSIVO E O CARÁTER TEMPORAL DA JURISDIÇÃO	107
6 CIÊNCIAS DO ESPÍRITO, LÓGICA E O ABANDONO DO RACIONALISMO: RAZÃO E CERTEZA NUMA CIÊNCIA DE INCERTEZAS	122
7 ESTADO, JURISDIÇÃO E CRISE: LIMITES E POSSIBILIDADES DA DECISÃO (O CARÁTER AUTOFÁGICO DOS PODERES E A FUNCIONALIDADE JURISDICIONAL)	134
II ARGUMENTAÇÃO E RACIONALISMO EM ALEXY: A (IN) COMPREENSÃO DO DISCURSO PRÉVIO, PONDERAÇÃO E A MORAL COMO ELEMENTO FUNDANTE DE UM (NOVO) DECISIONISMO	148

1 CONCEITO DE DIREITO EM Kelsen, Hart e Alexy: Norma, Moral e Discurso	157
2 OBJEÇÕES ÀS TEORIAS POSITIVISTAS DO DIREITO: O ARGUMENTO DA INJUSTIÇA, DA CORREÇÃO E DOS PRINCÍPIOS (DA IMPOSSIBILIDADE PRAGMÁTICA DE IMPLEMENTAÇÃO DO DISCURSO COMO <i>IDEALES SOLLEN</i>)	164
2.1 AS LIMITAÇÕES DO ARGUMENTO DA CORREÇÃO	169
2.2 O ARGUMENTO DOS PRINCÍPIOS: COERÊNCIA, MORALIDADE E A ADEQUADA DIMENSÃO PRINCIPOLÓGICA (SUPERAÇÃO DO BINÔMIO REGRAS(DEFINITIVIDADE)/PRINCÍPIOS (OTIMIZAÇÃO))	171
3 CRÍTICA AO PROCEDIMENTALISMO COMO FUNDAMENTO NORMATIVO DAS REGRAS E PRINCÍPIOS: A RACIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE APROXIMAÇÃO DA RAZÃO PRÁTICA NA BUSCA DA RESPOSTA(S) CORRETA(S)?	175
4 OS ENUNCIADOS NORMATIVOS DE ALEXy: A SEPARAÇÃO/VINCULAÇÃO ENTRE AS QUESTÕES SEMÂNTICAS E A TEORIA DA VALIDADE	185
5 DEFINIÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DE VALIDADE DOS PRINCÍPIOS (<i>IDEALES SOLLEN</i>) E DAS REGRAS (<i>REALES SOLLEN</i>) EM ALEXy: MATERIALIDADE E FORMALIDADE PRINCIPOLÓGICA?	191
6 A DISTINÇÃO DO CARÁTER <i>PRIMA FACIE</i> DE REGRAS E PRINCÍPIOS: OS LIMITES DA SEMÂNTICA DO DISCURSO (RACIONAL) E OS PRINCÍPIOS COMO MARCO PARADIGMÁTICO DE SUPERAÇÃO DA DEDUÇÃO CAUSALISTA-EXPLICATIVA	200
7 A COLISÃO DOS PRINCÍPIOS, DAS REGRAS E A PONDERAÇÃO (RACIONAL) DISCURSIVA: <i>MUNDO DA VIDA, RAZÃO PRÁTICA</i> E OS LIMITES APLICATIVOS DA TEORIA	209
8 CRÍTICAS À TEORIA DE ALEXy: A (IN) COMPREENSÃO DA TEORIA DO DISCURSO RACIONAL E O <i>MUNDO DA VIDA</i> (FATICIDADE)	220
III O MITO DA EFICÁCIA JURISPRUDENCIAL, MUTILAÇÃO DO CASO JULGADO [O PANÓPTICO JURÍDICO (DES) COISIFICANTE] E O EMERGIR DA SINGULARIDADE DO PROCESSO.....	237
1 A PERDA DA PERSONALIDADE DAS DEMANDAS: CRÔNICA DA MORTE DO “FATO” (A ERA DA TÉCNICA): TECNOLOGIA, MECANIZAÇÃO E ESTANDARDIZAÇÃO DA CAUSA	243
2 EFICÁCIA DA SENTENÇA, (DES) CONSIDERAÇÃO E TEORIA DA COISA JULGADA	258
3 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL: DIREITO À FINITUDE E PRECLUSÃO	282

4 A FRONTEIRA DO CASO JULGADO: TEMPO, EXTENSÃO E ZONA LÍMITROFE (INTANGIBILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA)	289
5 COISA JULGADA CONSTITUCIONAL: CARIZ PRINCÍPIOLÓGICO, SEGURANÇA JURÍDICA NO <i>CIVIL LAW</i> E ESTABILIDADE (CONFIANÇA) DA DECISÃO	308
6 A (NOVA) RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA: A PREVISÃO DO ARTIGO 475, L, § 1º E ARTIGO 741, PARÁGRAFO ÚNICO: POTENCIALIZAÇÃO DO EFEITO VINCULANTE (PREDATÓRIO) DAS DECISÕES	334
7 A TENTATIVA (EQUIVOCADA) DE APROXIMAÇÃO COM O <i>COMMON LAW</i> : <i>PRECEDENTE</i> , TRADIÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE JUÍZOS <i>A PRIORI</i> (COISIFICAÇÃO E SUBSUNÇÃO).....	386
8 O RESGATE DA PERSONALIDADE DAS DEMANDAS, DECIDIBILIDADE E PRESERVAÇÃO DA SINGULARIDADE DO CASO: A SUPERAÇÃO DO MODELO QUANTITATIVO DE PRODUÇÃO MASSIFICADA (PREMÊNIA DO DEBATE CONTEUDÍSTICO E RADICALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA JURISDICIONAL.....	404
CONCLUSÕES.....	443
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	474

INTRODUÇÃO

Os últimos dois anos trouxeram consigo o temor e a lamentação dos efeitos da crise econômica que assola o mundo. A pós-modernidade, como é consabido, traduz o tempo do estreitamento de fronteiras, da vulnerabilidade dos mercados e o efeito agregado das vicissitudes financeiras dos principais países do globo. Embora a distinção entre o fato e o factóide seja imperiosa, o certo é que, real ou não, sólido ou fluído, o humor do mercado interfere diariamente na vida dos cidadãos.

Nessa esteira, a *lex mercatoria* gesta padrões de conduta, linguagem própria e alastra-se em gigahertz, tal como uma peste. Há quem diga que se vive um novo mal do século, bem mais mordaz que a tuberculose de outrora. De fato, o período presente é a era do consumo hedonista, do consumidor-produto e do homem que, em face da tamanha dependência que registra do mercado se transformou ele próprio no capital (produtor-produzido).

A *lex mercatoria* rompe as grades das residências, come da comida, sacia-se e segue seu itinerário imprevisível. Alcança brasileiros, americanos, europeus, mongóis, afegãos e chineses... Essa a verdadeira razão do ímpeto da crise econômica mundial, da névoa branca que embaraça a visão de todos nos quatro cantos do planeta. Não se trata da bolha imobiliária americana, nem tampouco da crise grega ou da queda do poder aquisitivo europeu. A crise só é crise porque se está na pós-modernidade. E nesse período de velocidade da comunicação e de organização da sociedade em redes de informatização fundadas no intérprete-máquina, de ambiência tecnológica que redundava numa sociedade de homens-consumidores policrônicos, o mercado deita suas faceiras raízes sem encontrar qualquer resistência.

Dessa forma, o efeito pontual de problemas econômicos localizados resta potencializado pela estrutura financeira eleita pelo neoliberalismo e pela ode ao mercado que se torna cada vez mais acentuada.

Esse encantamento produzido pelas constantes mensagens subliminares fez com que fossem constituídas necessidades prementes, outrora relegadas ao ostracismo e classificadas como inúteis. O senso de coletivo foi-se. Criou-se um sujeito estereotipado, que, moldado ao mercado, segue firme o seu papel de consumidor-consumido. E a sedução do liberalismo está exatamente no arquétipo de viés psicológico que permite uma oferta irresistível de segurança combinada com liberdade.

A concentração do capital em grandes grupos econômicos atingiu as economias de bairro e reduziu significativamente o número de investidores locais, no que Boaventura Santos chamou de localismos globalizados. Os setores de bebidas, telefonia e alimentação são exemplos cediços dessa realidade. As economias comunitárias, assim, vão sendo gradativamente banidas do ideário do mercado.

Nesse contexto, põem-se o Estado e o próprio direito, vítimas inevitáveis e presas fáceis do Mercado-Leviatã. No direito, os instrumentos de sedução consumerista foram substituídos pela promessa de celeridade consubstanciada nas formas de standardização da causa. Assim como no mundo hedonista do consumidor-produto, aqui, deixa-se de considerar o critério qualitativo para dar ensejo a um processo massificado de produção em série, assaz distante do caráter intelectual que a ciência jurídica reclama. Despersonalizam-se as demandas em prol da universalização conceitual que aprisiona a interpretação e amordaça a singularidade do caso.

A morte do consumidor livre, dessa forma, encontra um correspondente no direito: a pena capital da causa e da jurisdição que prima pela fundamentação e pela democratização de uma decisão típica das ciências do espírito, voltada para o critério qualitativo-intelectivo.

É nesse quadro de angústia, que verte um direito desfigurado, longe de suas pretensões teórico-hermenêuticas que se põem o tema abordado. O objeto volta-se inicialmente para a identificação das crises do Estado – e, por via de consequência, da jurisdição –, a delimitação que a influência do pensamento racionalista-liberal produz e a necessidade de superação da concepção linear de tempo. Tais constatações, claro, são ambientadas nesse simulacro liberal e na negatividade estatal que alça a economia à condição de razão de fundamento do Estado-Juiz, ferindo a pretensão primeira da ciência jurídica, que é regular as relações sociais. Nesse tópico, os autores que tratam da Teoria do Estado e de aspectos correlatos a ela, especialmente a partir das considerações de Bolzan e Streck, firmam

a base bibliográfica. Vale destacar Matteucci, Häberle, Canotilho, Rosseau, Marramao, Cittadino, Ost, Janine Ribeiro, Weber, Garcia-Pelayo, Keynes, Hayek, Fiori, Burdeau, Agamben, Cassirer, Kuhn e Hannah Arendt, que se misturam ao universo de obras integrantes do primeiro capítulo.

No segundo capítulo, a definição dos limites e possibilidades da decisão e a escolha de Alexy como paradigma teórico (negativo) tem amparo, primeiramente, na repercussão que a teoria da ponderação (racional) tem alcançado e no imenso dano que vem ocasionando à jurisdição. Dentre as teorias discursivas, Alexy, quiçá pelo foco no exame de casos concretos, é aquele que tem encontrado maior receptividade na comunidade jurídica. Tal constatação só potencialista o efeito nefasto de sua teoria. A dedução causalista-explicativa e a produção de um discurso prévio, que se ampara em pseudo-antinomias, no mais das vezes solvíveis a partir de uma interpretação (filosófica) hermeticamente correta, retiram o contributo da ponderação e acabam por irrigar o já fértil campo das arbitrariedades e decisionismos. Nesse tópico, a crítica de Streck tem acento cativo.

Também constitui objeto da pesquisa – e aqui reside seu escopo principal – a apuração do contexto de universalização conceitual e de panoptismo jurídico que insiste em fundar a standardização do direito, andando a passos largos para um caminho sem volta. Essa tentativa de um novo totalitarismo, dessa feita protagonizado pelo Poder Judiciário, tem registrado incondicional simpatia do Direito Processual, já minado pela herança romana tardia e pela influência do critério massificante-quantitativo do neoliberalismo.

Nessa esteira, a coisa julgada, histórico instituto do Direito Processual, que registra como premissas a asseguaração da estabilidade, confiança e segurança da decisão, além de manter a intangibilidade do caso, constitui uma das vítimas mais recentes da standardização, sem dúvida, um temível fato novo. Agora, além da vinculação das decisões do presente, a padronização decisional que tenta impor a vontade dos tribunais superiores passa a alcançar fatos pretéritos, já revestidos da proteção da coisa julgada. A questão motiva ingente preocupação, impondo-se o exame detido da materialidade e formalidade da caso julgado, da fronteira limítrofe de sua intangibilidade e da tentativa equivocada que a busca de justificação no *common law* produz, invertendo o sentido do discurso fundamentador do *stare decisis*.

O reconhecimento da inadequação histórica e da inconstitucionalidade das formas de relativização tuteladas pelo Código de Processo Civil, através da constatação de estreita vinculação com a standardização, a quebra da confiança do Judiciário como poder constituído e o grave risco de arbitrariedades que podem gerar um *vir-a-ser* totalitário constituem temas constantes, que permeiam toda a pesquisa. Aqui, lança-se mão do pensamento processual

clássico, com a presença de Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Pontes de Miranda, Schwab, Liebman, Mortara, Roco, Wach, Couture, Ihering, Celso Neves, Goldschmidt e outros que fundam paradigmas positivos e negativos do direito. Dentre os processualistas contemporâneos, além do pensamento de Ovídio Baptista da Silva e Jania Saldanha, que também integram de forma substancial o primeiro capítulo, vale sublinhar a doutrina de Nery Júnior, Tesheiner, Dinamarco, Marinoni, Didier, Greco, Barbosa Moreira, Talamini, Sergio Porto, Armelin, Theodoro Júnior, Clermont, Barnett, Coelho Nunes, Berizonce, Darci Guimarães Ribeiro e Michele Taruffo.

Não menos importante é a indicação das alternativas que, a partir do exame de algumas das clássicas teorias da justiça (Rawls, Dworkin, Alexy, Ricoeur...) podem fundar uma radicalização democrática da jurisdição, firmada na retomada da tradição contratual, no voraz combate às iniquidades, na desinstitucionalização do Estado (direito da rua), no reconhecimento de (novas) práticas do processo, na assimilação do processo constitucional como garantia e na refundação do caráter literário-intelectivo do direito. Nesse ponto, além de Baptista da Silva (presente em toda pesquisa) e Streck (base teórica do segundo capítulo ao lado de Alexy e elemento fundante da linha teórica hermenêutica) encontra-se presente o pensamento de Jania Saldanha (como, por exemplo, na sociologia da emergências e das ausências aplicada à jurisdição), Foucault, Boaventura Santos, Lypovetski, Lyotard, Warat, Bauman, Castanheira Neves, Matteucci, Häberle, Taruffo, Berizonce, Coelho Nunes, Saramago e Machado de Assis [...].

A hermenêutica, com acento no pensamento de Heidegger e Gadamer, além de registrar contribuição decisiva para a busca de uma teoria da decidibilidade que realmente democratize a jurisdição, permeia todo o trabalho.

Assim, o método de abordagem é o bibliográfico, de ordem dissertativa e a metodologia fenomenológica-hermenêutica, não só com o propósito de firmar uma adequada teoria da decidibilidade, mas também de desvelar a realidade taciturna que ronda o direito. Seja na identificação da crise, na propositura de soluções às aporias alexyanas, no reconhecimento da historicidade do caso julgado ou no amparo do discurso contra-monológico em oposição à fala autorizada, a hermenêutica está presente como alicerce marcante da pesquisa.

Aqui, vale sublinhar que o emprego de elementos literários, sempre com foco no direito, embora não represente uma constante na produção doutrinária do Brasil, firma-se na linha teórica desenvolvida pelo programa, que tem, inclusive, no projeto “Direito e Literatura” um veículo propagador dessa possibilidade. Também vale enfatizar que muitas das bases bibliográficas (fruto da literatura ou do direito) não registram alusão direta à página

consultada, isso porque o texto alude a contribuição da obra como um todo, não se referindo a um tópico determinado.

As crises do Estado Moderno – conceitual, estrutural, institucional, funcional e de representação – ambientam a crise jurisdicional, que denota a ausência de perspectiva de democratização das teorias da decidibilidade, cuja própria validade ética tem sido questionada. A (re) formulação da concepção de democracia jurisdicional, no sentido de reconhecer-se a plausibilidade de uma jurisdição-participação, alterando-se o fundamento ortodoxo calcado na teoria do vencido-vencedor, com o fito de alcançar legitimidade social à teoria da decidibilidade, fazendo com que as pessoas “sintam-se escutadas pelo Estado-Juiz”, revela uma das formas de democratização do ato judicante, fortalecendo seu caráter inclusivo.

Almeja-se reconhecer que a teoria da decidibilidade engendrada pela corte suprema em *terrae brasilis* não alcança fundamento jurídico plausível frente à compreensão de democracia da modernidade, fundada na concepção pluralista e, precipuamente, tendo os princípios constitucionais como alicerces primordiais da limitação do poder do Estado, com o fito de assegurar a preservação incondicional dos direitos e garantias fundamentais.

O combate ao “mito da efetividade”, firmado no procedimentalismo metodológico, consectário da reificação da linguagem jurídica, que vitimiza o Direito com as construções conceituais universalizantes, é condição de possibilidade à democratização da jurisdição, à reconhecimento da singularidade casuística e ao rompimento com o racionalismo-lógico, razão pela qual também se pretende afirmar a inconstitucionalidade dos mecanismos processuais de standardização da causa, especialmente aqueles de efeito vinculante, com acento na (des) consideração da coisa julgada.

Nesse sentido, não há como suprimir direitos sociais, sob pena de se estar não só atentando contra o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também ultrajando a própria ideia de Estado Democrático de Direito.

Há muito preconiza-se que a matriz do Estado de Direito não pode prescindir nem da visão liberal, alicerçada no respeito às diferenças imanentes a uma sociedade plural e heterogênea e tampouco da visão dos comunitaristas, fundada no direito à igualdade, na concepção de grupos sociais que compartilham interesses comuns. Uma das questões que se põe, todavia, é a da possibilidade de compatibilização desses interesses num Estado que se mostra cada vez mais refém da *lex mercatoria*.

E, nessa linha, faz-se necessário perceber que o *locus* de ação das pretensões do mercado é próprio, e, embora o direito não prescinda de um exercício interpretativo que contemple os efeitos produzidos pela economia, não pode adotar, como razão de fundamento,

como esteio da teoria da decidibilidade, nem a *lex mercatoria*, nem tampouco o resguardo da estabilidade de um Estado que há muito padece de efetivas alternativas democráticas de gestão.

Se é certo que o Estado enfrenta uma crise austera, bem como que o *Welfare State* não alcançou êxito se percebida sua proposta genética, impondo-se a necessidade de (re) discussão das matrizes das políticas públicas, com afastamento do caráter assistencialista-paternalista, também é verdade que os direitos fundamentais não podem ser vilipendiados, vez que representam o precípua esteio da (re) democratização do país.

Indispensável referir também que a jurisdição atual aviventa ainda a ideia privatista herdada do Direito Romano, guardadas, claro, as peculiaridades dos períodos cristão e bizantino. Justiniano, em que pese o franco propósito de valorização do direito romano antigo, tinha a clara dimensão da amazônica distância histórico-cultural que o separava do direito romano clássico.

O Direito Romano Cristão balizava-se na severidade do direito primitivo, fomentando a proteção do devedor e do réu. O legado da Idade Média, assim, é exatamente esse direito alicerçado na moral vestusta da Igreja, que resistia à evolução apresentada pelo processo romano clássico.

Os interditos, contribuição valiosa desse período, foram sufocados pela *actio*, gestada e embrechada definitivamente no processo romano com o início do domínio da cultura medieval. Isso gerou a expulsão das ações executivas e mandamentais, que abriram espaço à tutela condenatória, firmada até hoje como cabedal de influência do ordenamento com sua inefetividade imanente, em face do distanciamento da eficácia executiva.

Mas o certo é que o atual modelo de jurisdição reedita a herança privatista-liberal do passado. O reconhecimento da possibilidade de interpretação e de desapego à influência vertical da lei traduz-se em condição de possibilidade da construção hermenêutica fundada na democratização.

Ingente sublinhar que é preciso romper com traços ainda presentes do positivismo ortodoxo, representado, dentre outras correntes, pela Escola Exegética e pela Escola Alemã, ulteriormente transmutada em “jurisprudência de interesses”, de Philipp Heck.

Essa nova teoria da decidibilidade arrima-se na superação da visão teórico-conceitual e impõem uma “zona decisional” ao julgador, que efetuará a compreensão-aplicação do direito através da análise dos fatos de acordo com o elemento temporal, inumando a visão que os reconhece como entidades inamovíveis.

Não se pode descurar também da participação do tempo – em sua forma negativa – no comprometimento da (in)verdade buscada pelo Estado-Juiz. Enfim, não há proceder democrático com morosidade e, percebendo-se que o Direito Moderno traz em si ínsita a ideia de paradoxo, de contradição, faz-se necessário gerir o tempo sem macular o aprofundamento necessário das demandas postas em Juízo. É preciso alcançar uma democratização inversa à pretensão estandarizante que se percebe, rompendo com a identidade que o direito produziu entre eficiência e imposição da fala autorizada.

O tempo, contudo, tem sido fruto do cunho pernicioso da anti-democracia jurisdicional, que desconsidera o caráter volitivo do ato decisional, balizado nos princípios constitucionais. Os verbetes jurisprudenciais, cujo número avança a passos largos, e, mais recentemente, a (des) consideração da coisa julgada, têm ganho corpo e são o retrato mais fiel dessa tentativa de abreviar o debate democrático da jurisdição, prestigiando a “era da técnica” e o processo de mecanização do direito, que redundava no afastamento inarredável do cariz intelectual da decisão.

A adequada compreensão histórica e científica da temporalização do direito, mediante o emprego de uma linguagem inclusiva e radicalmente democrática permite uma nova leitura das teorias tradicionais da decidibilidade – que dão ensejo aos subjetivismos e decisionismos – cuja tutela alcançada deve registrar caráter publicista, divorciando-se da concepção privatista-civilista emprestada pelo racionalismo-liberal.

O propalado avanço da *lex mercatoria* e o fortalecimento do caráter liberal do Estado têm dificultado impetuosamente a consideração da igualdade, indispensável para a garantia de uma jurisdição radicalmente democrática. Nessa esteira, o aprofundamento da discussão relativa ao antagonismo entre liberdade e igualdade e à influência do mercado nas políticas públicas, que conseqüentemente afeta a Jurisdição, põe-se como imprescindível para a superação da crise.

A já anunciada influência da *lex mercatoria* também tem papel decisivo na fundamentação dessa crise jurisdicional, sendo que é cada vez maior o número de provimentos que encontra esteio – razão de fundamento – em aspectos econômicos, que são privilegiados – em que pese a clareza da Constituição – frente aos direitos sociais. Não são raras as decisões que, rejeitando a aplicação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, negam direitos individuais, que, pela extensão, têm caráter social.

E num mundo institucionalizado, tanto que Rawls funda sua teoria da justiça a partir desses entes, atribuindo-lhes mais importância que os próprios indivíduos, vive-se uma completa estereotipação. O processo de igualização não tem precedentes e traduz a

permanente contenda pelo poder universal, pelo acento cativo na mídia e pelo reconhecimento da opinião pública (leia-se, fantasmas cegos e espantalhos do cotidiano). As instituições, despersonalizadas, subumbiram...

Todas instituições, sem exceções. Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Universidades, ONGs...Esqueceram de seu papel original, que se perdeu em algum canto da história. Vivem para atender as expectativas de atuação forjadas a partir de padrões estáticos, não para alcançar seus misteres. O mercado, novamente, deita suas raízes profundas e formata, como sói acontecer, também as instituições. Qual o papel das instituições? Ainda é possível saber?

O Executivo fulcra-se no culto à imagem para consolidar sua pseudo-altivez ou recuperar a face ferida em razão das históricas atuações desastrosas. O Legislativo apresenta um mosaico segmentado, que se dedica a satisfazer toda a sorte de setores, desde representações pontuais e estéreis até as seitas religiosas, que se propagam vertiginosamente. Enfim, o Legislativo faz tudo, menos cumprir a missão arquitetada por Montesquieu, a de “criar leis voltadas à sociedade, ao bem comum e à coletividade”.

O Judiciário está alicerçado em critérios quantitativos, protagonizando uma nova fase da história, que almeja a morte do “fato” através da produção em série de decisões quase idênticas, também fomentadas pelos advogados. O Ministério Público age motivado em uma institucionalização que olvida a realidade e reproduz uma pretensão interna, gestada nos gabinetes, que tem o afã inútil de modificar uma sociedade omissa e indiferente.

Enfim, a jurisdição como um todo prestigia as condutas padronizadas e o assassínio da diferença, da personalidade das demandas e das peculiaridades da vida única que cada caso registra.

As universidades, por sua vez, engolidas pelas necessidades do mercado, esqueceram as bibliotecas e as pesquisas, verdadeiras depositárias da “arte do pensar”. Trocaram os livros pelo concreto armado.

A diferença anda ausente, dormente, num leito de nosocômio. A igualdade pernicioso do mercado, dos membros encastelados das instituições e da pseudo-justiça que se quer matematizar sufoca todo o resto, moldando um pesadelo permanente que, assegurando a manutenção do *status quo*, mata, a cada dia, a vida peculiar que teimosamente insiste em permanecer viva.

A hermenêutica também revela papel importante na (re) construção da democracia jurisdicional, bem como na compreensão do tempo, tema com o qual, aliás, Heidegger preocupou-se de forma particular.

A temporalização do tempo, identificando seus elementos históricos e uma ligação com o passado, pensando no direito antes do direito é essencial para a superação da concepção linear de tempo. Heidegger, por sua vez, propõe a diligente antecipação da compreensão. Busca-se, assim, o que se encontra antes de qualquer locução ou enunciado, uma interpretação cujo ponto crucial representa uma mudança na estrutura niveladora do juízo proporcional.

A escola exegética, apresentada por Proudhon, Melville, Blondeau, Bugnet, Delvincourt, Huc, Lurent e Pothier representa a clara compreensão romana de interpretação legalista, de caráter meramente gramatical, que a hermenêutica filosófica se propõe a superar.

Como é consabido, a hermenêutica, mormente a partir da concepção de Gadamer e Heidegger, ampliou as possibilidades de compreensão da norma, trazendo a factualidade histórica.

Dessa forma, a valorização do fundamento constitucional no ato decisional e a adequada compreensão histórica, mediante o emprego de uma linguagem inclusiva e democrática permite uma nova leitura das teorias tradicionais da decidibilidade, o que também arrima a concepção de radicalização, cuja tutela alcançada deve registrar caráter publicista, divorciando-se da concepção privatista-civilista emprestada pelo Direito Romano.

Os componentes ideológicos e históricos que alicerçam a jurisdição romana ainda resistem na sociedade contemporânea e fundam as formas ortodoxas que ainda sobrevivem e integram, malfadadamente, o Estado Juiz.

Está, portanto, na interpretação a busca da democracia e não na universalização, amparada na conceitualização unívoca. Seu intento tem sido retirar o caráter fático e a personalidade das demandas, dando azo à evolução da tecnificação do direito, fundada na massificação, num lúgubre processo de produção seriática do que não pode ser (re) produzido.

Os instrumentos procedimentais de universalização dos conceitos combatem a inefetividade da jurisdição ou potencializam a crise, já que impõem categorias significantes para elaboração de deduções/subsunções, numa franca tentativa de objetivização dogmática e centralismo judicial? Parece que a resposta é evidente. A standardização da causa reproduz o paradigma da filosofia da consciência e sob o pretexto da eficiência mutila a independência do julgador e imprime uma nefasta (des) fundamentação das decisões.

O tempo, concebido na esteira universalizante, também registra um papel assegurador do *status quo* no exercício jurisdicional, o que é típico do liberalismo, divorciado peremptoriamente de qualquer compromisso transformador. O distanciamento de uma jurisdição prestada em tempo razoável, firmada no caráter verossímil do direito moderno e o

compromisso com as demandas plenárias também potencializa a crise, vez que distancia o direito do efetivo alcance de seu viés material, primordialmente no que diz respeito às questões constitucionais. Aqui, logicamente, não se quer dar eco à doutrina da celeridade fundada na imposição do panóptico jurídico, dos verbetes universalizantes.

É preciso superar a concepção de tempo linear, a partir da legitimação da decisão fundada no abandono da representação do juiz solipsista. O novo modelo deve abrir as portas do Poder Judiciário e ampliar os instrumentos de participação do jurisdicionado.

Ademais, no que concerne às ciências do espírito, dentre as quais se põe o direito, uma das discussões que se estabelece diz respeito exatamente à existência de um método próprio, que lhes seja peculiar. O que se assistiu foi uma incorporação do método específico das ciências da natureza que, todavia, se revela incapaz de atender as múltiplas dimensões das ciências sociais, onde a inexatidão é a referência.

Pretender conformar esse conhecimento a métodos que privilegiem a exatidão e o rigor equivale a tolher a própria ciência, impedindo o pleno desenvolvimento de sua dimensão epistemológica. O método ainda adotado pelo direito é fruto de um mecanismo algébrico, totalmente dissonante das pretensões que devem ser almejadas pela ciência jurídica. Ao contrário, ela deve incitar a aproximação com o método das ciências históricas, próximo da diferença, da alteridade e das verdades relativas.

Mas certamente, o principal fundamento da crise jurisdicional não é a compreensão limitada da *actio romana*, mas sim a ausência de identificação de um perfil democrático na atividade judicante, o que acaba retirando a legitimidade social e ética do procedimento, precipuamente em face da inefetividade do *ius facere*. A solução preconizada tem sido a adoção de verbetes oriundos dos tribunais superiores que aprisionam conceitos e imobilizam a possibilidade de questionamento, essencial para uma ciência do espírito como é o direito. Isso se percebe, por exemplo, com o artigo 475, L, § 1º do CPC (objeto de análise), que permite a retroatividade de uma decisão para ultrajar o histórico instituto da coisa julgada.

A propósito do direito romano, outro sintoma terrificante é a dicotomia mantida entre o rito ordinário e o executivo, bem como o desprestígio que se percebe no tocante às eficácias mandamental e executiva da sentença. Classificado de forma distinta na teoria, no mundo da vida, a eficácia condenatória não difere em nada da declaratória. E embora uma das microrreformas do Código de Processo tenha inserido a fase de cumprimento da sentença, o divisor de águas permanece. Uma vez emitido, o comando condenatório não alcança o bem da vida ao vencedor. E o pior, ainda se permite que o sucumbente dê azo à fraude processual admitida pelo sistema, tornando-se insolvente. Não se olvide as cautelares de protesto contra

alienação de bens, de arresto e sequestro, nem a hipoteca judicial e a ação pauliana, mas a prática forense há muito revela que o sucesso de tais procedimentos esbarra na tradição ordinarizada do juízo. Mais uma vez testemunha-se a inaptidão do modelo romano tardio para emprestar efetividade ao processo.

Um dos motes de superação das amarras da tradição civil-privatista do processo é o reconhecimento da jurisdição constitucional como um de seus principais amparos. É preciso inverter a lógica empregada, deslocando-se o eixo da jurisdição, hoje tida como “centro” do sistema jurídico. O passo seguinte deve ser o alçar do processo à categoria de garantia, onde se põe, também, a coisa julgada. Nesse sentido, o policentrismo processual e a comparticipação, como afirmou Coelho Nunes, representam alternativas interessantes de radicalização da democracia. De fato, a jurisdição não pode ser um fim em si mesma.

Outro grave problema que se constata, esse vinculado à irresponsabilidade do ato jurisdicional e não à herança romana, é a falta de fundamentação das decisões. O fato, que constitui garantia constitucional, tem sido corrente na (negação da) aplicação do direito. Ademais, percebe-se uma balbúrdia hermenêutica que inunda a jurisdição, permeada pelos decisionismos e ainda apegada ao paradigma decisional fundado na convicção íntima (sic) do magistrado, que tempera a subsuntividade com a arbitrariedade da sentença conforme a consciência.

O julgador tem o dever de prestar contas de sua decisão (*accountability*). A jurisdição, assim, precisa ser controlada, como forma de asseguuração da plenitude democrática. E esse controle, naturalmente, não deve vir por intermédio de embargos declaratórios, que acabaram por semear um certo consenso de que decisões “mal fundamentadas” existem e impõem a necessidade da convivência. A chancela materializa-se no reconhecimento da decisão como um “ato de responsabilidade política” do Juiz – como quer Dworkin –.

A propósito, de acordo com a garantia constitucional de fundamentação das decisões, a sentença deve abordar todos os argumentos postos no processo. O magistrado precisa enfrentar as razões que amparam a versão (tese/construção hermenêutica) escolhida e a motivação da rejeição dos argumentos postos pela parte sucumbente. Aqui se materializa a razão *metonímica* de Boaventura Santos (aplicada à jurisdição por Jania Saldanha), pois a decisão se impõe como uma totalidade negando a existência doutros argumentos (experiências) possíveis. Decidir também é um ato de convencimento. Só assim se realiza a democracia.

Se não bastasse, os verbetes estandarizantes ainda “autorizam” o decisor a julgar sem fundamentação, dando ensejo ao intérprete-máquina, descrito por Lypovetsky e Lyotard. A

subsuntividade, aqui, é seguida à risca. Sob o pretexto de combate à morosidade, uniformização jurisprudencial e adoção de uma teoria dos precedentes amordaça-se a hermenêutica como condição primeira da tomada de decisões. Eis o decreto: as súmulas não podem ser interpretadas! Mesmo que elas digam que “as algemas deverão ser empregadas apenas em situações excepcionais”. Distribua-se o extrato da fala autorizada entre os policiais e os julgadores e cumpra-se, integralmente, a premissa kelseniana. Pior que isso. Em Kelsen, a subsunção pressupunha a imposição da lei, enquanto aqui é operada a partir de um conceito aprisionado a salvo de qualquer redarguição, seja do Judiciário, seja da sociedade.

Esses verbetes universalizantes/estandardizantes registram muitas variantes. A era inagurada com as súmulas consolidou-se com o efeito vinculante das decisões superiores. A (des) consideração da coisa julgada, objeto de análise da pesquisa, é a mais nova representante da categoria, com o agravante de que remete o verbete ao passado, ferindo de morte a decisão tomada, acabada, passada em julgado.

Mas não se para por aqui, o séquito da padronização segue firme arquitetando uma verdadeira linhagem de produção, bem aos moldes da herança racionalista, do modelo neoliberal e da matematização que se impõe ao direito. Para citar alguns dos instrumentos que materializam a forte tendência à estandardização vale lembrar, além das já referidas súmulas vinculantes e a relativização da coisa julgada, as súmulas impeditivas de recursos, a possibilidade de rejeição de plano e negativa de segmento de recursos alcançada aos relatores, a filtragem seletiva da admissibilidade dos recursos especiais e extraordinário, o requisito da repercussão geral, a imposição do pré-questionamento e a sentença preliminar.

Agora, com o (novo) artigo 285, IV, do Projeto de Código de Processo Civil (Ato do Presidente do Senado Federal n. 379, de 2009), em vistas de aprovação, tenta-se engendrar no ordenamento a concessão da *tutela da evidência* (uma espécie de tutela antecipada sem o risco de perigo da demora) firmada em “decisões repetitivas”. O prenúncio da morte da causa parece ter encontrando sua plena concretização, no apogeu do totalitarismo judicial, através da imposição da “vontade” dos tribunais superiores já no embrião do processo.

A impropriedade do dispositivo já inicia na terminologia. Comete-se novo equívoco na interpretação do *common law*, assim como ocorreu com a infeliz tentativa de importação da teoria dos precedentes. A evidência, no *stare decisis*, é conceituada como prova cabal, forte o bastante para amparar a decisão. Na tradição romana, apesar de pouco empregada, designa, contrariamente, o indício de prova, que serviria, v.g., para autorizar o recebimento da denúncia (indícios da autoria e materialidade do crime).

A padronização, que até então se fazia sentir apenas quando da prolatação da sentença, admissibilidade ou julgamento dos recursos, agora passa a ser razão para a extinção precoce do contra-argumento à causa. Ora, se isso não concretiza afronta ao preceito constitucional do livre acesso à jurisdição, o que caracterizará? Com ironia, diz-se que após a morte da causa viria o fim dos advogados. Ainda não se chegou ao temido decreto capital, mas bem perto disso. A (nova) determinação do Código de Processo Civil impede a já combatida realização do devido processo legal e a possibilidade de composição constitucional da lide, com o exercício do contraditório. E o provável é que não irão faltar os que defenderão a aplicação do viés inverso do dispositivo, permitindo a extinção embrionária do feito através do acolhimento negativo da tutela de evidência.

Desse modo, a uniformização da jurisprudência consolidada transforma o produto da atividade jurisdicional em novo texto de lei, instituindo uma codificação judicial axiomática.

Percebe-se assim uma jurisdição absolutista, de caráter antidemocrático, que prestigia a univocidade da norma e amordaça a liberdade de pensamento. Além disso, a standardização molda um Judiciário débil, ultrajado em sua premissa democrática primeira, a independência, num franco processo de banalização da (humana) atividade jurisdicional.

A jurisdição excepcional das cortes constitucionais (e, no caso do Brasil, de uniformização da lei federal – STJ), naturalmente, não deve fundar uma anômala terceira instância, reapreciando as matérias de ordem fática. Contudo, a aproximação dos argumentos preliminares (art. 331 do CPC) com as questões que compõem o cerne da demanda tem ocasionado um grave problema distintivo. E, nesse sentido, tem-se que não é possível segmentar o ato decisório, se apreciando as matérias exclusivamente processuais e, após, na abertura “doutro porta”, se enfrentando as questões meritórias. A hermenêutica pressupõe o *ser no mundo* e o *ser junto a*, vedando a segmentação da tomada de decisões.

De qualquer sorte, para que os tribunais superiores possam ocupar-se com questões de relevância, conveniente atentar às determinações constitucionais e impor restrições aos recursos especial e extraordinário. Agora, isso não pode implicar em negativa de julgamento, o que acaba ocorrendo com o caso das súmulas impeditivas de recursos.

A coisa julgada também tem sido ultrajada pelo afã de padronização das decisões judiciais. A caracterização desse instituto secular, assim como a jurisdição, vê-se ameaçada de intensa mutilação. Novamente empreende-se a temporalidade líquida da pós-modernidade na tentativa de, em flagrante acinte à tradição, acabar com uma garantia histórica através de espantosa instantaneidade. E isso sem um debate profícuo, nem tampouco argumento minimamente plausível.

A coisa julgada encontra vínculo direto com o devido processo legal, o direito à ampla defesa e o contraditório, que também compõem o cabedal de garantias pétreas, inclusive com a tarefa de asseguuração da democracia antitotalitária e contra-argumentativa ao Estado de Exceção. Esse rol de princípios, dentre os quais se põem a coisa julgada, constitui a base dos direitos processuais-constitucionais que ampararam a redemocratização do país e firmaram um divisor de águas com os tórridos sons dos porões da ditadura militar. Admitir a descaracterização da coisa julgada é cancelar a possibilidade de retorno ao antidemocrático, à negação das liberdades públicas.

Um Judiciário que fragiliza suas decisões a ponto de permitir que sejam afastadas por novas sentenças (não se sabe se melhores ou não) sob o prisma axiológico e decisionista da justiça (que justiça? para quem? ditada por quem?), não reflete a face da democracia que deve permear toda a jurisdição.

Mas a (des) consideração da coisa julgada também é produto-produtor da massificação das decisões. Tanto que o Código de Processo Civil regulou a possibilidade de afastamento das decisões já acobertadas pela coisa julgada por conta de posterior julgamento dos tribunais superiores acerca da matéria. O panóptico de Foucault está mais vigilante do que nunca. Se não bastasse a extensão de suas guaritas às decisões do presente, agora teima em remoçar os moribundos, impondo a fala autorizada aos processos que já receberam a completa chancela do Estado.

E o pior é que o alicerce da (des) consideração da coisa julgada parte de uma premissa equivocada do direito comparado, seja no que toca à sua implementação, como se verá a partir da doutrina de Paulo Otero e Castanheira Neves, seja no que diz respeito à base do sistema *common law*, como sustenta Streck. O artigo 475-L, §1º, do Código de Processo Civil, nessa linha, representa hipótese clara de vinculação às decisões do STF e tem como forte argumento teórico a pretensão de aproximação com a *doctrine of binding precedent*. Eis um dos graves problemas de tal sustentação: enquanto o precedente vincula o presente, os verbetes estandarizantes (nos quais se inclui a (des) consideração da coisa julgada) focam o futuro. No afastamento da coisa julgada há um efeito pretérito, potencializando ainda mais a quebra de estabilidade e o encapsulamento que a uniformização jurisprudencial produz.

Ademais, no *common law*, o emprego do *precedent* é uma consequência de um intenso debate contencioso, forjado no processo individualizado que, ao apreciar a prova e os fatos, atesta a possibilidade ou não de emprego da decisão paradigma. O julgamento superior que afeta a coisa julgada é aplicado de forma subsuntiva e dispensa toda e qualquer

possibilidade de resistência, desconsiderando inclusive a discussão da prova que já se deu no caso ora relativizado.

Também, enquanto que no *civil law* a decisão vinculante do tribunal superior é de cumprimento obrigatório, rejeitando-se qualquer possibilidade contra-argumentativa, no *common law* admite-se o questionamento do precedente, seja pela ausência de correspondência com o caso, seja pelas decisões das cortes supremas.

Vive-se a era da velocidade despersionalizante. O processo transformou-se num número. Os jurisdicionados numa soma abrupta que choca e deve ser combatida com produtividade cega. A velocidade é o mote e o conteúdo foi relegado a debate de última categoria jurisdicional.

O direito, assim, perde seu caráter literário e enfileira-se à mercantilização da cultura. Cheia de moedeiros falsos, a jurisdição distancia-se da democracia para cancelar a padronização e o perfil único, que pisoteia a diferença includente na pós-modernidade. O julgador deixou de ser produtor para transformar-se em produto. Produto de um sistema que “purifica” o intelecto e o molda à engrenagem produtiva que prima pela quantificação. É preciso produzir! É preciso decidir! É preciso jurisdicionar aos cântaros! Desimporta a peculiaridade do caso ou a personalidade da demanda (e dos jurisdicionados!).

Com pesar, é necessário reconhecer que o direito também passa por um processo de balconização. O mundo da essencialidade criada, que gesta necessidades prementes, outrora revestidas de absoluta futilidade, bateu as portas do jurídico. A ordem do dia é transformar as partes em número e sentenciar padronizadamente, a fim de fazer frente à crescente demanda que um sistema com forte vocação para o litígio verteu. A mediação é o instrumento dos fracos, pois afasta a presença do Estado. Mesmo combatido e afetado pela crise do modelo ele deve continuar presente, assegurando o monopólio da jurisdição? Parece, decisivamente, que não.

Assim como na literatura, a atividade jurisdicional verte uma simplificação impossível do complexo e busca respostas rápidas, pré-prontas, sintéticas. De fato, não há como vislumbrar numa decisão que prime por essas características um “ato de convencimento”, em cumprimento ao preceito constitucional e mesmo à premissa socrática, há muito dita. O fundamento não é importante, o argumento não conta, o que conta é a quantidade de decisões cuspidas de forma seriática, pefazendo mais uma edição do grande shopping de consumo hedonista que abriga, com seu teto gigante, todo o mundo.

O direito distancia-se das missivas errantes e aproxima-se dos espasmos entrecortados de uma fala pífia produzida na comunicação eletrônica. Rompe com o saber da

tradição, amparado nos livros, para dedicar-se à modelização e à repetição jurisprudencial sintomática. Falar de livro é fácil, é enlevo, é fascínio. É terra. É céu. Livro é poeira, é cheiro, é memória. O livro é o andar altivo, é o reviver, é o viver. O direito da pós-modernidade prescindiu da lição desperta do maior símbolo da culturalidade que se viu até então. Preferiu a busca incessante por uma decisão que “encaixe” no caso paradigma.

Mas apesar do avanço da velocidade da comunicação, da tecnologia igualizante, há esperança de que o direito resista, pela sede de cultura, pela fome de saber. Até que ponto a tecnologia representa um avanço? O mergulho no ritmo da velocidade pode verter informação genuína? Acredita-se que não. A informação é encaixotada, expremida, traduz um breve escorço. A informação instantânea encontra o limite em sua própria etimologia.

Freud disse que o que distingue o ser humano dos animais não é a razão, mas sim o desejo. Ele, o desejo, é a bússola do humano, que permite viver o presente, sem colocar o passado como futuro.

O tempo é um elemento decisivo para conformação dessa postura. E o direito tem procurado simplificar o tema do tempo com a standardização das decisões.. De fato, a pós-modernidade traz esse nítido sintoma. O homem, levado pelo tempo, pelo tempo veloz, não tem mais “tempo” para apreciar o “tempo”. O consumismo gerado pelo panóptico do mercado bateu a porta das casas, sentou-se à poltrona da sala e aí ficou. A esteriotipação (standardização) do próprio homem, o processo de igualização e a perda do significado das coisas ofertam a roupagem da crise de identidade que se atravessa, mas que se quer superar.

I PRISIONEIROS DA LIBERDADE: A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO-RACIONAL NA INEFICÁCIA/INEFICIÊNCIA¹ DA JURISDIÇÃO

“Encontramos a mais alta beleza na lixeira da história, ali onde repousam os desdenhados, os ninguém, os que têm voz mas não são ouvidos. Elas e eles são os que fulguram com as luzes mais deslumbrantes no ignorado arco-íris da terra”.

Eduardo Galeano

O Estado Moderno enfrenta uma crise de identidade, uma vez que não foi gestada teoria política capaz de fundar a conceituação do perfil alcançado por este Estado que, ora tutela liberdades públicas, ora percebe os direitos sociais enquanto baluartes da cidadania, ora põe-se como mínimo, refém das vicissitudes do mercado.

As crises do Estado Moderno – conceitual, estrutural, institucional, funcional e de representação – contextualizam a crise jurisdicional, que denota a ausência de perspectiva de eficácia social das teorias da decidibilidade, cuja própria validade ética tem sido questionada. A (re) formulação da concepção de democracia jurisdicional, no sentido de reconhecer-se a plausibilidade de uma jurisdição democrático-constitucional, alterando-se o fundamento jurisdicional ortodoxo calcado na teoria do vencido-vencedor, com o fito de alcançar

¹ Importante mencionar, nessa esteira, a necessária distinção entre ineficácia e ineficiência. Nesse sentido, Jania Maria Lopes Saldanha relaciona a primeira ao modelo de processo pensado para atender as demandas individuais e privadas do século XIX, apontando que a segunda denota a imposição de implementação do afã neoliberal, calcado precipuamente nos critérios quantitativos que, a partir das premissas ditadas pelo Banco Central, espraiam-se para todas as áreas da economia e do próprio Estado. Ver: SALDANHA, Jania Maria Lopes. A Influência do Neoliberalismo na Jurisdição: A Difícil Sintonia entre Eficiência e Eefetividade. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e Processo III*. Estudos em Homenagem a Ovídio Baptista da Silva. p. 44-77.

legitimidade social à teoria da decidibilidade, fazendo com que as pessoas “*sintam-se escutadas pelo Estado-Juiz*”², revela uma das formas de (re) democratização do ato judicante, fortalecendo seu caráter inclusivo.

Nessa esteira, parece indispensável perceber a jurisdição em sua dimensão histórica e ideológica, explicitando seu conteúdo e contextualizando-a diante das crises do Estado Moderno, reconhecendo a necessidade de democratização do ato jurisdicional e de temporalização do direito – religação com o passado – mediante a (re) construção da verdade das teorias da decidibilidade, minimizando-se a interferência do paradigma liberal-mercadológico e valorizando-se a aplicação dos direitos sociais e individuais, com o escopo de firmar políticas inclusivas.

O paradigma liberal-individualista, nessa quadra da história, registra um conflito permanente com o Estado Social, que privilegia a tutela dos direitos difuso-coletivos. Esse embate alcança, também, o Judiciário, que tem registrado uma proximidade conceitual cada vez maior com o poder Executivo, em que pese a clara distinção das atribuições, cunhada desde Montesquieu³. Claro que quando se menciona a teoria da tripartição, não se pretende emprestar a ela caráter absoluto, nem tampouco delegar-lhe a tarefa de último baluarte do Estado. É notória a demonstração de suas fragilidades ao longo do tempo. Mas a crise do Estado, que tem norteado o debate contemporâneo, ainda não rechaçou a idéia de Montesquieu, por ausência doutra que se revele mais compatível, apesar do Ovídio Baptista da Silva a considerar uma quimera e as decisões judiciais afastarem cada vez mais os traços genéticos da tripartição.

A prevalência do critério econômico nas decisões estratégicas do Executivo tem influenciado, sobremaneira, o fundamento decisório dos tribunais, mormente no que toca ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que tem se colocado como co-responsável na assegurar a estabilidade econômica do país e equilíbrio do Erário, rejeitando, por vezes, a idéia de reconhecimento dos direitos fundamentais. Cá se diga que o propósito da colocação não é

² Como propõe Warat, ao reinventar a dogmática jurídica, através da percepção do outro: “Olhar é sempre um esforço para obter, desde o presente, sentidos para o passado; seria aquela releitura que trata de evitar que o nosso desejo repita o passado no presente, que é sempre uma forma de tentar eliminar o presente pela melancolia de não aceitá-lo como diferente. A repetição do passado nos impede de receber os sinais novos, determina a morte do pensamento, do sentimento e da ação. Em síntese, nos aliena, nos exclui ou nos devora. Repetir o passado é uma forma de esgotar o presente, de desestimar sua força criativa, de introduzir uma pulsão destrutiva: uma forma de instalar a apatia e o cinismo como condições de transmodernidade. Um eterno presente de sobrevivência e um futuro indecifrável” (WARAT, Luis Alberto. *O Outro Lado da Dogmática Jurídica*. In: _____. *Epistemologia e Ensino do Direito: O Sonho não Acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 2v. p. 173-4.)

³ Ver: MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Traduzido por Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Textos selecionados. Curitiba: Juruá, 2001.

firmar a impertinência da vocação política dos tribunais constitucionais, mas sim a influência perniciosa do Executivo, que alcança a proteção da estabilidade estatal através das decisões de preservação da ordem tributária, do sistema financeiro e do orçamento público.

Nesse talante, a macro e microeconomia de matriz keynesiana, cuja influência no sistema econômico estatal e privado tem chegado à jurisdição, em franco caráter de perversidade, porquanto alçada à equivocada categoria de razão de fundamento, registrando desigual embate com os direitos sociais, cuja antinomia não sugere nem sequer a necessidade de conflito, uma vez que os segundos registram classificação em categoria inquestionavelmente superior, deve ter seu alcance limitado, cingindo-se, no que toca à questão de justificação, à sustentação das políticas estatais inclusivas.

Assim, o rumo da política econômica, cujo nascedouro dá-se no poder executivo, tem encontrado, no Judiciário, reflexos que não poderiam se fazer sentir, já que integram ações típicas do poder executivo, cujo fundamento contempla a proteção dos direitos e garantias fundamentais, tarefa que denota o precípua mister do Estado-Juiz, sendo vedada a sua afastabilidade programática.

Claro que não se pretende lançar mão da idéia analítica de que a economia registra nicho de atuação determinado, e, em razão disso, não pode influenciar o Direito, sob pena de estar-se chancelando a aplicação de uma matriz positivista-ortodoxa calcada na teoria pura do direito de Kelsen⁴, que alinhavada a uma visão cartesiana-linear, não registra pertinência na (pós) modernidade⁵, já que prevalece a concepção que reconhece as diversas áreas científicas como partes do todo, e portanto, potenciais produtores de interferências, que levam a influências mútuas.⁶

⁴ Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁵ Uma das definições mais adequadas de pós-modernidade é a de Stuart Hall. Como ele propõe: “O sujeito pós-moderno não tem uma identidade fixa, essencial ou permanente. A identidade torna-se uma ‘celebração móvel’: formada e transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais que nos rodeiam. É definida historicamente, e não biologicamente. O sujeito assume identidades diferentes em diferentes momentos, identidades que não são unificadas ao redor de um ‘eu’ coerente. Dentro de nós há identidades contraditórias, empurrando em diferentes direções, de tal modo que nossas identificações estão sendo continuamente deslocadas. Se sentimos que temos uma identidade unificada desde o nascimento até a morte é apenas porque construímos uma cômoda estória sobre nós mesmos ou uma confortadora ‘narrativa do eu’. A identidade plenamente unificada, completa, segura e coerente é uma fantasia. Ao invés disso, à medida em que os sistemas de significação e representação cultural se multiplicam, somos confrontados por uma multiplicidade desconcertante e cambiante de identidades possíveis, com cada uma das quais poderíamos nos identificar – ao menos temporariamente. (HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. Traduzido por Tomaz Tadeu da Silva Guacira Lopes Louro. 7. ed. Rio de Janeiro: D & P, 2002. p. 12-3.)

⁶ Tal interpretação encontra fundamento na dialética e, também, com matizes distintos, na teoria sistêmica. O propósito da referência, entretanto, cinge-se à necessidade da consideração do pluralismo, no local e do global, dos espaços regionais do Estado e dos espaços que provêm da vontade geral, de ordem constitucional.

No tocante à pós-modernidade, impõe-se ainda trazer a visão firmada nos paradoxos, de Lyotard, como complemento às definições de Stuart Hall:

[..] o traço surpreendente do saber pós-moderno é a imanência a si mesmo, mas explícita, do discurso sobre as regras que o legitimam. O que pôde passar ao final do século XIX por perda de legitimidade e decadência do ‘pragmatismo’ filosófico ou no positivismo lógico não foi senão um episódio, por meio do qual o saber ergueu-se pela inclusão no discurso filosófico do discurso sobre a validação de enunciados com valor como leis. Viu-se que essa inclusão não é uma operação simples, ela dá lugar a ‘paradoxos’ assumidos como eminentemente sérios e a ‘limitações’ no alcance do saber que são, de fato, modificações de sua natureza.⁷

A partir dessas matrizes conceituais busca-se reconhecer que a forma de condução de decidibilidade engendrada pela Corte Suprema em *terrae brasilis* não alcança fundamento jurídico plausível frente à compreensão de democracia da modernidade, fundada na idéia de pluralismo e, precipuamente, tendo os princípios constitucionais como alicerces primordiais da limitação do poder do Estado, com o fito de assegurar a preservação incondicional dos direitos e garantias fundamentais. A solução do Estado, porquanto, a par da celeuma e das vicissitudes, deve passar, invariavelmente, pela consideração da Constituição, mas primordialmente pelo exame atendo do perfil do Estado moderno, no sentido de questionar-se até que ponto sua crise de identidade contribui para a exclusão. O *Welfare State* fez com que o liberalismo admitisse a modificação de alguns paradigmas de mercado, reconhecendo o papel social do Estado. Todavia, a igualdade, que normativamente passou a ladear a liberdade, com o passar do tempo, acabou por abarcar a primeira, vez que a miséria e a exclusão percorrem um caminho crescente e, em que pese a profetizada igualdade de oportunidades – base do liberalismo –, a distância entre países ricos e as nações pobres e seus desafortunados torna-se cada vez mais substancial.

A concepção que provém especialmente do constitucionalismo é a de que a idéia de Estado de Direito democraticamente concebido não pode prescindir nem da visão liberal⁸, alicerçada no respeito às diferenças imanentes a uma sociedade plural e heterogênea e tampouco da visão dos comunitaristas, fundada no direito à igualdade, na concepção de organizações sociais que compartilham interesses comuns. Entretanto, a pretensão normativa não tem encontrado receptividade na *práxis* política, econômica e mesmo jurídica. A verdade é que mesmo os países que registram governos de índole e pretensão socialista – mormente na

⁷ LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000. p. 100.

⁸ A concepção de liberalismo aqui empregada firma-se nos direitos de primeira geração, as denominadas liberdades públicas, que tutela a liberdade de pensamento, a liberdade econômica e os direitos individuais em geral.

Europa – acabam por sucumbir ao mercado, priorizando a liberdade e convivendo passivamente com o aumento amazônico da miséria.

Cá se diga que não há identificação de uma tendência de retorno ao marxismo, na condição de teoria econômica, a qual sucumbiu; sem embargo, impensável conceber que a idéia de um neo-constitucionalismo liberal-social possa açambarcar com identidade de valores e plenitude de relevância a liberdade e (também) a igualdade.

E, nessa linha, faz-se necessário perceber que o *locus* da teoria econômica é próprio, e, embora o Direito não prescindia de um exercício interpretativo que contemple os efeitos produzidos pela economia, não pode adotar como *razão de fundamento*, como esteio da teoria da decidibilidade, o fator econômico.

Assim, a contribuição econômica para o Direito deve dar-se no sentido de compreender os fundamentos da vida humana e funcionamento dos sistemas sociais. Sem embargo, esse caráter interpretativo, essencial inclusive ao ato jurisdicional, não pode alicerçar o arrimo decisional, mormente quando se cuida de conflito entre os interesses econômico-mercadológicos do Estado (de concepção liberal) e os de caráter social (*Welfare State*), especialmente no tangente à inclusão.

Além disso, no tocante à crise jurisdicional, indispensável lembrar que o Direito Contemporâneo aviventa, ainda, a idéia privatista herdada no Direito Romano, ao passo que não reprime a discricionariedade⁹ constitucional do provimento jurisdicional, a possibilidade de interpretação, o desapego à influência vertical da lei e a condição de possibilidade de construção de uma interpretação horizontal, arrimada na democratização. A esse teor, assevera Jania Saldanha, ao precisar a vinculação entre a ineficácia do processo e a malfadada herança romana:

A ineficácia, portanto, pode em parte ser associada a um modelo de processo pensado para atender litígios individuais e de natureza privada no século XIX. Nesse registro, foi um processo criado para resolver litígios entre devedores e credores, cujo resultado final não poderia deixar de ser apenas uma condenação. De certo modo, esse tipo de processo continua compatível com as demandas individualistas da época atual. Porém, sensíveis são as diferenças relativamente às

⁹ Nesse viés, pertinente a crítica de Lenio Streck aos decisionismos e arbitrariedades do Judiciário, que vive uma era dos princípios, que, contudo, mantém as matrizes positivistas, substituindo a subsunção pela ditadura do discurso prévio. Como assevera Lenio: “[...] se é inexorável que, a partir do segundo pós-guerra, diminui o espaço de liberdade de conformação do legislador em favor do controle contramajoritário feito a partir da jurisdição constitucional, é exatamente por isso que devem ser construídas as condições de possibilidade para evitar discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos, ou seja, o constitucionalismo destes tempos pós-positivistas assenta seus pilares no novo paradigma lingüístico-filosófico, superando quaisquer possibilidades de modelos interpretativos.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 339.)

demandas condenatórias da época romana ou a te mesmo da nascente da sociedade industrial do século XIX.¹⁰

Almeja-se também a superação do paradigma racionalista, de ordem cartesiana-linear e da compreensão da comprovação de indubiedade científica arquitetada por Platão¹¹, com fundamento na lógica da certeza, mediante o reconhecimento da verossimilhança, da quase certeza e do efetivo rompimento com a ilusão da verdade, através da recuperação da compreensão aristotélica.¹² Como pondera Ovídio Baptista:

Enquanto pensarmos o Direito como uma questão lógica, capaz de ser resolvida como qualquer problema matemático; enquanto não perdermos a ilusão de que a lei – fruto, como o sistema pressupõe, de um legislador iluminado – tenha univocidade de sentido, a Universidade conservar-se-á imutável em sua metodologia jurídica, fornecendo ao sistema contingentes de servidores, aptos para a tarefa de descobrir a inefável ‘vontade da lei’, a que se referia Chiovenda e que, para nosso tempo, confunde-se com a ‘vontade do poder’.¹³

Nesse mesmo sentido, quer-se superar a idéia de tempo linear, de matriz newtoniana, através do rompimento da relação passado/futuro, antes/depois, viabilizando uma retemporalização do direito, em busca da adequada compreensão da jurisdição, contribuindo, também, para sua democratização.

Doutro lado, o método utilizado hodiernamente, que mantém a idéia de necessidade de alcance da verdade absoluta, o que reflete, incondicionalmente, no direito, também acaba por condicionar as teorias decisórias, porquanto retira o caráter verossímil imanente, típico da modernidade e das ciências do espírito, dentre as quais se inclui o direito.

Aqui, portanto, não merecem lugar a busca da verdade real, o instrumentalismo processual e a standardização. Os tribunais não podem partir de um marco zero de sentido e simplesmente “criar” uma (nova) tese, numa concepção darwiniana, como se o ato de julgar constituísse uma experiência de laboratório pensada fisicamente. Fundamental, nesse sentido, firmar a dessemelhança entre eficácia e eficiência, especialmente na esteira do pensamento de Gaiger¹⁴, Chevallier¹⁵ e Jania Saldanha¹⁶. Saldanha relaciona a (pretensa) eficácia ao padrão

¹⁰ SALDANHA, Jania Maria Lopes. *A Influência do Neoliberalismo na Jurisdição: A Difícil Sintonia entre Eficiência e Eefetividade*. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). p. 51.

¹¹ PLATÃO. *Crátilo*. Diálogo sobre a Justeza dos Nomes. Traduzido por Pe. Dias Palmeira. 2. ed. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1994.

¹² ARISTÓTELES. *Rhétorique*. Traduit par Médéric Dufour. Paris: Societé D’Édition. “Les Belles Lettres”, 1932.

¹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p 53.

¹⁴ Ver: GAIGER, Luiz Inácio. Eficiência. In: CATTANI, Antonio David. LAVILLE, Jean-Louis. GAIGER, Luiz Inácio. HESPANHA, Pedro. *Dicionário Internacional de Outra Economia*. Coimbra: Almedina, 2009.

¹⁵ Ver: CHEVALIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

processual forjado para fazer frente às demandas individuais, sendo a busca da eficiência fruto da concepção universal gestada pelo Banco Mundial, que almeja deitar suas garras em todo o planeta, sempre norteado pelos critérios quantitativos.¹⁷

Luiz Inácio Gaiger critica o conceito de eficiência produzido pelo neoliberalismo, vez que voltado apenas para critérios econômicos. Propõe a abertura do alcance da palavra para quesitos que remetam à valorização dos benefícios sociais e à incorporação de justificativas não-financeiras. Nesse cenário, a valorização do humano, a preservação do ambiente e a qualidade de vida constituem elementos essenciais.¹⁸

A visão de eficiência, dessa forma, deve registrar vínculo estreito com a eficácia pretendida. Não a eficácia neoliberal, que considera apenas paradigmas quantitativos, mas sim aquela que propõe o debate contencioso, com o escopo de discutir os “fins a serem alcançados e as possibilidades de atingi-los”.¹⁹ Como assevera Gaiger:

[...] a eficiência pode ser incluída no conjunto de meios que, além da reprodução simples dos indivíduos e da preservação da sua vida biológica e social em níveis moralmente aceitáveis, promovam a *reprodução ampliada da vida*. Esse desenvolvimento apresenta-se durável e sustentável no tocante à qualidade de vida que contempla, além dos aspectos materiais, o nível consciente dos desejos, o acesso igualitário a um sistema de justiça e o abrigo contra a repressão política, às violências física e psíquica e outras fontes de sofrimento.²⁰

A partir do reconhecimento da necessidade de alcance de validade ético-social ao ato jurisdicional e de uma (nova) concepção de eficácia, necessário combater a ideia de recepção dos aspectos econômico-liberais enquanto fundamento de decisão, mediante a consideração incondicional dos direitos sociais e fundamentais, tendo como referência o Estado Constitucional.

¹⁶ Ver: SALDANHA, Jania Maria Lopes. A Influência do Neoliberalismo na Jurisdição: A Difícil Sintonia entre Eficiência e Efetividade.

¹⁷ Idem.

¹⁸ GAIGER, Luiz Inácio. Eficiência. p. 169.

¹⁹ Idem. p. 170.

²⁰ Idem

1 O *locus* da Crise Jurisdicional: As Teorias²¹ que Arrimam o Estado Moderno

O século XX firmou definitivamente a concepção de que o Estado enfrenta uma crise, especialmente no que toca à sua identidade. Essa busca da identidade perdida é um dos maiores desafios que vem se pondo na modernidade e, ao revés do alcance de uma solução, o Estado representa um número cada vez mais significativo e complexo de matizes, sendo que nenhum desses modelos revela-se capaz de atender às novas demandas sociais que vão surgindo. As matrizes, por ora consideradas, abarcam os liberais, os republicanos, os libertários e os crítico-deliberativos, todos eles com amplo amparo teórico-jurídico, mas que, infelizmente, não tem conseguido impingir, ao menos individualmente, uma identidade estatal capaz de suprir as crescentes necessidades sociais da pós-modernidade.

O Estado Moderno, cujo surgimento deu-se a partir do século XVI, desde então, tem empreendido um processo de busca de seu *locus* e o fato de ter passado por sucessivas transformações acabou por impedir a identificação de uma evolução cronológica, que descurasse dos elementos espaciais e das dificuldades de implementação das propostas de modelos que foram paulatinamente erigidas. De qualquer sorte, se é bem verdade que um sem-número de agruras existem quando se busca dizer o que o Estado é hoje, também é verdade que existem pontos comuns no sentido de encontrar elementos que definitivamente não são contemplados pelo Estado Moderno. Nesse viés, as alterações weberianas de Giacomo Marramao, que aborda o tema da secularização do Estado:

O desenvolvimento da moderna sociedade européia ocidental é representado – pela primeira vez explicitamente e de forma completa – por Max Weber como “processo de secularização” (*Säkularisationsprozess*). Todavia, a adoção desta expressão é marcada por uma ambivalência estrutural: por *um lado*, ela remete a uma *reconstrução geral unitária* das vicissitudes da cultura do Ocidente, destinada a exercer forte influência sobre a reflexão posterior; por *outro*, porém, este mesmo programa “reconstrutivo” constitui-se em nítida *ruptura com a filosofia da história* do século XIX, seja em sua versão “idealista” (Hegel), seja na versão “materialista” (Marx).²²

Por sinal, o desestado, a idéia de que o poder passou a integrar a sociedade, deixando aos poucos lugares cativos que tinha no Estado, também fez com que se repensasse o papel estatal. E, em que pese a posição firmada, no sentido de que a solução do Estado passa pelo Estado, pode-se ter, em ilação, de que o *locus* estatal ainda não alcançou contornos com

²¹ As principais teorias consideradas no texto são a liberal, a republicana, a dos libertários, dos comunitarista e a dos crítico-deliberativos, cujos fundamentos e autores basilares serão declinados ao longo do presente capítulo.

²² MARRAMAIO, Giacomo. *Céu e Terra*. Traduzido por Guilherme Alberto Gomez de Andrade. São Paulo: UNESP, 1997. p. 47.

caráter de definitividade. Aliás, muito pelo contrário; como afirmado antes, o Estado está em busca da identidade perdida, perseguida pelo capitalismo e pelo socialismo, que experimentou os temperos de um liberalismo nefasto, o qual se tornou novo (neoliberalismo), mas com as velhas mazelas e um Estado Social, sufocado pela ordem mundial. Este último teve seu alcance significativamente reduzido pelos critérios econômicos de gestão corporativa mundial, os quais transformaram as políticas sociais em “migalhas” necessárias à manutenção do *status quo*, do equilíbrio dos índices de consumo e da preservação da burguesia diante da crescente violência nos centros urbanos. A propósito, Zygmunt Bauman, cuja produção bibliográfica tem se ocupado detidamente com os reflexos sociológicos da sociedade de consumo, onde o medo e a liquidez estão cada vez mais presentes, aduz:

A economia consumista se alimenta do movimento das mercadorias e é considerada em alta quando o dinheiro mais muda de mãos; e sempre que isso acontece, alguns produtos de consumo estão viajando para o depósito de lixo. Numa sociedade de consumidores, de maneira correspondente, a busca da felicidade – o propósito invocado e usado como isca nas campanhas de marketing destinadas a reforçar a disposição dos consumidores para se separarem de seu dinheiro (ganho ou que se espera ganhar) – tende a ser redirecionada do *fazer* coisas de sua *apropriação* (sem mencionar seu armazenamento) para sua remoção – exatamente do que se precisa para fazer crescer o PIB.²³

Bauman traduz a imposição do novo pelo novo, restando suprimido o critério da necessidade. No exercício da “cidade invisível de Leônia”²⁴, de Ítalo Calvino, as pessoas assumem, na pós-modernidade, o rótulo de coisas. Esse processo de mercadologização do homem, vertido das pretensões fúteis, desprovidas de fundamento humano e imbuídas de obtenção de status, de significação social e de dispêndio, oferece cunho visionário a José Saramago, na medida em que já vivemos a cegueira anunciada.²⁵

A crise do Estado passa, também, pela constatação de que o fisiologismo e o personalismo tornaram-se características correntes na modernidade, relegando o caráter *programático* de alternativas ao Estado a ator coadjuvante. No mais, a evolução tecnológica, em que pese os avanços que tenha patrocinado, fundou a burocratização do mundo e uma nova concepção do papel do homem nos processos desenvolvimentistas. Como pondera Ovídio Baptista da Silva:

A ambiciosa criação de um mundo social em que os homens não seriam mais dirigidos pelos homens, e sim pelas leis, acabou por submeter os homens às

²³ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o Consumo: A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 51-2.

²⁴ Idem, p. 52.

²⁵ Ver: SARAMAGO, José. *Ensaio Sobre a Cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

suas máquinas, consequência, de resto, imanente como tendência profunda, nas filosofias *mecanistas* [...].²⁶

Nessa esteira, premente o exame das crises do Estado Moderno, com o propósito de compreendê-lo e, também, estabelecer critérios na busca dessa identidade perdida.

A primeira das crises é a *conceitual*. A soberania do Estado, desde Rousseau, fulcra-se na vontade geral, que ampara a transferência de poder do povo ao soberano, com forte acento moral. O que ocorre, contudo, em face da atitude centrífuga²⁷ de dispersão dos locais do poder e em face do surgimento das ONGs, associações, parcerias público-privadas e dos blocos econômicos, é a necessidade de um (re) pensar da soberania do Estado. Internamente, a descentralização há muito vem sendo implementada e externamente, a economia – sempre ela – impulsionou os países na busca do fortalecimento do papel negociador na esfera internacional, estabelecendo grupos de interesses. Dessa forma, a globalização exerce caráter mutante no esteio precípua da definição do Estado, a soberania, dando azo ao chamado Estado-Região, que enfraquece o paradigma do Estado-Nação.

Noutra senda, o cunho universal dos direitos humanos também fez com que houvesse um “reco” na idéia de soberania, já que a necessidade de fixação de um catálogo indiferente à realidade de cada país causou uma interferência direta nos princípios norteadores do Estado. Como dizem Bolzan e Streck, “os direitos humanos são universais e, cada vez mais se projetam no sentido de seu alargamento objetivo e subjetivo, mantendo seu caráter de temporalidade.”²⁸

A *crise estrutural*, por sua vez, funda-se nas dificuldades do *Welfare State*, que, parece, ainda é o modelo de Estado que oferece guarida mais sólida ao Estado Constitucional, já que, como assevera Angela Espindola, “o estado liberal, cuja semente foi burguesa, adotava a mesma retórica do Estado Absolutista, particularizada pela fundamentação da Soberania não em Deus (poder divino do monarca), mas antes no povo.”²⁹

Como apontam Bolzan e Streck, existem pontos de unicidade, mas também de dessemelhança no Estado Social:

O modelo constitucional do *Welfare State* principiou a ser construído com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, contudo, não tem uma

²⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 117.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 139.

²⁸ Idem, p. 146.

²⁹ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A Crise Conceitual e a (Re) Construção Interrompida da Soberania: O Fim do Estado-Nação? In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org). *O Estado e suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45.

aparência uniforme. O conteúdo próprio desta forma estatal altera, se reconstrói e se adapta a situações diversas. Assim é que não se pode falar em “o” Estado de Bem-Estar, dado que sua apresentação, por ex. americana – do Norte – é claro – se diferencia daquela do *État-Providence* francês. Todavia, é correto pretender que há um caráter que lhe dá unidade, a intervenção do Estado e a promoção de serviços. Ou seja, o Welfare State seria aquele Estado no qual o cidadão, independentemente de sua situação social, tem direito a ser protegido [...]. Seria o Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político.³⁰

A crise estrutural do *Welfare*, a par da disparidade e unidade conceitual, firma-se, precipuamente, nas dificuldades apresentadas no custeio dos direitos sociais. Os governantes, por sua vez, têm buscado alternativas mediante a implementação de práticas idênticas e reiteradas, que passam pelo aumento da carga tributária, privatizações, concessões, parcerias público-privadas e reestruturação do aparato estatal, com vistas à diminuição de gastos do Erário, o que pode ser constado, por exemplo, através do programa PDV, implementado no Rio Grande do Sul pelo governo de Antonio Britto ou a demissão dos servidores da Emater-Ascar, ocorrida no governo Yeda Crussius.

Contudo, exemplos como a privatização da Vale do Rio Doce e a concessão inicial de rodovias no Rio Grande do Sul demonstram que as “alternativas” apresentadas ao Estado Social não tem se revelado muito profícuas.

Por fim, vale dizer que o combate à burocratização dos serviços estatais e a democratização do acesso³¹ podem viabilizar um combate à crise estrutural do Estado de Bem Estar Social bem mais qualificado do que a proposta corrente de embate financeiro-financista que os “economistas” dos governos têm patrocinado nos últimos tempos.

A *crise constitucional* ou institucional parece conseqüência das outras crises. Se o modelo de Estado não funciona, inevitavelmente, a Constituição acaba tendo seu alcance reduzido, o que naturalmente fragiliza a democracia. Ademais, a fidelidade ao padrão liberal-burguês acaba por sufocar os dispositivos constitucionais que arrimam o *welfare state*, privilegiando as liberdades públicas em detrimento dos processos de igualização, indispensáveis, especialmente, aos países de modernidade tardia como o Brasil. O mercado, por sua vez, continua a influenciar o Estado e o Judiciário, reclamando das estruturas públicas – no que é atendido plenamente – a manutenção do *status quo*, que ampara a concentração de riqueza e o aumento da miserabilidade. Como aponta Wilson Engelmann:

³⁰ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*. p. 149-50.

³¹ Idem, p. 151.

Surge, assim, a *Lex Mercatoria* e o *Direito de Produção*, que podem ser catalogadas como um direito reflexivo, ou seja, “um direito procedente de negociações, de mesas redondas etc, constitui uma tentativa para encontrar uma nova forma de regulação social, outorgando ao Estado e ao direito um papel de guia (e não de direção) da sociedade”. Esse direito criado pela sociedade transnacional, que reduz o papel de atuação do Estado, assim como afeta a sua produção jurídica – especialmente a norma constitucional – cria uma concorrência e a gradativa perda de espaço dessa última.³²

A *crise política ou representacional* firma-se na limitação da contribuição da democracia grega, que, na modernidade, acaba por constituir-se num paradigma simbólico. A evolução tecnológica e a complexidade das estruturas do Estado acabaram por reconhecer uma insuficiência da representação enquanto instrumento efetivo da democracia. Ao mesmo tempo, os processos de democracia direta estão assaz distantes de representar um grau de efetividade plausível.

Assim, o certo é que o sistema político não consegue acompanhar a evolução da sociedade, nem tampouco materializar a democratização das estruturas que foram erigidas pelo Estado Moderno. Se não bastasse, o *mundo* tem se revelado pouco prodigioso e criativo no tocante à criação de (efetivamente) novos modelos de governo. Foi deflagrado um processo de igualização perversa das propostas de governo, o que acaba por limitar a semântica da “escolha” do cidadão no exercício livre do sufrágio na democracia representativa. As eleições dos EUA e as eleições argentinas, que reconduziram a família Kirchner ao poder, são exemplos dessa realidade, que se traduz num processo de desinteresse geral nos procedimentos eletivos e no que pode se denominar de despolitização coletiva ou relegação da política à matéria de interesse secundário.

Por fim, a *crise funcional*, que representa uma espécie de autofagia do Estado, já que um poder acaba por firmar sua sobrevivência à custa do outro³³. A concepção de Montesquieu, efetivamente, registra problemas evidentes de aplicação. Parece, contudo, que tal fado arrima-se muito mais nos equívocos de gestão do que na constatação de falhas da Teoria do Estado. A confusão entre as tarefas designadas ao Executivo, Legislativo e Judiciário, hoje, é generalizada. A atuação do Judiciário enquanto poder discricionário, quando, avançando na legitimidade eletiva do Chefe do Executivo determina critérios de prioridade de gestão, redirecionando investimentos públicos, é um dos retratos dessa crise. A condução judiciosa e a tentativa de politização do jurídico protagonizada pela onda de CPIs

³² ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: A Linguagem e os Direitos Humanos como Condição de Possibilidade para Preservar o Papel da Constituição no Mundo Globalizado. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org). *O Estado e suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 236.

³³ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*. p. 156.

que o Brasil tem vivenciado nos últimos anos é outro exemplo da *aporia*. O governo Yeda Crussius também tem sido depositário de fatos que demonstram essa crise, cabendo apontar a discussão orçamentária protagonizada com o Tribunal de Justiça nos dois primeiros anos da gestão, o conflito do corte e estabelecimento de teto salarial, desta feita entre governo estadual e tribunal de contas, durante todo o mandato e a própria disputa com o Ministério Público Federal, que, além de contornos jurídicos, alcançou uma dimensão política.

Essa reflexão, parece, não deve levar à morte do Estado³⁴, mas sim a um redimensionamento de seu perfil. Ou seja, a solução passa, inexoravelmente, pelo Estado. “O Estado não está morrendo, mas passa por uma desregulação, seja quanto aos seus espaços abertos (em termos regionais), ou no plano de sua soberania.”³⁵

Acrescenta-se às crises elencadas a jurisdicional, que se põe como um tópico peculiar das crises do Estado Moderno ou como um subproduto da crise funcional e constitucional. Isso porque o Estado-juiz, diferentemente do Estado-Executivo, desde a clássica teoria de Montesquieu³⁶, não traz dentre as suas características a tarefa de assegurar a execução de provimentos sociais imediatos, que atentam às demandas postas. A atividade judicante busca sim, além de solver os conflitos de ordem privada, assegurar a proteção dos interesses coletivos e difusos, mesmo que para isso seja necessário compelir o poder público à execução de obras e serviços, respeitado o princípio administrativo da discricionariedade e os limites da judicialização do político, tendo como balizes os princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e da razoabilidade.

Dessa forma, pode-se dizer que o ato jurisdicional não traz em si a solução para o conflito, mas apenas a determinação que, quando executada, face à legitimidade da decisão, produzam-se efeitos no sentido de assegurar a paz social, cujo alicerce encontra clareza já no pensamento de Rosseau.³⁷ Essa paz social, do ponto de vista jurídico, denota o efeito que a “palavra” dita pelo Estado produz ao jurisdicionado. A certeza de que haverá uma sentença, de que a Constituição veda ao Estado a negação da jurisdição e de que é preciso “dizer o direito”,

³⁴ Em que pese existam posições distintas, como a defendida por Federici, que afirma ser possível pensar na morte do Estado. Segundo ele, a falta de vontade política frente aos fenômenos apresentados pela globalização, a perda da exclusividade funcional e da soberania fomentam a sua fragmentação e diluição. Porém, Federici pondera que o Estado de morrer para viver, ou seja, seu passamento representa a necessidade de uma transformação profunda, que absorva os elementos históricos distantes do Estado na modernidade. (FEDERICI, Mario. *Las Transformaciones Finiseculares del Estado*. Foro Político. Revista Del Instituto de Ciências Políticas. Cátedra Ortega. Universidade del Museo Social Argentino, v. 28, abr. 2000 p. 100.)

³⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. Crise Funcional: Morte ou Transformação do Estado? In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org). *O Estado e suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 139-40.

³⁶ Ver: MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*.

³⁷ Ver: ROSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Traduzido por Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

traduz a primeira conquista. Para que se perfectibilize a paz, contudo, é preciso que esse direito dito seja devidamente fundamentado – por sinal, outra garantia constitucional – e em tempo razoável, a fim de que não seja perdida a dimensão do fato e partida uma das características essenciais da justiça.

É cediço que o Direito Romano, em sua versão medieval – *ordo judiciorum privatorum* –, que, ao lado do Direito Canônico, contrapunha-se ao germânico³⁸, calcava-se na tutela dos interesses individuais, uma vez que a concepção de “interesses coletivos” não permeava o processo civil tradicional. Assim, embora o poder público já admitisse os “direitos coletivos” enquanto dever, organizando-se nesse sentido, o Estado-Juiz não registrava essa concepção, efetuando, assim, uma jurisdição privada. Ovídio Baptista da Silva critica um dos reflexos dessa influência:

O singular fenômeno que acabou plasmando o direito moderno da tradição romano-canônica foi conseqüência do trabalho dos compiladores medievais, que acrescentaram às duas formas de obrigação – o delito e o contrato – as ditas ‘obrigações legais’, sob a consideração de que nos tornamos *obrigados* não apenas pelo contrato ou pelo delito, mas também pela lei. Ora, se qualquer norma jurídica impõe-nos uma *obrigação*, a desobediência a qualquer delas resultará em *condenação*. Manteve-se, assim, exageradamente ampliada a estrutura do procedimento privado da *actio* romana: a toda obrigação corresponderá uma condenação, o que decorrerá sempre que alguma disposição legal seja violada, posto que a lei impõe-nos uma ‘obrigação’.³⁹

A exegese, que prevê uma interpretação gramatical da lei, com rígidos limites de emprego, e que ainda norteia a jurisdição contemporânea, próxima do Estado liberal-privatista, põe-se na contramão da prestação jurisdicional pública, realizadora dos Direitos Fundamentais e asseguradora da inclusão social.

Mas certamente que o principal motivador da crise jurisdicional não é a compreensão limitada da *actio romana*, bem como da dogmática processual tradicional, mas sim a ausência de um perfil democrático na atividade judicante, o que acaba retirando a legitimidade social e ética do procedimento, precipuamente pela inefetividade do *ius facere*, ou seja, a morosidade ou mesmo a não realização dos provimentos oriundos do comando sentencial. Essa, a gênese da chamada crise de autoridade do ato decisional. Como aponta Ovídio Baptista da Silva:

Nossa submissão à *actio* romana e ao correspondente procedimento ordinário, fundamentalmente um reflexo do privatismo a que ficou reduzida a jurisdição, trasformada em assunto entre credores e devedores, impede o resgate da categoria dos *deveres*, cuja recuperação se mostra tão urgente em nosso sistema que,

³⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 131.

³⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p.133.

apesar da cultura privatística, ainda apresenta traços saudáveis de sua vocação para o direito público, especialmente agora que a busca da constitucionalização do Direito Processual Civil tornou-se moda.⁴⁰

Dessa forma, ingente a publicização da jurisdição, rompendo-se com o individualismo, que, fruto do caráter liberal do direito, deita suas garras na modernidade, constituindo-se numa de suas principais características. Esse caráter individual do direito é fruto de um Estado que, na lavra de Jania Saldanha, com a lembrança a Kantarowicz, ainda é fruto de uma “portentosa invenção do mundo ocidental, que por muito tempo repousou tranqüilo, sob a crença de ser imortal, onipresente e onisciente, laico e comandado por um rei que nunca morre”⁴¹.

Essa herança redundou num fenômeno que tem se convencido a chamar de *funcionalização do direito*. A concepção, desenvolvida por Castanheira Neves⁴², que recebeu a adesão de Ovídio Baptista da Silva e Jania Saldanha, identifica a perda da autonomia do direito, que se tornou um mordomo de luxo da economia, da política e do próprio Executivo.

Ovídio Baptista da Silva⁴³ afirmava com propriedade que o sistema jurídico pode até ser considerado eficiente, dependendo o prisma que se quer concebê-lo. Assim, compreendido funcionalmente, pode-se julgar que ele cumpre seus objetivos. Ora, para quem defende o caráter instrumental do processo, aqui está a conquista da eficiência do direito, mesmo que sua face apareça mutilada e seu corpo ande cambaleante e sem vontade própria.

Acerca do fenômeno da funcionalização, aduz Jania Saldanha:

A jurisdição – cuja missão é concretizar e dotar os valores constitucionais de significado – não escapou dessa funcionalização, que é a marca do individualismo ocidental e, de igual modo, do normativismo novecentista. Alain Supiot lembra que os próprios Estados tornaram-se instrumentos – então funcionalizaram-se – de realização de programas aos quais apenas supõem que aderiram livremente.⁴⁴

A questão micro e macro econômica também têm papel decisivo na fundamentação da crise jurisdicional, uma vez que é cada vez maior o número de provimentos que encontra

⁴⁰ Idem, p. 200.

⁴¹ SALDANHA, Jania Maria Lopes. Do Funcionalismo Processual da Aurora das Luzes às Mudanças Processuais Estruturais e Metodológicas do Crepúsculo das Luzes... In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 116.

⁴² Ver: CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A Crise da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia*. Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁴³ Ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁴⁴ SALDANHA, Jania Maria Lopes. Do Funcionalismo Processual da Aurora das Luzes às Mudanças Processuais Estruturais e Metodológicas do Crepúsculo das Luzes... In: Streck, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. p. 117.

esteio – razão de fundamento – em aspectos econômicos, que são privilegiados – em que pese a clareza da Constituição – frente aos direitos sociais. Não são raras as decisões que, rejeitando a aplicação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, negam direitos individuais, que, pela extensão, tem caráter social.⁴⁵

Dessa forma, faz-se necessária a construção de uma jurisdição democrática que supere as características formalistas, as quais percebem, no mais das vezes, o fundamento procedimental como razão suficiente ao afastamento do exercício jurisdicional pleno, que aproxima-se do *mundo da vida*, desconsiderando-se o alcance material, real escopo do Estado, realizador do direito.⁴⁶

E o Estado Moderno, na busca de identidade, ainda não implementou um modelo democrático que assegure a inclusão, seja no que toca à razão de fundamento, seja em relação à adequada gestão do tempo, fundamental para a materialização de uma jurisdição digna.

Os liberais vêem o Estado como um aparato da administração pública e a sociedade como sistema de circulação de pessoas, estruturada segundo as leis do mercado. Aqui se percebe, claramente, o uso administrativo do poder político para fins coativos. Nesse sentido, a gênese da concepção liberal que firma a interferência da micro e da macro economia no ato jurisdicional, o que, como dito alhures, sufoca a aplicação irrestrita dos direitos coletivos ou individuais, de características sociais. Como apontam Streck e Bolzan, o liberalismo registra um caráter anti-estatal:

O liberalismo se apresentou como uma teoria antiestado. O aspecto central de seus interesses era o indivíduo e suas iniciativas. A atividade estatal, quando se dá, recobre um espectro reduzido e previamente reconhecido. Suas tarefas circunscrevem-se à manutenção da ordem e segurança, zelando que as disputas porventura surgidas sejam resolvidas pelo juízo imparcial sem recurso a força privada, além de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a

⁴⁵ Como pode se vislumbrar a partir da orientação que tem sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao sistema financeiro, calha citar uma das tantas decisões do STF que adotam essa orientação, proferida em feito relatado pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes: “Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Ausência de prequestionamento dos temas constitucionais tidos por violados (artigos, 195, I, da Carta Magna e 56 do ADCT). Incidência da Súmula 282 do STF. 3. Juros. Não é auto-aplicável a limitação dos juros estipulada pelo art. 192, § 3º, da CF/88. Redação anterior à Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Decisão unânime. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 496201, da 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 23/05/2006.)

⁴⁶ Como referenda Ovídio Baptista da Silva, quando aborda a crise paradigmática da academia e a submissão inarredável do direito ao poder, em que pese às tentativas de limitação da Constituição: “Enquanto pensarmos o Direito como uma questão lógica, capaz de ser resolvida como qualquer problema matemático; enquanto não perdermos a ilusão de que a lei – fruto, como o sistema pressupõe, de um legislador iluminado – tenha univocidade de sentido, a Universidade conservar-se-á imutável em sua metodologia jurídica, fornecendo ao sistema contingentes de servidores, aptos para a tarefa de descobrir a inefável “vontade da lei”, a que se referia Chiovenda e que, para nosso tempo, confunde-se com a “vontade do poder”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 53.)

liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista. O papel do Estado é negativo, no sentido da proteção dos indivíduos.⁴⁷

Doutra banda, tem-se que os republicanos percebem a política como forma de reflexão de um contexto de vida ético.⁴⁸ Ao lado da soberania do poder estatal institucionalizada e do poder regulador da livre iniciativa e da descentralização do mercado, há um terceiro pilar, calcado na solidariedade como fonte de integração social. Aliás, nesse talante, Émile Durkheim⁴⁹ empresta contribuição significativa, já que concebe a solidariedade como razão de integração social, reconhecendo que o próprio direito encontra-se refletido em todas as formas de solidariedade, já que ele constitui seu símbolo visível.

Contudo, parece que essa solidariedade republicana não registra o caráter espontâneo apontado por Durkheim⁵⁰, mas estratégico tanto à opinião pública de cunho político – e aqui está um dos precípuos sustentáculos do poder instituído – como à sociedade civil – também fundamental, por óbvio, à manutenção e reprodução do poder político.

Também na esteira da teoria republicana, necessário perceber que todos os fatores apontados se inter-relacionam, produzindo inter-disciplinariedade. Aliás, a intersubjetividade e a inter-relação são elementos fundantes da democratização da jurisdição, oriundos da não dominação do outro, sendo que o “eu” também encontra amparo na coesão interna das organizações do Estado.

Dessarte, o Estado, sob a ótica republicana, considera sim a opinião pública organizada e a sociedade civil, mas precipuamente como elementos sustentadores da manutenção do governo através do poder que exercem no modelo democrático de convivência. Em suma, a postura republicana é muito mais de conveniência e de estratégia do que de execução de políticas públicas de superação.⁵¹

Em razão disso, é necessário buscar uma alternativa aos libertários, cujo prestígio do mercado revela-se absolutamente excessivo, aos liberais contratualistas, que trazem a concepção kantiana de assecuração dos direitos civis e aos comunitaristas, que valorizam a multiplicidade de identidades presentes na sociedade.⁵²

Parece que essa proposta, que aponta uma nova senda democrática, deve perceber a linguagem e a intersubjetividade como esteios da jurisdição. Ao reconhecer a presença

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*. p. 61.

⁴⁸ Ver: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

⁴⁹ Ver: DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Nacional, 1963.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Ver: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*.

⁵² Idem.

inquestionável dos liberais, na diversidade de percepções individuais e dos comunitaristas, no reconhecimento das diferentes formas de composição da sociedade, a consideração adequada da Constituição e a percepção adequada do tempo surgem como alternativa ao combate da (in) efetividade das políticas estatais e, também, da jurisdição.

Mas essa compreensão de Estado, essa busca da identidade, não é, por si só, suficiente à democratização da jurisdição, uma vez que encontra o ser, mas não lhe assegura mobilidade, nem tampouco define o alcance necessário desse processo de (re) democratização jurisdicional.

Do ponto de vista jurisdicional, é preciso superar o paradigma racionalista, a noção de eficácia liberal e as tentativas de microrreformas mal sucedidas que tem se constado com as propostas de mudanças do Código de Processo Civil que, do ponto de vista pragmático, em geral são um nada ou servem para robustecer a sociologia das ausências, aplicada por Jania Saldanha à teoria do processo. Nesse sentido, a processualista propõe algumas alternativas à superação dessa letargia da jurisdição:

[...] no âmbito da Teoria Geral do Processo pretende-se superar a monocultura do procedimento ordinário, da certeza e da segurança através do reconhecimento de que outros procedimentos, mas próximos à natureza dos direitos materiais levados à Justiça, são alternativos e tendem a ser mais eficientes como, por exemplo, a jurisdição sumária.

[...] Pensar outras temporalidades para o processo e para a jurisdição pode significar atitude perigosa capaz de pôr em risco os dogmas da certeza e da segurança. Mas essa é apenas uma tentativa de neutralizar o perigo que a própria história carrega naturalmente.⁵³

O pensamento sociológico apresentado por Jania Saldanha registra vinculação direta com o tempo, o que se percebe na ecologia da temporalidade, explorada como proposta de “preenchimento” das ausências da jurisdição. Assim, a mudança de compreensão do tempo do direito também tem papel relevante para a superação da crise jurisdicional. Nesse sentido, o afastamento da idéia de tempo linear, já a partir de Einstein, retirou o sentido da divisão estanque entre passado e futuro – de matriz newtoniana – sendo necessária uma religação com o passado, no exercício de uma temporalização distinta, que rompa com a matriz cartesiana. A memória (tradição) parece ser esse meio de religação do passado⁵⁴, com o fim de antecipar o futuro. Para isso, contudo, necessário o efetivo abandono do determinismo e a superação da

⁵³ SALDANHA, Jania Maria Lopes. Da Teoria Geral do Processo à Teoria da Tradução: Um Aporte da Sociologia das Ausências e Emergências. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

⁵⁴ Ver: ROCHA, Leonel Severo. A Construção do Tempo pelo Direito. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

discronia. O próprio Ost repisa a importância da tradição nessa operação de resgate do passado.

No centro de uma temporalidade que pretende ligar o passado, encontramos necessariamente a tradição, esse elo lançado entre as épocas, essa continuidade viva da transmissão de crenças e de práticas. Mais ainda do que qualquer outra disciplina, o direito é tradição: ele constitui-se por sedimentações sucessivas de soluções, e as próprias novidades que ele produz derivam de forma genealógica de argumentos e de razões dignos de crédito num ou noutro momento do passado.⁵⁵

A hermenêutica, numa acepção adequada, pode contribuir tanto para a compreensão da temporalidade do direito, quando para a democratização da jurisdição. Heidegger⁵⁶ explicita esta situação hermenêutica a partir da *posição prévia, visão prévia e concepção prévia* do interlocutor *jurisprudencial*, considerando a necessidade de explorar proficuamente o significado do termo. E, nesse sentido, o reconhecimento da realidade histórica do ser, valorizando-se o passado para a adequada compreensão do futuro, tem papel decisivo.⁵⁷

Daí, estabelece-se o chamado círculo hermenêutico, em que o todo é compreendido pela parte e parte (no sentido do parcial) é que leva à compreensão do todo. O sentido do texto, como se apresenta ao intérprete, assim o faz, a partir da situação histórica e do processo objetivo do intérprete.

O juiz não está subordinado à exigência inexecutável que lhe faz o sistema, de forma a extrair da lei o seu sentido unívoco. A idéia racionalista da sentença como ato meramente intelectual da lei no qual o juiz não interpreta o texto, mas apenas extrai dele seu puro sentido literal merece ser afastada dando azo a uma nova concepção de sentença como ato de vontade – não da lei, que é ser inanimado – através do qual o juiz alcança ao texto legal um caráter de legitimidade jurídica e social, operando volitivamente – mas democrática e constitucionalmente – na tarefa de intelecção do texto legal.

Como assevera Ovídio Baptista da Silva, ao criticar o atual critério sucumbencial do processo:

O verdadeiro custo do processo, representado pelo *tempo*, não onera jamais o demandado que, durante o interminável procedimento ordinário, tem o privilégio de desfrutar do *statu quo ante*, sem responder pelo custo representado pelo *tempo*.⁵⁸

⁵⁵ OST, François. *O Tempo do Direito*. Traduzido por Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005. p. 63-4.

⁵⁶ Ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Traduzido por Marcia de Sá Cavalcante. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 212.

De fato, assiste razão ao magistério de Ovídio, na medida em que o tempo do processo envolve uma dimensão distante da realidade, mormente em razão do nítido favorecimento do demandado, que pode utilizar dos artifícios processuais para alcançar privilégios materiais no feito. A execução, quiçá, seja o principal exemplo de tal reflexo, na qual o devedor é erigido à categoria de hipossuficiente exacerbado, dificultando sobremaneira a busca da satisfação do crédito.

É nesse cenário que a crise jurisdicional pode receber importante contribuição visando sua superação. O rompimento com a ótica privatista-liberal, mediante a confecção de um modelo de jurisdição democrática, com o alcance de uma legitimidade social, que contemple a multiplicidade de elementos que compõe a sociedade, redundaria numa efetiva inclusão, contemplando, inclusive, os ditos elementos marginais, que, embora não recebam a tutela legal do Estado, podem, a partir de um exercício de interpretação adequada, alcançar a condição de sujeito de direitos, na esteira da teoria constitucional.

2 O Estado na Pós (Trans) Modernidade: ⁵⁹ A Evolução das Crises, os Óbices do Acolhimento da Liberdade e da Igualdade Diante da Perspectiva Liberal e a Reconhecimento de que a Condição de Possibilidade de Superação/Recuperação está na Constituição (Por Tudo e Apesar de Tudo)

O Estado, e, por conseguinte, suas instituições, vivem uma fase prolongada – ao menos em termos da história do século XX – de crises⁶⁰ que se sobrepõem e se sucedem, minando idéias e estruturas, para dar espaço à ascensão do capital, como um ser disforme e onipresente, que vai estendendo seus tentáculos pelo mundo e deita raízes sobre o solo fértil das necessidades modernas, matando aos poucos as conquistas sociais, e porque não dizer, dos trabalhadores.

A idéia de organização dos grupos sociais é primitiva e alicerçada em costumes que se instalaram e solidificaram, a fim de explicar ou mesmo prever dados procedimentos dos membros das aldeias. Logo, e independentemente de uma conclusão a respeito da origem do Estado, da Constituição e do que se pode assim considerar, essa necessidade é fruto da gestação das primeiras providências organizacionais exigidas pelas sociedades formadas por necessidades impostas pelo próprio instinto de conservação.

A evolução veio a mostrar que, uma vez estabelecida uma ordem social firmada numa estrutura mínima de poder, faz-se necessária uma instrumentação adequada a reprimir

⁵⁹ Interessante a crítica que Warat faz ao termo pós-modernidade. Através do emprego do vocábulo transmodernidade Warat faz um duro ataque à nomenclatura consagrada - pós-modernidade – que julga denotar a idéia de fim, de um inevitável sentimento de epílogo. “A transmodernidade fala do novo como o lugar em que cada um de nós pode descobrir-se a si mesmo. Em todo caso, o novo não como território de que vislumbra a terra prometida, a exterioridade sonhada. É o novo como sensibilidade.” (WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000. p. 47.)

Noutra linha, Jean-François Lyotard concebe a condição pós-moderna a partir das mudanças paradigmáticas que a ciência atravessou. Nesse sentido, assevera: “A expansão da ciência não se faz graças ao positivismo da eficiência. É o contrário: trabalhar na prova é pesquisar e inventar o contra-exemplo, isto é, o ininteligível; trabalhar na argumentação é pesquisar ‘paradoxo’ e legitimá-lo com novas regras do jogo de raciocínio. Nos dois casos, a eficiência não é visada por si mesma, ela vem por acréscimo, por vezes tarde, quando os financiadores se interessam enfim pelo caso. Mas, o que não pode deixar de vir e voltar com uma nova teoria, uma nova hipótese, um novo enunciado, uma nova observação, é a questão da legitimidade. Pois é a própria ciência que a si mesma levanta esta questão, e não a filosofia à ciência”. (LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. p. 99-100.)

Também necessário trazer a crítica elaborada por Chevallier na identificação dos contornos da crise do Estado e aplicada de forma absolutamente adequada no processo civil por Jânia Maria Lopes Saldanha, que firma a pós-modernidade num imbricamento entre o anti-moderno e o hipermoderno. Nessa linha, as seguintes obras:

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de processo pós-moderno: o dilema cruzado entre ser hipermoderno e antimoderno. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto. CALMON, Petrônio. NUNES, Dierle. *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro, GZ Editora, 2010.

⁶⁰ Nominadas e detalhadas no tópico anterior.

as manifestações do livre-arbítrio; logo, a norma costumeira simples e básica perdeu seu senso claro de esteio social e passou à função de fundamento de uma complexa teia de relações e interesses correspondentes à sociedade civil – conseqüentemente, o Estado e seu gênero mais básico e elevado, a Constituição, ganharam complexidade e um sentido ainda incompreendido pela sociedade e, infelizmente, também pelos lidadores do direito.

O surgimento do Estado, contudo, veio acompanhado de um implemento de velocidade significativo, isso causou certo descompasso entre o tempo de evolução desse complexo aparato jurídico e a geometricamente acelerada mutação social da modernidade. O Estado e a Constituição, portanto, passam a ser reféns do tempo, que impõe a ambos a necessidade de estabelecer parâmetros para sua gestão. Ademais, os atos de poderio político, mas muito mais os atos de força econômica, parecem ser cada vez mais auto-fundamentados, independentes da noção de Estado e de *res publica*, ética, moral e do próprio Direito.

Aqui, parece interessante considerar a compreensão hobesiana do Estado, vez que o Direito Constitucional Moderno tem evocado com freqüência surpreendente o risco de um retorno ao Estado de Natureza em face do caráter liberal das políticas estatais, da concentração de renda e enfim, da influência sintomática e progressiva do liberalismo. A esse teor, Renato Janine Ribeiro apresenta uma interpretação peculiar de Hobbes, debatendo o alcance e o *locus* da teoria hobesiana:

[...] em que consiste a escolha, já no/pelo texto, de seu leitor? Interpretar o texto de Hobbes em função do “leitor sem medo” a quem ele se *dirige* é diferente de discutir qual o cidadão a quem ele se *refere*. É pensar o escrito como uma dinâmica, como convite à participação do leitor. É um enfoque que não seria possível sem Merleau-Ponty, Eco, Cortazar e tantos escritores que foram mudando o *locus* de produção do texto, do escritor isolado para a sua inter-relação com o leitor. É também, e quero ressaltá-lo, recusar a idéia de um leitor universal, quer o “leitor comum” (*man in the street*) dos *media* (jornalistas sempre pedem simplicidade, em nome desse mito de que *todos* os leitores de seu jornal iriam ler *todos* os artigos etc.), quer o depositário de um saber total, enciclopédia hegeliana. – Não será mais rico pensar que só interessa àqueles que o apropriam? Suprimir a ambição da grande tiragem, da repercussão de massa, dos efeitos bombásticos que herdamos (como mito) da retórica da Revolução Francesa? Nenhum texto é essencial para todos; cada texto tem o seu público. Mas não é isto o que Hobbes faz. Seu texto já designa lugar e rota ao leitor, para que ao termo da leitura se converta em autor, isto é, apague sua diferença: é inadmissível a dissidência no ler. Não é a mesma coisa (o que faz Hobbes) hierarquizar o homem conforme são seus leitores (segunda pessoa, que pode transformar-se em primeira) ou meros referentes (da terceira pessoa se fala, o mais das vezes, *mal*), e (lição que “tiramos” da nossa leitura de Hobbes) renunciar ao leitor universal, a ter o universo como leitor.⁶¹

Parece que, nesse sentido, uma (re) compreensão de Hobbes e das bases do Estado de

⁶¹ RIBEIRO, Renato Janine. *Ao Leitor sem Medo: Hobbes Escrevendo Contra o seu Tempo*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999. p. 351-2.

Natureza, poderia emprestar contributo significativo para a compreensão das crises do Estado, mormente em relação às crises constitucional e funcional, cujo subproduto é a crise jurisdicional.

Doutra banda, todavia, mantendo-se na seara de análise do contratualismo, Matteucci, ao focar a concepção lockeana, apresenta importante contribuição para esclarecer esse ponto de transição da história, pois, com sua definição do Estado de Natureza, acaba por tornar evidente o conteúdo estrutural da Constituição como um pacto social e o sustentáculo da civilidade:

La descripción del estado de naturaleza es, para Locke, esencial para entender la verdadera naturaleza del poder político, su estructuración y sus límites. Del estado de naturaleza se sale sólo a través de un pacto: no un pacto cualquiera, sino solamente aquel que tiene, como finalidad, el acuerdo recíproco, para establecer una única comunidad y formar un único cuerpo político, en el cual estén garantizados los derechos naturales del individuo.⁶²

Independentemente da exatidão dos dados e de sua verificabilidade histórica, é certo que a Constituição é resultado de um processo evolutivo ligado ao binómio sociedade-poder; lançadas assim, com a vida em sociedade, e a *constituição natural* dessa organização, as bases do Estado, depois Constitucional.

Já a sociedade egípcia, com seus precursores alocados no oriente médio e na península arábica, contava com uma organização primária de poder, firmada nos deuses e na idéia de veneração, mas também de ordem instituída.

Na Grécia antiga, o *demos*, reunido na *Ágora*, deliberava sobre os assuntos da *polis*. Uma atividade que fazia parte da vida normal daquela sociedade, e que representou uma importante quebra na lógica que se desenvolvera até então: um grupo social tomava decisões coletivamente, com a superação da figura do líder, através da delegação do poder do povo. Sob tais circunstâncias, firmou-se a idéia de Política, consistente no exercício dos poderes de cidadania com a finalidade de desenvolver a *polis* e administrar coletivamente a coisa pública.⁶³

A filosofia clássica propôs a investigação dos acontecimentos e a configuração social, além, logicamente, de debruçar-se sobre o próprio ser humano, sua origem e sua razão

⁶²MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. Historia del Constitucionalismo Contemporáneo. Madrid: Trotta, 1998. p. 33

⁶³ Tal contribuição, em que pese significativa, no decurso da história, foi supervalorizada. Na medida em que, por inferência lógica, a estrutura que compreendida a Grécia antiga acaba por fundar uma zona limite no que toca aos préstimos organizacionais de tal passagem ao Estado Moderno. Enfim, a democracia, hoje, enfrenta a complexidade da sociedade moderna.

de ser. Os filósofos tinham algo em comum, na maioria das vezes: procuravam uma explicação e um fundamento que servisse de baliza para o comportamento dos cidadãos, que justificasse moralmente a diferença entre o certo e o errado; e não exerciam poder, mas antes o incluíam em seus raciocínios como algo natural, aceitável e respeitável. Entretanto, essa postura interferia de forma decisiva na formação do Estado.⁶⁴ Ovídio Baptista da Silva, por sua vez, aponta também a influência do racionalismo na tentativa de distinção entre certo e errado, o que ofereceu espeque a um dogmatismo forjado na exatidão e na lógica, que se divorcia da gênese do Estado Moderno e, também, do Direito:

O abandono da epistemologia das *ciências da descoberta*, até agora aplicada ao Direito, de modo que se possa recuperar sua *historicidade*, significa libertá-lo do espírito dogmático, reintroduzindo-o no domínio das ciências da *compreensão*, de que o direito processual foi retirado em virtude da pretensão do racionalismo de torná-lo uma ciência demonstrativa. Acabaremos vendo que o *dogmatismo* é um dos instrumentos mais eficazes no empenho do Poder em mantê-lo a seu serviço.⁶⁵

Seguindo-se na quadra da história, a desistência do livre-arbítrio permitiu que o homem tivesse acesso a um nível de poder até então inédito. O homicídio e a agressão física passaram a ser proibidos, permitindo-se apenas algumas hipóteses de vingança; mas a figura da autotutela foi perdendo rapidamente sua força e o Rei e seus oficiais passaram a intervir na composição de conflitos. A consequência foi imediata. Os reis tornaram-se imperadores e déspotas, buscando ampliar suas bases de influência geográfica, para obter mais riqueza. A lógica da dominação da massa pelo líder reproduziu-se em outra dimensão: agora, sociedades eram dominadas por outras.

Logo, a conformação do Estado gestou a necessidade de limitar o poder do líder.⁶⁶ Roma viveu um período Republicano, em que os interesses populares ganharam um breve alento. O Direito, vinculado à Ética e à Moral, assumiu um papel de extrema relevância, na medida em que se prestava à regulação da relação entre os indivíduos, reforçava a figura de um magistrado, que devia compor os conflitos, e supria a lacuna de dominação direta deixada pelo Imperador.

⁶⁴ Ver: HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções (1789-1848)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

_____. *A Era dos Extremos (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

⁶⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 79.

⁶⁶ A idéia de Constituição moderna mostra-se extremamente afinada com a antiga ânsia de limitação de poder. No dizer de Canotilho, “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.)

A ética cristã⁶⁷, em rápida ascensão, impunha a seus adeptos dez normas básicas, que em suma enterraram definitivamente, sob o domínio da Igreja, o livre-arbítrio como um poder e senso de localização do indivíduo dentro de seu grupo.

Mais a oeste, séculos depois, outra sociedade deu um novo passo. O império da ilha britânica decidiu que seu Rei não deveria ter poder absoluto; e surgiu a Carta Magna. Alguns fundamentos daquela sociedade foram escritos, e viriam a servir de fundamento para desdobramentos posteriores do processo de desenvolvimento jurídico e social britânico.

Nesse meio tempo, uma nova força surgiu no seio da sociedade: a mercância, com atividades empreendedoras, e sem, no entanto, deter poder político, reservado aos reis e imperadores, detinham o poder da riqueza; cá é bom que se diga, sem rivalizar ainda com a riqueza dos reis. O fato que representa quebra é que a riqueza, sempre associada à casta nobre, em um instante estava nas mãos de pessoas que vinham do povo que não integrava a nobreza. Logo, a lógica de diferenciação e inércia social nobre/plebeu já não mais servia como barreira que impedisse os famintos de saciar sua fome nos celeiros dos ricos. A riqueza, como objetivo social, passou a representar o sonho de tutela dos que a detinham; afinal, para que se pudesse preservar a diferença entre abastados e não-abastados, algo precisava ser feito.⁶⁸

A acumulação de um poder repetiu a história: quem tinha o domínio financeiro também passou a almejar o poder. O resultado foi o início do fim das monarquias absolutas, com a Revolução Francesa.⁶⁹ A par da extraordinária experiência americana, em que um peculiar grupo social se formou e quis obter sua própria gestão fundada em princípios de bem comum, um modelo de Constituição escrita surgiu e representou um fenômeno importante, materializando um novo degrau evolucionário na escada do exercício do poder. Epistemologicamente situado nesse contexto, o comentário de Häberle mostra que a atual noção de Estado Constitucional vem desse manancial que começa na América e especialmente na França:

⁶⁷ Ver: WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Traduzido por José Medina Echevarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.

_____. *Ciência e Política: Duas Vocações*. Traduzido por Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 2 ed. São Paulo: Cultrix, 1972.

_____. *Ensaio de Sociologia*. Traduzido por Hans Gerth e C. Wright. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

⁶⁸ Ver: HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções (1789-1848)*.

_____. *A Era dos Extremos (1914-1991)*.

⁶⁹ Como sinalam Bolzan e Streck: “Rosseau exercerá grande influência nos revolucionários franceses que inauguraram, em 1789, uma nova fase do Estado Moderno. Com efeito, enquanto instituição centralizada, o Estado, em sua primeira versão – absolutista –, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, ‘abriu mão’ do poder político, delegando-o ao soberano, concretizando-se *mutatis mutandis*, aquilo que Hobbes sustentou no *Leviatã*”. (STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*. p. 51.)

En otras palabras: el actual Estado constitucional tiene muchos padres y muchas madres, en función de sus variantes nacionales pero también como tipo. 1789 conserva sin embargo, formalmente y por lo que se refiere a los contenidos, un lugar especial.⁷⁰

Fato peculiar é que essas Constituições possuíam um forte ponto comum: eram diplomas surgidos depois da constituição contínua das sociedades que as originaram e queriam quebrar uma ordem jurídica já estabelecida e amalgamada. Eram muito mais *Reconstruções* do que Constituições. Ou seja: seu intento era mudar a sociedade, reorganizá-la sob o império de novos princípios, no mais das vezes, libertários e liberalizantes.

Mas a Constituição não é apenas uma lei que possa ser feita ao bel-prazer do legislador.⁷¹ Trata-se, antes, de um processo social, e que, infelizmente, muitas vezes não encontra seu inteiro reflexo no instrumento escrito. Como diz Hesse:

[...] as constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las.⁷²

De qualquer sorte, o poder deixou de ser exclusividade dos nobres⁷³, passando a ser integrado, também, pelos comuns detentores de riquezas⁷⁴. Esses tinham em suas mãos elementos que facilitavam o convencimento do povo no sentido de sua escolha como representantes. Resultado: os instrumentos de inércia social, liderados pelo Direito, que independizou-se da ética e da moral religiosa, assumiram uma importância preponderante nessa sociedade consubstanciada no Estado Constitucional.

⁷⁰ HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad*. 1789 como Historia, Actualidad y Futuro del Estado Constitucional. Traduzido por Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Trotta, 1998. p. 59.

⁷¹ Matteucci agrega ao senso de constituição escrita, dois outros componentes que vão, de forma indelével, demarcar as características do moderno constitucionalismo: sua legitimidade e sua função. “Al principio de la constitución escrita se unen intrínsecamente otros dos caracteres: el de su legitimidad y el de su función... basa su legitimidad en dos elementos: ya sea en el contenido mismo de las normas, que se imponen por su racionalidad intrínseca y por su justicia; ya sea en su fuente formal, por emanar de la voluntad soberana del pueblo a través de una asamblea constituyente y, a veces, de un referéndum... El moderno constitucionalismo está ligado... a los principios iusnaturalistas con su obra de racionalización del derecho vigente... ‘revolución democrática’ de la Segunda mitad del setecientos que, culminando el proceso de secularización, no fundamenta la legitimidad del poder en el derecho divino del rey, ni en la tradición, sino en el consenso racional de los ciudadanos”. (MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. p. 25.)

⁷² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 17.

⁷³ Essa, quiçá, uma das heranças mais festejadas da Revolução Francesa, em que pese o sangue da guilhotina que fez rolar as cabeças dos contra-revolucionários (o mais ilustre, Danton) e, depois, dos próprios legatários da revolução.

⁷⁴ O operário não podia agüentar mais; a revolução só servira para agravar-lhe as misérias; a partir de 89 os burgueses é que se enchiam, e tão vorazmente que nem deixavam um resto no fundo do prato para o trabalhador lamber. (ZOLA, Émile. *Germinal*. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1972.)

O liberalismo, subproduto do processo revolucionário francês, também introduziu dois outros conceitos que se imbricam intimamente com a questão da crise constitucional: o mercado e a opinião pública. Diz Matteucci: “Con el Estado constitucional el liberalismo heredó también aquellos espacios de libertad, políticamente neutrales o no inmediatamente políticos, que habían nacido o estaban naciendo en su interior: el ‘mercado’ y la ‘opinión pública’”.⁷⁵ Contudo, como adverte Jorge Novais, chegou-se a uma “passagem inelutável para a concentração e centralização do capital e o controle monopolístico dos mercados”⁷⁶.

Outro caráter interessante da constitucionalização firma-se na existência de uma norma congratuladora e, ao menos idealmente, vertida no seio da sociedade, o que gerou certa estabilidade num mundo consideravelmente complexo. Agora, com os limites do Estado e as garantias individuais asseguradas na Carta Política.

Com a bonança depois da tempestade revolucionária constitucional, que varreu o mundo de ponta a ponta, poucas novidades foram introduzidas sobre o novo conceito de Constituição. A Constituição moderna, concebida como limitação ao poder do Rei⁷⁷, com o propósito de proteção dos súditos, logo adquiriu uma dimensão de contrapeso e normatização acentuada do próprio exercício do poder do Estado.

O Direito Constitucional Moderno, assim, após o dimensionamento da evolução histórica do Estado, que traz em si uma dimensão cronológica surpreendentemente dimensionada, enfrenta uma crise. E, nesse contexto, a Ciência Jurídica é pivô do fenômeno apontado, à medida que seu pináculo – a Constituição – é a primeira vítima da onda liberalizante, que, sempre é bom lembrar, age sobre a sociedade desde os tempos da Revolução Francesa, mas jamais, como agora, com tanta força. Por sinal, Bercovici estabelece alguns traços comuns nas Constituições do pós-guerra, características estas que passaram a integrar de forma permanente o debate do Estado Moderno. Nesse sentido:

⁷⁵ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. p. 260.

⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Edições Almedina, 2006. p. 182.

⁷⁷ No que tange aos limites do poder do Estado “la constitución no sólo regula el funcionamiento de los organismos del Estado, sino que además consagra los derechos de los ciudadanos, puestos como límites al poder del Estado... rígida e inflexible... Para hacer eficaz esta supremacía de la constitución, corresponde al poder judicial controlar la justicia de la ley. (MATEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*.p. 25) [...] Na limitação da definição tipológica há que se levar em consideração, além da historiografia em torno do tema, a imposição de três grandes princípios da Idade Moderna: equilíbrio constitucional, soberania da lei e separação dos poderes. “los debates constitucionales de la Edad Moderna se pueden reconducir a tres grandes principios...: el de la constitución equilibrada (*checks and balances*), que es una reinterpretación del ideal clásico del estado mixto; el de la soberanía de las leyes, que es una herecía de la Edad Media; y finalmente, el de la separación de poderes, que es típico de la Edad Contemporánea que comienza con las revoluciones americana y francesa.” (MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. p. 27.)

As Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns, como a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais, ou direitos de prestação: direitos ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. Estas novas Constituições consistem em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social da família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade. As concepções sociais ou socializantes, assim como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal nos domínios social e econômico, são, assim, consideradas fundamentos do novo “constitucionalismo social” que se estabelece em boa parte dos Estados europeus e alguns americanos.⁷⁸

A esse teor, já se começa a perceber a crise da jurisdição, uma vez que um *ius dicere* que desatenda os princípios fundamentais positivados na Constituição não é dotado de eficácia social, nem tampouco reveste-se da dimensão necessária imposta pela ética jurídica. Enfim, a pretensão de idealidade da Constituição passa, ainda, ao largo da implementação do Estado politicamente desejado.

Tal mazela provém também da compreensão incorreta do Direito Romano, que exerce influência sobre todo o sistema jurídico. A esse teor interessante observar a posição de De Martino, para quem a dificuldade moderna de compreensão da jurisdição decorre da verificação dos limites de cada um desses conceitos no Direito Romano:

[...] iurisdictio non è attuare la legge, perchè attuazione è volontà, e neppure significa rendere giustizia nel caso concreto, perchè dire il diritto è ben diverso dall’attribuire a taluno un bene della vita. Dalla visibile sproporzione fra il termine e la realtà che esso vorrebbe definire, deriva l’incertezza del nostro pensiero moderno nel definire la funzione giurisdizionale, dalla rottura della perfetta armonia che vi era nella concezione originaria fra il *ius dicere* e le reale attività del magistrato, ormai nota, derivò il lento scolorirsi del concetto.⁷⁹

Evidenciada a crise constitucional (institucional), a crise de administração do Estado e de suas estruturas de bem-estar social é corolário desse mesmo processo erosivo. Logo, alguns elementos precisam ser de logo alvo de elaboração das devidas distinções; e o aspecto que norteia a introdução à compreensão da crise da ordem Constitucional é a simplicidade perdida.

Todo grupo social tem um objetivo em sua existência e constituição. Na sua maioria, esses objetivos vêm expressos na Constituição escrita ou nos princípios consuetudinários que regulamentam e fundamentam a ordem jurídica dos Estados, os quais, aliás, em regra são incorporados pela Constituição. Na clara definição de Canotilho, “por Constituição moderna

⁷⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. p. 25-6.

⁷⁹ DE MARTINO, Francesco. *La Giurisdizione nel Diritto Romano*. Padova: CEDAM, 1937. p. 64.

entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.”⁸⁰

Häberle ainda tenta evidenciar o que pensa ser a Constituição, dando lugar a comentários que denotam um ideal de um “dever-ser”:

La Constitución constituye el poder y lo limita. No es sólo un texto jurídico, sino también un contexto cultural. Comentarios, textos, instituciones y procedimientos simplemente jurídicos no llegan a abarcarla. La Constitución no es solo un orden jurídico para juristas, que éstos debieran interpretar de acuerdo con las viejas y nuevas reglas de su oficio. Actúa esencialmente también como guía para no juristas: para ciudadanos y grupos. No es la Constitución sólo un texto jurídico o un entramado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural dinámica, medio de la autorrepresentación cultural y fundamento de sus esperanzas.⁸¹

Nem sempre, todavia, os objetivos declarados correspondem à realidade pretendida. A discrepância entre pretensões reais – próximas do mundo da vida – e pretensões declaradas, fundam, quase que invariavelmente, uma crise do texto escrito, que, no Brasil, pode ser percebida, v.g., a partir da previsão que assegura dignidade familiar com o pagamento do salário mínimo⁸², a pretensão declarada de universalidade e gratuidade irrestrita do Sistema Único de Saúde (art. 196) – muito embora a regulação da legislação infraconstitucional e a concepção de aplicação das políticas de saúde -, e o próprio *caput* do art. 5º, que, coadunado, com a previsão do art. 3º, IV, contempla a igualdade material, de caráter compensatório e social.

Como diz Bolzan de Moraes, o significado da crise constitucional está justamente na constatada desmaterialização do poder da Constituição:

Já as novas crises, que ora propomos sejam pensadas, significam a fragilização dos instrumentos jurídico-políticos de ordenação do poder político e de organização estrutural da sociedade a partir da juridicização hierarquizada da política por intermédio do conhecido Estado Constitucional consolidado no projeto liberal revolucionário, cujos contornos foram sendo ajustados ao longo dos dois últimos séculos, desde as Constituições modernas – americana e francesa – de perfil liberal clássico até o constitucionalismo social oriundo da Segunda década do século

⁸⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 226.

⁸¹ HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad*. p. 46.

⁸² Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

vinte, para chegarmos nas Constituições Dirigentes e sua “flexibilização” em tempos ditos neoliberais.⁸³

Quem nasceu primeiro: a discrepância entre princípios declarados na Constituição e as pretensões reais da elite liberal, ou a crise de governança do *Welfare State*? Essa não é, seguramente, daquelas questões insolúveis. Parece muito mais que as aspirações burguesas de 1789 é que impulsionaram a herança liberal, ora de maneira mais incisiva, ora em recesso, sob o impacto das necessidades econômicas e do período de guerra da primeira metade do século XX; e não conseguiram impedir o degrau evolucionário do *Welfare State*.⁸⁴ Nesse talante, Garcia-Pelayo estabelece as bases do Estado Social são as seguintes:

A) El desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales es imposible el despliegue de la vida humana en la civilización de nuestro tiempo.

B) La seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional. Antes la defensa de la sociedad nacional se centraba capitalmente en la defensa exterior y en la defensa interna frente al delito y la subversión. Hoy ha de añadirse a ello la defensa frente a las contingencias y necesidades económicas globales, frente al deterioro del ambiente natural, frente al agotamiento de los recursos naturales, frente a la radicalización y extensión de los antagonismos en el seno de la sociedad nacional, etc.

C) La realización de una serie de prestaciones sociales que preferiblemente deben estar sólo proclamadas, sino también garantizadas por los textos constitucionales, pero sin que tal condición sea absolutamente necesaria para la existencia real del Estado social, del mismo modo que la Francia de la III República era considerada como un Estado liberal, aunque su Constitución careciera de una declaración de derechos, e incluso en nuestro tiempo la misma República Federal Alemana que, como sabemos, se define como Estado social, carece de una formalización constitucional de derechos económicos y sociales.⁸⁵

⁸³ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Especial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 46.

⁸⁴ Para aproximar a Constituição dos anseios do jurisdicionados, Peter Häberle propõe que todos aqueles que vivem a norma devam ser considerados como forças produtivas da interpretação, isto é, intérpretes *lato sensu* da Constituição, ou ao menos pré-intérpretes (*Vorinterpreteten*): “Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.” (HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad*).

⁸⁵ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3. ed. Madrid: Alianza, 1982. p. 29-30.

O Autor, ainda, complementa, elencando algumas sub-características: a) La fijación de un salario vital mínimo con independencia de la clase de ocupación y destinado a ser revisado de acuerdo con la coyuntura económica nacional; b) La procura de un puesto de trabajo para todo ciudadano útil, para lo cual ha desarrollarse una política de pleno empleo; c) La atención de los que estén incapacitados para el trabajo temporal o permanentemente: obreros de industrias decaídas, paro coyuntural, ancianos, niños, deficientes mentales, etc., función tanto más importante en estos tiempos de crisis de las estructuras tradicionales de las gentes desvalidas; d) El acrecentamiento de las posibilidades vitales de la población y especialmente de las masas de empleados y obreros, acrecentamiento que se actualiza (i) mediante una justa distribución de ingresos a todos los niveles de acuerdo con la coyuntura económica; (ii) mediante el creciente acceso a los bienes culturales, lo que, por otra parte, es un requisito para la reproducción d un sistema sustentado sobre la innovación o al menos sobre la posesión de los conocimientos tecnológicos y (iii) mediante la expansión y el perfeccionamiento de los servicios sociales a través, principalmente, de sistemas de seguros.

Assim, não só por exigência do aperfeiçoamento da democracia, cada vez mais vista como um governo do povo, pelo povo e para o povo, mas seguramente também por influência das idéias de Keynes⁸⁶, para quem as despesas públicas eram um dos principais reguladores econômicos e, seguramente, o maior motor da economia privada, que os Estados ao redor do globo adentraram, no pós-guerra, em uma fase de absorção e desenvolvimento de serviços; e o agigantamento da máquina estatal foi a consequência imediata dessa política.

Além disso, os movimentos políticos socialistas e anarquistas⁸⁷ influíram decisivamente no abrandamento do capitalismo, que se viu obrigado a fazer concessões aos trabalhadores como forma de aliviar as pressões produzidas pelas manifestações sociais.

Como bem lembra Fiori, esse e outros fatores constituíram a sustentação do *welfare state*:

1) Fatores econômicos, como: a disseminação do conceito da linha de produção de Ford; o agrupamento suprapartidário em favor do crescimento e do pleno emprego; a ascensão dos conceitos econômicos keynesianos; a manutenção de um forte ritmo de crescimento econômico, e a consequente apropriação fiscal, direcionada para a política social.

2) O estabelecimento de um ambiente econômico global, em decorrência dos acordos de Bretton Woods, que permitia a conciliação do desenvolvimento do *welfare state* e da estabilidade econômica;

3) A solidariedade intranacional, nos países emergentes da guerra, e depois supranacional, no ambiente do novo arranjo geopolítico;

4) O desenvolvimento da democracia partidária e de massa, via de cuja concorrência eleitoral os trabalhadores puderam exercer maior influência no desenvolvimento de políticas de *Welfare*.⁸⁸

Ou seja, uma série de elementos conjunturais forjaram um novo capitalismo, que, com o propósito de atender um critério inarredável de sobrevivência, obrigou-se a recuar e, porque não dizer, naquela quadra da história, beneficiar-se da ação estatal, uma vez que, a fim de assegurar o domínio do poder, aceitou concessões, que, dando azo à aceitação dos direitos sociais, acabaram por legitimar o regime.

Mas tudo isso mudou, quando, no final dos anos 70, a teoria neoliberal começou a obter expressão política e alcançou, em rápida seqüência, três enormes vitórias que a transferiram definitivamente ao campo prático e posteriormente sustentaram a onda neoliberal

⁸⁶ Ver: KEYNES, John Maynard. *Breve Tratado sobre la Reforma Monetária*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

_____. *Inflação e Deflação*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

⁸⁷ Necessário observar, aqui, as particularidades dos movimentos que englobam, mesmo na dimensão de esquerda, variantes de toda a ordem, que vão desde Marx, Rosa Luxemburgo ao anarquismo de *terrae brasilis* de Jorge Amado.

⁸⁸ FIORI, José Luís. *Estado de Bem-Estar Social: Padrões e Crises*. Rio de Janeiro: UFRJ/IEI, 1995. p. 36.

ao redor do globo: as eleições de Margareth Thatcher, em 1979 (UK); de Ronald Reagan, em 1980 (USA); e de Helmut Kohl, em 1982 (Alemanha Ocidental).⁸⁹

O neoliberalismo veio impondo a visão de minimização do Estado, e conseqüentemente, da eliminação ou redução de suas estruturas de bem-estar social; as ferramentas dessa busca do perfil de Estado Mínimo foram, de uma forma geral, a transferência, para a iniciativa privada, de setores da atividade estatal que pudessem ser desenvolvidos com fins lucrativos e a reforma das relações do Estado com seus servidores. O Estado Mínimo Liberal firmava o propósito, assim, de tutelar apenas alguns elementos básicos da constituição de qualquer grupo social: a defesa da legalidade (pela Polícia), que se presta, entre outras finalidades, a garantir a propriedade privada; uma educação rudimentar e voltada aos interesses industriais e comerciais imediatos; e as funções básicas do Poder tripartido, embora muito mais inter cruzadas em suas antigas bases de exclusividade. Claro, a gênese de muitas das características do Estado Neoliberal, reavivadas em decorrência de seu surgimento, firmaram-se muito antes, como testemunha Foucault:

Desde o século XVIII, vivemos na era da governabilidade Governamentalização do Estado, que é um fenômeno particularmente astucioso, pois se efetivamente os problemas da governabilidade, as técnicas de governo se tornaram a questão política fundamental e o espaço real da luta política. (...) o Estado administrativo, nascido numa territorialidade de tipo fronteira, nos séculos XV e XVI e que corresponderia a uma sociedade de regulamento e de disciplina; finalmente, um Estado de governo que não é mais essencialmente definido por uma territorialidade, pela superfície ocupada, mas pela massa de população (...). Este Estado de governo que tem essencialmente como alvo a população e utiliza a instrumentalização do saber econômico, corresponderia a uma sociedade controlada pelos dispositivos de segurança.⁹⁰

A par do aparato de segurança que envolve o Estado Neoliberal, herança transmitida ao longo da evolução da formatação estatal e fortalecida com o rompimento da concepção territorial, o neoliberalismo, é bom que se lembre, foi erigido no momento em que o Estado Social se firmava, razão pela qual pode se impor a ele – enquanto novo modelo de Estado – um dos focos geradores da crise do *Welfare State*. Quando Hayek, em 1947 convocou os companheiros de tese para a pequena cidade de Mont Pèlerin, na Suíça, tinha como propósito declarado a derrocada do *Welfare State*, o que era muito mais evidente do que a apresentação de uma alternativa para o Estado. O grupo reunido por Hayek⁹¹, que também se opunha ao

⁸⁹ Ver: FIORI, José Luís. *Os Moedeiros Falsos*. Petrópolis: Vozes, 1997.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Especial dos Direitos Humanos*.

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2002. p. 82.

⁹¹ Ver: HAYEK, Friedrich A. von. *O Caminho da Servidão*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1984.

New Deal norte-americano era composto por Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig Von Mises, Walter Eupken, Walter Lipman, Michael Polanyi, Salvador de Madariaga, entre outros.

A intenção deflagrada da confraria neoliberal, que tinha como cartilha base a obra *Caminho da Servidão* (1944), era combater o solidarismo e o keynesianismo, firmando as bases de um capitalismo duro. A contrariedade ao Estado Social era tamanha que Hayek chegou a afirmar que “a social-democracia inglesa conduziria o Estado ao mesmo desastre que o nazismo alemão, uma espécie de servidão moderna”⁹².

O Estado de Bem Estar, para Hayek e seus amigos, limitava demasiadamente a liberdade dos cidadãos e destruíra os paradigmas concorrenciais, imprescindíveis para a asseguuração do desenvolvimento. O combate aos sindicatos e ao movimento operário foram as ações que se suscederam. O primeiro regime neoliberal, assim, foi o de Thatcher, na Inglaterra (1979), ao qual suscederam-se outros, que permitiriam que o neoliberalismo ficasse muito próximo de uma hegemonia ideológica.

A posição ideológica neoliberal apresentava os serviços públicos como intrinsecamente ineficientes e incapazes de atingir o desenvolvimento necessário para proporcionar a universalização do bem-estar; e, de fato, em função da crise econômica que passou a pressionar o caixa dos governos, os investimentos sociais mais abundantes nas décadas de extraordinário crescimento do pós-guerra e até a década de 70, passaram a definhar, causando a impressão de que o Estado estava incapacitado para acudir seus súditos. Ou seja: na verdade, a crise de governabilidade vem da crise econômica, e não de fatores da funcionalidade⁹³ intrínseca dos serviços públicos. Como argumenta Ovídio Baptista da Silva, a ampla liberdade profetizada pelo liberalismo, na verdade, acaba por prestar um serviço à manutenção do *status quo* e ao acúmulo de capital. Nesse viés, ao abordar Bobbio, examina com proficiência alguns sintomas da democracia representativa:

_____. *The Use of Knowledge in Society*. *American Economic Review*, v. 35, n. 4, September 1945.

⁹² SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs). *Pós-Neoliberalismo: As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1995. p. 9.

⁹³ Streck e Bolzan, em abordagem peculiar que cuida das crises do Estado Moderno, oferecem as bases da discussão do que denominam de crise funcional. Essa crise diz respeito à tradicional forma de funcionamento do Estado, concebida como uma estratégia de **desconcentração do poder**, através de uma estrutura tripartite (Executivo, Judiciário e Legislativo), fruto do pensamento liberal de Locke e aperfeiçoada por Montesquieu. Assim, ocorre a perda da centralidade e da exclusividade da figura do Estado. Essa multiplicidade dos *loci* de poder, além da execução das tarefas de forma desconcentrada, também diz respeito à essa crise a idéia de INCAPACIDADE DO ESTADO de produzir decisões com força coercitiva suficiente, o que gera outras INSTÂNCIAS DE DECISÃO (não-estatais). Isso se dá, especialmente, diante da emergência de um grande número de organizações sociais de natureza econômica, na esfera de proteção do interesse das minorias ou da própria economia, constituindo novos lócus de poder. (STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Ciência Política e Teoria do Estado*. p. 155-6.)

[...] revela-nos Bobbio algumas notas peculiares de nossa democracia representativa. A primeira, que nos chama a atenção e confirma o que tanto os doutrinadores vêm mostrando quanto a experiência democrática encarrega-se de confirmar, é a compreensível inapetência política do espírito burguês, sempre preocupado com seus afazeres particulares, vendo a participação na vida pública de uma perspectiva privada e individualista; a segunda, sem dúvida mais grave, é a consequência, em parte, do próprio individualismo político, que se traduz na inexistência de um núcleo de questões que se pudesse qualificar como sendo de “interesse comum”, capaz de ser indicado como o “bem comum”, além dos interesses parciais aceitos e defendidos pela “democracia de partido”. Este pressuposto, de resto, harmoniza-se com o princípio da tolerância, constitutivo da democracia moderna.⁹⁴

Além disso, a pressão dos gastos sociais sobre a balança orçamentária pública começou a ser vista como um fator de desequilíbrio econômico, sem cuja superação nenhum país poderia retornar à prosperidade. Fiori ilustra o raciocínio, com uma história protagonizada pelo Ministro de Educação da França, durante a greve estudantil de dezembro de 1994. Dizia ele: “Se eu lhes der mais professores e verbas, que é o que vocês querem, saibam de uma coisa: estarão abalando a credibilidade das contas públicas francesas⁹⁵ e, por conseguinte, a saúde do franco e... estarão abalando a credibilidade da economia francesa no mundo.”⁹⁶

O que seria, então, das políticas públicas de bem-estar social? Deixariam de existir? Ou a política pública se resumiria a permitir a exploração privada da previdência e assistência social, da saúde e da educação e das organizações produtoras de bens e serviços comuns para o mercado? Vai se configurando a crise do *Welfare State*, pondo em risco a alternativa por ele apresentada, fundando-se um afã de retorno ao liberalismo e a idéia de *naturalidade* do crescimento do contingente de pobreza.

O Brasil seguiu, até certo ponto, a via que foi oferecida ao mundo: a minimização do Estado e a publicização de serviços que poderiam ser prestados por ele, tendo como precursor o ex-presidente Fernando Collor de Mello, defensor incondicional da abertura econômica e das políticas neoliberais.

⁹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 309.

⁹⁵ Tal situação pode ser demonstrada – salvaguardada a dessemelhança de matizes e circunstâncias – através da grita geral dos municípios, mas principalmente dos Estados, com notoriedade para o Rio Grande do Sul, que a partir da tentativa de implantar um novo modelo, no governo Yeda Crussius, propõe o mais duro corte de investimentos sociais e controle das despesas públicas visto no Estado. A alimentação dos cofres públicos, contudo, não muda de fonte; escasseadas as possibilidades de privatização – em razão até dos focos de resistência social quase unânimes, como a convergência em relação à não-privatização do Banrisul –, o Estado investe no incremento da matriz tributária, vitimando, sobremaneira, o setor produtivo e a classe média.

⁹⁶ FIORI, José Luís. *Estado de Bem-Estar Social*. p 211.

De qualquer sorte, hoje, seria demasiado insuficiente dividir o mundo entre neoliberais e social-democratas – segmentação da qual ainda poderia ser acrescentada pelos socialistas da Ilha de Fidel ou a China agora aberta ao capital de consumo – ou em crítico-deliberativos, comunitaristas e liberais [...] enfim, qualquer classificação proposta pelos teóricos políticos da atualidade revela-se insuficiente, pois o Estado não sabe mais qual é sua identidade.

Enfim, a política globalizada – muito mais acentuada no viés econômico, é verdade – vitimou o sistema financeiro de todos os países do globo expondo-os a uma vulnerabilidade sem precedentes na história. Nessa esteira, é notória a priorização das áreas econômicas dos atuais governos, entretanto, diante a realidade que se impõe, o desafio é encontrar espaço à execução de políticas públicas que resgatem o déficit social que vem se acumulando ao longo dos anos.

Assim, a crise do Estado revela-se indiscutível. Entretanto, é necessário recorrer à história para buscar os fundamentos filosóficos desse mosaico de matrizes estatais contemporâneas.

Os conflitos de interesses da era moderna herdaram a mesma complexidade da nova sociedade civil. A função Judiciária do Estado, todavia, não conseguiu ainda demarcar sua posição diante da transindividualidade dos conflitos que advêm da aparente falta de legitimidade – por certo, pelo descompasso com a fonte real do direito, a demanda social – do ordenamento jurídico, e com o declínio do poder coercitivo das normas de preservação da propriedade.

“Pode-se dizer que, no Brasil, predomina/prevalece (ainda) o modo de produção de direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais...”⁹⁷ Ou seja, o modelo liberal-individualista-normativista que alocou o ordenamento infraconstitucional em torno de um Direito Civil que trata de coisas, relegando as pessoas ao segundo plano, não foi preparado para o enfrentamento com a insurgência coletiva e transindividual que anima “violações ao direito de propriedade” como, por exemplo, uma invasão maciça de terras. Esse o principal foco da *crise jurisdicional*, calcado na vetusta estrutura privatista do direito processual, forjado para resolver conflitos individuais, distante dos direitos sociais trazidos pelo *Welfare State*.⁹⁸

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 82.

⁹⁸ Cá se diga que um dos fatos que traduz esse paradoxo com competência invejável, é a reforma agrária. Após a diminuição das invasões de terra verificadas na primeira metade do governo Lula, agora, o MST retorna com força, retomando as invasões, construindo um propósito social de enfrentamento do poder judiciário e

Na verdade, a hipótese de um esbulho possessório simples é algo totalmente diferente de uma manifestação multitudinária, ideologizada e organizada para esse fim, que contesta o formato de apropriação e manutenção da acumulação imobiliária; e, na falta de normatização positiva detalhada que dê conta da composição de tal ordem de conflitos, a Constituição encerra conceitos – como a função social da propriedade – capazes de, impulsionados pela devida distinção hermenêutica, demonstrar e fundamentar decisões que dêem efetividade a essas e a outras promessas da modernidade.

Ovídio Baptista novamente empresta guarida à crítica da normatização perniciosa, quando examina a estrutura do ato jurisdicional, considerando a interpretação do art. 131 do Digesto Instrumental, ao afastar a concepção tacanha que deflagra um processo de igualização perversa das demandas, abandonando a personalidade que cada feito carrega consigo. Nesse sentido, suas alterações:

A estrutura elementar de qualquer julgamento, seja jurídico ou moral, pressupõe juízos sobre condutas humanas, portanto nunca decisões sobre puras normas. Descobre-se o direito a partir do fato. Sem fato contextualizado, o direito, que é uma espécie de conhecimento prático, não poderá ser descoberto. Pois bem, se isto é verdade, então não será o direito, abstratamente contido nos códigos, o objeto da decisão judicial. A jurisdição cuida de um direito subjetivo. Trata-o como uma realidade espacial e temporalmente situada, a partir de um conjunto de fatos e circunstâncias que lhe darão concreção. Esta óbvia exigência, de resto, está expressa no art. 131 do Código de Processo Civil, que manda o juiz atender aos fatos e circunstâncias da causa. É claro que esta exigência não poderá estar contida na norma que dispõe sobre direitos subjetivos, *normatizados* num dado preceito legal. Os fatos e circunstâncias da causa jamais estarão contidos na norma.⁹⁹

Nesse mesmo talante, no dizer de Streck¹⁰⁰, o individualismo e o formalismo do Judiciário contribuem para o agravamento da problemática: o arraigado senso de que os direitos individuais estão acima da comunidade, combinando com o apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais – fruto de uma *era da técnica* –, forjam um Judiciário atônito, que funda uma espécie de autofagia das estruturas sócio-econômicas, distanciando-se dos conflitos de interesses. A questão dos recursos como meios protelatórios, que tem no Estado seu mais notável representante, põe-se exatamente nessa esteira de burocratização sintomática do Judiciário. Como afirma Baptista da Silva, “não se pode perder

comprovando que o direito, de fato, não encontra meios nem sequer de contribuir para a busca da solução do conflito entre os sem-terra e os ruralistas, num prenúncio malfadado de um novo eldorado dos carajás.

⁹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. p. 277.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. p. 84.

de vista que a presença do Poder Público entre os tribunais é uma clara expressão da natureza burocrática e regulamentar do Estado contemporâneo”¹⁰¹.

Mas se o Estado Social foi apenas uma invenção das sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da modernidade com o desenvolvimento capitalista – em suma, um artifício para, cedendo os anéis, não perder os dedos – é, não menos que lógico, certo que se espere que as elites capitalistas, acalmadas e controladas às demandas sociais, um dia retomem seu caráter selvagem.¹⁰² Assim, fundado o temor do retorno ao Estado de Natureza.

Nesse contexto é que o neoliberalismo, no encalço da crise de governança, propõe a minimização do Estado, com um retrocesso à era pré-Estado Social. E agora, como destruir esse passo e retroceder? Nesse sentido, asseveram Bolzan de Moraes e Streck:

É possível assumir, antecipadamente, que estamos diante de um ponto de não-retorno. Não há como se pensar em uma volta às bases do Estado Mínimo. Este é um caminho fechado. Isto não significa, contudo, que não estejamos sujeitos a ver minguadas algumas de suas características mais marcantes – o que é perceptível nas políticas em voga nos anos 1980, em especial com os governantes Reagan e M. Thatcher, mas que, mesmo estes não alcançaram plenamente a (des) construção da totalidade dos mecanismos de *welfare* produzidos ao longo dos últimos 50 anos, principalmente.¹⁰³

Talvez a simplificação do Estado acabe por se refletir na melhor evidenciação dos interesses informadores do ordenamento jurídico. Afinal, a atividade econômica baseia-se sempre em demandas: aquilo de que as pessoas precisam para viver transforma-se em bem economicamente apreciável. Talvez por isso, é que, ainda de acordo com Bolzan, a Constituição na forma em que é conhecida tem sido encarada como um entrave ao desenvolvimento econômico, minada e fragilizada em sua qualidade de paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder.¹⁰⁴

Pedro de Vega Garcia também chancela esse pensamento, quando afirma:

En los umbrales del tercer milenio estamos asistiendo al doble y contradictorio fenómeno del ensanchamiento de los espacios económicos y sociales en los que hasta ahora los hombres desarrollaban su existencia, al tiempo que se produce la más escandalosa reducción de sus espacios políticos. Apoyados en los logros de la revolución tecnológica y cibernética, los transhumantes flujos monetarios del capitalismo financiero recorren los centros bursátiles de todo el

¹⁰¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 262.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Especial dos Direitos Humanos*. p. 40.

¹⁰⁴ Idem, p. 47.

planeta, consagrando lo que se ha dado en llamar la mundialización de la economía.¹⁰⁵

Vale lembrar, como ilustração da contradição do liberalismo globalizado – que mesmo nos Estados Unidos, auto-impostos no cargo de bastiões da democracia e do liberalismo, reagindo à crise econômica que embarga seus passos, voltou-se novamente ao caráter de Estado-providência, não só garantindo enormes níveis de investimentos sociais, mas também intervindo diretamente na economia, ao melhor estilo keynesiano.¹⁰⁶

Por se estar tratando do pináculo de um processo evolutivo, não há como admitir, em sã consciência, que países como o Brasil – no dizer de Hobsbawm¹⁰⁷, um monumento à negligência social – possam abandonar a responsabilidade de prover direitos sociais fundamentais; que, aliás, em sua maioria, jamais foram implementados, eis que o Brasil, para Bolzan de Moraes, jamais adentrou a fase de *welfare state*.¹⁰⁸

Mas acompanhando a evolução do Estado, também se foi percebendo que a atividade política – entendida como exercício do poder – pode efetivamente condicionar todos os mecanismos sociais. Os conflitos provocados pela luta travada pela disputa do poder tem ingentes reflexos na gestão dos interesses coletivos.

Esses interesses coletivos, por sua vez, exigem cada vez mais que se apresentem reguladores racionais da atividade política. Burdeau, com propriedade, aduz que:

[...] duas ordens de fatos parecem em condições de modificar a maneira de entender o objetivo da atividade política. A primeira é o advento de um tipo de sociedade dotada de um funcionamento e de uma evolução cuja efetivação já não é concebível fora de um controle racional e voluntário. A segunda é o desenvolvimento das ciências sociais e, particularmente, da ciência econômica, que proporcionam a este controle instrumental ao mesmo tempo objetivos e eficazes.¹⁰⁹

Esse controle racional, há muito percebido como essencial para o estabelecimento e construção do Estado Democrático de Direito, encontra-se no texto constitucional, produto de um poder constituinte, reconhecido, pelo constitucionalismo moderno, como um poder não submetido ao ordenamento vigente e, portanto, autônomo e portador de excepcional força, já que se propõe à formação de uma ordem legal. É ele o elemento fundante da ordem jurídica

¹⁰⁵ GARCIA, Pedro de Vega. Mundialización y Derecho Constitucional: La Crisis del Principio Democrático en el Constitucionalismo Actual. In: *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: Nueva Época, 2000. p. 34.

¹⁰⁶ Ver: KEYNES, John Maynard. *Breve tratado sobre la reforma monetária*. In: *Inflação e Deflação*.

¹⁰⁷ Ver: HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções (1789-1848)*. In: *A Era dos Extremos (1914-1991)*.

¹⁰⁸ Ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Especial dos Direitos Humanos*.

¹⁰⁹ BURDEAU, Georges. *O Estado*. Mira Sintra: Publicações Europa-América, 1977. p. 166.

que, em análise última, representará o desaguar da face imanente ao próprio poder constituinte. Nesse sentido, acerca do poder constituinte, assevera Baracho:

O poder constituinte, através de seus atos, pode inserir grandes e profundas alterações na ordem jurídica. É criador da ordem jurídica, fixa os princípios e estabelece os seus instrumentos de atuação. É o ponto de ligação entre Política e Direito, entre a turbulência das forças sociais e a serenidade dos procedimentos, entre a desordem revolucionária e a tranqüilidade do ordenamento dos regimes políticos.¹¹⁰

Tal poder precisa ser legítimo, para que se garanta a supremacia ao texto constitucional. A propósito, Burdeau afirma que “a sutileza dos constituintes alcança poucos efeitos se não for sustentada na mentalidade dos governados.”¹¹¹

O Estado, assim, deve registrar uma submissão intrínseca ao poder político, controlado e racionalizado pela ordem constitucional. O ordenamento constitucional, assim, merece atenção especial, na medida em que permite, ou obstaculiza o exercício do poder político. E, tendo-se que ao poder político é dado o papel de promover o desenvolvimento do Estado, evidente inferir que a Constituição, em último exame, também pode otimizar ou erigir óbice a esse desenvolvimento.¹¹²

Na atualidade, a democracia constitui-se, mais do que numa forma de governo, também numa idéia que traz a consolidação da concepção de liberdade ao indivíduo. Nessa quadra da história, quando a tecnologia e as comunicações transformam e interligam as nações, dando azo e fomentando a complexidade, impõe-se a adoção de mecanismos que regulem e protejam o Estado Democrático de Direito, bem como as formas de exercício do poder. Georges Burdeau alterca que “no próprio momento em que a democracia cidadã se

¹¹⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral das Constituições Escritas. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, 1985. p. 84-5.

¹¹¹ BURDEAU, Georges. *O Estado*. p.166.

¹¹² Para Novais: “A Constituição do Estado de Direito possibilitaria a existência do Estado Social e fornecer-lhe-ia os meio jurídicos necessários à prossecução da sua actividade como *Estado fiscal*, sob uma única condição: a distinção rigorosa entre o poder de tributação fiscal e “a tutela do sistema de repartição dos bens imposto pela garantia da propriedade”; diluída que fosse esta distinção, o Estado social perderia o seu fundamento constitucional, na medida em que a repartição do produto nacional por ele operada pressupõe a manutenção do pré-existente sistema de repartição de bens garantido pela Constituição do Estado de Direito” (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. p. 197) [...] De facto, para o sentimento jurídico emergente no século XX, a garantia dos direitos fundamentais e a tutela da autonomia individual – fulcro do conceito de Estado de Direito – exigem tanto a ausência de invasões ilegítimas das esferas individuais quanto a promoção positiva da liberdade. Assim, a actividade de “Daseinsvorsorge” prosseguida pelo Estado Social – não já confinada infraconstitucionalmente à zona administrativa, mas impregnando toda a actividade do Estado – surge associada ao objetivo de emancipação individual e livre desenvolvimento da personalidade e, na medida em que encontra na dignidade da pessoa humana, e não já na conservação da propriedade burguesa, o seu fundamento e limite, revela-se como dimensão ineliminável da actual Constituição de Estado de Direito. (Idem, p.199.)

transformara no regime de direito comum das nações civilizadas, as exigências da liberdade, o povo assenhoreou-se do Poder.”¹¹³

Esse reconhecimento do Estado Democrático de direito significa, também a garantia que se concede aos cidadãos no sentido de que se imponham limites ao poder político, trazendo segurança jurídica e permitindo que a democracia consolide-se progressivamente.¹¹⁴

A importância da ordem constitucional, aliás, é reconhecida inclusive em regimes políticos diversos. Nesse sentido, Baracho diz que:

[...] todas as Constituições, surgidas em regimes políticos diferentes, apesar de tudo, proclamam princípios democráticos fundamentais. Aderem, de uma maneira ou de outra, ao sistema da divisão funcional dos poderes.¹¹⁵

Texto constitucional capaz de, efetivamente, garantir o Estado Democrático de Direito, é aquele que pressupõe a participação dos indivíduos, reconhecendo-se que as “novas constituições refletem a idéia da supremacia e da unidade do Direito, pelo que toda a vida do Estado está alicerçada no Direito e sofre a sua penetração.”¹¹⁶

Contudo, parece fundamental a manutenção das características fundantes do Estado Social, ao menos nesse período de transição/transformação/constituição que atravessa o Estado Moderno, sob pena de cancelar-se um Estado de Transição/Exceção, “que se apresenta com um patamar de indeterminação entre a democracia e o absolutismo.”¹¹⁷ Nesse viés, o trabalho de Giorgio Agamben, sinalando para o risco deste Estado de Exceção, que surgiria numa *terra de ninguém*, entre o público e o político, entre a ordem jurídica e a vida:

Somente erguendo o véu que cobre essa zona na indiferença – ou na suposta diferença – entre o político e o jurídico e entre o direito e o vivente. E só então será possível, talvez, responder à pergunta que não pára de ressoar na história da política ocidental: o que significa agir politicamente? [...] Significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente na “military order”, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001, e que autoriza a “indefinite detention” e o processo perante as “military commissions” (não confundir com os tribunais militares previstos pelo

¹¹³ BURDEAU, Georges. *A Democracia*. Ensaio Sintético. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1975. p. 155.

¹¹⁴ Por isso é que Burdeau propõe a consciência política como um dos critérios fundantes da Constituição: [...] encontra-se nos seus componentes os fatores cuja ação salientamos na gênese da idéia do estado, nomeadamente a preocupação de uma segurança que só pode ser assegurada por um poder mais duradouro que os governantes, a necessidade de fundar a autoridade numa base menos suspeita que o humor dos homens que o exercem, a compreensão da indispensabilidade de uma disciplina que os partidos, demasiados ocupados em agradar, não ousam impor. (Idem, p. 157.)

¹¹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral das Constituições Escritas*. p. 76.

¹¹⁶ Idem, p. 49.

¹¹⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Traduzido por Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 13.

direito da guerra) dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas.¹¹⁸

Um dos aspectos que funda o risco apontado por Agamben é que o reconhecimento da Constituição enquanto limitadora do poder do Estado não tem se revelado suficiente à asseguuração da construção de um Estado verdadeiramente democrático, uma vez que o paradigma liberal-privatista, ainda presente na maioria dos Estados, permite que se empreste fundamento decisional calcado na economia, e, com o intuito de garantir a estabilidade do mercado e o superávit do Estado, viabiliza-se a supressão de direitos sociais, deixando de assegurar garantias primordiais à sustentação da democracia.

Isso provém, dentre outras questões, da fragmentação do ordenamento estatal¹¹⁹, um dos fundamentos da crise do Estado Moderno. Como assevera Sabino Cassese:

Le difficoltà sono accresciute dalla scarsa comparabilità “cross-nations” della straordinaria crescita dell’ordinamento parastatale e della conseguente frammentazione degli ordinamenti unitari. Basti ricordare soltanto che la disciplina della concorrenza è in molti paesi affidata a organismi indipendenti, ma, invece,

¹¹⁸ Idem, p. 12-4. AGAMBEN aproxima ainda mais sua tese do mundo da vida quando define plenos poderes, conceito fundamental para a compreensão do que chama de Estado de Exceção. Sua construção permite averiguar a proximidade conceitual que alguns estados da modernidade registram com o temor de Agamben. Nesse sentido, aponta que “a expressão ‘plenos poderes’ (pleins pouvoirs), com que, às vezes, se caracteriza o estado de exceção, refere-se à ampliação dos poderes governamentais e, particularmente, à atribuição ao executivo do poder de promulgar decretos com força de lei. Deriva da noção de plenitudo potestatis, elaborada no verdadeiro laboratório de terminologia jurídica moderna do direito público, o direito canônico. O pressuposto aqui é que o estado de exceção implica um retorno a um estado original ‘pleromático’ em que ainda não se deu a distinção entre os diversos poderes (legislativo, executivo, etc.). Como veremos, o estado de exceção constitui muito mais um estado ‘kenomático’, um vazio de direito, e a idéia de uma indistinção e de uma plenitude originária do poder deve ser considerada como um ‘mitologema’ jurídico, análogo à idéia de estado de natureza (não por acaso, foi exatamente o próprio Schmitt que recorreu a esse ‘mitologema’). Em todo caso, a expressão ‘plenos poderes’ define uma das possíveis modalidades de ação do poder executivo durante o estado de exceção, mas não coincide com ele.” (Idem, p. 17.)

¹¹⁹ Cassese aborda de forma sistemática a fragmentação do ordenamento do Estado: Comincio con il primo tema, quello della crisi dell’unità dello Stato. La frammentazione dei poteri pubblici è uno dei più importanti problemi degli ordinamenti moderni. Negli ordinamenti unitari, l’istituzione e poi la moltiplicazione degli enti pubblici nazionali e l’affacciarsi di figure ibride, costituite da organismi semipubblici, hanno tolto il sonno ai cultori dello Stato. Ma anche nelle “state-less societies”, pur essendo diverso il punto di partenza, il moltiplicarsi degli organismi pubblici non riconducibili al governo centrale ha posto problemi non indifferenti. [...] Si può dire, dunque, che il policentrismo degli ordinamenti generali pone oggi, sia pure con intensità diversa, alcuni problemi comuni. Il primo di questi è quello delle definizioni. Prima si è trattato di definire l’ente pubblico. Poi, la figura dell’ente pubblico è entrata in crisi e, ormai, si riconosce che ve se sono tante nozioni quanti sono gli enti (o le categorie di enti). Poi si è fatto ricorso a parole composte, come l’inglese “quango” (quasi-autonomous-non governmental-organisations), per indicare istituti appartenenti a generi diversi. [...] Il secondo problema è quello individuazione del settore pubblico non statale e delle sue dimensioni. Il numero e la varietà degli organismi che ne fanno parte hanno reso particolarmente difficile questo compito. L’insufficienza delle categorie tradizionali da includere nel parastato ha condotto a individuare anche nuove terminologie, come quella, per l’appunto, di “sette pubblico”. [...] Il terzo problema non è conoscitivo, bensì operativo o gestionale: si tratta della riconduzione all’indirizzo del governo (e degli altri organi rappresentativi) del mondo vario dei poteri pubblici non statali. Riconduzione difficile perché questi sfuggono, per la loro stessa natura, al coordinamento e ai controlli. [...] Il quarto problema è quello dell’“accountability”: a chi rispondono questi organismi? All’elettorato, alle comunità locali, ai cittadini? (CASSESE, Sabino. *La Crisi dello Stato*. Roma-Bari: Gius, Laterza & Figli Spa, 2002. p. 22-3.)

negli Stati Uniti, è affidata alla Antitrust Division, che ha festeggiato i sessanta anni nel 1994 e, nell'Unione europea, a uno dei commissari e, cioè, all'esecutivo. Ciò dovrebbe far riflettere sulla relatività delle scelte e delle qualificazioni giuridiche dai diversi ordinamenti.¹²⁰

A fragmentação do Estado, assim, acabou por torná-lo mais frágil. A perda do *locus* histórico do Estado, através da participação doutras instituições, que passaram a compartilhar o poder, permitiram seu distanciamento dos compromissos estabelecidos no *Welfare State*.

Nesse viés, propondo uma retomada de algumas bases essenciais do Estado Social, indispensáveis, mesmo num novo modelo de Estado, necessário compreender a aplicação da idéia de igualdade, de matriz francesa, sob dois prismas. Primeiro, reconhecendo-se a influência dos temperos do *Welfare State*, dando ensejo à substancialidade do termo, com a consideração de seu caráter material, o que oferecerá amparo às políticas compensatórias. Doutra banda, a *igualdade formal*, representada na conotação programática da acepção, arrimando as liberdades públicas.

A gênese da igualdade formal, como dito, deu-se com a Revolução Francesa, quando a intenção de sua inserção dentre os pilares humanitários da conflagração era impedir que os cidadãos recebessem tratamento não idêntico em face de sua posição de nobre ou mesmo em razão do gozo de forte apelo popular. Essa significação resta evidente no discurso proferido por Maximus Robespierre, no Tribunal Revolucionário Francês, por ocasião do julgamento de Danton – em razão da liderança da contra-revolução –, que acabou por condená-lo junto com os demais líderes da revolta à guilhotina, já no período de crise do republicanismo francês. Eis um trecho da oração de Robespierre:

Poremos certos indivíduos acima da República? Querem conceder a ele o que não concederam aos outros?¹²¹ Por que princípios? Quer dizer que Danton é um cidadão acima das leis? A República foi o povo que a construiu. Quem poderia afirmar: 'Sou a alma da República'. Nenhum mérito dá direito a privilégios. [...] Se acham que ele (Danton) merece uma justiça diferente, peçam a extinção da corte e julguem a nós. O mundo olha para nós, não podemos mostrar fraqueza, covardia. Que seria da França se não confiassem em nós? Terei em volta de mim homem justos e honestos. A inocência não pode temer a vigilância pública. [...] Só os culpados tremem. Pois mesmo que por alguma lei obscura da Providência a queda de um criminoso provoque a minha, e daí? Para nós o perigo não pesa no cumprimento do dever.¹²²

¹²⁰ Idem, p. 23.

¹²¹ *In casu*, referindo-se ao rogo de Danton para usar a palavra no Tribunal, o que não era permitido aos demais cidadãos e que, ulteriormente, restou concedido através da reconhecimento do princípio do contraditório.

¹²² Ver: HOBSBAWM, Eric J. *A era das Revoluções (1789-1848)*.

Hodiernamente, resta evidente que o propósito da igualdade formal não registra mais como principal fim o perseguido pela Revolução Francesa, já que, em razão da evolução histórica, o poder econômico ou o apoio popular já não se questiona mais a pertinência constitucional do reconhecimento popular ou do poder econômico como fatores determinantes das decisões judiciais.

Frente à doutrina garantista¹²³ e em respeito aos Direitos Fundamentais, a igualdade substancial ou material é que encontra maior pertinência, e, portanto, merece a atenção dos julgadores quando da deferência deste princípio constitucional.

Assim, o constitucionalismo atual desprestigia essa materialidade oriunda das bases de sua constituição – que deveria ser ínsita a sua aplicação –, já que as instituições – principalmente o Judiciário – têm fragilizado seu poder, supervalorizando as codificações, fruto das maiorias transitórias.

Ovídio Baptista da Silva questiona a potencialidade de realização da inclusão social através do preceito da igualdade quando se registra um paradigma estatal preponderantemente liberal e que ainda compartilha com a idéia de acumulação de riqueza, indiferença à miséria e regência econômica do mercado. Na verdade, Baptista alcança a ilação de que a liberdade e a igualdade não conseguem conviver, se consideradas suas acepções genéticas e plenas. Para ele, a defesa incondicional da liberdade sufoca a igualdade. A esse teor, veja-se sua argumentação:

Dentre as inúmeras contradições existentes na formação do conceito de democracia que nos foi transmitido pelo liberalismo, duas encontram-se em seus próprios objetivos básicos, quais sejam, a busca da *igualdade* e, ao mesmo tempo, a defesa radical da *liberdade*. Estes objetivos naturalmente são entre si antagônicos. A ampla liberdade postulada pelos liberais tem por fim reduzir a figura do Estado. Sua intervenção deverá ocorrer apenas nos momentos em que seja indispensável assegurar o exercício pleno da liberdade. O objetivo, porém, quando levado às últimas conseqüências, como agora pretende atingi-lo através do “Estado mínimo”, pode muito bem aproximar-se de uma espécie de *darwinismo* social, praticado em favor das classes dominantes.¹²⁴

A afirmação de Ovídio Baptista é contundente e ataca o âmago do Estado Constitucional, que se arrima nas revoluções francesa e americana, perseguindo exatamente a convivência harmoniosa entre o princípio da igualdade e da liberdade. Todavia, se considerados os aspectos que ofertam esteio aos princípios em testilha, o argumento parece

¹²³ Ver: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. _____, *O Direito como Sistemas de Garantias*. O Novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

¹²⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 311.

bastante razoável, já que a igualdade, em sua acepção clássica, não encontra campo fértil de aplicação no sistema neoliberal, que, à medida que percebe o avanço da globalização, torna-se cada vez mais excludente.

Como outras de suas posições vanguardistas, certamente causa estranheza aos constitucionalistas, mas o certo é que a liberdade, tutelada especialmente no livre exercício do direito de propriedade, no livre comércio e na possibilidade de inexistência de óbices ao exercício da consciência, da expressão, da religião e de quaisquer espécies de manifestação, registra um acento muito mais cativo no Estado contemporâneo. A igualdade acaba sendo relegada à condição de coadjuvante, já que os programas sociais, em regra, registram caráter assistencialista e o mercado continua ditando as regras e afastando cada vez mais os pobres dos ricos. Ademais, é evidente o processo excludente e de afirmação de estereótipos do liberalismo:

As ciências da ‘descoberta’ – que são as únicas que o pensamento moderno considera verdadeiras ciências – ignoram o *individual*, aquilo que o fenômeno tem de singular, despe-o de tudo o que nele possa representar a *diferença*, para, com o esqueleto que restou, com as *identidades*, construir a regra.¹²⁵

A par desse debate, tem-se que muito mais do que a mera adequação do princípio aos fatos, o julgador deve adotar uma conduta positiva, no sentido de ultimar a superação das diferenças, olhando para o *discrímen* constitucional como um instrumento de defesa das minorias, dentre as quais estão as populações de risco, sem acesso à habitação digna. Ou seja, o princípio da isonomia constitui-se num dos fortes recursos jurídico/sociais de superação das diferenças e combate às posturas discriminatórias, devendo nortear a conduta do Judiciário no combate a tão freqüente omissão do Estado/Leviatã.

Bobbio diz que “os direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”¹²⁶. A fase da reconhecimento dos direitos fundamentais foi praticamente ultrapassada, já que a grande maioria dos países do globo guarda previsão em seus ordenamentos do conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Portanto, a problemática não é filosófica - pois já há um consenso quanto à importância desses direitos -, mas sim política, notadamente no plano da aplicabilidade dos direitos já reconhecidos. Como assevera Bobbio: “A liberdade e a

¹²⁵ Idem, p. 266.

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17.

igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser”¹²⁷.

Por fim, no concernente ao princípio da igualdade, sublinha-se que deve ele ter uma aplicação plena, alcançando não apenas caráter programático, nem tampouco restrito, mas sim levado ao mundo jurídico como cultura popular, objetivando a superação das desigualdades e a determinação de posturas que equiparem o desigual, combatendo não só as condutas positivas, mas também as omissões dos indivíduos e do próprio poder criador da lei.

A igualdade, vista sob o prisma “real”, demanda um Estado necessariamente interveniente, que não se limite a assegurar os direitos em seu ordenamento e viabilizar sua defesa jurisdicional por intermédio do reconhecimento de garantias correspondentes a esses direitos, mas também desenvolva ações compensatórias. Enfim, a inserção social deve ter como esteio a busca da cidadania correspondida.

Locke considera a liberdade um direito natural¹²⁸ e Kant a considera o único direito fundamental e original do homem¹²⁹. Todavia, Aristóteles, que viveu em uma sociedade onde o trabalho escravo era comodamente admitido, não hesitou nenhum instante em assegurar que a escravidão era um “direito natural”¹³⁰, assim como os iluministas consideram igualmente “natural” a liberdade. Tais afirmações só reforçam a idéia de que os direitos fundamentais variam de conformidade com o período histórico e a cultura de cada povo.

Dessarte, o atendimento material à supremacia dos princípios constitucionais, dispensando a visão positivista ortodoxa, que alterca um regulamentismo de cunho privatista e individualista, pondo-se na contramão da publicidade reclamada pelo direito gestado no Estado Social, é fundamental à sobrevivência da democracia, à asseguuração do exercício pleno da cidadania e à garantia de uma verdadeira *cultura constitucional* que passe a integrar o rol de valores da população.¹³¹

¹²⁷ Idem. p. 29.

¹²⁸ Ver: BOBBIO, Noberto. *Loocke e o Direito Natural*. Traduzido por Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

¹²⁹ Ver: KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Traduzido por J. Rodrigues de Meringe. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

¹³⁰ Ver: BOBBIO, Noberto. *Loocke e o Direito Natural*.

¹³¹ Segundo a crítica de Matteucci: “[...] como ayer el constitucionalismo tuvo que aceptar el desafío del Estado absoluto, así hoy debe afrontar el del sistema, entendiendo con este término una forma de organización del poder donde se maximizan las interdependencias, se anulan las distinciones entre privado y público, sociedad civil y Estado, moral y política, economía y ordenamiento jurídico, basada en normas generales y abstractas; una organización del poder en la que la sociedad de masas, mientras atomiza a los individuos, permite fácilmente su manipulación a través de tecnoestructuras burocráticas, por lo que la formación de un consenso real queda obstaculizada y la protección de los derechos del individuo seriamente comprometida.” (MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. p. 291.)

Mas a conscientização da supremacia da Constituição é só o primeiro passo para sua integralização social. É necessário que se proporcione aos movimentos sociais constituídos e aos próprios indivíduos a oportunidade de participação verdadeiramente *livre* da influência dos esteriótipos políticos institucionalizados. Só assim a cultura constitucional será um produto das demandas sociais plurais, que não sejam apenas representativas quantitativamente, mas qualitativamente, fruto da manifestação desapegada dos mandos governamentais.

Como propõe Warat, faz-se necessário um rompimento com a *doxa*¹³² e a implementação de uma gestão *carnevalizada*¹³³ dos *paradoxos*¹³⁴, através de um culto ao *devoir* que encoleirize o indivíduo e dê azo à inovação, rompendo-se com o saber institucionalizado. Nesse sentido, a marginalidade é para a semiologia a possibilidade de reencontrar a linguagem do estado nascente.¹³⁵

Pode-se ter, em ilação, que se o conhecimento institucionalizado exercer sempre um poder coercitivo e castrador em relação à visão crítica – marginal – o Direito jamais experimentará as inovações que reclama, pondo-se na contramão da evolução social. E o constitucionalismo como produto cultural põe-se como uma alternativa de asseguarção de um movimento integrado e integrador entre a Sociedade e o Estado. Como sinala Warat:

[...] como o desejo pode perder-se quando o lugar do prazer é convertido em lugar do dever; perde-se quando o prazer é realizado como obrigação, como um mecanismo de defesa do desejo frente ao pecado. Sempre que a obrigação repercute no prazer, teremos alguma forma de exercício da repressão. [...] Juridicamente falando, o dever e a razão ocupam todos os espaços até terminarem por confundir o desejo com as vontades legalmente expressas. O prazer adquire a cara pálida de um desejo contratualmente expresso. Não se pode esperar maior subversão jurídica que a emergência do direito junto ao lugar do prazer. Seria uma reterritorialização que tornaria o direito instrumento da democratização do social.¹³⁶

¹³² Crença absoluta, integrante do saber dominante e estagnado, dogmático e hermético, que impõe uma resistência insuperável às inovações.

¹³³ Termo que denota o franco rompimento com o saber institucionalizado e consegue expressar a rebelião individual contra o determinismo científico. Carnevalizar as ciências sociais é deslocar uma herança, subverter o ideal de uma ciência rigorosa e objetiva, estabelecer o caráter imaginário das verdades e compreender que, através do gênero científico, nunca poderá efetivar-se a crítica à sociedade e reconciliar-se o homem com seus desejos. O programa metodológico das Ciências Sociais nada tem a ver com a missão da crítica e a realização do desejo. Ou, lançando mão da linguagem deliciosamente poética de Warat, poderíamos dizer que “*carnevalizando a Espistemologia, reconheceremos que as verdades propostas pelas ciências sociais são: explicações assustadas/respostas omissivas/conceitos mutilados que provocam práticas mutiladoras/ montagens insensíveis/ questões de desejos/ hipóteses desertizadas/ convicções sem futuro.*” (WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos*. p. 166.)

¹³⁴ Dificuldade na conclusão de um raciocínio, seja pela vagueza dos termos das suas proposições, seja pela insuficiência dos instrumentos lógicos formais. Paradoxo socrático. Filósofo. Tese socrática que afirma: “Ninguém faz o mal voluntariamente, mas por ignorância, pois a sabedoria e a virtude são inseparáveis.”

¹³⁵ Ver: WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos*.

¹³⁶ Idem, p. 27 e 30.

Dessarte, a real eficácia das normas, rompendo-se efetivamente com Kelsen¹³⁷ só será alcançada a partir do momento em que a Constituição for concebida como instrumento cultural que compatibilize os interesses do Estado e da Sociedade Civil¹³⁸; só assim ela realmente *existirá* entre nós, será *válida e eficaz*, perfectibilizando a tríade sustentadora da norma idealizada pelo próprio ordenamento positivo. Matteucci enfoca com cristalinidade a crise do constitucionalismo na modernidade, mostrando os óbices à definitiva fixação da cultura da lei fundamental, como um estandarte social:

Esta falta de fantasía constitucional es menos comprensible par un período, como nuestro tiempo, en el que la tercera revolución industrial, que tiene en la tecnología su motor, há transformando no sólo los órdenes sociales sino que también há causado la marginación o desaparición de los espacios y articulaciones internas que el constitucionalismo había garantizado en el ámbito de la formación del Estado moderno, permitiendo una sociedad pluralista. Por un lado, el individuo es cada vez más dependiente de la máquina social y de la lógica funcionalista que la preside, por lo que – como ayer reivindicó el *habeas corpus* – hoy reclama la *privacy*; por otro, la distinción entre sociedad civil y Estado tiende a anularse, en la medida en que existe una objetiva invasión, de uno o del otro, en las recíprocas esferas, y el estado amenaza con convertirse en total, sin dejar espacios neutrales.¹³⁹

O que Matteucci denomina de *fantasia constitucional* funda-se exatamente nessa idéia de arquitetura de um novo paradigma cultural, que esteja embrechado na cultura social enquanto *desde-já-sempre*¹⁴⁰, estabelecendo uma convivência de ascendência sobre as regras do mercado e o norte que o liberalismo-individualista tem ditado às práticas econômicas, bem como empreendendo a retomada dos *espacios públicos vazios* ou ocupados malfadadamente pelo mercado.

A insuficiência do Estado, a descrição de suas crises e o paradoxo entre igualdade e liberdade produzidos especialmente a partir do liberalismo/neoliberalismo, sinalam para a Constituição como o fundamento material, que assegura um ponto de partida para a superação de das vicissitudes apontadas. Contudo, é certo que a Carta Política, por si só, não registra o condão de emprestar solução à crise estatal, até porque, ela própria nomina um dos vizes da crise. Assim, necessária a consideração dos modelos que, hodiernamente, amparam o Estado

¹³⁷ Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*.

¹³⁸ Relembrando que segundo Gramsci, não há Estado Democrático de Direito sem a anuência e a efetiva participação da Sociedade Civil organizada de forma livre e arrimada nos instrumentos disponibilizados pelo próprio Estado. (GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. Temas de Cultura. Ação Católica. Americanismo e Fordismo. 4 v. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001)

¹³⁹ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. p. 291.

¹⁴⁰ Ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso.

e, por via de consequência, a própria jurisdição, assim como o compromisso racionalista que a identifica.

3 As Concepções que Norteiam o Estado Moderno e o Compromisso Liberal-Racionalista da Jurisdição

O Estado Moderno, como dito alhures, enfrenta uma crise de identidade, que encontra diversas matizes. A crise é fruto da insuficiência conceitual e estrutural que o Estado revela diante das pretensões que registra, especialmente em face do mosaico de sustentação que foi angariando ao longo da história.

Ovídio Baptista da Silva aponta para um antagonismo entre a liberdade – pretendida pelo liberalismo – e a igualdade¹⁴¹, cujos valores não poderiam ser alcançados num sistema progressivamente excludente, como tem se revelado o liberal. Ademais, sinala a herança racionalista como um dos precípuos empecos do aprimoramento da eficácia das funções do Estado e da efetividade jurisdicional. Baptista da Silva efetua construção interessante no sentido de coadunar o exame do racionalismo moderno com a democracia, que teria privilegiado a justiça comutativa aristotélica, abandonando seu caráter distributivo, o que funda, também, o escopo liberal. A esse teor, suas afirmações:

O direito racional moderno, por exemplo, privilegiou apenas uma das formas de justiça preconizada por Aristóteles, legitimando somente a ‘justiça comutativa’, conciliando-se, ao contrário, precariamente com os princípios da ‘justiça distributiva’ que, como é natural, antes de ter por fim a conservação do *statu quo*, deve lutar para transformá-lo. A justiça distributiva representa o componente revolucionário do Direito. Conseqüentemente, não seria de esperar que o novo ordenamento jurídico concebido, acima de tudo, com sistema de segurança legal, pudesse priorizar esta forma revolucionária de justiça.¹⁴²

Ademais, o direito ainda enfrenta o paradigma absolutista de que a lei é o depositário de todas as esperanças do Estado e do indivíduo, bem como o sustentáculo que a Ciência Jurídica oferece ao aparato estatal. Logicamente que esse caráter positivista ortodoxo e pernicioso acaba por influenciar o perfil do Estado, que se inclina para uma identidade fulcrada no exercício objetivo e lógico da norma, em descompasso com uma sociedade cada vez mais complexa, que multiplica relações comerciais, de consumo e, a partir do avanço

¹⁴¹ Nessa linha, as alterações do Autor: Os liberais não apenas dão prioridade à liberdade; eles se opõem à igualdade, pois se opõem vigorosamente a qualquer conceito medido em função de resultado, única maneira de dar sentido ao conceito de igualdade. Na medida em que liberalismo é a defesa do governo racional, baseado no julgamento informado dos mais competentes, a igualdade se lhe apresenta como um conceito nivelador, antiintelectual e inevitavelmente extremista; para concluir: “O próprio termo “liberal” incorpora não só o significado político, mas a prática da largueza, do *noblesse oblige*. Indivíduos poderosos podem ser liberais em sua distribuição dos valores materiais e sociais. E vemos aqui, muito abertamente, o vínculo existente com o conceito de aristocracia, ao qual o liberalismo pretende se opor.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 312.)

¹⁴²Idem, p. 68.

tecnológico, aumenta a velocidade, diminui as distâncias e modifica o paradigma de necessidades.

O Estado, assim, firmado no positivismo, acaba por ofertar espedaço à proposta liberal de manutenção do *status quo*, vez que o rompimento paradigmático através da alteração da legislação revela-se muito mais árduo do que aquele buscado pela autoridade da jurisdição e pelo precedente, características típicas do *common law*. Nessa esteira, o pensamento ovidiano:

Não somos capazes de compreender seu verdadeiro núcleo, porque estamos cegos pelo dogma positivista de que todo o direito encerra-se na lei, conseqüentemente supervalorizamos a importância da lei no processo de conhecimento jurídico... O que está, como ideologia, por traz do monopólio da lei (absolutismo legal) não é outra coisa senão a idéia do Estado de Direito, do modo como ele foi concebido no século XIX e que entre nós ainda está viva, embora às vezes violada. Este Estado de Direito é, em sua essência, um Estado Legal. É o Estado em que somente a lei está convocada a garantir a justiça, a liberdade e a segurança. Conseqüentemente, a produção do direito é atribuída apenas ao legislador, não aos outros poderes públicos ou à pessoa individual. A teoria da separação de poderes é interpretada no Estado legislativo como a reserva, para esse poder, da atividade criadora do direito. O 'poder' judiciário está limitado a 'aplicar' o direito criado pelo legislador [...]. Conseqüentemente, segue-se desta premissa que todos os critérios e considerações para o Estado de Direito e uma violação do princípio de separação de poderes.¹⁴³

Assim, com o propósito de viabilizar a jurisdição participativa, que supere a concepção formalista-privatista – que insiste em tutelar um processo ortodoxo que não se adapta à recepção dos direitos difuso-coletivos, faz-se necessário arquitetar uma concepção crítica da linguagem e ir um pouco além das matrizes teóricas estatais desenvolvidas na modernidade. Hoje, lançando mão da linguagem empregada na ciência política, pode-se dividir a representatividade ideológica-estatal em três correntes largamente difundidas e uma quarta, ainda precoce.

A primeira, representada principalmente pelas idéias de Robert Nozic e Friedrich Hayek¹⁴⁴, para quem o aparato coercitivo do Estado Moderno tem sido utilizado com o fim de ultrajar o indivíduo e violar seus direitos, tecendo duras críticas à teoria da solidariedade social, pode ser denominada de *corrente libertária* e possui conotação eminentemente privatista.

A segunda, que tem como expoentes John Rawls¹⁴⁵ e Ronald Dworkin¹⁴⁶, nominada de *liberal contratualista*, de vertente kantiana, sustenta a sociedade numa concepção de

¹⁴³ Idem, p. 270.

¹⁴⁴ Ver: HAYEK, Friedrich A. von. *O Caminho da Servidão*.

¹⁴⁵ Ver: RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Traduzido por Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Libertad, Igualdad y Derecho: Las Conferencias Tanner sobre Filosofía Moral*. Barcelona: Ariel, 1988.

preservação das identidades, reconhecendo como natural o surgimento de conflitos, que, contudo, devem ter como norte as concepções individuais dos membros da sociedade, rechaçando a luta de classes e a organização da sociedade civil em entidades e grupos.¹⁴⁷

Os *comunitaristas*, por sua vez, recuperam a retórica aristotélica, muito bem interpretada por Perelman, em sua obra clássica, “Tratado da argumentação”¹⁴⁸.

Perelman sustenta que a teoria da argumentação não se pode desenvolver quando toda visão é concebida como redução à evidência e situa seu objeto no “estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhe apresentam ao assentimento”¹⁴⁹.

Idade Média trabalhou com a ciência da criação, da diversidade, emanada de Aristóteles¹⁵⁰, enquanto que a modernidade trouxe à tona Platão¹⁵¹, defendendo a ciência da descoberta, da certeza e da exatidão. Na linha da teoria platônica, o Direito enquanto produtor de diferenças de ciência que repugna as verdades absolutas, já que trabalha com versões e não concepção definitivas, sofreu um forte ultraje, passando por um período de *igualização perversa* em relação às demais ciências.

A modernidade trouxe de volta a idéia de Aristóteles e devolveu ao Direito a retórica, percebendo-o como um processo de construção permanente e revisão dos paradigmas positivistas estabelecidos.

Os comunitaristas, que ofertam abrigo ao pensamento de Michael Walzer¹⁵², Charles Taylor¹⁵³, Michael Sandel¹⁵⁴ e Alasdair MacIntyre¹⁵⁵, põe-se nessa linha de raciocínio, já que valorizam a multiplicidade de identidades sociais e o pluralismo cultural, percebendo a sociedade através dos agrupamentos e não por meio de um enfoque individualista. Daí ressaí a crítica aos liberais, que, segundo os comunitaristas, não sabem lidar com as situações

¹⁴⁶ Ver: DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O Império do Direito*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Los Derechos em Serio*. Traduzido por Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.

¹⁴⁷ Ver: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*.

¹⁴⁸ Ver: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratando da Argumentação*. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹⁴⁹ Idem, p. 4.

¹⁵⁰ Ver: DURANT, Will. *A História da Filosofia*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1999.

¹⁵¹ Ver: PLATÃO. *Crátilo*.

¹⁵² Ver: WALZER, Michael. *Das Obrigações Políticas: Ensaio sobre Desobediência, Guerra e Cidadania*. Traduzido por Helena Maria Camacho Martins Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

¹⁵³ Ver: TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. Traduzido por Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Econômica, 1993.

¹⁵⁴ Ver: SANDEL, Michael. *Democracys Discontent*. América in Search of a Public Philosophy. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

¹⁵⁵ Ver: MACINTYRE, Alasdair. *A Short History of Ethics: A History of Moral Philosophy from the Homeric age to the Twentieth Century*. 2. ed. London: Routledge, 1998.

intersubjetivas, pois produzem, na expressão de Cittadino, uma “sucessão alternada de monólogos”.¹⁵⁶

Por fim, os *críticos-deliberativos*, partidários da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, a qual se funda na variedade dos signos e no pluralismo, que encontram terreno fértil na diversidade cultural. Ainda, firmados na intersubjetividade e no universalismo moral, em busca do consenso – uma característica marcante em Habermas –, numa ampliação e readequação da aceção contratualista.

No dizer de Gisele Cittadino, para os crítico-deliberativos:

(a) os valores normativos modernos só podem ser compreendidos por meio de leituras intersubjetivas, (b) o princípio do universalismo moral foi encarnado de modo imperfeito nas instituições do Estado constitucional, tendo definhado a ponto de não ser mais do que uma simples palavra, (c) só a razão comunicativa possibilita “acordos sem constrangimentos” em condições de se irradiar para toda a sociedade, e (d) a diversidade das concepções individuais a respeito da vida digna, apregoada pelos liberais, e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições, enfatizada pelos comunitaristas, estão presentes nas democracias contemporâneas, não havendo como optar por uma em detrimento da outra.¹⁵⁷

O certo é que a concepção política atual funde suas concepções, dificultando a definição do *sistema jurídico* de atuação consoante o *sistema político*, uma vez que o último se apresenta de forma bastante difusa, produzindo reflexos decisivos no primeiro.

Leonel Severo Rocha expõe a concepção habermasiana, quando sugere uma nova cultura política, também com a participação da teoria da Leford:

Uma nova *cultura política* permitiria pensar o espaço público enquanto topos de invenção política (Leford) e, simultaneamente, como uma matriz discursivo-programática disposta a aprofundar a proposta da Teoria da Ação Comunicativa (Habermas). Pois, neste último sentido, a *cultura política* se situaria entre a crítica da razão sistemático-semântica da modernidade e a crítica irracionalista da pós-modernidade à procura de uma racionalidade pragmático-quase-transcendental, ou seja, colocaria a democracia como princípio gerador transcendente e pragmático da práxis político-discursiva da instituição imaginária das sociedades.¹⁵⁸

A Constituição, da forma como é posta, é o reflexo do sistema político vigente. Todavia, a sua concepção enquanto norte cultural inverteria essa lógica, atribuindo-lhe caráter de *rigidez social*, já que amparada no rol de valores da sociedade, evitando, assim, que ela fosse levada aos ventos das maiorias transitórias.

¹⁵⁶ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. p. XIX.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 175.

Os direitos de cidadania, comunicação e participação política, segundo a concepção republicana, são direitos positivos, que não garantem liberdade em relação à coação externa, mas sim a participação em que os cidadãos se tornem sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais.

A sociedade política que os republicanos esboçam é a sociedade dos portadores de direitos privados, uma associação cujo primeiro princípio é a proteção das vidas, liberdades e propriedades de seus membros individuais. Nessa sociedade o Estado é justificado pela compreensão que dá aos interesses pré-políticos. O propósito da Constituição é assegurar que o aparato estatal alcance proteção para o povo sem servir a interesses privados dos governantes.¹⁵⁹

A força origina-se do poder gerado de forma comunicativa em meio a *práxis* de autodeterminação dos cidadãos do Estado e legitima-se pelo fato de defender essa mesma prática através da institucionalização das liberdades públicas.

Fala-se em processo inclusivo que não chegue à conclusão de que todos têm os mesmos direitos, mas sim a um consenso, cujo pressuposto de legitimidade é a asseguuração da participação social. No que tange ao conceito da pessoa de direito, percebe-se um cunho subjetivo na teoria liberal e uma predominância da garantia da integridade, através de uma perspectiva objetiva. O direito ao voto, por exemplo, é uma liberdade positiva, por ser constitutivo para a autodeterminação política e a associação ao direito individual no sentido de garantir posicionamentos próprios dos participantes do processo político.

A natureza do processo político, segundo a concepção liberal, representa uma luta por posições em busca do poder administrativo, onde predomina o caráter estratégico. O êxito é medido pela concordância dos cidadãos acerca dos projetos e programas. Esses eleitores licenciam o poder dos governantes. Os republicanos defendem a formação de opinião não como um mero reflexo das leis de mercado, mas como uma interlocução entre os agentes políticos e a sociedade organizada, através da comunicação discursiva.

O discurso político apresenta força vinculativa, encontrando limites nas leis que nascem através do processo democrático e instrumentos que recaem sobre as políticas públicas. O caminho para a jurisdição democrática, contudo, não é um discurso racionalizador que exclua ações estratégicas, já que os acordos pressupõem uma questão de justiça e não de ética, que não estão relacionadas, desde a origem, a uma coletividade em particular.

¹⁵⁹ Ver: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*.

Assim, a partir da intersubjetividade e da autodeterminação dos cidadãos, busca-se fundamentar uma *práxis* democrática que viabilize a gestão de espaços públicos entre o Estado e Sociedade Civil¹⁶⁰, visando a interlocução dos autores e a confecção de políticas públicas dotadas de efetividade e eficácia social.

Entretanto, a jurisdição afasta-se dessa necessária prática democrática. Produto anacrônico de uma distorcida concepção, a jurisdição perde-se na tentativa de cumprir o inatingível papel que lhe confere a História. Legatária do jusracionalismo, a jurisdição ainda busca fórmulas de precisão, como se a Ciência do Direito pudesse amoldar-se a tais paradigmas. Ao referir o modo de produção do conhecimento filosófico no Século XVII, Cassirer reconhece que se tratou essencialmente da busca da certeza que pudesse ser logicamente demonstrável, numa precisão absoluta. Depois de referir que a tarefa que se apresentava era a de criar uma conexão a partir de uma certeza absoluta, Cassirer reconhece a necessidade de percorrer-se uma “cadeia do cognoscível”¹⁶¹ e que “nenhum elo dessa cadeia pode ser separado do conjunto, nenhum deles se explica nem se conclui por si mesmo”.¹⁶²

O mesmo efeito verificou-se na ciência do Direito. Reconhecendo essa circunstância, Engisch fixa no tempo a rigorosa vinculação do juiz à lei, quando afirma:

Houve um tempo em que tranqüilamente se assentou a idéia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos.¹⁶³

¹⁶⁰ No Caderno 8, escrito em 1932, Gramsci tece algumas observações que denotam um pouco as angústias do Estado da época, bem como as pretensões dos que pensavam serem protagonistas de uma fase de transição, o que, por sinal, remete à modernidade, que também avoca para si tal característica temporal, ao menos no que toca ao Direito, especialmente o Direito Constitucional. Como aduz Gramsci ao considerar o espectro político de 32: “A geração atual tem uma estranha forma de autoconsciência e exerce sobre si uma estranha forma de autocrítica. Tem a consciência de ser uma geração de transição ou, melhor ainda, acredita ser como uma mulher grávida: acredita estar por dar à luz e espera nascer um grande filho. Muitas vezes se lê que “estamos na expectativa de um Cristóvão Colombo, que descobrirá uma nova América da arte, da civilização, do costume”. Também se lê que vivemos numa época pré-Dante: espera-se o novo Dante que sintetize poderosamente o velho e o novo e dê ao novo o impulso vital. Este modo de pensar, recorrendo a imagens míticas tomadas do desenvolvimento histórico passado, é dos mais curiosos e interessantes para compreender o presente, seu vazio, sua ociosidade intelectual e moral. Trata-se de uma forma de “juízo retrospectivo” das mais espantosas. Na realidade, com todas as profissões de fé espiritualistas e voluntaristas, historicistas e dialéticas, etc., o pensamento que domina é o evolucionista vulgar, fatalista, positivista. Seria possível formular assim a questão: toda “glande” pode pensar em se tornar carvalho. Se as glândes tivessem uma ideologia, esta seria justamente a de se sentirem “grávidas” de carvalhos. Mas, na realidade, de cada mil glândes, 999 servem de pasto aos porcos e, no máximo, contribuem para criar chouriços e mortadelas.” (GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. p.122-3.)

¹⁶¹ CASSIRER, Ernst. *A Filosofia do Iluminismo*. Traduzido por Álvaro Cabral. Campinas: Unicamp, 1992. p. 24.

¹⁶² Idem, p. 24.

¹⁶³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Traduzido por J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 206.

O apego às formas do jusracionalismo faz do direito uma ciência que enfrenta um paradoxo constante. De um lado, a espera da segurança jurídica absoluta, o anseio pela uniformidade das decisões judiciais e a sistematização de seus códigos e instrumentos. De outro, a expectativa do mundo contemporâneo, tão diferente daquele do século passado.

O paradigma racionalista, dessa forma, representa um compromisso científico com a exatidão e com o rigor lógico: somente a partir de uma *racionalidade* o direito natural encontrava sustentação, exatamente quando procurava distinguir-se do absolutismo. O movimento de afirmação do antropocentrismo precisou firmar-se em bases que permitissem a sua oposição ao teocentrismo. Decorre daí, então, a sedução pela lógica, que possibilitava a universalidade do direito e justificava o jusracionalismo.

A par da exatidão, também constituem marcas do racionalismo a exaltação da segurança jurídica, mencionada anteriormente, e a aparente neutralidade do julgador, esta conferida pela sustentação do dogma da univocidade da norma jurídica. Como aponta Ovídio Baptista da Silva:

O abandono da ilusão de que o raciocínio jurídico alcance a univocidade do pensamento matemático, não nos fará reféns das arbitrariedades temidas pelo pensamento conservador, porquanto não se deve confundir *discricionabilidade* com *arbitrariedade*. O juiz terá – na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não –, uma margem de discricção dentro de cujos limites, porém, ele permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado.¹⁶⁴

O espectro epistemológico da Ciência Jurídica, portanto, está vinculado a esse paradigma da precisão, que se afasta da compreensão, informada pelo razoável e pelo plausível, consolidando a idéia de univocidade do sentido da norma.

Para a materialização desse desiderato, o direito lança mão das formulações lógicas, comprometidas com princípios metafísicos e que ainda reverenciam a atemporalidade e a supra-espacialidade, propósitos típicos de uma postura que procurou conferir validade universal à Ciência Jurídica, conseqüência da necessidade de afirmação do antropocentrismo.

Quando se afirma a univocidade do sentido da norma, sob a justificativa de que é necessário conferir neutralidade à atuação da jurisdição, retira-se do julgador a possibilidade de crítica. Retira-se a *responsabilidade* da jurisdição que é transferida para quem elabora a norma. A norma é que é justa ou injusta, não a sua aplicação ao caso concreto. Então, a missão da jurisdição não encontra relação com a realização da justiça, na medida em que se trata, apenas, de *aplicar* a norma.

¹⁶⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 271.

Esses objetivos também são alcançados pela segurança jurídica, afastando-se a materialização da justiça e a efetividade jurisdicional. Como sinala Ovídio Baptista da Silva:

A criação do ‘mundo jurídico’, tão presente em nossas concepções do Direito, foi uma consequência inevitável do *racionalismo*. Não é de estranhar que nossas Universidades limitem-se a ensinar essas ‘verdades eternas’ que prescindem dos fatos. O direito processual moderno, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos de exorcizar, se quisermos libertar de seu jugo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento a serviço de uma autêntica democracia. É ela a responsável pela suposta neutralidade dos juristas e de sua ciência, que, por isso, acabam permeáveis às ideologias dominantes, sustentáculos do sistema, a que eles servem, convencidos de estarem a fazer ciência pura.¹⁶⁵

É a partir da aceitação de que o direito não obedece a critérios lógicos, que é uma ciência da compreensão e, também, do reconhecimento da necessidade de afastar-se dos aspectos metafísicos que informam o método adotado pelas ciências jurídicas que se poderá estabelecer um novo paradigma.

A partir do paradigma racionalista, impôs-se a criação e surgimento de um direito mais eficaz na consecução de objetos políticos e econômicos. Não se pôs tanto o direito como uma instância de cooperação, mas conferiu-se um caráter mais instrumental. Ao reconhecer tal circunstância, José Reinaldo Lima Lopes percebe que “o novo direito deverá ser cada vez mais *procedimentalista*”¹⁶⁶.

Para romper com essa idéia de formalismo jurídico, é necessário reconhecer que o discurso jurídico está firmado em axiomas estabelecidos a partir dos conceitos admitidos como válidos, aceitando-se que a verdade obtenível é sempre relativa. Certamente que o pensamento dogmático é fruto da formação acadêmica dos juristas, porquanto tem como paradigma fundante a repetição sintomática que firma uma dependência epidêmica da lei, formando eternos alimentadores dessa vetusta prática alienada. Como afirma Ovídio Baptista: “‘A aceitabilidade racional’, expressa pelo *verossímil* no pensamento clássico, deve tomar o lugar da racionalidade linear da epistemologia das ciências empíricas”¹⁶⁷.

Além disso, o abandono da lógica tradicional, nas ciências do espírito, encontra justificativa também no fato de que o Direito se depara com a questão das noções lingüísticas, que são as representações gerais conferidas pelo filósofo da linguagem. Nesse sentido, Cassirer afirma que:

¹⁶⁵ Idem, p. 79

¹⁶⁶ LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História*. 2. ed. rev. São Paulo: Max limonad, 2002. p. 181.

¹⁶⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 271.

[...] a forma que conduz aos conceitos verbais primários e a determinadas denotações lingüísticas não é prescrita de modo simples e unívoco pelo próprio objeto, mas, ao contrário, abre um amplo campo de ação para a livre atividade da linguagem.¹⁶⁸

Costuma-se diferenciar Ciência Jurídica da Ciência do Direito. A primeira, *ciência jurídica*, designa “a ciência que trata do direito com os métodos especificamente chamados jurídicos”¹⁶⁹, podendo ser definida também como a “ciência do sentido objectivo do direito ou de qualquer ‘ordem jurídica’ positiva.”¹⁷⁰

Compreende-se por *ciência do direito* aquela que se ocupa do confronto do ordenamento com as questões que se apresentam ou, no dizer de Larenz, “aquela ciência que se confronta com a solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado”¹⁷¹.

Ademais, a Ciência Jurídica não avança de modo igual às demais áreas do conhecimento científico, face às peculiaridades que lhe são iminentes.

Nesse trilha, pode-se recuperar a afirmação de Biondi, quando destaca que,

formule e rigore sono fatte per le leggi di natura, che per postulato sono inflessibili e rigide, ma non per la realtà sociale che è così mutevole e varia da escludere ogni rigidità: il fenomeno giuridico è ben diverso dal fenomeno naturale.”¹⁷² E, prosseguindo, indaga Biondi: “Dobbiamo forse percorrere a ritroso la storia della nostra scienza?”¹⁷³

O direito não é uma ciência da descoberta ou da invenção. É, antes, uma ciência da especulação, uma ciência da compreensão. De qualquer maneira, mesmo sem imiscuir-se na discussão envolvendo o método apropriado às ciências da natureza, em relação às ciências do espírito, é preciso uma percepção diferente. Faz-se necessária uma abordagem que aceite o conteúdo essencial dessa ciência e, também, que trilhe caminho diverso da busca pela

¹⁶⁸ CASSIRER, Ernst. *Linguagem e Mito*. Traduzido por J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992b. p. 43.

¹⁶⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Traduzido por L. Cabral de Moncada. 6. ed. ver. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 227.

¹⁷⁰ Idem, p. 228.

¹⁷¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 1.

¹⁷² BIONDI, Biondo. Universalità e Perennità della Giurisprudenza Romana. In: *L'Europa e il Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1954. 2v. p. 399. “Fórmulas e rigor são feitos para as leis da natureza, que por essência são inflexíveis e rígidas, mas não para a realidade social que é assim mutável e varia excluindo a rigidez: o fenômeno jurídico é muito diferente do fenômeno natural”.

¹⁷³ “Deveremos talvez retroceder na história da nossa ciência?” Idem, p. 400.

exatidão e certeza científicas, sob pena de permanecerem as amarras que empecem a efetividade.

Ainda, a ciência jurídica distingue-se das outras ciências do espírito, porque, no âmbito jurídico, a interpretação encontra uma “palavra final” no próprio sistema, a partir da decisão judicial não passível de recurso. Essa qualidade não é encontrada em outras ciências sociais, onde a interpretação não é, ao final, “derrotada” pela definitiva decisão judicial.

A compreensão do método da Ciência Jurídica, assim, parece constituir-se num dos calcanhares de Aquiles do direito. A busca da exata compreensão de seu viés metodológico, assim, revela-se num dos passos necessários ao alcance da efetividade e da realização das pretensões materiais almejadas pelo direito. Nesse sentido, Hannah Arendt afirma que:

O mundo da experimentação científica sempre parece capaz de tornar-se uma realidade criada pelo homem; e isto, embora possa aumentar o poder humano de criar e de agir, até mesmo de criar um mundo, a um grau muito além do que qualquer época anterior ousou imaginar em sonho ou fantasia, torna, infelizmente, a aprisionar o homem – e agora com muito mais eficácia – na prisão de sua própria mente, nas limitações das configurações que ele mesmo criou.¹⁷⁴

Tovadia, o conhecimento científico é constituído a partir das condições e da evolução de um grupo, sendo o portador de características culturais, históricas, econômicas e sociais. Então, não pode ser considerado isoladamente, sem a percepção dessas condições. É por isso que Thomas Kuhn assevera “O conhecimento científico, como a linguagem, é intrinsecamente a propriedade comum de um grupo ou então não é nada. Para entendê-lo, precisamos conhecer as características essenciais dos grupos que o criam e o utilizam”¹⁷⁵.

O direito, assim, refoge da racionalidade matemática. Trata-se, apenas, de uma racionalidade diversa, peculiar da ciência jurídica, que é informada pela *natureza* da própria vida que gesta, em última análise, o fenômeno jurídico.

Nessa linha de raciocínio, desponta a importância dos momentos dialéticos, até mesmo intuitivos, para a Ciência Jurídica. Mais uma vez, o retorno à lógica do razoável, do provável e do verossímil.

Dispensar essa atenção ao direito, tratando-o a partir de uma concepção metafísica, significa tolher-lhe a possibilidade de cumprir seu papel e desenvolver-se plenamente como ciência, deixando de perceber a natureza que lhe é inerente. E, no dizer de Arthur

¹⁷⁴ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Traduzido por Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987. p. 301.

¹⁷⁵ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 257.

Kaufmann¹⁷⁶, irracional é fechar os olhos para os momentos peculiares do Direito, tão distantes da lógica formal, mas tão próximos da essência do Direito. O Direito deve compreender essa dimensão, sob pena de perder-se em si mesmo, incapaz que será de responder aos reclamos que se apresentam no mundo moderno.

O jusracionalismo representou a afirmação de um direito natural profano que se alforriou das amarras que mantinha com as concepções teológicas da Idade Média. Nesse ponto, importante a independência da doutrina religiosa. Essa “libertação” é descrita por Wieacker:

Se voltarmos à influência particular sobre a *história do direito*, são os traços metodológico-sistemáticos do jusracionalismo e a sua emancipação em relação à teologia moral que caracterizam o jusnaturalismo moderno do continente europeu. Como *teoria*, ele liberta finalmente a jurisprudência técnica das autoridades da Idade Média e dá-lhe um sistema interno e um método dogmático específicos – a construção a partir de conceitos gerais; como exigência *prática* fornece desde logo à crítica do direito, e depois à própria legislação um novo padrão moral.¹⁷⁷

A partir disso, procurou-se desenvolver um método capaz de assegurar validade universal ao direito, mediante a afirmação da atemporalidade e da supra-especialidade.¹⁷⁸

Dessarte, a aplicação da filosofia da linguagem ao Direito possibilita a adequação do provimento jurídico final aos anseios sociais, numa integração racional das figuras sociais (sociedade jurídica e sociedade civil). Perceber essa realidade e a partir da análise do modo de produção do Direito, dar azo à sedimentação de uma nova forma de compreensão da Ciência

¹⁷⁶ “É indiscutível haver também na ciência do direito e na filosofia do direito critérios de verossimilhança, de evidenciação, de falsificação e, assim, uma base para uma *argumentação “razoável”* bem como para um *“consenso intersubjectivo”*. Daí fazer sentido, afinal, falar, também aqui, de “conhecimentos” e de “ciência”. É claro que, nestes domínios, não existe uma “racionalidade” no sentido de exactidão matemática. No entanto, isto não quer dizer que aí se proceda “irracionalmente”. Uma investigação também não é irracional por se ocupar de fenômenos que, pela sua parte, não são inteiramente racionais. Assim, a hermenêutica jurídica é uma ciência plenamente racional, se bem que – não: precisamente porque não trata o processo de determinação do direito como uma pura conclusão lógico-formal, mas como um processo muito mais complexo, que também compreende momentos produtivos, dialécticos, porventura até intuitivos. Irracional é fechar os olhos perante estes momentos. Uma ciência não pode, naturalmente, colocar-se em confronto com a lógica. Mas uma ciência que não se ocupa apenas do formal, tem de ir para além da pura lógica formal.” (KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Traduzido por Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 98.)

¹⁷⁷ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Traduzido por A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967. p. 306.

¹⁷⁸ Os juristas racionalistas procediam totalmente de acordo com a escolástica, na medida em que também eles estavam convencidos da possibilidade de, a partir de um reduzido número de princípios superiores apriorísticos, extrair, através da pura dedução, todas as restantes regras de direito, sem ter em conta a realidade empírica, as circunstâncias espaciais e temporais (pois só assim se acreditava poder-se assegurar ao direito natural a validade universal, para todos os tempos e para todos os homens). Na realidade, acabava por se proceder empiricamente, quando se pediam “empréstimos” ao direito romano, cuja racionalidade se enaltecia (era o tempo da recepção). Só assim puderam nascer os grandes códigos jusnaturalistas. (KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. p. 93.)

Jurídica e sua aplicação é o desafio que se apresenta na busca da superação do racionalismo e na luta pela construção da cidadania.

4 O Papel Histórico da Economia como Razão de Fundamento do Estado-Juiz: O Simulacro Liberal e a Negatividade Estatal

A teoria microeconômica tradicional estrutura-se e conforma-se a partir dos princípios fundamentais que compõem o pensamento neoclássico. Fundaram esta corrente, especialmente, Aldred Marshall (1842-1924), León Walras (1834-1910), Carl Menger (1840-1921), William Stanley Jevons (1835-1882), Friedrich von Wieser (1851-1926), Vilfredo Pareto (1848-1923), cujas análises firmam-se, sobretudo, no racionalismo econômico, ponto marcante de um dos viéses liberais.

O exame dos dois principais ramos da economia, a micro e a macroeconomia, parece indispensável para a compreensão da influência da economia-liberal na constituição dos elementos da jurisdição privatista. Conquanto a macroeconomia seja, em última análise, uma extensão da micro, ambas guardam entre si limites bem definidos, determinados mais pelo grau do que pela natureza. Nada obstante, verifica-se uma tendência moderna que aponta para uma atenuação daqueles limites. Aliás, essa recente inclinação a mitigar o delineamento existente não apenas entre disciplinas contíguas, mas também em relação a ciências próximas ocorre, neste caso, em razão das propriedades analíticas oferecidas pelo instrumental econômico.

A microeconomia é constituída pelos temas concernentes às unidades econômicas que, por sua vez, compreendem os consumidores, os trabalhadores, as famílias, as empresas, isto é, qualquer indivíduo ou entidade que assuma determinada função no conjunto da atividade econômica. A macroeconomia, por sua vez, ocupa-se dos agregados que esboçam a atividade econômica em geral.

Essa proposição firma a idéia de racionalismo do indivíduo, que seria o portador do poder de decisão, com o propósito de maximização da satisfação, alcance do bem estar e acúmulo de bens, num viés liberal-utilitarista. Para essa corrente econômica, as ações individuais conduzem à dinâmica social, propósito de análise da economia, uma vez que os atos peculiares constituem consequência natural da vida social.

O impacto exercido pela teoria econômica neoclássica, talvez, só possa ser medido pelo domínio que ela desempenhou solitariamente sobre o pensamento econômico por quase um século, consolidando-se hoje, nos países ocidentais, como principal doutrina econômica ao lado da escola keynesiana, também de matriz racionalista-liberal.

A microeconomia é orientada por algumas proposições elementares que constituem toda base do pensamento econômico moderno. As ferramentas da análise microeconômica,

revelaram, nas últimas décadas, notória interferência no direito, propondo uma aplicação analítica.

A teoria econômica, assim, assevera que uma investigação científica deve estabelecer, de início, os limites objetivos daquilo que pretende observar. Como afirmou Richard G. Lipsey: “O sucesso da ciência moderna se baseia parcialmente na capacidade dos cientistas de separar seus pontos de vista sobre o que acontece dos seus pontos de vista sobre o que gostariam que acontecesse”¹⁷⁹. Tal afirmação coaduna-se com a idéia de idealidade e realidade, de ser e dever-ser, que propõe algumas teorias jurídicas. O embate científico está, dessa forma, para boa parte da teoria econômica, relacionado aos limites estabelecidos pelos economistas acerca do objetivamente observável e do subjetivamente valorável, isto é, consiste especificamente em discernir a respeito dos métodos de análise positivo e normativo.

Nessa esteira, tem-se que, para a teoria econômica liberal, há, de um lado, a simples descrição e predição da realidade fática (enfoque positivo); de outro, propostas a fim de modificar aquela realidade (enfoque normativo). Com efeito, a análise positiva ocupa-se em descrever aquilo que foi, é, além de predizer aquilo que será: está sempre atrelada a fatos que se supõe verdadeiros e, no mais das vezes, conduz a conclusões empiricamente testáveis. Por outro lado, a análise normativa preocupa-se em modificar a realidade existente – melhorá-la, aquilo que deve ser; está associada, inexoravelmente, a juízo de valor.¹⁸⁰ John Neville Keynes,¹⁸¹ segundo observação de Milton Friedman, um dos integrantes do encontro de *Mont Pérelin*, patrocinado por Hayek:

Em seu admirável livre *The Scope and Method of Political Economy* [...] distingue entre “uma *ciência positiva*... [...] um corpo sistematizado de conhecimento referente ao que é; uma *ciência normativa ou reguladora*... [...] um corpo sistematizado de conhecimento que discute critérios a respeito do que deveria ser...; uma *arte*... [...] um sistema de regras para a consideração de um fim determinado”, e comenta que “a confusão entre elas é comum, e tem originado muitos erros prejudiciais”; e urge a importância de “reconhecer uma ciência positiva precisa da Economia Política”.¹⁸²

Veja-se que o compromisso da teoria econômica com o direito é de matriz essencialmente racionalista-analítica, com interferência direta do positivismo e, na teoria política, do liberalismo. Como se pode atestar, ainda, da observação de Mark Blaug, a Ciência Econômica, há muito:

¹⁷⁹ LIPSEY, Roger G. *Introdução à Economia Positiva*. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 4.

¹⁸⁰ Idem, p. 5.

¹⁸¹ John Neville Keynes (1852-1949) foi o principal metodologia neoclássico.

¹⁸² FRIEDMAN, Milton. *Ensayos sobre Economía Positiva*. Madrid: Gredos, 1967. p. 9.

[...] tem consistido na manipulação de hipótese abstractas, derivadas quer da introspecção que da observação empírica causal, na produção de teorias que geram previsões quanto aos acontecimentos no mundo real. Ainda que algumas das hipóteses envolvessem variáveis não observáveis, as deduções destas hipóteses eram, em última instância, relacionadas com o mundo observável: os economistas queriam <<explicar>> os fenômenos econômicos como eles ocorrem na realidade. Em síntese, os economistas tem sempre considerado o centro dos seus temas como <<ciência>> no sentido moderno das palavras: o objectivo era produzir previsões correctas e acuradas que fossem, pelo menos em princípio, capazes de serem empiricamente falseáveis.¹⁸³

Contudo, com o objetivo de redargüir esse caráter puramente positivista¹⁸⁴, Blaug oferece um caráter valorativo como contrapeso, propondo a presença da axiologia na economia.¹⁸⁵ Aqui, de uma forma ou de outra, presente o decisionismo no critério fundante da economia, com pretensões de influência no Direito, já que, no primeiro viés, há alicerce na subsunção da norma e no segundo possibilidade de subjetivismo exacerbado.

O surgimento da nova economia do bem-estar,¹⁸⁶ a partir do segundo quarto do século XX, tratou de aumentar a controvérsia acerca do que era positivo ou normativo em economia. Estar-se-ia diante de uma economia normativa se o norte fosse julgamento de valor. Assim, a análise positiva referia-se a fatos e valores não controversos, ao passo que a análise normativa contemplaria valores controversos. Evitar-se-ia, em tal consideração, comparações interpessoais de utilidade.¹⁸⁷ Desde então, conforme Mark Blaug,¹⁸⁸ a economia positiva tradicional desenvolveu-se de forma a incluir o todo da economia pura de bem-estar, deixando para a economia normativa a tarefa de lidar com assuntos específicos de política, onde não há muito a se dizer sobre valores ou fins além daquilo que dizem os políticos.

¹⁸³ BLAUG, Mark. *História do Pensamento Econômico*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990. 2v. p. 497.

¹⁸⁴ O positivismo jurídico representou uma tentativa de divorciar o Direito dos **juízos** de valor: “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais ou sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste na sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. [...] o positivismo jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que [...] ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser.” (BOBBIO, Noberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi. et al. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135-6.)

¹⁸⁵ BLAUG, Mark. *História do Pensamento Econômico*. p. 509.

¹⁸⁶ Corrente de pensamento, pela qual simpatizam vários economistas, cuja finalidade é promover ou elevar o bem-estar social total por meio da intervenção do governo na economia. Considerada como parte da economia normativa, desenvolveu-se consideravelmente no terceiro quarto do século XX, onde influencia a adoção do Estado do Bem-Estar por várias nações.

¹⁸⁷ Ironicamente as comparações interpessoais de utilidade – por exemplo, ao retirar-se um tostão de uma pessoa rica para transferi-lo a uma pessoa pobre, não há meios possíveis para garantir que a felicidade do pobre aumentará relativamente mais do que a redução na felicidade do rico – jamais obtiveram consenso entre os economistas, fato pelo qual foram eliminados do debate.

¹⁸⁸ BLAUG, Mark. *Metodologia da Economia*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 1999. p. 165.

Aqui, através do exame histórico de Blaug, percebe-se uma incompreensão da teoria econômica quando alcança a política, elencando como natural a assertiva de “manipulação” da economia pelo político ou atuação política a serviço da mercantilização social, com amparo nas concepções econômicas. Ademais, a influência econômica na política acabou por dar ensejo aos oligopólios e monopólios, que receberam uma tentativa de freio jurídico com as leis antitruste.

Parte da confusão envolvendo o reconhecimento da existência de juízos de valor nas ciências sociais, segundo a teoria econômica, ocorre porque:

[...] a aceitação ou rejeição de um anunciado do tipo “é” não é um processo cognitivo muito diferente da aceitação ou rejeição de enunciados do tipo “deveria”; o objeto da controvérsia é que não existem objetos do tipo “é” empíricos e descritivos considerados como verdadeiros que não se baseiem em um consenso social definido, segundo o qual “deveríamos” aceitar o anunciado do tipo “é”. [...] Um argumento sobre fatos pode parecer passível de resolução por meio de apelo forte à chamada evidência objetiva, enquanto um argumento sobre valores morais somente pode ser resolvido por meio de um apelo incitativo às emoções; porém, no fundo, ambos os argumentos estão baseados em certas técnicas definidas de persuasão, que, por sua vez, dependem de valores compartilhados de um ou outro tipo, para serem efetivos.¹⁸⁹

Logo, a ciência positiva contemplaria apenas juízos metodológicos, estando livre dos juízos normativos. Seguindo as definições de Mark Blaug: “Os juízos metodológicos envolvem critérios para julgar a validade da teoria, tais como o nível de significância estatística, a contribuição da sua segurança a adesão aos padrões da lógica formal.”¹⁹⁰ Os juízos normativos, por sua vez, firmam-se em critérios éticos na determinação dos comportamentos sociais.

A análise positiva, para a economia, preocupa-se em descrever e prever, ou seja, estabelecer: “proposições que descrevem relações de causa e efeito.”¹⁹¹ Seu escopo é realizar uma análise objetiva da realidade. Segundo Veljanovski:¹⁹² “é um conjunto de generalizações, e sua finalidade é a previsão das conseqüências das mudanças”.

Para Milton Friedman, arquétipo do pensamento liberal, a economia positiva é:

[...] em princípio, independente de qualquer posição ética ou quaisquer juízos normativos. Como disse Keynes, refere-se ao “que é”, não ao “que deveria ser”. Sua tarefa reside em prover um sistema de generalizações que pode se utilizar para fazer predições corretas acerca das conseqüências de qualquer mudança nas

¹⁸⁹ Idem, p. 197-198.

¹⁹⁰ Idem, p. 509.

¹⁹¹ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2002. p. 6.

¹⁹² VELJANOVSKI, Cento. *A Economia do Direito e da Lei: Uma Introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. p. 45.

circunstâncias. Seu funcionamento há de ser julgado pela predição, alcance e conformidade das predições que subministra com a experiência. Em síntese, a economia positiva é, ou pode ser, uma subministra com a experiência. Em síntese, a economia positiva é, ou pode ser, uma ciência “objetiva” precisamente no mesmo sentido de qualquer ciência física.¹⁹³

Um fator a ser considerado, assevera Friedman, consiste no fato de que, ao contrário das ciências físicas, a Economia trata da interação entre os seres humanos e, portanto, o investigador faz parte da matéria por ele investigada – noutros termos, o observador faz parte do processo observado. Resulta difícil, por tal aspecto, alcançar a objetividade, o que resta adequado a uma compreensão sistêmica da realidade. A alteração de Friedman lembra Luhmann¹⁹⁴, na medida em que se alicerça no paradigma sistêmico do observador-observado.

Nessa mesma linha, tem-se que a classe de dados disponível às ciências sociais não está disponível a ciências físicas. Contudo Friedamn estabelece: “nem um nem outro constitui, em minha opinião, uma distinção fundamental entre os dois grupos científicos”.¹⁹⁵

Tanto a explicação quanto a previsão podem ser aduzidas através de modelos econômicos – simplificações de uma realidade complexa. Os modelos retratam teorias empiricamente testadas, sua principal característica é abstrair um traço essencial, e relativamente mais simples da realidade, a fim de explicar determinada ordem de fenômenos. A evidência empírica constitui, portanto, a maneira habitual de refutar as previsões realizadas por meio de teorias ou hipóteses. De acordo com Freidman:

O objetivo último de uma ciência positiva é o desenvolvimento de uma “teoria” ou “hipóteses” que ofereça predições válidas e com sentido [...] acerca dos fenômenos todavia não observados. [...] É, em parte, uma “linguagem” idealizada para promover “métodos de argumentar sistemáticos e organizados”, e, em parte, um corpo de hipóteses substantivas planejadas para abstrair os traços essenciais de uma realidade complexa. [...] Considerada como um de hipóteses substantivas, a teoria há de ser julgada segundo seu poder de predição acerca da classe de fenômenos que intenta “explicar”. Somente a evidência empírica pode mostrar se ela é “aceita como válida, ou é “rechaçada”. [...] a única prova importante da *validez* de uma hipótese é a comparação de suas predições com a experiência. A hipótese é rechaçada de suas predições se vêem contraditadas (“freqüentemente” ou mais amiúde, que as predições de uma hipótese alternativa); aceita-se acaso não o sejam; concede-se a ela uma grande confiança se suas predições hão sobrevivido a muitas oportunidades de contradição. A evidência empírica jamais pode “provar” uma hipótese; somente pode deixar de reprova-la. É aquilo que geralmente desejamos dizer, de modo um tanto impreciso, quando afirmamos que a hipótese foi “confirmada” pela experiência.¹⁹⁶

¹⁹³ FRIEDMAN, Milton. *Ensayos sobre Economía Positiva*. p. 10

¹⁹⁴ Ver: LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*. Lineamentos para uma Teoria General. Traduzido por Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.

_____. *Sociologia del Riesgo*. Traduzido por Silvia Pappe. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1991.

¹⁹⁵ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomía*. p. 10-1.

FRIEDMAN, Milton. *Ensayos sobre Economía Positiva*.

¹⁹⁶ Idem, p. 13-4.

A predição é fundamental em economia, porque a partir desses modelos teóricos é definida a formulação das políticas públicas, bem como a administração das unidades econômicas. Assim, por exemplo, estar-se-á diante de uma questão positiva se for considerada a seguinte indagação: O preço da manteiga muda se um programa de estoques reguladores for substituído por um programa de subsídio de preços?¹⁹⁷ Note-se que a formulação de uma política pública afeta o governo, os produtores de manteiga, e os consumidores. Os efeitos provocados, por tal medida, podem modificar o padrão de preferências dos consumidores e requerer, portanto, um novo planejamento dos produtores.

Isso preocupa, pois para a teoria econômica, a questão acerca dos fatores que levam pessoas a delinquir, por exemplo, também é positiva. Descrever um sistema de responsabilidade civil ou de criminalidade é, em última análise, explicar porque as condutas negligentes ou criminosas ocorrem. O direito, também refém da economia, já que por vezes as demandas que aportam os tribunais cuidam exatamente dessa lógica financeira, naturalmente não pode se conformar com tal concepção. Dessa forma, pensar a sustentação do sistema econômico, a partir do norte ditado pelo mercado, através do Direito, como por vezes tem se percebido, por exemplo, nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, é algo inadmissível. O direito, portanto, deve libertar-se da idéia de emprego da economia como razão de fundamento, sob pena de amoldamento à economia liberalizante e franco sacrifício jurídico do *Welfare State*.

O enfoque positivo da economia – que, como dito, por vezes funda o direito – está centrado, em parte, na análise da estática comparativa, ou seja, ocupa-se: “[...] com os estados sociais que de fato surgem em diferentes cenários econômicos”. O cotejo entre o equilíbrio original e o equilíbrio *posteriori* à mudança constitui esse método de análise, clássico em Economia.¹⁹⁸ Assim tem-se, no exemplo citado, o cotejo entre o equilíbrio originado pelo programa de subsídio de preços e o equilíbrio resultante do programa de estoques reguladores.

O problema encerrado na abordagem positiva surge porque, não raro, os economistas querem ir além da descrição e previsão. Conquanto a análise positiva proporcione maior compreensão acerca da estrutura jurídica, tornando possível a analogia entre a legislação e a eficiência econômica, ela não possibilita a adequação entre elas. Nessa linha, Juan Torres López estabelece: “o enfoque econômico positivo do direito carrega consigo uma limitação epistemológica fundamental. Precisamente, a estrutura jurídica [...] tem sua origem na

¹⁹⁷ EATON, B. Curtis; EATON, Diane F. *Microeconomia*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 19.

¹⁹⁸ Idem, p. 19.

necessidade de articular coercitivamente sistemas superpostos ao mercado, aqueles casos que ocorrem falhas, impossibilitando-o de alcançar o equilíbrio.” Sendo, portanto, necessário: “estabelecer ‘normativamente’ um novo leque de regras para alcançar fins predeterminados”.¹⁹⁹ Aliás, por certo que a análise econômica do Direito não deve limitar-se apenas ao enfoque positivo que, nada obstante, tem contribuído à descrição dos sistemas de responsabilidade civil, crime e contratos, entretanto, embora registre papel fundamental numa compreensão da ciência jurídica, a economia não pode representar o fundamento da decisão, mormente quando chancela a intervenção de políticas econômicas como limitadores de direitos sociais.

A contribuição econômica é bem vinda, entretanto, a partir da idéia de que o direito não se encontra fechado num limbo, como propôs Kelsen, de sorte que deve considerar seu entorno. Dessarte, após apropriar-se dos elementos que a economia oferece, o direito deve assegurar o processo de harmonização interna e buscar o fundamento jurídico para o caso em apreço, sem prescindir dos elementos econômicos, mas decidindo com arrimos jurídicos, o que evita influências perversas e desestruturantes.

Dessa forma, ao estabelecer o objeto científico da ciência da economia, não se quer emprestar a ela importância que não alcança, no sentido de influenciar a “razão de decidir” do julgador, até porque tal fundamento é de caráter jurídico e, embora a transdisciplinariedade represente uma das peculiares riquezas do direito na modernidade, os princípios norteadores do “agir jurisdicional” continuam sendo os direitos e garantias fundamentais.

Até porque a economia não se presta a juízos de valor, registrando apenas contribuição para o estabelecimento de soluções aos problemas postos. Quando os economistas resolvem dar um passo além da descrição e predição, eles estão adentrando no campo da análise normativa que, diverso modo, envolve juízos de valor. Precisamente por este fato, o enfoque normativo não pode ser testado a partir da observação pura e simples da realidade e estará, por natural, comprometido com valores subjetivos. Veja-se, no exemplo citado, que a microeconomia não pode responder a questões como: O governo deve ou não auxiliar os produtores de manteiga? Porque tal pergunta depende de um juízo de valor, o qual estabelece, geralmente um *trade off*²⁰⁰ entre a eficiência econômica e a equidade – numa mão está a otimidade em termos de gestão governamental, noutra benefícios aos consumidores. Nesse sentido, Robert S. Pindyck e Daniel L. Rubinfeld observam que: “Quando juízos de valor estão envolvidos, a microeconomia não pode nos dizer qual será a melhor política a ser

¹⁹⁹ LOPEZ, Juan Torres. *Análise Económica del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 39.

²⁰⁰ Circunstância onde se depara com escolhas conflitantes, devendo-se abdicar de umas delas.

adotada. Entretanto ela pode estabelecer os relacionamentos de equilíbrio e, dessa maneira, contribuir para elucidar as questões e estimular o debate”.²⁰¹

Milton Friedman²⁰² acentua a dependência da economia normativa em relação à economia positiva, quando assevera que a Economia Normativa e a arte da economia não podem ser independentes da Economia Positiva. Qualquer conclusão política se baseia, necessariamente, sobre uma predição acerca das conseqüências de se fazer uma coisa em lugar de outra, predição que deve estar baseada – implícita ou explicitamente – na Economia Positiva.²⁰³ Não se trata, naturalmente, de uma relação direta entre conclusões políticas e conclusões de Economia Positiva, se assim o fosse, não existiria uma ciência normativa separada. Para Friedman, políticas econômicas alternativas derivam das diferentes predições efetuadas por cidadãos desinteressados, acerca das conseqüências econômicas de proceder de determinada forma. Na mesma linha, Mark Blaug afirma que: “não se pode negar que ‘deverias’ são fortemente influenciados por ‘és’ e que os valores que mantemos quase sempre dependem de uma série de crenças factuais”²⁰⁴.

A importância da análise normativa está no fato de que o mercado – à exceção do mercado de concorrência pura – não propende naturalmente ao equilíbrio. Resulta difícil, portanto, sob determinadas condições – como, por exemplo, o aparecimento das externalidades culminado com elevados custos de transação – alcançar a eficiência econômica. A distribuição ótima dos recursos, quando o mercado deixa de ser a solução, cabe então, a mecanismos “artificiais” de regulação, tais como a intervenção governamental, o Poder Judiciário e as demais instituições sociais.

Conquanto a literatura especializada tenha dissentido quanto à abordagem, observa-se uma recente inclinação às propostas de cunho normativo, fato que decorre, em parte, da própria natureza de estrutura jurídica, como afirmou Juan Torres Lopez:

[...] o certo é que na produção científica são claramente observáveis resultados que podem assumir um ou outro enfoque, e, o certo é, igualmente, que a transgressão de algumas condições necessárias ao pleno desenvolvimento do modelo neoclássico formulam, irremediavelmente, a questão de como determinar os problemas de distribuição, quando o mercado não é a solução, o que abre, como temos visto, as portas a todo tipo de proposições “normativas”, que ocuparam, rapidamente, importante lugar na literatura econômica.²⁰⁵

²⁰¹ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. p. 7.

²⁰² Ver: FRIEDMAN, Milton. *Ensayos sobre Economia Positiva*.

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ BLAUG, Mark. *Metodologia da Economia*. p. 169.

²⁰⁵ LOPEZ, Juan Torres. *Análise Económica del Derecho*. p. 38.

Assente que a finalidade econômica do Direito está em promover uma distribuição eficiente dos recursos, atenuando e corrigindo as falhas ou imperfeições de mercado, conclui-se, pois, que melhor o faz através de um conjunto normativo. Tal conjunto normativo pode estar em conformidade com as regras do mercado, a fim de modificar incentivos, quando aquele deixa de ser a solução. Contudo, o critério preponderante da decisão não deve ser o que atribui às práticas mercadológicas o esteio decisional do direito. Assim, o direito pode buscar na percepção da realidade econômica sustentáculo para a construção do raciocínio decisional, mas não proceder inversamente, empregando a norma para assegurar a preservação da lógica do mercado em prejuízo ao exercício dos direitos individuais e/ou sociais constitucionalmente tutelados.

Estabelecido o nicho de atuação da economia no direito, o de atuação do direito na economia e a importância que essas interações entre as duas áreas registra, vale sublinhar a idéia de que a *crise da jurisdição* aflora especialmente pelo rompimento dessa “zona de atuação” cientificamente estabelecida. Quando a economia busca do direito normatividade no sentido de assegurar o equilíbrio das relações mercadológicas ou das políticas de Estado, mesmo que isso custe a supressão ou limitação de direitos sociais, individuais de características sociais ou fundamentais, está-se diante de uma malversação da jurisdição, bem como de claro ultraje a princípios constitucionais que estabelecem o próprio norte da Ciência Jurídica.

Mas a definição da contribuição da economia para o direito e a compreensão da crise contemporânea do Estado de Direito revelam a necessidade de construção de um novo paradigma de democracia, calcado na viabilização de uma jurisdição constitucional, que supere a concepção formalista privatista, a qual insiste em tutelar um processo ortodoxo que não se adapta à recepção dos direitos difusos - coletivos.

Assim como a economia contribui ao direito no sentido de emprestar terminologias e oferecer guarida na decisão de questões afetas ao mercado de capitais, sistema financeiro, bem como no tocante a políticas públicas, sem, contudo, representar razão de fundamento dos julgados, o direito também pode contribuir para a economia, na medida em que atua na regulação do mercado, estabelecendo os princípios basilares. Não de forma excessivamente intervencionista, vez que a presença do caráter liberal no Estado Moderno não permitiria, mas com o propósito de estabelecer uma regulação mínima, prestigiando a liberdade de investimento, mas também coibindo a concentração de capital.

A esse teor, calha trazer à baila a idéia de vinculação entre liberdade e economia e a necessidade de presença do Estado Social em princípios tipicamente liberais. Como assevera Canotilho:

[...] o princípio da democracia económica e social não é um simples 'instrumento', não tem uma função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma 'função conformadora' tradicionalmente recusada ao princípio da igualdade: garantia de igualdade de oportunidades e não apenas de uma certa 'justiça de oportunidades'. Isso significa o dever de compensação positiva da 'desigualdade de oportunidades'. O princípio da igualdade e o princípio da democracia económica e social aglutinam-se reciprocamente numa 'unidade' não redutível a momentos unidimensionais de 'estática' ou 'dinâmica' da igualdade. Em fórmula sintética, dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito (rechtsstaatliche Chancengleichheit) a um princípio de igualdade de democracia económica e social (sozialstaatliche Chancengleichheit).²⁰⁶

Veja-se que Canotilho fala de um princípio igualitário social que, no caso supra cuidava de “eventual desigualdade de oportunidades aos postos de trabalho”. É a chamada compensação positiva das desigualdades, mesmo em sede econômica, área que historicamente se encontra vinculada ao Estado Liberal e aos princípios que integram essa ordem, tais como o da propriedade privada, liberdade de iniciativa e proteção do capital. O Autor propõe a consideração de uma espécie de hipossuficiência da atividade econômica, o que provocaria uma ação positiva do Estado, no sentido de fomentar oportunidades àqueles que, em face de critérios do mercado – que provoca invariável concentração – estejam alijados das atividades produtivas.²⁰⁷

É preciso, portanto, reconhecer o direito como instrumento que contribui – senão para regular de forma direta – para o estabelecimento de critérios gerais e principiológicos que darão ensejo à liberdade de mercado, mas também viabilizarão a proteção de práticas especulativas e lastreadas de má-fé, tais como os oligopólios, monopólios e acesso a informações privilegiadas no manejo de capitais. Por outro lado, a economia deve limitar-se a

²⁰⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 486-7.

²⁰⁷ Canotilho aplica a idéia de compensação das desigualdades, também, nas políticas de ordem social, como pode ser aferido da seguinte passagem: “A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não-discriminação alarga-se a todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex: não discriminação em virtude de religião), como aos direitos de participação política (ex: direito de acesso a cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex: direito ao emprego e formação profissional). Alarga-se de igual modo aos direitos e prestações (prestações de saúde, habitação). [...] É ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efectivação plena da igualdade de direitos numa sociedade de direitos multicultural e hiperinclusiva (‘direitos dos homossexuais’, ‘direitos das mães solteiras’, ‘direitos das pessoas portadoras de HIV’).” (Idem, p. 385-6.)

alcançar ao direito o caráter transdisciplinar que é imprescindível ao enfrentamento da complexidade típica da sociedade moderna, sem, contudo, integrar o *fundamento decisional*, compelindo o direito a constituir-se em ciência chanceladora de práticas econômicas públicas ou privadas, absorvendo inclusive o custo *social* oriundo de seus riscos e insucessos.

5 A (Re) Construção da Verdade como *Ethos* Inclusivo e o Caráter Temporal da Jurisdição

A superação da crise jurisdicional passa necessariamente pela (re) construção das verdades jurídicas e percepção democrática da jurisdição. Tal providência não pode descurar do exame da influência do tempo²⁰⁸, aliás, tempo que tem se revelado um algoz mordaz da materialização de políticas inclusivas e um importante elemento de compreensão da modernidade.

O tempo alcança a economia, na aceleração típica da modernidade, que acaba por interligar o mundo, mas também afeta o direito, na medida em que impede a concretização de direitos sociais. Mas muito mais que isso, o tempo registra o elo com o passado – história – que se revela imprescindível para a (re) construção das verdades jurisdicionais, além de representar elemento constituinte do direito enquanto agente transformador da história, a partir da (re) formulação de paradigmas. Bolzan alerta, contudo, para a qualidade do tempo vivido, propondo um *vir-a-ser democrático*:

Vivendo-se inserido em uma ordem temporal que abrange todos os espaços de convivência, impondo um processo de formação de uma subjetividade adstrita à lógica interna das relações de produção, torna-se inapreensível a possibilidade de escapar-se ao seu esquadramento. A alienação torna-se completa. [...] É em razão disso que o ‘animal laborans’ aparece como irreconciliável com uma democracia que se inveta no dia-a-dia. A busca do tempo perdido interage com a tentativa de implementação de uma democracia como sentido de um processo de autonomia.²⁰⁹

“O tempo é uma instituição social e nesse sentido depende do Direito”.²¹⁰ Assim, há um elo importante entre o tempo e o processo, procedimento que viabiliza e (deve) potencializar as pretensões materiais. Ovídio Baptista da Silva, ao examinar o “verdadeiro custo do processo”, que tem por esteio exatamente a temporalidade, em trabalho que enfrenta a abordagem de Chiovenda acerca da regulação da sucumbência²¹¹, aponta o ônus do autor,

²⁰⁸ A concepção e a relação com o direito que se pretende emprestar ao tempo guarda fundamento plural, até pelas dimensões que o tema impõe. Assim, passando por Ost, Bauman, Heidegger, Bolzan, Elias e outros, busca-se firmar a evolução histórica do tempo, o que ele representa na pós-modernidade e a interferência direta que tais conclusões produzem na jurisdição.

²⁰⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A Subjetividade do Tempo*. Uma Perspectiva Transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 89.

²¹⁰ ROCHA, Leonel Severo. A Construção do Tempo pelo Direito. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. p. 312.

²¹¹ Como assevera Ovídio Baptista da Silva: “[...] o autor é penalizado com o dever de indenizar, se assumir o risco de executar provisoriamente a sentença; ou, o que significa a mesma coisa, efetivar medidas cautelares ou executar algum provimento antecipatório. Nesses casos, porque ele “acelerou” a prestação jurisdicional, deve indenizar, ao passo que o réu, quando sucumbente, usando de todas as faculdades que a lei lhe confere, tendo

que registra o encargo da “espera” pela sentença, ao passo que o demandado desfruta do privilégio do *status quo ante*, porquanto os efeitos da decisão o alcançam apenas quando o processo findar. A esse teor:

Nada poderá ser alterado, até que o juiz, depois de vários anos, descubra a inefável “vontade da lei”. Se o réu resultar sucumbente, sujeitar-se-á ao pagamento das custas, porém não estará obrigado a indenizar o autor vitorioso. O sistema tem o sucumbente por *culpado*, por haver dado *causa* à demanda.²¹²

No processo clássico, aliás, o tempo é tema cativo. A doutrina, claro, debruçava-se mais sobre a ideia de consideração do tempo na decisão, vez que ausente a premissa das ações sem fato e da massificação do processo, surgida apenas na fase da industrialização e consolidada na modernidade. Carnelutti, entretanto, já firmava a ideia de que tempo é direito, aproximando os conceitos e denotando a importância que os clássicos já dispensavam ao problema. Como assevera o jurista italiano, “el hecho, em último análisis, no es otra cosa que tiempo”.²¹³

Contudo, a análise do tempo na modernidade foi absolutamente transformada em face da evolução do conceito de comunicação. A informação imediata interfere também na gestão jurisdicional. Evidente, assim, a ilação de que uma das razões do insucesso das normas é a impossibilidade de acompanhamento do tempo, uma vez que a realidade social se transforma numa velocidade inalcançável, sugerindo que a jurisdição atente a esse aspecto, sob pena de proferir julgamentos que padeçam por ausência de eficácia.

Heidegger, autor de uma das maiores reflexões sobre o tempo, assinala a ideia de temporalidade da existência, como capacidade de compreensão:

Enquanto existência, compreensão é *primordialmente* porvir, no poder-ser de qualquer projeto. Contudo, ela não temporalizaria se não fosse temporal, isto é, se não fosse determinada, de modo igualmente originário, pelo vigor de ter sido e pela atualidade. Embora a grosso modo, já esclarecemos que esta última *ekstase* também constitui a compreensão imprópria. A ocupação cotidiana se compreende a partir do poder-ser que lhe vem ao encontro num possível sucesso ou insucesso, relativo àquilo de que se ocupa.²¹⁴

‘retardado’ a solução da lide, nada indeniza. O que há de singular nesta estranha solução é que o réu – que jamais tivera direito – nada indeniza, ao passo que o autor que executa provisoriamente a sentença – liminar ou final – deve indenizar, ainda que tenha um direito que o julgador reputou verossímil. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 212.)

²¹² Idem/

²¹³ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Traduzido por Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971. p. 412.

²¹⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. p. 134.

Assim, Heidegger estabelece que o passado, que representa o ter sido, tendo o caráter originário, registra a influência da atualidade e que a compreensão do porvir, que traz em si ínsita a idéia de risco, é fundamental. Daí a necessidade de antecipação da compreensão, como condição de determinação da temporalidade. Tal alteração encontra, na conjugação do pensamento gadameriano²¹⁵, uma das grandes contribuições para a efetividade jurisdicional, que se funda na idéia de que o compreender e aplicar dão-se em um só momento, já que a idéia de discursos prévios e de cisão de tal prática não alcança a compreensão do *mundo da vida*.

Elias abordou a análise da constituição do Estado e a formação de seus indivíduos pela consciência e autocontrole individuais. Segundo ele, “do ponto de vista sociológico, o tempo cumpre funções coordenadoras e integradoras”.²¹⁶ Os signos representados nos calendários, fases da lua, divisão do tempo em segundos, minutos, horas, dias, anos, etc., nos dão a idéia que a sociedade criou um mecanismo matemático para dosar e contar o tempo, válido, em tese, para todo o planeta.

Ainda que não observado, o tempo regra praticamente todas as relações, coagidas que são pelo simples relógio de pulso ou de parede, até mesmo pela contagem dos séculos e os avanços das civilizações. Como aduz Leonel Severo Rocha, a partir de Kant, a própria racionalidade, o entendimento, só é possível porque, *a priori* todo o sujeito de conhecimento tem em si noções de tempo e espaço.²¹⁷

Ocorre que, em razão da não materialização do nascimento firmado num sentido temporal pronto, as organizações temporais restam por ser aprendidas em coadunação com outros aspectos culturais existentes no meio social. De acordo com Elias²¹⁸, a “*aprendizagem do tempo*”, em uma sociedade altamente industrializada, requer de sete a nove anos para se desenvolver, isto é, para que o indivíduo decifre o complexo sistema simbólico temporal que pauta a vida social. Tal sistema, também influencia o “*olhar*” diante da realidade, tornando-o essencialmente temporal. Como alterca o próprio Elias²¹⁹ :

No nosso tipo de sociedade, a vida do homem se mede com exata pontualidade. Uma escala social temporal que mede a idade (tenho doze anos, você tem dez), o indivíduo a aprende e a integra como elemento social, na imagem de si

²¹⁵ Ver: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

²¹⁶ ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador*. Formação do Estado e Civilização. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989. p. 64.

²¹⁷ ROCHA, Leonel Severo. A Construção do Tempo pelo Direito. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. p. 311.

²¹⁸ ELIAS, Norbert. *O processo Civilizador*. p.154.

²¹⁹ Idem, p.80.

mesmo e dos demais. Esta subordinação de medidas temporais não somente serve como comunicação sobre quantidades distintas, se não que alcança seu pleno sentido como abreviação simbólica comunicável de diferenças e transformações humanas conhecidas no biológico, psicológico e social.

Para Leonel Severo Rocha, “a função básica do Direito é a de criar institutos, institucionalizar determinados valores, mas com a consciência de que em pouco tempo, [...] esses valores são provisórios, um modismo, as coisas mudam.”²²⁰

Igualmente importante a contribuição de Jânia Saldanha, que apresenta a possibilidade de, com fulcro na filosofia heideggeriana, interpretar o “espaço e o tempo a partir do espaço-de-ação-do-tempo e nunca separadamente”²²¹, revelando a singularidade do caso. Esse processar é capaz de renegar o tempo do processo e trilhar o espaço da democracia. Como infere a autora, sem sua tese de doutorado:

Afinal, não é certo que toda ciência começa por uma recusa? Recusa da evidência da “posição prévia, visão prévia e concepção prévia”, do que se tornou dogma e que é enganador dos sentidos que tudo encobre e por isso fica à espera da descoberta? Parafraseando Pascal, pode-se dizer que é hora do jurista (re)questionar as certezas do senso comum, vale dizer, da ordinariedade, apresentando sem titubeios os necessários *obstáculos epistemológicos*. A crise da Justiça seria mesmo o fim de uma longa cadeia de acontecimentos, ou o início do fim?²²²

Veja-se que a reflexão de Saldanha apresenta uma responsabilidade do homem sobre o tempo e a mudança do norte massificado imposto a partir da linguagem, o que no processo está representado especialmente no rompimento da tradição ordinarizada.

Não se pode descurar, entretanto, o rompimento da armadura liberal que aprisiona o tempo, democratizando-o através da multiplicação dos espaços públicos e da qualificação do tempo vivido. O direito, vinculado naturalmente à sociedade, não pode prescindir desse partilhamento social temporal, com vistas à implementação da igualdade material. Como propõe Bolzan de Moraes:

A fuga do processo de temporalização capitalístico-burocrático supõe-se imprescindível para que não se finja estar morto – sob a figura do “impotente” – ou não se pense ser capaz de matar os outros – sob a máscara do “onipotente” – como fórmulas de domínio do medo da morte, mas, para que, em realidade, não sejamos mortos vivos e possamos compactuar a contracenar com todos no “papel de fonte de desejo, prazer e dor, no jogo do convívio humano”. [...] O importante, aqui, é a

²²⁰ ROCHA, Leonel Severo. A Construção do Tempo pelo Direito. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. p. 316.

²²¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A sumariada material da jurisdição: substancialização e efetividade do Direito Processual Civil*: Contribuições à proposta da “Estabilização da Tutela Antecipada”. Tese de Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 193.

²²² Idem

quebra dese “universo de descompromisso”, no qual se convive no jogo do “salve-se quem puder.”²²³

Como o Direito não acompanha a evolução social, tem-se que os entes estatais não conseguem administrar as relações de tempo e direito, o que, em se tratando de jurisdição, traduz ultraje ao princípio constitucional que tutela o livre acesso à justiça e, mais recentemente, com a edição da Emenda 45, em 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5., ao novel princípio da razoável duração do processo.

Claro que o tempo traduz um peso que pode ser aliviado, mas não inumado. O tema é recorrente e como não pode ser superado, deve evoluir no tocante à gestão, compatibilizando-se segurança, decisões fundamentadas e razoabilidade de duração do feito. Como assevera Darci Guimarães Ribeiro, “o tempo sempre foi considerado um ônus que as partes devem suportar, porém, o grande desafio está em distribuir esse ônus”²²⁴. Assim, além do ingente dever que se impõe ao magistrado na busca da decisão adequada, espera-se dele que seja um temporalizador do tempo, um gestor do ônus-tempo inerente ao processo. Ainda na esteira do pensamento de Ribeiro, tem-se que a função do julgador é “retirar o ônus do tempo de quem não pode suportar e transferi-lo para aqueles que podem com ele arcar”.²²⁵

A (re) construção da verdade, a partir da compreensão da hermenêutica gadameriana, também traz contribuição importante à gestão do tempo na jurisdição, na medida em que contribui para a superação dos entraves ocasionados pela ausência de celeridade dos processos legislativos e judiciais. Nesse sentido, fundamental a superação da crise provocada pelo equivocado emprego da hermenêutica clássica pelo direito, identificada, por Lenio Streck, no fato de que “o sentido comum teórico (imaginário que pré-domina o raciocínio dos juristas e de seu modo-de-ser-no-mundo) continua assentado nos postulados da hermenêutica clássica, de cunho (meramente) reprodutivo”²²⁶. “Em síntese, trata-se de um conjunto de procedimentos metodológicos que buscam ‘garantias de objetividade’ no processo interpretativo, no interior do qual a linguagem é relegada a uma mera instrumentalidade.”²²⁷

Em suma, os reflexos do tempo no direito tiveram apenas efeito de desgastá-lo, no sentido de minimizar-lhe a possibilidade de seu reconhecimento.

²²³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A Subjetividade do Tempo*. p. 97.

²²⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. A Garantia Constitucional do Contraditório e as Presunções Contidas no Parágrafo 6. do art. 273 do CPC. In: ARMELIN, Donaldo (Coord). *Tutelas de Urgência e Cautelares: Estudos em Homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 343.

²²⁵ Idem, p. 344.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos porque Interpretamos ou Interpretamos porque a Compreendemos? Uma Resposta a partir do Ontological Turn*. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 224.

²²⁷ Idem.

François Ost aponta que o Direito é a memória da sociedade, sendo que a mais antiga e permanente das funções do jurídico é a de “instituir o passado, certificar os factos ocorridos, garantir a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas. A missão de guardião da memória social foi, desde sempre, confiada aos juristas.”²²⁸ Nesse sentido, exemplifica Leonel Severo Rocha, asseverando: “o que são os cartórios, os arquivos, os nossos documentos, senão aquilo que está dentro da memória do Direito, ou falando normativamente, só é válida a memória jurídica, o Direito tem como função manter a memória.”²²⁹

“O juiz torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política. Não tendo guardado a memória viva dos valores que os fundamentaram, estes últimos pediram à justiça que zelasse seus julgamentos.”²³⁰ Nessa esteira, cresce a importância da jurisdição democrática, que, muitas vezes, representa o depositário da esperança do imaginário popular, tolhida e vilipendiada pela ineficiência do Estado. O alcance dessa percepção democrática traz como pressuposto a adequada gestão do tempo, uma vez que a demora na prestação jurisdicional retira a efetividade do provimento, sepultando seu caráter inclusivo.

É a memória que permite conciliar e legitimar em parte as normas jurídicas. É dela que decorre a aceitação social, tendo como base a aplicação de leis anteriores e suas experiências.

As crises pelas quais tem passado as instituições – e especialmente o Estado²³¹ podem ser apontadas, em tese, pela incapacidade do Direito, frente ao tempo, de estruturá-las e de estruturar-se a si próprio. O Direito do Trabalho, o Direito Penal, o Direito Previdenciário, estão sendo desinstitucionalizados.

A atividade jurisdicional envolve, sempre, elevado grau de risco, pois o direito é uma estrutura da sociedade, cujos valores atribuídos às regras são temporais. Assim, o tempo deve

²²⁸ OST, François. *O Tempo do Direito*. p. 52.

²²⁹ ROCHA, Leonel Severo. A Construção do Tempo pelo Direito. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. p. 315.

²³⁰ GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas*. Justiça e Democracia. Traduzido por Francisco Aragão. Lisboa: Arquimédia, 1996. p.24.

²³¹ Nesse sentido, como observado alhures, Streck e Bolzan apontam algumas crises cruciais para o diagnóstico da problemática moderna do Estado. Como apontam os autores, é preciso verificar o *viés externo*, onde cada vez mais a especialização se vê substituída pela ocupação de espaços de um dos setores por outro, entre os poderes, v.g. Comissões Parlamentares de Inquérito (atividade jurisdicional pelo legislativo?) e as medidas provisórias (atividade legislativa pelo executivo). Outro aspecto que denota a compreensão do que os autores denominam de **crise funcional** é a perda da concorrência do Estado para outros setores. Isso gera um pluralismo funcional ou pluralismo de ações, pois setores semi-públicos, privados, marginais, nacionais, locais, regionais, internacionais, supranacionais, acabam causando uma espécie de fragilização do Estado enquanto espaço público de tomada de decisões. Cá se diga, claro, que essa espécie de desestatização de alguns segmentos se dá exatamente pela ausência/ineficiência do Estado. (STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*. p. 155-6.)

ser compreendido como uma instituição social dependente do Direito e a ele diretamente vinculado por força de suas rápidas evoluções, fazendo parte do meio social e dos rumos a que uma sociedade se dirige.

Assim, a democratização da jurisdição pressupõe a reconhecimento de seu caráter inclusivo, a superação do tempo como elemento excludente, a consideração da hermenêutica como condição de possibilidade para a realização de direitos. E, nesse sentido, a valorização da comunicação alcança acento cativo, também, para o direito. O tempo, sem embargo, registra várias acepções e sua compreensão histórica revela-se fundamental para a compreensão da jurisdição e da própria vida. Nesse viés as ponderações de Giacomo Marramao:

Uma boa parte da investigação moderna – sobretudo a mais recente – se refere, baseando-se em Agostinho, a uma *temporalidade circular* pagã em contraste com uma *temporalidade linear* judaica e finalmente cristã. A temporalidade pagã seria constituída pela doutrina do Eterno Retorno. Já a temporalidade judaico-cristã constituir-se-ia numa linha que no cristianismo (ou seja, na Idade Medieval e Moderna) tem como ponto de referência a *Parusia*, exprimindo-se no cálculo dos anos *ante Christum natum e post Christum natum*. A temporalidade judaica e cristã daria um sentido à história, enquanto na temporalidade pagã a história *não* possuiria um seu significado, já que tudo eternamente retorna.²³²

O mundo moderno, de fato, modificou a compreensão do tempo. Por sinal, a evolução tecnológica, se por um lado propõe a oferta de conforto e acessibilidade às pessoas, por outro, não consegue acompanhar o tempo do desenvolvimento liberal-individualista, o tempo da produtividade como afã primeiro, o tempo da profissionalização competitiva, o tempo da otimização de resultados e de incremento financeiro, o *tempo-dever*. Tanto é fato a afirmação que recentemente, ao se cogitar o lançamento de um carro popular no Brasil, de custo aproximado de R\$ 7.000,00, especialistas já preveem um caos inelutável no trânsito das grandes metrópoles. Assim, a popularização dos bens de consumo não encontra mais “espaço” no “tempo da evolução tecnológica”.²³³

As mudanças, hodiernamente, operam-se em velocidade estimada em gigahertz, ao contrário dos períodos que precederam a modernidade, quando as notícias demoravam dias para alcançar o receptor. Isso também revela a necessidade de aperfeiçoamento do sistema

²³² MARRAMAIO, Giacomo. *Céu e Terra*. p. 83-4.

²³³ Como afirma Bolzan de Moraes: “A democracia como vir-a-ser cotidiano precisa estabelecer vínculos fortes com a vida; é um estado de compromisso daqueles que participam deste processo. Pressupõe a concentração, num mesmo plano, de uma comunidade normativamente regulada, estabelecida, a partir de um modelo de ação comunicativa onde nenhum dos seus membros esteja à mercê de um processo de violência institucionalizado nacisticamente, sequer de uma racionalidade onipotente, dominada por alguns. A democracia, como processo de contínua mudança, pressupõe o desfazimento do modelo de autômato que a sociedade industrial busca projetar para o homem moderno [...] (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A subjetividade do tempo*. p. 106.)

jurídico presente, que não tem a tarefa de acompanhar o tempo-dever do absurdo – já que impossível –, mas sim de adequar suas estruturas com o fito de dar uma resposta a essa nova realidade que se põe.

Como afirma Zygmunt Bauman, a modernidade líquida propõe o tempo instantâneo, veloz, o “curto prazo”, abandonando a idéia dos labores longos e das expectativas sem agenda definida, sem data de conclusão, como se constatava no tempo transato. A esse teor:

O “longo prazo”, ainda que continue a ser mencionado, por hábito, é uma concha vazia sem significado; se o infinito, como o tempo, é instantâneo, para ser usado no ato e descartado imediatamente, então “mais tempo” adiciona pouco ao que o momento já ofereceu. Não se ganha com considerações de “longo prazo”. Se a modernidade sólida punha a duração eterna como principal motivo e princípio da ação, a modernidade “fluída” não tem função para a duração eterna. O “curto prazo” substituiu o “longo prazo” e fez da instantaneidade seu ideal último, ao mesmo tempo em que promove o tempo ao posto de contêiner de capacidade infinita, a modernidade fluída dissolve – obscurece e desvaloriza sua duração.²³⁴

Ovídio Baptista da Silva, ao referir Bauman, também elabora a idéia de colonização do público pelo privado, da individualização como processo de corrosão da cidadania, de processo de avanço de um “sindicato do egoísmo”, fruto da firmação do neoliberalismo. Nesse sentido:

[...] o interesse público é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos, melhor). As “questões públicas” que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis”.²³⁵

As comunicações *on line* propiciaram um método de troca de informações mundial instantânea, o que modificou a noção de tempo-espaco-lugar. Assim, o sujeito pode estar mais próximo de um chinês ou americano estando em sua residência no Brasil, momento em que está distante do vizinho da rua ao lado. De fato, em que pese o vilipêndio à afetividade, às práticas usuais de comunicação presencial, qualificada, que registravam um caráter semiótico e de compreensão plena bem mais acentuado, tem-se que as informações e os contatos alcançam outra perspectiva.

²³⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 145.

²³⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 311.

Bauman, no contexto da velocidade que a modernidade impõe, desenvolve a ideia de tempo pontilhista²³⁶, que fecha às portas a qualquer forma de saber contemplativo. “No modelo de tempo pontilhista, não há espaço para a ideia de ‘progresso’ como o leito vazio de um rio sendo lenta, mas continuamente preenchido pelos esforços humanos”.²³⁷

Em contradição a esta realidade está a grande parte do pensamento jurídico contemporâneo, que insiste na dogmatização do direito, numa forma latente de inércia que registra uma pretensão declarada: a manutenção do *status quo*. Isto é, conforme a concepção monista de Giordano Bruno, muito se define, muito se repete, muito se impõe, mas pouco se cria, pouco se questiona e tudo se copia. E isto se deve a fatores intrínsecos e extrínsecos ao mundo jurídico, em especial, a ausência de percepção dos fatos ligados à realidade local e contemporânea e o conseqüente despreparo dos julgadores ao manejo da ontologia e da deontologia.²³⁸

O debate que atualmente se trava no campo das ciências do espírito, a partir da discussão metodológica, pode contribuir para limitar a dogmática ao seu efetivo papel e para tornar esses campos do conhecimento transparentes mais próximos, portanto, do efetivo cumprimento de seu papel. Nessa linha, Vattimo afirma que:

[...] el debate *metodológico*, que ocupa un tan considerable espacio en las ciencias humanas de hoy, constituye para ellas un momento no sólo instrumental o preliminar, sino central o substancial: contribuye, por lo menos, a desdogmatizarlas, a que se vuelvan fábulas conscientes de ser tales.²³⁹

Não se pretende sustentar que a dogmática desempenhe apenas um papel nefasto. O saber dogmático também exerce uma função de regulação científica, que não pode ser desprezado, nem mesmo pelas ciências do espírito. A dogmática conserva, pelo menos, um componente de organização que não deve ser dispensado.

Com efeito, a ordenação cartesiana não se presta a informar as ciências do espírito, nem mesmo o seu método, que é da compreensão. Porém, tem valia e empresta esse caráter

²³⁶“Hoje se acredita que cada ponto do tempo seja impregnado da possibilidade de um outro big-bang, e que pontos sucessivos também o sejam, não importante o que tem acontecido aos anteriores e a despeito da experiência acumulada de forma contínua, que mostra que a maioria das chances tende a ser prevista de maneira errônea ou perdida, enquanto a maioria dos pontos se mostra estéril e a maior parte dos movimentos natimorta. Um mapa da vida pontilhista, se fosse desenhado, apresentaria uma estranha semelhança com um cemitério de possibilidades imaginárias, fantasiosas ou amplamente negligenciadas e irrealizadas. Ou, dependendo do ponto de vista, sugeriria um cemitério de oportunidades desperdiçadas. Num universo pontilhista, as taxas de mortalidade infantil das esperanças, assim como as de aborto natural ou provocado, são muito elevadas”. (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*. p. 47.)

²³⁷ Idem, *ibidem*.

²³⁸ Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*.

²³⁹VATTIMO, Gianni. *La Sociedad Transparente*. Traduzido por Teresa Oñate. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990. p. 108.

pedagógico à ciência, tornando mais fácil o seu entendimento. Ao justificar tal sustentação, Bachelard destaca a ruptura entre o espírito científico moderno e o simples “espírito de ordem e classificação”. Nas ciências do espírito, os métodos exatos contribuiriam, no máximo, para a adequação deste último, razão pela qual justifica que a dogmática não é de todo inadequada:

Se por um momento nos concederem que as regras cartesianas para a direcção do espírito já não correspondem às múltiplas exigências da pesquisa científica tanto teórica como experimental, não deixarão, no entanto, de nos objectar que regras e conselhos conservam sem dúvida um valor pedagógico. Mas ainda aqui temos de insistir na ruptura entre o verdadeiro espírito científico moderno e o simples espírito de ordem e de classificação. É preciso igualmente distinguir bem o espírito científico *regular* que anima o laboratório de pesquisas e o espírito científico *secular* que encontra os seus discípulos no mundo dos filósofos. Assim, se se trata de ensinar a ordem nas notas, na clareza na exposição, a distinção nos conceitos, a segurança nos inventários, nenhuma lição é mais frutuosa que a lição cartesiana. Ela basta amplamente para ensinar esse espírito de método preciso e objectivo que dá a toda a taxologia (histórica e literária) o direito ao tom dogmático, ao mesmo tempo em que as ciências matemáticas e físicas se exprimem com uma prudência acrescida.²⁴⁰

Isso não quer dizer que seja de admitir o método cartesiano às ciências do espírito. A própria formulação de Bachelard, aliás, recusa tal procedimento, bem se referindo que a lição cartesiana dá o *tom dogmático* e não mais do que isso. A vantagem por ele descrita, de objetividade e clareza, não pode ser entendida como regra de procedimento, exatamente porque o direito processual não se conforma às regras cartesianas. É produto do espírito criativo que não se pode conter em regras estanques.

Talvez bem resuma a questão o pensamento de Zaccaria²⁴¹, quando aponta o equívoco de considerar-se o direito um “produto acabado”, o que também decorre da utilização do método das ciências naturais. O direito não é algo acabado, ou que deva ser reproduzido. Precisa, antes, ser compreendido numa atividade interpretativa que é contínua e que não pode estar limitada a um método definido. Limitar o direito a um método significa limitá-lo enquanto ciência, impedindo que cumpra o seu efetivo papel.

Como afirma Ovídio Baptista da Silva, em adequada crítica ao pensamento dogmático:

²⁴⁰ BACHELARD, Gaston. *O Novo Espírito Científico*. Traduzido por Antônio José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 104.

²⁴¹ Giuseppe Zaccaria refere que “l’errore della metodologia giuridica del positivismo tradizionale, ancora seguita, nonostante le apparenze, da molta parte della cultura giuridica, è nel concepire e presentare il diritto nell’assetto idealizzato e conclusivo di “prodotto finito” e nell’intendere l’applicazione come il riprodurre, in tutti i casi sussumibili sotto una determinata norma, un significato già compiutamente dato una volta per tutte. La soluzione offerta dal positivismo giuridico normativo assume un concetto di diritto tutto incluso nel *dato* legislativo, e costretto a tradurre i momenti valutativi, su cui largamente incidono fattori extralegali, nella finzione della soluzione prestabilita.” (ZACCARIA, Giuseppe. *L’arte dell’interpretazione – Saggi Sull’Ermeneutica Giuridica Contemporanea*. Padova: CEDAM, 1990. p. 88.)

O abandono da epistemologia das *ciências da descoberta*, até agora aplicada ao Direito, de modo que se possa recuperar sua *historicidade*, significa libertá-lo do espírito dogmático, reintroduzindo-o no domínio das ciências da *compreensão*, de que o direito processual foi retirado em virtude da pretensão do racionalismo de torná-lo uma ciência demonstrativa. Acabaremos vendo que o *dogmatismo* é um dos instrumentos mais eficazes no empenho do Poder em mantê-lo a seu serviço.” [...] ²⁴² “O *conceitualismo* que sustenta o pensamento dogmático na ciência processual, alimenta-se dessas vertentes doutrinárias. Ele é a grande barreira oposta à criação jurisprudencial do Direito, consequentemente à Hermenêutica.” ²⁴³

Mas a busca de um procedimento judicial legítimo e efetivo, impõe como condição prévia, o rompimento de determinados paradigmas impostos sistematicamente ao agir dos operadores jurídicos. Métodos objetivos de construção da verdade, conforme proposto por Hans-Georg Gadamer, possuem escopo precípuo de evitar o desvelamento do direito.

O julgador, como operador de uma ciência humana e calcada na verossimilhança, não nas certezas insofismáveis, tem o dever de se ater à demanda buscando a verdade dos fatos, não olvidando, sob nenhuma circunstância, o enfoque da realidade contemporânea e local. O tempo do direito, hoje, também parece constituir-se no tempo do verossímil, das quase-certezas, das quase-verdades, enfim, o tempo do provável e do plausível. Nessa linha, Ovídio Baptista da Silva, ao examinar a tutela antecipatória, afirma:

Certamente, para que se aceite uma tutela processual autônoma e, ao mesmo tempo não satisfativa, será necessário superar o *paradigma* da ordinariedade, uma vez que essa *terminalidade* processual representará uma forma de tutela fundada em juízo de verossimilhança que, para a doutrina, nunca poderá ser processualmente autônomo, no sentido de julgamento que encerre a respectiva relação processual. ²⁴⁴

Para melhor compreensão da questão interpretativa da norma, imprescindível diferenciar o conhecimento humano, que, a partir de Gadamer, possui dois objetivos: a) a contemplação da verdade, quando atua de forma especulativa; b) a operação mental que visa uma finalidade prática. No século XVIII, Immanuel Kant já afirmava que o intelecto pode ser especulativo ou prático. Na primeira hipótese ter-se-ia a razão pura, na segunda a razão prática. Na verdade, o intelecto prático é um prolongamento do intelecto especulativo, numa integração mútua. Pelo intelecto especulativo decide-se se deve fazer isso ou aquilo; pelo intelecto prático decide-se como fazer isto ou aquilo. ²⁴⁵

²⁴² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 79.

²⁴³ Idem, p. 84.

²⁴⁴ Idem, p. 231.

²⁴⁵ Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*.

Assim, pode-se afirmar que o Direito é uma ciência especulativa, quanto ao modo de saber, pois busca contemplar a verdade, e eminentemente prática, quanto a suas finalidades. Os operadores jurídicos possuem o dever de construir verdades²⁴⁶, já que a verdade alcançada serve como parâmetro eficaz de rompimento de paradigmas, modificando a combatida *ordinariedade* vivenciada.

A verdade como percepção dos fatos cotidianos que se introjetam no fenômeno jurídico deve ser vista sob a ótica do senso comum²⁴⁷, que consiste em dizer o que é correto e verdadeiro com base no provável/plausível, pois este é o senso que institui a sociedade; a construção da verdade surge então como defesa do provável e fundamenta-se na existência moral e histórica do homem. Nos dizeres de Gadamer: “bom senso é o remédio contra o sonambulismo da metafísica e contém o fundamento de uma filosofia moral, que é justificada em relação à vida da sociedade”²⁴⁸.

Em Kant, o verdadeiro sentido comum é o gosto estético e o gosto é a forma de conhecimento atingido socialmente como fenômeno de primeira categoria. Por isso que o contra gosto (leia-se: conflito do socialmente aceitável e o juridicamente adequado) proveniente do senso comum não é o mau gosto, mas a ausência de gosto algum. O bom gosto é uma sensibilidade que evita tão naturalmente tudo o que é chocante, de maneira que sua reação se torna, para quem não tem gosto, simplesmente incompreensível.²⁴⁹

Dessa premissa, se extrai uma preciosa forma de limitação ao senso comum. É que somente aqueles que possuem opinião formada (e fundamentada!) sobre determinada circunstância, poderão ser relevados para formação do *commom sense*.

Indispensável, portanto, que o Julgador considere o tempo que vive e o tempo do direito, sem prescindir do agir normativo, mas abordando os elementos humanos que integram há tempo, já que a lide é, efetivamente “um pedaço da história humana”²⁵⁰.

Aristóteles fala explicitamente da equidade (*Epieikeia*), como retificação ou acomodação da lei, fundando sua concepção no fato de que toda a lei comporta uma tensão

²⁴⁶ O termo *Verdade* é dos mais complexos para ser conceituado, pois origina-se sempre de um julgamento (habitual, consensual, ou arbitrário) e, mais ainda, como todo juízo de valor (tal como o conhecimento que o provoca), é uma *ocorrência histórica*, ou seja, é relativo à Cultura, à Sociedade na qual emerge em certo momento. (CORTELLA, Mário Sérgio. *A Escola e o Conhecimento – Fundamentos Epistemológicos e Políticos*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 56-7.)

²⁴⁷ Consigna-se, a título de oportunizar uma renovada reflexão, a lição da lavra de Rubens Alves, ao tratar da temática ‘o senso comum e a ciência’, após advertir para os riscos concentrados no cientista (porque tipo como o dono do saber). Ao se perguntar sobre o que é o senso comum, responde: “prefiro não definir”. Talvez simplesmente dizer que senso comum é aquilo que não é ciência [...]. (ALVES, Rubens. *Filosofia da Ciência*. Introdução ao jogo e a suas regras. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 9-37.)

²⁴⁸ Ver: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*.

²⁴⁹ Idem, p. 71.

²⁵⁰ Ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*.

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 da hermenêutica jurídica). Isto é, 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.²⁵¹

Da mesma forma que Aristóteles condiciona o direito natural à mutabilidade, posto que a afirmação contrária, só vale para o mundo divino, declarando que entre os homens o direito natural é tão cambiante quanto o direito positivo. A idéia vem de Platão, pois se por natureza, a mão direita é mais forte do que a mão esquerda, nada obsta que, se treinada a mão esquerda se torne tão forte quanto à direita.²⁵²

Heidegger explicita esta situação hermenêutica a partir da *posição prévia, visão prévia e concepção prévia* do interlocutor *jurisprudencial*, considerando a necessidade de explorar proficuamente o significado do termo. Os preconceitos de um indivíduo são muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser²⁵³. A antecipação de sentido que guia nossa compreensão de um texto, não é ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição, ao que se somam nossas experiências futuras, não em círculo metodológico, mas sim, ontológico da compreensão.²⁵⁴

Thomas Hobbes, em *Leviatã*²⁵⁵, assevera que o uso geral da linguagem consiste em passar o discurso mental para um discurso verbal, ou a cadeia dos pensamentos para uma cadeia de palavras. A estes usos correspondem quatro abusos: A um, quando o homem registra erroneamente seus pensamentos pela inconstância da significação de suas palavras, com as quais registram por suas concepções aquilo que nunca conceberam, e deste modo se enganam. A dois, quando usam palavras de maneira metafórica, ou seja, com um sentido diferente do que lhes foi atribuído, e deste modo enganam os outros. Em terceiro lugar, quando palavras declaram ser sua vontade aquilo que não é, e, por fim, quando são utilizadas com viés ofensivo.

A utilização da linguagem proporciona ao julgador a compreensão da realidade da lide, já que na linguagem que o homem freqüentemente decai; a queda é a mais explícita maneira de inautenticidade, a forma estabilizada da vida cotidiana como envolvimento

²⁵¹ Ver: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. p. 53.

²⁵² Ver: ARISTÓTELES. *Rhétorique*.

_____. *Ética a Nicomanos*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

PLATÃO. *Crátilo*.

²⁵³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. p. 416.

²⁵⁴ Idem, p. 439.

²⁵⁵ Ver: HOBBS, Thomas. *Do Pensamento e da Linguagem*. São Paulo: Abril, 1974.

estruturada sobre a preocupação e a solicitude.²⁵⁶ Na convivência, o ser se objetiva ou impessoaliza. O ser humano é falante – e a linguagem lhe proporciona meio de abertura –, como um prolongamento da interpretação. Durante as audiências, o julgador, num diálogo franco com as partes – numa integração com o conhecimento humano – tem a possibilidade de perceber os fatos jurídicos e humanos que norteiam a demanda, contemplando o ato judicante socialmente válido.

Neste diapasão, o sistema processual de 1973 concebeu o processo de conhecimento como procedimento destinado, por definição, à busca da verdade acerca do direito controvertido, o que estaria a revelar seu compromisso com a idéia racionalista de unidade e plenitude do sistema jurídico. Ao processo de conhecimento caberia alcançar esta verdade, sendo a sentença a manifestação em que o juiz revelaria o verdadeiro sentido da lei, capacitando-se, no final deste percurso metodológico, a atribuir razão a um dos litigantes. Destarte, a construção da verdade deixa de prevalecer, dando azo às presunções que caminham em sentidos opostos.²⁵⁷ Michele Taruffo aponta com propriedade a percepção da verdade no processo adversarial, buscando indicar caminhos para a decisão:

De um lado hay allí una concepción de la verdad, entendida como seña de la reconstrucción judicial de los hechos, según la cual el juez comprueba lo verdadero mientras su conocimiento más se aproxima a la efectiva realidad histórica de los *facta probanda*. En esta perspectiva se plantea el problema acerca de si esta verdad se pueda conseguir plenamente em el proceso (de ahí por ejemplo la cuestión de la cientificidad de la comprobación), y de cuál sea el tipo de procedimiento idóneo para maximizar la coincidencia entre el juicio histórico del juez y la realidad que él debe conocer para fundaren ella la decisión; tal realidad queda, de todas maneras, como el término de comparación destinado a funcionar como *test* de la verdad o falsedad de la comprobación judicial. Se trata evidentemente de una perspectiva que privilegia el momento cognoscitivo del juicio, y está dirigida a realizar la máxima correspondencia entre conocimiento y realidad; con respecto a este fin, es posible evaluar positiva o negativamente la estructura del proceso entendido como instrumento (o mejor, como método cognoscitivo) para la búsqueda de la verdad, con base en los resultados que consigue em términos de eficacia eurística y de *adaequatio* de la comprobación a la realidad.²⁵⁸

A *aporia* fundamental do julgador é descobrir o justo para o caso concreto. Se a lei reflete justiça, deve ser aplicada, caso contrário, deve o julgador buscar outros elementos no

²⁵⁶ NUNES, Benedito. *Heidegger & Ser e Tempo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 2.

²⁵⁷ Baptista da Silva também sinala a ineficácia do processo de conhecimento, quando afirma: “Nosso ‘procedimento comum’, composto pelos dois ramos que o acompanham desde o século XIV, o *ordinário* e o *sumário* do art. 275 de nosso Código, conservou-se fiel aos pressupostos romanos, reproduzindo sua estrutura originária: – é um procedimento que pressupõe uma *obrigação* como fonte da ação a qual, por sua vez, dá origem a uma sentença condenatória, que irá produzir uma ação executória. A conhecida fórmula romana tinha esta estrutura: *obligatio*+ *actio* + *litis contestatio*²⁵⁷ + *condemnatio*, gerando uma *actio iudicati*” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 131).

²⁵⁸ TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial em la experiencia americana: El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Traducción de Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2008. p. 42.

sistema jurídico, ou até fora dele, para promover efetiva justiça, que, no caso, deriva da consideração inelutável da Constituição. Paul Ricoeur revela um pouco da angústia da busca do justo, presente na decisão:

No sentido judiciário, realmente, o julgamento intervém na prática social, no nível do intercâmbio discursivo que Jürgen Habermas associa à atividade comunicacional, ensejada pelo fenômeno fulcral dessa prática social constituída pelo processo. É no âmbito do processo que o ato de julgar recapitula todos os significados usuais: opinar, avaliar, considerar verdadeiro ou justo, por fim, tomar posição.²⁵⁹

Nesse contexto, vale sublinhar que embora a sociedade pós-moderna tenha alcançado um perfil capitalista-perverso, onde o consumismo e a competitividade constituem-se em verdugos mordazes da qualidade de vida e das relações de afeto, parece que a aposta na fraternidade, é o que ainda oferece alicerce à construção de um novo paradigma de vida. Essa concepção solidária fundamenta a condição de possibilidade de uma inclusão social protagonizada por um espaço público forjado na própria sociedade, do qual o Estado seja um interlocutor qualificado.

Mas essa forma de pensar e agir deve ser construída a partir da valorização dos paradoxos.²⁶⁰ A igualdade produz-se na diferença e a diferença encontra campo fértil na igualdade. O paradoxo de caráter principiológico é um dos baluartes de inclusão da pós-modernidade, contudo, revela-se de difícil gestão, na medida em que reclama o fomento à diferença sem afrontar os paradigmas de igualdades positivas, que buscam a inclusão permanente. Nesse sentido, parece indispensável o incremento da alteridade e de construção de uma diferenciação positiva, que reconheça a pluralidade da constituição social (diferença) e a identidade no trato jurídico (igualdade).

Assim, a inclusão, mediante o alcance de uma jurisdição democrática, que reconheça a diferença na composição da sociedade, mas a igualdade no trato jurídico, oferece uma alternativa coerente de superação da exclusão e da igualização perversa, fundamentando o que se convencionou chamar de “jurisdição-participação”.

²⁵⁹ RICOEUR, Paul. *O Justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 176.

²⁶⁰ Ver: ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da Auto-Observação*: Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

6 Ciências do Espírito, Lógica e o Abandono do Racionalismo: Razão e Certeza numa Ciência de Incertezas

O método tem papel determinante na definição do alcance que determinada ciência almeja. Nesse sentido, o abandono do racionalismo e da certeza enquanto instrumentos de determinação do norte da Ciência Jurídica traduz-se num passo fundamental.

Dessa forma, as ciências da natureza, dotadas de objetividade, de definitividade registram características diametralmente opostas às ciências do espírito. Impor a exatidão como critério metodológico às ciências do espírito, assim, é cancelar um processo de castração da criatividade humana.

As ciências do espírito, dentre as quais se coloca a do direito, operacionalizam-se a partir da compreensão, distantes da descoberta e da invenção, mas próximas da inventividade e da criação. O método do direito, portanto, é assaz distinto do empregado pelas ciências da natureza, que se ocupam com os fenômenos biológicos, químicos, físicos, astrológicos, geográficos e outros, de natureza análoga. O direito, infelizmente, tem experimentado a influência perniciosa do positivismo ortodoxo, que guarda características de racionalidade, buscando na certeza sua redenção, sem perceber que caminha para sua sepultura enquanto ciência autônoma.

O saber dogmático, assim, determina um proceder onde o culto pelo procedimento e pela forma ganha relevo, produzindo uma postura acrítica e não investigativa. Nessa linha, o pensamento de Ovídio Baptista da Silva, manifestado no embrião da obra “Processo e Ideologia”:

A redução do conceito de ciência, peculiar ao pensamento moderno, que somente concebe como científicos os ramos do conhecimento humano destinados a medir, pensar e contar, fez com que o Direito se transformasse num conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-o da História. [...] O Direito Processual Civil foi o domínio jurídico mais danificado por essa metodologia, em virtude de ser o processo aquele ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social e que, além disso, pressupõe que o acesso a seus domínios seja alcançado através da hermenêutica, naturalmente incompatível com o pensamento dogmático.²⁶¹

As ciências do espírito desenvolvem-se no campo da compreensão. A atividade científica é especulativa, não descobridora. As leis da natureza são diversas daquelas que provêm da moral. Essa constatação conduz à distinção entre as ciências da natureza e aquelas que tratam das derivações da moral, produto do *espírito* humano. As primeiras cuidam das

²⁶¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 1.

leis do necessário, daquilo que apenas acontece. As demais guardam as normas que revelam o desejado numa determinada conjuntura de tempo e espaço.

Radbruch reconhecesse essa diversidade, quando refere que “a cada atividade básica do espírito humano corresponde um tipo especial de leis do dever.”²⁶² De fato, a lógica cuida do modo de pensar correto; a estética, da vivência da arte e da beleza. Todavia, aponta o autor, “que o dever ético, que apresenta sua lei ao nosso querer e agir, é de natureza tríplice: as regras de um agir bom, adequado e justo produzem a moralidade, o costume e finalmente o direito.”²⁶³

Como afirma Brutau, “seria preciso que na vida social não irrompessem jamais novos fatos para que pudesse lograr existência um Direito cujo caráter ideal fosse o de estar formulado de uma vez para sempre”²⁶⁴.

A importância do método para a ciência está no fato de que a forma procedimental conduz e determina a sua própria essência, influenciando, em último plano, o próprio saber científico. Como refere Larenz, “a metodologia de qualquer ciência é, antes do mais e em primeiro lugar, a reflexão desta ciência sobre o seu próprio proceder, sobre os modos de pensamento e meios de conhecimento de que lança mão”²⁶⁵.

O método e *episteme* não representam exatamente o mesmo conceito, mas registram um vínculo indissolúvel. Se há a modificação do método, naturalmente, também há a modificação da ciência. Nesse trilha, Larenz propõe que “a reflexão sobre este procedimento não ocorre em separado da sua aplicação, mas acompanha-a ou segue-a de imediato e está na mais estrita conexão com a ciência em causa”²⁶⁶.

Apesar da convicção na constatação do distanciamento entre o método empregado pelas ciências do espírito e da natureza, tem-se que o debate não se reveste dessa simplicidade aparente que a assertiva parece lançar. A esse teor, as colocações de Popper, ao examinar Wittgenstein:

A doutrina de Wittgenstein resulta da tese de que todas as afirmativas genuínas (e, portanto todos os problemas genuínos) podem ser classificados em uma de duas classes exclusivas: as afirmativas factuais (*sintéticas “a posteriori”*),

²⁶² RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. Traduzido por Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1.

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. Traduzido por Lenine Lequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 20.

²⁶⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. p. 1.

²⁶⁶ Partindo do conceito atribuído à metodologia, como a reflexão sobre o próprio procedimento, o autor estabelece a inseparabilidade da metodologia da própria essência da ciência. (Idem, p. 339.)

pertencentes às ciências empíricas, e as afirmativas lógicas (*analíticas “a priori”*), pertencentes exclusivamente à lógica formal ou à matemática.²⁶⁷

Popper acrescenta dizendo que “essa dicotomia simples é simples demais para muitos propósitos.”²⁶⁸ Entretanto, essa divisão dotada de simplicidade, essa dicotomia tacanha, acabou por orientar o procedimento científico ao longo dos tempos, incrustrando cicatrizes de reparação extremamente dificultosa.²⁶⁹

O cunho de especulação típico das ciências do espírito guarda nítido caráter de diferenciação a partir do cotejo com os institutos próprios das ciências naturais. Nessa linha, Bachelard traça o *locus* histórico do conhecimento científico, reconhecendo, outrossim, o caráter mutante da história:

[...] pensamentos que não recomeçam; são os pensamentos que foram rectificadados, alargados, completados. Eles não voltam à sua área restrita ou pouco firme. Ora, o espírito científico é essencialmente uma rectificação do saber, um alargamento dos quadros do conhecimento. Julga o seu passado histórico condenando-o. A sua estrutura é a consciência dos seus erros históricos.²⁷⁰

A idéia de verificação dos equívocos históricos, assim, é determinante para a formulação de novos conceitos. Entretanto, a ciência jurídica parece enfrentar situação diversa, já que os aspectos históricos, embora por vezes superados em face do avanço social, continuam presentes nos setores conservadores do direito, especialmente pela repetição sintomática da jurisprudência, fato típico do Judiciário da era da técnica. Chancelando a assertiva, Brutau diz que “em tema de direito, é uma verdade que o passado jamais poderá ser superado por completo. O que parece mais distante, encarnado em determinadas circunstâncias históricas, é uma realidade que opera igualmente no presente.”²⁷¹ Nessa linha, a própria idéia de tradição proposta por Gadamer oferece guarida à compreensão do que se quer afirmar.

A natureza da ciência jurídica faz dela uma ciência que avança a partir da adoção de novas perspectivas e de novas maneiras de compreender o mesmo fato jurídico, que se apresenta maleável, como tal é a própria história humana. Em tempos diferentes e contextos

²⁶⁷ POPPER, Karl Raymund. *Conjecturas e Refutações*. Traduzido por Sérgio Bath. 4. ed. rev. Brasília: Universidade de Brasília, 1992. p. 102.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Para Popper: “Nossa inclinação para procurar regularidades e para impor leis à natureza leva ao fenômeno psicológico do *pensamento dogmático* ou, de modo geral, do comportamento dogmático: esperamos encontrar regularidades em toda parte e tentamos descobri-las mesmo onde elas não existem; os eventos que resistem a essas tentativas são considerados como “ruídos de fundo”. (Idem, p. 78.)

²⁷⁰ BACHELARD, Gaston. *O Novo Espírito Científico*. p. 120.

²⁷¹ BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. p. 111.

sociais diversos, o mesmo tratamento dado a uma situação jurídica pode ser percebido de formas totalmente distintas. Como exemplifica Ovídio Baptista da Silva:

[...] se examinássemos, hoje, as atas de um julgamento em que, ao tempo do Brasil imperial, o juiz condenara ao açoite o escravo fugitivo, certamente ficaríamos surpresos com a clamorosa injustiça da sentença ou daquelas discriminatórias instituições jurídicas, que permitiam um ato de tamanha brutalidade contra um ser humano. Aos olhos dos contemporâneos, porém, ela seria, no mínimo, aceita com naturalidade, quando não recebida como uma expressão de “direito natural”.²⁷²

Assim, a afirmação de que os juristas não inventam algo dotado de novidade plena e sim desenvolvem a compreensão histórica, examinando as diversas matizes do fenômeno jurídico provém exatamente da lentidão do processo de modificações experimentadas pelo direito. A causalidade específica que reveste a Ciência Jurídica, assim, provém da distinção do caráter histórico e da necessidade de adequação dos fatos à norma, providência que inexistente nas demais ciências. Como assevera Engisch:

[...] a causalidade jurídica (a circunstância de um facto arrastar consigo efeitos de Direito), baseia-se na determinação da lei e, por isso, pode ser livremente modelada por ela: o Direito pode coligar a quaisquer factos quaisquer conseqüências jurídicas.²⁷³

O aspecto histórico que reveste a Ciência Jurídica, dessa forma, provém de que a humanidade é que produz as evoluções, diversamente das ciências da natureza, que por vezes tem um fato dado, mas que ainda não havia sido “descoberto”. O conhecimento não se produz, assim, pelo niilismo. Só o conhecimento-fato, o existente, é que produz avanço científico e que produz novo conhecimento. Nesse trilha, Vattimo afirma que “la condición para concebir la historia como realización progresiva de la humanidad auténtica estriba en que pueda ser vista como un proceso unitario. Sólo si existe *la* historia se puede hablar de progreso.”²⁷⁴ O progresso do conhecimento, assim, está na história.

Cabe ressaltar outro aspecto distintivo da Ciência Jurídica no tocante às demais ciências do espírito: seu viés legalista, fruto do dogma necessário que assegura estabilidade ao direito. As ciências da natureza, por sua vez, informam-se pelas leis da natureza, quiçá um dos principais aspectos que contribui para a aproximação entre Ciência Jurídica e ciências da natureza, especialmente do ponto de vista metodológico. Entretanto, a afirmação de que a

²⁷² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 268.

²⁷³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. p. 60.

²⁷⁴ VATTIMO, Gianni. *La Sociedad Transparente*. p. 74.

existência de “leis ordenatórias” em ambas as ciências aproximaria o direito das ciências da natureza não procede, vez que o direito guarda caráter subjetivo, interpretativo e tem por objeto a regulação da conduta humana, ao passo que as ciências da natureza almejam o estabelecimento de uma disciplina mínima para a orientação da descoberta, guardando forte caráter de objetividade.

Larenz atribui ao neokantismo o mérito de reconhecer que “o Direito tem inerente, pelo seu próprio “sentido”, uma pretensão de “rectidão”, quer dizer, de “justiça”, de tal modo que ele tem de se deixar medir por ela, para ver em que medida satisfaz essa pretensão.”²⁷⁵

A solução adotada pela Ciência Jurídica, porquanto, passa pelo argumento plausível, provável e próximo da verdade, ao passo que as ciências da natureza buscam a verdade absoluta, que perdurará até o surgimento de um novo paradigma. O grande desafio do direito, assim, é a libertação da metodologia aplicada às ciências exatas. Como arquiteta Kaufmann:

[...] também no domínio do jurídico, e do normativo em geral, existem critérios de evidenciação e falsificação, de experiência e observação (ainda que somente em sentido figurado), de clarificação e de argumentação racional, de intersubjectividade e de universalidade, que permitem falar, aqui, de conhecimentos verdadeiros (correctos), apesar de, evidentemente, só em casos raros estarmos perante uma única solução verdadeira, a verdadeira solução, visto não dispormos da capacidade hercúlea de Dworkin; de um modo geral, a solução é “adequada”, “plausível”, “defensável”, ao lado de outras soluções também elas “defensáveis”.²⁷⁶

Certamente que esse desafio torna-se muito mais árduo em face do avanço da tecnologia, na massificação dos procedimentos e na busca da objetificação. A Ciência Jurídica necessita, nesse cenário, assegurar sua plausibilidade, sob pena de esteriotipar a conduta humana e fadar o direito à burocratização. Ademais, Popper assegura que até as ciências da natureza necessitam da interpretação, pois reclamam um processo subjetivo de análise, razão que afasta ainda mais as ciências do espírito da certeza e da logicidade. A esse teor:

Eu lutei contra a imitação das ciências naturais pelas ciências sociais e pelo ponto de vista de que a epistemologia positivista é inadequada até mesmo em sua análise das ciências naturais as quais, de fato, não são “generalizações cuidadosas da observação”, como se crê usualmente, mas são essencialmente especulativas e ousadas.²⁷⁷

²⁷⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. p. 161.

²⁷⁶ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. p. 184.

²⁷⁷ POPPER, Karl Raymund. *Lógica das Ciências Sociais*. Traduzido por Estevão de Rezende Martins; Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Brasília: Universidade de Brasília, 1978. p. 48.

O juiz, de fato, precisa decidir-se antes mesmo de decidir. Precisa eleger o caminho, a partir da compreensão do caso em liça e, após, a partir do processo de aplicação/interpretação da norma, proferir o julgamento. A conformação lógica do direito, de caráter nitidamente analógico, assim, não subsiste a essa afirmação. Brutau, a propósito, identifica na Idade Média a influência logicidade e a incompatibilidade com o direito:

As idéias jurídicas, de um modo geral, costumam ordenar-se, mesmo nos dias que correm, segundo uma hierarquia na qual as mais vazias de conteúdo são as que se colocam no ponto mais alto. Ao jurista lhe apraz, ainda hoje, um dos mitos mais renitentes na Idade Média: o rigor da lógica formal. Com este rigor aspiram vestir seus silogismos os juristas de quase todo o mundo, esquecidos de que a lógica formal é totalmente incapaz de antecipar qual será a conclusão de uma sentença, muito embora, uma vez lançada, essa conclusão guarde toda a aparência de algo inevitável.²⁷⁸

Na Ciência Jurídica, a diferenciação entre certo e errado, o caráter estanque de verdades plenas e a definição de uma verdade real, que não admita questionamentos, não permite que se produza uma decisão conforme o direito, atendendo seu caráter verossímil, fruto da relação direta com a conduta humana.²⁷⁹

A valoração, assim, parece divorciar-se da aplicação lógica e o direito, em que pese reclame a aplicação de uma metodologia adequada, acaba por produzir juízos axiológicos.²⁸⁰

O rigor do método foi seguramente um dos principais traços do jusracionalismo, que busca, através dele, assegurar o critério de validação das normas, marca típica do antropocentrismo. Aliás, a passagem do teocentrismo para o antropocentrismo foi exatamente a principal pretensão filosófica do jusracionalismo. A necessidade de firmar a verdade e a certeza²⁸¹, afastando-se do provável e do plausível,²⁸² firma a necessidade de relação do homem, centro do novo mundo, com o universo da racionalidade.

²⁷⁸ BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. p. 34.

²⁷⁹ Criticando o método tradicional da ciência juridical, Francisco Geny afirma que “el sistema de concepciones abstractas y construcciones puramente lógicas es impotente para dotar á la investigación científica de outra cosa que de un instrumento de exploración, sin valor objetivo, que puede sugerir soluciones, pero incapaz por sí solo de demostrar el fundamento sólido, ni de adquirir el mérito intrínseco y la verdad durable.” (GENY, Francisco. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902. p. 180.)

²⁸⁰ A ciência jurídica labora com base em modos de pensamento como a analogia, comparação de casos, conformação de tipos e “concretização” de critérios “abertos” de valoração, que possibilitam essa abordagem. A passagem a uma “Jurisprudência de valoração” requer que a metodologia clarifique a especificidade desses modos de pensamento e a sua relação com os instrumentos tradicionais de pensamento (elaboração de conceitos, construção jurídica, subsunção). (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. p. 167.)

²⁸¹ De acordo com Welzel, “El Estado y su Derecho han cumplido ya su cometido esencial si son capaces de oponer al *bellum omnium contra omnes* un orden que garantice la existencia de los ciudadanos. Cuál haya de ser el contenido de este orden es, en cambio, una cuestión secundaria. La teoría idealista del Derecho Natural descuidaba el problema de la existência real de un orden jurídico y hacía de esta cuestión secundaria su único problema, creyendo poder deducir de la “naturaleza” del hombre ciertos principios éticos materiales. Dada su idea del hombre, este camino se hallaba cerrado desde un principio para Hobbes. Si el hombre es un ser

A Ciência Jurídica registra, assim, um grande paradoxo, tendo numa esteira a necessidade de firmar a segurança jurídica, fruto de seu caráter instrumental e codificador. Doutra banda, a proposta de regulação de um mundo cada vez mais “líquido”, “fluído”, que não comporta verdades dotadas de caráter absoluto. Dessa forma, como aponta Ovídio Baptista da Silva, a idéia de exatidão, que interfere na função declaratória da jurisdição, impede a consideração do ato decisional enquanto processo intelectual, bem como a realização das pretensões materiais:

[...] como seria impensável supor que a lei tivesse “duas vontades”, toda norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido *unívoco*. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente “compreendê-la”, mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua “vontade”.²⁸³

A busca da univocidade do sentido da lei ultraja a compreensão hermenêutica do direito e reduz a jurisdição à funcionalidade declaratória. Como refere Ovídio Baptista da Silva, “o *racionalismo*, especialmente nos sistemas jurídicos herdeiros da tradição romano-canônica, tornou a tarefa judicial conceitualmente limitada a descobrir e *verbalizar* a “vontade da lei.”²⁸⁴

A pretensão de validade universal do direito, firmada na idéia de neutralidade do julgador, também se agrega com o propósito de firmação da segurança jurídica, típico do racionalismo. Para Hernández Gil, o paradigma racionalista que se incorporou ao direito produziu o sacrifício do caráter individual das regras e do próprio ideal do direito. Sustentou, dessa forma, o triunfo da certeza que terminou por estereotipar o direito.²⁸⁵ A realização da justiça deixou de integrar as pretensões da Ciência Jurídica, sufocada pelo racionalismo. O

perigoso, destructor, malvado, no es posible deducir de su “naturaleza” ninguna estructura axiológica para la vida humana en común. De la *natura corrupta* se deduce, sin duda, la necesidad de un orden, pero no su contenido. Mientras que la certeza de una verdad matemática o geométrica, el contenido del orden estatal es de carácter contingente” (WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho – Derecho Natrual y Justicia Material*. Traduzido por Felipe González Vicen. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1979. p. 120.)

²⁸² A *incompletude* da lei não é, ao contrário do que sugere a concepção positivista, uma falha; ela é *apriorística e necessária*. A lei não pode e nem deve ser formulada de modo inequívoco, visto ser concebida para casos cuja diversidade é infinita. Uma lei fechada sobre si mesma, completa, sem lacunas, inequívoca (se tal fosse possível) faria estagnar a evolução do direito. (KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. p. 193.)

²⁸³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 266.

²⁸⁴ Idem, p. 269.

²⁸⁵ Antônio Hernández Gil afirma que “el conocimiento del Derecho pasó de la doxa (el practicismo no importa que erudito de los glosadores y exegetas) y de la filosofía (el Derecho natural racionalista) a la ciencia. Estos dos grandes sacrificados ante la ciencia – las reglas en su individualidad y el ideal del Derecho – no han dejado de formular protestas y reivindicaciones, que algunas veces se han convertido en incompatibles, pero es lo cierto que la ciencia jurídica quedó estereotipada, como hemos dicho, a imagen de la naturaleza y de la lógica.” (GIL, Antonio Hernández. *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981. p. 23.)

papel da teoria crítica do direito é exatamente resgatar o viés interpretativo, recuperar a idéia do direito enquanto instrumento de realização da justiça.

A pretensão da codificação, proposta por muito tempo por Savigny, é fruto do caráter positivista ortodoxo, legalista, que propõe o direito como normatizador definitivo, com capacidade de abarcar todos os fatos apresentados ao julgador. Nos dizeres de Ovídio Baptista da Silva, “é interessante observar como o predomínio da *segurança* sobre os ideais de *justiça* que, na Europa continental, deu ensejo à era das codificações, foi igualmente uma constante na doutrina jurídica inglesa.”²⁸⁶

A codificação representou a materialização dos propósitos de alcance da certeza e da segurança que fluíam através da lei, escapando do subjetivismo do julgador. A incorporação de métodos de raciocínio e dedução lógicos, a completa absorção do espírito científico peculiar daquele momento histórico, conduziram os rumos da ciência jurídica. A propósito, Wieacker elege como a mais importante contribuição do jusracionalismo para o Direito Privado europeu o seu sistema, afirmando que:

Para o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito *positivo*, facultou-lhes o sistema; aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais.²⁸⁷

Essa codificação também se encontra impregnada pela ideologia racionalista-liberal podendo-se dizer, inclusive, que o próprio processo de instrumentalização generalizada do direito é fruto do processo ideológico que o domina. Segundo as afirmações de Tarello “no obstante el valor unívoco que la reflexión del siglo XIX ha dado al *código*, no es una ideología, sino que es la confluencia de diversos y discrepantes complejos ideológicos, que vemos presidir la gestación de los derechos codificados”²⁸⁸.

Os códigos, em regra, encontram-se comprometidos com posições conservadores; entretanto, não há como deixar de mencionar que a asseguaração da disciplina jurídica originou-se, em muitas oportunidades, de processos revolucionários. Mas mesmo nessas ocasiões a codificação tornou-se produto da ideologia conservadora, na medida em que o estabelecimento de óbices ao acompanhamento da evolução social e da mudança dos

²⁸⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 105.

²⁸⁷ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. p. 309.

²⁸⁸ TARELLO, Giovanni. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. Traduzido por Isidro Rosas Alvarado. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 40.

processos de convivência na modernidade distanciaram o direito da pretensão de realização da justiça.

A instrumentalidade do Direito, assim, foi decisiva para o estabelecimento de seu caráter liberal-racionalista. A história firmou o apego excessivo do direito ao formalismo, ao procedimento, aproximando-o da logicidade. A certeza passou a ser um sujeito presente no cerne de todo debate envolvendo a Ciência Jurídica. Como afirma Chiovenda, “la certezza del diritto, imponendosi alle menti di tutti, accresce, come vedemmo, la sua importanza sociale.”²⁸⁹

O rompimento com a tradição, por sua vez, distanciando-se, por exemplo, da proposta gadameriana, afastou o direito da moral, impondo o apego ao procedimentalismo, numa clara política de resultados, fragilizando a análise contudística. Nessa linha, a convicção de Wieacker:

Quando os “Fundamentos metafísicos da teoria do direito”, de Kant, derrubaram, com meios filosóficos, o apriorismo ingênuo do direito natural racionalista, estas tendências uniram-se, na Escola Histórica do direito, no sentido de uma visão histórica mais aprofundada das fontes jurídicas romanas (e alemãs) e de uma renovação total da ciência jurídica positiva. Em vez da filosofia moral do iluminismo, cada vez mais banalizada, foi uma ciência jurídica segura de si que exigiu então como tarefa própria a fundamentação do direito; foi-se tornando dominante a convicção de que o direito se esgotaria na suma das teses jurídico-dogmáticas, e, depois, a de que ele se esgotava na suma das prescrições legais. Com isto, a ciência jurídica perdeu, pela primeira vez, aquele caráter de moral sobreposta ao direito positivo que fora próprio do direito natural medieval ou do juracionalismo moderno; daí que ela tenha ficado na convicção, muito tributária do juracionalismo, de que através do sistema e da concatenação lógica dos conceitos gerais se podia atingir o direito justo.²⁹⁰

²⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1993. 3v. p. 67. Em outra passagem, Chiovenda esclarece esse pensamento, aduzindo que “questa produzione della certezza giuridica come fine a se stessa è da un lato la funzione più autonoma del processo, perché procaccia un bene non altrimenti conseguibile: dall’altro è veramente la funzione più elevata del processo civile. Esso ci si presenta qui, non come un organismo di coazione, ma nell’aspetto più perfezionato e più raffinato di puro strumento di integrazione e specializzazione della volontà, che è espressa nella legge sollo in forma generale ed astratta; di facilitazione della vita sociale mediante l’eliminazione dei dubbi che intralciano il normale svolgimento dei rapporti giuridici. Assicurare alle relazione degli uomini la certezza, prevenire gli atti illegittimi anziché colpirli col peso di gravi responsabilità, ecco un compito bem degno del processo di un popolo civile”. “esta produção da certeza jurídica como fim em si mesma é de um lado a função mais autônoma do processo, porque busca um bem não alcançável de outro modo: por outro lado, é verdadeiramente a função mais elevada do processo civil. Isso apresenta-se aqui, não como um organismo de coação, mas no aspecto mais aperfeiçoado e mais refinado de puro instrumento de integração e especialização da vontade, que se expressa na lei apenas de forma geral e abstrata; de facilitação da vida social mediante a eliminação das dúvidas que impedem o normal desenvolvimento das relações jurídicas. Assegurar às relações humanas a certeza, prevenir os atos ilegítimos ao invés de atacá-los com o peso de grave responsabilidade, aí está uma tarefa muito nobre do processo de um povo civilizado.”

²⁹⁰ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. p. 13.

A própria teoria de Alexy²⁹¹, festejado constitucionalista da modernidade, propõe a *irrefutabilidade* dos direitos formais/procedimentais, razão pela qual não se poderá objetar conteudisticamente para desconsiderar a concepção procedural firmada pela Carta Política. Isso justificaria, por exemplo, o retardamento demasiado de determinado processo em razão da necessidade de produção probatória exauriente (e protelatória), fruto da imperatividade do princípio formal da segurança jurídica.

Por outro lado, a situação inversa também seria justificada, no sentido de inviabilizar a busca da pretensão material no processo em vista da observação indúbia do devido processo, sustentando, identicamente, procedimentos protelatórios (do ponto de vista material), mas formalmente identificados. Nessa linha, calha trazer a observação de Ovídio Baptista da Silva:

No direito processual, esta ‘naturalização’ da realidade tem uma extraordinária significação. Diríamos que ela é um dos pilares do sistema. É através dela que o juiz consegue a tranqüilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável. Se ele recusar-se a outorgar alguma espécie de tutela que, de algum modo, modifique o *statu quo*, imaginará que sua imparcialidade será preservada. Para o pensamento conservador manter o *statu quo* é o modo de não ser ideológico. [...] Este é o suporte teórico que legitima, tanto a plenariedade da cognição, quanto a busca da ‘vontade da lei’. Se o juiz aplicar a vontade da lei imagina-se que a injustiça terá sido cometida pelo legislador.²⁹²

O julgador, como operador de uma ciência humana e calcada na verossimilhança, não nas certezas insofismáveis, tem o dever de se ater à demanda, mas sem esquecer o mundo que o cerca, não olvidando, sob nenhuma circunstância, o enfoque da realidade contemporânea e local.

A crise jurisdicional, não se pode esquecer, também é refém do liberalismo e da interpretação forçosa de sua pretensão social. Na verdade, desde a Revolução Francesa tem-se um distanciamento insuperável entre a igualdade e a liberdade. O brocardo sustentador da principal conflagração européia, que firmava a proposta de liberdade, igualdade e fraternidade, na verdade, nunca teve vida pragmática plena. A França, que patrocinou uma revolução burguesa, tinha como pressuposto genético a debelação dos privilégios da nobreza e

²⁹¹ Ver: ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Traduzido por Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa. 1997.

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

_____. *Teoria de la argumentación jurídica: La Teoria del Discurso Racional como Teoria de la Fundamentación Jurídica*. Traduzido por Manuel Atienza; Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

²⁹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 16.

a asseguarção da participação da burguesia no poder estatal. A igualdade e a fraternidade, assim, eram subjugadas pela possibilidade de alteração do nicho de poder.²⁹³

Apesar da participação retórica freqüente da igualdade formal, que registrou um manifesto simbolismo na Revolução, especialmente através do fundamento decisional adotado no julgamento de Danton, que vocacionava tratamento distinto em face da participação destacada no processo revolucionário, a liberdade sempre foi o esteio precípua, sustentador na mudança da natureza do exercício do poder, que passava a ser implementado de forma distinta, passando das mãos dos nobres para os burgueses, constituindo-se a República em detrimento da monarquia.

Noutra via, a redução das diferenças à igualdade, invertendo-se a finalidade original do termo, afasta a pluralidade da modernidade, vez que a esteriotipação patrocinada pelo Estado rejeita a individualidade, arrimo de uma sociedade inclusiva, produzida a partir do reconhecimento da composição multifacionada. A esse teor, a afirmação de Ovídio Baptista da Silva:

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.²⁹⁴

A retomada da personalidade dos indivíduos, da idéia de rechaçamento do processo de esteriotipação, do enquadramento classístico, político, profissional e sexual, constituem-se em pressupostos de superação do caráter excludente do liberalismo. O reconhecimento da individualidade enquanto constituinte da sociedade, que produz diferenças que firmam o pluralismo e o combate à igualdade estrutural, que intenta a manutenção do *status quo*, também se firmam como condições de superação do liberalismo que funda a modernidade líquida descrita por Bauman.

A Jurisdição, por sua vez, também associada ao modelo liberal, só será protagonista de um ordenamento que gere inclusão na medida em que romper com o dogmatismo, ainda alicerçado na *actio* romana e motivador da repetição sintomática da jurisprudência,

²⁹³ Como afirma Ovídio Baptista da Silva: “Os defensores da democracia liberal esperam que o Estado lhes dê segurança, de modo que sua liberdade seja exercida na maior plenitude possível. Um Estado que assegure “aos mais aptos” não apenas convivência social pacífica, porém, que lhes dê segurança para os negócios. Não será necessário dizer que a liberdade ilimitada, sob o patrocínio do Estado, acaba inevitavelmente sendo a causa de desigualdades e exclusões sociais.” (Idem, p. 311-2.)

²⁹⁴ Idem, p 303.

aproximando-se da autenticidade jurisdicional e do conceito de sentença concebido por Liebman, definida como ato de intelectualivo.

As decisões, na verdade, constituem-se hoje num produto da tecnologia jurídica, da era da técnica, da massificação de procedimentos e do tolhimento da personalidade das demandas. O Direito fez uma clara opção de exclusão do indivíduo e de generalização procedimental, esquecendo-se que as demandas fundam-se nos desejos e nas pretensões de pessoas, não se constituindo no fruto do acaso ou em mais uma engrenagem do Estado burocrático.

7 Estado, Jurisdição e Crise: Limites e Possibilidades da Decisão (O Caráter Autofágico dos Poderes e a Funcionalidade Jurisdicional)

O abandono do racionalismo, da tradição cartesiana, traduz-se em pressuposto da arquitetura de uma cultura jurídica adequada, liberta das amarras da certeza e da logicidade. A verdade absoluta, nesse cenário, não encontra lugar, de sorte que a verossimilhança, a quase-certeza, a relatividade e plausibilidade põem-se como esteio do Direito Moderno, que impõe uma prestação jurisdicional dotada de efetividade e que alcance os anseios da sociedade. Ovídio Baptista da Silva revela os motivos da viseira que encobre o sistema, que guarne a influência imanente do modelo racionalista-liberal:

O que denominamos ‘cegueira ideológica’ – a impossibilidade absoluta de que as pessoas que trabalhem em *paradigmas* diferentes entendam-se e possam manter um diálogo produtivo – dificilmente será considerada por aqueles que tratam dogmaticamente o Direito.²⁹⁵

“O *paradigma*, reduzindo o direito à norma, torna o jurista incapaz de operar com a realidade.”²⁹⁶ O distanciamento entre fato e direito, fundando uma normatização fechada, que traduz o distanciamento da sociedade, da vida que firma o próprio direito, produz um cenário nefasto, que reproduz o positivismo arcaico, refém da lei dotada de sentido unívoco.²⁹⁷

Assim, a partir do exame das crises do Estado Moderno, especialmente as crises estrutural, funcional e constitucional, é possível contextualizar a crise jurisdicional, que provém da autofagia do Estado, das questões estruturais, da ausência de critérios de gestão do tempo e da influência perniciososa da economia, fruto da presença ainda robusta do individualismo-liberal.

Mas é preciso voltar ao período que antecedeu a idéia de Estado, com o propósito de firmar a compreensão da crise do Estado Moderno. Fala-se, em face da (des) regulamentação, da perda de espaços públicos internos e externos e a própria (re) discussão do papel do Estado, num risco de retorno ao Estado de Natureza. Outros apontam que a solução não está no Estado, já que ele definha e está próximo de seu passamento. Ainda, os menos cétricos,

²⁹⁵ Idem.

²⁹⁶ Idem, p. 109.

²⁹⁷ “Não se pode, por isso, pretender a superação do *paradigma* racionalista sem que as atuais estruturas políticas e econômicas também minimamente se transformem. A alienação dos juristas, a criação do ‘mundo jurídico’ – lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores – impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre ‘fato’ e ‘direito’.” (Idem, p.301.)

num afã anarquista ou até liberal conservador, propõe que a solução está na sociedade – no caso dos primeiros – ou no mercado – no caso dos segundos.

O Estado de Natureza é um Estado pré-político, porquanto, pensar nessa hipótese, após o alcance do Estado Democrático de Direito, parece demasiado exagerado. Trabalhar com a possibilidade de retorno a um Estado de Natureza com o propósito de legitimar a fuga democrática não parece ser um raciocínio lastreado de racionalidade jurídica. O certo é que as mazelas sociais, a desestrutura estatal e a presença cada vez maior do Estado Liberal no Estado Social acabam gerando uma sensação de desordem, de vingança, de justiça pelas próprias mãos, de estado paralelo, de multifacetação dos espaços públicos, enfim, de regressão ao Estado de Natureza.

O Estado Absoluto, contudo, passagem inevitável para a asseguaração da Democracia, assim como o positivismo revelou-se transição indispensável para a jurisdição democrática, como instrumento de superação do jusnaturalismo, parece não estar exatamente sepultado, representando uma ameaça presente e, em algumas nações, premente. Numa era da técnica, da preponderância das ciências da consciência e do cartesianismo, da busca da economia enquanto instrumento antidemocrático, da prevalência do resultado perverso do capital, do esquecimento das práticas democráticas autênticas, a ameaça de retorno do Estado Absoluto não deve ser desprezada.

O debate contratualista, nesse contexto, nunca foi tão atual. E nas suas diversas matizes. Na linha hobbesiana, que se funda no pacto em favor do terceiro com a finalidade de segurança, no enfoque lockeano, através da valorização do consentimento, com o propósito de asseguaração da liberdade individual e, também, na acepção rousseouniana, mediante a consideração plena da cidadania, dando azo à vontade geral.²⁹⁸ A esse teor, Renato Janine aborda a teoria hobbesiana de forma peculiar, enfocando a utilidade da retomada do pensamento de Hobbes para a compreensão das crises do Estado Moderno. Como sinala Janine:

Ora, Hobbes também atribui ao medo o controle das massas (e por isso mesmo exerce duas escritas, para as mentes fortes e as frágeis); embora deva a Occam o nominalismo e a primazia da vontade, não o acompanha a ponto de admitir, por exemplo, que Deus possa mandar que O odiemos: roubo, adultério, assassinio (diz) serão crimes, sempre que haja Estado. Das leis da natureza decorre uma legislação penal, que se ativa na pólis. A competência do soberano estará em *definir* estes crimes (“Da mesma forma a copulação que numa cidade é matrimônio será considerada, em outra, como adultério”- *De cive*, VII, parágrafo 16, p. 129), nunca em aboli-los. A propriedade, a moral sexual, o respeito à vida recortam da natureza a sociedade, como para os modernos antropólogos a proibição do incesto.

²⁹⁸ Ver: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria do Estado*.

A justiça das ações e a propriedade não preexistem ao Estado; mas ele necessariamente as implica.²⁹⁹

De fato, essa desregulação do Estado, a constituição de espaços públicos fora do Estado – o que alguns tem denominado de Estado paralelo –, a cultura quase teológica de descrença no Estado enquanto realizador de políticas públicas e *ethos* de autoridade, tem fomentado a idéia de morte do Estado, multiplicando o número de alternativas “desde fora do Estado” que vão desde entidades lícitas, como a visível proliferação de ONGs, associações civis, organizações empresariais, até o crime organizado, os cartéis empresariais, o mercado negro e a rede ilegal de jogos e exploração sexual.

Mas a par desses riscos de retrocesso ao Estado de Natureza ou ao absolutismo, é cediço, até com o propósito de evitar tais possibilidades, que Estado Democrático de Direito deve registrar vocação transformadora, almejando a mudança do *status quo*, através de políticas assecuratórias de direitos e compensatórias, com o propósito de superar a hipossuficiência das classes desfavorecidas. Como conclui Ovídio Baptista da Silva:

[...] a ‘ideologia legitimante’ do capitalismo não apenas teve vitalidade para conservar-se incólume, como globalizou-se, assumindo dimensões jamais imaginadas, capaz de submeter as nações, especialmente as que se acham fora dos centros de hegemonia capitalista, à soberania incontestável do ‘mercado’, obrigando seus governos a assistirem impotentes o paulatino esvaziamento de seus antigos poderes, subjugando populações inteiras, em que a miséria e a exclusão social expandem-se cada vez mais.³⁰⁰

O Estado Social, por sua vez, além de alcançar suas bases fundantes, implementando políticas de educação, saúde, ação social e de ordem laboral, tem um caráter complementar que é a missão de superação (efetiva) do liberalismo, mediante a desburocratização do acesso aos instrumentos democráticos e o combate à pobreza e à concentração de renda, compromissos (dirigentes) de ordem constitucional.

O *Welfare State*, contudo, embora o avanço que tenha representado em relação ao liberalismo e o período de provação enfrentado com o neoliberalismo, não foi efetivado na maioria dos países do mundo, mormente no que toca àqueles de modernidade tardia, como é o caso do Brasil. Ademais, já apresenta traços de fragilidade nos EUA e na Europa. Quiçá o exemplo que representa de forma mais paradigmática essa realidade de crise seja a França, que, sem embargo ao título de um dos berços do Estado Social, tem sucumbido aos rompantes

²⁹⁹ RIBEIRO, Renato Janine. *Ao Leitor sem Medo*. p. 225-6.

³⁰⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 277.

de revoltas sociais, fruto das políticas liberais de massificação, que tem gerado um contingente de pobreza cada vez mais acentuado.

O Estado Social, portanto, manteve a estrutura liberal-burguesa e seus mais nefastos efeitos; pior, acabou por legitimar, em profusão, a concentração de renda e o acúmulo exacerbado de capital. Por sinal nesse talante, a sociedade moderna apresenta três características essenciais: a) a perda da idéia de tempo-contado, de tempo-vivido, fruto da velocidade da informação e da potencialização da comunicação; b) a perda da noção do valor (real) do capital, volátil, mutante, peculiar, em face de um mercado financeiro que reúne características sem precedentes na história; c) a apatia das leis antitruste, o que acaba por fomentar os grandes grupos econômicos, que se agigantam e fortalecem o caráter liberal do Estado e a influência do mercado nas políticas públicas (de interesse privado).

Ademais, com antes dito, o próprio Estado Social tem sucumbido às tentações do mercado, na medida em que chancela o protecionismo, os incentivos fiscais e a desregulação do mercado de trabalho como estratégias fundantes do desenvolvimento na modernidade. A nova lei de Recuperação de Empresas, quem sabe, seja um depositário interessante de boa parte dessas características. Prestigia a função social, revitalizando o caráter produtivo e desenvolvimentista-financista, e, em seu artigo 83, limita o pagamento dos créditos tabalhistas (inciso I) e dá prioridade aos créditos bancários hipotecários (inciso II) – em detrimento do crédito público, já que o fisco encontra-se classificado no inciso III da Lei de Quebras.

Enfim, embora o Estado Social tenha assegurado uma série de direitos indisponíveis, constituindo um marco na reconhecimento de bens coletivos, dentre eles, a educação, saúde e o meio ambiente, também serviu para reforçar a preponderância do capital, assegurando, concomitantemente – como, aliás, queria Locke, em seu contrato social parcial, assegurador dos direitos adquiridos no Estado de Natureza –, a prevalência do domínio, a intensificação da estratificação social, da concentração de renda e da exclusão.

Vale lembrar, claro, que quando se faz alusão ao Estado Social, não se está a indicar o modelo proposto originalmente, como alternativa ao liberalismo, mas sim o *Welfare* implementado no mundo, que não conseguiu vencer, efetivamente, as barreiras do “Estado-Mercado” que alcança proporções cada vez mais significativas.

Na mesma medida em que o Estado Social reconhece direitos sociais, não cumpre vários de seus papéis genéticos, obstaculizado por uma mordaza intransponível. Está pragmaticamente comprometido com o liberalismo, o que é constatado facilmente na impotência da tarefa de redistribuição de renda – a ausência de lei regulamentadora do IGF é um exemplo dessa apatia – e incapacidade para combater os monopólios. Nem sequer a

estabilidade alcançada pelas liberdades individuais, indispensáveis para a sobrevivência do Estado – salvo se considerado no socialismo clássico – tem oferecido novo fôlego ao *Welfare*. Surgem alguns sopros de socialidade, de retomada da gênese perdida, quando, por exemplo, o Estado põe-se como protagonista de atividades produtivas de caráter associativo, fortalecendo o que tem se convencido chamar de terceiro setor, contudo, nada comparável à real tarefa que é reservada ao Estado Social.

Todavia, todas essas alterações a respeito do *Welfare State* demonstram que a superação das crises do Estado, passam, necessariamente, por um repensar desse modelo, ou, ao menos, pela consideração substancial de seus elementos fundantes. É certo que não é possível retornar ao modelo liberal-puro, sob pena de vilipendiar as próprias conquistas democráticas que se erigiram ao longo da história.

Assim, as crises do Estado devem ser discutidas/superadas/transformadas no Estado e pelo Estado, a partir do paradigma constitucional, em que pesem as vicissitudes e os óbices de toda a ordem que tem se apresentado.

A Estadualização da Sociedade ou a Socialização do Estado são alternativas apresentadas.³⁰¹ A idéia de (re) compreensão da relação Estado-Sociedade, através de uma releitura gramsciana, parece ser uma possibilidade interessante de busca de novos modelos de Estado. Isso não significa, logicamente, a supressão da intervenção do Estado na economia ou a desconsideração de seus misteres sociais.

Especialmente a partir do século XIX, sob o impulso conjugado das lutas populares e de intenções políticas de reforma social, se assiste, nos países europeus, o progressivo estabelecimento, por parte do Estado, dos seguros de acidente de trabalho ou doenças profissionais e da legislação laboral.³⁰² Esse sintoma, depois, especialmente a partir do assistencialismo de Getúlio, fez-se perceber nas constituições brasileiras, que impuseram a vinculação entre saúde e legislação laboral, o que foi superado apenas com a segunda redemocratização em 1988.

A prática, contudo, acabou por desvirtuar o Estado Social, já que fruto de políticas assistencialistas, as quais, hodiernamente, geram mais exclusão do que inclusão, pois não prestigiam a dignidade humana, pelo contrário, oferecem um favor do Rei aos seus súditos, sem interferência representativa na engrenagem social.

Nesse talante, novamente vale trazer à balha o pensamento ovidiano, que questiona a efetividade do Estado Liberal, o qual, especialmente na pós-modernidade, guarda em seu

³⁰¹ Ver: NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*.

³⁰² Idem.

âmbito a infausta pretensão de agregar igualdade e liberdade, quando a *práxis* perniciosa mostra, desde a gênese da preservação da propriedade, a cristalina priorização da liberdade. Por via de consequência, a exclusão tem se tornado um personagem despercebido do cotidiano, inumado pelo individualismo exacerbado, que envolve a sociedade num casulo, como se fosse um *locus* apartado das vidas particulares dos cidadãos.

É necessário, porquanto, reconhecer essa realidade, fruto da incapacidade e da ausência de desejo do liberalismo materializar a igualdade, através do abandono dos porões, do passamento do inconformismo e da retomada do sentimento de encoleirização do indivíduo, que almeja o rompimento das amarras e das grades que tornam todos prisioneiros da liberdade ultrajante. Nesse viés, a crítica pertinente do pensamento ovidiano:

Como se pode imaginar a prática da igualdade, como princípio democrático, entre o volume extraordinário de acumulação de riqueza em mãos de uma elite numericamente inexpressiva, em oposição a formas nunca vistas de pobreza e degradação humana em que sobrevivem contingentes cada vez maiores de grupos populacionais excluídos? ³⁰³

Aliás, os direitos sociais não nasceram no século XX, já que a própria Revolução Francesa estabelecia obrigações positivas do Estado, nos campos do ensino e da assistência social, o que viria a ser aprofundado nas Constituições do século XIX.

Assim, para Jorge Reis Novais, o Estado deve garantir:

[...] desde os tradicionais serviços de transportes e fornecimento de água e eletricidade, à protecção do ambiente, aproveitamento dos tempos livres e fruição dos bens culturais; a segurança e estabilidade das relações de produção face às contingências da vida económica, às flutuações do crescimento e aos antagonismos sociais, sem prejuízo da iniciativa e parcialidade no incremento de políticas económicas e fiscais conducentes à redistribuição de riqueza. ³⁰⁴

O *ethos* político oriundo da superação da visão liberal da segregação Estado e Sociedade traduz-se especialmente pela perda de capacidade regulatória e dos espaços estatais. Assim, pode dizer-se que é neste processo conjunto de estadualização da sociedade e de socialização do Estado que se corporiza o princípio de socialidade informador de uma (nova) proposta de Estado Social.

Uma disputa entre o tradicional e o inovador, numa cultura política que rompa paradigmas, tem no processo de secularização da política importante passo, já que se relativiza o fundamento religioso de obrigação.

³⁰³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 316.

³⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. p. 185-6.

É corrente, assim, que o Estado Social não tem suportado as demandas que se lhe impõe. A equação balizadora da busca do equilíbrio do *Welfare State* parece passar, primeiro, por um efetivo rompimento com o compromisso liberal do Estado, mediante a moderação de políticas fiscais de incentivo e de proteção dos monopólios, atos que acabam por incrementar a concentração de renda. Doutra banda, contudo, parece ingente uma revisão das prioridades sociais, não com um caráter financista-contábil, mas reformista, que almeje a otimização da eficácia das políticas sociais, alicerçada no respeito à dignidade da pessoa humana, atendendo a um critério de temporalidade gestionável e à potencialização do mercado de trabalho. Enfim, fazem-se necessárias políticas inclusivas, que atentem aos direitos individuais e que propiciem estabilidade aos beneficiários, superando-se o caráter paliativo histórico.

Canotilho, ao abordar a crise de governance do terceiro capitalismo e a Constituição Social, após estabelecer as características básicas do Estado Social³⁰⁵, propõe o que denomina de pressupostos do *Welfare*:

1) Provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coacção tributária; 2) Estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais e para investimentos produtivos; 3) Orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e a evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; 4) Taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado.³⁰⁶

Embora não pareça ser a solução mais adequada a recuperação do Estado Social, mas sim a constituição de novos modelos de Estado, com fulcro na realidade do Estado Moderno, as proposições de Canotilho são importantes para que se viabilize a transformação, debatendo especialmente a crise de direção que o Estado apresenta.

A revitalização das políticas fiscais é, de fato, ingente. Em regra, a plataforma política apresentada pelas diversas representações não contempla, de forma estruturada e estratégica, o combate à evasão fiscal. Pelo contrário, norteados pelos princípios de proteção ao capital – e, via de consequência, ao setor produtivo – os inadimplentes acabam sendo premiados pela dilação de prazos, supressão dos assessorios fiscais e pela anistia tributária.

³⁰⁵ O Estado Social é o tipo de Estado que coloca entre os seus princípios fundantes e estruturantes o princípio da socialidade; O princípio da socialidade postula o reconhecimento e garantia dos direitos sociais; A garantia dos direitos sociais pressupõe uma articulação do direito (de todo o direito, a começar pelo direito constitucional) com economia intervencionista progressivamente naturalizada pela expressão do mercado global. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A Governance do Terceiro Capitalismo e a Constituição Social*. In: CANOTILHO, J. J.Gomes; STRECK, Lenio Luiz. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas* Coimbra: Stvdia Ivrídica, 2006. p. 145-6.)

³⁰⁶ Idem.

Claro que tal decisão também encontra relação com a crise de jurisdição, vez que o aspecto da temporalidade influencia nas decisões estratégicas do Estado-Executivo, que ainda planeja a curto prazo, relegando as políticas de futuro à condição de soldado de reserva, que nunca vai para o fronte.

Enfim, a eficiência³⁰⁷ fiscal viabilizaria, inclusive, a desnecessidade de mudança na matriz tributária, prática que, junto com as privatizações, tem representado o principal foco de ação dos governos, reforçando o caráter liberal do Estado.

Nessa mesma esteira, os investimentos de ordem social, com priorização do setor produtivo, também são fundantes da revitalização do Estado Social. Logicamente que os investimentos sociais não devem ser considerados em sua forma indireta, sob pena de se cancelar a idéia de que os incentivos fiscais seriam uma forma de inclusão social, a partir da geração de novos postos no mercado de trabalho, retomando o caráter liberal do Estado. Os investimentos sociais devem se nortear pelas políticas inclusivas planejadas, de efetiva inserção, rechando-se o assistencialismo e as políticas paliativas que vilipendiam o Erário em prol de interesses particulares e não modificam o panorama classístico. Como alterca Baptista da Silva:

Não é mais possível que continuemos a esconder-nos em nosso tranqüilo mundo conceitual, transferindo a outrem a responsabilidade pelo fracasso na administração de uma justiça condizente com os padrões contemporâneos.³⁰⁸

Também a necessidade de observação da economia, esteio do desenvolvimento de qualquer país revela-se fundamental. Dessa forma, o equilíbrio das contas públicas e a gestão responsável – agregando critérios de probidade e competência – contribui para a otimização das políticas públicas. Nessa linha, o fomento a atividade produtiva, mediante uma gestão fiscal adequada, parece ser uma alternativa interessante. Não com o propósito de atração do capital volátil, especulativo, mas com vistas a firmar uma estabilidade produtiva com matrizes

³⁰⁷ No que toca à eficiência, cabe salientar importante estudo desenvolvido por Jania Saldanha, que relacionada este fenômeno com as pretensões do Banco Mundial, diferenciando-o da eficácia. A esse teor, o exame da interferência dos relatórios e pretensões do Banco Mundial no Judiciário brasileiro: “No que pertine à eficiência (c), a agência internacional interessa-se pela ação do Estado em relação ao mercado, uma vez ser ele, na atualidade, o leito do rio neoliberal, o lugar revelador de algo como que a verdade, logo de verificação, conforme afirmou Foucault. Nesse sentido, para o Banco Mundial, o Judiciário deve maximizar sua capacidade para resolver demandas. Em outras palavras, deve ser rápido, reduzir custos e aplicar a equidade. Essas expectativas devem ser harmonizadas com a exigência de imparcialidade. O Poder Judiciário, como se vê das reformas trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004, tem-se aberto à eficiência. (SALDANHA, Jania. *A Influência do Neoliberalismo na Jurisdição. A Difícil Sintonia entre Eficiência e Efetividade*. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). p. 57-8.)

³⁰⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 316-7.

fortes, o que pressupõem, claro, critérios regulatórios globais, que prestigiem a liberdade de mercado e combatam as normas protecionistas.

Por fim, parece que uma compreensão semântica adequada, com a retomada do caráter republicano do Estado e das instituições que o circundam, também teria papel decisivo no fortalecimento dos espaços públicos e na retomada, pelo Estado, dos setores órfãos, produto da sua ausência.

Nesse sentido, como aponta Ricardo Leite Pinto, a recuperação da palavra latina *res publica* e o seu originário conceito romano – a coisa pública – como algo que liga uma dada comunidade em ordem à determinação do bem comum é imprescindível. Nesse sentido, a *res publica* opor-se-ia à *res privada* (a vida privada e familiar). A retomada da república, coadunada com instrumentos (re) visitação do Estado Social, teria esteio num processo de autêntica revisão histórica.³⁰⁹ A busca da solução do Estado, assim, dar-se-ia pelo resgate do passado, buscando o seu fortalecimento.

A crise jurisdicional põe-se exatamente como produto da ineficácia e da inefetividade do Estado no tocante às demandas sociais que se lhe apresentam, da (in) capacidade de gestão e das práticas recorrentes de improbidade. Aliás, como dito alhures, o tema tem recebido atenção especial de Jania Saldanha. Para a autora, a ineficácia,

[...] que deve ser associada ao fenômeno da morosidade, da burocratização e do solipsismo decisório não pode ser compreendida isoladamente, somente sob o ponto de vista da estrutura e da função da Jurisdição e do processo internamente considerados. É fato que o repertório de decisões aumenta na mesma proporção em que os sistemas políticos das sociedades complexas e plurais delegam ao Poder Judiciário a função de dirimir não só controvérsias, como também para resolver problemas que outros órgãos públicos não percebem a gravidade ou não são capazes de tratar de modo satisfatório. O juiz assume, assim, o papel de um *factótum institucional*.³¹⁰

A análise empreendida por Jania Saldanha dimensiona o problema da ineficácia em duas principais vertentes. A primeira relacionada às pretensões do Estado neoliberal, materializadas nas disposições explícitas do Banco Central. A segunda provém da herança do paradigma de processo do século XIX, com perfil individualista, voltado para a solução de litígios privados. As pretensões da instituição bancária que norteia o sistema financeiro do planeta encontram-se consignadas nas normativas que também almejam modular o Poder Judiciário, a fim de que este atenda os critérios de “previsibilidade das decisões,

³⁰⁹ Ver: PINTO, Ricardo Leite. *Neo-Republicanism, Democracia e Constituição*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2006.

³¹⁰ SALDANHA, Jania. *A Influência do Neoliberalismo na Jurisdição. A Difícil Sintonia entre Eficiência e Efetividade*. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). p. 53-4.

independência, eficiência, transparência, credibilidade, combate à corrupção, respeito aos contratos e mudança no ensino jurídico.”³¹¹

O perfil gerencial impingido pelo Banco Central é o principal responsável pelo processo de igualização dos governos de países desenvolvidos. O Judiciário, por sua vez, é um dos depositários das crescentes demandas sociais. Como pode seguir um perfil de gestão de litígios firmado em critérios unicamente quantitativos, de modularização das ações, num movimento abortivo de morte do fato? Jania Saldanha pontua bem os contornos dessa perniciosidade em que está mergulhado o Poder Judiciário:

[...] essa busca pela produtividade visa atender o ideário neoliberal da máxima produção em tempo real, do que a informatização do processo é o maior exemplo e que não deixa de suscitar a imagem de uma jurisdição pós-humana num futuro pós-humano. Aqui, visível a aproximação do Direito com os interesses econômicos, em prol da máxima eficiência entendida como produtividade.³¹²

Mas a jurisdição, mesmo vitimada pelo ideário neoliberal, em razão da ausência do Estado e da multiplicidade de espaços públicos, acaba por ocupar também parte do papel do Estado-Executivo. Sem embargo, aqui se põe o tema da judicialização do político, um dos sintomas da crise funcional e jurisdicional do Estado.

O Judiciário encontra nicho de atuação delimitado, qual seja, como corretor das ilegalidades e imoralidades praticadas pelo Executivo e Legislativo. Entretanto, no afã de cumprir – e evocar para si – o papel de agente público imanente ao Executivo, face à inércia/ausência deste poder, por vezes, acaba por adentrar na seara da discricionariedade administrativa. E, nesse talante, necessário reconhecer o caráter de exclusividade de tal princípio, cujo elo dá-se tão-somente com o Executivo, cujo titular tem mandato eletivo e atuação programática, com a faculdade de determinação de políticas públicas planejadas que enfoquem prioridades, desde que atendidos os misteres legais.

Ademais, todo esse compromisso liberal-individualista presente na base estruturante do Estado, também influencia de forma decisiva a jurisdição, que não apresenta alternativas nem disposição de rompimento das amarras que a prendem à ordinaryidade e ao privatismo. “O homem conquistou a plena liberdade, mas não tem como usá-la; melhor, somente desfrutará da sensação de liberdade se permanecer fiel ao sistema.”³¹³ Como complementa Ovídio Baptista da Silva, a exacerbação dos valores individuais, firmando o liberalismo, traduz uma desesperança ao Estado e, por via de consequência, ao direito:

³¹¹ Idem, p. 56.

³¹² Idem, p. 62.

³¹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 297.

A democracia teve origem numa concepção segundo a qual a sociedade, qualquer que ela seja, especialmente a sociedade política, ao contrário da concepção orgânica dominante na antigüidade e na Idade Média, seria um “produto artificial” criado pela vontade dos indivíduos. Esta, aliás, é a marca congênita do pensamento político moderno. O individualismo, não apenas está inscrito no cerne das instituições modernas, como se amplia e reforça na medida que os sistemas sociais contemporâneos desenvolvem-se, seguindo uma lógica imanente. Este é o pressuposto fundamental que nos impede de alimentar a ilusão de que se possa transformar o Direito sem que as instituições políticas sejam, nalguma medida, igualmente transformadas.³¹⁴

Assim, o estabelecimento de uma jurisdição democrática passa, também, pela superação do compromisso liberal-individualista do Estado e pelo alcance de um certo equilíbrio do Estado Social. Ademais, a inumação do racionalismo e da tradição cartesiana, positivista e das ciências da consciência é caminho obrigatório para que se estabeleça uma (re) construção da verdade jurisdicional e a (re) locação dos espaços perdidos do Estado, que, integrado com a sociedade, deve retomar seu poder fundante. Mas como alerta Baptista da Silva, lembrando Carnelutti “para que o juiz decida é necessário, antes *decidir-se*.”³¹⁵

A idéia de crise do Estado, que se encontra embrachada na ineficácia jurisdicional, logicamente, é fruto do mercantilismo. Contudo, a (re) construção do Estado e a (re) definição dos papéis das instituições passa pelo rompimento com o pacto de mediocridade governamental, que produz políticas assistencialistas-populistas sob o pretexto de atender a igualdade constitucional, quando se percebe, na realidade, a aplicação irrestrita da liberdade – especialmente a de mercado –, produzindo um distanciamento gradativo e crescente entre ricos e pobres.³¹⁶

Paralelamente, a concepção de individualismo egoísta, de execração das pretensões coletivas, voltadas para o bem comum, também reflete na postura do Estado Moderno. Noutra esteira, tem-se o rechaçamento do individualismo concebido como produtor de diferenças, chancelador das particularidades e do mosaico personalíssimo que compõe a modernidade. O processo de igualização perversa, portanto, torna-se característica precípua do liberalismo, com a pretensão excludente de estereotipação e de definição de papéis pré-postos, que discriminam e intentam sepultar o pluralismo, elemento notório do período presente. Nesse trilho, novamente as ilações de Ovídio Baptista da Silva:

³¹⁴ Idem, p. 306.

³¹⁵ Idem, p. 114.

³¹⁶ Como alterca Ovídio Baptista da Silva: “Esse exacerbado normativismo é o pilar que sustenta o dogmatismo de nossa formação universitária”. É ele que permite a constituição de um ensino do Direito abstrato, formal e acrítico, permitindo que os juristas alimentem a ilusão de produzir uma ciência do Direito neutra quanto a valores, mantendo-os distantes e alienados de seus compromissos sociais.” (Idem, p. 50.)

Certamente ricos e pobres, poderosos e humildes sempre existiram, em todos os regimes políticos. Nossa experiência das desigualdades sociais, porém, oferece uma nota peculiar. É que, como observou Arnold Toynbee, o célebre historiador inglês, as outras vinte civilizações já desaparecidas tinham as desigualdades sociais como um fenômeno “natural”, contra o qual nada se poderia fazer, enquanto a nossa finalmente descobriu que a pobreza não é uma contingência natural, de modo que “a sempre antipática desigualdade na distribuição dos bens deste mundo, deixando de ser uma necessidade prática, transformou-se numa enormidade moral”.³¹⁷

A crise da jurisdição e a busca da identidade do Estado, assim, pressupõem honestidade metodológica, no sentido de perceber a *práxis* contemporânea, sem negar as políticas excludentes patrocinadas pelo liberalismo, nem tampouco o caráter assistencialista do planejamento social, que opta por oferecer migalhas àqueles que há muito foram abandonados pelo Estado. A superação do papel dismantelador do indivíduo, via eleita pelo liberalismo, seria o reconhecimento dos cidadãos enquanto sujeitos políticos e a mudança da opção pela proteção inelutável do capital, através do desenvolvimento de políticas de redistribuição de renda efetivas, que enfrentem a estrutura estatal e modifiquem o paradigma liberal.

O Direito, por sua vez, além de libertar-se das amarras romanas, deve reconhecer a autoridade do ato jurisdicional e alterar seu modo de produção, essencialmente normativista, repetidor da jurisprudência sintomática e modulado pelo ideário neoliberal, com a consequente pretensão da morde do fato, o que assegura o *status quo*, a exclusão e a inefetividade-ineficácia da jurisdição.³¹⁸

Na esteira das teorias da decidibilidade, uma vez ambientada a crise jurisdicional no espectro de crises que rondam o Estado, firmada a importância do caráter temporal e da busca da verdade da jurisdição, diagnosticada a herança racionalista-liberal que assola o processo, necessário investigar mais detidamente o problema da argumentação/fundamentação do julgamento.

Como visto, o caráter linear-cartesiano do processo e o aspecto da sociedade pós-moderna, que dimensiona um perfil de produção massificada de decisões, retirando-lhes o caráter da peculiaridade³¹⁹, traduzem um cenário preocupante, que aproxima o direito cada

³¹⁷ Idem, p. 316.

³¹⁸ Ver: SALDANHA, Jania. *A Influência do Neoliberalismo na Jurisdição. A Difícil Sintonia entre Eficiência e Efetividade*. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.).

³¹⁹ Aqui, pode-se dizer que ocorre a despersonalização das demandas, de sorte que os processos, mesmo individuais, recebem um tratamento seriático, fruto da plataforma neoliberal consubstanciada na cartilha do Banco Central, de alcance da eficácia da jurisdição – como denunciou Jania Saldanha –. Além disso, quando se diagnostica demandas de caráter coletivo, o exame dispensado arrima-se no perfil de processo do século XIX,

vez mais das ciências da natureza, roborando a contundente crítica de Kauffman³²⁰, Wieacker³²¹, Cassirer³²² e Baptista da Silva³²³.

A esse teor, elegeram-se, para o capítulo posterior a argumentação/fundamentação da decisão, propondo-se a superação da matriz positivista, com o exame inicial da teoria kelseniana³²⁴ e da doutrina de Hart³²⁵. Posteriormente, chega-se àquele que é, hoje, um dos principais autores da pós-modernidade – ao menos em termos de representatividade e influência nos tribunais – no âmbito da busca de padrões equacionados para a tomada de decisões. A solução do que se convencionou denominar de *hard cases* – na linha da doutrina de Dworkin – tem ocupado o tempo de boa parte dos doutrinadores preocupados com as teorias da decidibilidade. Dessas teorias, a de Alexy é a que tem recebido a maior receptividade entre os representantes do Judiciário e, quiçá, na própria academia. Mostra dessa influência são as decisões do Tribunal Constitucional Alemão e da própria Justiça Federal brasileira.

Parece que tal fato justifica plenamente a dedicação de um capítulo àquele que gestou uma “teoria da argumentação jurídica”³²⁶ e difundiu a “ponderação”³²⁷, nas suas várias dimensões³²⁸, como forma de balizamento das decisões complexas. Ademais, Alexy propõe também, como é manifesto, uma fórmula para as antinomias jurídicas próprias e impróprias apresentando a solução convencional para o conflito de regras, mas ousando – e aqui parece estar o ponto nevrálgico de sua teoria – na busca de bom termo às contendas principiológicas.

com os temperos do romanismo medieval, amante da ordinariedade e da tutela voltada para os interesses individuais-privados. Ou seja, quando a demanda tem contornos de distinção é tratada de forma massificada, sem o exame específico que o feito requer. Quanto ela trata de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos mantêm-se a classificação de demanda individual, desagregando o efeito da decisão.

³²⁰ Ver: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*.

³²¹ Ver: WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*.

³²² Ver: CASSIRER, Ernst. *A Filosofia do Iluminismo*.

³²³ Ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*.

³²⁴ Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*.

³²⁵ Ver: HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

³²⁶ Ver: ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica*.

³²⁷ Ver: ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-9, jul/set. 1999.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 1993.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

³²⁸ Como se verá adiante, registrando a intenção de inumar o cunho positivista da decisão, Alexy propõe, como base de sua teoria, três argumentos: a) da injustiça; b) da correção; c) dos princípios. O argumento da injustiça organiza-se em *normas aisladas*, argumento linguístico, de clareza, de efetividade, da segurança jurídica, do relativismo, da democracia, da inutilidade, da honestidade, do resultado, dos sistemas jurídicos, da tese da irradiação, da tese da extrema injustiça. O argumento dos princípios firma-se na tese da incorporação e da moral e da própria correção, que se funde num terceiro nível. Com esse alicerce Alexy desenvolverá, depois, as bases da ponderação, o que restou por difundir de forma avassaladora a concepção da proporcionalidade, que, hoje, coleciona matizes e compreensões ao sabor da concepção de cada julgador. (ALEXY, Robert. *El Concepto y Validez del Derecho*.)

Eis o intento das laudas que seguem. Desvendar os aspectos fundantes da teoria alexyana, a pragmaticidade de seu alcance e os argumentos empregados por seus principais críticos. Ainda, confrontando-a precipuamente com a obra de Dworkin, verificar quais os frutos que dela vertem e se, em termos de teoria de decidibilidade, é possível reconhecê-la como um avanço significativo à realização de um direito justo, conforme a Constituição e mais próximo de uma jurisdição democrática e livre da arbitrariedade.

II ARGUMENTAÇÃO E RACIONALISMO EM ALEXY: A (IN) COMPREENSÃO DO DISCURSO PRÉVIO, PONDERAÇÃO E A MORAL COMO ELEMENTO FUNDANTE DE UM (NOVO) DECISIONISMO

“Para fazer mudanças, não é preciso buscar novas paisagens. Basta apenas olhar com novos olhos”.

Marcel Proust

Robert Alexy, que realizou seus estudos em Filosofia na Geord-August, em Göttingen, debruçando-se, sobretudo em Günther Patzig, publicou em 1976 a obra que ofereceria arrimo fundante à sua teoria: “Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica”.

Buscou, inicialmente, desconstruir a proposta kelseniana, oferecendo alguns critérios valorativos à teoria constitucional. Esse propósito, contudo, não diferia na sua essência, do pensamento das escolas jurídicas contemporâneas, cuja imensa maioria procurava mostrar as limitações da teoria kelseniana.

Entretanto, um dos pontos nevrálgicos do exame da teoria alexyniana reside exatamente num de seus propósitos fundamentais: a busca de uma solução à discricionariedade kelseniana, através do estabelecimento de critérios complexos de ponderação, mediante a construção de uma teoria de natureza pragmática.

É nesse sentido que se coloca um dos principais questionamentos no tocante à aplicação da teoria sustentada por Alexy.

Contudo, indispensável considerar as influências de Alexy, que, já em 1984, foi assistente de Ralf Dreier, em Göttingen, o qual, ao lado de Patzig, o próprio Kelsen, Hart e Radbruch constituem-se nos interlocutores mais presentes na conformação inicial de sua obra.

Classificado como integrante do interpretativismo jurídico por alguns e procedimentalista por outros, propõe um debate entre o normativismo e o jusnaturalismo. Mais recentemente – e esse ponto é importante, pois provoca em Alexy a necessidade de dialogar sobre temas antes não enfrentados pela teoria – registra uma interlocução acentuada com Habermas³²⁹ – como é cediço, de matriz procedimentalista – e Dworkin³³⁰ – debruçado no estudo do interpretativismo.

Enquanto Habermas comunga com Alexy no tocante às bases teóricas, Dworkin apresenta uma proposta com forte acento material, aspecto em que difere de Alexy.

Para Alexy, o silogismo judicial ampara-se em juízos de valor com o propósito fundante de alicerçar o discurso racional. Desenvolve a teoria do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral. Percebe-se, nesse primeiro momento, o rompimento com o positivismo e a reconhecimento da axiologia como elemento do ato decisional. Para Alexy, contudo, tal propósito não representa um retorno ao jusnaturalismo clássico, já que, segundo ele, os critérios de argumentação – que amparam o discurso jurídico – assegurariam uma decisão racional, e, portanto, juridicamente adequada.

Assim, as formas de justificação racional dos juízos de valor, o que busca mediante a reconstrução das regras pragmáticas. Na esteira de Wroblewski, concebe justificação jurídica dividida em justificação interna (da subsunção dos fatos do caso aos elementos da norma jurídica) e justificação externa (da verdade dos fatos do caso ou da validade dos elementos da norma). Apropriando-se de Perelman, prioriza os fundamentos semântico e genético como critérios da argumentação, propondo a apresentação de interpretação juridicamente aceitáveis a partir das regras do discurso jurídico. Já a partir de Häberle, assevera que o ato decisional passa, necessariamente, pela dogmática jurídica e pelos precedentes. Por fim, arrima-se em Maccormick para temperar a teoria do discurso, mediante a utilização dos chamados

³²⁹ Ver: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade*. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e Moral*. Lisboa: Piaget, 1999.

_____. *El Discurso Filosófico de la Modernidad*. Madrid: Taurus, 1989.

_____. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987.

³³⁰ Ver: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Los Derechos en Serio*.

_____. *O Império do Direito*.

_____. *Uma Questão de Princípio*.

argumentos jurídicos especiais, como o *argumentum a contrario*, a analogia e o direito consuetudinário.

Entretanto, é a obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* que expande a teoria de Alexy, com a construção da tríade regras – princípios – procedimentos, cuja gestão deve se dar exatamente através dos critérios da teoria do discurso.

Finalmente, em *Conceito e Validade do Direito*, apropria-se de Kant, utilizando a definição de razão prática na teoria do discurso, preocupando-se sobremaneira com a idéia de resposta correta³³¹, no que reconhece, nesse talante, o pioneirismo de Ronald Dworkin.³³² Repisa também a necessidade de uma teoria procedimental, com esteio na racionalidade do discurso jurídico.

O “modelo de regras” de Alexy propõe que uma norma será considerada jurídica e, portanto, válida, se estiver em conformidade com os critérios de análise que viabilizem a verificação do seu caráter de pertencimento ao sistema. Importa, portanto, não seu conteúdo – e daí exsurge o cunho formalista da teoria de Alexy -, mas sua gênese (*test of pedigree*).³³³

Nesse viés, são tecidas fortes críticas a Alexy, mormente no que toca aos *hard cases* – para os que admitem sua existência enquanto classificação teórica – uma vez que é até leviano admitir que o julgador possa decidir todo e qualquer caso com fulcro em normas fixadas previamente pelo órgão competente – ao menos que se queira adotar uma matriz positivista kelseniana.

Em que pese as constantes afirmações da potencialidade dos direitos fundamentais tecidas por Alexy³³⁴, tem-se que a regra do *test of pedigree* provoca uma natural limitação dos direitos fundamentais, vez que não emanam unicamente das normas previamente fixadas, mas também do caráter evolutivo do direito, da consuetudinarietà e doutras fontes informadoras da Ciência Jurídica.

Não se nega a importância dos princípios na sustentação do constitucionalismo, nem tampouco na arquitetura do Estado Democrático de Direito, todavia, parece que a idéia de critério de origem resta por limitar e não ampliar sua utilização como quer Alexy.

³³¹ A frase inaugural da obra é: “Existe para todo caso jurídico uma única respuesta correcta? (ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. p. 9.)

³³² Esta pergunta formula uno de los problemas más discutidos de la actual filosofía del Derecho. Quien desencadenó la discusión fue el filósofo der Derecho de Oxford, Ronal Dworkin. (Idem.)

³³³ Ver: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*.

³³⁴ “Os direitos fundamentais, independentemente de serem individuais ou coletivos, sempre devem ter prioridade num sistema jurídico. Para que possam ser realizados da maneira mais ampla possível, faz-se necessária a inclusão de princípios ao sistema; pois, além de possibilitar que preceitos constitucionais sejam levados a sério, também evita que corram no vazio”. (Idem, p. 135 e 267.)

Alexy busca superar a divisão ortodoxa entre direito e moral, propondo, dentre outras alternativas, critérios de regulação que possibilitem a determinação ou não da validade de uma norma para/com o sistema, qualificando-a como jurídica. Entretanto, Alexy, no afã de superar a matriz positivista, busca estabelecer parâmetros de racionalidade e valoração, através de um quadro de procedimentos e regras por ele arquitetado. Tanto as regras, quanto os princípios pertencem ao âmbito deontológico, sinalando o que deve ser. Nessa esteira, dá lugar à sua clássica distinção qualitativa – em que pese a presença de idêntico caráter originário para fins da teoria do discurso – apontando os princípios como mandatos de otimização, impondo sua realização na melhor medida possível e as regras como mandatos definitivos, oferecendo uma alternativa trivial: seu cumprimento ou violação.

A teoria do discurso oferecerá sustentação para a consideração adequada das regras e dos princípios, o que alcançaria conformação a partir de um procedimento previamente definido. Assim, na apropriação kantiana os procedimentos seriam a “razão prática” das regras e dos princípios, oferecendo-lhes pragmaticidade e operacionalidade.

Alexy e Dworkin acabaram por prestigiar o debate em torno dos princípios, embora sua consideração – com matrizes teóricas distintas e típicas de cada período histórico – já fosse referendada por autores como Del Vecchio³³⁵, Josef Esser³³⁶ e Karl Larenz³³⁷.

De qualquer sorte, a principiologia é o grande mote da pesquisa de Alexy. A ligação entre direito e moral é fundamental para definir o conceito de direito firmado por Alexy; a dimensão de idealidade à teoria do direito é alcançada exatamente pelos princípios, que devem estar incorporados ao conceito jurídico.

O precípuo escopo dos princípios, fundados numa espécie de “guarida moral” é a potencialização da razão prática, por meio do emprego do discurso racional. A teoria da argumentação jurídica, considerada um caso essencial da argumentação prática geral e o discurso prático racional são os principais esteios da teoria procedimental de Alexy. Enfim, essa estrutura terá como pretensão final e necessária à busca da solução dos conflitos entre as regras, regras e princípios e entre os princípios – com especial consideração aos últimos, chamados de antinomias jurídicas impróprias.

O propósito declarado de Alexy, como fica claro desde a teoria da argumentação, é o de superar a dogmática positivista e propor uma alternativa de fundamentação das decisões. Sua teoria alcançou receptividade em vários países, seja de tradição consuetudinária, seja de

³³⁵ Ver: DEL VECCHIO, George. *Supuestos, Concepto y Principios del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1962.

³³⁶ Ver: ESSER, Josef. *Grundasatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrecht*. Tübingen: Mohr, 1956.

³³⁷ Ver: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*.

tradição romano-germânico-canônica, especialmente no que toca à busca de solução/fundamentação para os *hard cases* – termo cunhado inicialmente por Ronald Dworkin.³³⁸

Em que pese o elogiável objetivo, o ponto nevrálgico da teoria do discurso alexyniano parece ser exatamente esse paradoxo que emana dos riscos evidentes de sua aplicação. A idéia de que o emprego generalizado dos princípios – mesmo nos casos em que a mera aplicação das regras emprestaria solução ao caso – e a utilização da axiologia podem dar azo a arbitrariedades e discricionarismos. Ademais, como será possível examinar adiante, evidente perceber que Alexy lança mão de uma base jusnaturalista, identificada especialmente nos interlocutores aludidos na “Teoria da Argumentação”, com crucial destaque para Radbruch.³³⁹ Noutro momento, quando alicerça a teoria das regras e dos princípios, Alexy deixa de freqüentar com tanta assiduidade o debate jusnaturalista – em que pese nunca tenha classificado-se como tal – para ensaiar um marco próprio, vinculado a uma matriz discursiva, que, com nuances típicas de cada autor, põe-se na linha de Habermas³⁴⁰, Günther³⁴¹ e Atienza.³⁴²

Aliás, nessa esteira, vale sublinhar que toda a estrutura da teoria procedimentalista alexyniana firma-se na idéia de que se tem por indispensável a utilização de um discurso racional prático posto previamente. Como assevera Lenio Streck, difícil conceber o emprego de tal teoria para solver casos concretos quando posta *a priori*, descurando das necessárias variações da realidade, do tempo e das particularidades da *práxis*.³⁴³ “Ora, os princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantarem problemas metodológicos oriundos da insuficiência das regras. Não são, pois, mandatos de otimização ou postulados interpretativos.

³³⁸ Ver: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*.

_____. *Los Derechos en Serio*.

_____. *Uma Questão de Princípio*.

³³⁹ Ver: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*.

³⁴⁰ Ver: HABERMAS, Jürgen. *El Discurso Filosófico de la Modernidad*.

_____. *Direito e Democracia*.

_____. *Teoria de la Acción Comunicativa*.

_____. *Verdade e Justificação*. São Paulo: Loyola, 2004.

³⁴¹ Ver: GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

³⁴² Ver: ATIENZA, Manuel. *As Razões do direito*. Teorias da Argumentação Jurídica. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

³⁴³ “Em síntese, o que a concepção acerca da existência de casos simples e complexos de Habermas, Günther e Dworkin têm em comum é o fato de eles considerarem, nos *hard cases*, que os princípios (critérios) para solvê-los não se encontram no plano da aplicação, mas, sim, devem ser retirados de uma “história jurídica” que somente é possível no plano dos discursos *a priori* (no fundo, discursos de fundamentação prévios) (STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 199.)

Devem, sim, ser entendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo (afinal, esta não é a era pós-positivista?).”³⁴⁴

Os discursos prévios de fundamentação, parecem não ter o condão de oferecer parâmetros pragmáticos – uma razão prática, como quer Alexy ou comunicativa, como quer Habermas – para solução de casos concretos; acabam por prescindir da histórica, da tradição, da adequação e, por fim, da própria vida. Como alterca Ovídio Baptista da Silva, a lide é um pedaço da história humana³⁴⁵; sendo assim, não há como decidir sem considerar o elemento evolutivo e a “vida” que habita o processo, no seu propósito fundamental, que é a busca da realização material.

Mas outro ponto crucial e, quiçá, na linha da representatividade quantitativa da teoria, mais relevante do que o primeiro: “É possível classificar os litígios em *easy* e *hard cases*? Qual o critério utilizado por Alexy para indicar a conformação do conflito principiológico?”³⁴⁶

Nessa esteira, a análise dos aspectos fundantes da teoria alexyana é o primeiro tópico a ser abordado. A pretensão de superação da teoria positivista, especialmente por conta do diálogo com Kelsen e Hart e o emprego da moral como fato decisivo de constituição do discurso procedimentalista compõem o principal norte da análise.

A objeção às teorias positivistas, que Alexy busca superar, alicerça-se precipuamente no argumento da justiça, da correção e dos princípios. Após o apreço acurado da tríade argumentativa alexyana, firma-se a impossibilidade pragmática de implementação do discurso como *Ideales Sollen*.

³⁴⁴ Idem, p. 198.

³⁴⁵ Ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*.

³⁴⁶ Cá se diga que Alexy utiliza uma série de exemplos com o propósito de demonstrar o que denomina de antinomias jurídicas impróprias, quando, à primeira vista, seriam de solução de apenas razoável dificuldade, resolvíveis, por vezes, mediante a aplicação da regra concernente ao caso. Parece ser a hipótese do Caso-Titanic ou “soldado-assassino” – A propaganda de revista ilustrada de sátiras Titanic designou um oficial da reserva hemiplégico (que tem um dos lados do corpo paralisado), que praticou exitosamente sua convocação para um exército militar, primeiro como “nascido-assassino” e em edição posterior como “aleijado”. O tribunal da terceira instância de Düsseldorf condenou a Titanic, com vista à demanda do oficial de reserva, a uma indenização em dinheiro de 12.000 marcos alemãs. A Titanic promoveu recurso constitucional. O Tribunal Constitucional efetuou a ponderação entre a liberdade de manifestação de opinião dos participantes do lado da revista e o direito de personalidade geral do oficial da reserva. Considerou-se intervenção grave, com efeito forte e duradouro, a condenação, no tocante à liberdade de opinião. Isso porque a condenação poderá afetar a formação futura da revista. O grau de intervenção no tocante à designação soldado assassino, por ser uma parvoíce, um jogo de palavras, foi considerado mediano ou, até, mínimo. Contudo, num segundo momento, considera-se uma intervenção grave no direito de personalidade do soldado, a designação aleijado, já que viola a idéia de hemiplégico. Assim, a síntese da decisão: a) condenação em dano imaterial -12.000 marcos (grave); b) designação soldado assassino (média); c) designação aleijado para o hemiplégico (grave). Pela letra c, justifica-se a condenação aos danos morais (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 84.)

As limitações do alcance da distinção entre regras e princípios, na tentativa de definir os últimos como mandatos de otimização estabelecendo uma fórmula racional de aproximação da razão prática e de busca de uma resposta correta são objeto de apreço crítico. Nessa linha, a verificação da superação do binômio regras, com caráter de definitividade e princípios, sob a ótica da subjetividade, assim como a reconhecimento de que racionalidade e teoria da ponderação não fundam a resposta correta, mantendo o risco existente no próprio positivismo, que dá azo à arbitrariedade e o decisionismo.

Será explicitada a aplicação dos enunciados normativos de Alexy e a separação/vinculação entre as questões semânticas e a teoria da validade, assim como a impossibilidade de gestão de uma materialidade e formalidade principiológica que compõe a inadequada compreensão da fundamentação de validade, a partir do reconhecimento dos princípios como *ideales sollen* e das regras como *reales sollen*.

A distinção do caráter *prima facie* de regras e princípios, um dos grandes esteios da teoria alexyana, impõe uma nova dificuldade aplicativa, que, parece, enfraquece e não fortalece o vigor dos princípios como quer o autor. Esse, seguramente, constitui-se num dos principais limites semânticos do discurso (racional). A teoria não estaria presa à fronteira da dedução causalista-explicativa, apesar do propósito teórico de libertar-se das amarras de tal enquadramento?

Como marco ordinatório do desfecho do capítulo, tem-se a investigação dos limites aplicativos das regras da ponderação (racional) e a difícil concatenação da teoria alexyana com o mundo da vida e a razão prática.

Aqui, alcançam destaque as teorias de Lenio Streck³⁴⁷, forte crítico do procedimentalismo, que, invariavelmente, dedica apreço importante às considerações tecidas por Alexy, principalmente no âmbito do discurso prévio, dos critérios distintivos entre princípio e regra e da aplicação da ponderação como proposta chave para o problema dos decisionismos/arbitrariedades. Também, a confusão de texto e norma, a dificuldade em harmonizar esta última com a faticidade e a evocação desnecessária da ponderação, em face da preponderância do estudo dos casos concretos, os quais nem sempre gozam de complexidade que desafie um caminho sofisticado para a decisão.

³⁴⁷ Ver: STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*.

_____. O Efeito Vinculante das Súmulas e o Mito da Efetividade: Uma Crítica Hermenêutica. In: *Crítica à Dogmática: Dos Bancos Acadêmicos à Prática dos Tribunais*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.

_____. *Verdade e Consenso*.

Streck também sustenta que não há ponto de partida distinto para o exame de casos fáceis ou difíceis, rechaçando a concepção de que os princípios constituem uma reserva hermenêutica, para serem aplicados apenas na insuficiência das regras.

Nesse enredo, constata-se a impossibilidade de cisão de discursos de fundamentação e discursos de aplicação e a concretização da fundamentação prévia, já que se compreende aplicando e se aplica compreendendo, a partir da perspectiva hermenêutica de Heidegger e Gadamer.

Além da crítica de Lenio Streck, que, como sinalado, encontra acento cativo na pesquisa, busca-se explorar o diálogo de diversos autores com Alexy, seja no âmbito internacional, seja na seara local. A esse teor traz-se no desfecho do capítulo as considerações acerca das teorias alexyanas de Jürgen Habermas³⁴⁸, Ronald Dworkin³⁴⁹, Klaus Günter³⁵⁰, Manuel Atienza³⁵¹, Konrad Hesse³⁵², Friedrich Müller³⁵³, Luis Roberto Barroso³⁵⁴, Paulo Bonavides³⁵⁵, Gilmar Ferreira Mendes³⁵⁶, Eros Roberto Grau³⁵⁷, Tomas da Rosa de Bustamante³⁵⁸, José Maria Rodríguez de Santiago³⁵⁹, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira³⁶⁰, Alexandre da Maia³⁶¹, Luis Virgílio Afonso da Silva³⁶², dentre outros.

³⁴⁸ Ver: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*.

_____. *El Discurso Filosófico de la Modernidad*.

_____. *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics*. MIT: Cambridge, 2001.

_____. Racionalidad del Entendimiento. Aclaraciones al Concepto de Racionalidad Comunicativa desde la Teoría de los Actos de Habla. In: *Verdad y Justificación*. Ensayos Filosóficos. Madrid: Trotta, 2002.

³⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*.

_____. *Los Derechos en Serio*.

_____. *O Império do Direito*.

_____. *Uma Questão de Princípio*.

³⁵⁰ Ver: GÜNTER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*.

³⁵¹ Ver: ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*.

³⁵² Ver: HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civistas, 2001.

³⁵³ Ver: MÜLLER, Friedrich. *Discours de lá Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

³⁵⁴ Ver: BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada ao Código Civil e Lei da Imprensa. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 235, Jan/Mar, 2004.

³⁵⁵ Ver: BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

³⁵⁶ Ver: MENDES, Gilmar Ferreira. A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras. In: *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 14, caderno 01, p. 361-72. jul. 2000. p. 370-371.

³⁵⁷ Ver: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

³⁵⁸ Ver: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Distinção Estrutural entre Princípios e Regras e sua Importância para a Dogmática Jurídica: Resposta às Objeções de Humberto Ávila ao Modelo de Robert Alexy. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Jurídica, v. 12, n. 03, p. 153-68, out./dez. 2002.

³⁵⁹ SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. *La Ponderación de Bienes e Intereses den el Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

³⁶⁰ Ver: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito. Um Ensaio da Teoria da Interpretação enquanto Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

³⁶¹ Ver: MAIA, Alexandre da. Dogmática Jurídica e Multiplicidade – Uma Análise da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. In: *A Filosofia no Direito e a Filosofia do Direito*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 5, 2007.

Esses, os principais tópicos da teoria discursiva de Alexy que se pretende enfrentar, sem descurar, contudo, da indispensável análise de estruturação e fundamentação da proposta, a fim de que se possa desvelar a compreensão adequada da pragmaticidade da divisão das normas entre regras e princípios e da construção da ponderação como alternativa (in) segura às decisões tomadas pelos tribunais.

³⁶² SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: *Revista dos Tribunais*, p. 23-50, ano 1991, n. 798, abr. 2002.

1 Conceito de Direito em Kelsen, Hart e Alexy: Norma, Moral e Discurso

Para o estabelecimento de um conceito de direito que entenda adequado, Alexy propõe preambularmente o debate positivista, numa tentativa de oferecimento de alternativas de superação. A esse teor, põe-se ao lado da grande parte dos teóricos da modernidade, que “tem o propósito” de romper com a subsunção dos fatos à norma.

Como alerta Lenio Streck:

O juiz era a “boca que pronunciava a lei”. O contraponto histórico vem as correntes subjetivistas. A norma, agora, é individual; o legislador faz o texto, e o intérprete “faz” a norma. Assim, quando hoje – em pleno paradigma principiológico, neoconstitucionalista e superador do positivismo que sustenta (va) pela regra e pela subsunção – tudo parece indicar que é vencedora a tese da realização do direito (norma) “somente na situação concreta”, não podemos cair na armadilha do axiologismo possibilitando uma espécie de retorno à discricionariedade positivista, como se os princípios proporcionassem ainda mais abertura na interpretação dos juízes no “caso concreto.”³⁶³

Assim, parece assaz pertinente a observação que aponta no sentido da aferição dos critérios de aplicação principiológica. Para Alexy, esse desiderato deve ser alcançado através do emprego da teoria do discurso, mediante a ponderação de valores. O risco evidente de tal propósito é a protagonização de uma espécie de ditadura dos princípios e mesmo da transformação de casos fáceis em difíceis, face a uma fuga da aplicação da regra e a busca incessante da justificação principiológica, em que pese seu cunho subjetivo.

A questão é saber se, ao cabo de sua teoria, com a concepção de um procedimento gerenciador da aplicação das normas (regras e princípios) Alexy alcança êxito nesse intento ou cai na armadilha da discricionariedade e da arbitrariedade, em razão da constituição de critérios voláteis e frágeis para a conformação principiológica. Kelsen propunha a discricionariedade como algo insuperável, reconhecendo a limitação teórica do direito nesse sentido; Alexy, por sua vez, corre o risco de chegar à mesma finalidade kelseniana, na medida em que as regras do discurso racional prévio não encontrarem efetividade.

O positivismo kelseniano³⁶⁴, fruto do Círculo de Viena, propunha o afastamento do direito de qualquer caráter axiológico. Nesse viés, evidentemente, existe um distanciamento de Alexy, vez que, como se verá, o critério da justiça e a moral são esteios centrais de sua teoria.

³⁶³ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 252.

³⁶⁴Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*.

Kelsen ocupa-se dos fatos, do real, arquitetando uma realidade empírica. O critério da refutação é aplicado para verificar a norma válida.³⁶⁵ Dessa forma, a distinção entre *sein* e *sollen* produz a oposição entre juízos de realidade e de valor e entre formas descritivas e normativas, com propósito de prescrição. É ponto incontroverso, para Kelsen, que os mundos do ser e do dever-ser estão separados. “É um dado imediato da nossa consciência”.³⁶⁶

A norma será válida se oriunda da autoridade competente, se alicerçada noutra norma válida de hierarquia superior. A tautologia kelseniana propõe que os juízos de dever-ser devem firmar-se, sempre, noutros juízos de dever-ser, não dando azo às axiologias. O pressuposto desse sistema é a *Grundnorm* – norma básica fundamental –, que fixa as condições formais compulsórias aos critérios de validade. Como aduz o alemão, quando sustenta a categoria da *Grundnorm*:

A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma norma fundamental se a sua validade objetiva já não pode ser posta em questão. Ela já não é mais posta em questão se a validade não pode ser fundamentada num processo silogístico. E não pode ser por essa forma fundamentada se a afirmação do fato de que esta norma foi posta pelo ato de vontade de uma pessoa já não é possível como premissa menor de um silogismo. É este o caso se a pessoa a cujas ordens devemos obedecer por força da norma agora em questão é considerada como a autoridade mais alta, v.g., se esta pessoa é Deus.³⁶⁷

Por fim, as noções de dinâmica e estática, que fundam a teoria pura do direito, acabam por oferecer uma “última razão” para a teoria de Kelsen. O sistema jurídico é dinâmico em razão da ausência de critério conteudístico na norma, considerada válida desde que regularmente gerada.

A estática, doutra banda, calca-se na razão prática, na norma fundamental pressuposta. O conteúdo de validade das normas é deduzido logicamente, sem tergiversação.

A distinção entre o tipo estático e o tipo dinâmico é melhor observada pelo próprio Kelsen:

Segundo a natureza do fundamento de validade, podemos distinguir dois tipos diferentes de sistemas de normas: um tipo estático e um tipo dinâmico. As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo por ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. [...] O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato da norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato

³⁶⁵ “... os fatos que põem as normas somente constituem objeto da ética na medida em que sejam conteúdo das normas, isto é, na medida em que sejam regulados por normas (Idem, p. 404.)

³⁶⁶ Idem, p. 6.

³⁶⁷ Idem, p. 226.

produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.³⁶⁸

Hart³⁶⁹, embora diferencie-se constantemente de Kelsen, acaba por afinar-se na questão que estabelece um carácter vinculativo à ordem dada, sem necessidade de qualquer alicerce moral. Nesse tópico, logicamente, Alexy distancia-se de ambos, pois propõe uma base moral para o discurso.

Embora defenda a tese de separação entre direito e moral, Hart aceita certa sobreposição de princípios morais e jurídicos, alcançando um conteúdo naturalístico; assim, existiria uma espécie de amparo moral nos princípios do direito. “O cumprimento das obrigações, quer jurídicas, quer morais, é encarado não como motivo de elogio, mas como um contributo mínimo para a vida social que é tomado como coisa corrente”.³⁷⁰

Hart não admite a tese da única resposta correta, mas, a partir da criação do direito pelo Judiciário, que pode ser verificada nas decisões dos casos difíceis, admite que a decisão pode tornar-se adequada pelo produto racional de escolha esclarecida e imparcial.³⁷¹

O direito, para Hart, deve consistir numa espécie de sistema empírico-sociológico de regras, tendo o direito carácter descritivo e a salvo de valores, comungando, nesse último tópico, com o pensamento kelseniano. Entretanto, face à indeterminação das regras, Hart propõe o que denominou de “textura aberta” do direito, buscando-se o equilíbrio dos direitos postos. Esse tópico, seguramente, é o que registra as maiores críticas de acordo com a matriz jurisdicional que se adota, vez que não só dá azo à discricionariedade, como também a justifica e alicerça, permitindo seu espraiamento.

Se o conteúdo das regras não pode ser considerado uma ilação última, é necessário examinar cada caso, abrindo o sistema e sem pré-julgamentos.³⁷² Veja-se que Hart reúne dois dos elementos mais contundentes no tocante às críticas tecidas por Lenio Streck³⁷³ às teorias da decidibilidade. Primeiro, propõe um sistema aberto e calcado na personalidade do julgador e na casuística, rechaçando qualquer critério decisional. Segundo, afasta a hipótese de consideração da história como critério de formação da convicção. Como assevera Streck, se é verdade que não é adequada a utilização de discursos prévios de fundamentação – como

³⁶⁸ Idem, p. 217 e 219.

³⁶⁹ Ver: HART, Herbert. *O conceito de Direito*.

³⁷⁰ Idem, p. 220.

³⁷¹ Idem, p. 221.

³⁷² Idem, p. 143.

³⁷³ Ver: STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*.

querem os adeptos das teorias discursivas – também não existe um marco zero, que possa firmar a gênese da constituição da convicção do julgador.³⁷⁴

Esse decisionismo, fruto das diversas matrizes positivistas e do jusnaturalismo axiológico, está representado tanto em Hart, Kelsen, e, também, em Alexy. Embora registre uma identificação clássica nos dois primeiros, encontra-se disfarçado no terceiro, que através da defesa de um discurso prévio, constituído de um número assaz acentuado de regras, acaba por ultimar a fundamentação de uma decisão distante do caso concreto, cuja adaptação e aplicação, por vezes, tornam-se impossíveis. Ademais, a aplicação de uma teoria tão sofisticada parece não emprestar contribuição decisiva para solver o que Alexy denomina de antinomias jurídicas próprias, já que o cotejo entre a norma e o fato, mediante a cisão do interpretar/aplicar³⁷⁵, parece, a muito, emprestar contributo. ”Comprendemos aplicando e aplicamos compreendendo.”³⁷⁶

No ponto dos discursos prévios, por sinal, a fidelidade conceitual entre Alexy e Habermas³⁷⁷ é bastante significativa, em que pese as habituais divergências no campo da aplicação das teorias.³⁷⁸

Retornando a Hart, tem-se sua clássica distinção entre regras primárias (*rule of obligation*) e secundárias. Enquanto as regras primárias prescrevem deveres, sanções, as

³⁷⁴ Nesse sentido, a sustentação de Streck: “Partir de uma pré-elaboração do que seja um caso simples ou complexo é incorrer no esquema sujeito-objeto, como se fosse possível ter um ‘grau zero’ de sentido, insultando a pré-compreensão e tudo o que ela representa como condição para a compreensão de um problema. Não esqueçamos que a discricionariedade interpretativa é fruto do paradigma representacional e se fortalece na cisão entre interpretar a aplicar, o que implica a prevalência do dualismo sujeito-objeto. (Idem, p. 256 -7.)

³⁷⁵ “A aplicação hermenêutica não é somente a aplicação pelo juiz. Na hermenêutica filosófica, nem a norma está previamente fundamentada, nem é o juiz que a ‘faz’. Portanto, torna-se despiciendo afirmar que a aplicação (applicatio) hermenêutica não é somente a que é feita pelo juiz. A applicatio é esse momento em que se encontram fundamentação e aplicação, sem que, entretanto, cada um deles possa ser compreendido isoladamente. Um só é em face do outro. Esse fenômeno ocorre na diferença ontológica. Em consequência, é possível dizer que sempre aplicamos”.

³⁷⁶ Idem.

³⁷⁷ Ver: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*.

_____. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo. et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

_____. *Teoria de la Accion Comunicativa*.

_____. *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*. Barcelona: Piados, 1998.

_____. *Direito e Moral*.

_____. *La logica de las Ciencias Sociales*. Madrid: Tecnos, 2001.

³⁷⁸ Nesse aspecto, interessante trazer à liça o artigo “Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade”, onde Alexy responde às críticas de Habermas. Numa das críticas, o defensor da ação comunicativa afirma “A primeira objeção de Habermas é que o modelo de ponderação toma dos direitos fundamentais sua força normativa. Ele acha que, pelo ponderar, direitos seriam reduzidos de grau ao plano dos objetivos, programas e valores. Eles perderiam a primazia rigorosa, que deve ser característico para “pontos de vista normativos” Alexy responde dizendo que a estrutura da ponderação e a utilidade prática de sua aplicação enfrentam as impugnações de Habermas. Afirma: “Como se pode mostrar que sentenças racionais sobre graus de intervenção e graus de importância são possíveis de tal maneira que se possa fundamentar um resultado de modo racional por ponderação? Um método possível poderia consistir na análise de exemplos, uma análise que visa a isto, de trazer à luz o que nós pressupomos quando nós solucionamos casos por ponderação”.

secundárias destinam-se a criar poderes, visando alterar e aplicar as regras primárias. As regras de alteração (*rule of change*) permitem a alteração, acréscimo ou mudança das regras primárias, com o propósito de evitar que o sistema permaneça estático.

Por fim, a regra de reconhecimento (*rule of recognition*) estabelece os critérios para identificar uma regra como pertencente ao sistema.³⁷⁹ Enquanto Kelsen propõe um critério de validade anterior, Hart constrói uma norma de reconhecimento, geralmente não explícita, para identificar a norma como válida. Como afirmar Hart, a norma deve “passar por todos os testes facultados pela regra de reconhecimento”³⁸⁰.

Importante dizer, contudo, que o próprio Hart reconhece a limitação do alcance da norma de reconhecimento, retirando seu caráter absoluto.

Mas dissemos o suficiente neste capítulo para nos permitir resumir com proveito o importante tópico deixado no fim do Capítulo VI. Tal dizia respeito à incerteza não de regras jurídicas concretas, mas da regra de reconhecimento e, por isso, dos critérios últimos usados pelos tribunais para identificar as regras de direito válidas. A distinção entre a incerteza de uma regra concreta e a incerteza do critério usado para identificar como regra do sistema não é em si, em todos os casos, clara.
381

A regra existe para ser reconhecida como *standard público*, sendo que a norma de reconhecimento representa um enunciado externo, não constituindo critério normativo.

Alexy, por sua vez, propõe normas que sejam identificadas pela sua força argumentativa e não pela sua origem, razão pela qual assevera romper com o positivismo.³⁸² De fato, nesse tópico, parece que há uma distinção firmada no tocante ao positivismo, o problema apresenta-se, como apontado alhures, no tocante aos critérios de determinação das regras do discurso, fruto da teoria da argumentação.³⁸³

O conceito de Alexy firma-se em quatro distinções: a) conceito e validade; b) normas e procedimentos; c) observador e participante; d) definição e ideal. O exame de tais marcos distintivos funda uma ilação derradeira: o fato de que direito e moral estão conectados normativamente.³⁸⁴

³⁷⁹ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. p. 104.

³⁸⁰ Idem, p. 114.

³⁸¹ Idem, p. 161.

³⁸² Ver: ALEXY, Robert. *El Concepto y Validez del Derecho*.

³⁸³ Nesse sentido, ver:

MAIA, Alexandre da; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Maonel Messias. *A Interpretação e os Princípios Fundamentais: Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada*. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica, 2000.

MAIA, Alexandre da. *Dogmática Jurídica e Multiplicidade*.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*.

³⁸⁴ Ver: ALEXY, Robert. *El Concepto y Validez del Derecho*. p. 26.

Quando cuida de conceito e da validade jurídica, propõe, no plano da idealidade, que o conceito de validade esteja incorporado ao de direito, o que favorece a norma.³⁸⁵

O segundo enfoque de sua base conceitual firma-se no exame das normas e procedimentos. Alexy refere que um sistema jurídico pode ser um sistema de normas que, numa perspectiva externa, é resultante de procedimentos de criação de normas e de um sistema de procedimentos que, numa perspectiva interna, está baseado em regras que promulgam, fundamentam, interpretam, aplicam e impõem normas.³⁸⁶

Em seguida, Alexy desenvolve uma perspectiva basilar da teoria do discurso, a partir da percepção das perspectivas diferentes do observador e do participante do sistema. Nesse sentido, clara a identidade com Hart, que aborda a perspectiva interna e externa. O observador debruça sua análise nos aspectos procedimentais, nos critérios formais de elaboração da norma, sem, contudo, questionar o caráter contudístico das normas.³⁸⁷ Para o observador, não há resposta correta.³⁸⁸

O participante é aquele que percebe o sistema jurídico de dentro dele e permite-se questioná-lo. Aqui, estão compreendidos especialmente os operadores do direito.³⁸⁹

Por fim, a última distinção trabalhada por Alexy para construir seu conceito de direito é a que aborda a definição e o ideal. As definições compreendem as conceituações jurídicas tradicionais, sempre a partir do reconhecimento da necessidade da presença da moral como critério fundante. As ideais são aqueles que não dispõem desse caráter moral, que passa então a ser presumido. Essa norma presumida, contudo, é tida por incompleta.³⁹⁰

Após, Alexy desenvolve um sistema de combinações complexas, sugerindo sessenta e quatro hipóteses de interligamento dos quatro conceitos apontados. Esse um dos esteios centrais da teoria alexyana.

Alexy reconhece que do ponto de vista do observador o positivismo poderia ser recepcionado, contudo, do ponto de vista do participante, o direito registra uma dimensão ideal, com conexão obrigatória entre direito e moral.

Assim, podem ser percebidas diferenças e identidades entre Kelsen e Hart. Entretanto, no que toca a Alexy, é possível verificar que, embora exista um declarado caráter finalístico de pretensão ao rompimento com o positivismo, a partir da teoria da ponderação –

³⁸⁵ Idem, p. 30.

³⁸⁶ Idem, p. 31.

³⁸⁷ Existe aqui a idéia de que o observador não pode questionar o caráter contudístico, pois não reúne condições de compreensão e isenção para tanto.

³⁸⁸ Idem, p. 27.

³⁸⁹ Idem, ibidem.

³⁹⁰ Idem, p. 32.

que será examinada com maior vagar adiante – registra-se a convivência indesejada da discricionariedade. Parece que a “racionalidade procedimental do discurso” almeja substituir a norma e, a partir daí, fundar uma nova supremacia jurídica, o que seria arbitrariedade e não teoria decisional.

2 Objeções às Teorias Positivistas do Direito: O Argumento da Injustiça, da Correção e dos Princípios (da Impossibilidade Pragmática de Implementação do Discurso como *Ideales Sollen*)

Com o propósito de repelir o caráter positivista da norma, Alexy desenvolve três argumentos centrais: o argumento da injustiça, da correção e dos princípios. No conceito de validade do direito, propõe uma subdivisão bastante considerável nos vários níveis argumentativos, mormente no tocante aos dois últimos. Dessa forma, o argumento da injustiça organiza-se em *normas aisladas*, argumento lingüístico, de claridade, da efetividade, da segurança jurídica, do relativismo, da democracia, da inutilidade, da honestidade, do resultado, dos sistemas jurídicos, da tese da irradiação, da tese da extrema injustiça. O argumento dos princípios, por sua vez, contempla a tese da incorporação, da moral e da própria correção.³⁹¹

O argumento da injustiça (*Unrechtsargument*) prevê que nenhuma norma poderá ser excessivamente injusta, na medida em que, se violar um certo limite de injustiça deverá ser considerada inválida.

Seguramente, Gustav Radbruch³⁹² é um dos pioneiros na construção do argumento. A conhecida Fórmula Radbruch defende a prevalência do direito positivado mesmo que seu conteúdo seja injusto, a não ser que existam “leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados”³⁹³. Alexy pronuncia-se da seguinte maneira acerca da teoria:

La tesis según la cual un concepto de derecho no positivista no puede hacer nada em contra de una injusticia legal puede hacérsela culminar em la aseveración según la cual no solo no promueve sino que dificulta la lucha contra la injusticia legal. El positivista, com su estricta separación de deberes jurídicos y morales, favorecería una actitud crítica frente al derecho.³⁹⁴

Assim, Alexy rechaça a tese já que não conduz a uma identificação entre direito e moral.

³⁹¹ Ver: ALEXY, Robert. *El Concepto y Validez del Derecho*.

³⁹² Ver: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*.

³⁹³ Idem, p. 417.

³⁹⁴ ALEXY, Robert. *El Concepto y Validez del Derecho*. p. 52.

O argumento da injustiça, para Alexy, deve ser analisado sob o ponto de vista do participante, já que o observador pretende passar a informação sobre determinado sistema jurídico de forma neutra, considerando-se desnecessários os argumentos morais.³⁹⁵

A fórmula Radbruch teria importância, para Alexy, após a queda de um regime injusto, exemplo do pós-guerra no Tribunal Constitucional Alemão.³⁹⁶

Hart entende que o legislador deve formular leis com efeito retroativo na hipótese de injustiça³⁹⁷, anulando todos os atos do Terceiro Reich. Alexy discorda, dizendo que o julgador poderá aplicar uma norma não-positivada, com o propósito de afastar a injustiça excessiva, desde que suscetível de fundamentação racional³⁹⁸. Muitos criticam essa atitude, já que o abandono do direito positivo redundaria no ultraje ao princípio da *nulla poena sine lege*.³⁹⁹

Na linha do debate da Radbruch, Alexy, apropriando-se de caso apresentado por Hart, ilustra a aplicação de sua tese. Assim, faz alusão à decisão do Tribunal Alemão, de 1949, que condenou uma mulher por ter privado o marido ilegalmente da sua liberdade. A mulher havia denunciado o marido às autoridades nazistas alegando que este havia feito comentários depreciativos de Hitler. A mulher foi condenada porque a sentença tinha razões antijurídicas, já que a mulher não tinha a intenção de delatar, mas o fez por razões pessoais. O marido, inicialmente condenado à morte, foi enviado à frente.⁴⁰⁰

O caso representa, quiçá, um dos exemplos de construção exagerada de complexidade, quando, em tese, a solução apresentada poderia ser outra, de caráter mais singelo ou alcançando fundamento mais apropriado. Lenio Streck considera que o caso poderia ser solucionado a partir da tese da resposta correta, com fulcro em Heidegger, já que representa um *desde já sempre*, fruto da reconhecimento universal de que o nazismo merece a reprimenda generalizada face à tradição arquitetada no pós-guerra, mormente no tocante à proteção dos direitos humanos.⁴⁰¹ Nesse viés, interessante colacionar a construção apresentada pelo Autor no tocante à tese da resposta correta⁴⁰²:

³⁹⁵ ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. p. 27.

³⁹⁶ “A Fórmula Radbruch foi aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal na decisão sobre a nacionalidade de 14.02.1968, que julgou a validade jurídica do Decreto firmatório do Terceiro Reich. O Tribunal decidiu que o Direito deve ser considerado nulo desde o começo, vez que, por violar os direitos fundamentais, não pode ser considerado direito que possa vir a ser aplicado”. (ALEXY, Robert. *El Concepto y Validez del Derecho*. p.45.)

³⁹⁷ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. p. 222.

³⁹⁸ ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. p. 63.

³⁹⁹ Essa é a posição de Hart (HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. p. 224.)

⁴⁰⁰ ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. p. 64.

⁴⁰¹ Afirmação tecida no decurso do Seminário dedicado ao exame da teoria de Alexy, realizado no primeiro semestre do ano de 2007, no Curso de Doutorado em Direito da UNISINOS-RS.

⁴⁰² Nem a única, nem a melhor.

Uma resposta (que é um ato de aplicação) não é construída para responder a outras perguntas. Afinal, uma interpretação (decisão) não é feita para resolver casos futuros, porque isto implicaria uma autonomização desse enunciado (como se o ser se separasse do ente), estabelecendo-se, assim, uma universalidade, com o escondimento da singularidade do caso. É por isso que a norma atribuída a um texto – que sempre diz respeito a um evento – não pode ser o sentido da norma de outro texto. Uma norma (sentido do texto) não deduz de outra.⁴⁰³

Adiante, Lenio tece crítica direta à Alexy, afirmando que:

[...] na situação hermenêutica (no sentido gadameriano do conceito) da Constituição, o discurso moral principiológico não vem de fora, para atuar como corretivo para os impasses interpretativos, até porque, e isto parece evidente, o direito é aberto à moral, mas não é dela dependente, como quer, v.g., Alexy.⁴⁰⁴

Aqui, toca-se num dos pontos fundantes da teoria alexyana. Se é certo que, em se tratando de Direito Moderno, devemos integrar a moral ao direito, rompendo com o positivismo, também é certo que não se pode alçar a moral a condição de elemento fundante do sistema jurídico, tornando-o dela refém. “É certo que o direito não está subordinado à moral e que esta não pode ter valor ou função de correção do discurso jurídico.”⁴⁰⁵

De qualquer sorte, deve-se fazer a ressalva que Alexy aduz que a fórmula de Radbruch não pode ser decidida tendo por base somente argumentos analíticos ou conceituais, mas também argumentos normativos, levando em conta o argumento da correção⁴⁰⁶, que exige uma conexão necessária entre direito e moral. Aduz Alexy:

Actualmente existe um amplio consenso em el sentido de que la polémica acerca de fa fórmula radbruchiana no puede ser decidida solamente sobre la base de argumentos analíticos o conceptuales. Se trata de una conceptualización funcional o adecuada, que debe ser justificada con argumentos normativos. Desde luego, aquí hay que tener em cuenta el argumento de la corrección. Los argumentos normativos em favor o em contra del argumento de la injusticia tienen que ser juzgados a su luz. Cuando más arriba se dijo que constituye la base también del argumento de la injusticia, se hacía referencia justamente a este sentido.⁴⁰⁷

O argumento da correção (*Richtigkeitsargument*) baseia-se no fato de que há uma conexão entre direito e moral e que todos os participantes, a princípio, tem uma pretensão de correção moral. Essa pretensão de correção encontra-se enraizada na prática do sistema de regras (conexão entre direito e moral).⁴⁰⁸

⁴⁰³ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 211.

⁴⁰⁴ Idem, p. 212.

⁴⁰⁵ Idem, p. 78.

⁴⁰⁶ Ver: ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*.

⁴⁰⁷ Idem, p. 46.

⁴⁰⁸ ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Practica*. Idem, p. 51.

Assim, a moral continua sendo elemento que arrima a teoria, vinculado, também, ao argumento da correção. É do próprio Alexy a afirmação:

De aqui se sigue que la pretensión de corrección necesariamente vinculada com la decisión incluye una pretensión de corrección moral. Em esta medida, em sistemas jurídicos cuyos principios jurídico-positivos tienen um contenido moralmente exigido o al menos moralmente admisible, existe uma conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta.⁴⁰⁹

Mesmo que não satisfaça plenamente uma pretensão de correção, um sistema continuará sendo considerado jurídico, mas defeituoso. Dessa forma o argumento da correção representa uma pretensão qualitativa⁴¹⁰.

A pretensão de correção deverá reunir: a) vinculação a um procedimento; b) garantia de justificabilidade; c) expectativa de aceitação. ⁴¹¹ Alexy tece como exemplo a seguinte sentença “X é uma república soberana, federal e injusta”. Acaba por concluir que há juridicidade, mas não pretensão de correção plena, constituindo-se em assertiva defeituosa. ⁴¹²

A regra geral de fundamentação de Alexy é a de que “Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa aduzir razões que justifiquem o negar uma fundamentação.” ⁴¹³ Alexy impõe, portanto, a necessidade de fundamentação, a partir do discurso. Toda decisão deve ser fundamentada a partir de uma racionalidade ditada pela teoria do discurso.

Aqui, Alexy sustenta a situação ideal de fala – no que é acompanhado por Habermas – onde, além da necessidade de assumir o ônus fundamentador, a partir do momento em que se afirma algo, faz-se necessária uma situação de *discurso ideal* que presuma estarem todos os interlocutores no mesmo patamar argumentativo, como se, no caso concreto, fosse possível alcançar esse “nirvana” da argumentação. ⁴¹⁴

Lenio Streck coloca a crítica à idealidade das teorias discursivas como um dos principais embates de *Verdade e Consenso*, afirmando:

Penso que uma teoria que se pretende operativa deve apresentar efetivos indicadores de aplicabilidade. Nesse sentido, como bem lembra Muller, estamos a tratar da ‘concretização da norma ao invés de interpretação do texto da norma. **O lugar privilegiado assumido pela situação ideal de comunicação para a aferição**

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. p. 81-2.

⁴¹⁰ ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Practica*. p.51.

⁴¹¹ Idem, p. 24.

⁴¹² ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. p. 209.

⁴¹³ Idem, p. 167.

⁴¹⁴ Ver: ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica*.
_____. *Constitucionalismo Discursivo*.

da verdade argumentativa faz com que as exigências decorrentes da complexidade da cotidianidade das práticas jurídicas não encontrem na teoria do discurso proposta por Habermas maiores indicativos de viabilidade [grifo nosso]. ⁴¹⁵

Por fim, após efetuar exame individualizado das condições ideais de fala, propõe uma reflexão: “Será possível exigir em uma sala de audiência, em um fórum ou tribunal, o cumprimento de tais requisitos para a formação de uma condição ideal de comunicação, se a teoria habermasiana não se coloca no mundo empírico.” ⁴¹⁶

Veja-se que Streck faz alusão especialmente a Habermas⁴¹⁷ já que enfrentou de forma mais pormenorizada a questão da idealidade do discurso, mas também estende a crítica à Alexy, que utiliza a idealidade como um dos critérios de sua teoria da argumentação.

Além disso, mister sinalar que o próprio Alexy reconhece a insuficiência do critério da correção na teoria do discurso, quando admite “oferecer um critério para a racionalidade das decisões dentro de um sistema particular, não eliminando, contudo, por completo as incertezas, já que os fins perseguidos são limitados.” ⁴¹⁸ Assim, a pretensão de justificabilidade não tem um caráter definitivo. ⁴¹⁹ “Sob o ponto de vista da aplicabilidade, fraqueza principal da teoria do discurso consiste nisto, que seu sistema de regras não oferece um procedimento que permite, em um número finito de operações, sempre chegar, rigorosamente, a um resultado.” ⁴²⁰

Possível, portanto, verificar limitações na aplicação da ponderação e problemas no emprego da fórmula Radbruch, em que pese as ressalvas tecidas por Alexy. Tal constatação

⁴¹⁵ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 71.

⁴¹⁶ Idem, p. 72.

⁴¹⁷ Ver: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*.

_____. *O Discurso Filosófico da Modernidade*.

_____. *Teoria de la Accion Comunicativa*.

_____. *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*.

_____. *Direito e Moral*.

_____. *La Logica de las Ciencias Sociales*.

⁴¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Juridica*. p. 274.

⁴¹⁹ A recente obra, traduzida para o português, intitulada “Constitucionalismo Discursivo”, reúne diversos artigos publicados por Alexy. O artigo que inaugura a obra, publicado em 1999, com edição da Luc J. Wintegens, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers. O trabalho inaugural, denominado “A institucionalização da razão”, traz abordagem acerca dos limites da teoria do discurso. Assim, afirma o próprio Alexy: “A teoria do discurso leva a numerosos problemas. Três têm importância particular. No primeiro, trata-se da teoria do discurso como teoria da correção prática. Pode designar-se isso também como “problema de status”. O problema do status concerne à questão, se realmente, como afirma a teoria do discurso, existe uma relação necessária entre discursos e correção prática. No segundo problema, trata-se da fundamentação deixa solucionar-se, quando puder ser mostrado que, primeiro, aqueles que participam na prática do afirmar, do perguntar e do argumentar, pressupõem, necessariamente, essas regras e que, segundo, a participação em uma tal prática para cada um em algum sentido, é necessária. Eu tentei expor, em outro lugar, que tanto o primeiro como o último é exato. Aqui deve estar no primeiro plano o terceiro problema. É o problema da aplicação da teoria do discurso (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 27.)

⁴²⁰ Idem, p. 28.

evidencia-se com notoriedade a partir da concepção de idealidade do discurso, o que acaba por cindir em dois momentos a apreciação: um primeiro, através da compreensão e um segundo, quando se busca subsumir a teoria do discurso aos fatos postos. Presente, assim, um discurso prévio, protagonista de um distanciamento da concretude indispensável ao julgamento de qualquer litígio, o que dá azo a um *sincretismo metodológico*⁴²¹, extremamente prejudicial à constituição de uma teoria decisional efetiva.⁴²²

2.1 As Limitações do Argumento da Correção

Para Alexy, a não satisfação da pretensão da correção significa a perda da qualidade jurídica. Para sanar esse problema, Alexy propõe a inclusão de princípios ao sistema, implicando uma vinculação necessária entre direito e elementos morais, na esteira do eixo central de sua teoria.⁴²³

Alexy ilustra sua exposição com a consideração do caso que examina o 11. Decreto do III Reich, que possibilitava a retirada da cidadania alemã dos judeus. Para Alexy, não é possível contestar que, do ponto de vista de um participante, esse decreto era direito. Contudo, existiam argumentos substanciais, isto é, bons argumentos jurídicos para que o juiz não aplicasse tal decreto e a fundamentação estaria nas exigências morais mínimas – como o direito à vida e à integridade física, que dissipariam a temeridade de uma legitimação acrítica.⁴²⁴ A hipótese, para Alexy, sugere a consideração dos princípios, que, na maior medida possível, permitiram a realização do direito, mediante a vinculação entre este e a moral. Os princípios, pertencentes ao sistema, como é cediço na teoria alexyniana, também devem ser fruto de um procedimento que atenda as regras do discurso.⁴²⁵

Assim, a pretensão de correção necessariamente vinculada com a decisão inclui uma pretensão de correção moral⁴²⁶. Consoante aduz Alexy: “A tese da correção é o resultado de uma aplicação do argumento da correção dentro do marco do argumento dos princípios.”⁴²⁷

⁴²¹ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 59.

⁴²² Lenio Streck elabora a crítica com proficiência, em capítulo que cuida das teorias procedurais de Habermas e Günther, cuja idéia de discurso prévio também é defendida por Alexy: “É preciso ter claro que a introdução do mundo prático, da faticidade, produz conseqüências: é impossível, ao mesmo tempo, pretender trabalhar com verdades procedimentais (não-conteudísticas) e verdades em que o modo prático de ser no mundo é o *locus* do acontecer do sentido. São opções que não se dão ao acaso; são posições que obedecem a inserção em um determinado paradigma. E aqui não se pode fazer sincretismos metodológicos”. (Idem, p. 59.)

⁴²³ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. p. 45.

⁴²⁴ Idem, p. 54.

⁴²⁵ Idem, p. 74.

⁴²⁶ Idem, p. 81.

Veja-se que embora Alexy reconheça a pertinência dos argumentos concernentes à sustentação da não-aplicação do decreto, calcado precipuamente na utilização dos princípios, admite que do ponto de vista do participante o decreto é juridicamente aceitável. A idéia de divisão do sistema em participantes e observadores integra a teoria do discurso e permite o oferecimento de perspectivas distintas do exame da norma. Sem embargo, admitir a plausibilidade da validade jurídica de um decreto nazista é deveras temerário e seguramente abre espaço à utilização da teoria para sustentação de regimes totalitários, fundando risco de retrocesso do Estado Democrático de Direito. É notório e cediço que o nazismo representa uma faceta reprimível da história, que resultou em grave vilipêndio aos direitos humanos, razão pela qual, seja qual for o enfoque, não é aceitável qualquer concepção relativista acerca do nazismo, fascismo, Niamar ou qualquer outro regime totalitário que se equivalha. A solução passa pelo reconhecimento inexorável de um desde já sempre: a necessidade de rejeição incondicionada ao totalitarismo.

Talqualmente, não é possível admitir qualquer prestígio – mesmo que ocasional – a princípios como *do líder ou da raça*, que alicerçam um regime segregatório. Assim, a afirmação de que o juiz estaria aplicando uma pretensão de correção ao considerar tais princípios parece inadequada.⁴²⁸

Para Alexy, a medida para distinguir o justo do injusto é a pretensão de fundamentalidade conectada à pretensão de correção, vinculada, também, à moral.⁴²⁹ Como afirma o próprio Alexy, reconhecendo uma identidade entre moral e direito e dando conta da relevância que a moral apresenta à teoria do discurso:

Es fácil reconocer que fuera el ámbito del argumento de la injusticia, es decir, antes del umbral de la injusticia extrema, solo la pretensión y no su realización puede crear una conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta. Quien apunte a la realización dice demasiado. Sostiene que el derecho, es decir, también cada decisión judicial, cumple necesariamente la pretensión de corrección moral; dicho brevemente; que el derecho es siempre moralmente correcto. **Esto último implica que todo lo que no es moralmente correcto no es derecho [grifo nosso].**⁴³⁰

De qualquer sorte, Alexy reconhece que no caso de aplicação de leis injustas, a racionalidade discursiva da argumentação jurídica chega a um limite e que ainda não conseguiu encontrar uma distinção com suficiente clareza para o caso. Para que uma decisão

⁴²⁷ Idem. ibidem.

⁴²⁸ Alexy admite tal possibilidade em *El Concepto y la Validez del Derecho*. p. 82.

⁴²⁹ ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. p. 83.

⁴³⁰ Idem, p. 83.

seja considerada alcançada pela pretensão da correção, é indispensável que ela esteja baseada corretamente na ordem jurídica válida, independentemente de como tenha sido criada e o direito válido seja racional e justo.⁴³¹

Assim, a norma que não alcançar a pretensão de correção não será considerada juridicamente inválida – portanto, presume-se que a pretensão de correção de Alexy não é critério de validade – mas sim apresentará um problema qualitativo. Relembrando o caso do 11. Decreto do Terceiro Reich, para Alexy, a decisão seria desqualificada, contaminada por um vício, mas não antijurídica.⁴³²

Se a racionalidade do discurso alexyano não pode abordar o caráter conteudístico da decisão, a pretensão de correção fica no plano formal, desqualificando a norma. É possível que a argumentação resolva o embate. Parece que a aplicação da ponderação e o sistema de pesos dão azo a uma subjetividade incontrolável, que, ao cabo, resta por permitir a excessiva discricionariedade do ato decisional. Essa análise, todavia, ver-se-á adiante de forma mais atenta.

Alexy ainda reconhece a limitação do estabelecimento de um procedimento prévio para solver os casos que se apresentam, indicando, novamente, o discurso jurídico, a partir de uma moral correta, para o estabelecimento de uma fundamentação adequada. Como apontado alhures, Alexy insiste na moral como critério corretivo do sistema, o que resta por cancelar um forte acento jusnaturalista, temperado por um procedimento formalista e com resultados positivistas, qual seja, uma teoria da decidibilidade de cunho decisionista.⁴³³

2.2 O Argumento dos Princípios: Coerência, Moralidade e a Adequada Dimensão Princiológica (Superação do Binômio Regras (Definitividade)/Princípios (Otimização))

⁴³¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. p. 317.

⁴³² Idem, p. 45.

⁴³³ Lenio aponta, na *práxis*, essa aporia: “... para aquilo que interessa aos objetivos destas reflexões – expressões como ‘caso concreto’, ‘hermenêutica’, ‘interpretação’, ‘discurso’, ‘argumentação’ e ‘concretização’ vêm sofrendo de forte anemia significativa...” (STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 249.) Adiante, complementa, abordando o tema da discricionariedade excessiva: “...algumas posturas fomentaram uma verdadeira ‘ideologia decisionista’ em que a situação concreta desaparece no interior da ‘conceitualização’ (conceitos doutrinários, ementas jurisprudenciais descontextualizadas, etc...). É a pretensão universalizante dos conceitos prévios, sempre a partir da justificativa de que a lei não pode abarcar todas as hipóteses de aplicação. Em suma, a alusão ao ‘caso concreto’ transformou-se em álbi teórico, a partir do qual se pode atribuir qualquer sentido ao texto e qualquer decisão pode ser produzida.” (Idem, p. 251.)

O argumento dos princípios (Prinzipienargument) passa pela concepção corrente do constitucionalismo moderno de que todo sistema jurídico moderno deve dispor de princípios que a ele são inerentes.

A principal concepção da teoria principiológica de Alexy, cuja distinção lhe tornou conhecido em todo mundo, é que o sistema é composto de normas, que se subdividem em regras e princípios. As regras são consideradas *mandatos definitivos* por exigirem que aquilo que for ordenado seja cumprido. Os princípios, por sua vez, determinam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com o caso apresentável, por isso são *mandatos de otimização*.⁴³⁴

No que tocante à classificação entre as normas em regras e princípios, admitindo um caráter concreto, vertical e definitivo as primeiras e horizontal, subjetivo e genérico aos segundos, são inúmeras as críticas que se põem. Interessante trazer à liça a argumentação de Lenio Streck, que contextualiza os princípios enquanto mandatos de otimização, afirmando que, na verdade “a diferença entre regra e princípio é que este está contido naquela”.⁴³⁵. Assim, o princípio seria *desnudaria a capa de sentido da regra*⁴³⁶, revelaria o que ela não pode dizer.

Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro (aqui, o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno).⁴³⁷

Na verdade, os princípios representam uma ruptura paradigmática com o positivismo, pois são indispensáveis para superar a filosofia da consciência, o cartesianismo e a relação sujeito-objeto. No tangente à Constituição, alcançam contributo ainda mais acentuado, vez que funda a ordem fundamental garantidora dos direitos e garantias do homem. Não se quer afirmar, por conseguinte, que os princípios não dimensionam o direito, nem tampouco que integram, de forma presente e indispensável à ordem jurídica, mas sim que não registra marcos distintivos cabias em relação às regras. Eles são, na verdade, informadores de todo o agir jurídico e encontram-se presentes, também, nas próprias regras. O ponto nevrálgico é a atribuição de sentido desse agir principiológico, a fixação de parâmetros ao seu emprego, combate os decisionismos. E, em que pese não se pretenda enfrentar essa

⁴³⁴ Ver: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*.

⁴³⁵ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 266.

⁴³⁶ Idem, ibidem.

⁴³⁷ Idem, ibidem.

temática de forma particularizada, abordar-se-á, adiante, as faltas alexyanas no estabelecimento de marcas de dessemelhança entre as regras e os princípios, bem como na escolha da ponderação como critério gestor da teoria principiológica.

Para Alexy, são três as maneiras de aplicação do argumento dos princípios, através da incorporação (*Inkorporationsthese*), da moral (*moralthese*) e da coerência (*kohärenzthese*), sempre reconhecendo na moral o critério fundante do direito.

A tese da incorporação parte do pressuposto de que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém princípios – e, nesse sentido, a teoria procedimental, parece, só poderia ser aplicada a Estados Democráticos de Direito – o que é de fácil certificação. De fato, é inegável que as constituições modernas apresentam a dignidade da pessoa humana, a igualdade formal e material, a liberdade de manifestação e de culto, a segurança jurídica, como elementos que alicerçam o sistema.⁴³⁸

De acordo com Alexy, para verificar se um sistema jurídico contém normas com a estrutura de princípios, deve-se partir da perspectiva de um participante, que está diante de um *hard case*.⁴³⁹ Se o participante estiver lançando mão da ponderação, presume-se que estará se arriando em princípios. Como aduz Alexy: “Se alguém se apóia em princípios, então deverá efetuar ponderações, e se alguém efetuar ponderações, então deve, necessariamente, apoiar-se em princípios”⁴⁴⁰.

Os procedimentos da teoria do discurso deverão ser observados pelo participante - no caso, o julgador, no momento de fundamentar a decisão, com o propósito de precisar se o princípio pertence ou não a determinado sistema. Aqui se tem uma identidade com Hart, porquanto a idéia de *textura aberta* está presente, o que assusta, já que Alexy cai novamente na armadilha da arbitrariedade, permitindo-se a pessoalização das decisões.⁴⁴¹

O argumento principiológico, para Alexy, entende que a conexão entre direito e moral é decorrente da própria estrutura dos princípios jurídicos, que transformam em obrigação jurídica a realização da moral, de forma não definitiva, mas verossímil, aproximada.⁴⁴² O Juiz, assim, pode realizar o procedimento desde que comprove ser juridicamente indicado.

⁴³⁸ ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. p. 75.

⁴³⁹ Idem, p. 77.

⁴⁴⁰ Idem, ibidem.

⁴⁴¹ Idem, p. 76.

⁴⁴² Idem, p. 77.

A tese moral, segundo Alexy, vem complementar a da incorporação, advogando a idéia de que os princípios estão conectados com a moral.⁴⁴³ Essa moral, contudo, deve estar lastrada de *correção*, permitindo-se ser fundamentada de acordo com um procedimento. Assim, “o Juiz deve empregar uma moral correta, no sentido de ser passível de fundamentação. Os princípios válidos são critérios relevantes para a tomada de decisões e guardam essa moral.”⁴⁴⁴ Nesse viés, o paradigma da realidade aproxima-se com o da idealidade, o ser intenta encontrar o dever-ser.⁴⁴⁵

Essa busca do paradigma da idealidade, firmada num conteúdo moral-principiológico registrar uma pretensão de correção, coerência (*Kohärenzthese*). Se um sistema jurídico possui necessariamente em seu núcleo a pretensão de correção, princípios e o mandato jurídico de desenvolver-se (o sistema), na medida em que todos os princípios previstos no sistema são devidamente ponderados, visando sempre sua realização na maior medida possível, então esse sistema deve ser coerente.⁴⁴⁶

Alexy assevera que se o sistema de normas ou valores demonstra-se mais coerente que os concorrentes apresentados, então, a princípio (*prima facie*) deve ser considerado mais adequado, melhor justificado e racionalmente concebido. Ele pode ser considerado, à primeira vista, correto ou pode-se dizer que atende ao argumento da correção, até que se prove o contrário. Nesse sentido, um procedimento apresenta-se coerente e pode gozar de vantagem e aceitabilidade até que ele seja substituído por outro que apresente uma verossimilhança de coerente mais acentuada.

Dessa forma, pode-se ter, em ilação, que o sistema deve atender a moral e a coerência para ser considerado válido. Uma moral sem coerência não é verdadeira e uma decisão que não se alicerce numa moral coerente será igualmente falsa.⁴⁴⁷

Aliás, o problema da *aporia* principiológica ou do que Streck⁴⁴⁸ tem denominado *panprincipiologismo* ou *bolha especulativa dos princípios* será revisitado na abordagem derradeira do presente capítulo e comporá o debate nevrálgico da “busca” de uma teoria da decidibilidade, objeto do capítulo final.

⁴⁴³ Idem, p. 79.

⁴⁴⁴ Idem, p. 80.

⁴⁴⁵ Idem, p. 77.

⁴⁴⁶ Idem, *ibidem*.

⁴⁴⁷ Ver: ALEXY, Robert. *Derecho e Razón Práctica*.

_____. PECZENIK, Aleksander. *The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality*. *Ratio Juris*, Bologna, v. 3, n. 1, p. 1-13, mar. 1990.

⁴⁴⁸ Ver: STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

3 Crítica ao Procedimentalismo como Fundamento Normativo das Regras e Princípios: A Racionalidade como Instrumento de Aproximação da Razão Prática na Busca da Resposta(s) Correta(s)?

Com base nos argumentos da injustiça, da correção e dos princípios, Alexy defende uma conexão entre o direito e a moral e propõe um modelo mutatório de regras, princípios e procedimentos, rechaçando um modelo decisional composto unicamente por princípios.

O modelo puro de regras, como é cediço, calca-se na presunção de inexistência de princípios e aplica a subsunção kelseniana. Como Kelsen admite a existência de lacunas, o discricionarismo do julgador acaba sendo inevitável.⁴⁴⁹ Tal modelo há muito foi considerado superado pela teoria crítica do direito (considerada suas diversas matizes). Sem embargo, Alexy preocupa-se em fundamentar sua rejeição ao modelo de exclusividade de regras, com o propósito de firmar o alicerce da combinação princípios/regras/procedimentos.⁴⁵⁰

Alexy oferece uma decisão, que supõe, justifique a aplicação de sua teoria. O direito fundamental da liberdade artística não outorga ao artista pintor o direito de pichar monumentos e lugares públicos. Os conflitos aqui surgidos podem ser solucionados somente se averiguada qual disposição constitucional tem um peso maior para o caso concreto. No caso, através da dimensão do peso, seria possível atribuir prevalência ao princípio que tutela os bens públicos em detrimento da liberdade de expressão artística.⁴⁵¹ Nesse caso, portanto, ao contrário das considerações tecidas às regras, a solução não se daria por mera subsunção, mas pela dimensão do peso, da ponderação.

Entretanto, aqui está um dos mais importantes debates acerca da teoria de Alexy. Será que o caso apresentado configura um *hard case* – se é que eles existem – a ponto de justificar a utilização das regras aplicáveis às antinomias jurídicas impróprias (conflito de princípios). Parece que não. O caso, mediante o exame fático adequado, viabilizaria a ilação da espécie de obra protagonizada pelo artista: a) um trabalho de valorização cultural, com a vênua pública (mesmo que não seguisse parâmetro de simetria, mas que fosse produto de uma manifestação pública organizada); b) uma manifestação à revelia da administração pública, que, independentemente do conteúdo ou forma da ação, fosse produzida sem a chancela pública. Certamente a aplicação ordinária da norma, mediante a consideração da causação de dano ao patrimônio público configuraria um ilícito civil e, também, penal. A ponderação

⁴⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*.

⁴⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 116.

⁴⁵¹ Idem, p. 123.

principiológica, então, representaria uma sofisticação da decisão e não um emprego utilitário, potencializador da *razão prática* – como quer Alexy – ou que permita o aprimoramento do *mundo da vida*, mediante a busca da correção da decisão judicial.

Mas Alexy também afasta a pertinência da idéia de um modelo puro de princípios, onde todas as normas reclamariam aplicação da ponderação. Isso, segundo Alexy, “não levaria a sério o Direito Constitucional.”⁴⁵²

Alexy parte do pressuposto de que um modelo puro de regras, apesar de garantir a segurança jurídica de forma acentuada, é limitado e, portanto, insuficiente para realizar a racionalidade prática do sistema jurídico. Por outro lado, um modelo puro de princípios, caracterizados pela vagueza, subjetividade e volatilidade, não daria suficiente segurança jurídica ao sistema.⁴⁵³

A teoria do discurso ou *constitucionalismo discursivo* – termo empregado mais recentemente por Alexy – sugere a perseguição da razão prática – aqui a nítida influência kantiana, quiçá, donde exsurge o apego à moral de Alexy. É o procedimento, por sua vez, que deverá buscar encontrar o equilíbrio entre “conteúdo” e “forma.”⁴⁵⁴ Em que pese à afirmação alexyana de que forma (procedimento) e conteúdo (fundamentação do mundo da vida) encontram-se em idêntico patamar, a teoria procedural demonstra que as regras procedimentais (do discurso) acabam por se sobreporem ao caráter contedístico das decisões.

Com isso, chega-se ao precípua espeque da teoria do discurso prático racional, que ampara exatamente a idéia de uma “priorização” da forma em detrimento do conteúdo:⁴⁵⁵ “Uma norma vale ou é correta se for o resultado de um procedimento determinado”. “Uma norma N é adequada se e somente se puder ser o resultado do procedimento P.”⁴⁵⁶

Alexy ressalta, todavia, que Isso não significa que para cada caso exista uma resposta correta.⁴⁵⁷ Segundo ele, o modelo procedimentalista viabiliza que uma decisão seja racionalmente fundamentada, assegurando um máximo de razão prática no direito, daí não se pode inferir que para cada caso exista uma única resposta correta.⁴⁵⁸

Kelsen⁴⁵⁹ reconhece que as lacunas na lei justificam um fundamento extra-jurídico para a decisão, ao passo que Hart⁴⁶⁰ admite também admite a discricionariedade como critério

⁴⁵² Idem, p. 117.

⁴⁵³ Idem, ibidem.

⁴⁵⁴ Idem, ibidem.

⁴⁵⁵ O que vai fundar o debate entre o substancialismo e o procedimentalismo.

⁴⁵⁶ Ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

⁴⁵⁷ ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. p. 21-2.

⁴⁵⁸ Nesse sentido, discorda de Ronald Dworkin (*O Império do Direito, Uma questão de princípio e os Direitos Levados a Sério*) e Lenio Streck (*Verdade e Consenso*.)

⁴⁵⁹ Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*.

de decisão. Alexy propõe um procedimento racional (de forte carga moral) para evitar o emprego incoerente de argumentos externos ao direito.⁴⁶¹

Para considerar a resposta correta, entretanto, mister recorrer à Dworkin, um dos principais interlocutores de Alexy na discussão da questão. Ele também se contrapõe à discricionariedade, defendendo a tese da única resposta correta sob um ponto de vista interno, que pressupõe a adoção de determinados paradigmas jurídicos pelos atores sociais, viabilizando uma forma padronizada de argumentação, a partir de um sistema composto por normas, diretrizes e princípios.⁴⁶² O juiz não está legitimado para criar normas. Sua função é buscar critérios para a construção de teorias que justifiquem a decisão, ou seja, ele simplesmente aplica o direito.⁴⁶³ Mas Dworkin, é bom que se diga, adota uma linha *interpretativa e não procedimentalista*.⁴⁶⁴

O clássico juiz Hércules de Dworkin é onisciente e interpretativo – porquanto, não procedimentalista, e, nesse aspecto, dista bastante de Alexy. O juiz paradigma de Dworkin deverá busca a melhor solução a partir da compreensão e interpretação. O alicerce do ato decisional será a história, produzindo um caráter político da interpretação. O caráter funcional da decisão é, assim, garantidor e não criador, só pena de incorrer na discricionariedade positivista.⁴⁶⁵ Dworkin reforça sua concepção decisional com o argumento da democracia, indispensável ao alcance de uma decisão adequada (correta).⁴⁶⁶

⁴⁶⁰ Ver: HART, Herbert. *O Conceito de Direito*.

⁴⁶¹ Ver: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*.

⁴⁶² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. p. 18.

⁴⁶³ Idem.

⁴⁶⁴ Nesse sentido, calhar trazer à baila as considerações de Dworkin, que fazem alusão à aplicação pragmática de sua proposta interpretativa: “Suponha que uma lei possa ser interpretada de duas maneiras, cada uma das quais exigindo uma decisão diversa para um caso controverso. A expressão “um setor público”, por exemplo, pode ser interpretada de forma tal que a lei inclua apenas lugares acessíveis a todos que possam pagar por isso, e, nesse caso, uma agremiação política que não está aberta a membros de outros partidos não se enquadra na lei.. Ou pode ser interpretada de maneira a excluir apenas ocasiões íntimas ou domésticas, como festas particulares, caso em que uma agremiação política enquadra-se na lei.” (DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de princípios*. p. 18.) [...] Destaca Dworkin que “as questões de semântica argumentam que se as palavras críticas da lei são palavras que podem ser usadas com mais probabilidade por alguém que tomou uma dessas decisões do que por alguém que tomou a outra, então, isso é prova, pelo menos, de que o legislativo tomou uma decisão”. [...] Embora “seja sensato afirmar que a legislatura tomou uma ou outra dessas decisões, decisões..., pode não ter tomado nenhuma. Na verdade, o fato de que as palavras usadas são compatíveis com cada uma das decisões torna mais provável que não tenha tomado nenhuma delas, a menos que exista alguma prova independente que o fez”. (Idem, 19.) [...] Quanto às questões de psicologia de grupo refere que as mesmas “não fornecem essa prova independente, exceto em casos muito raros, porque a estratégia que recomendam também pressupõe, em vez de demonstrar, que os indivíduos cujas intenções estão em jogo tinham alguma intenção pertinente”. [...] “As questões de psicologia de grupo fixam-se, então, em declarações periféricas feitas em audiências legislativas, ou no recinto legislativo, ou em outros dispositivos de leis de áreas relacionadas, tentando demonstrar que essas declarações ou dispositivos são incompatíveis com a intenção de criar uma lei sob uma interpretação da expressão obscura, embora compatíveis com a intenção de criar uma lei sob a outra interpretação”. (Idem, p. 19.)

⁴⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. p. 273.

⁴⁶⁶ Nessa linha, o pensamento de Dworkin: “Inicialmente adverte que, do que foi exposto anteriormente podemos concluir que o argumento da democracia, ‘não oferece um argumento a favor da concepção da prestação

Alexy “considera a única resposta correta faticamente impossível.”⁴⁶⁷ Segundo ele, Dworkin não consegue fundamentar uma teoria forte dos princípios (ordem estrita), caracterizada por conter uma escala cardinal onde os pesos abstratos e as possibilidades concretas de realização estejam previamente dadas, não possibilitando medir de forma intersubjetiva e obrigatória o caráter valorativo dos princípios bem como a intensidade concreta de realização. A interferência dos princípios nas regras e das regras nos princípios é uma demonstração dessa consideração.⁴⁶⁸

Toda decisão, lance mão de normas ou de princípios, é refém de uma condição de idealidade, podendo alcançar apenas um caráter verossímil de razão prática, uma aproximação, deverão ser realizadas na melhor forma possível. Daí a razão de inexistência de uma resposta absoluta, que alcance correção plena (mesmo fora das regras do discurso). Ademais, Alexy alterca que, apesar da perspectiva positivista, um sistema jurídico será sempre um sistema aberto, devido às dificuldades de encontrar uma solução para casos não-julgados e ainda pela vagueza da linguagem jurídica.⁴⁶⁹

Para encontrar uma única resposta correta o discurso deveria alcançar um plano de idealidade plena, incontestável, o que é deveras impossível, segundo Alexy. Dessa forma, elementos desviantes da fala como a multiplicidade de informações, a complexidade lingüística, as limitações funcionais, a volatilidade conceitual deveriam ser suprimidos.⁴⁷⁰

Posteriormente, Alexy revela sua preocupação formalista – prioritária ou exclusivamente –, já que, se as regras buscam a razão prática e esta pode ser encontrada mediante a aplicação das regras do discurso racional, ter-se-á, a partir da utilização desse “procedimento” a resposta mais confiável (próxima da verdade e da coerência) possível.

jurisdicional centrada no repertório legal’. E que, embora até agora não tenha questionado ‘o pressuposto básico desse argumento, de que é ofensivo para a democracia que questões políticas de princípios sejam decididas por tribunais e não por funcionários eleitos’, este é o momento de perguntarmo-nos ‘se esse pressuposto tem fundamento’. Isto é, ‘decisões judiciais de questões de princípio (distintas das de política) ofendem alguma teoria plausível de democracia?’. (DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. p. 26.) [...] Assevera ainda que “devemos considerar o argumento da democracia, como estratégia para decidir questões sobre direitos, sob dois aspectos. Existem, primeiramente, razões institucionais para que uma decisão legislativa sobre direitos tenha probabilidade de ser mais exata que uma decisão judicial? É difícil avaliar a questão da exatidão abstratamente, isto é, separadamente de alguma teoria particular de direitos”. (Idem, p. 26.) [...] “Além disso, pondera que em qualquer teoria plausível de direitos, questões de coerência especulativa – questões que testam uma teoria de direitos imaginando circunstâncias em que essa teoria produziria resultados inaceitáveis – têm probabilidade de ser importantes em um exame de direitos específicos porque nenhuma reivindicação de direito é fundamentada se não puder passar pelo teste do contra-exemplo hipotético”. (Idem, p. 26-7.)

⁴⁶⁷ Ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

⁴⁶⁸ ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. p. 21-2.

⁴⁶⁹ Idem, *ibidem*.

⁴⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. p. 302.

Portanto, não é possível alcançar um juízo de certeza, mas um juízo potencializado de verossimilhança.⁴⁷¹

Em ligeiro esforço é possível apontar as três primordiais razões do discurso procedural de Alexy que sustentam a impossibilidade de alcance de uma única resposta correta: a) Os critérios de gênese das regras do discurso não são infalíveis, nem tampouco dotados de certeza, pois concebem preambularmente o interesse dos participantes, que são interpretados através da eleição de argumentos normativos (também fruto de escolha), porquanto, cada caso registra particularidade de ordem potencialmente dessemelhante; b) O discurso não alcança todas as razões argumentativas, permitindo, assim, desvios procedimentais ou a tomada de atalhos para o alcance da decisão⁴⁷²; c) Outras regras do discurso, mesmo que previstas e seguidas – compulsoriamente, pois não há decisão coerente (dotada de moralidade) fora das regras discursivas – consideram a realização verossímil das pretensões, sem caráter de convicção plena – como alterca Alexy, de *forma aproximada*.⁴⁷³

Retornando a Dworkin, calha sinalar que acaba por recorrer a um critério da justiça, quando afirma⁴⁷⁴: “Acho que a melhor justificação do direito requer o reconhecimento do que

⁴⁷¹ ALEXY, Robert. *Decrecho y Razon Práctica*. p. 22.

⁴⁷² Aqui Alexy não só reconhece o risco discricionário da teoria do discurso como faz um alerta àqueles que pretendem emprega-la.

⁴⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. p. 300.

⁴⁷⁴ No tocante à resposta correta, Dworkin expõe duas proposições, que, segundo ele, justificam a decisão no caso concreto: “Certos conceitos jurídicos, como os de contrato válido, responsabilidade civil e crime, têm a seguinte característica: se o conceito é válido em determinada situação, os juizes têm o dever, pelo menos *prima facie*, de decidir certos pleitos num certo sentido, mas se não é válido, os juizes devem, *prima facie*, decidir os mesmos pleitos no sentido oposto. Chamarei tais conceitos de ‘dispositivos’. Da maneira como falam e argumentam, os juristas parecem admitir, a respeito dos conceitos dispositivos, o que poderíamos chamar de ‘tese da bivalência’, isto é, que em todos os casos, ou a asserção positiva, de que o caso enquadra-se num conceito positivo, ou a asserção oposta, de que não se enquadra, deve ser verdadeira mesmo quando é controvertido qual delas é verdadeira.” (DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. p. 176.) “Posso agora demonstrar a ambigüidade latente na tese de que em alguns casos uma questão de Direito não tem nenhuma resposta. Podemos distinguir duas versões dessa tese. Ambas negam que a tese da bivalência é válida para conceitos dispositivos importantes... A primeira versão sustenta que a conduta lingüística superficial dos juristas, acima descrita, é enganosa porque sugere que não há nenhum espaço lógico entre a proposição de que um contrato é válido e a proposição de que não é válido; isto é, porque não admite que ambas as proposições possam ser falsas.” (Idem, p. 177.) “A Segunda pergunta pode não ter nenhuma resposta correta porque ignora uma terceira possibilidade, que é a de Tom ser um homem de meia-idade. Segundo a primeira versão, a pergunta jurídica também ignora uma terceira possibilidade, que é a de que uma troca de promessas pode não constituir nem um contrato válido, de modo que os juizes tenham o dever de impor a troca, nem um contrato inválido, de modo que os juizes tenham o dever de não o impor, mas alguma outra coisa, que poderia ser chamada, por exemplo, de contrato ‘incoativo’”. (Idem, p. 178.) “A Segunda versão da tese de nenhuma resposta correta, por outro lado, não supõe que exista algum espaço lógico, nesse sentido, entre as proposições de que um contrato é válido e de que não é válido, ou de que uma pessoa é responsável ou não o é, ou de que um ato é um crime ou não o é. Não supõe que exista alguma terceira possibilidade e, no entanto, nega que uma das duas possibilidades disponíveis sempre seja válida, porque pode não ser verdade que uma delas o seja.” (Idem, p. 178.) “A Segunda versão, por outro lado, não nega que (não-p) seja idêntico a (~p); em vez disso, sustenta que em alguns casos nem (p) nem (~p) são verdadeiros, isto é, que a bivalência não é válida.” (Idem, p. 179.) “Se a primeira versão for válida, essa discricionariedade é prevista afirmativamente pela lei, não porque a lei distinga circunstâncias em trocas de promessas, por exemplo, enquadram-se numa categoria distinta que tem a discricionariedade como

chamo de *direito à independência moral*: direito de liberdade para tomar decisões de moralidade pessoal que afetam principalmente o indivíduo”. Parece que Dworkin propõe uma espécie de soldado de reserva na proteção do indivíduo, já que a afirmação provém de apreciação de decisão da Corte Suprema Norte-Americana.⁴⁷⁵

Lenio Streck, por sua vez, afirma que a busca das respostas corretas⁴⁷⁶, “mais do que um direito, são uma necessidade”⁴⁷⁷, é “produto e produtor”⁴⁷⁸, mormente no que toca ao panorama positivista que se apresenta, ainda calcado na relação sujeito-objeto, no qual os juízes firmam-se na idéia do sujeito-intérprete, dando azo às discricionariedades. O tema, por sinal, justificadamente, alcançou ainda mais destaque na segunda edição da obra *Verdade e Consenso*, vez que passou a integrar a titulação e ganhou preocupação acentuada no desfecho da publicação.⁴⁷⁹

Ao tratar especificamente dos modelos de juízes, Streck inicia tecendo uma crítica a um texto paradigma de François Ost, “*Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de Juiz*”⁴⁸⁰, que propõe um *juiz pós-moderno sistêmico*, que atuaria em rede. Ataca também o modelo herculeano – utilizado, com diferentes matizes – por Dworkin, por entender tratar-se de um Juiz materialista, com redução do direito ao fato.⁴⁸¹

Também o Juiz Hermes, o contraponto de Ost aos juízes Júpiter – fruto do modelo liberal-legal, de feição piramidal-dedutiva⁴⁸² – e Hércules – única fonte do direito válido⁴⁸³ -, é rechaçado por Streck. Segundo ele, este juiz *tertius genius*, que não é estilo pirâmide, não é funil, nem tampouco uma mistura de ambos, mas tem um caráter lúdico, que não se deixa aprisionar por códigos, mas se expressa numa multiplicidade de informações⁴⁸⁴, também não

conseqüência. Se a Segunda versão for válida, por outro lado, segue-se a discricionariedade, não por previsão afirmativa, mas por ausência: como a lei não estipula nada, nem mesmo a discricionariedade, o juiz deve fazer o que puder, por sua própria conta.” (Idem, p. 180.)

⁴⁷⁵ A alteração de Dworkin provém de entrevista concedida e publicada na Revista Novos Estudos, e, *in casu*, apreciava o caso Romer e Lawrence (DWORKIN, Ronald. *Igualdade como Real*. Entrevista com Ronald Dworkin. Revista Novos Estudos, n. 77, março 2007. São Paulo, Centro Brasileiro de Análise e Planejamento.)

⁴⁷⁶ A resposta correta é, ao mesmo tempo, produto e produtor; é a síntese hermenêutica da *Sache selbst*, em que ocorre a fusão de horizontes (de onde surge algo que antes não havia). É onde se encontram integridade e coerência: a tradição filtrada/atravessada pela reconstrução lingüística a partir do texto constitucional que representa o *locus* privilegiado do acontecer da atividade do jurista e garantia de que o intérprete está comprometido com a intersubjetividade que coloca no interior de uma cadeia de sentidos. (STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 354.)

⁴⁷⁷ Idem, ibidem.

⁴⁷⁸ Idem, ibidem.

⁴⁷⁹ Idem, ibidem.

⁴⁸⁰ OST, FRANÇOIS. *Júpiter, Hermes e Hércules: Três Modelos de Juiz*. Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, n. 14, Alicante, 1993. p. 170-94.

⁴⁸¹ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 339.

⁴⁸² Ver: OST, FRANÇOIS. *Júpiter, Hermes e Hércules*.

⁴⁸³ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 338.

⁴⁸⁴ Idem, p. 339.

parece ser a solução adequada, vez que continua aprisionado pela idéia de modelos-metáforas.

485

Nesse viés, assevera que:

[...] Ost não leva em conta que o juiz Hércules é uma metáfora e que representa exatamente o contrário do que sua tese pretende denunciar, isto é, Hércules definitivamente não é a encarnação do “juiz/sujeito-solipsista”, mas, sim, é a antítese do juiz discricionário, este sim refém da filosofia da consciência. Nessa discussão não aparece no texto, talvez porque a atuação de Hermes “em rede” supere, na tese de Ost, o “sujeito da relação.”⁴⁸⁶

Streck elenca alguns pontos que justificam a limitação/inadequação da utilização do modelo proposto por Ost: a) Esforço injustificado para enquadrar o modelo herculeano como antítese ao modelo de Estado Liberal⁴⁸⁷; b) Ost não leva em conta que o juiz Hércules é uma metáfora⁴⁸⁸ e que não encontra adequação com sua pretensão original⁴⁸⁹; c) O assistencialismo de Hércules e o esquecimento da “coerência e integridade” defendidas por Dworkin⁴⁹⁰; d) Na gestão do juiz Hércules a generalidade e a abstração da lei dão lugar à singularidade e à concretude do juízo... passando-se a impressão de que, mesmo nessa quadra do tempo, vive-se sob a égide do modelo das regras⁴⁹¹; e) Ost protagoniza um reducionismo dos modelos de direito e de juiz⁴⁹²; f) A tese de Ost ignora o paradigma do Estado Democrático de Direito entendido como um *plus* normativo qualitativo superior dos modelos de direito liberal e social, sem levar em conta o constitucionalismo como paradigma rompedor do positivismo e do modelo das regras⁴⁹³; g) Ao propor o modelo de Hermes como um avanço e, relação ao convencionalismo de Júpiter e ao “invencionismo” de Hércules, isto é, ao afirmar que o seu Hermes respeita o caráter hermenêutico ou reflexivo do raciocínio jurídico, que, portanto, não se reduz nem à imposição e nem à simples determinação anterior, o *Hermes de Ost* acaba sendo, paradoxalmente, o *Hércules de Dworkin*⁴⁹⁴; h) ...não se pode criar em idealizações ou idealismos, como se fosse possível ignorar que o paradigma do Estado Democrático de Direito e o tipo de constitucionalismo instituído em grande parte dos

⁴⁸⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁸⁶ Idem, *ibidem*.

⁴⁸⁷ Idem, *ibidem*.

⁴⁸⁸ Vide nota 136.

⁴⁸⁹ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. 339-40.

⁴⁹⁰ Idem, *ibidem*.

⁴⁹¹ Idem, p. 340-1.

⁴⁹² Idem, p. 341.

⁴⁹³ Idem, *ibidem*.

⁴⁹⁴ Idem, p. 342.

países após o segundo pós-guerra aumento sobremodo a demanda pela intervenção do Poder Judiciário (ou da Justiça Constitucional, na forma de Tribunais Constitucionais).⁴⁹⁵

Assim, tem-se, em ilação última que não é possível ignorar/superar os modelos de Estado Liberal e Social, já que representam o esteio do Estado Democrático de Direito. Ademais, incabível a crítica ao Hércules de Dworkin ser nominado como intervencionista ou solipsista. Além disso, não há um Hércules na hermenêutica, já que Dworkin sustenta que Hércules está inserido na teoria do direito, buscando demonstrar que “a discricionariedade é antidemocrática”⁴⁹⁶.

Como conclui o próprio Streck:

[...] se é inexorável que, a partir do segundo pós-guerra, diminui o espaço de liberdade de conformação do legislador em favor do controle contramajoritário feito a partir da jurisdição constitucional, é exatamente por isso que devem ser construídas as condições de possibilidade para evitar discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos, ou seja, o constitucionalismo destes tempos pós-positivistas assenta seus pilares no novo paradigma lingüístico-filosófico, superando quaisquer possibilidades de modelos interpretativos.

Porquanto, para Streck, qualquer modelo de julgamento que se apresente coloca-se como insuficiente para sustentar uma teoria da decidibilidade, acabando por redundar na insuficiência do critério abarcador das teorias contemporâneas do Estado, na inevitável discricionariedade ou ainda no solipsismo da decisão. Seria necessária, assim, uma teoria filosófica capaz que romper com o paradigma da consciência, o cartesianismo e a relação sujeito-objeto, sem a fixação de juízos prévios e a separação do conhecer e do aplicar. Para Streck, como sói acontecer, a partir de sua difundida matriz teórica, a solução passaria ao largo de modelos decisoriais, encontrando conforto na hermenêutica, especialmente a partir de Heidegger⁴⁹⁷ e Gadamer⁴⁹⁸, como se examinará no capítulo de desfecho.

No tocante à teoria de Alexy, Streck afasta qualquer possibilidade de pertinência argumentativa na admissão da possibilidade de várias respostas, fruto da subjetiva da teoria racionalista da ponderação. O Juiz estaria descoberto de qualquer blindagem que evitasse a discricionariedade e o decisionismo seria o fim inevitável da teoria. Além do mais, a idéia de situação ideal do discurso retira o caráter da concretude no discurso da aplicação – cindido do discurso da compreensão – o que retira materialidade do direito e o afasta do mundo da vida. Em suma, quer-se alcançar razão prática ao direito, mas acaba-se por retirar-lhe força

⁴⁹⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁹⁶ Idem, p. 343.

⁴⁹⁷ Ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*.

⁴⁹⁸ Ver: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*.

pragmática, deslocando a análise do caso a ser apreciado, o que permite, ao julgador, a utilização que critérios externos sem a gestão jurídica adequada. Como aduz Streck:

A teoria do discurso, ao trabalhar com um discurso de fundamentação prévia, construído a partir de situações ideais (ou quase-ideais), prescinde – para essa formulação prévia de sentido que dará a validade da norma – da razão prática, o mesmo não se pode dizer da hermenêutica filosófica, que, partindo do mundo prático (modo-de-ser-no-mundo), não subestima o procedimento.⁴⁹⁹

No tocante à teoria de Dworkin, Streck aponta problemas, contudo, também apropria-se de elementos importantes para a busca da resposta correta. Um deles é a idéia de responsabilidade política⁵⁰⁰ do juiz, no sentido de que há obrigatoriedade de fundamentação das decisões – ou melhor, oferecer o fundamento do fundamento. Por sinal, tal prerrogativa constitui um direito fundamental, sustentado no art. 93, IX, da Constituição Federal.⁵⁰¹

Uma questão de ordem processual que denuncia a situação da discricionariedade ou da cultura da desnecessidade de fundamentação – numa fuga da responsabilidade política do juiz – é a postura adotada pelos tribunais regionais em relação aos recursos especiais e extraordinários – no caso no Rio Grande do Sul, especialmente a Vice-Presidência do Tribunal de Justiça – que efetua um “filtramento padronizado” – quiçá um dos produtos da *era da técnica* arquitetada por Heidegger – dos recursos, num claro afã de desafogamento do Judiciário ou quem sabe a busca da *morte da causa* – leia-se, da atividade advocatícia. O mesmo ocorre com a “criação” da figura dos embargos declaratórios para fins de pré-questionamentos, que objetivam resgatar o direito constitucional à revisão da decisão e impor aos julgadores o dever de justificar/fundamentar suas decisões, que é apontado por Streck.⁵⁰² As partes, assim, precisam lançar mão de um “recurso” para “buscar” a fundamentação – constitucionalmente devida – do julgador.

A precípua advertência que Streck faz à Dworkin, contudo, é a de que “a resposta correta é uma metáfora, como o juiz Hércules de Dworkin também é.”⁵⁰³ Assim, a resposta correta não é alcançada mediante delegação a uma instância última.⁵⁰⁴ Além do mais, necessário conceber que não há Hércules no modelo hermenêutico proposto por Heidegger e

⁴⁹⁹ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 351.

⁵⁰⁰ Ver: DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípios*.
_____. *Império do Direito*.

⁵⁰¹ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 360.

⁵⁰² Idem, *ibidem*.

⁵⁰³ Idem, p. 413.

⁵⁰⁴ Idem, *ibidem*.

Gadamer e defendido por Streck. “Na hermenêutica, o círculo hermenêutico “atravessa” a compreensão antes que o sujeito pense que se assenhora da interpretação e dos sentidos.”⁵⁰⁵

A questão, portanto, refoge da idéia de modelo de juiz, sustentando a necessidade de intersubjetividade. “Não importa quem dá a resposta correta, mas como esta se dá.”⁵⁰⁶ Vale lembrar que o debate proposto por Streck não visa considerar a idéia do como-procedimento, do caminho formal percorrido, mas sim do como-conteudístico, da fundamentação, das razões de decidir, do acontecer, do compreender/aplicar da intersubjetividade. Por fim, a lavra de Streck, explicitando o que entende por resposta correta:

Pode-se dizer, depois de tudo que foi exposto, que a resposta correta à luz da hermenêutica será a “resposta hermeneuticamente correta” para aquele caso, que exsurge na síntese hermenêutica da *applicatio*. Essa resposta propiciada pela hermenêutica deverá, a toda evidência, estar justificada (a fundamentação exigida pela Constituição implica a obrigação de justificar) no plano de uma argumentação racional, o que demonstra que, se a hermenêutica não pode ser confundida com a argumentação, não prescinde, entretanto, de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível, que funciona no plano lógico-apofântico).⁵⁰⁷

Assim, a resposta correta, para Streck, é aquela que produz a decisão conteudística, que considera o compreender e o aplicar sem a cisão dos discursos prévios, que não admite o procedimento como regra intransponível, também rechaça a idéia de modelos decisoriais, que, no fundo, não passam de metáforas e necessitam do *mundo da vida* para substancializar-se.

⁵⁰⁵ Idem, p. 343.

⁵⁰⁶ Idem, ibidem.

⁵⁰⁷ Idem, p. 351.

4 Os Enunciados Normativos de Alexy: A Separação/Vinculação Entre as Questões Semânticas e a Teoria da Validade

Como antes demonstrado, para Alexy, uma norma será tida por válida se for fruto do procedimento delimitado pelas regras do discurso, coadunado com o modelo de regras e princípios.

Para Alexy, é possível conceituar a validade de acordo com critérios sociológicos (eficácia social), éticos (correção material) e jurídicos (legalidade).⁵⁰⁸ Propõe ainda uma norma fundamental para romper com a idéia de estagnação jurídica, apropriando-se do caráter analítico de Kelsen⁵⁰⁹, empírico de Hart⁵¹⁰ e normativo de Kant⁵¹¹. Ter-se-ia, dessa forma, uma *norma fundamental pressuposta* neutra no tocante ao seu caráter contedústico e fundada no procedimento.⁵¹²

Alexy responde ao problema de dever moral de responder a um Estado tirânico com o argumento da injustiça, que limitaria a norma fundamental kantiana.⁵¹³ Contudo, como demonstrado alhures, no caso da consideração dos *princípios da raça e do líder*, em caso do Terceiro Reich, tem-se o reconhecimento de mera imperfeição (critério qualitativo da norma) e não o seu rechaçamento contedústico. Aliás, como afirma o próprio Alexy, um sistema não perde seu caráter jurídico, mesmo que considerado injusto; o importante é que contenha uma pretensão de correção.⁵¹⁴

Dessa forma, o direito, para Alexy, só pode ser apresentado do ponto de vista de um participante – juízes, advogados.... – já que o observador deve portar-se de forma neutra. O participante, que tem o condão de proibir ou permitir, baseia-se na legalidade, na eficácia social e na correção material, defendendo uma necessária relação entre direito e moral, amparo relevante da teoria alexyana.⁵¹⁵

A Constituição, assim, seria considerada validada, se alcançasse eficácia social.⁵¹⁶

O próprio Alexy apresenta sua definição:

⁵⁰⁸ ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. p. 87.

⁵⁰⁹ Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*.

_____. *O Problema da Justiça*. Traduzido por João Baptista Machado.. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁵¹⁰ Ver: HART, Herbert. *O Conceito de Direito*.

⁵¹¹ Ver: KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Pura*.

⁵¹² Ver: ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*.

⁵¹³ Ver: KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Pura*.

⁵¹⁴ ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. p. 41-2.

⁵¹⁵ Idem, *ibidem*.

⁵¹⁶ Idem, *ibidem*.

El derecho es un sistema de de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste em la totalidad de lãs normas que pertenecen a una Constitución em general eficaz y son extremadamente injustas, como así también em la totalidad de lãs normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen um mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamene injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos em los que se paoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.⁵¹⁷

Alexy difere norma e enunciado normativo. Um exemplo de enunciado seria a previsão constitucional que alcança o direito a voto aos brasileiros natos e naturalizados, a previsão do Código Civil que protege o direito de propriedade, ou, ainda, a previsão da pena por latrocínio. Os enunciados normativos, assim, contêm normas.

Mas lançando mão de uma linguagem semiótica, Alexy assinala que as normas podem ser percebidas sem a utilização dos enunciados, como, por exemplo, através do sinal de trânsito ou do apito ou gesto do guarda municipal.

Para Alexy, uma teoria estrutural – que parte de uma teoria integrativa – é uma teoria primeiramente analítica, sob pena de distanciar-se demasiadamente da pragmática. Propõe o estudo do conceito dos direitos fundamentais no sistema jurídico e a fundamentação desses direitos, com base na praticidade de uma teoria integrativa, que Alexy denomina de caráter empírico-analítico, com fulcro no exame da jurisprudência do Tribunal Constitucional. Doutra banda, empresta ao assunto também um cunho normativo-analítico, calcado no debate acerca dos direitos fundamentais e da fundamentação racional dos direitos fundamentais.⁵¹⁸

Essa teoria integrativa descrita por Alexy não deve constituir apenas a base dos direitos fundamentais, mas o alicerce para todo o direito, tanto que sugere que em todas as decisões judiciais tomadas, se tenha por parâmetro balizador os direitos fundamentais do homem. Ter-se-ia, portanto, os direitos fundamentais no topo da hierarquia normativa, impondo-se seu sopesamento antes das normas infraconstitucionais e mesmo Constitucionais, com poder de arrimo primordial da decisão, e, por via de consequência, de afastamento de todas as demais normas dissonantes.⁵¹⁹

Alexy assevera que “a claridade analítico-conceitual é uma condição elementar da racionalidade de toda a ciência.”⁵²⁰ Dessa forma, os direitos fundamentais não podem e não devem ficar apenas no plano teórico, mas encontrar percepção na dogmática, através de uma fundamentação racional de juízos de dever-ser: são os direitos fundamentais concretos.

⁵¹⁷ Idem, p. 123.

⁵¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 40.

⁵¹⁹ Idem, ibidem.

⁵²⁰ Idem, p. 39

Contudo, essa concretude dos direitos fundamentais, a qual se aplicam os controles intersubjetivos, pressupõe uma cristalinidade da estrutura das normas de direito fundamental, bem como de todos os conceitos e formas de argumentação relevantes para a fundamentação jusfundamental.⁵²¹

O Autor percebe os direitos fundamentais com um caráter binário, tendo, de um lado, princípios individuais e, de outro, princípios objetivos. Como consigna o próprio Alexy: “Se não existe clareza acerca da estrutura dos direitos fundamentais e das normas sobre direitos fundamentais, não é possível perceber clareza na fundamentação jusfundamental.”⁵²²

Posteriormente, Alexy faz uma crítica à superestimação do uso da lógica no direito, percebendo-o enquanto mera teoria normativa e, prescindindo do caráter histórico, filosófico e valorativo da ciência jurídica. Cita, nesse talante, Windscheid: “A decisão é um resultado de uma conta da qual os fatores são os conceitos jurídicos”⁵²³. Essa máxima, cediça na teoria tradicional do direito, expressa, no seu ver, uma supervalorização das possibilidades da lógica.

Uma decisão, dessa forma, não pode se valer apenas dos meios emprestados pela lógica, construindo-se a partir das normas e conceitos jurídicos que se deve pressupor. É necessária a utilização de outros critérios, tais como a apreciação dos fundamentos dessas normas e o sopesamento de conhecimentos empíricos. Alexy conclui que uma decisão que queira alcançar resultado sem essas premissas adicionais nunca será produtiva e, conseqüentemente, não terá elementos para construir as premissas normativas necessárias para uma fundamentação lógica realmente correta. Arremata sua fala trazendo à baila o pensamento de Rudolf Von Ihering que critica aqueles que defendem “um culto do lógico, que pensa elevar a jurisprudência a uma matemática do direito”⁵²⁴.

Designa como sendo o *opus proprium* da ciência do direito. Reconhece, assim, a importância da dimensão analítica, já que sem essa consideração não seria possível se falar das valorações indispensáveis à jurisprudência e da utilização metodologicamente controlada do conhecimento empírico.

Alexy, ao admitir que as normas de direito fundamental são normas, percebe como conseqüência lógica a aplicação de todos os conceitos de norma. Disserta acerca da propagação da terminologia “norma” pelas ciências, especialmente pela sociologia, filosofia, etimologia, lingüística e, logicamente, no próprio direito. Entretanto, quase todos os conceitos

⁵²¹ Idem, p. 40.

⁵²² Idem, ibidem.

⁵²³ Idem, ibidem.

⁵²⁴ Idem, p. 45.

a ela atribuídos, nas diferentes áreas, são vagos, e, quando se descobre seu uso óbvio, paradoxalmente surgem polêmicas intermináveis.

Tratando especificamente do direito, Alexy elenca duas possibilidades de considerar uma norma: a primeira, como sentido objetivo de um ato com o qual se ordena, proíbe, permite, autoriza uma conduta, a segunda, como uma expectativa de comportamento estabilizada, um imperativo, um modelo de comportamento que é realizado, e que, em caso de sua não realização, tem como consequência uma reação social. Sugere, assim, um modelo semântico, conciliável com as mais diferentes teses da teoria da validade.⁵²⁵

Sendo patente o fato de que o enunciado normativo contém normas e é, portanto, uma derivação da segunda, tem-se que sempre devemos debruçar a análise do caso nas normas que compõem o enunciado e não no enunciado em si. O Autor traz o seguinte exemplo: “Os alemães não serão extraditados ao estrangeiro”. Nesse caso, teríamos de perquirir acerca do que é uma proibição e de como um enunciado como este expressa uma proibição, bem como se este enunciado expressa uma norma. À primeira pergunta poderíamos responder que a proibição é a negação de uma permissão. Mas o que é uma permissão? A negação da proibição. Então andamos em círculo, chegando sempre às mesmas conclusões. Dessa forma, Alexy propõem conceitos deônticos básicos que se encontram reciprocamente em uma ordem bem definida. À segunda pergunta, Alexy diz que há de se tomar em conta o contexto (tanto os enunciados como as circunstâncias e regras de utilização) da norma.⁵²⁶

Mas dentre as diversas formas de utilização da norma o Autor atribui ênfase ao exemplo antes focado. Classifica-os como enunciados deônticos já que empregam expressões como *podem*, *proibido* e *devem*. Uma expressão deôntica também pode ser expressa pelo termo: “Tem um direito a. (também conceituada por alguns doutrinadores de norma de caráter operativo). Podemos, nesse mesmo talante, ter enunciados deônticos complexos, tais como o previsto na Carta Política brasileira que assegura aos nacionais o direito de associação e de reunião, quiçá um dos maiores reflexos do período de resistência à ditadura e uma das maiores conquistas do processo de redemocratização do país. E, por fim, temos os enunciados imperativos, como, v.g., o que assevera que “jamais poder-se-á extraditar um alemão” e os indicativos sem expressões deônticas, como “Os alemães não serão extraditados ao estrangeiro”⁵²⁷.

⁵²⁵ Idem, p. 54.

⁵²⁶ Idem, ibidem.

⁵²⁷ Idem, ibidem.

“Nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, porém, todo enunciado normativo pode ser transformado em enunciado deôntico”. As chamadas formas *standart* são o último grau dos enunciados deônticos antes da apresentação da estrutura lógica e das normas em um linguajar formalizado.⁵²⁸

A concepção semântica do conceito de norma exposta distingue fundamentalmente o conceito de norma e o conceito de sua validez. Apenas as normas válidas e existentes são normas. Se é necessário falar sobre a existência e a validade de determinadas normas – e não se nega tal imposição das teorias clássicas – também é fundamental que se cuide da não-existência e da não-validade. Doutro revés, lançando mão da filosofia da linguagem, assim como é possível expressar um pensamento sem pressupor que é verdadeiro, também é possível considerar uma norma sem pressupor que ela é válida. E aqui, rejeita-se o paradigma absoluto e positivista ortodoxo de Hans Kelsen, que alça a teoria da validade à mera averiguação de sua perfectibilização legislativa.

Normalmente, através da teoria clássica, a resposta à indagação que perquire acerca da validade ou não da norma é satisfeita de imediato através da aplicação mecânica da teoria da validez. Alexy não rejeita a teoria da validez, mas constrói a análise da validade da norma de outro modo. Enunciados firmados pelos pretórios tais como “essa norma é válida” ou “essa norma deveria ser válida” suscitam problemas de ordem e não se mostram suficientes a resolver a questão da validade das normas.

Através do emprego da linguagem ordinária, Alexy traz dois exemplos assaz elucidativos. No primeiro o assaltante chega no banco e diz “Não me dê nenhuma moeda”, quando não temos, naturalmente, a expressão de uma norma, mas temos uma carga de validade e até mesmo de eficácia no ato. No segundo, o mesmo assaltante diz: “No final de cada mês quero que você deposite R\$ 500,00 em moedas nessa sacola”. Embora seja compreendida, não podemos dizer, mesmo ordinariamente, que tal enunciado vá ter validade, nem tampouco eficácia.⁵²⁹

Mediante esse exame preliminar é possível perceber que Alexy, embora atribua importância relativa à linguagem ordinária e técnica, percebe a funcionalidade da norma como o cerne da solução de seus problemas de existência e validade. Assim, no seu entender, quando estivermos à frente de problemas da dogmática ou de aplicação de uma norma, o conceito semântico será o mais adequado para o alcance da solução do problema. Para Alexy,

⁵²⁸ Idem, *ibidem*.

⁵²⁹ Idem, p. 51.

através de sua utilização será possível verificar se duas normas são logicamente compatíveis, como deve ser interpretada e aplicada, se é válida ou não etc.⁵³⁰

Alexy afirma ainda que o enunciado deva ser considerado também como uma asseveração de validade normativa e não se soluciona pelo mero exame da expressão da norma, já que contém normas ocultas nos enunciados normativos postos. Cabe o uso da asseveração interpretativa, que, como dito – para Alexy – pressupõe um critério pragmático e não mais semântico, uma vez que o segundo é aplicado apenas num primeiro momento. Ele não deixa de ser um enunciado normativo, mas pressupõe diferentes critérios de interpretação. Alexy conclui dizendo que “no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais, tais enunciados tem uma importância secundária. Pode pressupor-se que as normas que foram impostas pelo respectivo ato, são válidas”⁵³¹.

⁵³⁰ Idem, *ibidem*.

⁵³¹ Idem, p. 62.

5 Definição e Fundamentação de Validade dos Princípios (Ideales Sollen) e das Regras (Reales Sollen) em Alexy: Materialidade e Formalidade Principiológica?

O conceito de princípio, para Alexy, está vinculado diretamente à idéia de valor. Da mesma forma como se fala em colisão e no cumprimento gradual de princípios, também é possível falar em colisão e no cumprimento gradual de valores.

A diferença central é que os princípios são mandatos de otimização e como tal, pertencem ao âmbito deontológico, ao passo que os valores pertencem ao âmbito axiológico. Dessa forma, os valores expressam o bom e os princípios um juízo de dever-ser. Como define Alexy: “O que no modelo dos valores é definitivamente o melhor, no modelo dos princípios é definitivamente devido.”⁵³²

Dessa forma, Alexy define princípios como mandatos de otimização, isto é, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível – englobando direitos individuais e coletivos – devendo seguir as regras do discurso racional e adequar-se ao caso concreto.

Assim, Alexy propõe, diante da situação de incompletude e incoerências relativas, o discurso racional fundado na concepção de que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas e essas são divididas entre princípios e regras, com aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade na compreensão dos Direitos Fundamentais, surge como caminho possível.

533

⁵³² Idem, p. 147.

⁵³³ BOHN, Claudia Fernanda Rivera. A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. In: DOBROWOLSKI, Silvio. *À Constituição no Mundo Globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 139, em resumo, aduz: “As normas de direito fundamental se dividem em regras e princípios. Tanto o princípio como as regras são normas, pois ambos emitem um ‘dever ser’ e seus enunciados são compostos pelas expressões deontológicas básicas. Em outros termos, tanto as regras quanto os princípios são razões para juízos concretos de dever ser. Apesar das semelhanças entre os princípios e regras é importante estabelecer as duas diferenças, que para Alexy são de caráter qualitativo. Uma diferença apontada pelo autor está no próprio conceito de cada uma dessas normas, onde as regras são normas ‘que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible’. Os princípios, por outro lado, compõem aquelas normas que ‘ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas e reales existentes. Por lo tanto, los principios são mandatos de optimización, que están caracterizados por el echo de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas’”. Do espanhol para o português: “que só podem ser cumpridos ou não. Se uma regra é válida, então deve-ser fazer exatamente o que determina, nem mais nem menos. Portanto, as regras contém determinações no âmbito do fáctica e juridicamente possível. Os princípios, por outro lado, compõem aquelas normas que ‘ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo eixo de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que na medida exata de seu cumprimento não só dependem das possibilidades reais, senão também das jurídicas’”.

Havendo, porquanto, a verificação de conflito entre uma regra e um princípio – uma antinomia jurídica própria – deve prevalecer sempre o segundo, tendo em vista seu conteúdo largo e informador do direito, especialmente quando se cuida de garantias individuais, que, para muitos constitucionalistas, são as cláusulas pétreas por excelência. Alexy, assim, elabora um critério absoluto de prevalência principiológica diante às regras. As críticas à teoria alexyana, nesse sentido, não se colocam no sentido do alcance dos princípios, mas nos critérios de determinação do conflito entre regras e princípios, entre princípios e à prevalência de uma racionalidade formal para determinação do desiderato dessa problemática, eliminando o caráter conteudístico.⁵³⁴

Para Alexy, o que diferencia princípios de regras é o fato de que os primeiros constituem *razões prima facie* enquanto as segundas seriam *razões definitivas*. É exatamente aí que reside a questão acerca do conflito de princípios, porque estes parecem se aplicar a todas as situações. Segundo Alexy, isto somente ocorre *prima facie*, pois pode ser que no caso concreto um princípio deixe de ser aplicado para se escolher outro, já que eles não são normas *definitivas*: é a questão da *tensão* entre princípios.⁵³⁵ Nessa linha, as ponderações de Alexy:

Un principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor. En cambio, una regla todavía no es soslayada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un mayor peso que principio que apoya la regla. Además, tienen que ser esquivados los principios que establecen que reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello tienen que ser seguidas y que no debe apartarse sin fundamento de una práctica transmitida.⁵³⁶

Para Alexy, então, as regras e os princípios são abrigados pelas normas; ou seja, as normas vertem os princípios e as regras, de sorte que os primeiros correspondem a um grau valorativo fundamental, sendo mesmo a “estrela polar” do trato jurídico, *v.g.*, princípio da igualdade, do fim social da propriedade, de proteção à intimidade; por sua vez, as segundas adquirem *status* de objetividade, perfazendo uma disciplina específica, *v.g.*, regulamentação dos direitos trabalhistas, do usucapião ou do casamento.

É certo que os princípios exigem um fôlego bem maior do jurista no momento da adequação dos fatos às regras. Como assinala Friedrich Muller, é preciso cotejar o “‘programa da norma’ (o texto da norma a ser concretizado e seu significado) e o ‘âmbito da norma’ (a compreensão da realidade dos fatos da vida)”⁵³⁷, ou seja, faz-se necessário um

⁵³⁴ Ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

⁵³⁵ *Idem*.

⁵³⁶ *Idem*, p. 100.

⁵³⁷ Ver: MULLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*.

exercício de exegese assaz intenso, no sentido de interpretar o princípio e coaduná-lo com o caso em apreço, sem descurar, nenhum instante, do enfoque do “conjunto”. O problema, como antes apontado, é emprestar à aplicação principiológica um caráter procedimentalista, relegando a materialidade da norma a uma categoria de inferioridade.

Alexy examina a distinção por ele proposta:

El punto decisivo para la distinción tre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos.⁵³⁸

Os princípios, assim, ordenam que algo que seja realizado na maior medida do possível, ao passo que as regras determinam que algo seja cumprido, nada mais, nada menos.

⁵³⁹ A teoria dos direitos fundamentais, assim, alcançará destaque nas exposições de Alexy, considerando-se um catálogo histórico, que terá característica de definitividade, dispondo de conteúdo de regras; põe-se, nesse sentido, contra o pensamento majoritário acerca da questão.

⁵⁴⁰

Alexy considera o conceito de princípio de forma ampla, alcançando os direitos individuais e coletivos.⁵⁴¹ Nesse ponto, diferencia-se de Dworkin, na medida em que, para ele, os princípios são apresentados como razões de direitos individuais, enquanto que as normas vinculadas a direitos coletivos, são denominadas “*policies*”, cuja tradução pode reportar-se à idéia de diretriz, programa.⁵⁴²

⁵³⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 162.

⁵³⁹ Idem, p. 86.

⁵⁴⁰ No tangente à teoria dos direitos fundamentais, aludindo o catálogo de direitos, Alexy refere: “A teoria dos princípios não diz que catálogos de direitos fundamentais, no fundo, não contêm regras, portanto, no fundo fixações. Ela acentua não só que catálogos de direitos fundamentais, à medida que efetuam fixações definitivas, têm uma estrutura de regras, mas realça também que o plano das regras precede prima facie o plano dos princípios. Seu ponto decisivo é que atrás e ao lado das regras estão os princípios. O contrário de uma teoria dos princípios é, por conseguinte, não uma teoria que aceita que catálogos de direitos fundamentais *também* contêm regras, mas uma teoria que afirma que catálogos de direitos fundamentais compõe-se *somente de regras*. Exclusivamente tais teorias devem aqui ser designadas como “teoria de regras”.(ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 64-5.)

⁵⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 111.

⁵⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 92.

A validade da norma, em Alexy, compreende três fatores, que devem, necessariamente conviver: a) socialmente eficaz; b) tenha validade jurídica (promulgada conforme o ordenamento); c) tenha juridicidade (deve ser moralmente justificada).⁵⁴³ Os maiores questionamentos, seguramente, debruçam-se sobre o terceiro critério, já que a presença do fundamento moral, de uma concepção de alta compreensão axiológica poderia dar azo a decisionismos. E se é verdade que as regras da teoria do discurso, a partir de um “procedimento” estabelecido *a priori* têm o propósito de criar uma “blindagem” a esse risco discricional, também é verdade que o próprio Alexy – como demonstrado precedentemente – reconhece as limitações da teoria do discurso, revelando que ela busca uma *realização aproximada*, verossímil, e, por conseguinte, sujeita à constatação de faltas e à armadilha positivista da busca de elementos externos ao direito lançando-se mão de critérios arbitrários.

544

Os princípios constitucionais de primeiro grau, segundo Alexy, são aqueles que poderão limitar um direito fundamental sem reservas. Os princípios de segundo grau também poderão limitar um direito fundamental, mas somente em conjunto com uma norma que permita tal limitação, v.g. *Princípio da conservação e promoção dos ofícios manuais*. A hierarquia constitucional alude apenas os princípios de primeiro grau. Assim, preambularmente, os princípios deverão vingar, podendo-se admitir recuo apenas nas hipóteses de conflitos principiológicos.⁵⁴⁵

Alexy afirma que se uma Constituição tiver incorporado os direitos fundamentais, especialmente a dignidade, a liberdade e a igualdade, e os princípios como da democracia, do Estado de Direito e do Estado Social, pode-se dizer que contém os mais importantes princípios do direito natural e da razão jurídica da modernidade.⁵⁴⁶ Esses, portanto, seriam os princípios fundantes do sistema.

Dessa forma, um princípio será válido se for viável a alegação com fundamento (*zu recht*) plausível (de acordo com a teoria do discurso) a favor ou contra uma decisão que cuide de direitos fundamentais⁵⁴⁷. Pertencem ao sistema todos os princípios considerados para ele relevantes. Sempre que existir, no mínimo um caso, que o direito poderia ter sido decidido de

⁵⁴³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 86.

⁵⁴⁴ Ver: ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*.
_____. *El Concepto y la Validez del Derecho*.

⁵⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 131.
_____. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. p. 77.

⁵⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. p. 77.
_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 105.

⁵⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 130.

maneira diferente, se o princípio fosse considerado, pode-se dizer que este pertence ao sistema jurídico.⁵⁴⁸

Como aduz Alexy:

Entre los principios relevantes para la decisión iusfundamental se cuentan no solo los principios que están referidos a los derechos individuales, es decir, que confieren derechos fundamentales *prima facie*, sino también aquellos que tienen por objeto bienes colectivos y que, sobre todo, pueden ser utilizados como razones em contra, pero también como razones em favor de los derechos fundamentales *prima facie* es relativamente fácil de determinar. Cada vez que una disposición de derecho fundamental socnfiere um derecho subjetivo, está adscripto a ella, por lo menos, um principio de este ripo. Más difícil de responder es la cuestión acerca de los principios referidos a bienes colectivos.⁵⁴⁹

Alexy entende também que os denominados princípios fracos serão inválidos, ou seja, que na hipótese de colisão com outro princípio nunca terão prioridade.⁵⁵⁰ O exemplo utilizado pelo autor é o do princípio da supremacia racial. De fato, a tese de *não-validade dos princípios*, em que pese correta, não apresenta uma contribuição significativa à teoria jurídica, vez que trabalha com uma etimologia do consenso. No Estado Democrático de Direito, deveras impossível admitir a recepção de princípios que sustentem discriminação racial, rompimento com a ordem democrática e retrocesso social. Porquanto, a sustentação da não-validade dos princípios apresenta utilidade simbólica, na sustentação da democracia.

Outra discussão que provoca a preocupação de Alexy e habita a teoria constitucional contemporânea é a idéia de existência ou não de um princípio de ordem absoluta, que se sobreponha a todos os outros. A dedução oriunda da própria definição de princípio de Alexy, considerando-os mandatos de otimização, no sentido de que não podem ser considerados fortes a tal modo de justificar a existência de princípios de sobreposição suprema, que não podem ser limitados e redargüidos, afasta a possibilidade de admissão de princípios absolutos.⁵⁵¹ O principal argumento de Alexy para a não-absolutização de um princípio é o fato de que haveria uma oposição insuperável entre direito individual e coletivo. Na hipótese de prevalência de um princípio de categoria liberal-individual, os princípios que ofertam guarida à coletividade não prevaleceriam, acontecendo o mesmo na situação antônima. Alexy afirma, portanto, que o princípio absoluto destruiria o sustentáculo das regras do discurso, pois inviabilizaria a aplicação da dimensão do peso. Ademais, teria caráter ilimitado, razão pela qual poderia desequilibrar o sistema jurídico.

⁵⁴⁸ Idem, ibidem.

⁵⁴⁹ Idem, ibidem.

⁵⁵⁰ Idem, p. 105.

⁵⁵¹ Idem, ibidem.

Para Alexy, nem sequer o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto⁵⁵², embora tenha uma característica híbrida, sendo parte regra e parte princípio.⁵⁵³

Por considerar que um princípio absoluto limitaria os direitos fundamentais, Alexy emprega a teoria da restrição (externa) para alcançar um balanceamento na utilização dos princípios.

A teoria da restrição (externa) é aplicada quando um direito é assegurado de forma abrangente e seu conteúdo definitivo for fixado através de uma restrição. Os direitos internos configuram-se quando o conteúdo é fixado *a priori* e não merecem restrições, ao passo que externos são passíveis de limitações.⁵⁵⁴

Em síntese, Alexy admite, então, limitações externas aos direitos fundamentais. Pondera, todavia, a liberdade jurídica geral é que pode ser restringida, ao passo que as liberdades fundamentais, não. O autor ilustra sua afirmação noticiando Julgado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que apreciou um recurso que sustentava inconstitucionalidade em face da imposição de uma multa oriunda do descumprimento do uso obrigatório de capacete pelos motociclistas. O Tribunal tedesco entendeu que realmente havia restrições de liberdade de ação, pois, com a obrigação dos motoqueiros de usarem capacetes de proteção, estava afastada a liberdade jurídica dos mesmos de decidirem livremente usar ou não um capacete. Em virtude da vigência da regra que obriga o uso do capacete, a liberdade *prima facie* cede lugar a uma *não-liberdade definitiva de igual conteúdo*, ou seja, partindo de uma posição definitiva, não existe uma permissão de direito fundamental de usar ou não o capacete. Entretanto, a liberdade de caráter geral, poderá ser restringida, frente à norma estatuída no art. 2, par. 1. da Constituição.⁵⁵⁵ Como afirma Alexy, “la violación de un derecho fundamental es algo muy diferente a sua restricción.”⁵⁵⁶

A aplicação da teoria externa de Alexy parece, de fato, correta. Todavia, o questiona-se novamente é a idéia de emprego da colisão principiológica e da fórmula do peso como critérios determinantes da solução. No caso presente, está-se diante de uma norma de segurança pública, de proteção da auto-lesão e de cumprimento obrigatório. Parece,

⁵⁵² Idem, p. 105.

⁵⁵³ Alexy ilustra sua exposição com o caso de prisão perpétua, onde, devido à periculosidade permanente do detento, o princípio da proteção da sociedade precede ao princípio da dignidade humana (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 108.)

⁵⁵⁴ Idem, p. 269.

⁵⁵⁵ Idem, p. 269-70.

⁵⁵⁶ Alexy refere: “La libertad jurídica general puede ser designada como el ‘bien protegido’ por el artículo 2 párrafo 1 LF. Si se parte exclusivamente de posiciones definitivas, se llega al resultado de que nunca pueden ser restringidas las posiciones iusfundamentales, pero si los bienes iusfundamentalmente protegidos.” (Idem, p. 271.)

novamente, que a aplicação da regra, novamente, resolveria a questão, evitando-se a suscitação do conflito principiológico e a aplicação da Lei Fundamental.

Mas a par desse debate, outro questionamento é erigido por Alexy: Tanto princípios formais (*formellen oder prozeduralen prinzipien*), quanto materiais (*inhaltlichen oder materiellen prinzipien*), admitem tal restrição?

Inicialmente, é preciso compreender a dimensão de princípio formal e material determinada por Alexy. Os princípios materiais dizem com o conteúdo principiológico individual ou coletivo, tais como a liberdade jurídica. Os formais, por sua vez, abordam os procedimentos firmados na Lei Fundamental para o cumprimento das normas, independentemente de seu conteúdo, tais como a tripartição dos poderes e a segurança jurídica.⁵⁵⁷

Novamente aqui cabe ressaltar a idéia da preponderância da forma em detrimento do caráter conteudístico das normas, o que justifica o caráter procedural da teoria de Alexy, em detrimento das teorias substancialistas. Os princípios formais – e Alexy é categórico na sua afirmação – devem ser cumpridos de forma inafastável, sem possibilidade de justificativa de oposição. Aqui, Alexy traz situação interessante na Alemanha, onde o Tribunal Constitucional traz uma *prerrogativa de valoração, um espaço de prognose*. Alexy observa que é impossível de delimitar em definitivo todos os casos de competência de prognóstico do legislador e a competência do Controle do Tribunal Constitucional. Logo, a proteção dos direitos fundamentais vai depender do caso concreto, ou seja, do princípio afetado. Assim, o problema das *margens de manobra* do legislador converte-se em um problema da ponderação (fórmula do peso) entre o princípio jusfundamental material afetado e o princípio formal da competência de decisão do legislador democraticamente legitimado.⁵⁵⁸

Contudo, como anunciado anteriormente, Alexy propõe a *irrefutabilidade* dos direitos formais/procedimentais, razão pela qual não se poderá objetar conteudisticamente para desconsiderar a concepção procedural firmada pela Carta Política. Isso justificaria, por exemplo, o retardamento demasiado de determinado processo em razão da necessidade de produção probatória exauriente (e protelatória), fruto da imperatividade do princípio formal da segurança jurídica. Por outro lado, a situação inversa também seria justificada, no sentido de inviabilizar a busca da pretensão material no processo em vista da observação indúbia do devido processo, sustentando, identicamente, procedimentos protelatórios (do ponto de vista

⁵⁵⁷ Idem, p. 100.

⁵⁵⁸ Idem, p. 454.

material), mas formalmente identificados. Nessa linha, calha trazer a observação de Ovídio Baptista da Silva:

No direito processual, esta ‘naturalização’ da realidade tem uma extraordinária significação. Diríamos que ela é um dos pilares do sistema. É através dela que o juiz consegue a tranqüilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável. Se ele recusar-se a outorgar alguma espécie de tutela que, de algum modo, modifique o *statu quo*, imaginará que sua imparcialidade será preservada. Para o pensamento conservador manter o *statu quo* é o modo de não ser ideológico. [...] Este é o suporte teórico que legitima, tanto a plenariedade da cognição, quanto a busca da ‘vontade da lei’. Se o juiz aplicar a vontade da lei imagina-se que a injustiça terá sido cometida pelo legislador”.⁵⁵⁹

Os princípios, para Alexy, também podem ser configurados como dever-ser ideal (*ideales sollen*), o que não afasta a caracterização de mandatos de otimização. Importa observar que não pressupõem que aquilo que foi exigido seja realizado em todas as suas proporções factuais ou jurídicas; mas, que seja realizado aproximadamente ou na maior medida possível, com um caráter verossímil, de pretensão de correção. Nesse aspecto, existe uma diferença em relação às regras, que são um dever ser real (*reales sollen*), uma vez que podem ou não ser cumpridas.⁵⁶⁰

A esse teor, a arquitetura alexyana:

Más importante que la referencia a la diversidad es la constatación de la indeterminación. En el amplio mundo del deber ser ideal. Cuando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrecho mundo del deber ser definitivo o real, se producen colisiones o, para usar otras expresiones frecuentes, tensiones, conflictos y antinomias. Es entonces inevitable sopesar principios contrapuestos, es decir, hay que establecer relaciones de preferencia.⁵⁶¹

A regra, quando desconsiderada, poderá ser afastada do ordenamento, estabelecendo-se um critério de violação, já que dispõe de fixação prévia de critérios e determina que algo pode ou não ser realizado, de forma absoluta e imperiosa.⁵⁶²

Doutra banda, o descumprimento de um princípio estará vinculado à concepção argumentativa na *applicatio*, que, naturalmente, será regida pelas regras da teoria do discurso. Entretanto, como pondera Alexy, o afastamento (não-aplicação) em determinado caso, de um princípio dado, não representa sua expulsão, violação ou retirada de eficácia. O princípio

⁵⁵⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 16.

⁵⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 133.

⁵⁶¹ Idem, *ibidem*.

⁵⁶² Idem, *ibidem*.

permanece no ordenamento, só que, no caso específico, não será considerado, já que presente outro de carga valorativa maior.⁵⁶³

No tocante à pertinência do estabelecimento do conflito principiológico e ao grau de alcance do *mundo da vida*, já foram tecidas considerações, que serão retomadas posteriormente, num viés de exame pragmático.

⁵⁶³ Idem, ibidem.

6 A Distinção do Caráter *Prima Facie* de Regras e Princípios: Os Limites da Semântica do Discurso (Racional) e os Princípios como Marco Paradigmático de Superação da Dedução Causalista-Explicativa

Para Alexy, o diferente caráter *prima facie* dos princípios e regras diz respeito à concepção de que os princípios ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, mas não contém mandato definitivo, senão apenas *prima facie*, enquanto as regras exigem que se faça exatamente o que ordenam, por conterem uma determinação no âmbito de possibilidades jurídicas e fáticas.⁵⁶⁴

Um mandato *prima facie* é um mandato cuja validade não significa que aquilo que se exige para o caso, valha como resultado definitivo. A validade de um mandato *prima facie* simplesmente apresenta um argumento para o resultado final, permitindo-se, todavia, a redarguição dos argumentos postos.⁵⁶⁵

Assim, a distinção proposta por Alexy para mandatos *prima facie* alcança contornos assaz dessemelhantes nos princípios e nas regras. Os princípios, como dito, ordenam que algo deva ser realizado numa determinada medida, de forma relativa. Daí decorre a afirmação de que os princípios são considerados mandatos de otimização, não contendo, portanto, mandatos definitivos, mas somente mandatos *prima facie*.⁵⁶⁶

Nessa esteira, no tocante ao exame contencioso, num caso concreto, todos os princípios estão no mesmo patamar de igualdade, contudo, sua carga argumentativa poderá ser modificada mediante a apresentação de um contra-argumento, desde que alicerçado nas regras do discurso.

Por sua vez, as regras, registram uma determinação de definitividade, impondo a execução tal e qual da ordem dada. Dessa forma, presentes os requisitos de validade, as regras deverão ser executadas e cumpridas, sem possibilidade de contra-argumento, como ocorre nos princípios.⁵⁶⁷

Consoante Alexy, assim:

Segundo a definição padrão da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas ou jurídicas. [...] Completamente de outra forma são as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, só ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer rigorosamente

⁵⁶⁴ Idem, p. 99.

⁵⁶⁵ Idem, ibidem.

⁵⁶⁶ Idem, ibidem.

⁵⁶⁷ Idem, ibidem.

aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, fixações no espaço do fática e juridicamente possível. Elas são, por conseguinte, *mandamentos definitivos*. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, mas a subsunção.⁵⁶⁸

Percebe-se, pelo texto publicado por Alexy em 1998, fruto de conferência ministrada no Brasil, na Esmafe, uma reafirmação da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, e, também, do emprego da subsunção kelseniana no tocante às regras. Tal divisão estreita, hermética, sem possibilidade de construção argumentativa, vez que as regras *fazem rigorosamente o que se pede*⁵⁶⁹, parece cingir a interpretação ao âmbito dos princípios, inumando-a quando presente o mister de aplicação da regra. Parece que, nesse aspecto, presente está um viés frágil da classificação e das definições propostas por Alexy, porquanto a interpretação também é necessária nas considerações respeitantes ao manejo das regras, face às lacunas, mas especialmente às particularidades do caso concreto, ao amplo espectro do *mundo da vida*.

Alexy tenta emprestar solução para o problema propondo uma cláusula de exceção. Isso se funda na idéia de que, embora menos evidente do que nos princípios, ele reconhece também nas regras, um caráter *prima facie*, o que, num primeiro momento, sugere contradição, já que a *teoria dos direitos fundamentais* propõe um caráter de definitividade para as regras.

Para Alexy, os princípios formais, tidos por suporte das regras, autorizariam a cláusula de exceção. É preciso, contudo, que se fundamente a utilização da cláusula de exceção, vez que não é possível redargüir uma regra do discurso cabal: “a de que as regras são mandatos definitivos”. Dessa forma, o atendimento do princípio formal contrário deve sobrepor-se ao dever de cumprimento restrito e pleno da regra.⁵⁷⁰ Dessa forma, o caráter *prima facie* das regras será potencializado pelo aumento da força, do peso e da consideração dos princípios formais.

Um exemplo⁵⁷¹ elucida melhor a aplicação da teoria. Regra 1. É proibido abandonar a sala antes que soem os sinos. Regra 2. Deve-se abandonar a sala em caso de alarme de incêndio. Se, todavia, não houver soado o sinal de saída e se for dado o alarmente de incêndio,

⁵⁶⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 64.

⁵⁶⁹ Idem, *ibidem*.

⁵⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 100.

⁵⁷¹ Outro exemplo sustentado por Alexy também pode ser empregado: “Deve-se ultrapassar pela esquerda”. Logo, percebe-se que se trata de uma regra que vale definitivamente, vez que poderá ou não ser cumprida. Contudo, é incontestável que em situações extremas, perigo de vida iminente, por exemplo, esta regra poderá ser minimizada, acrescentando-se uma cláusula de exceção, que permite a ultrapassagem pela direita. A aplicação da cláusula de exceção ocorre em duas etapas: 1) Aplica-se a regra de forma definitiva; 2) Questiona-se se o resultado adquirido no caso concreto apresentando uma decisão justa, com fulcro nos princípios válidos do sistema jurídico. A seguir, sem a observância da regra, efetua-se a ponderação dos princípios em colisão. Assim, a regra de exceção suplanta a primeira regra. No caso da ultrapassagem, ter-se-ia a seguinte situação: “Deve-se ultrapassar pela esquerda, exceto se de outra forma poderá ser reduzido perigo de vida iminente”. (Idem, p. 87.)

essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito é solucionado acrescentando uma cláusula de exceção na primeira regra para o caso de alarme de incêndio. Se não for possível introduzir uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser reconhecida como inválida.⁵⁷²

A regra de definitividade, portanto, fica suplantada pela regra de exceção, fundada num princípio formal. No instante inicial, tem-se a regra sem caráter *prima facie* e no segundo momento tem-se a regra com caráter *prima facie*, fruto da ponderação entre os princípios, que alicerçam a regra de exceção.

Assim, as normas que possuem um conteúdo completamente fixado são classificadas como regras e as que necessitam da fixação de conteúdo, são classificadas como princípios, podendo-se registrar concepções diversas, de acordo com o caso concreto e em caráter excepcional.

Percebe-se que Alexy apresenta uma exceção significativa à teoria das regras, que registra caráter inicial robusto e dotado de juízos de certeza intransponíveis. A regra de exceção seria, assim, a impossibilidade de aplicação da regra, com a perda de sua característica de mandado definitivo, em face da presença de um conflito principiológico, que, no caso concreto, surpreenderia o cumprimento *strito sensu*.

Dworkin, distintamente de Alexy, considera que as regras devem ser aplicadas “tudo ou nada”, lançando mão de critérios distintos de gestão de conflitos.⁵⁷³ Alexy, contudo, critica o caráter trivial da afirmação, sustentando a indispensabilidade da regra de exceção.⁵⁷⁴

Em ilação, tem-se que a distinção entre regras e princípios é de cunho qualitativo e não de grau. Alexy reconhece o método subsuntivo como suficiente à aplicação das regras, ofertando a ponderação – teoria do peso – para os princípios. Todavia, propõe uma regra de exceção para solucionar os problemas da insuficiência da subsunção no tocante às regras.⁵⁷⁵

Superadas as considerações relativas às regras, necessário precisar e determinar o critério de solução de conflitos nos princípios, qual seja, a máxima da proporcionalidade, que poderá ser aplicada tanto em relação à obrigação do Estado em fazer, como em deixar de fazer algo, pressupondo a intervenção tenha um objetivo legítimo.⁵⁷⁶

Segundo Alexy:

⁵⁷² Idem, p. 87-8.

⁵⁷³ Ver: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*.

⁵⁷⁴ Ver: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*.

⁵⁷⁵ Idem.

⁵⁷⁶ Idem, p. 113.

A lei da ponderação expressa que o otimizar relativamente a um princípio colidente de outra coisa não consiste que do ponderar. A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.⁵⁷⁷

Dessa forma, pode-se concluir que se têm três subdivisões ao princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima da adequação e da necessidade aludem a fórmula de Pareto, com o escopo de traduzir a interpretação mais benéfica, e calcada especialmente nas curvas de indiferença. A situação será considerada mais adequada quando for impossível repassá-la a outra hipótese, sem que, no mínimo um indivíduo obtenha otimização e nenhum decline para situação de regresso. “Las curvas de indiferencia aclaran las ideas que se encuentran detrás de la ley ponderación. Pero, no ofrecen un procedimiento definitivo de decisión”⁵⁷⁸.

O caráter utilitarista da máxima da adequação, primeiro alicerce da proporcionalidade, denuncia um comprometimento causalista e racionalista. Alexy busca objetivar a aplicação principiológica, impingindo uma graduação lógica ao conflito de princípios, como, aliás, já propuserem Kelsen⁵⁷⁹, com a *Teoria Pura*, e Pontes de Miranda⁵⁸⁰, com os critérios estabelecidos para as cargas eficaciais na teoria quinária das ações. Parece que tal assertiva carece de adequação metodológica no que toca ao direito da modernidade, vez que alçar Pareto a critério determinativo de uma teoria *interpretativa* ou, mesmo que discursiva-procedural, com pretensões à fixação de bases para a compreensão, soa de forma estranha e distancia-se da idéia de rompimento com o causalismo-explicativo e o cartesianismo. Evidente, portanto, o comprometimento racionalista e logicista da máxima da adequação, esteio primeiro da ponderação.

A esse teor, por sinal, pertinente as alterações de Ovídio Baptista da Silva:

Estando, como estamos, submetidos ao pensamento do ‘certo’ e do ‘errado’, fieis ao raciocínio matemático, com a neutralidade axiológica que o sistema pressupõe dos tribunais, devemos oscilar entre o ‘branco’, quando – a ‘nosso’ juízo – o julgador reproduzira o texto criado pelo legislador; ou, ao contrário, cairemos na zona ‘preta’, sempre que a sentença, parecendo ‘branca’ a nosso adversário, para ‘nós’, seria ofensiva da lei, consequentemente ‘errada’. As colorações, os incontáveis matizes que nos permitiriam encontrar a justiça nos casos individuais –

⁵⁷⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 111.

⁵⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 162.

⁵⁷⁹ Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*.

⁵⁸⁰ Ver: MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I.

por isso que infensos às regras – são recusados por princípio.⁵⁸¹ [...] O legislador é que nos dirá, por meio de uma norma de caráter geral, o que deve ser tido como justo. Em segundo lugar, esse conceito mutilado de ciência é também relevante para o direito processual por nos mostrar que, para o sistema jurídico, o ‘senso comum’ tornou-se ‘logificado’, como disse Gadamer. Somente será ‘racional’ o que seja ‘explicado’ logicamente. Se não concluirmos, silogisticamente, a partir da premissa que nos informa o que é justo (aquilo que está posto pelo legislador), não estaremos autorizados a emitir juízos éticos, portanto não poderemos qualificar uma determinada conduta humana como ‘justo’ e do ‘injusto’ passa a ser uma incumbência dos especialistas em exegese legal.⁵⁸²

De qualquer sorte, para Alexy, a máxima da adequação significa que a média a ser tomada deve efetivamente contribuir para alcançar o objetivo buscado.

Por sua vez, o segundo arrimo da ponderação, a necessidade, exige que os meios tenham idêntica eficácia, afetando o indivíduo o mínimo possível. Assim, entre os meios disponíveis diante à situação, a escolha deve debruçar-se sobre aquele que detiver o menor caráter interventivo, ou seja, o mais complacente, o mais comedido.⁵⁸³ Ademais, na ponderação dos princípios, “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de um principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro”.⁵⁸⁴ Dessa forma, a realização jurídica de cada princípio encontra zona limítrofe na realização jurídica do outro, que registra caráter de semelhança com aquele que está sendo ultrajado. “O princípio da necessidade pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem P1, escolher aquele que menos intensamente intervém em P2”⁵⁸⁵.

Mas Alexy acrescentou à tríade que sustenta o princípio da proporcionalidade, o sub-princípio da idoneidade, mas ainda com o propósito de otimizar as possibilidades fáticas, com fulcro no teorema de Pareto, empregando um raciocínio lógico. “Uma posição pode ser melhorada, sem que apareçam desvantagens para outras”⁵⁸⁶, potencializando-se a idéia de Pareto. Como informa Alexy, no momento em que firmou tal sub-princípio, em publicação que detalhou resposta às críticas de Habermas:

⁵⁸¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 290.

⁵⁸² Idem, p. 295. Valendo acrescentar ainda, às ponderações de Ovídio Baptista acima expostas: Ou o magistrado sujeita-se ao sentido *unívoco* da lei, ou será arbitrário. Em última análise, a penosa passagem do pensamento lógico para o analógico deve ter como pressuposto uma concepção do Direito que o faça comprometido com valores, que o conceba como um direito permeado pela eticidade. (Idem, p. 290.) [...] A resistência oferecida pelo sistema, já o dissemos, é uma consequência da própria lógica matemática que estrutura o pensamento jurídico moderno, perante o qual ou o juiz será servo da lei ou, ao contrário, arbitrário. Esta lógica não admite a existência do que seria um termo médio, uma sentença que, não sendo escrava do texto, não fosse, mesmo assim, arbitrária, que pudesse conter discricionariedade sem arbitrariedade. (Idem, p.292.)

⁵⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 111.

⁵⁸⁴ Idem, p. 161.

⁵⁸⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 110.

⁵⁸⁶ Idem, ibidem.

O princípio da idoneidade exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar ou dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir. Se um meio M, que é empregado para fomentar a realização do princípio P1, para isso não é idôneo, certamente, porém, prejudica a realização do princípio P2, então não nascem custos nem para P1 nem para P2, se M é deixado cair, certamente, porém, custos para P2 se M é empregado. P1 e P2 podem, então, juntados, relativamente às possibilidades fáticas, ser realizados em uma medida superior, se M é deixado cair. P1 e P1, juntados, proibem, com isso, o emprego de M.⁵⁸⁷

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito exige que o meio empregado seja adequado à pretensão que se pretende lançar mão, bem como pertinente no tocante ao resultado que se persiga. Enfim, os meios devem ser proporcionais e buscar, na medida certa e adequada, a solução.⁵⁸⁸

Alexy apresenta um caso que, segundo ele, sustenta a tese dos esteios da proporcionalidade apresentados. Na hipótese do Estado querer prevenir a população que contraiu AIDS; propõe que as pessoas infectadas sejam postas em quarentena vitalícia. Pode ser que a medida adotada realmente previna a população, na maior medida possível; contudo, nesta situação, também devem ser levados em conta os direitos daquelas pessoas infectadas pela AIDS. A medida tomada, assim, deve ser adequada, buscando uma postura interpretativa.⁵⁸⁹

Aqui, mister repisar as críticas tecidas precedentemente, no sentido de que a ponderação, por vezes, não encontra utilidade acentuada na pragmática apresentada por Alexy. Nesse talante, mister questionar se é razoável evocar a ponderação para solucionar um caso que cogita a possibilidade de quarentena de pacientes portadores de SIDA. Tal hipótese encontraria algum amparo no ordenamento de um Estado Democrático de Direito? A aplicação da norma não resolveria a questão como um *desde já sempre*, já⁵⁹⁰ que é consenso o fato de que a quarentena seria um vilipêndio à dignidade da pessoa humana.

Contudo, a colocação de Alexy permite, também, o contra-argumento, sugerindo que alguém poderia objetar que em nome da coletividade a quarentena vitalícia estaria justificada, deixando em segundo plano a liberdade individual dos portadores da SIDA. Alexy, assim, não afirma a existência de uma única resposta certa sugerindo que, nas regras do discurso, está o fundamento para o alcance da razão prática em geral e para a razão jurídica, alvejando-se a solução para o caso específico, com fulcro na ponderação, na fórmula do peso e suas

⁵⁸⁷ Idem, *ibidem*.

⁵⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 114.

⁵⁸⁹ Idem, *ibidem*.

⁵⁹⁰ Ver: STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*.

variantes, a adequação, a necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito e a idoneidade.⁵⁹¹

Veja-se que mais uma vez impera o *risco discricional* na teoria alexyana, já que se pode cristalinamente aferir que quanto maior o grau de demonstração pragmática, empregando-se as regras do discurso, a ponderação, maior a presença da valoração perversa, que pode conduzir a sentidos opostos, por vezes malfadados. No caso presente, a *applicatio* da ponderação permite a sustentação fundada – ao menos em termos de regras do discurso – da quarentena dos portadores de AIDS, o que soa como uma aporia assaz nefasta e redentora do risco discricional do positivismo kelseniano, muito embora por via diversa.

No tocante ao caráter geral dos princípios, Alexy afirma que são relativamente gerais vez que não estão referidos às possibilidades do mundo real ou normativo. No momento que se estabelecem os limites a esses mundos, tem-se um sistema de regras diferenciado.⁵⁹²

Um destaque dentre as múltiplas propriedades dos princípios é que os princípios permitem conhecer seu conteúdo valorativo mais facilmente que as regras, portanto, são de importância fundamental.⁵⁹³ Em que pese essa afirmação, a idéia de fixação de uma dimensão de *peso* dos princípios sugere que, por vezes, o caráter valorativo pode redundar num decisionismo.

Além disso, no tocante à própria regra, a afirmação de que esta não prescreve nenhum resultado, cingindo-se a sinalar o norte argumentativo, amplia seu caráter semântico. Nos dizeres de Alexy, cuida-se de um sistema aberto – e aqui fica clara a influência hartiana⁵⁹⁴, que propõe as texturas abertas -, já que a busca das soluções depende do caráter axiológico que é controlado através da fórmula do peso, da ponderação.⁵⁹⁵ Ora, esse caráter aberto das próprias regras, solucionável através da ponderação, pode sugerir relativismos decisionais, além de que conflitam com a alteração embrionária da teoria alexyana de que a aplicação das regras se dá pela subsunção.

Dessa forma, parece vulnerável a assertiva alexyana de que a combinação dos princípios, das regras e dos procedimentos ditados pelo discurso, com espeque na teoria da argumentação, pode oferecer amparo para a solução de problemas normativos, a partir de uma matriz analítica e evitando-se os decisionismos e discricionariedades.

Como aponta, com clarividência, Lenio Streck:

⁵⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 34 e 114.

⁵⁹² Idem, *ibidem*.

⁵⁹³ Idem, *ibidem*.

⁵⁹⁴ Ver: HART, Herbert. *O Conceito de Direito*.

⁵⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 525.

Nesse embate paradigmático, assume relevância a tensão entre regras e princípios. Ante o conceitualismo provocado pelo império das regras, transformadas em significantes primordiais-fundantes, aptos para subsunções e deduções, reforçando, portanto, a subjetividade (discricionariedade) do intérprete, os princípios constitucionais ingressam no cenário para superar esse paradigma da dedução (causalista-explicativo), que se move ainda no plano da teoria do conhecimento (esquema sujeito-objeto). Portanto, a questão não é só metodológica; é ontológica no sentido clássico – esse paradigma é o da objetivação; nesse paradigma, há uma questão de método –; é uma posição ontológica-metafísica. Move-se, pois, no campo do fundamental. Em outras palavras: há um fundamento objetivamente ontológico e disso resulta o método positivista. E é por tais razões que o método positivista exclui o hermenêutico e a pré-compreensão. Quem está preso a esse paradigma é incapaz de entrar no campo do compreender [...] ⁵⁹⁶

O que propõe Lenio Streck, assim, é a superação do paradigma causalista-explicativo, da relação sujeito-objeto, das bases de filosofia da consciência. Manter uma diferença conceitual entre princípio e regra reforça o mote positivista. Dessa forma, a diferença entre princípio e regra é de caráter ontológico, não conceitual-procedural. Os princípios, assim, informam o sistema e contribuem para a aplicação das regras, de sorte que não devem ser empregados apenas nos conflitos principiológicos – hipóteses de evocação direta dos princípios – ou quando da utilização da norma de exceção quando do manejo das regras.

Ademais, é necessário superar a idéia de subsunção, ainda mantida por Alexy na aplicação das regras, num indisfarçável comprometimento com o caráter positivista. Se por traz de cada regra há um princípio, é a interpretação, é o compreender/aplicar que oferecerá a solução para o caso concreto apreciado, sem a cisão de discursos. Os discursos prévios, portanto, representam um resgate da discricionariedade positivista, e, mesmo que a teoria alexyana tenha um cariz analítico (argumentativo) /discursivo, não consegue fugir desse espectro.

Aliás, nesse viés, Alexy propõe que a teoria do discurso, *a priori*, estabelece as regras a serem aplicadas no caso concreto, como se fosse possível estimar as circunstâncias de peculiaridade de cada situação posta diante do Judiciário. O discurso prévio, assim, fere de morte a relação do direito com o *mundo da vida*, até porque, direito é vida e sem ela não registra razão de ser.

É preciso, assim, libertar-se – efetiva e paradigmaticamente - do modelo positivista, com o propósito de alcançar o compreender, reconhecer que compreender e aplicar convivem simultaneamente, não admitindo segregação. Parece, a toda evidência, que Alexy não superou

⁵⁹⁶ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 267.

esse paradigma, mantendo-se atrelado ao positivismo, especialmente no que tange à subsunção das regras, à fixação de um diferencial cabal entre regras e princípios, à pretensão de uma norma corretiva arrimada na moral e, finalmente, na construção de uma solução prévia⁵⁹⁷, com adaptação, *a posteriori*, ao caso concreto.⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ Dessa forma, necessário observar que, em que pese a pretensão alexyana de superar o modelo da subsunção, ao menos para os princípios, quando arquiteta um discurso prévio que se “encaixe” no caso concreto, a partir da atenção incondicional às regras do procedimento, resta por propor uma espécie de “subsunção” das regras do discurso – não mais a lei – ao caso concreto. Nessa esteira, parece existir uma migração do comprometimento com a lei (matriz positivista) para o endeusamento do procedimento. Enfim, o caráter conteudístico – como ocorre no positivismo - fica relegado a segundo plano, sendo que as regras do discurso – mais de sessenta por sinal – viabilizam a solução de todo e qualquer caso posto perante o Judiciário.

⁵⁹⁸ Como adverte, oportunamente, Lenio Streck: “Como é possível impedir que os juízes decidam “como querem” – porque, afinal, obedecem apenas a 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)” (Idem, p. 269-70.)

7 A Colisão dos Princípios, das Regras e a Ponderação (Racional) Discursiva: *Mundo da Vida, Razão Prática e os Limites Aplicativos da Teoria*

Definido o alcance do caráter semântico de regra e princípio em Alexy, bem como as virtudes e as limitações das pretensões de sua teoria discursiva, que congraça regra, princípio e procedimento, firmando a ponderação – adequação, necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito – como precípua âncora procedimentalista, necessário observar, detidamente, como se dá a aplicação da combinação no conflito de normas.⁵⁹⁹

Antes, porém, ingente resgatar uma presença constante da *Teoria de la argumentación* e que não aparece com tanta frequência na *teoría de los derechos fundamentales*: a moralidade como fundamento axiológico. Veja-se que Alexy não “esquece” da moral como elemento fundante de sua teoria, contudo, procura desenvolver agora uma moral procedimentalista, que está presente no caráter adequativo e, especialmente, de idoneidade do juízo da proporcionalidade. Porquanto, a moral não deixa de ser razão de fundamento, muito pelo contrário, é aviventada nos sub-princípios constituidores da proporcionalidade, que, como se viu e verá, será o principal instrumento pragmático de solução de conflitos no modelo regras-princípios-procedimento.

Isso também resgata o alerta de que a teoria alexyana pode oferecer sólida guarida aos decisionismos, já que a moral é elemento axiológico potencializante e, alçada à condição de aplicação procedural, acaba por ter robustecida sua força, porquanto considerada categoria absoluta.

A colisão de regras será constatada quando dois de seus pressupostos fáticos aplicados entrarem em colisão. As regras, como visto, constituem-se em mandatos definitivos, podendo-se realizar exatamente o que determinam. Põe-se, assim, num âmbito da objetividade, clamando a aplicação da regra subsuntiva.⁶⁰⁰

Constituindo-se num juízo de dever-ser, diferentemente dos princípios, quando entrarem em colisão, uma das regras terá vitimada sua carga de validade, com sua eliminação do sistema jurídico. Assim, deve-se aferir se a regra pertence ou não ao ordenamento.⁶⁰¹

⁵⁹⁹ Vale ressaltar que as regras e princípios são razões de tipos diferentes. Podem ser consideradas razões para ações ou razões para normas (universais ou individuais). Um dos critérios de distinção dos princípios e regras qualifica os princípios como razões para regras e só para elas. Se isto fosse correto não poderiam ser razões para juízos concretos de dever ser. Também a primeira vista é plausível que os princípios sejam razões para regras e as regras razões para juízos concretos de dever ser (normas individuais), mas uma análise mais acurada percebe que não é bem assim. Regras podem ser razões para regras assim como princípios podem ser razões para decisões (Ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*.)

⁶⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 87.

⁶⁰¹ Idem, p. 105.

Alexy sustenta, assim, os critérios de solução da teoria jurídica clássica, de que a lei posterior derroga a anterior, a lei especial revoga a geral e a lei de hierarquia superior revoga a de inferior, acrescentando que poderá se considerar, também, a importância das regras em conflito, desde que normatizada pela lei.⁶⁰² Alexy não avança, contudo, na delimitação do que considera critérios de importância das regras. Enfim, como aduz Alexy:

Uma norma vale o no vale jurídicamente. Que una regla vale y es aplicable a um caso significa que vale también su consecuencia jurídica. Cualquiera que se ala forma como se los fundamente, no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser recíprocamente contrattorios. Si se constata la aplicabilidad de dos reglas com consecuencias recíprocamente contradictorias em el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lomenos, a una de las reglas.⁶⁰³

Alexy propõe, assim, três caminhos para a busca de solução do conflito de regras: a) a declaração de pelo menos uma das normas colidentes como inválida ou juridicamente não-vinculativa; b) a declaração, de pelo menos, uma das normas como não-aplicável ou correspondente; c) o encaixe livre de ponderação, de uma exceção em uma de ambas as normas.⁶⁰⁴ Nessa linha, Alexy propõe uma valorização do caso concreto, tanto que é traço comum de sua obra a consideração de julgamentos dos tribunais⁶⁰⁵, como pode se verificar do caso a seguir referido:

Caso-Titanic ou “soldado-assassino” – A propaganda de revista ilustrada de sátiras Titanic designou um oficial da reserva hemiplégico, que praticou exitosamente sua convocação para um exército militar, primeiro como “nascido-assassino” e em edição posterior como “aleijado”. O tribunal da terceira instância de Düsseldorf condenou à Titanic, com vista à demanda do oficial de reserva, uma indenização em dinheiro de 12.000 marcos alemãs. A Titanic promoveu recurso constitucional. O Tribunal Constitucional efetuou a ponderação entre a liberdade de manifestação de opinião dos participantes do lado da revista e o direito de personalidade geral do oficial da reserva. Considerou-se intervenção grave, com efeito forte e duradouro, a condenação, no tocante à liberdade de opinião. Isso porque a condenação poderia afetar a formação futura da revista. O grau de intervenção no tocante à designação soldado assassino, por ser uma parvoíce, um jogo de palavras, foi considerado mediano ou, até, mínimo. Contudo, num segundo momento, considerou-se uma intervenção grave no direito de personalidade do

⁶⁰² Idem, p. 88.

⁶⁰³ Idem, ibidem.

⁶⁰⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 65.

⁶⁰⁵ Caso-crucifixo – A liberdade de crença abrange tanto o direito de praticar uma crença, como o direito de não ter uma crença e de ficar livre da prática de uma crença. Portanto, um aspecto positivo e outro negativo. Assim, as escolas poderiam colocar erigir uma cruz católica, obrigando os demais a estudar sob ela? Aqui, colide a liberdade de crença negativa dos não-cristãos, que, sem possibilidade de evitação, devem aprender sob a cruz, e a liberdade de crença positiva, de firmar convicção de crenças no quadro das instituições estatais. O Tribunal Constitucional Alemão determinou a retirada das cruzes das escolas públicas, prestigiando o princípio da liberdade de culto (Idem, p. 58.)

soldado, a designação aleijado, já que violaria a idéia de hemiplégico. Assim, a síntese da decisão: a) condenação em dano imaterial -12.000 marcos (grave); b) designação soldado assassino (média); c) designação aleijado para o hemiplégico (grave). Pela letra c, justificou-se a condenação aos danos morais.

No que toca à faticidade do caso concreto, necessário observar, preliminarmente, que a referência ao caráter patológico do soldado (hemiplégico), poderia, em regra, alcançar fundamento constitucional discriminatório. Todavia, considerar de alcance médio a designação de “assassino”, parece, no mínimo, desarazado, já que além de representar ofensa direcionada, denota a caracterização de mácula à atuação do cidadão enquanto extensão do seu país, na qualidade de mandatário. Ademais, o que se questiona é a necessidade de utilização da ponderação, já que a aplicação da legislação concernente ao dano moral e a consideração da faticidade – especialmente a repercussão das ofensas protagonizadas pela imprensa – poderiam emprestar solução adequada ao caso.

No que toca aos três caminhos apontados por Alexy, tem lugar a crítica à designação do que o autor atribui que seja princípio, com caráter distintivo marcante em relação às regras, bem como o fato de que eles são evocados, tão-somente, na hipótese de aplicação que suscita conflito entre eles, necessidade de ponderação ou, acessoriamente, quando aplicada a norma de exceção em relação às regras. Dessa forma, os princípios não seriam informadores do direito, mas sim categorias particularizadas que devem ser empregadas de acordo com as normas do discurso, o que redundaria no emprego indevido da axiologia.⁶⁰⁶ Como propõe Lenio Streck, “há que se discordar daqueles que querem descaracterizar a noção de princípio, transformando-o em um mero “postulado” ou mandato de otimização. Por trás disso está um projeto positivista, pretendendo resgatar a abstratidade da regra e afastar a razão prática ínsita aos princípios”⁶⁰⁷.

A solução da colisão entre as regras e princípios, por sua vez, dá-se quando há a possibilidade, ao menos em tese, de aplicação de uma regra e um princípio. Estaria excluída, à primeira vista, a possibilidade de emprego da ponderação, já que a teoria discursiva prevê a utilização da fórmula do peso, tão-somente, para a colisão de princípios. Como visto, a regra

⁶⁰⁶ Nessa esteira, por sinal, interessante as arguições de Lenio Streck: “... a ‘abertura principiológica’ deve ser examinada no contexto de ruptura paradigmática com o modelo subsuntivo. O positivismo colocou à disposição da comunidade jurídica o ‘direito como um sistema de regras’. A consequência disso é que a ‘faticidade’ (o mundo prático) ficava de fora (afinal, foram anos de predominância do positivismo). E, a propósito, não devemos esquecer que os princípios vieram justamente para superar a abstração da regra, desterritorializando-a de seu *locus* privilegiado, o positivismo. Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia hermenêutica), porque essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na faticidade. O fio condutor desses princípios é a diferença ontológica. É por ela que o positivismo é invadido pelo mundo prático.” (STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 144.)

⁶⁰⁷ Idem, p. 144-145.

requer apenas a solução mediante a subsunção, devendo ou não ser considerada, de forma absoluta - com a ressalva da regra de exceção.⁶⁰⁸

É necessário, segundo Alexy, inverter a ordem, buscando identificar e esmiuçar os princípios que alicerçam a regra, buscando a razão da regra. Assim, não se elabora o conflito a partir da colisão entre regra e princípio, mas entre a regra, seus princípios apoiadores e o princípio colidente. A ilação de Alexy é que, olhando por este prisma, está-se diante um conflito de princípios, não de regras.⁶⁰⁹ Dessa forma, a fórmula apresentada poderia traduzir-se na seguinte: PxR (Ps).

Enfim, Alexy enfrenta o problema da colisão de princípios, que pressupõe manter intacta a validade dos princípios que colidem, sendo que, apenas para o caso concreto, um deles será afastado, face à sua distinta dimensão de peso na hipótese que se apresenta. Assim, a colisão entre princípios impõe o juízo da proporcionalidade⁶¹⁰, dando-se numa dimensão de peso, enquanto que a colisão de regras põe-se numa dimensão de validade, aplicando-se pela subsunção e, excepcionalmente, mediante as regras de exceção.⁶¹¹

O conflito entre dois princípios, assim, dar-se-á quando inexistir a possibilidade de convivência de ambos, no caso concreto, em face da incompatibilidade, do antagonismo que exsurge da consideração conjunta. Enfim, um princípio indica para determinado caminho e o outro para um norte diverso.⁶¹² Não há a necessidade de inclusão de cláusula de exceção, nem declaração de um dos princípios como sendo nulo. Dessarte, como afirma Alexy, o conflito dá-se:

Las diferencias son sólo de tipo terminológico. No se habla de una “colisión” sino de un “campo de tensión” y aquello que entra en colisión y entre lo que hay que ponderar no es designado como “principio” sino como “deber”, “derecho fundamental”, “pretensión” e “interés”.⁶¹³ [...] los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se lleva a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de

⁶⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 86.

⁶⁰⁹ Idem, *ibidem*.

⁶¹⁰ Como propõe Alexy, entre a teoria dos princípios e a máxima de proporcionalidade há uma conexão muito estreita. O caráter de princípio implica na máxima de proporcionalidade e esta implica naquela. Que o caráter de princípio implica na máxima de proporcionalidade significa que a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade. Quando entram em colisão princípios opostos, está ordenada uma ponderação de acordo com a máxima de proporcionalidade. Princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades fáticas e jurídicas e, a máxima de adequação também segue as normas de direitos fundamentais, na medida em que estes possuem caráter de princípios, que pode ser chamada de fundamentação jusfundamental. (Idem, *ibidem*.)

⁶¹¹ Idem, p. 90.

⁶¹² Idem, p. 87.

⁶¹³ Idem, p. 91.

principios – como solo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, em la diemensión del peso.⁶¹⁴

Alexy procura emprestar caráter pragmático à sua teoria mediante a apresentação de julgamentos, cujo nicho de pesquisa é, especialmente, o Tribunal Constitucional Alemão. Dentre essas referências, alcança notoriedade o caso Lüth, julgado em 1958, que, para Alexy, representa um dos julgados mais importantes da história da Alemanha. Lüth, proprietário de uma emissora de televisão, havia conclamado o público alemão, assim como os proprietários de cinema e distribuidores de filmes a boicotarem a produção de Veit Harlan, editada a partir de 1945. Lüth fundamentou seu chamamento ao boicote no fato de que Harlan era o diretor artístico de filmes nazistas mais proeminente, aludindo, especialmente o filme “judeu doce”, o principal da propaganda nacional anti-semita. O Tribunal de segunda instância condenou Lüth a abster-se de realizar os chamamentos para o boicote ao novo filme de Harlan, “amante imortal”⁶¹⁵.

No recurso constitucional da sentença, o Tribunal Constitucional Alemão considerou o chamamento de Lüth ao boicote protegido *prima facie* pela liberdade de manifestação de opinião. Contudo, entendeu que o art. 5, alínea 2, da Constituição Alemã contém três cláusulas que limitam a liberdade de manifestação de opinião. A primeira delas é a das leis gerais. No caso Lüth, o chamamento ao boicote deveria ser subsumido sob o conceito de manifestação de opinião. A segunda diz que é o parágrafo 826 do Código Civil a lei aplicável, firmando a idéia de que o chamamento ao boicote infringe os bons costumes. Nessa linha de raciocínio, entendeu-se que o boicote infringia a concepção jurídica de lisura consuetudinária democrática do povo alemão, uma vez que Harlan, além de passar pelo chamado processo de desnazificação foi absolvido penalmente pela sua participação no filme “judeu doce”. O Tribunal Constitucional, contudo, entendeu que não seria suficiente fazer essas duas subsunções isoladas. Exigiu, ao contrário, que sempre que há a aplicação de normas do direito civil com uma limitação de um direito fundamental, deve ter lugar uma ponderação dos princípios constitucionais colidentes. O resultado da ponderação do tribunal foi que o princípio da liberdade de opinião deveria receber a primazia perante os princípios em sentido contrário (especialmente o da proteção do exercício livre da profissão). O Tribunal impôs, então, que a cláusula “contra os bons costumes” deveria ser interpretada de acordo com essa prioridade. Lüth foi vencedor.⁶¹⁶

⁶¹⁴ Idem, p. 89.

⁶¹⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 106-7.

⁶¹⁶ Idem, ibidem.

Pode-se dizer que, num caso concreto, um dos dois princípios em colisão terá precedência sobre o outro; pois, possuem diferentes pesos. Em outros casos poderá ser aplicada a questão da precedência, a ser examinada a seguir.

Contudo, não há possibilidade de fixar relações absolutas de precedência, sendo deveras impossível estabelecer uma decisão lastreada de certeza para cada caso. Caso isso fosse possível, as decisões dos casos vindouros seriam alcançadas mediante dedução. Isso não significa, contudo, que as relações de precedência não terão interferência alguma. Elas, na verdade, sugerem várias possibilidades de fundamentação. Todavia, ainda se tem um grau assaz subjetivo em relação aos critérios determinantes da aferição.⁶¹⁷

O fato de que, num determinado caso, se determina a precedência de um princípio sobre o outro, não denota que nos demais casos essa colisão sempre deverá ter idêntica precedência. A colisão de princípios, assim, demanda a ponderação, não admitindo o fundamento do julgado a partir da preferência estrita, isto é, válida para todos os casos, em favor de uma das normas. As ponderações, nos dizeres de Alexy, alcançam as particularidades de cada caso.

Alexy formula a seguinte lei da ponderação: “Quanto maior for o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.”⁶¹⁸ Importa, assim, que “a medida permitida da não-satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro.”⁶¹⁹ Essa lei, segundo Alexy, corresponde ao princípio da concordância prática.⁶²⁰

As curvas de indiferenças são os alicerces das regras da ponderação, através do reconhecimento da proporcionalidade em sentido estrito, que externam relações de troca ou substituição de bens.⁶²¹ Os passos da ponderação são os seguintes: a) Deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; b) A comprovação da importância do cumprimento do princípio em contrário; c) Comprovada a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica-se o prejuízo do não-cumprimento do outro.⁶²²

Alexy não defende, contudo, um julgamento cabal, já que, face aos critérios e passos da ponderação não seria possível a extração de um caráter lógico.

Parece que um aspecto que suscita grande discussão no tocante à teoria de Alexy é o aspecto volátil da racionalidade, que pode gerar decisões direcionadas, fundadas de

⁶¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 94.

⁶¹⁸ Idem, p. 161.

⁶¹⁹ Idem, ibidem.

⁶²⁰ Idem, p. 167.

⁶²¹ Idem, ibidem.

⁶²² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 111.

discricionariedade e na ideologização. Ademais, parece evidente que um modelo que fulcra-se na axiologia registra óbices assaz significativos para o alcance da racionalidade, sugerindo apreciações subjetivistas e dando azo às ideologias decisionais. Ademais, mister lembrar que a moral – que reúne critérios igualmente subjetivos – é um dos elementos mais presentes da argumentação jurídica de Alexy. Estar-se-ia, assim, diante uma tirania dos valores⁶²³ e de um positivismo procedural, firmando nas regras do discurso?

Alexy diz que não. O caráter valorativo excessivo, segundo ele, somente dar-se-ia se a relação de preferência dos valores ou dos princípios fosse absolutizada, mas sua proposta contempla uma relação de preferência condicionada, aferindo as condições individualizadas de cada caso.⁶²⁴

Para o participante de um sistema jurídico, o procedimento racional perseguindo uma justificação fundada, acaba por dar personalidade à decisão. Alexy refere que neste fundamento todos os argumentos jurídicos são possíveis criando um enunciado de preferência condicionado, que gera uma regra diferenciada da decisão. O arrimo da fundamentação é, portanto, a racionalidade. Nessa esteira, sustenta a presença de critérios sólidos de racionalidade na ponderação, através de um argumento pragmático:

Como se pode mostrar que sentenças racionais sobre graus de intervenção e graus de importância são possíveis de tal maneira que se possa fundamentar um resultado de modo racional por ponderação? Um método possível poderia consistir na análise de exemplos, uma análise que via a isto, de trazer à luz o que nós pressupomos quando nós solucionamos casos por ponderação. Como um primeiro exemplo, deve ser considerada uma decisão do tribunal constitucional federal sobre advertências de perigos à saúde. O tribunal constitucional federal classifica, nessa decisão, o dever dos produtores de produtos de tabaco, de colocar em seus produtos referências aos perigos do fumo, como uma intervenção relativamente leve na liberdade de profissão. Uma intervenção grave seria, pelo contrário, uma proibição completa de todos os produtos de tabaco. Entre tais casos leves e graves encontram-se casos de intensidade de intervenção mediana. Desse modo, nasce uma escala com os graus “leve”, “médio” e “grave”. O exemplo mostra que associações válidas a esses graus são possíveis.⁶²⁵

Alexy aplica o princípio da inércia de Perelman, segundo o qual, uma decisão somente poderá ser modificada quando forem apresentados fundamentos suficientes que demonstrem a necessidade de modificações.⁶²⁶ Contra-argumenta as críticas do axiologismo sem parâmetros, assim, advertindo que não advoga um procedimento sem alicerce, que caráter

⁶²³ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p.154.

⁶²⁴ Idem, p. 90.

⁶²⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 111-2.

⁶²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 89.

abstrato e generalizado. Para cada caso, segundo ele, o caráter empírico da teoria permitiria a individualização, e, por consequência, não seria refém da valoratividade descriteriosa.⁶²⁷

O próprio Habermas, classificado como um procedimentalista, assevera que a ponderação é executada arbitrariamente e irrefletidamente levando em conta *standards* e ordens de preferência próprios, sem, portanto, racionalidade adequada.⁶²⁸

Sem embargo, parecem frágeis as alterações de Alexy. Talqualmente como firmado na defesa da manutenção do critério kelseniano para o conflito de regras, com a regra de exceção como forma acessória e extremamente ocasional, Alexy não parece registrar coerência entre as afirmações antes apontadas e as regras do discurso. Ao formular um discurso prévio, Alexy cinde compreensão e aplicação. Intenta firmar critérios absolutos – ao contrário do que afirma – com o propósito de solucionar as diversas matizes de conflitos jurídicos que se apresentam.

Ora, se é verdade que há racionalidade na teoria de Alexy, é igualmente correto afirmar que tal racionalidade só encontra guarida nas regras da teoria do discurso. Elas é que acabam por absolutizar a teoria, pois registram a clara pretensão de normatizar previamente – como que se realiza-se um subsunção procedimentalista que alcance os princípios – a solução dos casos concretos que se apresentam.

Ademais, os critérios da ponderação – a adequação, necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito e a idoneidade – sugerem um forte apego moral – como dito alhures, espeque da teoria da argumentação em Alexy – que historicamente, mal gerido – leia-se, formalmente adicionado – gera ambigüidade e a possibilidade de argumentos axiológicos construídos ao alvedrio de critérios semânticos, reféns, porquanto, dos paradigmas ideológicos do julgador.

Por fim, o “ponderar” de Alexy, mesmo que amparado na fórmula do peso, não parece emprestar critérios razoáveis de aproximação da verdade, de verossimilhança e de justificatividade.

Enfim, chega-se à ilação de que a presença da moral e a pretensão de regular previamente a solução de todo e qualquer caso que se apresenta resta por registra um comprometimento – mesmo que não pretendido pelo Autor – indisfarçável com o positivismo, já que alcança desfecho comum, qual seja, o fundado risco da discricionariedade, da ideologização e da pessoalidade decisional.

⁶²⁷ Idem, p. 165.

⁶²⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p.105-16.

Ver também: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*.

Na busca de um procedimento judicial legítimo e efetivo, se impõe como condição prévia, o rompimento de determinados paradigmas impostos sistematicamente ao agir dos operadores jurídicos. Métodos objetivos de construção da verdade, conforme proposto por Hans-Georg Gadamer, possuem escopo precípuo de evitar o desvelamento do direito.

O julgador, como operador de uma ciência humana e calcada na verossimilhança, não nas certezas insofismáveis, tem o dever de se ater à demanda buscando a verdade racional dos fatos, não olvidando, sob nenhuma circunstância, o enfoque da realidade contemporânea e local. O positivismo puro, nessa esteira de pensamento, já se encontra sepultado, pondo fim à dicção do trinômio “*finalidade-utilidade-prejuízo*”, já que se ater meramente à lei, para atingir fins desnecessários, ilógicos, constitui-se inegável retrocesso.

É chancelando a ordinarização e o formalismo jurídico exacerbado que surgem decisões incompreensíveis ao homem médio. Como poderá ser perpassado à sociedade, ou então, às partes, a justiça da decisão que julga improcedente a separação judicial do casal, na ausência de comprovação da culpabilidade de um dos cônjuges, quando rompidos os laços afetivos? A questão é simples, se inexistem motivos para as partes manterem-se unidas, não há razão para que o Estado impeça este desate. No entanto, inúmeros julgadores persistem em sublimar o elemento culpabilidade, dando azo à extremação dos próprios conflitos familiares.

O critério hermenêutico prévio, adotado com inequívoco comprometimento com o pensar filosófico de Hans-Georg Gadamer, parece emprestar solução à celeuma.

Para melhor compreensão da questão interpretativa da norma, imprescindível diferenciar o conhecimento humano, que possui dois objetivos: a um, a contemplação da verdade, quando atua de forma especulativa; a dois, a operação metal que visa uma finalidade prática. No século XVIII, Immanuel Kant já afirmava que o intelecto pode ser especulativo ou prático. Na primeira hipótese teríamos a razão pura, na segunda a razão prática. Na verdade, o intelecto prático é um prolongamento do intelecto especulativo, numa integração mútua. Pelo intelecto especulativo decide-se fazer isso ou aquilo; pelo intelecto prático decide-se como fazer isto ou aquilo.

Assim, pode-se afirmar que o Direito⁶²⁹ é uma ciência especulativa, quanto ao modo de saber, pois busca contemplar a verdade, e eminentemente prática, quanto a suas

⁶²⁹ Segundo Tobias Barreto, ‘ou o direito é, como diz Rudolf Von Ilhering, o conjunto de existência da sociedade, assegurados por uma coação externa, isto é, pelo Poder Público, ou se define mais concisamente, segundo Wilhelm Arnold, uma função da vida nacional [...], ou seja, enfim o que quer que seja, que não pode conter dentro dos limites de uma definição, o certo é que o direito, da mesma forma que a gramática, da mesma forma que a lógica, é um sistema de regras, é, como tal, um produto de indução, um edifício levantado sobre base puramente experimental. Em face da ciência moderna o velho racionalismo jurídico, que se forçava por descobrir no direito um elemento apriorístico, anterior e superior a toda experiência, já é um erro indesculpável,

finalidades. Os operadores jurídicos possuem o dever de construir verdades⁶³⁰, já que a verdade alcançada serve como parâmetro eficaz de rompimento de paradigmas, modificando a combatida ordinariiedade vivenciada.

A verdade como percepção dos fatos cotidianos que se introjetam no fenômeno jurídico deve ser vista sob a ótica do senso comum⁶³¹, que consiste em dizer o que é correto e verdadeiro com base no provável/plausível, pois este é o senso que institui a sociedade; a construção da verdade surge então como defesa do provável e fundamenta-se na existência moral e histórica do homem. Nos dizeres de Gadamer: “bom senso é o remédio contra o sonambulismo da metafísica e contém o fundamento de uma filosofia moral, que é justificada em relação à vida da sociedade”⁶³².

O sentido comum é um complexo de institutos, isto é, um impulso natural sobre o qual repousa a verdadeira felicidade da vida, sendo deste ponto, um efeito da presença de Deus, sabedoria suprema. Ademais, não há como negar que o próprio senso comum é tratado como dádiva divina, independentemente da forma que lhe é atribuída, mesmo que condicionada/imposta.

Como bem assevera Streck, ao tratar do sentido comum teórico:

O sentido comum teórico coisifica o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza – ideologicamente – conversões lingüísticas acerca do direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à “consumação” das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, e percebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma “para-linguagem” situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a “realidade jurídica dominante.” “É o local dos segredos.”⁶³³

Do senso comum teórico passa-se ao juízo comum e ao conceito de gosto. Trata o juízo comum de sã compreensão humana – *commom sense*. A sã razão se apresenta nos

um testemunho da pobreza, indigna de compaixão. (BARRETO, Tobias. Fundamentos do Direito de Punir. In: *Revista dos Tribunais*. p. 640-50.)

⁶³⁰ O termo *Verdade* é dos mais complexos para ser conceituado, pois origina-se sempre de um julgamento (habitual, consensual, ou arbitrário) e, mais ainda, como todo juízo de valor (tal como o conhecimento que o provoca), é uma *ocorrência histórica*, ou seja, é relativo à Cultura, à Sociedade na qual emerge em certo momento. (CORTELLA, Mário Sérgio. *A escola e o Conhecimento*. p. 56-7.)

⁶³¹ Consigna-se, a título de oportunizar uma renovada reflexão, a lição da lavra de Rubens Alves, ao tratar da temática ‘o senso comum e a ciência’, após advertir para os riscos concentrados no cientista (porque tido como o dono do saber). Ao se perguntar sobre o que é o senso comum, responde: “prefiro não definir”. Talvez simplesmente dizer que senso comum é aquilo que não é ciência [...].(In.: ALVES, Rubens. *Filosofia da Ciência*. p. 9-37.)

⁶³² Ver: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*.

⁶³³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 67.

juízos sobre o justo e injusto, factível e infactível. O fenômeno de construção da solução do litígio deve ser compreendido sob o ponto de vista universal-lógico do juízo.

Em Kant, o verdadeiro sentido comum é o gosto estético e o gosto é a forma de conhecimento atingido socialmente como fenômeno de primeira categoria. Por isso que o contra gosto (leia-se: conflito do socialmente aceitável e o juridicamente adequado) proveniente do senso comum não é o mau gosto, mas a ausência de gosto algum. “O bom gosto é uma sensibilidade que evita tão naturalmente tudo o que é chocante, de maneira que sua reação se torna, para quem não tem gosto, simplesmente incompreensível”⁶³⁴.

Dessa premissa, se extrai uma preciosa forma de limitação ao senso comum. É que somente aqueles que possuem opinião formada (e fundamentada!) sobre determinada circunstância, poderão ser relevados para formação do *commom sense*.

Daí que surge a necessidade do julgador em estar atento aos fatos e ao tempo em que vive, não lhe bastando o conhecimento da técnica de Direito para que se resolvam adequadamente os conflitos e se avance de maneira segura e equilibrada em direção ao que deve ser, já que válida é a vida, nas suas múltiplas manifestações e o juiz tem que penetrar na parte noturna do ser, nas suas manifestações de rebeldia, nas suas variadas facetas: no crime, na fraude, no desamor, no ódio.⁶³⁵

Posto assim que Gadamer - ao analisar o problema hermenêutico e a ética de Aristóteles - afirma que em razão de determinadas circunstâncias e devido às características de uma situação concreta, o aplicador da lei deve atenuar seu rigor. Claro que atenuar seu rigor não significa “não aplicar o direito”, que exprime a lei, nem permitir um laxismo ilegítimo, já que quando se atenua o rigor à lei não se está renunciando a ela; ao contrário, sem essa atenuação não haveria verdadeiramente justiça.⁶³⁶

⁶³⁴ Ver: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. p. 71.

⁶³⁵ Ver: DUARTE, Liza Bastos. *A Impossibilidade Humana de um Julgamento Imparcial*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 85, p. 246, 2002.

⁶³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência História*. Org. Pierre Fruchon. Traduzido por Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 53.

8 Críticas à Teoria de Alexy: A (In) Compreensão da Teoria do Discurso Racional e o Mundo da Vida (Faticidade)

Alexy, com sua teoria, tem alcançado representatividade no direito constitucional de todo o mundo. Entretanto, precipuamente no que toca ao seu emprego pelos tribunais – mas também através das considerações da doutrina – é possível constatar que a idéia da ponderação e do conflito de princípios, por vezes, registra aplicação fortuita, descurada, por exemplo, da *teoria da argumentação jurídica* de Alexy, que tem caráter indispensável e fundante da obra *teoria dos direitos fundamentais*.

Tal prática leva naturalmente a uma dificuldade de compreensão significativa, que acaba por potencializar as limitações da teoria e amparar, malfadadamente, juízos axiológicos que geram arbitrariedades decisórias.

Dessarte, o alcance da teoria e sua (in) compreensão acabam por tornar mais temerária a larga aceitação que tem alcançado.

No Brasil, os adeptos da teoria são infundáveis. Desde doutrinadores que registram fundamentação dotada de razoabilidade – não desprezível e firmada em critérios lógicos e fundamentados – até julgadores que denotam, já à primeira vista, uma jurisdição alicerçada na tirania dos valores, já que evidente à (in) compreensão e o malfadado uso da teoria em prol da discricionariedade oriunda de juízos pessoais.

Paulo Bonavides afirma que Alexy proporcionou uma “viragem metodológica no direito constitucional”⁶³⁷, acrescentando que teria aperfeiçoado de forma substancial a teoria principiológica de Dworkin, vez que lança mão de um maior rigor científico, firmando uma pretensão axiológica de compreensão da Constituição.⁶³⁸ Ressalta ainda que a jurisprudência dos valores representa a posição vanguardista de Alexy, mormente no que diz com a normatividade dos princípios.⁶³⁹

Luis Roberto Barroso, por seu turno, sustenta que a “estrutura do raciocínio ponderativo não é bem conhecida”, mas defende Alexy, pela importância de uma “jurisprudência baseada em princípios e na ponderação”⁶⁴⁰. Sustenta, na linha do pensamento alexyano, que o intérprete, aferindo o peso de cada princípio contraposto, deve efetuar as

⁶³⁷ Ver: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁶³⁸ Idem, p. 278.

⁶³⁹ Idem, p. 280.

⁶⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação*. Interpretação constitucionalmente adequada ao Código Civil e Lei da Imprensa. In: *Revista de Direito Administrativo*. p. 8-11.

ponderações adequadas, com o escopo de preservar o máximo dos valores em tensão.⁶⁴¹ Reforça, ainda, a importância de decisões racionais e argumentativamente fundadas.⁶⁴²

Luis Virgílio Afonso da Silva⁶⁴³, cuja formação está estritamente vinculada à Alexy, pondera que, no Brasil, os tribunais têm empregado a teoria, não como uma técnica e estrutura de elementos definidos, mas como “mero apelo retórico.”⁶⁴⁴ Tal crítica – é bom que se diga – é dirigida especialmente ao Supremo Tribunal Federal. No mais, sustenta a prática da ponderação, optando pelo emprego da expressão regra e não princípio da proporcionalidade, já que seria um fundamento da solução do conflito entre os princípios.⁶⁴⁵

A proporcionalidade, segundo Luis Virgílio, apresenta uma estrutura racionalmente firmada, com elementos independentes de uma ordem pré-definida, pondo-se de forma distinta de exigências de razoabilidade.⁶⁴⁶

Humberto Ávila, embora chancela a teoria de Alexy, diz que “no julgamento de um caso, sob um juízo de proporcionalidade, dependerá de uma avaliação fortemente subjetiva. Aqui reside a fragilidade do método da ponderação”⁶⁴⁷. Afirma ainda que a ponderação teria caráter potencial para o cumprimento da tarefa de aplicação racional dos princípios, contudo, se fariam necessários critérios materiais de aplicabilidade.⁶⁴⁸

Ávila propõe um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre os elementos da proporcionalidade, mormente a necessidade e a adequação.⁶⁴⁹ Todavia, não evolui no sentido de definir o alcance desses elementos e apresentar de forma fundamentada o “esteio material”, que diz indispensável à gestão da proporcionalidade.

O Supremo Tribunal Federal também tem empregado com frequência a teoria alexyana, de sorte que um dos representantes mais eloqüentes é Gilmar Ferreira Mendes. Para ele, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.

⁶⁴¹ Idem, *ibidem*.

⁶⁴² BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). *Crise e Desafios da Constituição: Perspectivas e Críticas da Teoria e das Práticas Constitucionais Brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 10.

⁶⁴³ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: *Revista dos Tribunais*. p. 23-50. ano 1991, n. 798, abr. 2002. p. 31.

⁶⁴⁴ Vale ponderar se a teoria de Alexy teria o condão de evitar este apelo retórico referido por Luis Virgílio Afonso da Silva.

⁶⁴⁵ Idem, p. 31.

⁶⁴⁶ Idem, *ibidem*.

⁶⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 15.

⁶⁴⁸ Idem, *ibidem*.

⁶⁴⁹ Idem, p. 113.

Mendes adverte, contudo, que os acórdãos recentes do STF consignam nominalmente a proporcionalidade, mas não registram um emprego sistematizado da regra. Em suma, compartilha da consideração de excelência da teoria de Alexy, mas entende na linha de Luis Virgílio, que o próprio Supremo peca na utilização do princípio da proporcionalidade, já que compreende de forma equivocada as regras do discurso de Alexy. Como alterca o próprio Gilmar Mendes:

É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schilink advertem, porém, que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contenta nessas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz.⁶⁵⁰

Lacombe Camargo – também favorável à teoria alexyana – argumenta que dois dos esteios do princípio da proporcionalidade debruçam-se sobre questões fáticas, sendo que a adequação afere a relação entre os meios e os fins da medida tomada, ao passo que a necessidade propõe as alternativas. Apenas a ponderação em sentido estrito é que buscará a fundamentação jurídica, equilibrando a solução do problema.⁶⁵¹ Sustenta que:

[...] o princípio da proporcionalidade permeia toda a ordem jurídica positiva, circunscrevendo a orientação lógica do sistema desde o alto, onde encontra sua força normativa, até a base da pirâmide, quando a incidência da lei, conforme a peculiaridade do caso concreto irá determinar o conteúdo da sentença.⁶⁵²

Habermas, por sua vez, em que pese integre a mesma matriz teórica que Alexy – a procedimentalista – e compartilhe com grande parte da teoria alexyana, como se vislumbra com as regras do discurso prévio e a situação ideal de fala, tece algumas críticas ao modelo de Alexy. A primeira delas ocorre em razão do fato de Alexy propor que as reflexões relativas a valores também se aplicam aos princípios e vice-versa, já que do ponto de vista estrutural, segundo Alexy, em razão da necessidade de ponderação, os princípios podem ser comparados a valores. Dessa forma, Habermas reconhece relativismo nefasto na teoria de Alexy.⁶⁵³

Assim, Habermas rechaça o método de solução de princípios apontado por Alexy, face ao seu caráter axiológico, afirmando não ser possível confundir valores com normas.

⁶⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras. In: *Repertório de Jurisprudência IOB*. p. 370-371.

⁶⁵¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O Princípio da Proporcionalidade sob uma Perspectiva Hermenêutica e Argumentativa. Crítica à Dogmática: Dos Bancos Acadêmicos à Prática dos Tribunais. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 03, p. 215-40, 2005. p. 230-1.

⁶⁵² Idem, p. 229-30.

⁶⁵³ Ver: HABERMAS, Jürgen. *Justification and Application*.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. p. 162.

Afirma que normas (princípios) obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprirem as expectativas generalizadas de comportamento, enquanto os valores devem ser entendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas. Propõe ainda que se deva determinar qual conduta e qual pretensão são corretas e não equilibrar bens ou relacionar valores, já que a validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um comando, e não o sentido teleológico do que se pode alcançar sob dadas circunstâncias no horizonte de nos desejos.⁶⁵⁴

Alexy defende-se das asseverações habermasianas, dizendo que os valores, através da ponderação, servem para determinar a solução do conflito e não para qualificar as normas. Também sustenta que os três passos da ponderação seriam suficientes para afirmar a pertinência de sua teoria.⁶⁵⁵

Habermas sustenta a tese da única resposta correta, discordando, também nesse tópico, de Alexy. Aduz que uma jurisprudência orientada por princípios não deve pretender arbitrar sobre equilíbrio de bens e valores ainda que se considere que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível; mas esta flexibilidade deverá estar sempre sob a reserva da coerência para garantir que as normas se agrupem em um sistema afinado, admitindo-se para cada caso uma única solução correta.⁶⁵⁶

Habermas ainda aponta que o modelo da ponderação de Alexy retira a força normativa dos direitos fundamentais. A ponderação reduziria o conteúdo dos direitos, tornando-os programas, pretensões. Segundo Habermas, ainda, há um sério risco de produção de sentenças irracionais, já que não é possível o estabelecimento de uma racionalidade na ponderação.⁶⁵⁷

Outra objeção ainda exurge da teoria habermasiana, no sentido de que, ao se ponderar, se paga um preço assaz alto, qual seja, a perda da categoria da correção. O ponderar, assim, seria irracional e registraria um risco justificado de sacrifício dos direitos individuais, já que conduz para fora do âmbito do válido e inválido, do correto e falso do fundamental.⁶⁵⁸

Alexy responde às críticas de Habermas arguindo que os passos da ponderação e os princípios que a arrimam – idoneidade, necessidade e proporcionalidade – são suficientes para o estabelecimento de uma racionalidade. Aduz ainda que as sentenças de proporcionalidade

⁶⁵⁴ Ver: HABERMAS, Jürgen. *Justificación and Application*.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. p. 162.

⁶⁵⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 108.

⁶⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. p. 323.

⁶⁵⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 108-9.

⁶⁵⁸ Idem, p. 109-10.

promovem uma pretensão de correção, que se apóiam sobre graus de intensidade e fundamento.⁶⁵⁹

Esse grupo de autores, em que pese as discordâncias pontuais no tocante à ponderação alexyana e à equivocada compreensão dos tribunais, compartilha da linha teórica apresentada por Alexy.

Necessário apontar, também, algumas posições que registram argumentos teoricamente contrários à Alexy, sustentando a insuficiência da teoria. Antes dessa análise, contudo, interessante trazer a proposta de Günter, que, embora situe-se numa matriz teórica próxima a Alexy e Habermas, apresenta uma proposta distinta no que toca à teoria principiológica.

Günter defende a idéia – ao menos como produto de algumas interpretações de sua teoria – de que não existem princípios, mas apenas normas que são usadas de diferentes maneiras. Outras compreensões de sua obra apontam que a diferença entre regras e princípios não seria *estrutural*, mas de *tipos de uso*. Alexy chega a reconhecer a dificuldade de distinção entre regras e princípios em determinados casos, mas sustenta que isso não tem o condão de destruir a teoria estrutural dos princípios.⁶⁶⁰

Ao analisar as críticas de Günter, Alexy conclui que a distinção entre comando para otimizar (impõe uma obrigação que algo deva ser realizado no maior grau possível frente às possibilidades fáticas e jurídicas) e comandos para serem otimizados (estes são os objetos a serem ponderados) é o melhor método para capturar a natureza dos princípios. Nesse caso os princípios são comandos a serem otimizados.⁶⁶¹

Outro autor imprescindível no cotejo com Alexy, é Ronald Dworkin. A proposta de Dworkin⁶⁶², em que pese sugira – especialmente pelo enfoque da temática – uma proximidade conceitual de Alexy, representa, ao bem da verdade, uma alternativa distinta em termos de teoria da decidibilidade. Enquanto Alexy pode ser classificado como um procedimentalista, Dworkin é um interpretativista, fulcrando suas pretensões no campo da substancialidade e não nos juízos prévios e nas normas do discurso.

De qualquer sorte, em que pese o nítido caráter de distinção teórica, do ponto de vista da aplicabilidade, Alexy e Dworkin apresentam convergências e divergências. Dworkin

⁶⁵⁹ Idem, p. 108-14.

⁶⁶⁰ Ver: ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*. Ratio Jùris, Bologna, v. 13, n. 3, set. 2000.
GÜNTER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*.

⁶⁶¹ Ver: ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*.

GÜNTER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*.

⁶⁶² Ver: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*.

_____. *Los Derechos en Serio*.

_____. *Uma Questão de Princípio*.

sustenta que apenas os direitos individuais constituem princípios, ao passo que Alexy engloba, também, os direitos coletivos. Dworkin denomina os direitos coletivos de *policies* (diretrizes), apresentando um enfoque distinto de aplicabilidade.⁶⁶³

Dworkin critica Alexy, sinalando certo relativismo em sua teoria, uma vez que a ponderação admite uma pluralidade de respostas, ou seja, várias formas de entendimento acerca dos princípios em conflito e da solução para o caso concreto, a partir da aplicação da teoria da argumentação. Como é cediço, Dworkin sustenta a tese da única resposta correta.⁶⁶⁴

Dworkin diz que a resposta correta poderá ser obtida pelo Juiz Hércules – não apontando um procedimento para seu alcance. Este, para Dworkin, é o juiz ideal, munido de todas as informações e capacidades necessárias para a sua árdua tarefa. Em que pese as críticas a tal modelo apontadas por Lenio Luiz Streck antes enfocadas, a proposta permite inferir, com firmeza, que a teoria de Dworkin é material, diferentemente da de Alexy, de caráter procedimental.⁶⁶⁵

Além disso, Dworkin sustenta que a distinção entre regras e princípios não é tão clara. Afinal, muitas normas que possuem conceitos indeterminados, termos como “negligente”, “injusto” ou “relevante”, fazem depender a aplicação das regras dos fins que aparecem nos princípios e, dessa forma, convertem as regras em algo muito parecido com os princípios.⁶⁶⁶

Dworkin também discorda de Alexy no que toca à aplicação gradual dos princípios, pois compreende estes como padrões que devem ser observados em virtude de “uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Porém, aduz que os princípios teriam a capacidade de vincular as decisões dos juízes.⁶⁶⁷ Para Dworkin⁶⁶⁸, a interpretação não pode partir de “ponderação ou balanceamento de bens ou interesses”. Aliás, o próprio Alexy reconhece tal diferença:

Dworkin concibe el concepto de principio de una manera mas estrecha. Según el, principios son sólo aquellas normas que pueden ser presentadas como razones para derechos individuales. Las normas que se refieren a derechos

⁶⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 111.

⁶⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*.

_____. *Los Derechos en Serio*.

_____. *Uma Questão de Princípio*.

⁶⁶⁵ Ver: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*.

_____. *Los Derechos en Serio*.

_____. *Uma Questão de Princípio*.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*.

⁶⁶⁶ Idem.

⁶⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 36.

⁶⁶⁸ Idem, ibidem.

individuales lãs llama “policies”. Sin duda, la diferencia entre derechos individuales y bienes coletivos es importante. Pero, no es ni necessário ni funcional ligar el concepto de principio al concepto de derecho individual.⁶⁶⁹

Ambos (Alexy e Dworkin) consideram regras e princípios pertencentes à categoria das normas, como modalidades deônticas básicas, reconhecendo a força vinculativa dos princípios, contudo, registram distintas formas de gestão, especialmente, como dito alhures, em face do primeiro constituir-se em procedimentalista e o segundo interpretativista.

Thomas da Rosa Bustamante, também crítico da teoria de Alexy, sustenta que a única distinção existente entre regras e princípios é o grau de generalidade, não havendo diferenças na estrutura lógica dos comandos normativos.⁶⁷⁰

Já para Pietro Sanchis a diferença entre regra e princípio surge exclusivamente no momento da interpretação/aplicação. Para ele, quem sustenta que entre regra e princípio há uma diferença de características inteiramente distintas deve demonstrar que existe uma dessemelhança estrutural ou morfológica. Se a afirmação, doutra banda, afirma que as normas podem funcionar tanto como regras, tanto como princípios, propõe não dois tipos de classes, mas dois tipos de estratégias interpretativas. Por fim, conclui que a técnica dos princípios sempre é aplicada e não apenas quando os enunciados normativos são dotados de certas características.⁶⁷¹

O espanhol José Maria Rodriguez de Santiago, por sua vez, assevera que a separação entre regras e princípios não é qualitativa, assim como não é categorial a diferença entre subsunção e ponderação como método de aplicação do direito. Critica a frase categórica de Alexy, de que toda norma é ou princípio ou regra. Isso ocorre, segundo ele, porque Alexy contradiz sua teoria quando afirma que a dignidade da pessoa humana e, mesmo, os direitos fundamentais, tem caráter de regra e de princípio. Aponta estranheza no fato de admitir-se ponderação – mesmo que apenas quando da aplicação da exceção – na gestão das regras.⁶⁷²

Por fim, aduz Santiago que há normas que são predominantemente princípios e normas que são predominantemente regras, acreditando não haver diferença qualitativa entre regras e princípios.⁶⁷³

⁶⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 111.

⁶⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Distinção Estrutural entre Princípios e Regras e sua Importância para a Dogmática Jurídica: Resposta às Objeções de Humberto Ávila ao Modelo de Robert Alexy. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. p. 153-168.

⁶⁷¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. p. 165.

⁶⁷² SANTIAGO, José María Rodríguez de. *La Ponderación de Bienes e Intereses den el Derecho Administrativo*. p. 45.

⁶⁷³ Idem, ibidem.

A posição de Marcelo Cattoni, que registra traços habermasianos, no tocante a Alexy, põe-se de forma assaz crítica, já que, para ele, a definição dos princípios como mandatos de otimização e a aproximação entre regras e princípios significa negar a dimensão deontológica do Direito. Sustenta, também, que os modelos de Alexy conduzem à perda de racionalidade das decisões, face à subjetividade inerente a uma técnica de valores.⁶⁷⁴ Para Cattoni: “Bens e interesses, assim como os valores, podem ter negociada a sua aplicação, são algo que se pode ou não optar, já que se estará tratando de preferência otimizáveis. Já direitos não”⁶⁷⁵.

Cattoni assevera ainda que se põe ao lado de Dworkin, no sentido de que o poder Judiciário deve registrar um agir político e não evidenciar a aplicação do que considera eticamente mais adequado.⁶⁷⁶

Chamon Júnior, por sua vez, entende que Alexy iguala estruturalmente princípios e valores porque, no caso concreto, faz com que a passagem dos princípios se dê por preferibilidade. Assim, dentro da perspectiva alexyana, a prevalência de determinado princípio sobre outro se daria por uma questão de importância; se certo comando de otimização se reveste de maior importância, ele deve ser preferido perante outro. Essa relação de preferência/importância levaria a uma hierarquização de princípios, e, conseqüentemente a uma ordenação daqueles.⁶⁷⁷

Konrad Hesse – de análise interessante, pois, como Alexy, estuda preponderantemente o direito alemão – sustenta que o Tribunal Constitucional adota argumentação baseada em fatores políticos ou sócio-ideológicos, bem como a imposição de uma hierarquia entre princípios, na qual os direitos sociais seriam inferiorizados, de sorte que a teoria de Alexy, ao menos em sua versão tedesca, teria fracassado.⁶⁷⁸

Friedrich Muller, acompanhando Hesse, sustenta que o peso do Estado, no Tribunal Constitucional Alemão, quase sempre se sobrepõem aos direitos individuais.⁶⁷⁹

⁶⁷⁴ Ver: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*.

⁶⁷⁵ Idem, p. 68.

⁶⁷⁶ Idem, ibidem.

⁶⁷⁷ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium nom Datur: Pretensões de Coercibilidade e Validade em Face de uma Teoria da Argumentação Jurídica no Marco de uma Compreensão Procedimental do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*: Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 108-9.

⁶⁷⁸ Ver: HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 198.

⁶⁷⁹ Ver: MÜLLER, Fredrich. *Quem é Povo?* Traduzido por Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. 2 ed. São Paulo: Lex Lmonad, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. p. 199.

Alexandre Maia critica a teoria de Alexy, a partir do que denomina de isoformismo, face à definição de um procedimento prévio e racional para a solução da questão da interpretação.⁶⁸⁰ Também critica a multiplicidade de respostas proposta por Alexy, em razão do subjetivismo axiológico.⁶⁸¹ “As fórmulas para a determinação racional do direito em pleno período de pluralismo e multiplicidade talvez sejam um dos maiores problemas da teoria alexyana”⁶⁸².

Outra crítica tecida por Maia é a do mito da identificação. Pondera que, como na teoria habermasiana, em Alexy, está-se diante da tentativa de identificação dos sujeitos, como se todos eles estivessem numa condição tal que teriam a capacidade irrestrita de argumentar. Essa condição ideal de fala, assim, revela-se inalcançável.⁶⁸³ Como aduz o próprio Maia:

Pensar em situação ideal de fala significa, quase sempre, obscurecer a realidade”. Não há como defender referenciais únicos de racionalidade. Não há como garantir que as pessoas falem a verdade quando estão discursando (princípio da sinceridade do discurso, defendido por Alexy). Aliás, por vezes, a sinceridade rompe com a situação de fala dos que se comunicam.⁶⁸⁴

Essa situação de fala ideal põe-se na linha da *episteme* cartesiana, do positivismo e de todas as teorias jurídicas ortodoxas que rejeitam a possibilidade de pluralismo jurídico. Assim, a construção do direito a partir da racionalidade, impõe a necessidade da constituição de referenciais de segurança, de resistência, de blindagem contra os decisionismos e arbitrariedades em pleno Estado Democrático de Direito.⁶⁸⁵

⁶⁸⁰ E cá se diga que esse racionalismo registra um risco potencializado na teoria do discurso, vez que Alexy valoriza sobremaneira o estudo do caso concreto. Na medida em que se estabelecem procedimentos prévios, desprovidos de faticidade, distantes do mundo da vida, coadunados com a valorização da consideração do caso concreto, potencializam a possibilidade de decisionismos e arbitrariedades. Nesse sentido, um dos casos paradigmáticos apresentados por Alexy, o chamado “conflito-sequestro. Trata-se do direito fundamental, direito de defesa liberal, de um lado e do direito de proteção do outro. Um tal caso existe, por exemplo, quando se atira em um tomador do refém para salvar a vida do aprisionado. Nisso deve, todavia, ser acentuado que com há colisão entre o direito à vida, de um lado, do tomador do refém, e, de outro, do refém; isso só revela uma compreensão parcial do problema. É frequentemente possível salvar a vida do refém pelo fato de se ceder às exigências do tomador do refém. Entra, então, como terceiro elemento da colisão total, um “dever de proteção” perante a totalidade dos cidadãos, no sentido de evitar que passem a existir outros reféns, oriundos de situações análogas. O objeto imediato desse dever de proteção é um bem coletivo: a segurança pública. (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 57-8.)

⁶⁸¹ MAIA, Alexandre da. *Dogmática Jurídica e Multiplicidade*. p. 25-38.

⁶⁸² Idem, p. 26.

⁶⁸³ Lenio Luiz Streck contribui de forma decisiva para a fundamentação da crítica, quando afirma não existir um grau zero, um ponto de partida ideal, já que o direito é afeto à história, à tradição e não compreende marcos iniciais em cada período da humanidade. (Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*.)

⁶⁸⁴ MAIA, Alexandre da. *Dogmática Jurídica e Multiplicidade*. p. 32.

⁶⁸⁵ Como alerta Maia: “Diante do subjetivismo axiológico, como determinar o que é o bem e o que é certo? Parece que, no plano moral, não há como ser preciso nesses aspectos. Mas o direito, por necessitar de segurança, requer uma plêiade de normas que delimitem o campo jurídico de ação, o que não faz com que a interpretação esteja fechada. Pelo contrário, está mais que aberta a novos elementos, inclusive ideológicos, para lidar com a pluralidade que nos vincula a uma racionalidade argumentativa no direito” (Idem, p. 38.)

Alexy acaba ainda por limitar a (re) construção ou a (des) coberta da verdade aos participantes, às regras do discurso e à estrutura organizacional do direito, o que emprestaria um molde racional à vontade das partes.⁶⁸⁶ De fato, o *mundo da vida*, a historicidade do direito e a multiplicidade da pós-modernidade não parecem permitir que o direito se limite a essa formalidade.

Como observa Maia:

Alexy, em determinados momentos, quase se e equivale a um cartesiano, pois as regras de justificação interna da argumentação jurídica nada mais são do que uma tentativa, num primeiro momento, de se estabelecer a possibilidade de uma decisão racional por meio de uma dedução.⁶⁸⁷

Uma das críticas mais contundentes à obra de Alexy e às teorias procedurais em geral, como apontado ao longo do trabalho, é a de Lenio Luiz Streck, que, a partir da hermenêutica filosófica rejeita as teorias da argumentação, concluindo pela impossibilidade de fusão da corrente defendida com teses como as de Alexy⁶⁸⁸, Atienza⁶⁸⁹, Habermas⁶⁹⁰ e Günther.^{691 692}

Lenio afirma que o fato das leis serem constituídas de textos abertos não leva à afirmação de que admitem múltiplas respostas, como propõe Alexy, já que texto e norma não são a mesma coisa, uma vez que contém apenas uma diferença ontológica. O intérprete, portanto, não revela o que está escondido do texto, não cria o que não está no texto, sob pena de restarem chancelados decisionismos e arbitrariedades.⁶⁹³

Tal prática vem sendo ainda reforçada pela repetição sintomática de súmulas, jurisprudências e decisões superiores sem contextualização, sem a necessária consideração da faticidade, do *mundo da vida*. O direito, salvo raras exceções, parece que definitivamente ingressou na era da técnica, consubstanciado na produção em massa de petições, sentenças, acórdãos e recursos tendendo a se aproximar de uma memória tacanha que reproduz um

⁶⁸⁶ Idem, p. 30-1.

⁶⁸⁷ Idem, p. 34.

⁶⁸⁸ Ver: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*.

_____. *Derecho y Razón Práctica*.

_____. *El Concepto y la Validez del Derecho*.

⁶⁸⁹ Ver: ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*.

_____. *Contribución a una Teoría de la Legislación*. Madrid: Caudernos Cívitas, 1997.

⁶⁹⁰ Ver: HABERMAS, Jürgen. *El Discurso Filosófico de la Modernidad*.

_____. *Direito e Democracia*.

_____. *Direito e Moral*.

⁶⁹¹ Ver: GÜNTER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*.

⁶⁹² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. p. 250.

⁶⁹³ Idem, p. 251.

direito guarda-chuva, com a pretensão de enquadramento do maior número de hipóteses possíveis. Parece que o racionalismo alexyano aproxima-se um pouco dessa *aporia*.

Assim, a ideologia do caso concreto transformou-se em álibi teórico, a partir do qual se pode atribuir qualquer sentido ao texto e qualquer decisão pode ser produzida.⁶⁹⁴ Quando se fala em filosofia hermenêutica ou filosofia da linguagem, mais do que o combate a essas circunstâncias e “a morte do esquema sujeito-objeto, quer-se dizer da morte do sujeito que assujeita o objeto (subjetivismo, axiologismos); interpretar, assim, não é fazer acoplamentos dos fatos às normas”⁶⁹⁵.

A partir da afirmação de que é possível dizer que sempre se aplica e se compreende aplicando e se aplica compreendendo, Streck objeta Alexy e Habermas por considerar impossível a cisão de discursos de fundamentação e discursos de aplicação. Este é o ponto em que incide a diferença entre texto e norma, entre ser e ente, entre questão de fato e questão de direito, entre palavra e coisa. “Tem-se, com a teoria do discurso, em pleno Estado Democrático de Direito, a substituição da “categoria-lei para a “categoria-discurso-de-fundamentação-prévia”⁶⁹⁶. Como assevera Streck:

Tem-se não mais um juiz que é a boca da lei, mas, sim, agora, um juiz que é a boca dos discursos da norma racionalmente fundada *prima facie*, o que nada mais faz do que confirmar o problema fulcral da teoria do discurso habermasiana: o da não-superação dos dualismos próprios do paradigma representacional. Pode-se dizer, assim, que enquanto no modelo liberal-burguês se proibia o juiz de pronunciar discursos de validade, na teoria do discurso desonera-se o juiz dos discursos de fundamentação (validade).⁶⁹⁷

As teorias procedurais asseveram que os princípios constituem uma reserva hermenêutica, que somente são aplicados na insuficiência da regra, isto é, quando se estiver diante de casos difíceis (*hard cases*).⁶⁹⁸ Streck afirma que o ponto de partida dos casos simples e dos casos difíceis é o mesmo, sendo que se unem pela condição de possibilidade da pré-compreensão. Como lembra o próprio Streck, não só Alexy comete tal equívoco, mas também o positivismo de Hart e as teorias discursivas de Habermas, Günter e Atienza.⁶⁹⁹ Ademais:

⁶⁹⁴ Idem, *ibidem*.

⁶⁹⁵ Idem, p. 252-9.

⁶⁹⁶ Idem, p. 253.

⁶⁹⁷ Idem, *ibidem*.

⁶⁹⁸ Idem, p. 255.

⁶⁹⁹ Idem, *ibidem*.

Acreditar em distinção entre casos simples e casos complexos é pensar que o direito se insere em uma suficiência ôntica, enfim, que a complexidade do mundo jurídico deve ser resolvida por raciocínios causais-explicativos, em uma espécie de positivismo da causalidade. [...] Os princípios constitucionais, gerados pela chamada era de princípios, não são, de modo algum, um *plus* axiológico-interpretativo, que veio para transformar o juiz em superjuiz, que vai descobrir valores ocultos no texto, agora auxiliado/liberado pelos princípios.⁷⁰⁰

Streck aponta que há apenas uma diferença ontológica entre regra e princípio. Os princípios não são mandatos de otimização, como quer Alexy. Não são subjetivos, enquanto as regras são objetivas. Por trás de toda a regra existe um princípio. Ou seja, os princípios são os razões de fundamento da regra.⁷⁰¹

Outra crítica se revela importante, representando um aprofundamento de matéria antes anunciada a partir da construção de Maia: a idéia de que situações ideais de fala e de discurso prévio não podem fundar uma teoria da decidibilidade dotada de eficácia. A segregação de aplicação e compreensão, através da constituição de discursos racionais prévios, pressupondo a identidade isomórfica dos participantes, sugere a idéia de que é possível estabelecer um ponto de partida quando se decide, uma zona inicial alimentada pelas regras do discurso alexyano. Tal proposição parece estar deveras distante da razão prática e da faticidade, bem como do ódio, do amor, da raiva, da sensibilidade, da pobreza e da riqueza, elementos que serão enfrentados diuturnamente pelo julgador. Como alterca Streck:

Assim, não é possível partir de um grau zero de sentido, fazendo-se necessária uma pré-compreensão e tudo o que ele representa como condição para a compreensão de um problema. Não esqueçamos que a discricionariedade interpretativa é fruto do paradigma representacional e se fortalece na cisão entre interpretar e aplicar, o implica a prevalência do dualismo sujeito-objeto. E essa discricionariedade/arbitrariedade positivista, sob as mais variadas vestes, ainda domina o modo-de-agir dos juristas.⁷⁰²

Para Gadamer, não existe compreensão nem interpretação em que não entre em funcionamento a totalidade da estrutura existencial, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas a de ler o que está aí, e de extrair das fontes o que realmente foi, fruto da dogmatização do direito, empregada na academia e verificável na atuação da grande maioria dos operadores do direito.⁷⁰³

⁷⁰⁰ Idem, p. 255-6.

⁷⁰¹ Idem, ibidem.

⁷⁰² Idem, p. 256.

⁷⁰³ Ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*.
GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*.

A compreensão de logo somente alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais se inicia não são arbitrárias, como ocorre, por exemplo, nas teorias discursivas. Por isso é que o intérprete não se dirige ao texto diretamente, a partir de opinião prévia que lhe subjaz, mas mediante o exame de tais opiniões quanto a sua legitimação, isto é, quanto a sua origem e validade. Destarte, a compreensão de um texto passa pela apropriação de conceitos e juízos de terceiros, que são agregados de pré-concepções do leitor e antecipações das quais deve se dar conta.⁷⁰⁴

Em Heidegger, a compreensão do fenômeno jurídico passa pela verificação do eu, da historicidade efetual própria do intérprete (ser-no-mundo). Compreensão é o modo de ser da pré-sença, na medida em que é *poder ser e possibilidade*. Todo o compreender acaba sendo um compreender-se, significando que a pré-sença (da-sein) humana em toda a mobilidade do atender e do esquecer é a condição de possibilidade de atualização do vigor-ter-sido como tal.⁷⁰⁵

Heidegger⁷⁰⁶ explicita esta situação hermenêutica a partir da *posição prévia, visão prévia e concepção prévia* do interlocutor *jurisprudencial*, considerando a necessidade de explorar proficuamente o significado do termo. “Os preconceitos de um indivíduo são muito mais que seus juízos, são a realidade histórica de seu ser.”⁷⁰⁷ Daí, estabelece-se o chamado círculo hermenêutico em que o todo é compreendido pela parte e parte (no sentido do parcial) é que leva à compreensão do todo. “A antecipação de sentido que guia a compreensão de um texto, não é ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que une com a tradição, ao que se somam as experiências futuras, não em círculo metodológico, mas sim, ontológico da compreensão”⁷⁰⁸. O sentido do texto, como se apresenta ao intérprete, assim o faz, a partir da situação histórica e de um processo objetivo.⁷⁰⁹

O juiz não está subordinado à exigência inexecutável que lhe impõe a crise em que está mergulha a jurisdição, de forma a extrair da lei o seu sentido unívoco. A idéia racionalista da sentença como ato meramente intelectual da lei no qual o juiz interpreta o texto, mas apenas extrai dele seu puro sentido literal, não se sustenta no Direito Moderno, sendo que deve dar azo à aplicação do texto legal em seu sentido jurídico legítimo.⁷¹⁰

⁷⁰⁴ Ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*.

⁷⁰⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. p. 392-447.

⁷⁰⁶ Idem, *ibidem*.

⁷⁰⁷ Idem, p. 416.

⁷⁰⁸ Idem, p. 439.

⁷⁰⁹ Idem, *ibidem*.

⁷¹⁰ François Ost expõe a transferência da função de juiz para o âmbito da mitologia grega, adaptando figuras aos heróis da mitologia, no que é criticado por Lenio Streck, como examinado precedentemente.

Para Husserl, a consciência é a intencionalidade, portanto o ser é a sua intenção. Isso explica a fenomenologia, que é a consciência neutralizada.⁷¹¹ Heidegger, por sua vez, assevera que a intenção deixa de ser consciência e o ente é o próprio ser. Ele divide a ontologia⁷¹² fundamental em três categorias: a) ser-a-mão (entes acessíveis, práxis); b) ser-a-vista (entes que se apresentam diante de nós); c) *dasein* (ser-no-mundo, como ente). Ser familiar transcendente, que supera o limite experimental constituindo-se fundamentalmente no transcender o mundo.⁷¹³

O *dasein* não está no mundo, mas só ali é acessível e a compreensão do ser lhe é inerente, dividida sob suas proposições: a) compreensão do que se chama mundo; b) compreensão do ser dos entes acessíveis dentro do mundo. É a estrutura subjetiva do ser-no-mundo (transcendência *dasein*), pois *não há sujeito (substância) sem mundo e não há homem sem dasein*.⁷¹⁴

Para o *dasein* a verdade reside no paradigma – e procede-se a uma revisão de conceitos. Foi o que ocorreu à época de elaboração de *Ser e o Tempo*, quando, então, surge uma nova matemática, uma nova geometria e introduziu-se na física a teoria atômica e da relatividade. Para Ermildo Stein a compreensão que o *dasein* tem em si mesmo e que nasce da percepção do ser, significa dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. Assinala que o *dasein* une universalidade e singularidade, universalidade e contingência, enfim, *dasein* é sempre síntese.⁷¹⁵

Não por acaso, Lenio Luiz Streck aponta a crise que se estabelece na hermenêutica tradicional quando procura criar métodos de interpretação das leis. Com efeito, conhecendo-se os meios pelos quais são produzidas as leis em *terrae brasilis* parece que inexistem meios de determinar o que sejam conceitos do tipo vontade da lei vs. vontade do legislador, sendo impossível descobrir-se o espírito da lei.⁷¹⁶

⁷¹¹ Ver: HUSSERL, Edmond. *A Crise da Humanidade Européia e a Filosofia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

⁷¹² Estudo do Ser. O termo ontologia foi usado pela primeira vez, no séc. XVII, por João Clauberg, que chamou de ontologia o estudo sobre o ser *in genere*. Por conseguinte, a ontologia deveria abranger o ramo dos estudos tradicionalmente conhecido como metafísica, mas tratado de modo mais formal. Considerada, segundo uma concepção geral, ela devia estudar os predicados universais do ente. Por esse motivo, os escolásticos adotaram o nome de ontologia para a metafísica geral. Nas diferentes escolas filosóficas, a ontologia foi se precisando como ramo da metafísica. Para Herbart, era a ciência que investigava o ser dos reais. Para Rosmini, seria a que investigava o ser como é, ao contrario da deontologia, que estuda o deve ser. Para Husserl, que considera a Ontologia como uma ciência das essências (para ele o ser é a intencionalidade), ela pode ser formal ou material. Segundo Nicolau Hartmann, o objetivo dessa ciência consiste não na pretensão de resolver todos os problemas, mas em reconhecer o que é metafisicamente insolúvel. (NOVA ENCICLOPÉDIA de Pesquisa Fase. *Ontologia*. Rio de Janeiro, v. 7. p. 2.228.)

⁷¹³ Ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*.

⁷¹⁴ Ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*.

⁷¹⁵ STEIN, Ernildo. *Seminário sobre a Verdade*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 38.

⁷¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*. p. 84.

Streck examina com a proficiência as condições em que se põe a hermenêutica filosófica:

Assim, a hermenêutica filosófica, entendida aqui como ontologia fundamental (ou analítica-existencial) avança para além da semiótica e dos modelos epistêmico - metodológico – (nas suas variadas concepções e formulações), isto porque “a perspectiva hermenêutica é a que mais seriamente tem tomado a relação intersubjetiva e a comunidade histórica como sujeito dos diversos processos comunicativos e ligüísticos”. A hermenêutica, na concepção aqui sustentada opera um salto da causalidade para a existência, das objetivações para o acontecer histórico.⁷¹⁷

Não é a partir da literatura, do conhecimento dado que se determina o sentido, mas sim, da dicção do intérprete e de sua historicidade. E a Constituição – na sua acepção dirigente – representa papel importante para o alcance da interpretação, vez que oferece os parâmetros democráticos para a viabilização do *vir-a-ser*. Ela não pode, assim, no alto de seu caráter analítico e sua extensão normativa, tornar-se um “latifúndio improdutivo.”⁷¹⁸ No Brasil, a Constituição responde a esse apelo democrático, já que assegura a liberdade, bem como a proteção do Estado – a segurança hobesiana –, garante o pluralismo político – firmando a democracia – e registra caráter programático e dirigente na tutela de políticas sociais e no combate à concentração de renda e à pobreza.

Enfim, enquanto a teoria do discurso de Alexy trabalha com uma fundamentação prévia, erigida a partir de situações ideais de presunção, a hermenêutica filosófica parte do mundo prático e propõe um *estado de decisão* a partir da simultaneidade do compreender-aplicar, em busca do fundamento do fundamento da decisão, da justificação calcada no *mundo da vida*, não no racionalismo procedimental pré-posto.⁷¹⁹

A teoria alexyana, parece, não consegue juntar norma e faticidade, direito e *ser-no-mundo*, já que relega ao ostracismo a compreensão no momento da aplicação. Ademais, o exame dos casos concretos – principal arcabouço da pesquisa alexyniana – revela que muitas vezes a ponderação é evocada desnecessariamente⁷²⁰, pois a aplicação da norma, coadunada

⁷¹⁷ Idem, p. 253.

⁷¹⁸ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. p. 261.

⁷¹⁹ Como sinala Streck: “Alexy confunde texto e norma, deixando de lado a necessária problematização da aplicação, esquecendo-se, assim, do caso concreto. A teoria da argumentação proposta por Alexy busca uma espécie de ultra ou transracionalidade, alcançável a partir de fórmulas aptas a realizar o que ele denomina de ponderação de princípios.” (Idem, p. 267.)

⁷²⁰ Nesse sentido, são inúmeros os exemplos, extraídos das próprias obras de Alexy:

a) Caso da incapacidade processual – Trata-se da admissibilidade da realização de uma audiência oral contra um acusado que, devido à tensão que tais atos trazem consigo, corre o perigo de sofrer um infarto (colisão entre o dever do Estado de garantir a aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na salvaguarda dos direitos constitucionais garantidos). O Tribunal optou pela prevalência da preservação da saúde do investigado. (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*)

com a compreensão da faticidade, emprestaria uma solução para o caso, sem a necessidade de sofisticação⁷²¹ da decisão.

Compreender um texto, assim, significa sempre aplicá-lo a nós próprios, a saber, que, embora se tenha que compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que se apresenta. Toda interpretação é inerente a sua linguisticidade. Compreender e interpretar estão imbricados de modo indissolúvel e a segregação representaria a impossibilidade de alcance do *mundo da vida* ou, ao menos, risco fundado de arbitrariedades e decisionismos.

Estabelecidos os pontos críticos da teoria alexyana – como dito, um dos principais arcabouços decisoriais da atualidade – e identificada a manutenção do risco de arbitrariedades no ato de julgar (a partir do paradigma alexyano), bem como demonstrado que a hermenêutica gadameriana ainda é o caminho mais seguro de compreensão/aplicação da norma, parte-se para a consideração dos instrumentos de standardização da causa, com acento específico na (des) consideração da coisa julgada.

Nesse sentido, o escopo será, além de identificar a motivação e as pretensões das práticas de padronização/modelização do direito, estabelecer o valor histórico, constitucional e pragmático da coisa julgada como garantia do Estado Democrático de Direito e esteio da estabilidade da demanda, essencial para a plenitude do processo.

O reconhecimento da inconstitucionalidade da relativização do caso julgado regulada no Código de Processo Civil, de sua insuficiência argumentativa e do ultraje que produz na jurisdição é premissa que se impõe. Um dos principais arrimos das formas standardizantes é a tentativa de incorporação ao sistema romano-germânico-canônico da teoria dos precedentes,

b) Caso das custas processuais – O paradoxo da igualdade é uma colisão que se apresenta tanto mais fortemente quanto mais é realizado um Estado Social. Não é, por conseguinte, nenhum acaso que o tribunal constitucional federal alemão enlaça a idéia da igualdade fática com o princípio do Estado Social. Assim, a concessão de gratuidade para o pagamento de custas processuais representa a colisão de direitos fundamentais de titulares distintos. Acrescenta-se, assim, ao lado jurídico, um pressuposto fático. Sob o ponto de vista jurídico, pobres e ricos são tratados adequadamente e igualmente quando nenhum deles recebe apoio estatal para pagamento de custas e honorários de advogado. Contudo, sob o ponto de vista da igualdade fática, o pobre terá estreitadas suas possibilidades de defesa de seu direito. Fomentar grupos particulares significa já tratar outros desigualmente. O paradoxo da igualdade é uma colisão que se apresenta tanto mais fortemente quanto mais é realizado um Estado Social. Não é, por conseguinte, nenhum acaso que o tribunal constitucional federal alemão enlaça a idéia da igualdade fática com o princípio do Estado Social. (ALEXY, Robert. *Constitutionalismo Discursivo*. p. 58-9.)

c) Caso-tabaco – O Tribunal Constitucional Alemão classifica, nessa decisão, o dever dos produtores de tabaco de colocar em seus produtos referências aos perigos do fumo, como uma intervenção relativamente leve na liberdade de profissão. Uma intervenção grave seria, ao contrário, uma proibição completa de todos os produtos de tabaco. Entre esses casos, encontram-se os de intervenção mediana. (Idem, p. 111.)

⁷²¹ A desnecessidade de sofisticação, nesse tópico, põe-se no sentido de que muitas vezes a evocação do conflito entre princípios ou regras e mesmo entre princípios é empregado para fundamentar uma resposta que seria alcançada pela correta compreensão hermenêutica da norma, não na linha da subsunção kelseniana, mas através da utilização do viés gadameriano.

quando, na verdade, cuida-se de tradições diametralmente opostas e erigidas em culturas assaz dessemelhantes.

Ademais, a concepção de precedente que se tenta incorporar como medida justificadora da (des) consideração da coisa julgada, das súmulas vinculantes, das súmulas impeditivas de recursos e dos poderes do relator gera confusão entre texto e norma, considera a vinculação do futuro (enquanto o *common law* solve casos presentes) e inverte a ordem do *satare decisis*. Enquanto que os precedentes do sistema norte-americano (v.g) são arquitetados a partir do intenso debate que atenta ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, os verbetes dos tribunais superiores são impostos e sepultam qualquer sopro interpretativo.

O processo de engessamento do direito que se constata sugere a implementação de uma jurisdição radicalmente democrática, firmada na realização das pretensões materiais e no rompimento com o arquétipo neoliberal que orienta a contuda atual.

A retomada do caráter literário e autenticamente intelectual do direito, reincorporando-se o elemento humano nas decisões, com o fim do jurisdicionado-produto e a busca da independência constituem medidas saudáveis para a democratização do processo. As pretensões massificadoras devem dar lugar a práticas que aproximem o Judiciário da sociedade e rompam com as avaliações lógico-numéricas, com a *era da técnica* e o conseqüente (e trágico) caminho da morte da causa.

Impende a rejeição da standardização, a repulsa à (des) consideração da coisa julgada – que dá ensejo a injustificáveis riscos arbitrários através do opaco critério da justiça e da aplicação da fala autorizada – e o reconhecimento de que as decisões precisam ser definitivamente fundamentadas. Mais, a recongnição de que texto é texto e norma é norma e de que verbetes jurisprudenciais não podem ferir a tradição do sistema romano-germânico-canônico e impedir que o julgador interprete.

A lei torna-se refém do panóptico jurídico e do olhar encapsulante dos tribunais superiores. Só a radicalização da democracia, através do resgate de uma jurisdição compromissária e do elemento humano poderá alterar o (quase) inevitável afogamento do direito, evitando-se que a jurisdição, esse instituo secular, defínhe até soçobrar.

III A UNIVERSALIZAÇÃO ARBITRÁRIA DA FALA AUTORIZADA⁷²²: O MITO DA EFICÁCIA JURISPRUDENCIAL, MUTILAÇÃO DO CASO JULGADO [O PANÓPTICO⁷²³ JURÍDICO (DES) COISIFICANTE] E O EMERGIR DA SINGULARIDADE DAS DEMANDAS

“[...] crês, porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser invalidadas e tornadas inúteis aos indivíduos?”.

Sócrates

⁷²² O conceito, empregado largamente nas obras de Luis Alberto Warat foi eleito por representar a tentativa de imposição unívoca e universal do norte ditado pelos tribunais superiores, que vitimam o caráter argumentativo do direito e reavivam o caráter subsuntivo típico do positivismo. Com assevera o importante jurista cordobenho: “O discurso monológico tem efeitos totalitários de poder, na medida em que põe em ação crenças que foram socializadas a partir de uma razão analítica, supostamente capaz de salvar o Eu-Social das indeterminações e ambivalências dos efeitos míticos de sentido” p. 68. (WARAT, Luis Alberto. *El Jardín de los Senderos que se Bifurcan: A Teoría Crítica del Derecho y las Condiciones de Posibilidad de la Ciencia Jurídica*. In: *Contradogmáticas* 4/5. Santa Cruz do Sul: FISC-ALMED, 1985. 2v.) Warat ainda critica de forma veemente a atual postura do Judiciário, sustentando que ele está assaz distante de realizar a democracia, porque enclausurado numa “auréola de poder embriagante”, distanciando-se da tarefa precípua de fazer com que as pessoas “sintam-se escutadas”, como afirmou na aula inaugural do Mestrado em Direito da UNISC, em março de 2003, ocasião em que iniciamos nossos estudos naquela instituição.

⁷²³ Toma-se emprestada a expressão empregada por Michel Foucault para identificar a exacerbação do poder, que, para ele, não constitui nem uma superestrutura, nem uma qualidade e nem tampouco o vigor que acompanha pessoas ou instituições. O poder é uma situação estratégica complexa, que denota uma simbiose infinita embalada pelos significantes que o movem. Nesse sentido:

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. Traduzido por Raquel Ramallete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. *Microfísica do Poder*.

O panóptico jurídico⁷²⁴ enclausura o desejo democrático, vilipendia a possibilidade de ruptura paradigmática e, tal como a Medusa, transforma em pedra o direito. E o sentido que aqui se quer emprestar à pedra é de imobilidade, ausência de agir, sentimento de vida estanque imposto por outrem. Quer-se-ia, contudo, que o direito, liberto das correntes opressoras do panóptico pudesse alcançar o outro sentido de pedra, representado na força, na firmeza, na nitidez de caráter. A pedra que toca o direito, assim, é a que habita o imaginário dos punhos de renda, das anáguas engomadas, que se distancia da farândola popular e acompanha o chá das cinco de um Judiciário inerte, inquisitor e amante da standardização, impondo conceitos e castrando o saber democrático.

A fala autorizada sufoca a democracia. Os julgadores esquecem os seres iconoclastas e pluricromáticos que habitam a semiologia cortaziana reaviventada por Warat.⁷²⁵

⁷²⁴ O termo panóptico (pan-óptico) foi empregado originalmente por Jeremy Bentham (1785), cunhado com o propósito designativo de um sistema de segurança, um presídio de regime disciplinar intenso. Bentham, como é cediço, ampara-se no princípio de utilidade como alicerce para a ética, visando a observação factual da natureza humana. Para Bentham, o homem norteia suas condutas no alcance do prazer e nas tentativas de afastamento/mitigação da dor. A crítica de Foucault debruça-se especialmente nas características do “modelo” erigido por Bentham, que permitia a vigilância anônima de todos os detentos. Tal fato denota o amordaçamento das liberdades e nítido ultraje à proteção da intimidade, revelando o perfil de um Estado opressor, que também se percebe nas práticas universalizantes que (des) personalizam o processo e almejam imprimir o pensamento majoritário, fruto do discurso monológico representado na “fala autorizada” dos pretórios superiores. E vale lembrar que o modelo utilitarista de Bentham servia ainda para designar a tutela do Estado em manicômios, escolas, hospitais, fábricas e todas as organizações de caráter coletivo, vertendo a pretensão explicitada na obra de Foucault, de “Vigiar e Punir”. Foucault emprega o termo para identificar os meios de controle do indivíduo, firmados na busca de informações sem procedência revelada e que adentram de forma despercebida na vida privada do consumidor-produto da pós-modernidade. Mas o panóptico jurídico revela-se, hodiernamente, especialmente nos instrumentos de comunicação massificada e no arquétipo neoliberal que orienta a jurisdição, impondo a vontade das determinações do Banco Central e convencendo, de forma subliminar, as vítimas desse processo seriático, que olvida a existência dos indivíduos e projeta decisões massificadas, com o emprego de um critério coletivo. Os verbetes sumulares e a (des)coisificação do caso julgado também são abarcadas por tal identidade jurisdicional.

Como assevera o próprio Foucault, “O *Panóptico* de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravessa a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central. E em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um exatante sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. p. 165-6.)

⁷²⁵ Ver: WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos*.

Como sustenta o jurista argentino, com intensa presença nos programas de pós-graduação do Brasil: “A ordem da lei, do poder e do saber, inscrita em uma lógica includente do dever, não pode trazer outro resultado que a hipocrisia do Estado e do Direito como legitimadores dos incidentes tolerados. Talvez o estágio seguinte ao Estado-de-Direito (na América Latina) seja o Estado-de-Hipocrisia, mas a forma subsequente ao grau máximo de hipocrisia do Estado parece ser novamente o Estado-de-Direito. Enfim, uma cadeia muito pouco revolucionária.

Transformaram-se em fantasmas pálidos de um cotidiano inóspito, acinzentado e cadavérico. A democracia precisa de jardins, mas jardins multicoloridos. Não pode sobreviver em meio a ervas daninhas e rosas negras.

O Judiciário brasileiro vive a calenda da industrialização decisional, da massificação (des) personalizada dos julgados, olvidando as pessoas que (ainda) insistem em existir e ser a razão dos pleitos que batem às portas do Estado-Juiz. A tecnologia pernicioso motiva os critérios de avaliação quantitativos e a máquina, que surgiu para servir o homem, agora o submete a seu jugo. Jorge Burgos, o monge cego de Umberto Eco, cujo batismo não se deu por mera coincidência, ambientado na biblioteca, cenário predileto de Jorge Luís Borges – que influenciou decisivamente o escritor italiano –, tremaria diante do infausto.⁷²⁶

O direito aproxima-se da literatura de auto-ajuda e do viés manualesco que inunda as livrarias e salas de aula, passando ao largo do pensar pulsante presente na erudição labiríntica de Borges.⁷²⁷ Traduz o consumismo hedonista e a incultura que se instalou na sociedade pós-moderna. O direito que com pesar se questiona denota um subproduto desse mundo torto e individualista que percebe na autenticidade um desvalor a ser banido.

Aqueles que não compartilham com as estruturas responsáveis pelo triste cenário que se vê precisam da paciência dos ouríveis. E se é certo que não há um prócer da nação que possa soprar o braseiro e incendiar a verdade que se quer desvelar, também é fato que esses sujeitos (jurisdicionados-produto), hoje tomados por uma espécie de tristeza de serraceno, com olhos lúgubres e tez negra opaca precisam manter viva a capacidade de indignação, sob pena de cancelar o fim.

O emprego dos instrumentos de standardização da causa lembram o delírio hermenêutico da Companhia Bananeira da Macondo de Gabriel Garcia Marquez. Em face da afirmação sofista dos causídicos americanos, que atestavam nunca terem existido trabalhadores, confrontando com a sóbria memória dos Buendía, “se dissolveu a patranha do

Uma cadeia que se torna altamente perigosa num estágio da civilização onde o espírito do político tende a ser substituído por ‘competentes’ decisões silenciosas, respaldadas por ‘normas técnicas’”. (Idem, p. 29.)

⁷²⁶ ECO, Umberto. *O Nome da Rosa*. Traduzido por Aurora Fornoni Bernardini; Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. A biblioteca, componente do período examinado por Eco, do enredo por trás da estória e do imaginário de Borges, é o testemunho da necessidade outrora constituinte do centro das pretensões e, hoje, relegada a um plano inferior, quase inóspito. A passagem do escritor italiano traduz o protagonismo desse símbolo hoje mutilado e toda simbologia de poder que lhe acompanhava: “De início ninguém entendeu. Os monges estavam tão acostumados a considerar a biblioteca como um lugar sagrado e inacessível, que não conseguiram dar-se conta que ela estava ameaçada por um acidente comum, como a cabana de um camponês. Os primeiros que ergueram o olhar para as janelas persignaram-se, murmurando palavras de espanto, e compreendi que acreditavam em novas aparições. Agarrei-me a seus hábitos, implorei que compreendessem, até que alguém traduziu meus soluços em palavras humanas. Era Nicola de Morimondo, que disse: ‘A biblioteca está queimando!’” (Idem, p. 545.)

⁷²⁷ Ver: BORGES, Jorge Luis. *Ficcões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

presunto de Virgínia, das pílulas milagrosas e dos reservados natalinos, e se estabeleceu por sentença do tribunal e se proclamou em decretos solenes, a inexistência dos trabalhadores”⁷²⁸. A standardização do direito tem essa pretensão. A mesma dos advogados da Companhia de Bananas: “a de transformar em existente o plano da inexistência”.

Apesar de prescindir-se do brilho seráfico e do pergaminho de Melquíades espera-se que a tendência de massificação do direito mude de rumo e a verdade não seja descoberta tarde demais, alcançando-se o mesmo destino que foi reservado aos Buendía da mítica Macondo.

As decisões que registram a pretensão de implantação de um sentido unívoco traduzem imposturas. Carregam consigo o problema genético da falta de autoridade e, embora sejam formalmente chanceladas não gozam de legitimidade democrática. A democracia não oprime, liberta. A democracia não restringe, inclui. A democracia não tem um discurso monológico, mas plural. A democracia traduz a possibilidade de pleno exercício da vontade fundada na diferença, que a partir da possibilidade da existência multiplica as alternativas e compõe o mosaico de valores que amparam o Estado de Direito. Quando a lanceolada face de animal carnívoro da standardização será banida pela candura democrática? O tempo responderá. É preciso um “dar-se conta” da proximidade do fim. A refundação da democracia jurisdicional. O resgate da tradição. O retorno ao elemento humano. Foucault traduz um pouco desse sentimento de aprisionamento a que está submetido o homem-jurisdicionado, numa sociedade em que se firma uma interdição provocada pela exclusão:

Em uma sociedade como a nossa, conhecemos, é certo, procedimentos de *exclusão*. O mais evidente, o mais familiar também, é a *interdição*. Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa. Tabu do objeto, ritual da circunstância, direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala: temos aí o jogo de três tipos de interdições que se cruzam, se reforçam ou se compensam, formando uma grade complexa que não cessa de se modificar. Notaria apenas que, em nossos dias, as regiões onde a grade é mais cerrada, onde os buracos negros se multiplicam, são as regiões da sexualidade e as da política: como se o discurso, longe de ser esse elemento transparente ou neutro no qual a sexualidade se desarma e a política se pacifica, fosse um dos lugares onde elas exercem, de modo privilegiado, alguns de seus mais temíveis poderes. Por mais que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e com o poder.⁷²⁹

⁷²⁸ MARQUEZ, Gabriel Garcia. *Cem Anos de Solidão*. Traduzido por Eliane Zagury. Rio de Janeiro: Record, 1967. p. 208-9.

⁷²⁹ FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Traduzido por Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 2003. p. 9-10.

Aliás, falando em tempo, as tentativas de “nova gestão da temporalidade” do processo têm ido ao encontro de uma efetividade tacanha, com espreque na massificação das ações, conseqüência de uma impressionante tentativa de assassinio da “causa”, de (des) personalização das demandas e de centralismo judicial. As súmulas vinculantes e, mais recentemente, a relativização da coisa julgada prevista no art. 475, L, § 1º do CPC são exemplos patentes dessa realidade.

O fundamento das práticas universalizantes, que registram o firme propósito de execução de um projeto de poder jurisdicional calcado na institucionalização de um grupo monolítico, não contribuem em nada para a democratização do Judiciário.

Esse processo de robotização e tentativa vã de (des) burocratizar o Poder Judiciário engessa o humano, rechaça a capacidade de construção intelectual da decisão e amordaça todo agir transformador. Enquanto o mundo se funda na existência de grupos cada vez mais organizados que traduzem a previsão de evolução da consciência da sociedade civil vertida por Gramsci⁷³⁰, o Judiciário apresenta-se indiferente às demandas sociais, mergulhado no mesmo estigma de ode ao contencioso que o caracterizou nos dois últimos séculos.

O escopo universalizante do direito hodierno encontra-se representado precipuamente nas formas de standardização da causa. Notadamente nas súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recursos, na imposição de um discurso monológico – visto, v.g., nos poderes do relator de todos os tribunais, que crescem vertiginosamente –, na filtragem espúria e industrial-seletiva que os pretórios têm aplicado no exame de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, no requisito da repercussão geral, na sentença preliminar e, mais recentemente, na relativização da coisa julgada.

Esta última, depois da súmula vinculante, infelizmente consolidada no sistema pátrio, representa um dos maiores riscos ao Estado Democrático de Direito que o processo de *terrae brasilis* já gestou. Além de ultrajar a segurança, a previsibilidade e a confiança das decisões ainda desautoriza o caso julgado, agregando ao conceito universalizante que provém da fala autorizada dos tribunais superiores um efeito retroativo, predatório e capaz de inumar a chancela – definitiva – do Estado ao julgado primitivo.

E cá se diga que a estabilização imprimida pela coisa julgada é assaz distinta daquela percebida no fundamento da procedimentalização do direito, que percebe na forma a solução para uma pseudo-democracia. Essa segurança volta-se para a uniformização, para igualização perversa, que rejeita a alteridade e o reconhecimento da diferença como propulsão cultural,

⁷³⁰Ver: GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*.

típica das práticas neoliberais. Doutra banda, a estabilidade/segurança que arrima o caso julgado é àquela que reconhece na pronúncia judicial o sentido democrático e assegura ao jurisdicionado que a decisão oriunda do devido processo legal seja respeitada. Admitir o contrário seria ferir a democracia e abrir as portas ao Estado de exceção⁷³¹, à “ditadura de togas”.

Ademais, a busca de esteio argumentativo no *common law* é fruto de uma premissa equivocada, que rejeita a nítida distinção dos sistemas. As formas de standardização da causa impõem uma uniformidade totalitária que almeja espriar o desejo político dos tribunais superiores, justificando o injustificável, pois se ampara na extensão do dito *precedente* ao futuro. Ora, como é cediço, o *common law* engendra a concepção de vinculação do precedente aos casos presentes, mediante intenso debate produzido num processo particularizado, com respeito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, propício ao exercício hermenêutico. Definitivamente não é o que ocorre com a sumularização e a (des) consideração da coisa julgada no Brasil.

Ademais, não há garantia de que a “justiça” vertida na decisão que substitui a relativizada seja mais/menos decisionista que a inicialmente transitada em julgado. A (des) consideração da coisa julgada traduz mais uma tentativa de salvar decisões mal fundamentadas (ou mesmo sem fundamento), com a agravante de que desta feita poder-se-á sepultar um julgado hermeneuticamente correto para fazer prevalecer outro arbitrário, fruto da consciência universalizante do tribunal superior que impõe a (nova) decisão.

O homem está desaparecendo para dar lugar a um sujeito-máquina esteriotipado e repetidor de uma jurisprudência sintomática cuspidada aos cântadores pelos tribunais superiores. Essa espécie de “santo graal” fundamentador que habita a motivação universalizante dos instrumentos de standardização é, seguramente, fruto do neoliberalismo, que impõe uma gestão terrificante e voltada para o “consumo” de “produtos” habilidosamente cunhados pelo Poder Judiciário.

O processo cunhado pelos tribunais superiores, além de impor o olhar soberbo das decisões inquestionáveis e planificadas, relega as partes, os julgadores e os causídicos à própria sorte, aprisionando a linguagem e enfraquecendo a democracia. É preciso, urgentemente, superar a tentativa de democratização formalista e reconhecer a ingente necessidade de uma democracia material, que resgate o homem em sua plenitude e (re) personalize as demandas.

⁷³¹ Ver: AGAMBEN Giorgio. *Estado de Exceção*.

1 A Perda da Personalidade das Demandas: Crônica da Morte do “Fato” (A Era da Técnica): Tecnologia, Mecanização e Estandarização da Causa

A sensibilidade foi extirpada do ato decisional. A lágrima habita apenas a tez retinta do negro do subúrbio, a face esquelética dos moradores de rua e a anseio não correspondido daqueles que, desprovidos de melhor acesso, padecem com a indiferença da jurisdição. Como assevera o Eduardo Galeano, traduzindo sua missão: “Eu escrevo para os que não podem ler. Os de baixo, os que esperam há séculos na fila da história”⁷³².

O direito distancia-se cada vez mais do sonho acalentado por Galeano, da pedagogia do oprimido de Paulo Freire⁷³³, da carnavalização de Warat⁷³⁴, da superação da cegueira de Saramago⁷³⁵, do despertar da alma de Garcia Marquez⁷³⁶ e do olhar labiríntico das bibliotecas sem fim de Borges⁷³⁷. O direito que a pós-modernidade verteu ainda preserva os ranços romanistas e o alicerce da filosofia da consciência. Com pretensões neoliberais e de cariz contencioso ainda se põe distante de práticas verdadeiramente democráticas, que alcancem os marginalizados e produzam um “direito da rua”. “A opressão, um controle esmagador, é necrófila. Nutre-se do amor à morte e não do amor à vida”⁷³⁸.

Não se quer o direito do senso comum, mas um direito que escute as pessoas e seja desenvolvido nos bairros, considerando a realidade de cada local, de cada comunidade, atentando ao vasto mosaico cultural que compõe o Brasil. Definitivamente, ainda se tem um perfil de Judiciário que, encastelado no gabinete aguarda os litígios solvidos em série. A lembrança das partes, quanto muito, frequenta a vaga memória do julgador, motivada certamente pelos contornos processuais ou de excepcionalidade que o feito possa sugerir.

O ar quase sem peso e a respiração calada do chão improdutivo que contrasta com o caráter ensimesmado da selva de pedra, símbolo do capital presente nas facetas esquecidas do Brasil. Os relegados que entre soluços involuntários e entrecortados, sentindo que algo tumefato e doloroso arrebenta em seu interior, ainda aguardam, esperançosos, o olhar do direito.

A dor cálida e inocente da abreviação da vida, do esquecimento dos passos, da descoberta precipitada, espelhada na prostituição infantil que aguça a sede mórbida em cada

⁷³² Ver: GALEANO, Eduardo. *O Livro dos Abraços*. Traduzido por Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2003.

⁷³³ Ver: FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 37. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

⁷³⁴ Ver: WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos*.

⁷³⁵ Ver: SARAMAGO, José. *Ensaio Sobre a Cegueira*.

⁷³⁶ Ver: MARQUEZ, Gabriel Garcia. *Cem Anos de Solidão*.

⁷³⁷ Ver: BORGES, Jorge Luis. *Ficções*.

⁷³⁸ Ver: FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. p. 65.

esquina. A fome de pão, a fome de crack, a vontade combatida, a vida curta, a ausência de desejo pelo porvir e o surpreendente afã de alegria que toma as crianças pedintes, faz brotar uma tristeza estática, incapaz, que dolorosamente se revela quase soporífera. Aqui, não há direito. Não há justiça. Não há, seguramente, verbetes sumulares ou relativização da coisa julgada. Não há nada. Apenas a ausência do Estado.

O contraste das agruras dos vendedores de artesanato com as possibilidades extenuantes das famílias que lotearam parte da política do país, com seus móveis vieneses e cristais da boêmia.

O mundo quimérico que brota do corpo diáfano e dos olhos grandes e repousados das crianças de rua. Os suores, suspiros e o mar de lodo que impregna o ar carregado das alcovas que abrigam o fim tenro da inocência, aos dez, onze anos de idade. O gosto doce da brisa e a humildade quase servil de um povo que parece imitar o mar, quando as ondas encontram a paz, alcançando pacientemente a areia. Esses não dispõem da jurisdição. Ao contrário, são suas vítimas, pois integram o rol dos sem-jurisdição, dos olvidados pelo direito. A (des) consideração da coisa julgada registra como paradigma de justiça a reavaliação de imóveis objeto de desapropriação, o patrimônio possível de ser alcançado em face da nova prova na investigatória de paternidade, os benefícios à Fazenda Pública. O instituto, que vilipendia o direito, jamais foi aplicado para alcançar os sem-jurisdição.

Nesse contexto, cabe perguntar se os instrumentos procedimentais de universalização dos conceitos combatem a inefetividade da jurisdição ou potencializam a crise, já que impõem categorias significantes para elaboração de deduções/subsunções, numa franca tentativa de objetivização dogmática e centralismo judicial?

Certamente que a segunda asservita encontra guarida na realidade vivida pelo direito hoje no Brasil. Todos os instrumentos de standardização da causa objetivam a prevalência da vontade dos tribunais superiores e o resgate de subsunções com amparo indevido nos precedentes do *common law*. Nesse sentido, as súmulas vinculantes, as súmulas impeditivas de recursos, a possibilidade de indeferimento liminar e de julgamento de plano dos relatores, o filtro seletivo das presidências dos tribunais de justiça impostos aos recursos especial e extraordinário, os requisitos da repercussão geral e do pré-questionamento e a sentença preliminar. Essas práticas têm a mesma motivação genética, qual seja, o arquétipo neoliberal e a imposição do critério quantitativo imposto pelo Banco Mundial e os organismos internacionais. Traduzem um discurso monológico. A esse teor, a denúncia da professora Jânia Saldanha:

Falar da (in)eficiência encontrou supedâneo na necessidade inadiável de atender a uma ansiedade pessoal que era a de demonstrar o quanto a Jurisdição tem sido vítima do não tão silencioso modelo neoliberal de produção da existência e o quão tal influência alimenta a – patológica - burocratização do Poder Judiciário, uma vez que afasta o julgador daquilo que é essencialmente do seu *métier*: decidir com vista à luz singular de cada caso, trabalho constante de descoberta e de compreensão norteada pela concepção pós-positivista do sistema jurídico. Esse afastamento é uma decorrência desse modelo jurisdicional recortado pela rapidez e que impõe uma nova fonte de pressão: aquela das cifras, uma vez que a necessidade de extinguir o maior número de processos é a questão de ordem. Ao gosto neoliberal fluidifica-se, para lembrar Bauman, uma instituição tradicionalmente rígida por meio da informatização e da redução à *barémisation*.⁷³⁹

Essa redução à *barémisation* de que fala Jânia Saldanha denota um processo de apequenamento do Poder Judiciário, de burocratização, de funcionalidade pré-determinada que reduz o ato de julgar a reprodução de algo imposto pelo panóptico jurídico ou alicerçado numa decisão do passado, que simplifica o jurisdicionar, já que exige o decisor de encontrar (novo) fundamento para o que está dizendo. Como atesta Lyotard, “[...] parece que a incidência destas informações tecnológicas sobre o saber deva ser considerável. Ele é ou será afetado em suas duas principais funções: a pesquisa e a transmissão de conhecimentos”⁷⁴⁰.

De fato, a velocidade da comunicação e o avanço da informática, largamente empregados para a construção de esquemas de raciocínio lógico e esquemático têm posto em risco o saber intelectual, que propõe a alternância de premissas e a inovação do pensar. A organização da sociedade a partir de redes de informatização não tem fomentado apenas a comunicação, mas o constante aprisionamento da inventividade e da capacidade de alterar o curso do conhecimento. O temor é que a organização dessa sociedade pós-moderna se transforme em refém do *intérprete-máquina*.⁷⁴¹ Nesse quadro, “[...] a natureza do saber não permanece intacta. Ele não pode se submeter aos novos canais, e tornar-se operacional, a não ser que o conhecimento possa ser traduzido em quantidades de informação”.⁷⁴² Lipovetsky identifica com propriedade a ambiência tecnológica que redundava numa sociedade de consumo hedonista:

A lógica do indivíduo vai bem além das paixões egotistas, uma vez que se caracteriza pela emancipação das condutas pessoais em relação aos enquadramentos coletivos assim como pela rápida progressão dos cultos do divertimento, do maior bem-estar e da saúde. É inegável que os imaginários do consumo se transformaram, mas essas mudanças não significam de modo algum que eles sejam detentores de uma inversão de lógica consumidora. A descontinuidade é apenas de superfície, não

⁷³⁹ SALDANHA, Jânia. A Influência do Neoliberalismo Sobre a Jurisdição. A Difícil Sintonia entre Eficiência e Efetividade. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). p. 69-70.

⁷⁴⁰ LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. p. 4.

⁷⁴¹ Idem.

⁷⁴² Idem.

sendo aquilo a que assistimos mais que a acentuação, sem dúvida irreversível, da dinâmica do princípio da individualidade.⁷⁴³

De fato, a sociedade, abreviada pelo tempo que a tecnologia oferecesse, mas encantada pelas possibilidades que o mercado lhe apresenta, criou necessidades ingentes, outrora anônimas. O senso de coletivo esvaiu-se. Os valores culturais perdem espaço significativo e a estereotipação do sujeito, representada cada vez mais nos magazines, nas fórmulas mágicas de beleza, na mutilação do corpo para o alcance do estigma ditado pelo inconsciente coletivo, no prolongamento da juventude e no abarrotamento das academias vive seu apogeu.

Nunca o homem cuidou tanto de si a partir da determinação do outro. Nunca a vida autêntica fez tão pouco sentido e a imposição do espécime social factóide vingou de forma tão voraz. O atual momento sugere um “modelo horizontal ou em redes, fragmentado e policentrado, no qual os microgrupos identitários se justapõem em um espaço heterogêneo de gostos, de estéticas e de práticas”⁷⁴⁴.

Mas como adverte Bauman, “a situação presente emergiu do derretimento radical dos grilhões e das algemas que, certo ou errado, eram suspeitos de limitar a liberdade individual de escolher e de agir”⁷⁴⁵. Os estamentos hereditários e a formação societária estanque, que assegurava o *status quo* e encapsulava as possibilidades de inversão provocaram a “fluidez”⁷⁴⁶ do tempo, a relativização das estruturas. Os templos do consumismo⁷⁴⁷, que sugerem uma falsa semelhança dos atores, um sentimento de pertencimento e provocam no homem-consumidor policrônico⁷⁴⁸ a pseudo-necessidade de aquisição de bens essenciais são o retrato do neoliberalismo que, embora ainda comporte sérias discussões como política de Estado carrega o *status* de absoluto no mercado consumerista. Como diz Bauman:

⁷⁴³ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: Ensaio Sobre a Sociedade de Hiperconsumo*. Traduzido por Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 125.

⁷⁴⁴ Idem, p. 118. E segue o autor: “Após a era centralizada, a era multipolar e dispersa do hiperconsumo em que as diferenciações se efetuam a partir de uma multiplicidade de critérios, sejam eles de idade, de música, de esportes, de projetos de vida, de etnicidade, de orientação sexual” (Idem). “Se o ciclo do turboconsumismo é contemporâneo do enfraquecimento dos enquadramentos de classe, não o é menos de um fenômeno que, mesmo sendo de menor amplitude, é igualmente significativo da época: a comunitarização do consumo, da qual as modas de jovens oferecem o exemplo mais notório. Eis-nos na era do consumo em redes, desordenado e balcanizado, descentrado e disperso em neoclãs reunidos em torno de gostos e de interesses específicos, de gêneros de vida, de modas musiciais, indumentárias ou esportivas. Nos ciclos anteriores, a divisão em classes e a oposição do superior e do inferior constituíam os princípios organizadores da ordem do consumo, esta ordenando-se de cima para baixo a partir de referências consensuais” (Idem.)

⁷⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. p. 11.

⁷⁴⁶ Idem, p. 15-25.

⁷⁴⁷ Idem, p. 116.

⁷⁴⁸ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: Ensaio Sobre a Sociedade de Hiperconsumo*. p. 111.

Esse “lugar sem lugar” auto-cercado, diferentemente de todos os lugares ocupados ou cruzados diariamente, é também um espaço *purificado*. Não que tenha sido limpo da variedade e da diferença, que constantemente ameaçam outros lugares com poluição e confusão e deixam a limpeza e a transparência fora do alcance dos que os usam; ao contrário, os lugares de compra/consumo devem muito de sua atração magnética à colorida e caleidoscópica variedade de sensações em oferta. Mas as diferenças dentro, ao contrário das diferenças fora, foram amansadas, higienizadas e garantidas contra ingredientes perigosos – e por isso não ameaçadoras. Podem ser aproveitadas sem medo: excluído o risco da aventura, o que sobre é divertimento puro, sem mistura ou contaminação.⁷⁴⁹

Essa simbologia do poder que sepulta o agir livre de forma subliminar traduz uma nova era de dominação. Se os estados despóticos tolhiam a liberdade de expressão de maneira explícita, oprimindo o agir pela estrutura organizativa aparente, a pós-modernidade optou por uma tática mais silenciosa. O tempo é que oferece a resposta e alcança a “moldagem” de perfis que se igualam e, assim, ficam mais vulneráveis ao consumo, dirigido a esteriótipos e favorecido em face da personalidade solapada dos indivíduos.

E o arquétipo que justifica tal constatação está muito bem erigido em patamares sólidos, firmado em princípios e estatísticas periodicamente renovadas. “Os lugares de compra/consumo oferecem o que nenhuma “realidade real” externa pode dar: o equilíbrio quase perfeito entre liberdade e segurança”⁷⁵⁰. Jónatas Machado expõe a nova limitação imposta à liberdade de expressão, já que a convergência de impulsos competitivos vai estar na base da metáfora do *free market place of ideas*, dotada de um poder sugestivo e de uma força persuasiva que irão influenciar as liberdades de comunicação.⁷⁵¹

Ao indagar sobre a geneologia do poder, Foucault, a partir do reconhecimento da existência massificada dos instrumentos de dominação e cerceamento das liberdades conscientes, com o claro afã de igualização das pessoas e, também, das instituições, percebe

⁷⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. p. 116.

⁷⁵⁰ Idem, *ibidem*.

⁷⁵¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 35.

A obra de Machado, que registra forte influência de Canotilho, é emblemática por tratar de forma detida e aprofundada da liberdade de expressão, atributo um tanto quanto esquecido em face do alcance da redemocratização dos países. O jurista português expõe com propriedade a passagem do anonimato para a forte influência do sistema econômico: “Também o sistema económico reclama a abertura dos canais comunicativos, indispensáveis à expressão de preferências individuais e à comunicação de intenções de compra ou de venda. As trocas comerciais demonstram as possibilidades de um sistema justo de cooperação entre indivíduos portadores de diferentes concepções do bem. Um entedimento semelhante leva Kant, mesmo desconfiado da lógica mercantil, a afirmar que a generalização do comércio tornará as guerras obsoletas. Como se vê, a abertura competitiva do sistema económico e o desenvolvimento histórico das liberdades da comunicação têm na sua base princípios comuns. Na luta pela afirmação e consolidação da liberdade de expressão e de imprensa, e pela remoção de todas as formas de censura, deve destacar-se a importância do desenvolvimento da economia comercial e industrial tipicamente burguesa. Ele irá determinar a evolução da imprensa, passando o mercado a definir o conteúdo das publicações, de acordo com a máxima de que *tudo que é comercializável é publicável*”. (Idem, p. 33-4.)

no agir questionador e na dialogia a possibilidade de rompimento do núcleo monológico do poder. A “coerção de um discurso teórico unitário, formal e científico”⁷⁵² deve ser combatida através de um processo de reaquecimento dos saberes locais que reúnem características mais profícuas de oposição às práticas universalizantes.

Essa “discursividade local”⁷⁵³ pode, assim, estabelecer uma antítese, um *locus* de questionamento ao conhecimento científico hierarquizado firmado na geneologia histórica que permeia as estruturas de poder há séculos. Assim, as liberdades plenas, no campo da sexualidade, do poder e das manifestações típicas da personalidade individualizada de cada integrante da comunidade poderão, *pari passu*, encolerizadas pela pretensão inclusiva, encontrar lugar no nicho fechado do conhecimento standartizado e hermético. “O silêncio, ou melhor, a prudência com que as teorias unitárias cercam a geneologia dos saberes seria talvez uma razão para continuar. Para multiplicar os fragmentos geneológicos”⁷⁵⁴. Foucault identifica a geneologia do poder que habita as estruturas jurídicas, dizendo:

[...] no caso da teoria jurídica clássica o poder é considerado como um direito de que seria possuidor como de um bem e que se poderia, por conseguinte, transferir ou alienar, total ou parcialmente, por um ato jurídico ou um ato fundamentador do direito, que seria da ordem de cessão ou do contrato. O poder é o poder concreto que cada indivíduo detém e que cederia, total ou parcialmente, para constituir um poder político, uma soberania política. Neste conjunto teórico a que me refiro a constituição do poder político se faz segundo o modelo de uma operação jurídica que seria da ordem da troca contratual. Por conseguinte, analogia manifesta, que percorre toda a teoria, entre o poder e os bens, o poder e a riqueza.⁷⁵⁵

O direito, como não poderia deixar de ser, também é fruto dessa avalanche de pensamento voltado para o incremento de um consumo hedonista.⁷⁵⁶ O risco é que o jurisdicionado transforme-se num consumidor-produto e que a jurisdição também seja balconizada, retirando o caráter intelectual que acompanhou a ciência jurídica ao longo da história. E o pior é que esse processo já foi deflagrado. Espera-se que o despertar da consciência da ausência de resolutividade e de seu efeito inverso, já que potencializa os problemas da jurisdição, seja suficiente para o estancamento dessa padronização perniciosa. Mas nem por isso “a ciência perde seus direitos. Na alcova, discutem-se virtudes e vícios;

⁷⁵² FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. p. 172.

⁷⁵³ *Idem*.

⁷⁵⁴ *Idem*, p. 173.

⁷⁵⁵ *Idem*, p. 174.

⁷⁵⁶ Ver: LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: Ensaio Sobre a Sociedade de Hiperconsumo*.

discutem-se fundamentos das religiões, as vias da felicidade, a distinção clássica entre natureza e convenção”⁷⁵⁷.

Esse universo sugere inclusive o questionamento temporal da identidade que se vive. Tem-se convencido denominar esse momento transitório de pós-modernidade. Para Warat,⁷⁵⁸ a ideia de passagem, de indefinição terminológica e de transição sugere uma designação que abarque tal circunstância, assim definida como *transmodernidade*. Apesar do intenso debate acerca da “legitimação da ciência” proposto por Lyotard, ele ainda registra predileção pelo termo original, justificando a assertiva na ampla receptividade de que dispõe. Decidiu, assim, empregar a palavra pós-modernidade, que, segundo ele, “designa o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX. Aqui, essas transformações serão situadas em relação à crise dos relatos”⁷⁵⁹.

Jânia Saldanha, por sua vez, propõe uma multiplicidade conceitual para o termo, fundada na dúvida que o período vertiginosamente suscita. Tal pretensão é expressada no chamado “dilema cruzado entre ser hipermoderno e ser antimoderno”.⁷⁶⁰ Focada no problema dos critérios quantitativos-neoliberais impostos à jurisdição, a autora identifica a hipermodernidade nas “reformas processuais que prestigiam o fluxo e a quantificação, sem preocupação com a qualidade das decisões” e a antimodernidade na preocupação com “a oralidade, os princípios constitucionais, a exigência de fundamentação”, cunhando uma pretensão contra-hegemônica que resiste ao iluminismo e à estandardização.⁷⁶¹

⁷⁵⁷ LEFORD, Claude. Sade: O Desejo de Saber e o Desejo de Corromper. In: NOVAES, Adauto (Org.). *O Desejo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 253. Segue o Leford: “Contudo, os grandes temas da tradição são submetidos ao ponto de vista da alcova. A filosofia na alcova é a filosofia passada no crivo da alcova. E é verdade que, como ocorre numa sociedade de sábios, a sociedade da alcova abriga membros que têm algum título para participar do diálogo. Ela requer paredes que a separem do vulgo. Talvez seja por essa razão que o jardineiro é expulso. Todavia, ela se distingue também por se uma sociedade secreta e que deseja assim permanecer, uma vez que sua licenciosidade contradiz as regras de toda e qualquer sociedade política”. (Idem.)

⁷⁵⁸ Ver: WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito: O Sonho não Acabou*. Volume II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

⁷⁵⁹ LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. p. XV.

⁷⁶⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de Processo Pós-moderno: O Dilema Cruzado entre Ser Hipermoderno e Antimoderno. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. *Processo e Constituição: Os Dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

⁷⁶¹ Idem, p. 5.

Para que não se instale a desesperança, vale enfatizar, ainda, a contribuição da autora no exame dos instrumentos de democratização que recentemente têm sido adotados pelo STF, como a audiência pública e a figura do *amicus curiae*, que oferecem um alento à onda massificante. Tanto que a processualista gaúcha conclui: “Ao que parece, operar-se, a partir da utilização de argumentos tão diversos – das referências aos filósofos clássicos e aos depoimentos colhidos na audiência pública à menção a marcos normativos e jurisprudenciais externas – uma construção coletiva de fundamentação jurídica. O direito, que há muito tempo apropriou-se da palavra normativa, a fim de controlar e regular, parece agora propor-se a partilhar com os homens o espetáculo do diálogo e da solidariedade, a fim de consolidar o paradigma democrático. Trata-se de um caminho possível para

Esse *homo economicus* ou consumidor convertido em mercadoria⁷⁶² que denota o retrato dessa época, independentemente da nomenclatura que se queira emprestar, é vítima do tolhimento de alternativas, da ausência de alteridade e pluralidade, da unificação do pensamento científico e da igualização de perfis.⁷⁶³ E o processo ainda é temperado pelo tempo veloz e pela massificação de procedimentos. “Uma justiça em que a celeridade seja convertida em um metavalor transforma-se em vítima dela própria e aumenta o segundo grau de patologização”.⁷⁶⁴ Revelando ingente preocupação com o quadro que se apresenta, Jânia Saldanha questiona:

Se a alusão à “Crônica de uma morte anunciada”, à primeira vista, pode ter parecido em demasia, pode-se ver que se o Direito é uma resposta culturalmente humana – possível, não necessária –, cujo destino é o homem, é preciso indagar, no campo específico das reformas processuais, em que medida reproduzem a racionalidade da técnica, em que as “boas práticas”, os comportamentos rotineiros, repetitivos, estandarizados, construídos verticalmente e não horizontalmente adotam a forma de uma razão instrumental, à planificação e à eficiência, em detrimento da construção/refundação de um processo e uma jurisdição comprometidos com a Justiça material, com a clara opção antropológico-cultural.⁷⁶⁵

Assim, se o caminho em busca de alternativas para o problema da ineficiência/ineficácia da jurisdição é tortuoso, ao menos é possível identificar onde a solução não está: na massificação das demandas em busca de uma celeridade acachapante e que encapsula o agir democrático. A continuar a tendência que se apresenta as previsões são catastróficas, pois pode-se prever que “tudo o que no saber constituído não é traduzível será abandonado, e que a orientação das novas pesquisas se subordinará à condição de tradutibilidade dos resultados eventuais em linguagem de máquina”⁷⁶⁶.

um problema posto”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do Funcionalismo Processual da Aurora das Luzes às Mudanças Processuais Estruturais e Metodológicas do Crepúsculo das Luzes... In: Streck, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAES, Jose Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. p. 130.)

⁷⁶² Idem, p. 9.

⁷⁶³ “De modo que, no fim da história, quando o processualista do futuro voltar-se a este tempo e tentar recompor a história do processo e da jurisdição com o “espelho quebrado da memória”, recompondo os estilhaços dispersos, enfrentará o desafio de saber reconhecer se os juristas – e os processualistas – da contemporaneidade tiveram a sabedoria de rebelar-se contra a morte anunciada de sua humanidade e de refundar o processo, sob outras bases estruturais, como reclama o complexo Século XXI ou não. Se preservar a Jurisdição estatal ainda é um valor para a consolidação do regime democrático, ao jurista cabe refletir sobre as grandes questões do tempo presente, subtraindo de seus esquemas mentais a razão metonímica e a razão proléptica, construindo, lenta, mas inexoravelmente, a razão cosmopolita que o colocará numa outra temporalidade que não a dos modernos”. (Idem, p. 45.)

⁷⁶⁴ Idem, p. 19.

⁷⁶⁵ Idem, p. 42.

⁷⁶⁶ LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. p. 4.

Definitivamente, chega-se à “era da técnica”.⁷⁶⁷ As máquinas assumem o lugar do homem e o homem, quando em ação, busca cada vez mais moldar-se às características da máquina, como se esse fosse o paradigma concludente do futuro. O ápice desse estigma concretiza-se no consumismo hedonista que labora no inconstante coletivo. Pode ser traduzido, por exemplo, na figura do usuário que tomado de cólera externa toda sua insatisfação com o serviço prestado, recebendo a saudação final da atendente humano-eletrônica sem sobressaltos, em total acinte passivo à manifestação de indignação: *Necessita de mais alguma coisa? A companhia [...] agradece e deseja um bom dia.*

Cordialidade mórbida! Gentileza sarcástica! Acintoso cinismo! Difícil qualificar a mensagem compulsória e enlatada emitida pelas atendentes das companhias que patrocinam os serviços de massa. Mais difícil ainda descrever a indignação que avassala o usuário, tomado de ira em face do notório descaso a que é submetido.⁷⁶⁸ O tempo presente, assim, afasta o homem cada vez mais da verdade e o aproxima da ausência de essência. A propósito da verdade, diz Heidegger:

“Verdade” quer dizer a essência do verdadeiro. Pensamo-la a partir da recordação da palavra grega [...] que significa o não estar-encoberto do ente. Mas será isso já a determinação da essência da verdade? Não será que estamos a fazer passar a mera alteração da palavra usada – não-estar-encoberto em lugar de verdade – por uma caracterização daquilo que está em causa? Enquanto não experimentarmos aquilo que deve ter acontecido para que se torne necessário referir a *essência* da verdade pela palavra ‘não-estar-encoberto’, continuará certamente a tratar-se de uma troca de nome.⁷⁶⁹

⁷⁶⁷ Ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*.

_____. *Caminhos de Floresta*. Traduzido por Irene Borges Durante Filipa Pedroso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

⁷⁶⁸ E não se olvide, aqui, que a garantia está positivada no Código de Defesa do Consumidor, mais uma mostra de que Bobbio estava certo quando afirmava que não precisamos mais de leis, mas sim, do cumprimento das que já existem. (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*.) A tutela do consumidor, no Brasil, alcançou contornos de política pública prioritária com a edição do Código de Defesa do Consumidor, entretanto, a propalada atenção anunciada pela edição da norma não tem se verificado na prática. Os serviços de telecomunicação, energia, saúde e boa parte das ofertas de cunho público, que guardam também contornos sociais, não tem registrado a efetividade desejada. As determinações das agências reguladoras, alçadas à categoria de autarquias especiais, acabam frustrando o efeito pragmático que move sua gênese. Os serviços de discagem gratuita, no mais das vezes, revelam descaso ao consumidor, que após um calvário desgastante e conversas intermináveis com toda a sorte de setores, acaba, muitas vezes, sem o préstimo almejado. O cancelamento dos serviços, seguramente, é o escopo consumerista mais vilipendiado, fruto das dificuldades impostas pelas empresas, que lançam mão de todas as artimanhas para a manutenção do cliente em seus quadros, desconsiderando a insatisfação do usuário com os serviços prestados. O exemplo da saudação cabal da atendente é o reflexo mais repugnante dessa realidade. Se é certo que houve um avanço significativo na acessibilidade dos serviços prestados, baixando-se o custo de boa parte da oferta, assim como se percebe uma agilização elogiável na assistência técnica, também é correto afirmar que o atendimento ao usuário quando da constatação de problemas na prestação da atividade guarda caráter de imensa precariedade. A supressão do elemento humano certamente é um dos maiores óbices ao alcance de um índice razoável de satisfação.

⁷⁶⁹ Ver: HEIDEGGER, Martin. *Caminhos de Floresta*. p. 49-50.

Dessarte, a busca da “essência do verdadeiro”⁷⁷⁰ parece ser um dos imensos resgates que a pós-modernidade necessita, a fim de resgatar o homem como ele mesmo e refundá-lo, na retomada do autêntico.

No século em que a informática avança a passos largos e a velocidade das informações desenvolve-se de forma avassaladora, não se pode, a custo da evolução imanente, tolher dos indivíduos o direito de tutela do Estado e atendimento humanizado. Essa é uma das típicas atividades que não admitem a substituição do homem pela máquina. Zizek chama atenção ainda para outro risco do mergulho tecnológico desenfreado do mundo contemporâneo: a manipulação biogenética. Amparado em Heidegger, sublinha que o perigo não está nos equívocos das premissas de tal atividade, mas sim no risco de sucesso das manipulações, “nesse ponto, o círculo se fechará e a abertura específica que caracteriza o ser-humano será abolida”⁷⁷¹.

Basta. A humanidade precisa da consciência de seu limite científico. E embora a “dimensão ontológica seja irreduzível à ôntica”⁷⁷² e não exista possibilidade de calcular o risco do (aparentemente) impossível, faz-se necessário estabelecer parâmetro para a fixação de uma zona limítrofe do humano. Os meios de standardização da causa também (des) consideram o elemento humano e põem a própria espécie numa encruzilhada jurisdicional: se o direito foi feito para o homem e é feito pelo homem, poderá ele tornar-se um ciberdireito, um sub-produto da máquina? Espera-se que a ordem aparente das coisas seja invertida e o prenúncio do fim do humano no jurídico não se concretize.

Boaventura Santos, ao combinar os estilos bíblico e homérico de Auerbach busca traduzir o cenário atual do direito, que fica entre “A Odisséia” e a “Bíblia”. O *estilo bíblico* prestigia a ambiguidade de sentidos, enfatizando sobremaneira alguns aspectos e relegando outros à obscuridade. Esse “sublime trágico” oriundo da “centralidade das interpretações à luz do *dever* histórico”⁷⁷³ é o retrato da jurisdição conservadora, que acalenta práticas estandardizantes e acoberta os vácuos democráticos, as lacunas processuais e o constante

⁷⁷⁰ Idem, p. 49.

⁷⁷¹ ZIZEK, Slavoj. *A Visão em Paralaxe*. Traduzido por Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 263. E segue o autor, na concepção de Heidegger: “Ou seja, o perigo heideggeriano (*Gefahr*) não é exatamente o perigo de que o ôntico “engula” o ontológico (com a redução do homem, o *Da* [aqui] do Ser, a simplesmente mais um objeto da ciência)? Mais uma vez, não encontramos aqui a fórmula do temor do impossível: o que tememos é que o que não pode acontecer (já que a dimensão ontológica é irreduzível à ôntica) aconteça mesmo assim.... E a mesma coisa é afirmada em termos mais prosaicos pelos críticos culturais, de Fukuyama a Habermas a McKibben, preocupados com o modo como o progresso tecnocientífico mais recente (que potencialmente tornou a espécie humana capaz de reprojeter-se e redefinir-se) afetará nosso ser-humano; o chamado que ouvimos se resume muito bem no título do livro de Bill McKibben: Enough [Basta]. (Idem.)

⁷⁷² Idem

⁷⁷³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*. Contra o Desperdício da Experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. 1v. p. 217.

distanciamento do jurisdicionado. Já o *estilo jurídico homérico*, esse sim, lembrando a simbologia do critério quantitativo aplicado aos processos, converte o “fluxo contínuo numa sucessão de momentos descontínuos mais ou menos ritualizados”⁷⁷⁴. Além disso, ocupa-se em descrever abstrata e formalmente (de maneira procedimental) as condutas, a partir de referenciais cognitivos, de símbolos, de representações.

Para Boaventura ambos os estilos deitam raízes no direito atual. Analisando detidamente a influência produzida por cada um deles, afirma que o estilo homérico,

[...] cria uma forma de juridicidade instrumental. Em contraste, o *estilo jurídico bíblico* cria uma juridicidade imagética e caracteriza-se pela preocupação em integrar as discontinuidades da interação social e jurídica nos contextos complexos em que ocorrem e em descrevê-las em termos figurativos e concretos através de sinais icônicos, emotivos e expressivos. [...] Independentemente da precedência histórica de qualquer destes estilos de simbolização e do predomínio do momentâneo que qualquer um deles obtenha sobre o outro, existe sempre, em cada período histórico, uma tensão dialéctica entre ambos. Assim, embora o direito do Estado moderno tenha um estilo predominantemente homérico, o estilo bíblico está presente, e com grande intensidade, noutras formas de direito que circulam na sociedade.⁷⁷⁵

Independentemente da identidade atribuída por Boaventura, Slajov, Heidegger, Lyotard, Foucault ou Lipovetsky, o certo é que o direito está submerso num lodo espesso e denso, encontrando dificuldades de toda a monta para se desvencilar. A imposição da velocidade rasa e a necessidade de produção massificada que a pós-modernidade trouxe atingiu, invariavelmente, todos os setores. As áreas que impõem o conhecimento científico e o desenvolvimento intelectual mais acentuado, como a ciência jurídica, certamente são as que mais sofrem com essa realidade balconizadora.⁷⁷⁶

⁷⁷⁴ Idem, p. 218. Boaventura cita como exemplo a celebração e terminação dos contratos e próprio “esquema processual” que assegura o “andar” do processo. (Idem.)

⁷⁷⁵ Idem.

⁷⁷⁶ Nessa linha, Jânia Saldanha descreve a situação particular das reformas realizadas no processo civil brasileiro: “Ao contrário das reformas do sistema processual de outros países, que seguem caminho inverso, ou seja, eliminar a oralidade, em nome da velocidade, símbolo da “desdemocratização”⁷⁷⁶ da Justiça promovida pelo modelo neoliberal, o sistema judiciário brasileiro, embora as reformas processuais aqui ocorridas, apresenta importante experiência de preservação da oralidade e da deliberação. Trata-se da audiência pública junto ao Supremo Tribunal Federal, prevista no artigo 9º, § 1º, da Lei 9868/99⁷⁷⁶ permite, pioneiramente, que o Poder Judiciário decida após ter ouvido segmentos representativos da sociedade e que decida a partir dos elementos e informações colhidos. Se não se trata de verdadeira democracia participativa, uma vez que a sociedade não está presente na totalidade na demanda em discussão, ao menos permite-se exercício alargado de democracia representativa, porquanto amplia-se o número de atores do processo, rompendo-se com o fechamento aos clássicos “terceiros” que só excepcionalmente poderiam ter ingresso à demanda após à propositura da ação, autorização essa com origem no processo romano de natureza privada” (SALDANHA, Jânia. A Influência do Neoliberalismo Sobre a Jurisdição. A Difícil Sintonia entre Eficiência e Efetividade. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). p. 70.)

Já o alcance de caráter normativo às decisões judiciais, como ocorre com as súmulas⁷⁷⁷ e a (des) consideração da coisa julgada, além de representar sério risco de mácula à funcionalidade dos poderes⁷⁷⁸ ofende a finalidade primordial do ato jurisdicional, fundado na hermenêutica e no convencimento do jurisdicionado. Curiosamente, os instrumentos de standardização da causa desobrigam o magistrado de “fundamentar” a decisão. Se basta aplicar um verbete jurisprudencial para implementar o julgamento, o decisor fica dispensado de justificar o que diz ou de fundamentar a motivação do que lhe disseram (compeliram) dizer.⁷⁷⁹

A (des) consideração da coisa julgada prevista no CPC, que permite o questionamento da decisão em fase de cumprimento de sentença por força de julgamento posterior - em sede de controle difuso - do STF registra efeito ainda mais acachapante, pois retroage ao passado para ressuscitar o caso julgado, dando-lhe nova vida, numa espécie de exoterismo/paranormal da coisa julgada. A permissividade traduz a abertura de mais uma das tantas portas que cortejam e recebem com notória faceirice as arbitrariedades e os decisionismos. Claro, não será raro que uma decisão desprovida de justificação substitua outra fundamentada adequadamente.

O princípio constitucional da razoável duração do processo até pode impor a noção de uma justiça temporalmente mais adequada, contudo, seu alcance não pode se dar a custa das garantias jurisdicionais democráticas, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o direito adquirido e, também, a coisa julgada.

⁷⁷⁷ Lenio Streck elenca com proficiência o problema normativo das súmulas: “[...] as súmulas, a par de constituírem ‘conceitos’ que pretendem aprisionar os ‘fatos’, não são também textos? Consequentemente, em sendo textos, não são, portanto, interpretáveis? Mas, então, em sendo assim, qual é o problema das súmulas? A razão principal pode estar na denúncia que Kaufmann faz acerca do modo como os juristas interpretam e aplicam as leis ainda nos dias atuais? Se examinarmos a prática judicial actual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou. Ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX. O perigo maior representado pelas súmulas vinculantes - e, agora, pelas súmulas impeditivas de recursos - está no fato de que cada uma delas transforma-se em uma ‘premissa maior’ ou ‘categoria’ (significante) própria para a elaboração de deduções/subsunções. Trata-se, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas (este é o teor da Lei 13.276). Ou seja, em *terrae brasilis* a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição [...]. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. p. 160-1.)

⁷⁷⁸ Nesse sentido:

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

⁷⁷⁹ Lenio Streck diz que, “As Súmulas, sejam ‘comuns’ ou vinculantes, não podem ser consideradas precedentes *stricto sensu*, por várias razões. Talvez a principal delas é porque o texto é diferente da norma [...]. O STF é, ao mesmo tempo, o criador do texto e seu aplicador no momento em que julga as reclamações em virtude da não-aplicação das súmulas vinculantes” (Entrevista concedida à Revista Carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>> Acesso em: 01 abr. 2009.)

A súmula impeditiva/persuasiva de recursos traz a pretensão explícita de redução das inconformidades apresentadas aos tribunais superiores, justificando-se num formalismo castrador, que relega a realização das pretensões materiais a último plano. As súmulas, vinculantes ou não, vertem o discurso monológico, antidemocrático, numa tentativa de totalitarismo jurídico com a imposição da vontade compulsória dos tribunais superiores, afastando qualquer possibilidade de contra-argumento ou fundamentação. O Judiciário acaba por aplicar o modelo pós-fordista, pois, em face de não apresentar o “produto” no estoque age antes que a demanda chegue.

Essa uniformidade decisional provém de uma estrutura estamental que tutela muito mais a igualdade de mercado do que a igualdade material, típica do liberalismo. A esse teor, Tocqueville sinala que a igualdade só pode ser introduzida “artificialmente e só é assimilada com dificuldade; ao passo que concebe, por assim dizer, sem pensar, uma ideia de um poder único e central que conduz todos os cidadãos por si mesmos”.⁷⁸⁰ O autor de uma das grandes obras sobre democracia na América critica esse processo de igualização, apontando que ele faz com que o cidadão se torne mais um na multidão, com rechaçamento das individualidades. Além disso, aponta que, “após a ideia de um poder único e central, o que se apresenta mais espontaneamente ao espírito dos homens, na eras da igualdade, é uma concepção de legislação uniforme”.⁷⁸¹ Contudo, tal pretensão, juridicamente arraigada ao sentido de univocidade da lei presente no positivismo e no direito romano é um avesso do pluralismo e da possibilidade de multiplicidade de opiniões.⁷⁸²

Os poderes alcançados aos relatores não são mais do que a potencialização do efeito vinculante das decisões, já que a negativa de segmento e o julgamento de plano dos recursos podem se dar quando a pretensão da parte for “manifestamente contrária à jurisprudência majoritária”.⁷⁸³ Por fim, para trazer mais um dos instrumentos que simbolizam a tentativa de

⁷⁸⁰ Ver: TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Sentimentos e Opiniões. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 359.

⁷⁸¹ Idem.

⁷⁸² Tocqueville ainda acrescenta: “À medida que as condições se igualam num povo, os indivíduos parecem menores e a sociedade maior, ou, antes, cada cidadão, tornando-se igual a todos os outros, perde-se na multidão e não se percebe mais que a vasta e magnífica imagem do próprio povo. Isso dá naturalmente aos homens dos tempos democráticos uma elevada opinião dos privilégios da sociedade e uma idéia humílica dos direitos do indivíduo. Admitem facilmente que o interesse de um é tudo e o do outro não é nada. Aceitam de bom grado que o poder que representa a sociedade possui muito mais luzes e sabedoria do que qualquer um dos homens que a compõem, e que seu dever, tanto como seu direito, é pegar cada cidadão pela mão e conduzi-lo”. (Idem, p. 360.)

⁷⁸³ Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557; [...] III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; [...] Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

morte precoce da causa e de atentado à democracia jurisdicional tem-se a sentença preliminar.⁷⁸⁴ Tendo como paradigma apenas uma decisão idêntica, permite o julgamento imediato do processo, gerando inclusive uma situação exdrúxula, pois consoma uma decisão, operando-se o (ficto) trânsito em julgado com a possibilidade de que a parte vencedora nem sequer tome conhecimento do ato jurisdicional. A alegação da (suposta) coisa julgada em nova demanda, proposta em Comarca diversa, ficaria assim prejudicada.

Ademais, o Judiciário brasileiro já é fortemente influenciado pela cultura da sumularização, independentemente de seu efeito vinculante ou não. A postura comodista de dizer o direito a partir do já dito e a passividade gerada pela ilação de que a decisão de primeiro grau apenas inaugura um caminho que já tem destino traçado desmotiva os julgadores, fragilizando o princípio da independência e redundando na repetição sintomática da jurisprudência. Nesse sentido, ao examinar o problema metodológico do direito, Castanheira Neves diz que se está a “ver o direito como um sistema de regras da realidade empírico-social ou exclusivamente como o direito positivo vigente de uma comunidade política existente na realidade empírica”.⁷⁸⁵

Ao simplificar algo complexo por natureza, à custa da substituição da fundamentação pela repetição, o direito acaba por adotar um viés massificador de produção seriática, tipicamente industrial. É o modelo fordista. A (des) consideração da coisa julgada e os verbetes estandardizantes subvertem a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF) já que pré-postas pelo tribunal.

Segundo Streck, o discurso jurídico já vem “habitado”, de cima para baixo, reduzindo a nada as possibilidades intelectivas do intérprete.⁷⁸⁶ Embora tenha ocorrido um

⁷⁸⁴ Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557; II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa; III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; IV - poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias; V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial; VI - ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do caput deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

⁷⁸⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 113.

⁷⁸⁶ Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*.

_____. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A legitimidade Constitucional do Efetivo Vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

avanço após o *linguistic turn*, o direito ainda se encontra vinculado aos paradigmas da filosofia da consciência e à subsunção que, como aponta Kaufmann, ainda é o meio mais empregado pelos juristas.⁷⁸⁷ E claro, ao lado dessa aporia, a sempre presente pretensão de univocidade da norma. “Lo general como tal no existe y podría ser ‘ante rem’ a lo más en un mundo transcendental. Por eso, tampoco puede haber un conocimiento inmediato, adecuado o unívoco de lo general, de lo esencial, de la cosa em si”.⁷⁸⁸

Tanto o sentido de univocidade da norma quanto a pretensão estandarizante jurisprudencial têm como pano de fundo a temporalidade que se impingiu a pós-modernidade. A quantificação, em todas as instituições, firmada nas metas a serem alcançadas (Meta II no Judiciário, v.g) é o ideal messiânico a ser perseguido. O que melhor traduz a condição de velocidade atordoada, sem sentido e que mutila as pretensões materiais acabadas, firmadas em paradigmas de fundamentação sólidos é, quiçá, a Alice, de Lewis Carroll. É preciso correr, diz o coelho. Porque? É preciso correr, repete o coelho. Está atrasada Alice. Para que? Vamos Alice, brada novamente o estigma da ausência do tempo da fantasia de Carroll.⁷⁸⁹

Por fim, o que sobra é o julgamento despótico da Rainha de Copas! Como disse o Camundongo à Alice, aludindo a batuta que reinava no País das Maravilhas, o julgamento será, “sem júri, sem juiz, sem nada. Será jogar fora conversa. Vou ser o júri e o juiz. Disse a Fúria, com ardis. Hei de julgar a causa inteira”⁷⁹⁰. Esse é o quadro pintado pela crônica da morte da causa, pela universalização de sentido jurisprudencial, pela standardização. Não há julgamento, apenas a aplicação do verbete. Não há juiz, apenas o servidor que repete a determinação superior da Rainha de Copas (STF).

Após a análise da fundamentação dos instrumentos de standardização e das conquências para a democracia, necessário considerar a etimologia, as celeumas conceituais, a relação com a eficácia sentencial, o alcance da coisa julgada, a fim de firmá-la como instituto histórico, processual e constitucional que impõe a firme proteção do Estado.

⁷⁸⁷ Ver: KAUFMANN, Arthur. *Analogia y “Naturaleza de la Cosa”*. Hacia una Teoria de la Comprension Juridica. Traduzido por Enrique Barros Bourie. Santiago: Juridica de Chile, 1976.

⁷⁸⁸ Idem, p. 105.

⁷⁸⁹ Ver: CARROLL, Lewis. *Alice no País das Maravilhas*. Tradução de Rosaura Eichengerg. Porto Alegre: L&PM, 1998

⁷⁹⁰ Idem, p. 42.

2 Eficácia da Sentença, (Des) Consideração e Teoria da Coisa Julgada

A concepção da coisa julgada sempre constituiu uma das auréolas protetoras do processo e materializadora da segurança jurídica, instituto que, mesmo em tempos de relatividade e de fluidez ainda firma a ideia de estabilização das relações sociais, da qual o direito é uma das ciências depositárias.

Lógico que há muito a coisa julgada não se reveste de valor absoluto, porquanto, a partir da reconhecimento da possibilidade de seu rompimento, com a ação rescisória, foi afastando seu caráter de supremacia plena.

E em que perspectiva se funda a ação rescisória? Na ideia de que o ato humano é falho, passível de ser corrompido e de desviar-se de seu caráter ético. A sentença é, naturalmente, um ato humano, que se enquadra nessa descrição e, por consequência, pode não corresponder à melhor forma de direito.

A par da ação rescisória, prevista para hipóteses excepcionais, tais como a comprovação da falta moral do magistrado – prevaricação, corrupção ou concussão⁷⁹¹ –, fraude à lei⁷⁹², falsidade de prova⁷⁹³ e obtenção de documento novo⁷⁹⁴, começou-se a cogitar a relativização da coisa julgada. Sem a necessidade de procedimento próprio, a figura processual tutelada pelo CPC⁷⁹⁵ passou a ser concebida quando a decisão expressar séria injustiça ou quando contrariar decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal. Esse último caso alinha-se aos instrumentos de estandartização das decisões, representados também pelas súmulas vinculantes, impeditivas de recursos e na extensão do poder das decisões monocráticas. No momento próprio, contudo, serão tecidas as considerações concernentes ao instituto, bem como revelados os argumentos de seus defensores e detratores.

Mas a relativização da coisa julgada é uma das tentativas de emprestar celeridade ao processo que as reformas desencadeadas na década de 90 geraram. Nessa esteira, vale observar que o Código de Processo Civil de 1973 tem passando por diversas modificações, tendo sua inspiração na celeridade, efetividade e economia processual. Pontes de Miranda afirmava que a finalidade preponderante do processo “é realizar o Direito”.⁷⁹⁶ O

⁷⁹¹ Art. 485, I, do CPC.

⁷⁹² Art. 485, III, do CPC.

⁷⁹³ Art. 485, VI, do CPC.

⁷⁹⁴ Art. 485, VII, do CPC.

⁷⁹⁵ 475, L, parágrafo primeiro, do CPC.

⁷⁹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e Outras Decisões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 27.

questionamento que se impõe é se essa realização do direito é efetivamente alcançada com o paradigma de efetividade que se pretende emprestar ao processo.

Esta “onda” de reformas é retratada por Tesheiner, que afirma:

Há períodos, porém, em que as transformações são tão rápidas que se tornam claramente perceptíveis. É o que ocorre, atualmente, com o processo civil, sujeito a modificações anuais, ou mesmo mensais, que vão tornando irreconhecível o velho Código do tão recente ano de 1973.⁷⁹⁷

A Lei 11.232 de dezembro de 2005 trouxe uma das mudanças cruciais do período, qual seja a extinção da execução da sentença, que restou substituída pela fase de cumprimento. Tal fato operou, para muitos, uma mudança conceitual da sentença, em que pese o questionamento acerca da manutenção ou não da autonomia da fase executiva.

A esse teor e também com o propósito de firmar a compreensão que se quer emprestar à coisa julgada, indispensável examinar como a sentença apresenta-se no contexto histórico.

A origem etimológica do termo sentença denota o *sentire*, que derivou da palavra em gerúndio *sentiendo*. Esses vocábulos determinaram no Direito Romano a expressão *sententia*. Ou seja, a definição original da palavra sentença tem como significado a manifestação do sentimento do julgador quando da apreciação do conflito apresentado ao Estado.

Desde o Direito Romano, a *sententia* estava revestida da coisa julgada, que, por sua vez, não abrigava as *interlocutiones*, as quais nem sequer comportavam impugnação.⁷⁹⁸ A *sententia* julgava o direito da parte e se “desconheciam outros tipos de tutela, a sentença era sempre de ‘condenação’ ou ‘absolvição’, após a sua prolação e diante da inexistência de recursos, ou mesmo após o julgamento desses, passava em julgado (*res judicata*)”⁷⁹⁹.

Claro que existem algumas exceções no decorrer da história. Uma delas está presente na Alemanha medieval, que admitia multiplicidade de sentenças, todas impugnáveis.

O Código de Processo Civil de 1939 estabeleceu uma forma muito próxima da atual, firmando a classificação em sentenças definitivas, terminativas, decisões interlocutórias, despachos de mero expediente e acórdãos.

⁷⁹⁷ TESHEINER, José Maria Rosa. Em Tempo de Reformas - O Reexame de Decisões Judiciais. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de Impugnação ao Julgado Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 384.

⁷⁹⁸ O que mudou, na modernidade, com a disciplina do agravo que tem perdido prestígio por conta da tentativa – em que pese frustrada, pois não recepcionada pelos tribunais – do CPC de firmar o recurso retido como regra e a sua exclusão dos processos afetos aos Juizados Especiais.

⁷⁹⁹ Ver: JORGE, Flávio Cheim. Sentença Cível. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 104, n. 26, p. 112, out./dez. 2001.

Determinava o ordenamento que para as decisões de mérito, que formavam coisa julgada material⁸⁰⁰, o recurso cabível era a apelação. O Direito Alemão, por sua vez, foi um dos inspiradores da contenda vivida atualmente pela doutrina processual brasileira acerca da possibilidade (ou não) de uma decisão de mérito não integral, ou seja, parcial e em sede interlocutória. O processo de sentença (*Urteilsverfahren*) tedesco reconhece a existência de sentenças totais de mérito (*Vollurteil*) e sentenças parciais (*Teilurteil*) nos casos em que a questão não esteja apta a ser julgada e desde que o pronunciamento final (*Endurteil*) não a afete.⁸⁰¹

A redação dada ao art. 162⁸⁰² do Código de Processo Civil antes da alteração protagonizada pela Lei 11.232/2005, textualmente, era clara em estabelecer que a sentença traduzia o ato que põe fim ao processo e, portanto, rechaçava as decisões parciais de mérito. Nesse sentido, Baptista da Silva foi um dos primeiros a questionar a concepção conceitual trazida pelo Código de Processo de 1973, reconhecendo na tutela antecipatória a possibilidade de pronúncia preliminar de parte do mérito da ação. O processualista, contudo, foi buscar no processo interdital romano o fundamento para o abrupto rasgo que a tutela antecipatória provocou no véu da tradição ordinarizada, também herdada dos romanos.

Em última análise, supor que exista uma espécie de tutela jurisdicional que se defina como antecipada, importa negar todos os princípios que dão sustentação teórica ao Processo de Conhecimento, especialmente significa resgatar o conceito de sentenças liminares, e mais do que isto: - significa reintroduzir, no direito contemporâneo, a estrutura romana dos interditos, legitimando, por esta via, os juízos de verossimilhança, que o direito moderno procura suprimir de nosso horizonte teórico, e com os quais o nosso procedimento ordinário não pode conviver.⁸⁰³

Barbosa Moreira⁸⁰⁴ informa que, em termos de teoria processual, o legislador de 1973 substituiu o critério substancial de 1939 por um critério topológico no qual a sentença está localizada no final do procedimento de primeiro grau de jurisdição.

⁸⁰⁰ Art. 287 - A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas.

⁸⁰¹ JORGE, Flávio Cheim. *Sentença Cível*. p. 112.

⁸⁰² Art. 162 - Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º - Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

§ 2º - Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3º - São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

⁸⁰³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 220-1.

⁸⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 5v. p. 241.

Contudo, a mudança conceitual que parece registrar traços de ineditismo não é nada mais, nada menos do que fruto da influência do processo romano. A sentença registra firme parença com as sentenças interlocutórias mistas das Ordenações. Ambas são decisões que registram a pretensão de extinção do processo que comportam recurso de apelação e firmam a coisa julgada. Por sua vez, a sentença definitiva corresponde a *sententia*, pois estabelece a *res judicata*, mas com enfrentamento do mérito. O Código de 1973 não distinguiu essas formas de decisão, determinando que a sentença pode ou não julgar o mérito da causa. Porém, o legislador definiu no artigo 459 duas categorias de sentença: *stricto sensu*, que resolve a lide; e *lato sensu*, que encerra o processo sem decisão de mérito.

A providência foi bem recebida pela maioria da doutrina, como revela Moniz de Aragão⁸⁰⁵:

[...] essa tomada de posição somente se justifica a fim de as partes e tribunais não mais se verem torturados, como ocorria com o Código de 1939, pelo dilema de caber ou não o recurso; de ter ou não havido erro grosseiro; de estar ou não decidido o mérito da causa.⁸⁰⁶

Teresa Wambier⁸⁰⁷ aponta que conceituar sentença como na redação original do Código, ou seja, como o ato do juiz que põe fim ao procedimento de primeiro grau de jurisdição, é uma tautologia e acaba por não esclarecer o que denota realmente a decisão.⁸⁰⁸

⁸⁰⁵ Nesse sentido, ainda, a lavra de Ovídio Baptista da Silva: “Esta classificação tríplice dos provimentos judiciais, ou *atos decisórios*, adotada por nosso Código teve, como se sabe, finalidades mais práticas do que propriamente científicas. Pretendendo o legislador simplificar e dar unidade ao sistema de recursos que adotara, houve por bem denominar sentenças a todos os provimentos que ponham termo ao processo, mesmo que esta ocorrência se deva à extinção da relação processual motivada por alguma irregularidade, ocorrida nela própria e que nada tenha a ver com a decisão da causa. Assim, segundo nosso Código, as decisões que vão desde o indeferimento da petição inicial (art. 295) até o provimento que determina o arquivamento do processo, porque a parte, por exemplo, a quem incumbia alguma diligência, abandonou a causa por mais de trinta dias, são consideradas *sentenças*, como o são igualmente todos os provimentos através dos quais o juiz encerre o processo pelos motivos indicados no art. 267 do Código. Reunidos, assim, sob uma mesma dominação, todos os provimentos decisórios *que importem extinção do processo*, quer haja ou não julgamento do mérito da causa, submeteu-os o legislador a uma única disciplina recursal, ao prescrever no art. 513, que das sentenças caberá sempre apelação, tanto das *terminativas* quanto das *definitivas*. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. 6. ed.rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 200.)

⁸⁰⁶ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973*. arts. 154-269. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 5v. p.44.

⁸⁰⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O Conceito de Sentença no CPC Reformado. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de Impugnação ao Julgado Civil: Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 532.

⁸⁰⁸ Antes da reforma aqui analisada Daniel Francisco Mitidiero já demonstrava a estreita ligação existente entre sentença e os artigos 267 e 269, do CPC: “[...] o legislador entendeu de agrupar sob o rótulo de ‘sentença’ todo e qualquer ato que tende a enfeixar o procedimento de primeiro grau, examine este ou não o mérito da causa. A matéria tem estreita ligação com os arts. 267 e 269, CPC, em que definem as hipóteses em que o julgador encerra o processo com ou sem análise do objeto litigioso [...]”. (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. p. 57. Tomo II.)

Aqui, parece, houve sim uma mudança razoável no caráter semântico da sentença, com a simplificação do conceito. Do ponto de vista processual, restaram aplacadas diversas angústias, especialmente a da eleição do meio de impugnação cabível, como, *verbi gratia*, no caso de indeferimento da reconvenção, em que pese a aplicação do princípio da fungibilidade, “embora não tivesse sido recepcionado expressamente pelo Código, reprimando, assim, a força normativa do art. 810 do Código de 1939”⁸⁰⁹.

Dessa forma, o Código de Processo Civil de 1939 diferenciava as sentenças em terminativas e definitivas. A sentença definitiva caracteriza-se quando havia enfrentamento do juízo de mérito, desafiando recurso de apelação. A sentença terminativa, por sua vez, encontrava agasalho conceitual quando a decisão se produzia em juízo preliminar de admissibilidade, impondo recurso de agravo de petição.

Evidentemente que a classificação vertida pelo CPC de 1939 gerou um problema de ordem semântica e, também, pragmática, qual seja, a identificação da presença ou não do juízo de mérito e, conseqüentemente, a eleição do instrumento de insurgência cabível.

O CPC de 1973 tentou aplacar essa aporia conceitual a partir da edição dos artigos 267 e 269, enumerando as matérias que devem gerar a extinção do feito com e sem julgamento do mérito, no que estabeleceu uma relação com outros dispositivos da Lei Formal, como, *verbi gratia*, o art. 301.

Em que pese a franca disposição do legislador em inumar o problema conceitual, o que restou solvido foi apenas a dúvida recursal. Mesmo esta, se considerada a polêmica da decisão parcial de mérito⁸¹⁰, continua presente, mas claro, em proporções mais aceitáveis. Por sinal, o advento da Lei 11.232/05, que inseriu no ordenamento o cumprimento da sentença, acalentou mais controvérsias acerca do tema. Isso levou Milman a firmar a necessidade de criação de um novo recurso, a apelação por instrumento:

⁸⁰⁹ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos Recursos Cíveis*: Atualizado com a EC 45 e as Leis 11.341/06, 11.280/06, 11.277/06, 11.276/06, 11.232/06, 11.187/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

⁸¹⁰ Nesse sentido, importante trazer a percepção conceitual trazida por Fredie Didier Jr., consubstanciado especialmente no pensamento de Marinoni: “A mais importante observação que se deve fazer sobre o novo parágrafo 6º do art. 273 diz respeito à sua natureza jurídica: não se trata de tutela antecipada, mas sim de resolução parcial da lide (mérito). A topografia do instituto está equivocada. Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material. E, por ser definitiva, desgarra-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Inovações na Antecipação dos Efeitos da Tutela e Resolução Parcial de Mérito. In: *Revista de Processo*, n. 110, ano 108, abr./jul. 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 223-51. p. 233-34.)

Quando o réu reconhece a procedência de um ou alguns, mas não de todos os pedidos, tornando-o(s) incontroverso(s), haverá sentença parcial com resolução de mérito (CPC, art. 269, II), exigível imediata e definitivamente a prestação da satisfação do que reconhecido em sede de cumprimento com caráter definitivo, seguindo o feito para solução das demais lides não compostas.⁸¹¹

E exemplifica:

Semelhança existe no acolhimento parcial, pelo juiz, de tese defensiva de prescrição de porção do crédito exigido em uma ação de cobrança, com determinação de prosseguimento da demanda de conhecimento em relação à parte outra não atingida pelo decurso do tempo. Há, aqui, também, sentença parcial com resolução de mérito, nos termos do inc. IV do art. 269 do CPC.

Aliás, o próprio deferimento da tutela antecipada em sentença denota uma decisão parcial de mérito, não se enquadrando nas hipóteses delineadas pelos arts. 267 e 269 do CPC. A solução é a apelação por instrumento, permitindo ao tribunal que aprecie a antecipação de mérito protagonizada pela decisão interlocutória? É notório o caráter inventivo da proposta de Milman, com o propósito de adequar o apreço da questão diante à nova sistemática imposta pela Lei Formal, mas esse e outros debates denotam a angústia que gera a possibilidade de antecipação do mérito, quebrando o caráter ordinarizado e a ode às demandas plenárias que embalam o Processo Civil. Tais mudanças⁸¹², que viabilizam uma gestão mais adequada do tempo, poderiam ser recebidas com mais naturalidade e incorporadas efetivamente à pragmática processual. Definitivamente, não são. Mais uma demonstração de que a lei não consegue aplacar a cultura processual que permeia os litígios, a da ordinarização. Como sempre insistia Ovídio Baptista, a lei não altera o pensar do homem.

Ainda no que toca à decisão (ou resolução) parcial de mérito, Marinoni, registrando posição oposta a Athos Gusmão⁸¹³, sustenta que a coisa julgada material põe sob seu agasalho a sentença parcial, de sorte que não se admitirá nova modificação no decurso do feito, nem por conta de eventual revogação quando da prolação da sentença definitiva. Nesse sentido, assevera:

[...] a tutela antecipatória, nos casos estudados, não precisa ser confirmada pela sentença e conserva a sua eficácia mesmo após a extinção do processo. É

⁸¹¹ MILMAN, Fabio. O Novo Conceito Legal de Sentença e suas Repercussões Recursais: Primeiras Experiências com a Apelação por Instrumento. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e Processo II: Reformas Processuais, Ordinarização e Racionalismo*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 149.

⁸¹² Leia-se: as que valorizam a concessão da tutela de urgência como antecipação do mérito.

⁸¹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação da Tutela no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 54.

preciso que se tenha em mente que processo prossegue após a tutela antecipatória, apenas para averiguar a existência do direito que não foi definido.⁸¹⁴

A dificuldade de alcançar-se um provimento com caráter de definitividade provém exatamente da máxima processual romana de que só há decisão com o pronunciamento final na ação. A afirmação encontra nevrálgico amparo no pensamento de Chiovenda.⁸¹⁵ Diferentemente da tradição inglesa do *common law*, o sistema romano-germânico-canônico sustenta a concepção de que o caráter verossímil não merece guarida e submete o processo a tal insegurança. Se a verdade relativa, na cultura atual de irresponsabilidade do Juiz, fosse erigida à condição de protagonista, tornar-se-ia rapidamente a algóz da derrocada do processo.

A quebra desse paradigma, mediante a valorização do cariz verossímil e o reconhecimento da decisão parcial de mérito ou da sentença liminar, recebeu, por décadas, a ingente defesa de Ovídio Baptista, que não era um adepto da implantação do *common law* no sistema pátrio, pela absoluta disparidade cultural e falsa compreensão dos precedentes que motivaram a edição dos instrumentos de estandarização do processo, como as súmulas vinculantes, as impeditivas de recurso e a própria repercussão geral.⁸¹⁶

Ovídio apenas toma emprestado do sistema inglês o poder do Juiz de primeiro grau, consubstanciado na verossimilhança e na possibilidade de antecipação do mérito das decisões. A esse teor, sempre combateu as arbitrariedades, pois defensor retumbante da necessidade de fundamento do *decisum*, mas sustentou a possibilidade de antecipação do tempo do processo, quando o alicerce da prova e o argumento representassem solidez e proximidade com a verdade. Apresenta, nessa perspectiva, a resistência à jurisdição de urgência:

Se a ética da jurisdição de urgência (nela incluída o processo cautelar) é o sacrifício do improvável em favor do provável [...], a ética do procedimento ordinário, ao contrário, assenta-se na impossibilidade de qualquer decisão sobre o

⁸¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 105.

⁸¹⁵ Ver: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

⁸¹⁶ Esse não é o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni, que gestou inclusive proposta de alteração do CPC para atribuir força aos precedentes, consolidando os instrumentos de estandarização que já alcançam acento cativo no processo pátrio. Veja-se a lavra do processualista paranaense, ao comparar e buscar desmistificar as diferenças do *common law* e o *civil law* “Lembre-se do célere método de identificação da *ratio decidendi* proposto por Goodhart, ainda hoje considerado no ambiente do *common law*, exige a determinação dos fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, a identificação de quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir. No *civil law*, e no que interessa ao direito brasileiro, nunca se deu maior importância aos fatos do caso. Isto é facilmente explicável. A tradição do *civil law* acreditou que os casos sempre encontrariam solução na lei. A lei preveria os fatos do caso, restando ao juiz, depois de enquadrar os fatos na norma, a tarefa de apenas decidir se desta decorreria o efeito jurídico almejado pelo autor. [...] Note-se, porém, que em tal dimensão está a se pensar nas tradições de *civil law* e de *common law* e não nos sistemas de *civil law* e *common law*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Elaboração dos Conceitos de Ratio Decidendi (Fundamentos Determinantes da Decisão) e Obiter Dictum no Direito Brasileiro*. In: _____ (Coord.). *A Força dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 250.)

direito tomada sob um juízo de verossimilhança. É esse o verdadeiro sentido da complementariedade do processo cautelar ao procedimento ordinário, que o art. 700 do CPC italiano torna explícito. O fundamento da ordinariiedade está justamente na impossibilidade, como assevera Micheli, de uma decisão que não seja a última do procedimento, com exclusão de qualquer possibilidade de uma sentença liminar, posto que esta teria que assentar-se num juízo de verossimilhança.⁸¹⁷

Retomando o caráter conceitual/classificatório da sentença, considerando as duas perspectivas impostas pelo Código de Processo, na tentativa cada vez mais difícil de apartar a arguição estritamente processual de mérito, ainda aviventada pela reforma trazida pela Lei 11.232/05, necessário sinalar a premência das pretensões materiais e a superação da perspectiva instrumentalista. Tais ações reduzem as expectativas do processo ao caráter meramente procedimental, relegando sua virtude primeira, representada no efeito que produz na vida dos litigantes.⁸¹⁸ Mas como atesta Araken de Assis, apesar das controvérsias, manteve-se a classificação sentencial:

[...] tornou-se novamente atual e convidativa a separação das sentenças em duas classes, ideia tão difundida no direito anterior, e que sobreviveu nos espíritos mais atilados às vicissitudes legislativas: de um lado, as sentenças definitivas, tanto que examinem o fundo da demanda; de outro, as sentenças terminativas, na medida em que se limitem ao juízo de admissibilidade, a qualquer momento (v.g., a sentença liminar do art. 267, I, c/c art. 295) e por qualquer motivo (art. 267), sem tocar o mérito.⁸¹⁹

No que toca à coisa julgada, contudo, a distinção conceitual das sentenças parece contribuir. Claro, revela-se pernicioso o fechamento do conceito, numa tentativa de estabelecer hipóteses taxativas, cerceando a hermenêutica que o tema reclama. A definição procedimental de coisa julgada formal e material, nesse contexto, vincula a formalidade da coisa julgada à sentença terminativa, impedindo a discussão da matéria no mesmo processo em que foi proferida a sentença.

Nos casos em que a decisão enfrentar o mérito, logo, sentença definitiva, produzir-se-á a coisa julgada material, que “é constituída pela coisa julgada formal acrescida da análise de mérito”⁸²⁰. A decisão não comportará mais reforma, salvo pela via excepcional da

⁸¹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. p. 24.

⁸¹⁸ Às vezes a estandarização, o formalismo e a impessoalidade do processo contemporâneo fazem esquecer que, por traz do feito existem pessoas que experimentarão os efeitos da decisão que se busca.

⁸¹⁹ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 28.

⁸²⁰ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos Recursos Cíveis*. p. 27.

rescisória⁸²¹, pois “a parte já recebeu a adequada resposta jurisdicional (provimento meritório)”⁸²². Pragmaticamente, pontua Wambier:

A lei considera sentenças de mérito ou definitivas aquelas cujos conteúdos forem encartáveis nos incisos do art. 269 do CPC. Só podem ter lugar se presentes os pressupostos de admissibilidade de exame de mérito, ou seja, as condições da ação e os pressupostos processuais, e se não se configurar nenhuma das outras hipóteses previstas no art. 267 (que, no entanto, não se podem ortodoxamente classificar como pressupostos de admissibilidade de julgamento de mérito, como, por exemplo, a perempção, conforme já se frisou – art. 267, V e VIII).⁸²³

A redação dada ao artigo 162, § 1º, do CPC, pela Lei 11.232/2005 alterou somente o disposto no § 1º, que se reporta ao conceito de sentença⁸²⁴.

Comparando-se o dispositivo presente e o revogado atenta-se que o anterior definia sentença pelo seu caráter teleológico ou topológico e o efeito que produzia no processo. Como aponta Araken de Assis, “a nova redação do aludido parágrafo abandonou o critério ‘topológico’: a sentença não é mais o ato que põe termo ao procedimento de primeiro grau.”⁸²⁵ Alerta o processualista ainda que o art. 162, § 1º, do CPC, não elenca todas as situações de sentença, isso porque também existe sentença no processo cautelar (art. 803, *caput*), “e, curiosamente, se descobre sentença (provimento extintivo do processo executivo) na própria execução (art. 795)”⁸²⁶.

Chiovenda conceitua sentença como “a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta da lei que lhe garanta um bem”⁸²⁷. A afirmação de Chiovenda não contempla o caráter teleológico, nem tampouco classificatório da sentença. O jurista italiano foca sua conceituação, inicialmente, no conteúdo declaratório, através da pronúncia afirmativa ou negativa do direito. Sem embargo, não olvida o cunho pragmático do processo, reconhecendo a necessidade de realização de sua pretensão material quando aduz o mister de asseguarção do bem da vida postulado. Apesar da imprescindibilidade de reconhecimento do contexto da análise chioventiana, que sublinha um critério a ser superado, o do caráter volitivo da norma, vale

⁸²¹ Aqui, necessário considerar a anomalia da relativização da coisa julgada, que é objeto de crítica da presente pesquisa e, se reconhecida, poderia quebrar o clássico conceito de coisa julgada.

⁸²² PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos Recursos Cíveis*. p. 28.

⁸²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 488.

⁸²⁴ Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei.

⁸²⁵ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*. p. 20.

⁸²⁶ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 156.

⁸²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 158.

ressaltar que há uma preocupação com o alcance do bem da vida pretendido. O processo moderno continua serviente à ordinarização romana, mas esqueceu o dever material de presteza e de satisfação pragmática do litigante.

Pontes de Miranda preferiu, à luz de sua teoria quinária, ressaltar as eficácias sentençiais e a possibilidade de que a sentença pode cancelar a composição das partes ou mesmo dar azo à jurisdição voluntária.

A sentença é a prestação estatal, com que o juiz solve a obrigação do Estado de decidir a questão, ou decidir quanto à aplicação do direito, ainda que não controvertido – declarando, constituindo, condenando, emitindo mandamento, ou executando.⁸²⁸

Os conceitos clássicos de sentença devem ser afastados em face da mudança da definição? Na verdade, a avaliação depende muito do enfoque que se empresta à resposta do questionamento. Se a alteração conceitual for concebida como uma efetiva mudança paradigmática, então a “nova sentença” perde o caráter de definitividade que mantinha até então. Mas, se a modificação for percebida como a aproximação da cognição com a execução, sem junção de ritos, os conceitos permanecem, especialmente no que toca aos efeitos da sentença. Formalmente, deixa-se de aplicar o critério topológico para consideração da substancialidade. O critério era definido a partir da identificação da sentença com o rito em que estava inserida. Agora, diferentemente, o conceito prima pelo efeito da sentença, e, para muitos, como Barbosa Moreira⁸²⁹, tem-se um só processo com fases que se sucedem, a cognitiva e a executiva. Não parece ser verdade.

Embora não haja mais a necessidade de execução da sentença em procedimento autônomo, com a mudança formal de intimação do sucumbente na pessoa de seu patrono, também é verdade que ainda se preserva certa autonomia da fase executiva, seja pela manutenção das vastas possibilidades de impugnação, seja pela ficção da ausência, como regra, do efeito suspensivo nos embargos. Ademais, a inobservância do rol de matérias afetas aos embargos têm gerado há muito uma ordinarização da fase executiva. O que nasceu para ser o retrato da presteza e o complemento do procedimento ordinário se tornou um novo calvário processual.

⁸²⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. Tomo I. p.167.

⁸²⁹ Ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada*. Temas de Direito Processual – Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Conteúdo e Efeitos da Sentença: Variações Sobre o Tema. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, n. 84, 1996.

Cá se diga que o debate acerca da eficácia da sentença tem germe na sua contenda classificatória. O ponto crucial, no tocante à classificação, parece ser exatamente a distinção do efeito condenatório obtido ao cabo do processo ordinário e o declaratório, que, de acordo com a teoria quinária de Pontes de Miranda – hoje de recepção minoritária na doutrina –, por conta das cargas eficaciais da sentença, encontra-se presente em boa parte das decisões. Para Pontes, a sentença condenatória, assim como a declaratória, contém a pronúncia de existência ou inexistência de direito, distinguindo-se quanto à força executiva nela inserta. Esclarece o processualista⁸³⁰ que,

Condenar não é declarar a injúria; é mais: é “reprovar”, ordenar que sofra. Entra, além do enunciado de fato, o de valor. A sentença que somente declarasse ter o réu incorrido em pena seria declarativa, não condenatória. O que leva alguns juristas a falarem de declaração é o efeito declarativo contido na sentença ou junto a parte da sentença que produz a força de condenação.

Toda demanda posta em juízo denota duas pretensões, quais sejam, o *meritum causae* e a aspiração a um provimento jurisdicional. A esse teor, afirma Liebman⁸³¹, “A carga de eficácia de uma decisão dependerá da correspondência dos limites que esta alcançou dentro do pedido formulado”. Pontes sinala a relação entre a eficácia declinada na exordial e a obtida no comando sentencial⁸³²:

Se a sentença é favorável inteiramente ao *petitum*, a carga de eficácia da sentença é igual a carga de eficácia que o autor pediu, ou que foi pedida pelo reconvinte. Se a sentença julgar improcedente a ação, a força sentencial é declarativa. Força sentencial é carga ou peso maior no computo da eficácia.

E aqui cabe firmar a ideia de que o Direito Processual Civil há muito concebe que a sentença é o ato que põe fim ao processo. Claro que o direito não pode dar ensejo a iniquidades, pelo próprio escopo que propõe, mas vale sinalar que a possibilidade da prolatação de duas ou três sentenças não representa a garantia de que possa ser resgatada a injustiça (sic) presente no caso. Ademais, a via excepcional da ação rescisória já foi consagrada como instrumento hábil ao questionamento das decisões agasalhadas pela coisa julgada material. Por fim, a própria concepção de justiça⁸³³, como é cediço, encontra vagueza

⁸³⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. p. 209-10.

⁸³¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Tradução brasileira de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 152.

⁸³² MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. Tomo V. p. 78.

⁸³³ Em que pese às diversas tentativas de imprimir um “ponto médio” para a justiça. Uma das mais importantes, seguramente, é a vertente kantiana de Ricoeur: “Mas a primazia moral da ideia de justiça só é plenamente

conceitual e delimitação relativizada pela teoria da argumentação. Roborando a explanação, o pensamento de Ovídio Baptista:

A idéia de que a sentença seja o ato de encerramento da relação processual é universalmente aceita no direito moderno, por razões que já foram sumariamente por nós indicadas, tendo sido proclamada por CHIOVENDA (Instituições, I, n. 36), CARNELUTTI (Instituzione, II, n. 480), LIEBMAN (Embargos do executado, n. 70, Processo de execução, n. 18; e Manuele, I, n. 106) e ROSEMBERG (Tratado, II, § 129), para citar apenas os processualistas de maior renome (Grifo do autor).⁸³⁴

O processualista, ainda no que toca à classificação das ações, sinala a importância da carga executiva da sentença⁸³⁵, que externa uma atividade geneticamente privada do Direito Romano, por constituir pretensão que visa satisfazer praticamente a pretensão da parte, já reconhecida do ponto de vista declaratório-condenatório. Nesse sentido, assevera:

O ato executivo, então, é um ato jurisdicional de incursão do mundo dos fatos, através do qual se opera uma transformação da realidade, substituindo-se o juiz ao abrigado, a fim de realizar uma atividade essencial e originariamente privada.⁸³⁶

Claro que a eficácia executiva da sentença, mesmo que mantenha certo propósito privado, vez que denota o alcance do bem da vida de parte do autor, depois de já ter obtido o seu reconhecimento pelo Estado, passou a incorporar-se não só procedimentalmente, mas também do ponto de vista paradigmático às tarefas tipicamente estatais. Chiovenda ajuda a explicar o fato, pois há vinculação – explicitada com a inserção do cumprimento da sentença⁸³⁷ – da executividade com o processo de conhecimento. Mesmo a demanda

reconhecida ao cabo do percurso sobre o segundo eixo da constituição da moralidade. Sob o signo da norma, categoria rainha do ponto e vista deontológico, a justiça passa pela prova de universalização, formalização e abstração procedimental. Ela também é levada ao nível de imperativo categórico. Transposta para esse plano formal, a progressão interna à tríade formada por próprio, próximo e distante coincide com as três formulações do imperativo kantiano e, conforme diz Kant nos *Fundamentals...*, ela vai da unidade à pluralidade e à totalidade. Assim transporta para o plano da norma, a tríade básica torna-se tríade formada por autonomia do si, respeito à humanidade na pessoa do si e de outrem e projeção da cidade dos fins na qual cada um seria ao mesmo tempo súdito e legislador”. (RICOEUR, Paul. *O Justo*. p. 67.)

⁸³⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. p. 336.

⁸³⁵ Para Pontes de Miranda, sentença executiva é toda aquela que contém, imanente em si mesma, como eficácia interna que lhe é própria, o poder de operar uma mudança no mundo exterior (*Micheli, De la ejecución forzada – Commentario del Codice Civile (Scialoja-Branca)*, 1970, p. 120), compreendida tal mudança como correspondendo a uma transferência de valor jurídico do patrimônio do demandado para o patrimônio do demandante, onde tal valor deveria estar (MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. p.122 e 212.)

⁸³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*. p. 77.

⁸³⁷ A sentença, qualquer que ela seja, é, para Chiovenda, um ato preparatório da futura execução, pois, diz ele, historicamente, toda sentença nasce como preparação à execução, ou seja, desempenha a função de verificação do direito. Chiovenda separa nitidamente os dois fenômenos por ele denominados verificação do direito e atuação do direito. A primeira operação, a verificação do direito, segundo ele, teria adquirido historicamente

originariamente executiva tem se aproximado do rito ordinário, em face da ampliação processual e cultural do rol de matérias arguidas nos embargos à execução.

No plano das eficácias da sentença, a teoria do processo há muito debruça-se sobre a teoria de Liebman, que não classifica a coisa julgada como um efeito da sentença, mas sim como uma qualidade a ela imanente, tornando não só seu conteúdo imutável, mas também seus efeitos⁸³⁸. A esse teor, a doutrina de Liebman:

A autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.⁸³⁹

Mas o próprio Liebman, cabe ressaltar, parte do pressuposto de que a eficácia da sentença deve distinguir-se de sua imutabilidade, operando-se, nesta última, a coisa julgada, vez que, como dito alhures, esta não traduz um efeito da sentença, mas uma condição de validade dela, uma parte que a integra. Como afirma o processualista italiano,

A eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se de sua imutabilidade. Aquela pode definir-se genericamente como um *comando*, quer tenha o fim de declarar, quer tenha o de constituir ou modificar ou determinar uma relação jurídica. Nem se quer com isso resolver aqui o problema geral da natureza volitiva ou intelectual da atividade do juiz, ou da qualidade mais ou menos autônoma do *comando*. A sentença vale como *comando*, pelo menos no sentido de que contém a formulação autorizativa duma vontade de conteúdo imperativo.⁸⁴⁰

Para Chiovenda, a coisa julgada consiste na “indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei afirmada na sentença”⁸⁴¹. O processualista, portanto, toma por esteio a declaração da sentença, que afirma a norma e vincula as partes a partir do direito pronunciado. A coisa julgada traduz um efeito da sentença e não um adjetivo que a integra, como quer Liebman⁸⁴². Chiovenda vai além, dizendo que é “a afirmação indiscutível e

importância em si, passando a desempenhar duas funções: a) tornar certo o direito; e, b) preparar a execução. (Idem, p. 28.)

⁸³⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 48.

⁸³⁹ Idem, p. 46.

⁸⁴⁰ Idem, p. 51.

⁸⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 341.

⁸⁴² Liebman reporta-se à lição de Chiovenda, afirmando: “Esta última fórmula limita com o efeito da coisa julgada à declaração contida na sentença e a identifica, não só com a indiscutibilidade, mas também como a obrigatoriedade da declaração, ao passo que o que já se disse mostra seguramente como a obrigatoriedade, não da declaração somente, mas também de toda a decisão, é propriamente o efeito da sentença, e como este se reproduz independentemente da indiscutibilidade e da coisa julgada e não vincula aos juízes mais do que a qualquer outro sujeito (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*. p. 46.)

obrigatória para os juízes de todos os processos futuros⁸⁴³, de uma vontade concreta da lei”⁸⁴⁴. Aqui, parece, volta-se para o conceito de coisa julgada material, porquanto o que se impõe à parte não é a impossibilidade de debate da pretensão no processo em que se pronuncia o comando sentencial, mas sim em qualquer outro, o que sepulta a ideia, contemporânea ao menos, de coisa julgada formal. Para Liebman⁸⁴⁵, a principal crítica que cabe à Chiovenda é o fato de que a coisa julgada não se firma somente sobre a declaração contida na sentença, mas sobre todo o seu conteúdo.⁸⁴⁶

Carnelutti, embora alinhado à teoria de Chiovenda em alguns aspectos, registra distinções. Busca solucionar o problema da eficácia definindo-o como a imperatividade do comando sentencial ou o que denomina de coisa julgada substancial. Já à imutabilidade da sentença, chama de coisa julgada formal, consistente na preclusão recursal.⁸⁴⁷ Carnelutti propõe, portanto, a eficácia da sentença como autoridade da coisa julgada. Como afirma o próprio processualista,

[...] a autoridade da coisa julgada, porém, não consiste tampouco na imutabilidade da sentença, a qual significa somente preclusão dos recursos, protege a sentença de sua existência meramente formal.⁸⁴⁸

Liebman, por sua vez, critica Carnelutti, em razão da possibilidade de existência de pluralidade de sentenças no curso do mesmo feito, asseverando que o processualista italiano

⁸⁴³ GOLDSCHMIDT concorda com Chiovenda, manifestando-se na linha do processualista italiano: “La significación de la fuerza material de cosa juzgada reside en sus efectos de constatación, de tal modo que el juez está ligado, en todo proceso futuro que se promueva, a la decisión contenida en la sentencia. Esto se expresa con la fórmula de que <lo que reconoce con fuerza material de cosa juzgada (en firme), no que puede controvertirse de nuevo (con éxito, se entiende), y lo que se desestima con fuerza material de cosa juzgada, no se puede volver (con éxito) a hacer valer> (§ 191, I, ap. 2; Proyecto I, BGB.; cfs. además, §§ 11, 318 y 565, II, ZPO.; §§ 17, II, n.º 4, y 102, ap. 2, L.O.). La función de la fuerza material de cosa juzgada es, pues, positiva. No es negativa en Derecho romano (<bis de eadem re ne sit actio>), donde se miraba a la posibilidad de que se renovara el planteamiento de asunto, y en que la resolución de la cuestión litigiosa tenía efectos consumativos, o, en otras palabras, producía un impedimento procesal (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traduzido por Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 387.)

⁸⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 341.

⁸⁴⁵ Valendo lembrar que, para Liebman, “... coisa julgada é a imutabilidade do *comando* emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que seja, do próprio ato”. (LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*. p. 54.)

⁸⁴⁶ Idem, p. 46.

⁸⁴⁷ Idem, p. 48.

⁸⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni*. Funzione del Processo Del lavoro. In: *Revista di Diritto Procesal Civile*, v. 1, p. 109, 1930.

“põe fim ao chamado julgado formal (preclusão dos recursos), surgindo a possibilidade de pluralidade de processos sobre o mesmo objeto, o que deixou de levar em conta”⁸⁴⁹.

Necessário ainda repisar a posição de Goldschmidt, que se põe na linha de Chiovenda e rejeita a concepção da coisa julgada como qualidade da sentença. Para ele, a exemplo do italiano, a coisa julgada é efeito da sentença. “El efecto típico de la sentencia (porque se da en todas las que de un modo no condicionado finalizan un proceso) es su fuerza material de cosa juzgada, es decir, el que produce sobre la cuestión litigiosa”⁸⁵⁰. Para o processualista alemão, o que se reconhece como força material da coisa julgada não pode ser novamente controvertido, nem tampouco voltar a ter validade distinta.⁸⁵¹

A par dessa discussão, a doutrina clássica italiana, também representada em Chiovenda e Carnelutti, busca emprestar à coisa julgada caráter de segurança plena e alcance da verdade. Isso é o que se infere, por exemplo, da lavra de Mattiolo, que, ao vincular a coisa julgada com a ideia de verdade, afirma estar sua autoridade arrimada no princípio “*res iudicata pro veritate habetur*”⁸⁵². Assim, com o propósito de inumar a possibilidade de eternização do conflito, os processualistas italianos firmaram a concepção de que a coisa julgada deveria estar identificada com a verdade plena, independentemente do caráter injusto ou da aparente incorreção da decisão. Sergio Costa, nessa esteira, altercava que “em linha abstrata não se pode dizer que haja uma sentença injusta, e porque o sucumbente não a impugna, tal sentença passa em julgado e tem plena eficácia”.⁸⁵³

Claro que a coisa julgada, com o passar do tempo, perdeu o cunho de divindade que os processualistas italianos quiseram lhe emprestar, entretanto, manteve o alicerce na segurança jurídica e foi posta, constitucionalmente, ao lado do ato jurídico perfeito, como um dos princípios balizadores do Estado Democrático de Direito. Como será visto adiante, não se quer emprestar à coisa julgada caráter de absolutividade, contudo, também não se pode reduzi-la a um mero conceito processual, vez que ela registra, como dito, força constitucional.

⁸⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*. p. 50. E o autor segue, afirmando que, “Deve a autoridade da coisa julgada consistir numa proteção da sentença em sua eficácia jurídica, ainda contra estouro e mais grave perigo”.

⁸⁵⁰ E segue o autor: “No debe confundirse con la fuerza formal de cosa juzgada, es decir, con su impugnabilidad. Solamente es posible hablar, en efecto, de fuerza material de cosa juzgada respecto de sentencias finales no sometidas a condición alguna que resuelvan el proceso y que posean ya la fuerza formal de cosa juzgada; dicho esto, naturalmente, sin perjuicio de las resoluciones que decidan sobre cualesquiera otras cuestiones litigiosas, y del efecto obligatorio de otras resoluciones, que se equipara en el aspecto procesal de sus caracteres al de la fuerza material de cosa juzgada. Ordinariamente se habla de ésta, especialmente respecto de las sentencias sobre el fondo, como resulta del § 322, I (resoluciones <sobre la acción>); pero también se atribuyen tales efectos a las sentencias desestimatorias, atendiendo a su contenido” (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. p. 386-7.)

⁸⁵¹ Idem, p. 387.

⁸⁵² MATTIROLLO, Luigi. *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*. Turim: Fratelli Bocca, 1905. 5v. p. 14.

⁸⁵³ COSTA, Sergio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 5. ed. Turim: UTET, 1980. p. 379.

Já Pontes de Miranda não atribui à eficácia declaratória força ingente no estabelecimento dos contornos da coisa julgada, como sustentou Chiovenda. Nesse sentido, aliás, parece concordar, ao menos inicialmente, com a crítica de Liebman, que infere não se debruçar a coisa julgada apenas sobre o efeito declaratório da sentença. Em face da teoria quinária e da preocupação nevrálgica da teoria pontiana com as eficácias sentenciasais, que, segundo o processualista, podem estar presentes em multiplicidade na sentença, ele afirma ser o efeito declaratório a primeira razão da decisão. “A eficácia declarativa é somente no plano do verbo, no plano do enunciado que se mantém como enunciado, e se basta”⁸⁵⁴.

Superada a ideia de que a coisa julgada está no efeito declaratório, vez que, para Pontes, ele constitui uma espécie de requisito da sentença, porquanto se manifesta já no verbo, cabe ressaltar qual a consideração que ele tece, especialmente a respeito da coisa julgada material, considerando-a eficácia da sentença. Aduz Pontes de Miranda:

A discussão sobre a coisa julgada material tem função só positiva, ou só negativa, é sem qualquer apoio nos fatos, de um e de outro lado. Tudo se resume em disputa em torno do fundamento, ou, se prefere, o *prius* lógico (a função negativa, ou a positiva?). A prioridade cabe à função negativa, se encaramos o problema do lado da sentença, que é o que mais importa, se estamos analisando a eficácia da sentença; cabe a função positiva, se o encarmos do lado das outras autoridades, que tem de atender à sentença. A coisa julgada material, como eficácia da sentença, abrange as duas, porque a função positiva é consequência do *Ne bis in idem*: consequência de eficácia, eficácia é. A coisa julgada formal é aquela eficácia de coisa julgada que somente diz respeito ao processo em que foi proferida a sentença.

⁸⁵⁵

Fica claro, portanto, que para Pontes tanto a coisa julgada formal quanto a material, que abrange a primeira, traduzem eficácia da sentença. Ele ainda dá azo à clássica definição de coisa julgada formal, que se debruça apenas sobre o feito no qual foi prolatada a sentença que originou a coisa julgada; e a material, que em sua dupla funcionalidade (positiva e negativa), sugere (nova) discussão sobre o fato em litígio. Pontes de Miranda critica ainda a posição de Adolf Wachter e Chiovenda no tocante ao alcance da coisa julgada material perante terceiros, apontando a existência de omissão injustificada a tais questionamentos e resposta ambígua do processualista italiano quando afirma que a coisa julgada material prevalece em relação a todos, mas não pode prejudicar terceiros. Pontes acaba por admitir o efeito reflexo

⁸⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. V. p.198. E ainda, “Basta-se, porque também a lei é separada do fato e incide; a lei começa a dominar os fatos antes de aplicar-se a eles. A eficácia declaratória e as outras eficácias distinguem-se como se distinguem do julgamento indicativo os julgamentos imperativos”.

⁸⁵⁵ Idem, p.199-200.

da coisa julgada, mas afirma que essa “expansão subjetiva” só existe nos casos de intervenção de terceiros e de litisconsórcio.⁸⁵⁶

O processualista rejeita ainda o efeito *erga omnes* do caso julgado, em face da presença de uma suposta confusão entre a força constitutiva e a eficácia da coisa julgada material.⁸⁵⁷

Mas voltando à premissa de Chiovenda e Carnelutti, cabe afirmar que ela é que gestou a concepção já firmada e sustentada por Liebman⁸⁵⁸, de que a coisa julgada qualifica um a um os efeitos da sentença. As principais críticas e construções acerca da definição de coisa julgada partem, portanto, do ponto de partida do processualista italiano. Três dos principais questionamentos acerca do conceito de Liebman partem de Ovídio Baptista, Tesheiner e Barbosa Moreira.

O processualista fluminense afirma que a imutabilidade da sentença não alcança seus efeitos, mas define sim a impossibilidade de alteração do comando sentencial. Na verdade, a pretensão de Barbosa Moreira põe-se no sentido de aprimorar a teoria de Liebman, que se limitava a reconhecer a coisa julgada como qualificadora da sentença⁸⁵⁹. Não há, portanto, a

⁸⁵⁶ Como alterca o próprio Pontes de Miranda: “Querendo salvar a proposição, tantas vezes examinada na doutrina, de Adolf Wachter (*Zur Lehre von der Rechtskraft*, 20 e 116), segundo a qual a coisa julgada entre partes operaria em relação a todos, Giuseppe Chiovenda (*Principii*, 921) caiu em novo deslocamento do problema – em vez de responder a pergunta precisa, a eficácia da coisa julgada material apanha terceiros, e não só a parte? – escreveu que ela prevalece perante todos, e não pode prejudicar a terceiro. Ora, a coisa julgada material nem prejudica, nem aproveita a terceiro. Se C pudesse invocar, em relação com B, a coisa julgada material entre A e B, porque lhe “aproveita”, B estaria prejudicado. Se a coisa julgada material entre A e B pudesse ser invocada por C, e B não fosse prejudicado, então A, que perdeu a ação contra B, perderia contra C. Essa expansão subjetiva do julgado não existe, fora dos casos de litisconsórcio e de intervenção de terceiro, que fizeram partes A, B e C. O problema toma a figura precisa, concreta, quando se pergunta: (1) Os efeitos ditos reflexos, segundo o conceito de Rudolf Von Jhering, são efeitos da coisa julgada material? A resposta afirmativa teria o valor de enunciar que os efeitos reflexos são efeitos da eficácia da sentença, porque coisa julgada material eficácia é. Porém a resposta afirmativa à pergunta (2) – Os efeitos reflexos são efeitos da eficácia da sentença? – não importaria responder-se que os efeitos reflexos são efeitos da eficácia da coisa julgada material. A questão (1) é, pois, a que primeiro nos interessa. Depois é que se há de passar à questão (2). Aquela é o problema dos limites subjetivos da coisa julgada material. Essa não chega a merecer discussão”. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. p. 200.)

⁸⁵⁷ Como afirma Pontes de Miranda: “Os juristas menos atilados vêem eficácia *erga omnes* e atribuem tal eficácia à coisa julgada. Os efeitos da coisa julgada são *inter partes*. A eficácia constitutiva ou configurante da sentença constitutiva é, em geral, a favor e contra todos, particularmente os juizes. As sentenças nas ações de separação judicial, por exemplo, não têm a “força” de coisa julgada material; têm a eficácia do elemento constitutivo” (Idem, p. 209.)

⁸⁵⁸ “A coisa julgada é qualquer coisa mais que se junta para aumentar-lhes a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças. Identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que a qualifica. (LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*. p. 21-2.)

⁸⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa Julgada e Declaração*. Temas de Direito Processual. Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada*.

_____. *Conteúdo e Efeitos da Sentença*.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

exemplo do pensamento de Baptista da Silva, pretensão de expurgar o âmago da teoria liebmaniana. Do ponto de vista pragmático, os efeitos da sentença podem ser alterados, mesmo que o fato não constitua a regra do Direito Processual. O que permanece estável, ao menos na concepção de Moreira, é o dispositivo inserido na ordem emanada do *decisum*. Aqui, poderia ser considerado como exemplo a ação de separação judicial, que tem seu efeito condenatório alterado posteriormente ao término da demanda, a partir da vontade das partes, com a retomada do vínculo conjugal.

Barbosa Moreira mantém, portanto, a ideia central da teoria de Liebman, que supera Chiovenda no sentido de afirmar que a coisa julgada não se limita ao efeito declaratório da decisão, mas dá vazão a críticas já perpetradas em 1930, às quais Liebman não respondeu de forma cabal.⁸⁶⁰

Tesheiner reportou-se a lições de Liebman quando relatou que a autoridade da coisa julgada não é um efeito autônomo da sentença, mas sim a força, a maneira como os outros efeitos (declaratório ou constitutivo) se estabelecem.⁸⁶¹

Para Tesheiner, o fato do art. 467 do Código de Processo Civil considerar a coisa julgada um efeito da sentença, exatamente na linha da concepção pontiana, não denota o sepultamento da teoria liebmaniana⁸⁶². Discordando de Moniz de Aragão⁸⁶³, que afirma ter sido a teoria do italiano rejeitada, Tesheiner assevera que a imutabilidade da sentença decorre do comando contido na decisão, seja seu efeito declaratório, constitutivo, condenatório,

⁸⁶⁰ Ainda, acerca da opinião do processualista fluminense, cabe sublinhar o quanto segue: “Assim, a sentença de mérito (ou definitiva) é o ato que se expressa a norma jurídica concreta que há de disciplinar a situação submetida ao órgão jurisdicional. À preparação de tal sentença ordena-se toda a atividade realizada, no processo de conhecimento, pelo órgão de jurisdição e perante ele. Em casos especiais, o teor da norma jurídica concreta vê-se fixado por manifestação de vontade das partes (transação) ou de uma delas (renúncia à pretensão deduzida, reconhecimento do pedido). Ainda nessas hipóteses, profere o órgão judicial uma sentença, que se limita a homologar a manifestação de vontade, mas que a lei também considera de mérito (art. 269, nº II, III, V), em razão da similitude dos efeitos. Quando a sentença de mérito transita em julgado – isto é, quando já não se pode impugnar mediante recurso, nem está sujeita a revisão *ex vi legis* –, torna-se imutável a norma jurídica concreta nela contida, enquanto norma reguladora da situação apreciada. Com a formação da coisa julgada, pois, atinge seu fim normal o processo de conhecimento”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. p. 4.)

⁸⁶¹ TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81.

⁸⁶² Como afirma Tesheiner, “O Código de Processo Civil define coisa julgada material como a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença irrecorrível (art. 467). A imutabilidade, aí, não se refere aos efeitos da sentença, que evidentemente podem ser mudados, como no caso, por exemplo, de o condenado pagar valor da condenação, caso em que esta perde todo o seu valor, como nota Liebman. Refere-se à circunstância de o comando contido na sentença (declaro, condeno, constituo, mando) não mais poder ser desconstituído, seja mediante recurso, seja mediante ação autônoma, salvo rescisória”. (TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 72.)

⁸⁶³ Moniz de Aragão afirma que a mudança do anteprojeto, que considerava a coisa julgada uma qualidade da sentença e passou a identificá-la, no projeto, como uma eficácia, seria uma opção clara do legislador por afastar a teoria de Liebman do processo civil brasileiro. (ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 239.)

mandamental ou executivo, inclusive no que toca aos terceiros. Assim, o processualista revela mais uma vez a tendência preponderante na doutrina, que considera o acerto parcial de Liebman, sugerindo ponderações no tocante à afirmação de que a coisa julgada é uma “qualidade” da sentença. Eis a posição de Tesheiner, relatada pelo próprio,

A coisa julgada é efeito do trânsito em julgado da sentença de mérito, efeito consistente na imutabilidade (e, conseqüentemente, na indiscutibilidade) do conteúdo de uma sentença, não de seus efeitos. Posso renunciar a um direito declarado por sentença: assim agindo, afasto os efeitos da sentença, sem modificar o conteúdo. O que não se pode é renunciar à própria coisa julgada, o que teria por efeito a possibilidade de instauração do novo processo, a fim de ser outra vez a *res*.⁸⁶⁴

Baptista da Silva, considerando a doutrina de Celso Neves, chega ao que chama de “conceito da doutrina clássica”, que afirma ser a coisa julgada “o efeito que torna imutável o conteúdo declaratório da sentença”⁸⁶⁵. Confronta a definição com a já conhecida tese liebmaniana que afirma ser a coisa julgada “a qualidade que acrescida ao conteúdo do ato jurisdicional e aos seus efeitos, torna imutável o comando sentencial”⁸⁶⁶. A partir da fusão de ambos os conceitos, Baptista da Silva infere que a coisa julgada é “a qualidade que torna indiscutível o efeito declaratório da sentença, uma vez exauridos os recursos com que os interessados poderiam atacá-la”⁸⁶⁷. Acaba por acolher, com ressalvas, a teoria de Liebman. Baptista da Silva prefere, contudo, o termo indiscutibilidade⁸⁶⁸ da sentença ao invés de qualidade que gera a imutabilidade, como apontou o multicitado processualista italiano. Como explica o próprio autor:

Esta definição, a nosso ver superior, limita a coisa julgada ao efeito declaratório, ponto em que fica fiel à doutrina clássica. Porém, divergindo desta, não a confunde com o efeito declaratório da sentença, mas, ao contrário, valendo-se da contribuição de Liebman, considera a coisa julgada não como um efeito, mas como uma qualidade adquirida pelo efeito declaratório. A distinção entre efeito declaratório e coisa julgada, coisa que a doutrina clássica não distinguia, é de extrema importância para esclarecer o conceito e explicar a possibilidade de atos jurisdicionais em que, mesmo havendo um componente declaratório, como necessariamente haverá em todo o ato jurisdicional, não ocorra o fenômeno da coisa julgada.⁸⁶⁹

⁸⁶⁴ TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. p. 72.

⁸⁶⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio; GOMES, Fabio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 319.

⁸⁶⁶ Idem, p. 319.

⁸⁶⁷ Idem, p. 320.

⁸⁶⁸ Para o Professor Ovídio: “[...] coisa julgada deve ser entendida como uma maneira, ou **uma qualidade**, pela qual o efeito se manifesta, qual seja a sua imutabilidade e indiscutibilidade, como afirma LIEBMAN, ou simplesmente sua indiscutibilidade, como julgamos preferível dizer”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. p. 413.) (grifo do autor).

⁸⁶⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio; GOMES, Fabio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. p. 319.

Como visto, o Código de Processo Civil, em seu artigo 467, definiu a coisa julgada material como sendo “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” No entanto, segundo Ovídio Baptista, este entendimento assemelha-se mais com a coisa julgada formal. Explica o processualista gaúcho:

Outra ordem de considerações críticas que se levanta contra a concepção da coisa julgada material contida no art. 467 do Código, é a de que, pretendendo o legislador afeiçoar-se à doutrina de LIEBMAN sobre a coisa julgada, tê-la-ia erroneamente definido **como uma eficácia da sentença**, quando o mestre italiano se propunha, precisamente, demonstrar que a coisa julgada não era um efeito da sentença, mas **uma qualidade inerente a todos os efeitos** dela, e que aos efeitos se incorpora, a partir de um dado momento (cf. LIEBMAN, Eficácia e autoridade da sentença, 2.d. 1981, 40) [grifos do autor].⁸⁷⁰

O art. 467, portanto, recebe a crítica de Ovídio em razão da ausência de êxito na pretensa aproximação com a teoria liebmaniana.

Ainda, Nery Júnior, indiferente à previsão do art. 461 do Código de Processo Civil, filia-se inteiramente à teoria de Liebman, na medida em que afirma ser a *auctoritas rei iudicatae* “a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito”⁸⁷¹. O processualista ainda busca estabelecer a distinção entre os efeitos produzidos no âmbito interno e externo do processo onde a sentença foi prolatada, o que embasará, posteriormente, sua posição contrária à relativização da coisa julgada, em face da estreita vinculação com a segurança jurídica. Veja-se, nesse sentido, as duas linhas de efeitos-limitadores produzidos pela coisa julgada apresentadas por Nelson Nery:

Há, portanto, duas espécies básicas de efeitos da coisa julgada: I – efeitos *endoprocessuais*: a) tornar impugnável e indiscutível a sentença de mérito transitada em julgado, impedindo o juiz de redecidir a pretensão (CPC 467 e 471); b) tornar obrigatório o comando que emerge da parte dispositiva da sentença; II – efeitos *extraprocessuais*: a) vincular as partes e o juízo de qualquer processo (salvo quanto à independência das responsabilidades civil e penal, nas circunstâncias determinadas pela lei: CC 935) que se lhe seguir; b) impossibilidade de a lide (mérito, pretensão), já atingida pela *auctoritas rei iudicatae*, ser rediscutida em ação judicial posterior, o que implica a proibição de a mesma ação - com elementos idênticos, partes, causa de pedir e pedido – ser reproposta.⁸⁷²

Ao propor limites *endoprocessuais* e *extraprocessuais* Nery Júnior busca firmar a impossibilidade de rediscussão do comando sentencial – no âmbito interno –, firmado no

⁸⁷⁰ Idem, p. 412.

⁸⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 500.

⁸⁷² Idem, p. 502.

dispositivo da sentença que produz processualmente a coisa julgada e a vinculação das partes ao *decisum*, salvo as exceções de lei, no âmbito externo.

Já Dinamarco afirma que a “distinção entre eficácia da sentença e a autoridade de seus efeitos é uma das mais elegantes conquistas da ciência processual no século das luzes processuais”⁸⁷³, portanto, inegável seu prestígio inarredável à teoria liebmaniana, reconhecendo a coisa julgada como qualidade da sentença.

Por sinal, Dinamarco prefere o termo *imunização*, que atinge, segundo ele, a sentença e seus efeitos – os quais, como dito, não registram na sua classificação a própria coisa julgada, vez que, para o processualista paulista, ela não constitui efeito do *decisum* como quer o artigo 461 do CPC. Dinamarco admite ainda que os efeitos da imunização da sentença produzida pela coisa julgada podem se produzir, excepcionalmente, antes de sua plena caracterização, com o trânsito em julgado da decisão que apreciar o recurso especial e extraordinário (na hipótese de interposição e admissibilidade de tais alternativas recursais). Impõe como prova de sua arguição a execução provisória, cada vez mais difundida no Direito Brasileiro.⁸⁷⁴

O reconhecimento da existência de coisa julgada formal e material não macularia a teoria liebmaniana segundo Dinamarco, vez que revela apenas a imutabilidade como uma figura de duas faces⁸⁷⁵. Como afirma o processualista, “essa estabilidade e imunização, quando encarada em sentido bastante amplo, chama-se *coisa julgada* e atinge, conforme o caso, somente a sentença como ato processual ou ela própria e também seus efeitos”⁸⁷⁶.

Independentemente do acolhimento integral da teoria de Liebman, o que gera controvérsia, especialmente em face do pensamento lúcido externado por Ovídio Baptista, o certo é que Dinamarco parece externar um compromisso com a estabilidade e a segurança jurídica externada pela coisa julgada, valorizando seu fundamento constitucional. Não como efeito, mas como asseguuração de imunização⁸⁷⁷, atestando que, “a coisa julgada é uma capa protetora, que imuniza esses efeitos e protege-os contra as neutralizações que poderiam

⁸⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 310.

⁸⁷⁴ Idem, p. 300-10.

⁸⁷⁵ Idem, p. 301.

⁸⁷⁶ Idem.

⁸⁷⁷ Dinamarco complementa sua convicção: “[...] poderia o legislador vir a reger de modo diferente ao que fora decidido, ou levantar novos fundamentos contra a decisão, tentando demolir a situação criada ou declarada em sentença; e poderiam os juízes, quando provocados, rever as decisões do próprio Poder Judiciário. Para que nada disso aconteça e assim os efeitos da sentença resistam a todas essas possíveis pressões é que a Constituição Federal garante a *auctoritas rei judicatio* e o Código de Processo Civil lhe dá disciplina técnico-processual. Não se trata portanto de acrescentar efeitos à sentença mas de imunizar os que ela houver produzido” (Idem, p. 309.)

acontecer caso ela não existisse”⁸⁷⁸. É exatamente esse pacto com a importância do instituto da coisa julgada, sua missão de estabelecer um marco final no processo e na história dos litigantes e a concepção de que tal fato é essencial à própria natureza do processo que causa estranheza no tocante à posição favorável em prol da relativização da coisa julgada exposta por Dinamarco.

O exame do tema, que será objeto de capítulo posterior, demonstrará a aparente incongruência das ideias do processualista, especialmente em face da vagueza dos termos empregados como demonstração da necessidade de descon sideração da coisa julgada, dentre os quais, *injustiças insuportáveis* ou *extrema gravidade*.⁸⁷⁹ Quiçá o fato que causa a maior ausência de coerência no pensamento de Dinamarco seja a defesa histórica que faz da coisa julgada, para depois catapultá-la à fragilidade e abertura perniciososa do argumento da *injustiça* como causa suficiente de seu sepultamento. Nessa esteira, a defesa de Dinamarco:

O mais significativo efeito *processual* da coisa julgada material é a *extinção do direito de ação*. Na medida em que impede novo julgamento no mérito, ela exclui o direito do autor a obtê-lo. Essa foi no passado uma das mais importantes afirmações ligadas à identificação da natureza processual da coisa julgada (Ugo Rocco). Disse-se também que ela se resolve em uma *presunção de verdade* (Pothier), ou uma *ficção de verdade* (Savigny). Foi também afirmado que a coisa julgada material seria *o direito do vencedor a obter dos órgãos jurisdicionais a observância do que tiver sido julgado* (Hellwig). É sempre muito importante pôr em destaque que a coisa julgada é uma garantia instituída em prol do vencedor.⁸⁸⁰

Veja-se que Dinamarco realmente faz uma defesa histórica fundada nos clássicos, no sentido de valorizar o caráter intangível da coisa julgada, para, posteriormente, admitir sua relativização, não apenas com fulcro nas *graves injustiças*, mas também na mudança de posição jurisprudencial, como chancela o próprio Código de Processo. Antecipando o debate, vale perguntar qual a garantia de que uma segunda decisão restaure a justiça da primeira? Ainda, uma segunda decisão, sob o argumento da *injustiça evidente* ou da *mudança da tendência jurisprudencial* não poderia dar azo a mais uma, duas, três sentenças, quebrando a finitude do processo, essencial à segurança jurídica e à própria harmonização da sociedade?

De fato, implantou-se a concepção dos precedentes do *cammon law* com as súmulas – numa compreensão conceitual equivocada – e, com a relativização baseada em revés de paradigma jurisprudencial, foi ferida de morte a tônica central do sistema dos precedentes, no sentido de que os atos do passado vinculam os do presente.

⁸⁷⁸ Idem, *ibidem*.

⁸⁷⁹ Idem, p. 315.

⁸⁸⁰ Idem, p.308-9.

Talamini, em sua tese de doutorado, posteriormente publicada com o título de “Coisa Julgada e sua Revisão”, após dissertar acerca do conceito clássico liebmaniano e as críticas de Barbosa Moreira e Ovídio Baptista acerca do conceito de coisa julgada, firma a superação da relação clássica entre coisa julgada/verdade absoluta, cunhada, como apontado precedentemente, pela doutrina clássica romana e defendida por Chiovenda⁸⁸¹, Carnelutti⁸⁸², Mattiolo⁸⁸³, Sergio Gosta⁸⁸⁴ e Goldschmidt⁸⁸⁵, dentre outros. Para Talamini “a coisa julgada não estabelece presunção ou ficção de verdade dos fatos afirmados na sentença; apenas, pragmaticamente, torna imutável o resultado da atuação jurisdicional”⁸⁸⁶.

Aqui, de fato, como já identificou o próprio Liebman, assiste razão à Talamini, vez que a coisa julgada não se identifica mais com a proposta de idoneidade presumida e que não admitia prova em contrário da sentença. Por sinal, a ampliação das possibilidades tuteladas na ação rescisórias é uma demonstração nítida da tendência.

A exemplo de Ovídio Baptista, Talamini faz dura crítica ao art. 467 do Código de Processo Civil. Não no sentido de que não logrou êxito em espelhar a teoria liebmaniana como pretendeu ou porque deixa de corresponder à linha doutrinária preponderante. Talamini critica o dispositivo por sua ausência de imposição diante o próprio Código de Processo, o que o põe de forma desarmoniosa e lhe retira a utilidade pragmática. Como afirma o processualista:

A pretensa formulação contida no art. 467 e falha tomando em conta o próprio conceito de coisa julgada extraível do ordenamento a partir da consideração de outros dispositivos. Vale dizer, a literalidade do art. 467 é desautorizada por outras normas contidas no próprio Código.⁸⁸⁷

Na esteira da teoria da coisa julgada, a par do intenso debate que o tema demanda, parece inegável que houve sim uma grande contribuição de Liebman para o estabelecimento de um foco fundado para o instituto. A superação da teoria clássica do processo, defendida principalmente por Chiovenda⁸⁸⁸, que afirmava ser a coisa julgada um efeito da sentença, emprestou outro contorno ao instituto.

Firmadas as contribuições dos processualistas clássicos e contemporâneos à teoria da

⁸⁸¹ Ver: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*.

⁸⁸² Ver: CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni*. Funzione del Processo Del' lavoro.

⁸⁸³ Ver: MATTIROLLO, Luigi. *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*.

⁸⁸⁴ Ver: COSTA, Sergio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*.

⁸⁸⁵ Ver: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*.

⁸⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.

⁸⁸⁷ Idem, p. 44.

⁸⁸⁸ Ver: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*.

coisa julgada e definida a tendência do direito processual contemporâneo, põe-se a distinção entre a coisa julgada formal e material, indispensável para que se precise o alcance e a pragmática de toda a teoria da coisa julgada.

3 Coisa Julgada Formal e Material: A Preclusão e o Direito à Finitude

A ideia de coisa julgada como adjetivo da sentença empresta-lhe prestígio, vez que reduzi-la à mero efeito significaria determinar um distanciamento indevido da decisão. Assim, definido o alcance da coisa julgada na integralidade do comando sentencial, ou, como quer Ovídio Baptista, aproveitando-se de parte do conceito clássico, no efeito declaratório da sentença, blinda-se o instituto das possibilidades triviais de modificação, tanto que se estabeleceu como caminho da excepcionalidade a via rescisória.

O Projeto de Reforma do Código de Processo Civil – Ato do Presidente do Senado Federal 379/09 – incorporou à definição da sentença do artigo 467⁸⁸⁹ o termo “autoridade”, deixando de mencionar “eficácia”, tão criticada pela doutrina processualista. Vincula-se a coisa julgada, assim, à autoridade da sentença. A pretensão, certamente, é firmar a recepção da teoria liebmaniana no ordenamento, inumando a concepção de coisa julgada como “efeito” da sentença, no que o Código repete o fracassado intento precedente. Não é possível afirmar que a alteração terminológica põe fim à celeuma, mas o certo é que, nesse aspecto, o Código de Processo acerta, pois valoriza a coisa julgada, inclusive como esteio constitucional. Quem sabe os termos “qualidade” da sentença, como julgou adequado Liebman ou “condição” poderiam espelhar melhor a pretensão. Mas, em que pese o debate, a Lei Formal – ao menos conceitualmente – se aproxima da força que deve ser emprestada à coisa julgada.

Pode-se inferir que a coisa julgada material é o atributo imanente à sentença, que a condiciona e torna indiscutível seu comando declaratório, depois de operado o trânsito em julgado, com exceção da via rescisória. A coisa julgada formal, por sua vez, denota a indiscutibilidade do comando sentencial apenas no feito que a gerou, sendo possível o reaparecimento da contenda em processo distinto, como sói acontecer, por exemplo, nas hipóteses do art. 267 do Código de Processo Civil, que provocam a extinção do feito sem o enfrentamento do mérito da demanda. A ausência da pretensão resistida, a falta do protesto obrigatório quando presente *causa petendi* fundada no art. 94, I, da Lei de Falências e a ilegitimidade *ad causam* para propor a ação são algumas das cediças hipóteses afetas ao conceito.

A definição ora posta, claro, no que toca à alusão da excepcionalidade, resta vitimada pela presença explícita das hipóteses de relativização da coisa julgada tuteladas nos artigos 475, L, § 1º e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Assim, a crítica de

⁸⁸⁹ Art. 483. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso

desarmonização cunhada por Talamini⁸⁹⁰ tem cabimento, mas de forma invertida. O artigo 461 é que apresenta acerto em valorizar a coisa julgada e não o 475 e o 741 em permitir sua desconsideração a partir da fixação de novo paradigma do Supremo Tribunal Federal. Nesse ponto, discorda-se do processualista, vez que a relativização prevista nos dispositivos citados representa mais uma amostra da standardização das decisões, no afã impulsivo de reduzir o número de processos.

Como se verá adiante, a pretensão tem fundamento na aplicação inadequada dos precedentes do *common law*, por conta de uma leitura equivocada do sistema, que não se coaduna com o paradigma romano-germânico-canônico. Ademais, a regra dos precedentes foi aplicada de forma verticalizada, de cima para baixo, mortificando o exaustivo debate presente no sistema inglês.

Nessa perspectiva, como sinalado, imprescindível firmar a distinção entre coisa julgada formal e material, que são “degraus do mesmo fenômeno”⁸⁹¹, como sentenciou Liebman.⁸⁹²

Ao contrário da coisa julgada material, que motiva o debate constitucional-doutrinário, firmando-se como adjetivo sentencial que sepulta a possibilidade de nova discussão sobre o conteúdo declaratório delineado no comando sentencial, a coisa julgada formal põe-se como pressuposto da primeira. Esgotadas as vias recursais no processo em que gestou a decisão, firma-se a impossibilidade de que os fatos sejam novamente controvertidos, ao menos, neste feito. Tem-se, portanto, efeito preclusivo para o processo ao qual ela está vinculada, mas não de maneira definitiva.

A coisa julgada formal produz apenas efeitos internos no processo, ao passo que a coisa julgada material gera efeitos externos, na medida em que vincula outras demandas. Pontes de Miranda, com a clareza habitual, explica:

Enquanto a força formal concerne à *inimpugnabilidade* da sentença como palavra final do Estado na frase que foi a vida da relação jurídica processual, a força material liga-se à *indiscutibilidade*, como ponto final a frase. Nem se pode voltar a discutir no mesmo processo, nem em outro. Nada se pode escrever depois daquele ponto final. Sempre que, dentro da frase mesma, como se entre parênteses, se põe algum ponto final, há coisa julgada material. O Estado, na coisa julgada material, fica preso aos julgamentos, que o juiz formulou, nas conclusões da sentença.⁸⁹³

Enquanto a coisa julgada formal opera apenas a impossibilidade de novas vias

⁸⁹⁰ Ver: TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*.

⁸⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 75.

⁸⁹² Idem, *ibidem*.

⁸⁹³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 81

recursais no mesmo feito, a coisa julgada material carrega consigo o exaurimento da jurisdição estatal, que esgota sua atividade típica constitucional.⁸⁹⁴

A coisa julgada formal⁸⁹⁵, por óbvio, pode ser firmada quando, em face da voluntariedade das partes, não ocorrer mais a interposição de recursos ou quando, por força de lei, esgotarem-se as formas de alterar a decisão. A coisa julgada formal se verifica sem a caracterização da material, que, ao contrário, sempre vinculará a primeira. Portanto, tem caráter endoprocessual e traduz uma situação jurídica, ao passo que a material firma o fim da atividade jurisdicional do Estado para as partes no caso concreto.⁸⁹⁶

Para Couture, a coisa julgada formal produz uma “eficácia meramente transitória”⁸⁹⁷, enquanto que para Ovídio Baptista gera “um certo grau de estabilidade”⁸⁹⁸. Essa estabilidade relativa é um indicativo do respeito à segurança jurídica que o processo almeja e que a Constituição assegura, posteriormente esgotada com a coisa julgada material. Como alterca o Professor Ovídio:

[...] a coisa julgada formal é definida por muitos como preclusão máxima, na medida que encerra o respectivo processo e as possibilidades que as partes teriam, a partir daí, de reabri-lo para novas discussões, ou para pedidos de modificação daquilo que fora decidido.⁸⁹⁹

Na coisa julgada formal, a modificação do estado da coisa, do bem da vida perseguido, gera a possibilidade de nova discussão do litígio, vez que o julgador estava adstrito à situação posta no momento em que prolatou a decisão. Embora a regra das sentenças definitivas seja de proteção da coisa julgada material e das terminativas de vinculação à coisa julgada formal, poderão ocorrer exceções, como correntemente percebe-se com a prescrição do título de crédito, imprestável para a via executiva, mas suficiente a

⁸⁹⁴ Conforme explica Moniz de Aragão: “Exauridos os recursos cabíveis contra sentença que julgou o mérito da causa, sobrevém a coisa julgada material. O mesmo acontece quando a parte interessada não os interpõe ou perde, pela preclusão, o direito de recorrer, ou ainda, quando aceita a sentença, expressa ou tacitamente (art.503). Outro tanto sucede quando o julgamento foi proferido em instância absolutamente única. (ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. p.241.)

⁸⁹⁵ Consoante asseveram Marinoni e Arenhart, a coisa julgada formal traduz uma preclusão e não alcança *status* pleno: “A coisa julgada formal opera-se em relação a qualquer sentença, a partir do momento em que precluir o direito do interessado em impugnar inteiramente à relação processual. Como preclusão que é, não deve ser confundida com a figura (e o regime) da coisa julgada”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 670.)

⁸⁹⁶ Como assinala Wambier: “É comum a ambas as espécies de coisa julgada o momento de formação. Ambas se formam quando da decisão extinta do processo já não caiba mais recurso algum. Isto pode acontecer simplesmente porque recursos não tenham sido interpostos, e então transitará em julgado a própria sentença de primeiro grau de jurisdição, proferida pelo juízo singular. Ou pode ocorrer porque realmente não haja mais recursos a serem interpostos [...]”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. p. 565.)

⁸⁹⁷ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED, 1999. p. 344.

⁸⁹⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civi*. p. 484

⁸⁹⁹ Idem.

embasar a pretensão na demanda ordinária, desta feita, em rito plenário, que não assegurará a regalia das presunções que militam em favor do credor existentes na primeira hipótese.

Em que pese a posição de Marinoni e Arenhart⁹⁰⁰ não parece razoável equiparar a coisa julgada formal ao instituto da preclusão, porquanto, como firmado por Liebman⁹⁰¹, ela traduz uma qualidade da sentença. Assim, pode-se dizer que a preclusão traduz o impedimento de que a parte pratique determinado ato no mesmo feito, ao passo que a coisa julgada formal, como condição adjetiva da sentença, vincula a *causa de pedir* da ação, impedindo que ela seja debatida no mesmo feito.

A coisa julgada, como dito por Liebman, abrange o conteúdo sentencial, de forma que sua perfectibilização dá-se independentemente dos argumentos postos ou possíveis, que tenham ou não sido empregados no feito⁹⁰², em face do que *tantum judicatum quantum disputatum vel disputari debebat*.⁹⁰³

Tutelada no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Política, a coisa julgada tem o propósito de assegurar a estabilização das decisões e, embora não alcance mais o caráter absoluto da doutrina processual romana, ainda se firma como um dos atributos essenciais do processo e esteio da jurisdição, como condição de sustentabilidade do próprio Estado Democrático de Direito. Em face de sua força conceitual e de sua natureza constitucional, é tida como matéria de ordem pública, pelo que, como é cediço, pode ser evocada pelo juízo independentemente da arguição das partes, no que impõe o afastamento do princípio dispositivo ou da provocação do juízo.

A garantia constitucional que se alcança à coisa julgada, além de lhe imprimir uma natureza principiológica, firma a concepção de instituto basilar do Código de Processo Civil. Ele registra apenas o propósito de discipliná-la procedimentalmente, além, é claro, de traçar seus contornos conceituais. O artigo 267, inciso V⁹⁰⁴, e os artigos 467⁹⁰⁵ a 475⁹⁰⁶ encarregam-

⁹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. p. 670.

⁹⁰¹ Ver: LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*.

⁹⁰² Aqui, como em todo conceito jurídico, traduz-se a regra, sem considerar as possibilidades elencadas na ação rescisória, que protegem, por exemplo, o fato imperioso conhecido posteriormente ou a própria tese da relativização da coisa julgada não positivada, por conta do argumento injusto ou incorreto, de acordo com a doutrina que será explicitada no capítulo próprio.

⁹⁰³ Mas como bem alerta Ovídio Baptista da Silva “[...] a imensa complexidade do assunto e as múltiplas correlações que o tema mantém com outros institutos basilares do processo civil, exigem a maior prudência do intérprete, pois, qualquer solução adotada, ou apenas sugerida, terá repercussões imediatas sobre inúmeros, e as vezes insuspeitados problemas processuais vinculados à essência e à eficácia das decisões jurisdicionais”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*. p. 104.)

⁹⁰⁴ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada; [...].

⁹⁰⁵ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

se de tal disciplina. Em face do Código de Processo Civil, formalmente, só é possível desconstituir a coisa julgada através da ação rescisória, nas hipóteses previstas no art. 485⁹⁰⁷ do CPC – instituto já recepcionado pelo ordenamento – e os embargos à execução, consoante a disciplina dos artigos 475, L, § 1º⁹⁰⁸ e 741, parágrafo único⁹⁰⁹ do CPC, além da *querela nullitatis*, arquitetada doutrinariamente. Desse rol procedimental tratar-se-á, de forma crítica, adiante.

O efeito negativo da coisa julgada material verifica-se quando, descumprida, ocorrer a propositura de nova demanda, desafiando a sua autoridade. Já o efeito positivo externa-se na vinculação do Poder Judiciário com a *res iudicata*, impondo o pronunciamento da preliminar, com a precoce morte do processo.

Necessário também sublinhar que a coisa julgada não se confunde com o trânsito em julgado da ação, porquanto este denota a mudança de condição da sentença, que adquire a

⁹⁰⁶ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

⁹⁰⁷ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa; § 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. § 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

⁹⁰⁸ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. [...]

⁹⁰⁹ Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II - inexigibilidade do título; III - ilegitimidade das partes; IV - cumulação indevida de execuções; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

qualidade de imutável. O trânsito em julgado da sentença, portanto, é condição de operatividade da coisa julgada formal e material, cuja classificação será verificada a partir do conteúdo decisional, como explicitado anteriormente.

No tocante à coisa julgada material, ainda vale repisar o pensamento de Ovídio Baptista, quando assevera não ser possível que a autoridade da coisa julgada envolva todos os efeitos produzidos pela sentença, vez que é propriamente na declaração que se insere o reconhecimento do direito postulado. Admitindo-se a possibilidade do efeito condenatório para fins classificatórios, já que, em termos pragmáticos, o bem da vida continua distante do vencedor da demanda, pode-se dizer que a hipótese apontada por Baptista da Silva faz sentido, porquanto a declaração da existência do débito, por exemplo, traduz a coisa julgada material, mas a possibilidade da outorga posterior do perdão total ou parcial pelo credor modifica a repercussão da coisa julgada.⁹¹⁰

Importante sublinhar que embora a coisa julgada material opere imediatamente seus efeitos, protegendo a integralidade da *declaração* contida no comando sentencial, ela não alcança o fato superveniente, que poderá, circunstancialmente, alterar a eficácia *condenatória* da sentença. A coisa julgada opera-se, dessa forma, sobre os fatos que motivaram as razões de decidir.

Ação comum que desafia a alteração do liame condenatório por força de fato superveniente é a de alimentos, que permite mudança do *quantum* estabelecido na sentença em hipóteses de alcance da maioria do alimentando⁹¹¹ e alteração das condições financeiras do alimentante. Tesheiner, nesse sentido, assevera que, “não se pode, pois, jamais argumentar com fato superveniente, para se negar a existência de coisa julgada material. O que se impede é que se voltem a discutir os mesmos fatos, isto é, a mesma causa de pedir”.⁹¹²

Assim, a coisa julgada está agasalhada, especialmente, pelo paradigma da segurança jurídica, firmando a ideia de finitude do processo – coisa julgada formal – e de preclusão definitiva do direito – coisa julgada material –, efeito que só poderá ser rompido através dos instrumentos de excepcionalidade tutelados pelo Código de Processo Civil, cuja constitucionalidade e pertinência merecerá atenção especial adiante.

Enfrentados os aspectos polêmicos que tocam à teoria da coisa julgada, bem como delineada a doutrina clássica que cuida da matéria, indispensável estabelecer os seus limites,

⁹¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*.

⁹¹¹ Aqui vale referir a jurisprudência do Tribunal de Justiça gaúcho e as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça que se inclinam no sentido de protelamento da data de cessação do dever de adimplir alimentos, adotando-se como critérios a frequência a curso universitário e a ausência de exercício de atividade remunerada.

⁹¹² TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. p. 167.

com o propósito de firmar o alcance do instituto e delimitar sua aplicação pragmática.

4 A Fronteira do Caso Julgado: Tempo, Extensão e Zona Limítrofe (Intangibilidade Objetiva e Subjetiva)

A coisa julgada, naturalmente, registra limites, até em razão da classificação que recebe (formal e material). Ademais, como sinalado ao fim do tópico precedente, o fato superveniente e as demais hipóteses de lei autorizam a desconsideração fundamentada da coisa julgada. Contudo, tais limites não podem e não devem mutilar a caracterização do instituto, vez que, quando a exceção se torna regra o direito acaba por carecer de vício evidente, pois se coloca na contramão da construção história do instituto.

Sob o aspecto temporal, a coisa julgada será constatada no momento da prolação da sentença, pois nasce como sua qualidade, incidindo sobre o comando declaratório. Restará perfectibilizada, formalmente, com o trânsito em julgado da decisão e materialmente com o julgamento de mérito que inviabilize nova discussão em demanda futura. Os limites subjetivos da coisa julgada condicionam às partes, que estão impedidas de versar sobre a mesma causa de mérito noutro feito.

Ademais, o tempo impõe ao julgador a determinação da sentença, precisando o limite de sua eficácia e os efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. Assim, será preciso determinar quando cessará o pagamento de alimentos – na hipótese de não serem vitalícios – e, na demanda de repetição de indébito precisar se o tributo será restituído *ex tunc*. Como alterca Pontes de Miranda, o limite temporal é reproduzido porque a coisa julgada “fixa o estado da realidade regrada pela lei em dado momento, atribuindo à interpretação que a sentença adotou, tal como lhe pareceu (julgou) após o encerramento do debate (art. 456), eficácia de força material (não de lei)”⁹¹³.

O tempo no processo hodierno, batizado pela tradição romana e vitimado por uma espécie de ordinariedade cultural apresenta-se pesado, quase incapaz de mover-se. Arrancar do presente a possibilidade de futuro é um dos desafios que a jurisdição não tem conseguido levar a cabo, retirando paulatinamente a cor da esperança de um processo que, embora prime pelo contraditório, deve se firmar na concepção de verossimilhança, ínsita ao período que a humanidade atravessa. Jânia Saldanha aponta o papel que a historicidade exerce no tempo do processo:

Como em Paul Ricouer, o passado tinha um futuro. O que foi futuro não realizado dos homens de outrora permanece intocado no presente. E é isso que intimida. Mas por outro lado, é possível realizar a aproximação com o que a história parece distanciar. É justamente isso que se colhe do atual momento metodológico da

⁹¹³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. volume .p. 158.

ciência processual. O retorno às indagações a respeito do “ser” da jurisdição, da jurisdição sumária interdital do direito romano clássico que provoca o abrir da clareira do *trans-histórico*, isto é, daquilo que deixa de ser estrangeiro e permite deixar-se atravessar.⁹¹⁴

Para a coisa julgada, o papel histórico do tempo⁹¹⁵ é fundamental na determinação dos limites de sua fragilização etimológica e mesmo pragmática. O reconhecimento do caso julgado representa a memória do processo e sua concepção de finitude, necessária para que se semeie a confiança e estabilidade que as relações jurídicas devem gerar. Veja-se que a pretensão não é estabelecer a eterna manutenção do *status quo* processual, assegurando uma linearidade passiva das decisões, mas sim o aprimoramento da teoria da decidibilidade, que tem no tempo um dos seus grandes símbolos hermenêuticos. Além disso, a lei, com base na tradição, já determinou as excepcionalidades de afastamento da coisa julgada, seja pela via da ação rescisória, seja pela evocação da *querela nullitatis*. Se ela não deve ser preto no branco, como quer a superada doutrina clássica, também não pode se tornar uma pluma, facilmente levada pelos ventos dos decisionismos e das mudanças de “tendência” dos pretórios.

Já no espaço, a coisa julgada também encontra limites em face da competência do Estado de proferir decisões apenas em seu território, vinculando a todos até as fronteiras. Claro que aqui estão contempladas as hipóteses de atos relacionados a estrangeiros que estejam no país definitiva ou transitoriamente e a situação excepcional de homologação de sentença estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda, com ênfase, cabe sublinhar a problemática das ações coletivas, que a partir do efeito *erga omnes* têm protagonizado uma dimensão bastante distinta do processo civil individual, de tradição romano tardia.

A maior importância da limitação da coisa julgada, especialmente sob o ponto de vista pragmático, contudo, está voltada para seus *limites objetivos e subjetivos*. Assim, os limites objetivos definem qual o alcance da imutabilidade, da indiscutibilidade da sentença. Os subjetivos, por sua vez, debruçam-se especialmente na identificação da coisa julgada em relação à matéria decidida e na determinação de quem ela deverá contemplar.

⁹¹⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A sumariada material da jurisdição: substancialização e efetividade do Direito Processual Civil*: Contribuições à proposta da “Estabilização da Tutela Antecipada”. p.255.

⁹¹⁵ No tocante ao papel histórico do tempo e à necessidade de superação do conhecimento estanque, interessante considerar novamente as ponderações da Profa. Jânia: “Significa dizer, que *contra a arbitrariedade das felizes idéias*, deve-se voltar às coisas mesmas. Essa é a exigência de manutenção da vista atenta que está associada à idéia de *projeto*. Mas qual é o seu sentido? Quer dizer que aquele que pretende interpretar, tal como o faz o jurista cotidianamente, deve sempre estar atento para a necessidade de substituir seus conhecimentos prévios, no movimento constante de reprojeter que é próprio do compreender” (Idem. p. 258).

Os limites objetivos da coisa julgada estão previstos no CPC, em seu artigo 469.⁹¹⁶ Ademais, por força do artigo 128⁹¹⁷ da mesma norma, a coisa julgada deve ser produzida nos limites da demanda proposta e sua autoridade não pode ir além dos contornos do pedido. Embora o artigo 468⁹¹⁸ apresente um defeito terminológico, na medida em que emprega a palavra *lide* em lugar de *mérito*, fruto da influência de Carnelutti, parece que a alteração permite revelar a pretensão do dispositivo e, por via de consequência, o alcance da coisa julgada.

O Código de Processo Civil parece ter sido feliz na fixação dos limites objetivos da coisa julgada. Tanto que recebeu elogio explícito de Baptista da Silva, crítico voraz do norte empregado pelo Código de 1973. Como assevera Ovídio, “essa atitude corajosa do legislador, tomando posição ante as disputas doutrinárias, adjudicará, afinal de contas, um importante saldo positivo a seu favor”.⁹¹⁹

Os limites objetivos, assim, almejam precipuamente determinar qual o conteúdo do comando da sentença que fica coberto pela coisa julgada, firmada a indiscutibilidade. A autoridade da coisa julgada está adstrita ao dispositivo – ressalvadas as posições doutrinárias contrárias –, que carrega consigo a materialidade. Assim fará coisa julgada material apenas o mérito, estando fora de seu espectro as questões prejudiciais decididas no transcurso do processo, vez que não constituem pressuposto necessário ao julgamento da lide.

A coisa julgada material abrangerá na decisão judicial as pretensões postas em juízo não apenas no momento da apresentação da inicial ou da contestação, mas também as que surgirem no transcurso do processo, deduzidas por meio de declaratória incidental, oposição, denunciação, chamamento ao processo, pedido contraposto e outras formas de arguição. Ademais, tornando-se litigiosa a coisa, poderá a parte provocar que o juízo decida, imediatamente, através de sentença, consoante determinam os artigos 5º⁹²⁰ e 325º⁹²¹ do Código de Processo Civil. A coisa julgada constitui pressuposto negativo, na medida em que

⁹¹⁶ Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

⁹¹⁷ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

⁹¹⁸ Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

⁹¹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*. p. 103.

⁹²⁰ Art. 5º - Se no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.

⁹²¹ Art. 325 - Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (artigo 5º).

impede a propositura de ações com as mesmas partes, causa de pedir e pedido.⁹²²

Os *limites objetivos* da coisa julgada, por sua vez, registram relação direta com as teorias que arrimam o instituto e o influenciaram no decorrer da história. Dessa forma, de acordo com a teoria empregada, ter-se-á o norte limitativo da coisa julgada.

Nesse sentido, a *res iudicata* registra, historicamente, várias teorias que buscam firmar o fundamento mais adequado e afetam, invariavelmente, a coisa julgada. As principais delas são as seguintes: (a) teoria da presunção da verdade (Pothier); (b) teoria da representação, cunhada por Savigny; (c) teoria chioventina da vontade do Estado; (d) teoria dos efeitos reflexos, partilhada por Ihering e Wach; (e) teoria carnelutiana; (f) teoria substancial, de Pagenstecher; (g) teoria da eficácia da declaração (Hellwig); (h) teoria da extinção da obrigação jurisdicional (Ugo Rocco); (i) teoria da qualidade da sentença de Liebman; (j) teoria de Schwab.⁹²³

Passa-se à referência de cada uma das teorias e ao apontamento daquelas que inspiram, de forma mais detida, os limites da coisa julgada hodiernamente.

Pothier defende uma presunção *ris et de iure* da sentença. Assim, a presunção de verdade contida na decisão registraria força imperiosa, afastando qualquer prova em contrário, numa ficção legal absoluta.⁹²⁴ Pontes de Miranda, por sua vez, atribui a teoria especialmente a Schultze e François Gény, asseverando que, para eles, “a perfeição, oriunda da obtenção possível (crescente) da segurança intrínseca ou justiça de direito material é *fim*, e não elemento de definição”⁹²⁵.

A teoria de Savigny⁹²⁶ foi inspiradora da doutrina de Celso Neves⁹²⁷, um dos representantes da doutrina clássica do processo civil, posto como um marco entre a velha e a nova escola da coisa julgada por Ovídio Baptista⁹²⁸. Um pouco menos absoluto do que

⁹²² Para Marinoni e Arenhart, “a imutabilidade da coisa julgada protege a declaração judicial apenas, enquanto as circunstâncias (fáticas e jurídicas) da causa permanecerem as mesmas, *inseridas que estão na causa de pedir da ação*”. [grifo do autor]. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. p. 689.)

⁹²³ Mister também apontar o que Pontes de Miranda denomina de necessidade de segurança extrínseca, que parece estar absorvida pelas teorias elencadas, especialmente no pensamento de Liebman, mas principalmente em Schwab, norte da teoria eleita por Ovídio Baptista da Silva (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*.) O processualista alagoano cita Bernatzik, Franz Klein, Löffler, Hans Sperl, Richard Schmidt e Rudolfg Pollak como principais defensores da ideia. (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 151.)

⁹²⁴ Ver: POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2002.

NEVES, Celso. *Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

⁹²⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 151.

⁹²⁶ Ver: SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema de Derecho Romano Actual*. 2 ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1963.

⁹²⁷ Ver: NEVES, Celso. *Coisa Julgada*.

⁹²⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Pothier, Savigny preocupava-se com a ausência de equidade das sentenças, também elencando o mister de atendimento da segurança jurídica, com o propósito de alcançar a finitude das demandas. Savigny, então, opta por uma espécie de presunção de coisa julgada equânime, o que denominou de “ficção da verdade”. Esse o embrião da doutrina clássica, que depois, com algumas variantes, inspiraria Carnelutti e Chiovenda. Enfim, para Savigny é melhor padecer do mal das sentenças injustas do que violar o paradigma da segurança, fragilizando a declaração exarada pelo Estado-Juiz. A única verdade existente, portanto, é a verdade externada na decisão.

Chiovenda fundamenta a coisa julgada no exercício pleno da vontade do Estado. Como tal, registra força obrigatória e vinculativa, devendo ser atendida. Para Chiovenda, a coisa julgada provém da sentença de mérito, que alcança o bem da vida às partes. O processualista italiano observa ainda que os terceiros podem sofrer prejuízos em decorrência da sentença. Divide-os em prejuízo de fato e de direito. O prejuízo de fato contempla apenas interesses de ordem prática. O prejuízo de direito ocorre quando a sentença alcança à parte direito que contraria o interesse de terceiro. Portanto, para Chiovenda, os prejuízos fáticos vinculam os terceiros à autoridade da coisa julgada, mas constatada a caracterização de prejuízos de ordem jurídica, esses terceiros estariam imunes aos ônus advindos da sentença.⁹²⁹

Ihering e Wach sustentam que a sentença produz efeitos diretos entre as partes e efeitos indiretos ou reflexos em relação a terceiros, admitindo explicitamente a possibilidade de que a coisa julgada afete estranhos ao processo.⁹³⁰

A teoria de Carnelutti teve papel decisivo no Direito Brasileiro e influenciou o processo e a coisa julgada durante um longo período até ser superada. Chiovenda e Carnelutti beberam na teoria de Savigny, contudo, estabeleceram variantes ao entendimento do romanista. Enquanto Chiovenda tentou firmar o mito de que a “sentença é a vontade da lei”, restringindo a possibilidade hermenêutica do julgador, Carnelutti ofereceu munição forte aos decisionismos e arbitrariedades, quando afirmou ser a sentença “a vontade do Juiz”.⁹³¹ A lei seria uma espécie de fonte mediata e o Juiz, fonte imediata.⁹³²

Mas é difícil simplificar a compreensão do processualista italiano, que inclusive varia de acordo com os determinados períodos históricos. Em 1936, quando redigiu o *Sistema*,

⁹²⁹Ver: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. NEVES, Celso. *Coisa Julgada*.

⁹³⁰ Ver: WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ejea, 1977.

⁹³¹ Ver: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Acadêmica, 1942.

⁹³² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo Interno da Sentença*. Eficácia e Coisa Julgada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 31.

por exemplo, ainda considerava o processo como um instrumento de busca da lógica. Para ele, a verdadeira e própria atividade jurisdicional seria, apenas, a desenvolvida pelo juiz, para dizer o direito, não para fazê-lo efetivo e obedecido.⁹³³

Carnelutti alicerçava seu pensamento no propósito de processo parcial que cunhava.⁹³⁴ Todas as questões possíveis e que constituem pressuposto para a solução da lide integram a demanda, independente de perfazerem ou não razão de argumento no processo, mas apenas aquelas postas pelas partes é que deverão integrar formalmente a sentença.⁹³⁵ Assim, como alterca Ovídio Baptista:

[...] para Carnelutti [...] a coisa julgada envolve todas as questões cuja solução seja um pressuposto da decisão final da causa, estejam elas expressas ou não na petição inicial, mas as *questões que não forem invocadas pelo autor ficarão fora da demanda, embora pertençam à lide* [grifo nosso].⁹³⁶

Aqui, por sinal, cabe alusão ao Projeto Italiano de Lodovico Mortara, apresentado em 1926, que propunha a resolução das questões expressas no processo e aquelas que constituíam pressuposto ou consequência necessária do julgamento, recepcionado por aquele Código. Mortara deixa dúvidas no tocante à necessidade ou não de invocação pelo autor. “La sentenza che decide una lite, há forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. Si considera decisa ogni questione, la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza”⁹³⁷. A equiparação da sentença à lei, parecendo resgatar uma máxima dos contratos privados, é o primeiro apontamento negativo que reclama a disciplina do processualista.

A doutrina de Mortara e Carnelutti foi recepcionada apenas parcialmente pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 1939 e recebeu a crítica de Pontes de Miranda⁹³⁸, nos seguintes termos:

⁹³³ Ver: CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*.

⁹³⁴ Ver: CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*.

⁹³⁵ Aqui é preciso considerar que a consideração no trato das matérias de ordem pública era completamente distinta da empregada na teoria processual da modernidade.

⁹³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*. p. 125.

⁹³⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 155.

MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*. Milano: Francesco Vallardi, 1915.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*.

⁹³⁸ Pontes tece ainda um problema de ordem pragmática, quando afirma: “Nem Lodovico Mortara nem José Alberto dos Reis atenderam a que a coisa julgada material não resulta de lógica. Não leram a Adolf Wach, nem Richard Schmidt, nem a Rudolf Pollak. O Código de 1973 riscou o art. 287, parágrafo único, de 1939. Mas, às vezes, a conclusão é *posterius* a outra conclusão, como se o juiz nega a propriedade que C diz ter adquirido de A e se funda em que B usurparia antes da compra” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 157.)

As premissas ou motivos necessários à conclusão tinham-se por decididos. As consequências, mesmo necessárias, não. O legislador brasileiro não anuiu em dar valor de coisa julgada ao *judgamento implícito consequencial*; só abriu portas aos motivos de que a parte dispositiva expressa fosse consequência necessária. Só lhe importou a causação anterior; não a posterior [grifo nosso].⁹³⁹

Já a teoria de Pagenstecher, denominada de “substancial” ou da “força legal” propõe que a sentença, mesmo que declaratória, sempre constitui um direito. A sentença, assim, não se limitaria a firmar a “vontade da lei”, como queria Chiovenda ou a “vontade do Juiz”, como afirmou Carnelutti. Ela seria sempre geradora de um novo direito, que, embora estivesse alicerçado na lei, acrescentaria a ela algo, materializado no momento da declaração sentencial.⁹⁴⁰ Ademais, o processualista clássico queria resolver a questão da coisa julgada material reduzindo o alcance das constitutivas, como explica Pontes de Miranda:

Max Pagenstecher pretendia resolver a questão retirando das ações de jurisdição voluntária as ações constitutivas. Em verdade, ações constitutivas podem ser gratuitas ou contenciosas; não vem ao caso. Se são de jurisdição voluntária, isso lhes falta sempre a força de coisa julgada material, junto à força constitutiva, que é da sua essência mesma.⁹⁴¹

Hellwig, com sua teoria da eficácia da declaração, traz uma classificação binária das sentenças, afirmando que as primeiras limitam-se ao reconhecimento de um direito, à pronúncia de uma situação jurídica, ao passo que as segundas geram mudança na situação anterior, gestando fato autenticamente novo. Para Hellwig é a declaração da sentença que produz a certeza do direito. Esta, não poderá alcançar as partes. Mas a repercussão modificativa prática oriunda da declaração alcança efeito geral.⁹⁴² Pontes afirma que Hellwig, ao lado de Johann Schwartz e Eduard Bötticher propõe “simples economização na renovação dos processos”⁹⁴³, julgando insuficiente a pretensão, pois que “não justificaria tratar igualmente a decisão justa e injusta”⁹⁴⁴.

Rocco, por sua vez, firma sua teoria da extinção da obrigação jurisdicional no fato de que o Estado é “réu da ação processual” e no momento em que presta a jurisdição, desincumbe-se de sua tarefa, extinguindo-se o direito à nova ação com a formação da coisa julgada. Como aduz o próprio Rocco, “la cosa giudicata è, quindi, la principale e fisiologica

⁹³⁹ Idem, p. 156.

⁹⁴⁰ Idem, p. 185.

⁹⁴¹ Idem, p. 185-6.

⁹⁴² Idem, p. 58-9, 61, 123-4, 151-2.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo Interno da Sentença*. p. 26.

⁹⁴³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 151.

⁹⁴⁴ Idem.

causa di estinzione del diritto de azione civile di cognizione”⁹⁴⁵.

Como amplamente demonstrado no subcapítulo que cuidou da “teoria da coisa julgada”, Liebman⁹⁴⁶ considerava esta uma qualidade e não um efeito da sentença, tecendo duras críticas aos alemães e também a Chiovenda e Carnelutti.

Por derradeiro, tem-se a teoria de Schwab. O processualista de Nüremberg aduz que o efeito da exclusão da coisa julgada só alcança os fatos que registrem relação direta com o processo paradigma, que vincula aquele sob análise. Assim, para ele, na determinação da coisa julgada não importa apenas os contornos formais do pedido, mas também os fatos. Como assevera Baptista da Silva, que entende correta a visão de Schwab, pois, segundo ele, adapta-se ao Código de Processo Civil pátrio, “não é o pedido só que importa, mas o pedido convenientemente interpretado”⁹⁴⁷.

Baptista da Silva percebe em Schwab a alternativa adequada aos defeitos da teoria carnelutiana, precipuamente em face da vinculação estreita com o processo brasileiro. O *punctum saliens* da questão reside, segundo o Prof. Ovídio, na distinção entre o *estado das coisas* da demanda sobre a qual se pretende aplicar a coisa julgada daquela que verteu a celeuma.⁹⁴⁸ O processualista declina diversos casos que demonstram a aplicação da teoria de Schwab, merecendo destaque o seguinte:

Proposta uma ação de despejo fundada na alegação de que o inquilino não cumpriu o contrato, na cláusula em que se obrigara a pintar o imóvel e reparar os assoalhos, uma vez rejeitada a ação por não provados esses fatos, poderá o locador propor uma segunda ação em que alegue que o locatário infringiria outra cláusula contratual de que resultou o corte no fornecimento de energia elétrica e do telefone por falta de pagamento, obrigações estas que lhe cabiam. Parece que o material do primeiro processo não abrange o fundamento do segundo. Há incompatibilidade entre o “estado das coisas” das duas demandas e, segundo afirma Schwab “o autor da segunda ação dirigida a um mesmo objetivo pode alegar fatos já existentes, mas não alegados no primeiro processo, desde que guardem relação com o material processual deste último. Ainda que o pedido ocupe lugar de destaque no litígio, as partes litigam sobre o fundamento do pedido”⁹⁴⁹.

Parece acertado o magistério de Baptista da Silva, vez que a *causa petendi* realmente vincula as partes, contudo, na hipótese de inexistência de relação material-fática com a primeira demanda, tendo a segunda ação natureza idêntica, mas fundamento fático distinto, não há razão para incidência da coisa julgada.

⁹⁴⁵ ROCCO, Ugo. *Là Autorità della Cosa Giudicata e i suoi Limite Soggettivi*. Roma: Societa Tipografica Arpinate, 1917. Tomo I. p. 368.

⁹⁴⁶ Ver: LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*.

⁹⁴⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*. p. 134.

⁹⁴⁸ Idem, p. 134-7.

⁹⁴⁹ Idem, p. 135.

Nessa esteira, outro exemplo de aplicação da teoria de Schwab pode ser verificado na pacificação da jurisprudência das turmas recursais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no tocante ao ressarcimento dos valores pagos na aquisição de linhas telefônicas no ano de 1996.⁹⁵⁰ Embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha externado entendimento majoritário no sentido de que é indevida a subscrição de ações por conta da privatização da Companhia Riograndense de Telecomunicações-CRT⁹⁵¹, tem-se que o fato justificador da nova ação é diverso, assim como o fundamento jurídico, em que pese o resultado pragmático idêntico.

Enquanto que no caso da aquisição da linha telefônica tratado pelo Tribunal gaúcho⁹⁵² houve promessa de restituição do valor mediante ações da companhia que não foi

⁹⁵⁰Apelação Cível. Direito privado não especificado. Brasil Telecom S.A. Sucessora da CRT. Contratos de participação financeira firmados em 1996. Portaria 1.028/96. Oferta pública. Da restituição do valor investido. Possível a restituição dos valores investidos monetariamente corrigidos e acrescidos dos juros legais, diante da inexistência de subscrição acionária em face da adesão aos contratos de participação financeira regidos pelas normas dispostas na portaria n.º 1.028/96, em vigor à época, sob pena de haver enriquecimento indevido da companhia. Apelação improvida. (Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70030424600, da décima segunda câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Judith dos Santos Mottecy, julgado em 25/06/2009).

Rescisão contratual. Contrato de participação financeira (CRT. Atual Brasil Telecom S/A). Impossibilidade do cumprimento contratual pela não subscrição de ações. Oferta pública não aceita. Cabível a restituição simples dos valores desembolsados. Competente os juizados especiais cíveis para o conhecimento da causa. Ação que versa sobre devolução de valor sem análise de discussão societária como capitalização, integralização societária ou participação acionária. Provas estritamente documentais, não cabendo qualquer produção de prova pericial. A jurisprudência das turmas recursais do JEC-RS é uníssona no sentido de que não tendo a ré subscrito as ações em nome do contratante, dando causa à resolução do contrato, é viável a restituição da importância paga, acrescida de juros e correção monetária pelo IGP-m. Não prospera a alegação da impossibilidade da subscrição das ações na forma contratada em face do direito preferencial pelos demais acionistas da companhia. Como não foi aceita a oferta pública, veiculada a partir de dezembro de 1997, prorrogada até 13-03-1998, e não estando a parte autora obrigada a aceitá-la, plenamente cabível a restituição do valor aportado. O recurso da ré comporta parcial provimento para afastar os juros compensatórios, incabíveis na espécie. Recurso parcialmente provido apenas para afastar a incidência dos juros compensatórios. (Rio Grande do Sul. Recurso cível nº 71002246692, da segunda Turma recursal cível das turmas recursais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Pedro Luiz Pozza, julgado em 27/01/2010.)

⁹⁵¹ Ementa: Direito Civil. Contrato de participação financeira. violação dos artigos 165, 458, ii e 535 do cpc. Não caracterização. Ilegitimidade. Incidência do verbete sumular nº 07 dessa corte. Prescrição prevista no artigo 287, ii, "g" da lei 6.404/76. Não incidência. Valor patrimonial da ação. Apuração no mês da integralização. Multa do artigo 538, § único, o cpc. Exclusão. Recurso especial conhecido em arte, e na extensão, provido. 1. O v. Acórdão veio devidamente fundamentado, nele não havendo qualquer contradição, obscuridade ou omissão. 2. Nos contratos de participação financeira, não incide a prescrição prevista no artigo 287, inciso II, alínea "g", da Lei nº 6.404/76. 3. O valor patrimonial da ação, nos contratos de participação financeira, deve ser o fixado no mês da integralização, *rectius*, pagamento, do preço correspondente, com base no balancete mensal aprovado. 4. Nos casos de parcelamento do desembolso, para fins de apuração da quantidade de ações a que tem direito o consumidor, o valor patrimonial será definido com base no balancete do mês do pagamento da primeira parcela. 5. Multa do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, afastada. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido (Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 975834/RS. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Julgado em: 24/10/2007.)

⁹⁵² Explica-se melhor o *case*. No ano de 1996, os adquirentes de linhas telefônicas efetuaram o pagamento da quantia de R\$1.117,63, a fim de adquirir linha telefônica, com o compromisso de que o valor investido retornaria mediante a subscrição de ações da Companhia, mediante integralização de capital. Contudo, a CRT deixou de emitir as ações devidas, sob o fundamento de que emitira ações aos contratantes do ano de 1995, que possuíam direito preferencial, inexistindo lotes acionários residuais para serem emitidos aos no ano de 1996. Em face

concretizado, existindo inclusive uniformidade da quantia desembolsada pelos litigantes no de 1996, a pretensão inumada pelo Superior Tribunal de Justiça reconhece a existência da transferência das ações, debruçando-se a celeuma sobre o momento da perfectibilização do ato. Na verdade, depois de transcorrido quase um ano do pagamento realizado, a integralização das ações deu-se de modo potestativo na data em que a cotação estava em alta no mercado de valores e sem aplicar nenhum índice de correção monetária no valor pago, em pleno período hiperinflacionário de 1990.⁹⁵³

Assim, demonstrada a aplicabilidade da teoria de Schwab e de Liebman – com as variações abordadas precedentemente –, os problemas das propostas de Carnelutti e Chiovenda e a superação das teorias de Savigny, Pothier e Pagenstecher, ultima-se o exame das teorias que de alguma forma influenciaram a limitação da coisa julgada mediante o apreço da *substanciação* e da *individualização* e a relação das respectivas correntes pelo Código de Processo pátrio.

A teoria da *individualização* (ou *individuação*) estabelece distinção compulsória de *causa de pedir* entre duas demandas de fatos diversos. Assim, se diversa a relação jurídica, diversa também será a *causa de pedir*. Vale sublinhar que para a teoria desimporta a existência de identidade de fatos, bastando a diversidade de fundamento jurídico.

Já a teoria da *substanciação* impõe a identificação da *causa petendi remota* (os fatos relacionados à pretensão do demandante) e da *causa petendi próxima* (os fundamentos jurídicos). Registrando relação direta com o princípio da eventualidade de gênese alemã, a teoria da substanciação pressupõe o estabelecimento preciso do objeto litigioso na peça inaugural.

disso, mediante oferta pública, a CRT prometeu restituir os valores pagos aos contratantes, desde que manifestada a aceitação expressa. Todavia, os contratantes não manifestaram aceitação formal da referida oferta, na expectativa de que receberiam ações. O caso, portanto, diferentemente da decisão do Superior Tribunal de Justiça que gerou repercussão nacional, busca o pagamento do valor investido, devidamente corrigido e não a debate da “data adequada” para a integralização de ações.

⁹⁵³ A justificativa da demanda funda-se nos prejuízos experimentados pelos litigantes, que ficaram à mercê da Companhia e obtiveram ações a menos do que deveriam ter sido subscritas. Embora tenham recebido todo o valor da integralização das linhas telefônicas adquiridas, a companhia não subscreveu as ações. É evidente que, agindo dessa forma, a Companhia obteve enriquecimento ilícito em detrimento dos litigantes. Deveria, na verdade, ter subscrito em favor dos litigantes a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial na data da integralização, conforme o *quantum* apurado no balanço anterior. Nesse exato sentido sinalavam as decisões do Superior Tribunal de Justiça, até a *repentina* mudança no norte jurisprudencial. A esse teor, o seguinte acórdão: “Contrato de participação financeira. CRT. Brasil Telecom. Precedentes da Corte. 1. A Segunda Seção já assentou que em casos como o presente, o “contratante tem direito a receber a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial na data da integralização, sob pena de sofrer severo prejuízo, não podendo ficar ao alvedrio da empresa ou de atividade normativa de natureza administrativa, o critério para tal, em detrimento do valor efetivamente integralizado.” (Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 470.443/RS, DJ de 22/9/03; REsp n. 489.916/RS, DJ de 20/10/03; REsp n. 469.410/RS, DJ de 6/10/03; REsp n. 460.278/RS, DJ de 6/10/03, Relator: Carlos Alberto Menezes Direito.)

Fica o autor, todavia, dispensado de declinar o *nomem iuris*, vez que entende ser do Estado-Juiz a tarefa de aplicar o direito, não sendo dado a ele a possibilidade de fixar, já na propositura da demanda, a extensão do direito incidente sobre o caso.

É ponto pacífico da doutrina que a teoria da individualização não foi recepcionada pelo processo brasileiro, por registrar evidente antagonismo com o preconizado pelo Código. A esse teor, a crítica declinada por Tesheiner:

Criticou-se esse posicionamento, primeiro, por exigir do autor um conhecimento preciso do direito objetivo, o que a lei não exige; segundo, porque a indicação do autor não tem relevância, já que ao Juiz incumbe a qualificação jurídica dos fatos; terceiro, por não se lograr identificar a ação, já que da mesma relação se podem deduzir múltiplas pretensões, v. g., prestação X, prestação Y, anulação, rescisão. (conf. Lent, "Trattato", p. 160; Rosenberg, "Tratado", vol. II, § 88, nº III).⁹⁵⁴

Tesheiner, na linha da doutrina majoritária, admite a recepção da teoria da *substanciação* no direito brasileiro, no que não é seguido por Ovídio Baptista.⁹⁵⁵ Acompanham o entendimento do processualista, José Frederico Marques⁹⁵⁶ e Moacyr Amaral Santos⁹⁵⁷, apenas para citar dois dos representantes da posição que se multiplica no país. Passa-se, então, ao ponto controverso. Outros, como Botelho de Mesquita, admitem uma certa aproximação entre as teorias da *individualização* e da *substanciação*, indicando, contudo, uma distinção decisiva para a aplicação da segunda ao processo brasileiro. Para o processualista,

[...] o ponto onde ambas as teorias se afastam é precisamente a afirmação do que se deva entender por *causa petendi* nas ações propostas com fundamento em um direito de caráter absoluto, assim denominados pela teoria da individualização os direitos reais e os direitos de família, e os decorrentes do estado da pessoa.⁹⁵⁸

⁹⁵⁴ TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. p. 44-5.

⁹⁵⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*. p. 134.

⁹⁵⁶ Em nossa legislação foi adotada a teoria da substanciação, pois o art. 282, III, do novo CPC, ao tratar da *causa petendi* a ser exposta na petição escrita com que se propõe a ação, menciona expressamente o fato (causa remota) e os fundamentos jurídicos do pedido (causa próxima). (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974. 1v. p. 155.)

⁹⁵⁷ Chama-se a atenção para o texto da lei. O Código exige que o autor exponha na inicial o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. Por esse modo fez ver que na inicial se exponha não só a causa próxima - os fundamentos jurídicos, a natureza do direito controvertido - como também a causa remota - o fato gerador do direito. Quer dizer que o Código adotou a teoria da substanciação, como os Códigos alemão e austríaco. Por esta teoria não basta a exposição da causa próxima, mas também se exige a da causa remota." (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977. 1v. p. 142.)

⁹⁵⁸ Botelho segue dizendo que mesmo nas ações fundadas na alegação de um direito real, não basta a indicação da relação jurídica (propriedade, servidão, usufruto), para a determinação da *causa petendi*, sendo necessária a indicação do fato constitutivo. E com acerto poderá ser essa a razão pela qual ação reivindicatória de imóvel, em cuja inicial o autor se afirma proprietário em decorrência de contrato de compra e venda, pode e deve ser julgada improcedente, sem prejuízo de vir depois a ser julgada procedente ação fundada no fato constitutivo do registro (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Causa Petendi nas Ações Reivindicatórias*. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 20, p. 166-80, nov./1980.)

Necessário lembrar ainda da posição de Chiovenda e Liebman, ambos adeptos da teoria da individuação. Liebman prevê identidade entre *causa petendi* e fundamento jurídico. A constituição da demanda, para o processualista italiano, está nos fatos jurídicos que alicerçam o amparo da pretensão do autor.⁹⁵⁹ Chiovenda externa sua compreensão quando afirma que na ação real, basta a afirmação da relação jurídica.⁹⁶⁰

Apesar das posições clássicas, parece que a teoria da individuação, efetivamente, não alcança receptividade acentuada no Código de Processo Civil brasileiro, diversamente da teoria da substanciação. Nesse sentido, o artigo 282, III, impõe que se deduza na petição inicial o *fato* (causa remota) e os *fundamentos jurídicos* (causa próxima), desimportando se a hipótese for de ações pessoais ou reais. A teoria da individuação, ao menos nas ações reais, impõe apenas a arguição da relação jurídica.

Repise-se. Parece que a regra da coisa julgada, em face das previsões do Código de Processo é, de fato, a teoria da *substanciação*, como é possível inferir até da própria eficácia preclusiva da coisa julgada tutelada no art. 474.⁹⁶¹ Contudo, não ocorreu recepção integral da teoria como quer a doutrina majoritária, vez que também encontra-se sedimentada a aplicação dos princípios da *iura novit curia* e da *mihi factum dabo ti ius*, que dispensam a precisão do fundamento jurídico, o qual representa função acessória na formação dos elementos de convicção do julgador, embora possa contribuir, formalmente, para a determinação da competência do juízo. A própria ampliação das matérias de direito público e a desvalorização do princípio dispositivo acabam por incitar uma certa fragilização da teoria da *substanciação*.

A *iura novit curia* não vincula o juiz aos fundamentos jurídicos declinados pelas partes, sendo que não haverá julgamento *extra* ou *ultra petita* desde que o acréscimo sentencial se coloque na esteira da motivação, da argumentação da decisão, sem abarcar fatos novos que não são objeto da lide, *narra mihi factum dabo tibi ius*. Nesse sentido, em trabalho dotado de peculiar qualidade, que aborda, dentre outros aspectos, a principiologia da prova, assevera Guimarães Ribeiro:

Como todo adágio jurídico, sua origem nos é obscura, usando-o cada um como bem lhe convém ou, na feliz constatação de Fritz Baur, para quem “à falta de argumentos reais encontra-se no momento exato um adágio jurídico apropriado”. Para a maioria dos autores, vige o princípio romano *narra mihi factum, narro tibi ius*, ou seja, a aplicação do direito é assunto que compete ao juiz, cabendo às partes formular apenas as provas das questões de fato, em cima das quais o juiz deve

⁹⁵⁹ Ver: LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*.

⁹⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 111.

⁹⁶¹ Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

aplicar o Direito.⁹⁶²

Claro que com as afirmações postas não se tem a pretensão de sugerir eventual aproximação do direito processual brasileiro com o princípio da individualização, nem negar que a substanciação incide sobre a imensa maioria das questões que envolvem a ação e a própria coisa julgada. Contudo, há hipóteses que provocam ao menos uma reflexão no tocante à aplicação da teoria. Aliás, o próprio princípio da *iura novit curia* apresenta exceções, pois as partes têm o dever de provar a existência de normas de hierarquia inferior, municipal, estadual, de direito estrangeiro ou consuetudinário. Além disso, como bem sinala Darci Guimarães, lembrando a jurisprudência, “em mandado de segurança, não cabe a concessão com a alteração da fundamentação de direito que o embasar, sendo-lhe inaplicável o princípio da *iura novit curia*”⁹⁶³. No *mandamus* compete ao impetrante demonstrar o direito líquido e certo, impondo-se um dever de apresentação da prova de constatação pronta (pré-constituída) e do direito objetivo alegado.

Como verificado anteriormente, Tesheiner registra posição favorável à integral aplicação da teoria da substanciação. Nesse sentido, apresenta caso concreto que denota a limitação de que se trata, consistente em ação de despejo. O processualista sustenta a impossibilidade de propositura de demanda concomitante na hipótese de constatação posterior de novos danos no imóvel se a referência inicial era diversa. Autoriza, contudo, a apresentação de demanda por “locação não consentida”, vez que fato dessemelhante de primeira arguição.⁹⁶⁴

Embora discordem na premissa teórica, Tesheiner e Baptista da Silva registram semelhanças de pensamento na pragmática eleita. Ambos acolhem a possibilidade de ajuizamento de nova demanda firmada em fundamento jurídico diverso ou, mais

⁹⁶² RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 78.

⁹⁶³ Idem, p. 81.

⁹⁶⁴ Veja-se a lavra do próprio Tesheiner: “Há, pois, fatos que, embora não alegados, devem ser tidos como virtualmente compreendidos na causa de pedir. O dispositivo citado impede que o autor, vencido em uma ação, proponha outra, com idêntico pedido, alegando fato diverso, mas virtualmente compreendido na mesma causa de pedir. Entendo que tais são os eventos diversos, da mesma natureza, conducentes ao mesmo efeito jurídico. Assim, se o autor pede o despejo, alegando danos nas paredes do imóvel, não pode propor outra, alegando danos nas portas, salvo se ocorridos após o encerramento da instrução. Não se lhe veda, porém, a propositura, concomitante ou posterior, de ação de despejo fundada em locação não consentida, porque se trata de fato de natureza diversa. Claro, outrossim, que o pedido de indenização dos danos nas paredes não impede posterior pedido de indenização dos danos nas portas (fatos de idêntica natureza, mas produzindo cada qual seus efeitos jurídicos próprios, ainda que iguais). Incide, na hipótese, o art. 294 do CPC: “Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo.” (TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. p. 47.)

precisamente, *causa de pedir imediata*.⁹⁶⁵ Mas, se levado em conta o conceito clássico de *causa de pedir*, consistente na comunhão dos fatos com o ordenamento, considerando-se também o seu cariz *mediato*, caminham em direções opostas. A esse teor, o caso paradigma declinado por Ovídio, já aludido por ocasião do exame da teoria de Schwab. Apresenta ele a hipótese de ajuizamento de ação de despejo por descumprimento contratual decorrente do dever de pintura do imóvel e reparação do assoalho, autorizando a interposição de nova demanda fundada em violação de cláusula diversa, motivadora do corte de fornecimento de energia elétrica e do telefone por falta de pagamento.⁹⁶⁶

Do ponto de vista teórico, Ovídio Baptista afirma que a radicalização das teorias da substanciação e da individualização foram rejeitadas pelo Código de Processo Civil. Aliás, faz alusão à posição de Pontes de Miranda, que também compartilha do entendimento quando aduz que, “os princípios que se extraem de nosso sistema correspondem a uma atenuação da teoria da substanciação, pois a lei exige que os fatos sejam expostos como fundamento do pedido, mas tão-só atos *essenciais*”⁹⁶⁷.

Consubstanciado em Schwab, Ovídio sustenta que o *efeito de exclusão* da coisa julgada alcança todos os fatos arguidos na inicial e outros, de natureza similar.⁹⁶⁸ O que define o alcance da coisa julgada é o *estado da coisa*, de sorte que o impedimento de ajuizamento de nova demanda cinge-se ao *material processual* oriundo do processo que firmou a autoridade da coisa julgada. Há possibilidade, portanto, de ajuizamento de nova demanda com base nos fatos que podiam ser arguidos quando do ajuizamento da ação inicial,

⁹⁶⁵ Como é possível constatar nos próprios exemplos declinados pelos autores, que opinam favoravelmente à propositura de ação de despejo fundada em violação de cláusula contratual distinta.

⁹⁶⁶ Baptista da Silva ainda propõe outro caso paradigma para fundar sua convicção: “Se alguém ingressa com uma ação de rescisão de um contrato parciário, como nós imaginamos no exemplo, e descreve na inicial danos culposos à colheita, o fundamento da demanda deve ser interpretado, não apenas o “estado das coisas” alegado, mas outras infração contratual análogas, que guardem semelhança com o pedido, não se podendo descartar até mesmo a prova da inabilitação técnico-profissional do agricultor de que tenha derivado os danos alegados pelo autor. Dir-se-ia que, ao pedir a rescisão do contrato, o arrendador (parceiro) sustenta a demanda numa causa mais ampla em que os fatos exposto submergem e se dissolvem. A lei, ao outorgar ação contra o colono que causa “danos à gleba” e “danos à colheita”, pressupõe, como ideia matriz, para ambas as hipóteses, um conjunto mais geral de circunstâncias, capaz de abranger o inadimplemento do contrato fundado em qualquer outra conduta culposa que guarde semelhança com os fatos previstos por essa norma, ou seja, apoiado em circunstâncias que não se mostrem discrepantes da previsão constante da norma. Certamente, essa conclusão deverá oferecer alguma dificuldade, em casos concretos, mas, ao que parece, será a única viável, dadas as dificuldades ainda maiores que as soluções extremas oferecem, quer se procure dar relevo absoluto ao conjunto de fatos, afirmando a existência de transformação da demanda sempre que os fatos sejam substituídos; quer se considere, no extremo oposto, totalmente irrelevante para a caracterização da demanda, a mudança total e sem limite dos fatos inicialmente articulados. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*. p. 134-5.)

⁹⁶⁷ Idem, p. 134.

⁹⁶⁸ Como externa no exemplo da rescisão do contrato parciário, que engloba a discussão da colheita, noticiado na nota 966.

desde que tal providência não tenha sido levada a cabo naquela ocasião.⁹⁶⁹

Dessa forma, tidas as celeumas afetas à matéria e as posições ora declinadas, a regra, no direito processual brasileiro, ainda está calcada na *teoria da substanciação*, contudo, exceções existem e não parece adequado afirmar que o Código de Processo espelha-se integralmente em dita teoria, registrando variações importantes que refogem de seu aporte conceitual, o que restou devidamente demonstrado pela pragmática abordada. Esses, os aspectos atinentes aos *limites objetivos* da coisa julgada.

Doutra banda, no que toca aos *limites subjetivos* da coisa julgada, a principal questão é o alcance desta no tocante às partes. Que a sentença alcança as partes envolvidas na lide é fato evidente. O problema é identificar a posição dos terceiros diante do instituto. É o artigo 472 do CPC que faz alusão às ações relativas ao estado da pessoa. As partes e os terceiros interessados, assim, serão alcançados pela indiscutibilidade da sentença, identificada em seu efeito declaratório.⁹⁷⁰ Ficam excluídos da incidência da coisa julgada aqueles que não lograrem êxito em demonstrar interesse processual da demanda, valendo sublinhar que não se admite mero interesse econômico.

Tais limites têm relação direta com o conteúdo sentencial e com as partes litigantes. A sentença não tem força de lei – como querem Carnelutti⁹⁷¹ e Mortara⁹⁷² –, mas, como reflexo do sistema adotado pelo Brasil, o *civil law*, vincula as partes no limite da lide e das questões enfrentadas pelo ato decisório. Não é outra a ilação do art. 468 do CPC. A coisa julgada, não como efeito da sentença, mas como adjetivo imanente – Liebman – é o consectário de tal assertiva. Como qualidade da sentença, a coisa julgada produzida pelo enfrentamento do mérito materializa a preclusão definitiva da demanda. Dessarte, ela alcança apenas as partes, não prejudicando a terceiros.⁹⁷³ Não é outro o entendimento de Baptista da

⁹⁶⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*. p. 134-7.

⁹⁷⁰ Apenas com propósito ilustrativo, traz-se a definição do terceiro interessado e do terceiro indiferente, que não registra amparo processual para integrar o feito: “[...] cabe frisar que terceiro interessado é aquele que tem interesse jurídico na causa, decorrente da existência de alguma relação jurídica que mantém, conexa ou dependente, em face da relação jurídica deduzida em juízo. Esses sujeitos, em função da existência desse interesse jurídico, são admitidos a participar do processo, intervindo quando menos na condição de assistente simples. Já os terceiros indiferentes são aqueles que não mantêm nenhuma relação jurídica independente com aquela submetida à apreciação judicial. Não têm interesse jurídico na solução do litígio e, por essa circunstância, não são admitidos a intervir no processo (ao menos na consideração de sujeito interessado)”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. p. 684.)

⁹⁷¹ Ver: CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*.

⁹⁷² Ver: MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*.

⁹⁷³ É o que determina o art. 472 do CPC: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”. Roborando a assertiva, Marinoni e Arenhart: “Em princípio, portanto, tomando-se a regra geral, tem-se que somente as partes ficam acobertadas pela coisa julgada. Autor e réu da ação ficam vinculados à decisão judicial, já que foram os sujeitos do contraditório que resultou na edição da solução judicial. Naturalmente, se

Silva:

[...] a regra tradicional, herdada do direito romano, estabelece que a autoridade da coisa julgada atinge somente as partes, não beneficiando nem prejudicando aqueles que se mantiveram, como terceiros, alheios ao processo.⁹⁷⁴

Claro que os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, através da imposição do efeito *erga omnes* da coisa julgada afetam a terceiros, mas que se beneficiam por força da substituição processual e da legitimação extraordinária exercida pelo autor das ações constitucionais, o que ocorre, notadamente, com a Ação Civil Pública, Ação Popular e no Mandado de Segurança Coletivo. Ademais, são considerados terceiros apenas pela força vernacular da terminologia, mas processualmente integram a lide, na qualidade de autores, representados extraordinariamente. Portanto, o terceiro que ora é objeto de estudo é o estranho à relação processual, que não sendo citado, desconhece a existência do processo e, por vida de consequência, a decisão dele proveniente. A sucessão de bens também comporta exceção, na medida em que alguém fica investido na representação do *de cuius*, assim como na hipótese de sucessão de empresas, pois há a transferência da titularidade de direitos outrora doutrem. Também, lembrando da lição de Pontes, vale lembrar que “equipara-se ao sucessor o adquirente da posse mediata”⁹⁷⁵.

O terceiro prejudicado pela coisa julgada não citado no processo em que se proferiu a decisão não será alcançado pelos efeitos do instituto, podendo manifestar-se a qualquer tempo, diante o desconhecimento da causa e a ausência da oportunidade de vir aos autos. Como a coisa julgada é adjetivo imanente à sentença e esta vincula as partes, razão não há para o alcance de terceiro. Ademais, a determinação da autoridade da sentença em relação ao terceiro implicaria em inconstitucionalidade, face à ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Colha-se, nesse sentido, a explicação de Ovídio Baptista:

É óbvio, sendo convocados para a causa todas as pessoas que o art. 472 indica como “interessados”, a coisa julgada terá mesmo eficácia *erga omnes*, mas não por uma virtude especial deste tipo de demanda, e sim por não haver mais nenhum legitimado que pudesse questionar, em outra demanda, o julgamento a respeito do estado das pessoas. A verdadeira questão que se põe para o processualista é saber quando realmente foram citados para a causa “todos os interessados”. É óbvio que isto somente poderá ser determinado no futuro processo,

esses sujeitos tiveram condições de influenciar na prolação da decisão judicial, tendo, aliás, o autor, solicitado essa tutela estatal, indubitavelmente não de sujeitar-se à resposta jurisdicional oferecida. Para ambas as partes, assim, a decisão judicial, preclusa em função do esgotamento dos meios de impugnação torna-se imutável” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. p. 683.)

⁹⁷⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. p. 331.

⁹⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 159.

em que seu autor alegue também um “interessado” deixado fora do processo anterior. Se isto ocorrer, a coisa julgada certamente não o alcançará, sendo-lhe possível converter o estado jurídico da pessoa, constituído na sentença.⁹⁷⁶

Impera, portanto, no processo civil brasileiro, a concepção de que *res iudicata ius facit inter partes*. A ausência do alcance daquele que não é parte ou interveniente permite, por exemplo, que o terceiro prejudicado intente ação nova contra uma das partes vencedoras. Em que pese a aparente contradição lógica, vale dizer que não há falta de amparo jurídico, nem tampouco contradição de direito, pois a hipótese é recepcionada pelo Código de Processo Civil. A delimitação pessoal da sentença dá azo a tais circunstâncias.⁹⁷⁷ Como atesta Pontes de Miranda:

A coisa julgada material não atinge a esfera jurídica de terceiro, ainda que de fato o prejudique. A sentença contra o meu devedor pode prejudicar-me como fato que lhe diminuiu os haveres, porém não tirar o meu direito como credor. Entre as próprias partes, a força e o efeito materiais somente podem atingir-lhes a esfera jurídica naqueles *pontos* em que foram partes. Se o vencedor e o comprador discutem sobre a coisa e aquele não chama a juízo a pessoa de quem a adquiriu, o efeito somente pode ser reflexo, “acidental”, como frisava Rudolf von Jhering, e não “necessário”, como a força ou o efeito da coisa julgada material.⁹⁷⁸

Mas se a coisa julgada não vincula a terceiros, como é possível justificar eventuais prejuízos que possam advir de uma decisão sem que as pessoas que suportam tais ônus não possam recorrer ao Judiciário através de ação autônoma? É o caso, por exemplo, do sublocatário, que é atingido pela sentença com a consequente extinção do contrato de locação, em demanda que sejam partes apenas locador e locatário. O fato tem inclusive amparo de lei, tutelado no art. 15 da norma 8245/91. O terceiro sublocatário só encontra amparo jurídico para atuar antes da formação da coisa julgada, na qualidade de assistente simples (art. 59, parágrafo 2. da Lei de Locações).

Após o trânsito em julgado da decisão, apenas a via rescisória⁹⁷⁹ seria um remédio possível.⁹⁸⁰ Talamini apresenta, a partir do acolhimento da premissa liebmaniana, a resposta

⁹⁷⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio; GOMES, Fabio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. p. 332.

⁹⁷⁷ Nesse sentido, também, Marinoni e Arenhart: “Aqueles que não são partes do litígio, e assim não podem ser atingidos pela coisa julgada, mas nele têm interesse jurídico, apenas podem ser alcançados pelos efeitos reflexos da sentença, e por essa razão são considerados terceiros interessados (ou terceiros juridicamente interessados), os quais têm legitimidade para ingressar no processo na qualidade de assistente simples da parte (por exemplo: o sublocatário na condição de assistente simples do locatário) ou manifestar a oposição aos efeitos da sentença. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. p. 685.)

⁹⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 159-60.

⁹⁷⁹ O Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória na hipótese daquele que demonstre ter experimentado prejuízos por conta da sentença e não possua alternativa de impugnação mediante ação autônoma (Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 10.220-SP da Quarta Turma. Relator: Ministro Sálvio Teixeira, Julgado em 23/06/1992.)

⁹⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. *Cosa Julgada e sua Revisão*. p. 96-122.

para a celeuma. De fato, poderão ocorrer prejuízos aos terceiros por conta de sentença exarada em processo estranho a eles, mas, mesmo assim, não é possível afirmar que eles serão atingidos pela coisa julgada, extrapolando seus limites subjetivos. Como Liebman diferenciou *efeitos* e *autoridade* da sentença, os terceiros são alcançados pelos primeiros e não pela segunda, mantendo intactos os limites da coisa julgada.⁹⁸¹ Talamini demonstra a questão:

Os efeitos da sentença não se limitam às partes, mas ao terceiro, na medida em que tais efeitos repercutam na sua esfera jurídica de modo a conferir-lhe interesse e legitimidade para agir, não fica impedido de buscar outro pronunciamento jurisdicional, sem sentido diverso daquele emitido no processo de que não participou, sem que se lhe possa opor a coisa julgada. Caberá ao terceiro demonstrar sua razão – o que passará pela demonstração do desacerto da anterior sentença, no ponto em que os efeitos dela atinjam.⁹⁸²

A sentença, assim, possui um *efeito natural* consoante afirmou Liebman.⁹⁸³ Como atividade de Estado, ela registra uma espécie de presunção de legitimidade e vincula a todos como ato de autoridade. Deve, portanto, ser respeitada, em que pese permita o questionamento desses efeitos, na medida em que a qualidade a ela inerente, a coisa julgada, não produz essa vinculação.

Claro que esses terceiros prejudicados, na maioria das vezes – exceção é o caso do sublocatário noticiando anteriormente – poderão intervir no processo, desde que demonstrem o seu *interesse de agir* e não o mero risco econômico. Posteriormente à formação a coisa julgada, também como regra, tem-se o cabimento de ação autônoma para o questionamento dos efeitos da sentença e, também, para assegurar que a coisa julgada permaneça dentro de seus limites subjetivos e não vitime o terceiro.

Dessa forma, repisa-se que os terceiros não poderão ser alcançados pela coisa julgada, que vincula as partes e os intervenientes integrantes da demanda. Os efeitos da sentença, esses sim, vinculam a todos, mas não registram o poder de romper a blindagem que protege a coisa julgada.

Aliás, Liebman propõe três categorias de terceiros para o exame mais detido do alcance da coisa julgada. A primeira é composta pelo que denomina de *terceiros indiferentes*, àqueles que, por não experimentar qualquer prejuízo, acabam por sofrer apenas os efeitos naturais da publicidade da sentença. A segunda contempla os *terceiros interessados praticamente*, que envolve todos que, embora tenham sofrido prejuízos de ordem econômica

⁹⁸¹ Idem, p. 96.

⁹⁸² Idem, p. 97.

⁹⁸³ Ver: LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*.

não poderão contrariar processualmente a sentença.⁹⁸⁴ Na terceira categoria Liebman refere-se aos *terceiros juridicamente interessados*, representados inicialmente por aqueles que têm interesse idêntico às partes litigantes, como, *verbi gratia*, ocorre na ação reivindicatória em que o terceiro também se julgue proprietário da coisa. Posteriormente, sob o pálio da mesma categoria, Liebman coloca aqueles que não registram a qualidade de parte, pois o interesse jurídico *poderá ou não* se concretizar na hipótese de sentença condenatória superveniente.⁹⁸⁵ É o caso do servidor público que, não compondo o pólo passivo da demanda, passa a ser réu na ação regressiva por conta da condenação da Fazenda Pública. Poderá, nesse sentido, arguir a inconstitucionalidade/ilegalidade da sentença do processo que gerou a via de retorno.

Precisados os limites *objetivos* e *subjetivos* da coisa julgada, necessário firmar os contornos constitucionais do instituto. Muito mais do que um mote processual, a coisa julgada representa uma garantia do Estado Democrático de Direito contra as arbitrariedades que um estado de exceção ou a “ditadura das togas” poderia produzir. Como direito fundamental constitucionalmente estabelecido deve ser assegurada de forma íngente pelo Judiciário. Ademais, traduz um dos precípuos esteios do Direito Processual Civil.

⁹⁸⁴ Como ocorre, por exemplo, com os terceiros que são credores do sucumbente na ação reivindicatória de coisa ou na rescisão de contrato de parceria agrícola ou arrendamento rural, afastando-se a possibilidade de penhora dos frutos, ressalvada, claro, a eventual caracterização de impenhorabilidade.

⁹⁸⁵ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*. p. 55-7.

5 Coisa Julgada Constitucional: Cariz Principiológico, Segurança Jurídica no *Civil Law* e Estabilidade (Confiança) da Decisão

A coisa julgada é um dos institutos processuais que se reveste de *status* constitucional e, como tal, traduz uma das garantias *materiais* do Estado Democrático de Direito. Disciplinada como direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição, a coisa julgada tem o propósito de assegurar a finitude do processo e implementar outro princípio indisponível à solidez das relações jurídicas, o da *estabilização das decisões*. É necessário emprestar ao Judiciário legitimidade suficiente ao reconhecimento de seus julgamentos, sob pena de fragilização do poder perante a sociedade e quebra da sensação de cumprimento do dever do Estado, vez que um processo sem fim semeia a descrença e retira a linearidade e o caráter de estabilização das expectativas, ínsito às decisões judiciais.

A coisa julgada gestada num Estado democrático reveste-se de apelo constitucional inarredável, pois guarda consigo a premissa de uma decisão que respeite os demais princípios constitucionais atinentes à igualdade das partes, ao respeito do contraditório, ampla defesa e, especialmente, a proibição do juízo de exceção. Claro que não é possível criar uma ficção jurídica, no sentido de presumir a ausência de falhas ou inconstitucionalidades na condução do processo, mas é certo que a decisão ambientada num regime democrático reveste-se de legitimidade bem mais acentuada do que àquela proferida num estado totalitário, que vitima as garantias individuais.

Não se quer, aqui, aplicar a premissa romana de Carnelutti⁹⁸⁶ e Mortara⁹⁸⁷, defendida com mais veemência ainda por Pothier⁹⁸⁸ e Savigny⁹⁸⁹, que propõe um endeusamento da coisa julgada e o reconhecimento da decisão de forma *incontinenti* e absoluta. A fuga do debate acerca da inadequação da decisão não parece ser, definitivamente, a posição acertada. Até porque externa uma postura reducionista que se afasta do próprio viés constitucional, aderindo à subsunção de viés cartesiano.

Todavia, pensar a coisa julgada como um paradigma novo que acentue a perda de vinculação às decisões, o distanciamento da estabilização e a relativização plena, com vistas a reproduzir o ditado de decisões posteriores dos tribunais superiores, dando azo à crescente sumularização do direito, não traduz, evidentemente, a melhor alternativa à questão.

Nessa esteira, a proposta dos artigos art. 475, L, § 1º e 741, parágrafo único,

⁹⁸⁶ Ver: CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*.

⁹⁸⁷ Ver: MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*.

⁹⁸⁸ Ver: POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*.

⁹⁸⁹ Ver: SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema de Derecho Romano Actual*.

representa um atentado à concepção de segurança que há muito acompanha a coisa julgada. Certamente, uma violação nefasta à tradição, na tentativa de aplicar uma tendência do *cammon law* num sistema que passa ao largo das bases inglesas como o *contempt of court*, o *stare decisis* e a própria ideia do *precedent*. No afã de prestigiar o *common law* alcança-se efeito inverso, desprezando o já calejado juiz de primeiro grau e aplicando subsuntivamente extratos que visam inumar, em um só talante, toda a universalidade de hipóteses. De fato, vive-se a era da padronização, da estereotipação e da *bigbrotherização* do direito.

A compreensão de tempo que o direito tem engendrado registra papel decisivo para a proposta de simplificação das demandas, aplicando-se o critério subsuntivo. O temerário caminho eleito pelo direito sinala em direção à padronização informatizada, na linha massificada da gestão de qualidade, reduzindo as pessoas a um caráter quantitativo. Apesar do avanço da velocidade da informação, da tecnologia trazida pelos meios de informação instantânea, não se pode esquecer que o direito trata das pessoas e de interesses “humanos”. E isso, que pode parecer redundante e é absolutamente ululante, tem sido constantemente olvidado.⁹⁹⁰

O fato enseja uma analogia com os livros e a tecnologia. Embora a segunda sirva o homem e registre imensa contribuição evolutiva, parece que seu emprego malfadado tem gerado a busca de informação rápida, mas demasiadamente simplificada e reduzida, o que afeta o espectro cultural da pós-modernidade, fazendo com que a qualidade das decisões receba duro golpe. Os livros parecem ser engolidos pouco a pouco pelo fantasma das laudas eletrônicas, pelo novo estigma do som robótico das comunicações *on line*. Mas resistem bravamente pelas mãos e mentes daqueles de tem sede de cultura, fome de saber e encontram na literatura um autêntico “lugar de prazer”. Essa relação de afetividade testemunhada por muitos faz dos livros a condição necessária da vivência cultural e da memória viva, pois remetem ao passado e moldam a trajetória para o futuro.

Freud disse que o que distingue o ser humano dos animais não é a razão, mas sim o desejo.⁹⁹¹ Warat, inspirado em Jorge Amado e Cortazar, arquiteta alguns personagens, num exercício metafórico que busca descrever os atores jurídicos do tempo presente, num belo

⁹⁹⁰ Nessa esteira, o que já afirmamos: “As decisões, na verdade, constituem-se hoje num produto da tecnologia jurídica, da era da técnica, da massificação de procedimentos e do tolhimento da personalidade das demandas. O Direito fez uma clara opção de exclusão do indivíduo e de generalização procedimental, esquecendo-se que as demandas fundam-se nos desejos e nas pretensões de pessoas, não se constituindo no fruto do acaso ou em mais uma engrenagem do Estado burocrático” (MARIN, Jeferson Dytz. O Estado e a Crise Jurisdicional: A Influência Racional-romanista no Direito Processual Moderno. In: _____ (Coord.). *Jurisdição e Processo II: Reformas Processuais, Ordinização e Racionalismo*. p. 17-42.)

⁹⁹¹ Ver: FREUD, Sigmund. *Obras Completas*. Traduzido por Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. 14v.

exemplo de literatura pulsante e criativa. Dentre esses personagens Warat resgata da semiologia cortaziana os *famas* e os *cronópios*.⁹⁹² Os *famas* são seres cinza acomodados, prudentes, amantes do cálculo, dos desejos lícitos. Embalsamam suas recordações e podem dizer o que vai acontecer a cada instante, porque para eles hoje é igual a ontem. Conseguem por no lugar cada coisa e cada coisa no seu lugar. Quando os *famas* tomam o poder, militarizam o cotidiano.⁹⁹³

Os *cronópios*, doutra feita, são homens pluriformes e pluricromáticos, iconoclastas de espantosa riqueza inventiva, estranha poesia e humor adstringente. Vivem empenhados em redescobrir o amor pela vida, debochar do instituído e exercitar uma livre comunicação dos desejos. Os *cronópios* são imaginativos, submetidos ao domínio do coração. Cantam como as cigarras, indiferentes aos semi-suicidas coletivos do cotidiano e, quando cantam, esquecem tudo, até a conta dos dias. Ser *cronópio* é conseguir viver o presente, não colocar o passado como futuro ou como impossibilidade de viver o momento.⁹⁹⁴

A coisa julgada moldada pelas reformas do Código de Processo e os instrumentos de standardização da causa lembram Theodoro, o marido metódico de Dona Flor, que desempenha tecnicamente seu papel cumpridor de obrigações. Vadinho, contudo, carrega consigo a intensa capacidade inventiva e a possibilidade de retemporizar o tempo.⁹⁹⁵ A era da técnica fere de morte o caráter constitucional da coisa julgada e no afã de padronizar decisões e uniformizar processos que já tiveram seu fim decretado reduz a importância do instituto e olvida a teleologia social do direito, rompendo expectativas postas que já surtiram seu efeito. O emprego indevido da relativização da coisa julgada, aplicando-se precedentes do Supremo Tribunal Federal, oriundos do controle concreto, a processos que já se encontram em fase de cumprimento de sentença, parece ser um reflexo desse theodorismo incauto do direito, numa reedição do amor burocrático que Jorge Amado condenou.⁹⁹⁶

Teoricamente, é possível sustentar que a relativização da força histórica e constitucional da coisa julgada poderia fundar-se na era das incertezas que se vive. Na relativização dos conceitos e na necessidade de romper com verdades absolutas. Se é fato que a verossimilhança e a aparência da verdade registram mais afinidade com o direito hoje, não é correto relacionar tal pensamento à proposta de (des) consideração da coisa julgada. É outro tipo de incerteza que inspira a modernidade. Como disse Morin, “a incerteza não é uma crise

⁹⁹² Ver: CORTÁZAR, Julio. *Historias de cronopios y de famas*. Buenos Aires: Punto de lectura, 2000

⁹⁹³ WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos*. p. 50-69.

⁹⁹⁴ Idem.

⁹⁹⁵ Ver: AMADO, Jorge. *Dona Flor e Seus Dois Maridos*. São Paulo: Martins, 1971.

⁹⁹⁶ Idem.

na ciência, mas sim, uma maneira de ajudá-la a ser melhor compreendida, contudo, sem cair na simplificação de conceitos”⁹⁹⁷.

A desvinculação da coisa julgada do elemento segurança é uma tarefa bem mais complexa do que o testemunho de fluidez de conceitos que a pós-modernidade possa dar. É preciso examinar com cuidado a questão e lembrar que a tradição não pode ser esquecida e relegada a um terceiro ou quarto nível nos fundamentos da decisão. Como sustenta Morin, a incerteza funda-se nas duas faces de Jano. A primeira denuncia a necessidade de rompimento com os mitos vetustos e a segunda a indicação de que a complexidade se produz na desordem e o rompimento de paradigma não encontra terreno fértil na linearidade.⁹⁹⁸

Constitucionalmente, a coisa julgada registra liame precípua com a segurança jurídica e a concepção de estabilização das decisões, representando a resposta definitiva do Estado às demandas que se lhe apresentam. Como matéria de direito público, funda a intangibilidade da sentença proferida e o seu caráter de validade perene, excetuadas, claro, as exceções processualmente previstas. A asseguuração do equilíbrio das decisões e da correspondência segura às expectativas sociais, portanto, são consectários da segurança que deve revestir a coisa julgada como condição de aplicabilidade e mesmo de existência do instituto.⁹⁹⁹ Aqui, a segurança jurídica aproxima-se do propósito de equidade, vez que a incerteza e a perda do caráter de limite temporal da coisa julgada produz decisões que violam a estabilidade do Estado Democrático de Direito. Isso porque o cidadão que busca o Estado-Juiz deve ter presente a data do término da prestação jurisdicional, cabalmente perfectibilizada.

A equidade que vincula a coisa julgada deve se distanciar do relativismo-ético kelseniano.¹⁰⁰⁰ Em regra, o conceito de justo parte de um critério empírico-normativo, mas

⁹⁹⁷ MORIN, Edgar. *O Despertar Ecológico*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003. p. 79.

⁹⁹⁸ Como afirma literalmente o próprio Morin: “O termo complexidade se apresenta como um desafio, pois possui dupla face, como Jano. A face esquerda nos diz que a irrupção da incerteza é uma espécie de esgotamento dos mitos da certeza, da exaustividade, que indicaram e regularam durante séculos os caminhos do conhecimento. Por sua vez, a outra face de Jano nos ensina que não é na aceitação da ordem que devemos construir um método da complexidade, mas essencialmente na exigência, na necessidade de um aprofundamento do conhecimento, de uma transformação, de um julgamento de valor, de uma mudança estética, por meio da aceitação de uma dialógica entre o nosso modo de pensamento e um sistema de idéias. Aceitar a idéia segundo a qual cada modo de complexidade se apresenta como uma dificuldade, como uma incerteza e não como uma clareza ou como uma resposta”. (Idem, p. 77-9.)

⁹⁹⁹ Como aduz Vitagliano [...] o instituto da coisa julgada pertence ao direito público e mais precisamente ao direito constitucional. A natureza publicitária da coisa julgada justifica que o juiz deva levar em conta, também, *ex officio*, a existência de uma sentença precedentemente passada em julgado. Afinal é a paz social, o equilíbrio e a segurança das relações jurídicas como um todo que justificam o antiquíssimo instituto, sabidamente de ordem pública. (VITAGLIANO, José Arnaldo. *Coisa Julgada e Ação Anulatória*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 39.)

¹⁰⁰⁰ Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*.

não se tem o propósito de estabelecer a variação/possibilidade¹⁰⁰¹ de conceituação do justo/injusto e sim atestar a necessidade de atribuição de equidade ao critério da segurança jurídica que a coisa julgada deve trazer consigo. Nesse sentido, Otfried Höffe apresenta uma proposta legitimatória da justiça:

Pode-se chegar a um conceito prévio de justiça política segundo o qual a justiça política significa a perspectiva ética sobre direito e estado. O esboço de uma semântica da justiça política que segue começa com elementos de uma semântica descritiva e passa então para aquela semântica com intenção legitimatória, mas não mais se continua analisando o efetivo emprego do conceito de justiça, mas a legitimidade deste emprego.¹⁰⁰²

Parece que a concepção de Höffe, numa tentativa de aperfeiçoar o conceito de Rawls¹⁰⁰³, que julga insuficiente, também não se revela adequada, pois prescinde do critério material. Inegável a necessidade de que o emprego da justiça esteja legitimado, sob pena de cancelar o desiderato de governos totalitários através do exame da *práxis*, por exemplo, da tentativa de alimentar o povo ou ofertar saúde pública. É preciso examinar o critério teleológico e a gênese do propósito de justo, atestando sua insuficiência quando da confirmação de que ele não se ambienta ao Estado Democrático de Direito.

Mas também é necessário atentar para o critério substancial de justiça, identificando a adequação das formas de aplicação do conceito. A par desse debate, o que se pretende é demonstrar a importância do reconhecimento da presença da equidade na questão da segurança da coisa julgada.

Claro que o critério de equidade e mesmo de justiça *strictu sensu* no liberalismo pressupõe o reconhecimento de que o sistema é desigual e há um dever do Estado de

¹⁰⁰¹ Otfried Höffe elabora o caráter volátil do conceito de equidade/justiça, demonstrando a dificuldade de se encontrar um parâmetro para a celeuma: “mesmo que apenas se olhe para os juízos da justiça cuidadosamente pensados, encontra-se, ao nível dos princípios, dos princípios da justiça, uma clara diversidade de opinião: “a cada um segundo sua produção”, diz o liberalismo econômico; “a cada um conforme seus direitos legais, diz-se no estado de direito; “a cada um conforme seus méritos”, em muita aristocracia; e o socialismo exige que deve-se tratar “cada um segundo suas necessidades. Levando em consideração o que o autor quer dizer em seu texto percebe-se que o positivismo rigoroso toma a forma de um relativismo ético-jurídico (p.ex. Kelsen, Teoria Pura do Direito, 366 e 403) para o qual, nas representações de justiça, a categoria da validade objetiva não tem significado, de modo que se torna sem sentido a busca de um conceito e critério de justiça. O conflito de representações de justiça é conhecido, na filosofia, desde a Antiguidade. Platão menciona esse fato no seu livro a “Politéia”. Também Aristóteles sente-se provocado a fazer uma análise do bem e do justo. Também em questões de procedimentos, existem princípios de cuja justiça quase ninguém duvida, pense-se apenas no mandamento de, num caso de conflito, ouvir o outro lado e a proibição de ser juiz em causa própria. Tais princípios de procedimento são considerados justos pelo fato de servirem a um princípio de justiça superior que tampouco é controvertida, a imparcialidade (equidade). Pode-se aduzir, para o consenso imperante sobre o princípio da imparcialidade, a tradição das belas-artistas que representam a justiça o mais das vezes com olhos vendados e ainda com uma balança na mão. (HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 52.)

¹⁰⁰² Idem, p. 54.

¹⁰⁰³ Ver: RAWLS, John. *Justiça como Equidade: Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

redução/controle de tais disparidades. Como afirma Rawls: “o conceito de justiça se define pela ‘atuação de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada de vantagens sociais’”¹⁰⁰⁴. Aqui, identificado o propósito de justiça liberal, que aceita a desigualdade – vantagens sociais – e pressupõe um processo regulatório.

A noção de equidade imanente à coisa julgada pressupõe uma atribuição de sentido distinta da lógica liberal, pois apresenta uma blindagem uniforme que reveste o conceito, desimportando o ente protegido. A esse teor, vale dizer que não registra relevância se as partes alcançadas pela coisa julgada são particulares ou vinculadas à administração direta ou indireta, bem como se há efeito reflexo da decisão implicando em prejuízos escalonados de ordem econômica, como nas teses de massa, que podem atingir corporações. A coisa julgada, assim, é a garantia de que a decisão será respeitada independentemente da repercussão fática e/ou jurídica que alcançar, claro, desde que vertida num Estado Democrático de Direito.

Todavia, mesmo que se atribuísse à coisa julgada um sentido liberal, também estaria justificado seu propósito. Rawls diz que “se a estrutura básica não for convenientemente regulada e ajustada, o processo social deixará de ser justo”¹⁰⁰⁵. Assim, direitos tipicamente liberais como a proteção da propriedade privada, a livre iniciativa e as liberdades públicas têm como propósito secundário a estabilização social, vez que o primário é o estabelecimento dos requisitos de constituição do Estado e de limite da regulação da esfera privada. A coisa julgada estaria elencada nessa previsibilidade das condutas possíveis do Estado, porquanto, justificada também na perspectiva liberal, muito embora se entenda não seja a mais adequada para a identificação do Estado contemporâneo, nem tampouco para o paradigma de processo que se julgue efetivo/justo.

A coisa julgada registra, assim, uma finalidade de cunho político, de viés constitucional, firmada no propósito de alcance da tutela do Estado aos jurisdicionados e outra de natureza jurídica, externada na concepção da segurança, que traz como consequência a impossibilidade de novo julgamento que trate da matéria objeto da sentença transitada em julgado.¹⁰⁰⁶

No que toca à dimensão política do ato de decidir, aliás, cabem as considerações de Dworkin. Embora não se queira, no imaginário jurídico, que o julgador adote razões de decidir de ordem política, é cediço que política e direito registram relação intrínseca e, desde a

¹⁰⁰⁴ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. p. 11.

¹⁰⁰⁵ Idem, p. 13-4.

¹⁰⁰⁶ A esse teor, o magistério de José Frederico Marques: “A coisa julgada cria, para a segurança dos direitos subjetivos, situação de imutabilidade que nem mesmo a lei pode destruir ou vulnerar é o que insere o artigo 5º, XXXVI, da Lei Maior. E sob esse aspecto é que se pode qualificar a *res iudicata* como garantia constitucional de tutela a direito individual”. (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. p.329.)

origem, fundem as definições a ambos aplicáveis. Assim, desde que o direito não seja internamente maculado em face do critério político da decisão, não há razão para não reconhecer a sentença como tal.

Como assevera Dworkin, “os juízes baseiam e devem basear seus fundamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumento de procedimento político”¹⁰⁰⁷. Dworkin propõe assim a possibilidade material do político, mas sua vedação formal como fio condutor da fundamentação. A esse teor, firma uma proposta “mais restritiva que a visão norte-americana progressista, mas menos restritiva que a britânica oficial”¹⁰⁰⁸.

Ora, se a “coisa julgada não tem a finalidade lógica de manter coerência entre os julgados ou entre seus fundamentos, mas a de criar situações práticas irremovíveis”¹⁰⁰⁹, não há razão para aceitar a aplicação dos artigos 475, L, § 1º e 741, parágrafo único, do Código de Processo, que permitem a relativização a partir de julgados posteriores do Supremo Tribunal Federal, numa franca tentativa de padronização das decisões. Os dispositivos, invariavelmente, em que pese tenham sido promulgados sob o pálio da proteção constitucional, almejam a concretização de alternativa evidentemente inconstitucional, pois ferem os princípios da segurança jurídica e da própria garantia do ato jurídico perfeito e da proteção da coisa julgada.

Mesmo que o fundamento seja o controle difuso de constitucionalidade, tem-se, na verdade, efeito reflexo *erga omnes*, típico do controle concentrado. A aplicação dos dispositivos, portanto, confunde e viola a definição de controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Explica-se. Ora, se os dispositivos permitem a desconsideração da coisa julgada por força de decisão posterior do Supremo Tribunal Federal, levada a cabo em apreço de Recurso Extraordinário estranho ao processo paradigma, extrapolado está o efeito *intra partes*, típico do controle concreto de constitucionalidade.

Ademais, como sustentado precedentemente, há clara violação do dispositivo constitucional que tutela a coisa julgada, em face de desconsideração indevida. Mesmo que se considere o argumento constitucional dos dispositivos – o que se admite como mera finalidade contra-argumentativa –, notória a caracterização do que Bachof denominou de *norma constitucional inconstitucional* por conta da desarmonia com o artigo 5º, inciso

¹⁰⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípios*. p. 6

¹⁰⁰⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁰⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Capítulos de Sentença*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 113.

XXXVI, da Constituição. A esse teor, a teoria de Bachof¹⁰¹⁰:

[...] no caso de uma contradição aparente entre um princípio constitucional e uma norma singular da Constituição, tal vontade só pode em princípio ser entendida, ou no sentido de que o legislador constituinte quis admitir essa norma singular como exceção à regra, ou no de que negou, pura e simplesmente, a existência de semelhante contradição. Conceder-se-á, todavia, que em casos de contradição insolúvel, de uma contradição que também não seja susceptível de interpretar-se através da relação regra-exceção, assim como, por último, em caso de manifesto equívoco, possa haver lugar para outro juízo.¹⁰¹¹

Mas a posição de Dinamarco, representa, salvo melhor juízo, contradição, vez que embora recrimine a finalidade lógica da coisa julgada defende a sua relativização na hipótese dos dispositivos processuais antes aludidos.¹⁰¹² De qualquer sorte, o tópico seguinte tratará de forma mais detida da posição de Dinamarco.

Pereira Leal¹⁰¹³ propõe uma constitucionalização radicalizada da coisa julgada, de modo a desvinculá-la inclusive do conceito de qualidade da sentença cunhado por Liebman.¹⁰¹⁴ Nesse sentido, considera o trânsito em julgado preclusão máxima da decisão e da coisa julgada, garantia constitucional e condição de existência/exigibilidade da eficácia do mérito, especialmente por força da materialização do princípio do devido processo legal.¹⁰¹⁵

¹⁰¹⁰ Aqui, mister sublinhar a adequação que a teoria reclama, a partir da crítica fundada de Lenio Streck, que propõe a consideração das diferenças entre os países do velho mundo e aqueles de modernidade tardia, como o Brasil. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*.)

¹⁰¹¹ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Traduzido por José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. p. 58-9.

¹⁰¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: *Revista de Direito Processual*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 103, p. 9, 2003.

¹⁰¹³ O Professor Rosemiro, ora referido, é um dos idealizadores da *Teoria Neo-Institucionalista do Processo*. (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros Estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2010). Segundo as premissas da teoria, o processo deve pautar-se, na pós-modernidade, pela autonomia jurídica constitucionalizada. A definição etimológica de instituição, nessa linha, lembra o universo de princípios e institutos jurídicos abarcados pela Constituição que registram relação direta ou indireta com o processo. Esse aparato deverá viabilizar a realização das pretensões mediante procedimentos *instrumentais*. Leal atribui grande valor ao devido processo legal como norte dessa pretensão. Embora critique de forma veemente o instrumentalismo da Escola Paulista de processo e proponha uma intensa valorização da Constituição, ao eger o implemento da instituição (preceitos constitucionais processuais) mediante o procedimento, acaba por pecar por conta da cisão da compreensão e aplicação, distanciando-se da proposta de Gadamer. A necessidade de realização das pretensões materiais no processo, como concebeu Baptista da Silva (Processo e Ideologia) e a consideração da hermenêutica filosófica na decisão, conforme alterca Lenio Streck (Verdade e Consenso), deve considerar sempre a simultaneidade de compreensão e aplicação e o afastamento de discursos prévios. Nessa linha, a idealização de uma instituição (normas substanciais) e um procedimento (normas formais que asseguram a realização das substanciais), proposta por Rosemiro Leal, não parece ir ao encontro de uma compreensão hermenêutica do processo. Precisa-se mais do que uma “procedimentalidade fundante do direito democrático”, solução apontada pelo processualista mineiro. Dessa forma, em que pese a conformidade de pensamento no tocante à relativização da coisa julgada, fica registrada a evidente distinção do ponto de vista da teoria processual.

¹⁰¹⁴ Ver: LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*.

¹⁰¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: Temática Processual e Reflexões Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 3.

Leal critica com veemência a escolha de qualquer caminho tendente à desconsideração/desvalorização da coisa julgada:

[...] a coisa julgada, ao perder as conotações primitivas de *res judicata* advinda da *res judicium deducta* como objeto mediato do pedido, torna estéril o debate sobre se a coisa julgada material é impeditiva do exercício de direito-de-ação assegurado no artigo 5º, XXXVI e XXXV, da CB/88, como público, autônomo e abstrato, ainda que sobre a lide pré-decidida. Por igual fundamento, afiguram-se excêntricas e impróprias as expressões: coisa julgada inconstitucional, coisa julgada relativa e relativização da coisa julgada. [...] Assim, sentença de mérito pressupõe obediência ao direito fundamental do devido processo e este é que é objeto de expansão pela coisa julgada constitucional, *ut* art. 5º, XXXVI, da CB/88, porque também criada pelo devido processo constituinte para esse fim.¹⁰¹⁶

A contribuição de Rosemiro Leal revela-se interessante na medida em que confere um caráter de autonomia à coisa julgada e aprofunda seu viés constitucional aproximando-a do princípio do devido processo legal. Assim, tem-se uma refundação da coisa julgada, na medida em que o processualista mineiro nega seu viés instrumental¹⁰¹⁷ e inclina-se para a materialidade do instituto, reservando ao Código de Processo papel formal, para a regulação pragmática da coisa julgada, mormente no que toca à sua formalidade, materialidade e limitação, sem, contudo, macular sua premissa constitucional. A Carta Política estabelece, de acordo com Leal, que a coisa julgada não almeja a segurança jurídica como condição direta, mas antes a “legitimidade obtida pelo processo para gerar a segurança almejada”¹⁰¹⁸.

Vale também considerar que o Capítulo Primeiro da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem prevê, em seu dispositivo XVIII¹⁰¹⁹, o “direito de acesso à justiça”, assegurando, além da garantia a uma decisão “breve” o respeito incondicional aos direitos fundamentais previstos na Constituição de cada país. Estando a coisa julgada

¹⁰¹⁶ *Idem*, p. 4-5.

¹⁰¹⁷ Nesse sentido, a dura crítica de Pereira Leal aos instrumentalistas, especialmente Cândido Rangel Dinamarco: “Não percebem os ilustres seguidores do instrumentalismo que a coisa julgada não é mais inerente ao fenômeno auto-imunizante das decisões como efeito da sentença de mérito transitada em julgado. Não há mais imanência da coisa julgada à sentença de mérito maximamente preclusa. A *auctoritas rei judicata* não é mais o atributo (qualidade ou efeito) emerso (surgido) de uma sentença de mérito (ontogênese da imutabilidade e indiscutibilidade do decisório transitado em julgado pela eclosão preclusiva máxima). Não é que Couture, Cappeletti ou Jorge Miranda apoiem as teses dos instrumentalistas brasileiros. Tais juristas não trabalham, nem trabalharam, o direito processual democrático como posto na Constituição brasileira vigente. Os juristas brasileiros é que são nostálgicos e, portanto, extemporâneos à sua própria Constituição ao acompanharem determinados juristas estrangeiros (*Idem*, p. 9.)

¹⁰¹⁸ E ainda, na esteira do pensamento de Pereira Leal, “Entender o contraditório como empecilho à segurança, à efetividade de uma justiça célere e de um “processo justo” é mesmo trazer o Estado Democrático Constitucional brasileiro ensinamentos de Calamandrei e Carnelutti que, louvados merecidamente em sua época Social-Liberal, já não socorrem os eixos de complexidade teórica do paradigma democrático do direito (devido processo constitucional e devidos processos legais), como tenho sustentado e se vê em Cattoni e Del Negri”. (*Idem*, p. 4.)

¹⁰¹⁹ Capítulo Primeiro, artigo XVIII: “Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”.

regularmente tutelada no artigo 5º, XXXVI¹⁰²⁰, da CF e constituindo os direitos individuais cláusulas pétreas, por força da previsão do artigo 60, § 4º, inciso IV¹⁰²¹, firmada está a caracterização do instituto como direito humano fundamental.

Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos reconhece de forma ainda mais expressa a necessidade de proteção da coisa julgada. O artigo 8º, item 4¹⁰²², que disciplina as garantias judiciais traz o direito do acusado não ser mais submetido a novo processo quando julgado em feito trânsito. Por fim, o artigo 25, item 2, b¹⁰²³, do mesmo documento universal, impõe aos países signatários, dentre os quais se põe o Brasil, o dever de garantir o cumprimento dos processos que registrem procedência recursal.

A coisa julgada, portanto, deve ser reconhecida não só como alicerce do processo, mas da Constituição e do próprio Estado Democrático de Direito. A desconsideração/limitação do instituto só pode concretizar-se por meio de norma Constitucional e, em última instância, por compor o núcleo duro da Carta Magna (art. 60, § 4º, inciso IV), qualquer previsão nesse sentido nem sequer poderá ser objeto de emenda, impondo a realização de uma nova constituinte.¹⁰²⁴

É possível afirmar que a coisa julgada constitui uma garantia individual fundamental, digna de ingente proteção. Ademais, embora instituto processual, viabiliza a realização de um direito material, externado na segurança jurídica.

¹⁰²⁰Art. 5º [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a **coisa julgada** (grifo nosso).

¹⁰²¹Art. 60. **A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:** (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; **IV - os direitos e garantias individuais** (grifo nosso).

¹⁰²²Artigo 8. Garantias judiciais (...) 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

¹⁰²³Artigo 25. Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente **prevista pelo sistema legal do** Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso (grifo nosso).

¹⁰²⁴ Vale considerar, nesse sentido, as alterações de Jania Saldanha, que percebe a possibilidade de um processo americano, a partir da aproximação das experiências e garantias comuns aos países que integram os órgãos transnacionais. “Como se sabe, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é produto da segunda metade do Século XX hoje não desprezado, apesar dos intensos debates doutrinários sobre tal condição. Nesse sentido, deve ser reconhecido que as garantias processuais ou os princípios processuais são direitos humanos porque ligados, de modo indelével, à própria noção de dignidade humana. Justamente por isso, o processualista que se preocupa com as expressões ‘transnacionais’ do direito processual deve buscar pontos comuns de contato entre os diversos sistemas jurídicos estatais no marco de textos normativos internacionais que regulam a matéria, com vistas a admitir a possibilidade de criação de um direito processual internacional dos direitos humanos. SALDANHA, Jania Maria Lopes. *Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: Ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos (no prelo)*. p. 25.

A reconhecimento da coisa julgada como garantia fundamental nos principais documentos legais da América alcança ainda mais importância na medida em que se começa a projetar um “direito processual internacional dos direitos humanos”¹⁰²⁵, reunindo os princípios comuns a todas as nações signatárias. A esse teor, as ponderações de Jânia Saldanha:

A construção da ideia de um direito processual internacional se ao primeiro olhar parece utópica, não se afasta dos anseios de que em qualquer Estado a jurisdição faça a opção pelos direitos humanos. Trata-se de perceber, contra o universo vasto, mas compreensível, em que a formação dos juristas era apenas voltada para o nacional/local, de que esse, sozinho, talvez não dê mais todas as respostas adequadas.

A concepção de que a coisa julgada não constitui um direito em si, emprestando-lhe caráter meramente instrumental não merece prosperar, vez que ela denota uma garantia material. O fato de ser classificada como matéria preliminar não lhe retira o caráter de direito constitucionalmente estabelecido, que extrapola o rol de garantias procedimentais. Como garantia que também firma a segurança jurídica, a coisa julgada constitui um dos precípuos esteios do processo e, também, do Estado Democrático de Direito. Mesmo para os que admitem que a coisa julgada traduz uma garantia e não um direito, não podem lhe retirar o caráter de relevância constitucional/processual, pois meio para asseguar a segurança jurídica.

Inserida no ordenamento desde 1934¹⁰²⁶, a coisa julgada ladeia o direito adquirido e o ato jurídico perfeito como garantias típicas do estado democrático. O efeito de não-retroação de fato novo e de preservação da decisão transitada em julgado norteiam os três princípios constitucionais, firmando o propósito nos mesmos moldes da Carta de 1934.¹⁰²⁷ Canotilho aponta a íntima relação entre coisa julgada e segurança jurídica:

A segurança jurídica no âmbito dos actos jurisdicionais aponta para o caso julgado. O instituto do caso julgado assenta na estabilidade definitiva das

¹⁰²⁵SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: Ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos (no prelo)*. p. 24.

¹⁰²⁶ Nesse sentido, a redação do artigo 113, § 1º, da Carta de 1934: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹⁰²⁷ A esse teor, Teresa Arruda Alvim Wambier, que embora defenda a relativização do instituto, acaba por firmar sua ingente constitucionalidade, que, adiante, será ferida de morte: “coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas gerada pela coisa julgada material traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão”. (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 21-2.)

decisões judiciais, quer porque está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo processo – caso julgado formal –, quer porque a relação material controvertida (“questão de mérito” “questão de fundo”) é decidida em termos definitivos e irretroatáveis, impondo-se a todos os tribunais e a todas as autoridades – caso julgado material.¹⁰²⁸

Embora caiba à legislação processual a disciplina da coisa julgada, na esteira do art. 22, I, da Constituição Federal, por cuidar-se de matéria privativa da União, não pode a lei ordinária ultrajar os motes e os contornos do instituto constitucionalmente estabelecido. Nesse sentido, os limites objetivos, subjetivos, a formalidade e a materialidade da coisa julgada estão firmados no Código de Processo Civil, mas não podem comportar interpretação que distancie o instituto de seu propósito constitucional. Canotilho apresenta o subprincípio da intangibilidade do caso julgado, assegurando, em regra, a imutabilidade da coisa julgada como fundamento do próprio Estado de Direito.

Embora o princípio da intangibilidade do caso julgado não esteja previsto, *expressis verbis*, na Constituição, ele decorre de vários preceitos do texto constitucional,..... e é considerado como subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica.¹⁰²⁹

A coisa julgada, assim, firmada no princípio da segurança jurídica e no subprincípio da intangibilidade da decisão, constitui-se em garantia material e processual com o propósito de impedir que o legislador e o julgador alterem decisão transitada em julgado sem amparo legal. Eventuais exceções, por óbvio, deverão atender os contornos conceituais ditados pela Lei Maior. Nesse sentido, fundamental o emprego de um critério interpretativo que harmonize a coisa julgada e suas bases, quais sejam, a segurança jurídica e a intangibilidade da decisão. Conforme alerta Hesse:

Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões da Constituição e evite uma limitação unilateral a aspectos parciais. [...] Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua observância se revela incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição “deve ser honestamente preservado,

¹⁰²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1191, p. 264.

¹⁰²⁹ *Idem*, p. 265.

mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não será mais recuperado.”¹⁰³⁰

A asseguuração da força normativa da Constituição não é essencial, o que deve ser potencializado com a asseguuração aplicativa de todos os princípios explícitos e implícitos. A tentativa de sustentação de aplicação dos princípios da igualdade e da unidade com o propósito de justificar a constitucionalidade dos artigos art. 475, L, § 1º e 741, parágrafo único, por conta da necessidade de uniformização das decisões, não se justifica. Na verdade, a relativização da coisa julgada e, por via de consequência, da segurança jurídica, é que gera ultraje à força normativa da Constituição, pois milita contra um dos alicerces nevrálgicos do processo e do próprio Estado de Direito, a estabilização das relações sociais. Nessa linha, Canotilho sublinha o caráter de indispensabilidade do princípio da segurança jurídica, considerado fundamental para a própria sustentação e sobrevivência do Estado de Direito, atribuindo a ele uma função dúplice.

O **princípio da segurança jurídica** não é apenas um elemento essencial do princípio do estado de direito relativamente a actos normativos. As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) *possibilidade* ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade dos cidadãos.¹⁰³¹

Canotilho valoriza o efeito posterior da segurança jurídica, na medida em que a estabilidade do Estado e do sistema jurídico funda-se na convicção de que a decisão será respeitada. Sua desconsideração, dessa forma, põe-se como medida excepcionalíssima, a partir do reconhecimento cabalmente demonstrado da presença de arbitrariedades, desvios éticos e ilegalidades flagrantes. Sempre vale repisar que a via excepcional eleita pelo processo é a da ação rescisória.

Doutra banda, o constitucionalista português chama atenção para o efeito anterior à decisão que a segurança jurídica produz, pois, apesar da constante variação jurisprudencial, os

¹⁰³⁰ HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. p. 21-2.

¹⁰³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1191.

cidadãos, ao optarem pelo ingresso da demanda, registram uma expectativa dotada de certa previsibilidade. Se tal expectativa não consegue assegurar, muitas vezes, uma possível decisão, deverá ao menos firmar a concepção de que, uma vez proferida, a sentença deverá ser atendida.¹⁰³²

A segurança jurídica, por sinal, é tema que permeia o próprio afã de busca da justiça. Embora seja ingente atribuir ao direito da pós-modernidade a alcunha de verossímil, de ciência firmada em certezas voláteis, a confiança da decisão ainda continua sendo um paradigma a ser perseguido. Para Rawls “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”¹⁰³³. A afirmação denota o olhar implícito da segurança, seja na busca da verdade, seja no próprio ideal de justiça.

Rawls alicerça sua teoria de justiça em dois preceitos. O primeiro é firmado em liberdades idênticas para todos. O segundo propõe que as desigualdades sociais e econômicas devam ser implementadas de modo a não vitimar demasiadamente os que se encontram em posição inferiorizada e assegurar a igualdade de acesso aos postos de trabalho privados e empregos públicos. Ambas as premissas decorrem, para Rawls, do princípio maior da racionalidade. Como afirma o proponente de uma “teoria da justiça”:

Estes princípios devem ser dispostos em uma ordem serial dando prioridade ao primeiro princípio sobre o segundo. Esta ordenação significa que as violações às liberdades básicas igualmente protegidas pelo primeiro princípio não possam ser justificadas nem compensadas mediante maiores vantagens sociais e econômicas. Estas liberdades têm um âmbito central de aplicação dentro do qual podem ser objeto de limites e compromissos somente quando entram em conflito umas com as outras. Nenhuma destas liberdades é absoluta; sem dúvida, estão projetadas para formar um sistema e este sistema deve ser o mesmo para todos.¹⁰³⁴

Rawls, claro, propõe uma teoria liberal, voltada para a igualdade de oportunidades e respeito à identidade assecuratória das liberdades. Sua teoria da justiça, na medida em que registra a pretensão de objetivar determinados conceitos aproxima-se da segurança, firmando paradigmas mais ou menos confiáveis.

¹⁰³² Cabe referir aqui, também, a alusão que Canotilho faz às decisões que julgam inconstitucional a norma incidentalmente impugnada. Nesse sentido, manifesta-se: “A decisão do TC faz **caso julgado** no processo. A norma julgada inconstitucional pelo TC não pode ser aplicada nem no processo recorrido nem por qualquer outro tribunal que venha a conhecer dele em fase de recurso (cfr.LTC, art. 80/1). Neste sentido, a decisão do TC (1) faz *caso julgado formal*, impedindo que a questão volte a ser retomada no processo; (2) faz *caso julgado material* no processo no que respeita à questão de inconstitucionalidade suscitada. Discutível é a questão da extensão do caso julgado à interpretação em conformidade com a Constituição feita pelo TC (LTC, art. 80/3)”. (Idem, p. 1000.)

¹⁰³³ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. p. 3

¹⁰³⁴ Idem, p. 83.

Perelman, na tentativa de reunir as teorias apresentadas até então, também volta-se para a concepção de segurança, só que alicerçada no paradigma da ética. A teoria de Perelman funda-se em algumas premissas: a) a cada qual a mesma coisa; b) a cada qual segundo seus méritos; c) a cada qual segundo suas obras; d) a cada qual segundo suas necessidades; e) a cada qual segundo sua posição; f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.¹⁰³⁵ A noção de justiça formal de Perelman apresenta a tentativa de garantir a igualdade. Tal conquista está assaz distante de alcançar uma solução efetiva para o problema da justiça, mas firma um primeiro passo a partir de um aporte conceitual norteado na segurança, que, para Perelman, semeará as bases de uma justiça material. Como assevera o filósofo que nasceu em Varsóvia e fez carreira acadêmica em Bruxelas:

Se a distinção entre justiça formal e as diferentes fórmulas de justiça concreta apenas tivesse servido para evitar confusões lamentáveis, ela já teria constituído um progresso na compreensão da noção de justiça. Mas ela revela ser ainda mais útil, pois permitir-nos-á esclarecer e até resolver problemas que, sem ela, podiam parecer insolúveis. Um desses problemas consiste em determinar o sentido e a utilização de uma noção relacionada com a noção de justiça, a noção de *equidade*. Definiu-se a justiça formal como o princípio da ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma maneira. Resulta daí que a aplicação da justiça supõe uma classificação ou uma ordenação dos seres segundo a característica essencial que lhe serve de base.¹⁰³⁶

A justiça formal seria, portanto, a garantia de igualdade. Mas o desafio está em firmar uma teoria da decidibilidade que alcance êxito na concretização de uma justiça material. A asseveração da paz social e de um conceito médio, razoável e aceitável de justiça, tanto para Perelman quanto para Rawls implica na garantia de previsibilidade de acontecimentos, de estabilização e, em última instância, de segurança.¹⁰³⁷

¹⁰³⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Lisboa: Piaget, 1990. p. 13-39.

¹⁰³⁶ Idem, p. 39-40.

¹⁰³⁷ A doutrina constitucionalista também vincula a garantia da estabilidade e da realização da justiça à segurança. Nesse sentido, José Afonso da Silva: “A segurança jurídica consiste na garantia da estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu”. (AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119.)

Já Luis Roberto Barroso, assevera, “A segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de ideias e conteúdos que incluem: 1- a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2 – a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3 – a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4 – a previsibilidade de comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5 – a igualdade da lei perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (BARROSO, Luís Roberto. Em *Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*. In: ANTUNES, Cármen Lúcia (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2005. p. 139-40.)

Aliás, historicamente a ideia de segurança sempre esteve ligada à autoridade da decisão. Modernamente é que a proposta de segurança-estabilidade no direito pátrio tem se voltado para o sentido da uniformidade/igualdade de posicionamento sobre as matérias que são apresentadas ao Poder Judiciário. A súmula vinculante, as súmulas impeditivas de recursos e a relativização da coisa julgada são o retrato da tentativa que essa torrente massificação-tecnificação¹⁰³⁸ dos processos tem gerado na etimologia da segurança jurídica.

Kelsen¹⁰³⁹, como é cediço, recebe duras críticas em face dos efeitos nefastos que a teoria pura do direito produziu. A tentativa de defesa ingente dos juízos de certeza e da subsunção das leis aos fatos gerou um inenarrável prejuízo hermenêutico/aplicativo ao direito. Sem embargo, a teoria da democracia de Kelsen, especialmente no direito alemão, traz algumas contribuições dotadas de caráter pioneiro, a salvo dos insucessos da teoria pura do direito.¹⁰⁴⁰ Ademais, mesmo no que toca à teoria do ordenamento, Kelsen firmou noções fundamentais. Uma delas foi a concepção da segurança jurídica como valor informativo do direito. Se seu legado peca na instituição da segurança como paradigma exacerbado de

Uadi Lâmmego Bulos, acerca do princípio da estabilização das demandas, correlato à segurança jurídica, assim se manifesta: “No sentido formal, *lei* é produto do Poder Legislativo; é o ato oriundo do procedimento técnico, constitucionalmente previsto, para a sua elaboração. Na acepção material, lei é todo e qualquer ato normativo que, independentemente de procedimento técnico-constitucional, ostente o conteúdo de norma jurídica. Então, pelo inciso XXXVI, emendas à constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções não poderão voltar no tempo, prejudicando direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e coisas julgadas, porque todas essas modalidades normativas integram o significado amplo do signo *lei*. (BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 484.)

¹⁰³⁸ Como alterca Jânia Saldanha, em abordagem crítica ao Meta II e às recomendações do Banco Mundial ao Judiciário, que traduz essa tendência de massificação do processo: “Sob o ponto de vista da função não há dúvida de que as reformas buscam favorecer [...] a racionalidade do sistema por meio de padrões de funcionalidade e de comportamentos. Contudo, há uma total ausência de reflexão sobre a repercussão da estandarização e uniformização de práticas sobre a qualidade das decisões. Não são perceptíveis mudanças estruturais, como no que se refere ao perfil individualista, repressivo, voltado à busca das certezas e da segurança, que tem marcado o direito processual no Brasil. Talvez o percurso deva ser mudado para que se reconheça a fragilidade das propostas de cariz neoliberal para a jurisdição quando uma possível saída pode estar na sua democratização, o que **não se relaciona à função e sim à estrutura.**” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Tempos de Processo Pós-moderno: O Dilema Cruzado entre Ser Hipermoderno e Antimoderno*. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. p. 261.

¹⁰³⁹ Ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*.

¹⁰⁴⁰ Nesse sentido, o estudo de Arnaldo Bastos, que critica a crítica descontextualizada da história que se atribui a Kelsen, acentuando a leitura centrada na Teoria Pura do Direito: “Ocorre que tanto a leitura dos epígonos, defensores do fogo sagrado de uma suposta ortodoxia kelseniana, quanto a dos detratores empedernidos, que muitas vezes demolem Kelsen a partir de um jusnaturalismo de matiz reacionário, possuem um ponto em comum: a unilateralidade da leitura da obra kelseniana, concentrada quase que exclusivamente na TPD. Todavia, para termos uma apreciação crítica desta autor, temos que enfrentar a multiplicidade dos seus enfoques, enxergando sua construção teórica como um *corpus* de notável coerência lógica, onde somente uma leitura integral permite extrair os sentidos mais profundos”. SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. *Para Reler Hans Kelsen*. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e Processo I: Efetividade e Realização da Pretensão Material*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 94.)

Aqui, não se tem a pretensão de reconhecer apenas virtudes no jurista austríaco, mas sem de ressaltar o mérito de uma teoria estudada por grande parte dos teóricos do direito e vista apenas como paradigma negativo.

realização do direito, não pode se dizer o mesmo no que toca ao seu viés norteador da ciência jurídica. A esse teor, as afirmações do jurista austríaco¹⁰⁴¹:

Como o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o Direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da via em constante mutação. Este sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, permitindo que os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais. O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos e normas gerais, que não de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendido, por modo consequente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado-de-Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica.¹⁰⁴²

Portanto, indispensável sublinhar que a tradição empresta à segurança jurídica uma conotação muito distante daquela que especialmente os processualistas procedimentalistas, defensores dos critérios quantitativos impostos pelos organismos econômicos internacionais querem empregar. Repise-se. Ao longo da história a segurança jurídica fundou-se na valorização da decisão e na estabilidade que esta deve gerar.

O que os instrumentos de standardização da causa pretendem é alterar a concepção clássica, constitucional e processual de segurança jurídica, fazendo crer que ela deva almejar como critério primeiro a uniformização das decisões. Essa posição equivocada alcança força na medida em que há uma volatilização do conceito de segurança, deixando-se em aberto sua esfera aplicativa. Como infere Sarlet, as legislações registram uma tendência a “não especificarem os contornos do direito à segurança, no sentido de não terem precisado o seu âmbito de aplicação”¹⁰⁴³. A definição *lato sensu* de segurança, dessa forma, abrange uma série de variações, como é o caso “da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública e da segurança pessoal”.¹⁰⁴⁴

A previsibilidade, no sentido de assegurar a garantia da autoridade da coisa julgada é essencial, pois, como argui Perelman, “apenas com essa condição que a paz judiciária poderia ser assegurada numa sociedade civilizada”.¹⁰⁴⁵ É indispensável que se fixe um marco no

¹⁰⁴¹ Há que se considerar, claro, as distinções entre o parlamentarismo e o presidencialismo, vez que a exposição de Kelsen adota o primeiro sistema.

¹⁰⁴² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 279.

¹⁰⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ANTUNES, Cármen Lúcia (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. p. 88.

¹⁰⁴⁴ Idem.

¹⁰⁴⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. p. 39.

tempo, revestindo a decisão de definitividade. A incerteza quanto ao passado, em decorrência da indefinição que a perpetuação da possibilidade de decisão gera é a verdadeira violação da segurança jurídica e da previsibilidade/estabilidade. Não a tentativa de vinculação da segurança jurídica à necessidade de previsibilidade consistente numa decisão padronizada/estereotipada, que sepulte a possibilidade hermenêutica e a autonomia do julgador. Nessa esteira, em que pese as distinções com o sistema *common law*, vale trazer as impressões de Clermont:

The basic idea behind *res judicata* is that at some point the pursuit of truth must and should cease: justice demands that there be an end to litigation. Consequently, every legal system, from its beginnings, generates a common core of *res judicata* law to make decisions final. The prime example of this common core of *res judicata* is that, in order for any nascent judicial system to operate, a decision must have at least some minimal bindingness. This essence of *res judicata* – its mission of defining ‘judgment’ through its binding effects – is nonoptional for the system. If disputants could just reopen their adjudicated disputes, there would be neither an end to litigation, nor any beginning of judicial authority.¹⁰⁴⁶

Assim, também no *common law* a segurança jurídica registra íntimo laço com o respeito à autoridade da decisão e à delimitação, no tempo, do término do processo, vinculando as partes. Contudo, aqui se faz mister estabelecer que a referência ao sistema inglês tem apenas propósito analógico, mas não de estabelecer rótulo de identidade entre os dois grandes sistemas. É fato, entretanto, que a segurança jurídica representa valor fundamental no *common law* e no *civil law*.

Mas enquanto no *common law* os precedentes é que são responsáveis pela asseguuração da segurança jurídica, gerando ordem e previsibilidade acentuada, no *civil law* é a legislação que tem esse papel. A tentativa de sumularização do direito, com o propósito de aplicar no *civil law* o sistema de *precedent* é uma anomalia que, além de ferir as bases da estrutura romano-germânico-canônica não alcança premissa adequada. Enquanto o sistema de precedentes propõe um debate a partir do caso concreto, através da valorização da ampla defesa e dilação probatória, a súmula inverte a lógica e tenta (de forma insatisfatória) regular

¹⁰⁴⁶ CLERMONT, Kevin. *Principles of Civil Procedure*. St. Paul, MN: Thomson/West, 2005. p. 297. Tradução livre: “A ideia básica que trás da coisa julgada é que, em determinado momento, a busca pela verdade deve cessar: a justiça demanda que haja um fim do litígio. Consequentemente, todo o sistema legal, desde a sua origem, gera uma ideia comum de coisa julgada para tornar as decisões definitivas. O melhor exemplo desse objetivo comum da coisa julgada é que, para que qualquer sistema judicial opere, uma decisão deve ter pelo menos um mínimo de obrigatoriedade. Essa essência da coisa julgada – sua missão de definir um julgamento pelos seus efeitos de obrigatoriedade – não é opcional para o sistema. Se os litigantes pudessem simplesmente reabrir suas disputadas decididas, não haveria um fim do litígio nem a afirmação da autoridade judicial. A finalidade não é apenas uma fiscalização eficiente, mas uma condição necessária de um Judiciário”.

os casos concretos a partir de previsões sintéticas postas de cima para baixo, sem qualquer possibilidade hermenêutica.

A súmula (vinculante) registra força normativa pragmática superior à própria lei (mesmo que de cunho Constitucional), vez que esta poderá deixar de ser aplicada (em face de vício, inconstitucionalidade, lei posterior que revoga a anterior, existência de lei com hierarquia superior e lei especial que revoga a geral), ao passo que aquela tem subsunção obrigatória. Vive-se, de fato, um período em que a ciência jurídica foi banhada pelas trevas e vitimada pelo assassinio da semântica.¹⁰⁴⁷

Dessa forma, é fundamental estabelecer que tanto para o *civil law* quanto para o *common law* a segurança jurídica registra importância fundamental. Entretanto, é preciso examinar as bases de cada sistema. No sistema inglês, a segurança está no precedente, pela tradição jurisprudencial, pelo passado que vincula o presente e que só poderá ser redirecionado a partir do decreto da Corte Suprema.

O precedente, vale lembrar, recebe ampla discussão a partir do debate que tem foco no caso concreto. Já no sistema romano-germânico-canônico, a segurança jurídica também está externada na previsibilidade, mas distante da ideia do precedente, pois calcada na norma. Os dois sistemas valorizam a autoridade da decisão, mas tal pressuposto percorre caminhos distintos e parte de premissas diametralmente opostas. Impor um juízo de certeza ao processo a partir da imposição da uniformização jurisprudencial, espaiando a posição dos tribunais superiores não traduz a via adequada para alcance da segurança que se pretende.

Reconhecer o cariz constitucional da coisa julgada – firmando a autoridade da decisão – e permitir que o juiz de primeiro grau exerça com plenitude seu mister são as providências mais adequadas para a assecuração do paradigma constitucional que reveste a segurança jurídica no *civil law*. Nery Júnior, ao propor a defesa ingente da segurança em detrimento da relativização fundada em eventual injustiça de decisão lembra do grave risco que se impõe ao Estado com a exceção inconstitucional do caso julgado, lembrando, inclusive, de um dos maiores holocaustos da humanidade, o Estado Nazista.

¹⁰⁴⁷ Como afirma Lenio Streck, em contundente crítica às súmulas: “Em qualquer das modalidades, a produção sumular é uma forma indireta de criação de normas gerais. A Súmula é, assim, a produção de definições explicativas, que têm força prespectiva na prática diária dos juristas, pela simples razão de que a força coercitiva do Direito não emana somente da lei, senão das práticas do Judiciário. Ou seja, as fontes do Direito ultrapassam o âmbito da lei, cirando desde zonas de intersecção até invasão das competências, o que provoca, inexoravelmente, a discussão acerca dos limites e do alcance dessas fontes [...] as Súmulas têm uma dúplici função: além de reforçar o poder dos tribunais, por um lado representam a palavra final de jurisdição acerca do sentido das normas; por outro, quando editadas contra a lei ou contra a Constituição, quebram a dicotomia legislação-jurisdição a partir da concentração do processo de produção-decisão das normas em um único órgão” (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A legitimidade Constitucional do Efetivo Vinculante*. p. 238-41.)

Consoante o direito constitucional de ação (art. 5, XXXV), busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. A sentença *justa* é o ideal – *utópico* – maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a *segurança* das relações sociais e jurídicas. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (*Veropferungstheorie*). Esse é a razão pela qual, por exemplo, não se admite ação rescisória para corrigir injustiça da sentença. A opção é *política*: o Estado brasileiro é democrático de direito, fundado no respeito à segurança jurídica pela observância da coisa julgada. Poderíamos ter optado politicamente por outro sistema, como, por exemplo, o regime nazista, no qual prevalecia a sentença *justa* (sob o ponto de vista do *Führer* e do *Reich* alemão) em detrimento da segurança jurídica. A experiência nazista ensinou duramente os alemães, de modo que os atuais sistemas constitucional e processual da Alemanha têm extraordinário cuidado científico e político com o princípio e a teleologia do instituto da coisa julgada. A má utilização do instituto pode servir de instrumento do totalitarismo e de abuso de poder pelos governantes do momento, em detrimento do Estado Democrático de Direito.¹⁰⁴⁸

O propósito de Nelson Nery denota contribuição importante na medida em que reconhece a ausência do caráter democrático da relativização da coisa julgada. Tanto o critério da caracterização de injustiça – por conta da subjetividade e da possibilidade de compreensão arbitrária – quanto o da prevalência de decisão posterior do Supremo Tribunal Federal – caso dos artigos 475, L, § 1º e 741, parágrafo único – operam o risco de decisionismos e dão azo ao vilipêndio da democracia, com a possibilidade de decisões totalitárias. Claro que a aplicação de um juízo prévio, com a ponderação alexyana, aprisionando a hermenêutica e impondo uma interpretação uníssona em qualquer hipótese não parece ser a pragmática mais acertada para o enfrentamento do problema.

Como demonstrado alhures, o emprego dos princípios da proporcionalidade e da regra do peso para resolver as antinomias jurídicas impróprias – conflito de princípios – não consegue superar a hermenêutica filosófica. De qualquer sorte, apesar do equívoco de premissa, cabe reconhecer o acerto argumentativo da proposta, mormente no que toca à recongnição de desprestígio ao Estado Democrático de Direito que a desconsideração da coisa julgada representa.

É necessário precisar que tanto o Código de Processo Civil quanto a Constituição Federal revelam o exato dimensionamento que a segurança jurídica tem para a coisa julgada e sua pragmática. Inicialmente é preciso reconhecer a impossibilidade de analogia cega entre o *civil law* e o *common law*, como demonstrado. Por outro lado é fundamental atestar que a representação da previsibilidade ínsita à segurança jurídica está na autoridade da sentença, na

¹⁰⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 511.

proteção da coisa julgada e, por via de consequência, no delineamento da estabilidade fundado em expectativas razoáveis aos jurisdicionados.

A coisa julgada no *common law* emprega com naturalidade princípios como a *res judicata*, *cause of action estoppel* e *issue stoppel*. A doutrina inglesa estende os efeitos da autoridade da coisa julgada não apenas ao dispositivo da sentença, mas à fundamentação, vinculando os casos futuros. A decisão proferida numa demanda que apresente idêntica *causa petendi* de outra a vincula, firmando o paradigma jurisprudencial. O caso *Henderson v. Henderson* estabeleceu que não apenas o elemento controverso produz a coisa julgada, mas todos os argumentos que poderiam ter sido alegados pela parte na questão *sub judice*.¹⁰⁴⁹

As partes, portanto, não podem voltar a litigar em juízo, mesmo que mude o fundamento jurídico da demanda, diferentemente do sistema romano-germânico-canônico, como apontado precedentemente com a teoria de Schwab.¹⁰⁵⁰ No Direito norte-americano, tanto a *res judicata* quanto a *collateral stoppel* têm o propósito de firmar a segurança jurídica, assegurar a estabilidade dos julgamentos e evitar litígios novos com o emprego de argumentos jurídicos *análogos* ao do caso paradigma.¹⁰⁵¹

No sistema romano-germânico canônico a coisa julgada firma-se no reconhecimento da autoridade da sentença e na imposição que sua respeitabilidade traz à estabilidade da demanda e à garantia da segurança como fenômeno de alcance da paz social. Diferentemente do *common law*, que tem como base formativa da coisa julgada a jurisprudência, firmada no *stare decisis*, o *civil law* elege a lei como alicerce que firma a coisa julgada, empregando a jurisprudência apenas como fonte secundária, subsidiária e interpretativa da norma. A noção de coisa julgada e o amparo que se dá à segurança jurídica, portanto, é assaz distinto entre os dois sistemas. A lógica dos precedentes e a tradição do sistema romano-germânico-canônico não se coadunam e sugerem noções valorativas distintas para a segurança jurídica como alicerce da coisa julgada.

A segurança jurídica tem sido empregada como argumento para fundar os instrumentos de standardização da demanda, notadamente a súmula vinculante, a súmula impeditiva de recursos e a relativização da coisa julgada em face de decisão superveniente dos tribunais superiores.

¹⁰⁴⁹ BARNETT, Peter. *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 20.

¹⁰⁵⁰ Ver: SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*. Traduzido por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- Americana, 1954.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*. p. 134.

¹⁰⁵¹ BARNETT, Peter. *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*. p. 20.

O viés conceitual que os processualistas e constitucionalistas procedimentalistas atribuem a ela, sob o prisma da eficácia/efetividade do processo é o da estabilização amparada na uniformização das decisões. Migra-se da previsibilidade para um juízo pernicioso de certeza fundado na inversão da lógica do precedente do *common law*, com a criação de uma anomalia subsuntiva que pretende abarcar todos os casos denominados de idênticos, sepultando qualquer viés hermenêutico que tal decisão possa sugerir. Esses instrumentos de estandardização da causa resgatam a premissa racionalista-cartesiana e os paradigmas da filosofia da consciência, invertendo a concepção adequada da segurança jurídica.

A doutrina que defende uma *teoria dos precedentes* para o *civil law* acaba por se distanciar da etimologia do termo que quer empregar. Os precedentes têm um fundamento e os instrumentos de estandardização da causa outro. Ademais, a própria ideia de coisa julgada, além de registrar um viés no *common law* e outro no *civil law*, apresenta uma distinção significativa com as súmulas e os precedentes.

Streck dimensiona com riqueza argumentativa o infausto sumular que acomete o direito *tupiniquim* e a confusão estabelecida na malfadada tentativa de transportar a regra do precedente para o sistema romano-germânico, mormente no que toca à definição de texto e norma:

Agregue-se que a regra do precedente (ou *stare decisis*) vigentes no sistema norte-americano se explica pelo adágio *stare decisis et non quieta movere*, que quer dizer continuar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas. O precedente possui uma *holding*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na Constituição, nem na lei, e, sim, na tradição. Para a vinculação, a matéria (o caso) deve ser similar. A compreensão não se dá automaticamente. Nesse sistema, sempre se deve examinar se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*. Portanto, também nos EUA - e não poderia ser diferente - texto e norma não são a mesma coisa. Somente os fundamentos da decisão possuem força vinculante. O *dictum* é apenas uma observação ou uma opinião. Mas o mais importante é dizer que os precedentes são feitos para discutir casos passados; sua aplicação em casos futuros é incidental.

1052

Indispensável, portanto, diferenciar os contornos do caso julgado, dos precedentes e dos instrumentos de estandardização da causa, especialmente as súmulas vinculantes, impeditivas de recursos e a relativização da coisa julgada com redação dada pela Lei 11.232 de 2005. Esta última, aliás, denota franco ultraje à coisa julgada, pois tem sido levada a cabo

¹⁰⁵² STRECK, Lenio. Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis: Necessitamos de Uma “Teoria para Elaboração dos Precedentes”? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 78, ano 17, p. 289-90, mai./jun. 2009.

na fase de cumprimento da sentença por conta de decisões posteriores do Supremo Tribunal Federal e, também, do Superior Tribunal de Justiça, como será demonstrado adiante.¹⁰⁵³

A súmula vinculante, em regra, não retroage e ainda mantém o respeito à coisa julgada, deitando seu afã uniformizatório sobre as ações que não estão acobertadas pelo trânsito em julgado da decisão. A relativização/desconsideração, por sua vez, olvida a formação da coisa julgada material, a autoridade da sentença e o fato de que a primeira constitui um adjetivo imanente à segunda, fazendo com que as decisões dos tribunais superiores, geradoras ou não de súmulas, oriundas do controle difuso ou concentrado, produzam efeito horizontal, alcançando todos os casos conceituados como idênticos. Essa definição, aliás, é atribuída ao julgador de primeiro grau, que, ao menos no âmbito dos juizados especiais estaduais e federais não autoriza a interposição de nenhum recurso, salvo a via excepcional do Mandado de Segurança, que, como é cediço, tem características de ação autônoma.

Outro problema grave é que apesar da redação dos artigos 475, L, § 1º e 741, parágrafo único preverem a necessidade de decisão do Supremo para consideração da inexigibilidade do título, a jurisprudência tem utilizado também referência aos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, em perigosa interpretação extensiva dos dispositivos. Uma amostra dessa blasfêmia jurídica dá-se nas ações revisionais previdenciárias – apesar da aplicação direta dos aludidos dispositivos, com alusão à decisão do Supremo –, cuja competência, por conta do valor da causa, firma-se nos juizados especiais federais.

Colhe-se assim os frutos da despersonalização das demandas, da massificação do direito e da gestão liberal do tempo. Como alterca Jânia Saldanha, as reformas processuais que culminam agora com o Ato do Presidente do Senado Federal nº379 de 2009, o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, não vêm alcançando êxito, vez que “os focos da crise não têm sido aplacados e o descrédito do Poder Judiciário é uma realidade não somente sociológica, mas que nasce em seu próprio interior”.¹⁰⁵⁴ A Professora Jânia revela também a

¹⁰⁵³ Art. 475-L [...] § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre [...] Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

¹⁰⁵⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da Teoria Geral do Processo à Teoria da Tradução: Um Aporte da Sociologia das Ausências e Emergências. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). p. 395.

motivação da universalização do direito aprisionado numa única linguagem, da qual é fruto, dentre outros sintomas, a desconsideração da coisa julgada e o processo de sumularização, firmados na certeza insofismável dos tribunais superiores, no afogamento da pluralidade e no malfadado mito da neutralidade.

A exigência de que os juízes brasileiros participem de cursos de capacitação em administração judiciária, conforme se verificação do teor da Meta 8 do Conselho Nacional de Justiça se não é um mal em si mesmo, carrega consigo algo mais profundo que é o gerenciamento como expressão imperial da padronização voltado à universalização. E aqui reside o perigo. A prestação jurisdicional tende, dessa maneira, a ser equiparada a qualquer atividade humana voltada à concorrência e à produtividade. Banaliza-se seu sentido, reforça-se o arbítrio, uma vez ser a quantificação o metavalor, transformada em enunciado performativo e fragiliza-se a qualidade das decisões que deve ser objeto de reflexão no âmbito de uma teoria da decisão ainda pendente de construção por parte da doutrina.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ISAIA, Cristiano Becker. A Paradoxal Face “Hipermoderna” do Processo Constitucional. In: *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 5-26, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 01 set. 2010. p. 13.

Também há espaço fora da jurisdição, como afirma a processualista, [...] faz-se necessário analisar o que os juristas “deixam de fora” ao permanecerem atrelados ao modelo de jurisdição calcado no conflito e na decidibilidade. Por outro lado, é importante pensar sobre o que se deixa de aprender com outros espaços de solução de controvérsias, à medida em que se crê que o direito processual aplicado pela jurisdição é a única via possível de solução de conflitos. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Da Teoria Geral do Processo à Teoria da Tradução: Um Aporte da Sociologia das Ausências e Emergências*. In: DIDIER JUNIRO, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Orgs.). p. 390.)

Nessa esteira, seguindo o pensamento declinado, interessante trazer à balha a denúncia que tece Jânia Saldanha acerca do atual panorama do processo, que abandona o exame do caso concreto e se volta às universalizações: “O que continua a ser surpreendente neste modo de compreender o direito processual e de aplicar seus institutos é que a uniformidade e generalização de aplicação de um mesmo rito escondem as peculiaridades do caso concreto. Esse, no entanto, muitas vezes exige formas processuais diferentes para solucioná-lo, impostas, é bom lembrar, pela natureza do direito material. O plano de abstração, onde repousam as regras processuais, jamais será capaz de alcançar as vicissitudes da riqueza da vida real. Mas essa é a epistemologia do certo e do errado imposta por uma percepção lógica do Direito e do Processo quando, na verdade, é na analogia que se encontra a condição de possibilidade de superar-se o positivismo e, desse modo recolocar-se o Direito e o Direito Processual no seu devido lugar que é no âmbito das ciências do espírito”. (Idem, p. 393.)

Ainda, Jânia Saldanha identifica a influência do Banco Mundial (portanto, do caráter econômico) na pretensão universalizante, na massificação e na quantificação descompromissada do processo. Assim, “dar acessibilidade (h), para o Banco Mundial, não implica em acesso da população à Justiça porque se diz que a dificuldade pode ser mitigada por outras instâncias que competem com o Poder Judiciário, como as de mediação e arbitragem. Evidente aqui, de certo modo, a defesa da privatização das instâncias de solução das demandas. Para o Banco Mundial o acesso pode ser avaliado por vários fatores: 1) tempo para sentenciar; 2) custos diretos e indiretos sofridos pelas partes; 3) conhecimento, compreensão e utilização dos procedimentos. [...]” E conclui, criticando as pretensões do Banco Mundial, dizendo, “talvez o percurso deva ser mudado para que se reconheça a fragilidade das propostas de cariz neoliberal para a jurisdição quando uma possível saída pode estar na sua democratização, o que não se relaciona à função e sim à sua estrutura. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A Influência do Neoliberalismo sobre a Jurisdição. A difícil Sintonia entre eficiência e efetividade*. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). p. 59-60.)

A esse teor, ainda, consultar os seguintes trabalhos da autora:

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Tempos de Processo Pós-moderno: O Dilema Cruzado entre Ser Hipermoderno e Antimoderno*. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle.

_____. *Do Funcionalismo Processual da Aurora das Luzes...* In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. p. 113-33.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *A jurisdição constitucional e o caso da ADIN 3.510: do modelo individualista- e liberal ao modelo coletivo – e democrático – de processo*. In:

De fato, o grande desafio é a construção de uma teoria da decidibilidade que supere o modelo quantitativo representado nos processos de standardização da causa, no Projeto Meta II¹⁰⁵⁶ e noutras práticas formalistas que olvidam a asseguaração das pretensões materiais e o alcance daquilo que *as pessoas*, não as máquinas ou o sistema processual massificado buscam. “O problema surge quando a credibilidade vem associada à eficiência da quantificação tão somente”¹⁰⁵⁷ A caracterização da *quantificação como metavalor* do processo, consoante afirma Saldanha, precisa ser superada. O objetivo deve ser engendrar uma efetiva democratização da jurisdição.

Por ora, fica-se com o prenúncio da modernidade e a premência de superação do modelo denunciada por Chaplin, quando, movido pelo desespero que o avanço negativo da tecnologia ocasionava, bradou seu lamento dizendo, “criamos a época da produção veloz, mas nos sentimos enclausurados dentro dela [...]. Mais do que máquinas, precisamos de humanidade, mais do que inteligência, precisamos de afeição e doçura”¹⁰⁵⁸. O legado de

MARIN, Jeferson Dytz (Coord). *Jurisdição e Processo I: Efetividade e Realização da Pretensão Material*. p. 49-72.

_____. A Construção das Tutelas Preventivas no Direito Processual Civil Brasileiro: Uma Alternativa para os (des) Caminhos da Jurisdição. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de Urgência e Cautelares: Estudos em Homenagem a Ovídio Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60-79.

¹⁰⁵⁶ O projeto Meta II traz dez metas que, segundo o Conselho Nacional de Justiça devem ser implementadas: 1. Desenvolver e/ou alinhar planejamento estratégico plurianual (mínimo de 05 anos) aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, com a provação no Tribunal Pleno ou Órgão Especial; 2. Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em primeiro, segundo grau ou tribunais superiores); 3. Informatizar todas as unidades judiciárias e interligá-las aos respectivos tribunal e à rede mundial de computadores (internet). 4. Informatizar e automatizar a distribuição de todos os processos e recursos; 5. Implantar sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias; 6. Capacitar o administrador de cada unidade judiciária em gestão de pessoas e de processos de trabalho, para imediata implantação de métodos de gerenciamento de rotinas; 7. Tornar acessíveis as informações processuais nos portais da rede mundial de computadores (internet), com andamento atualizado e conteúdo das decisões de todos os processos, respeitando o segredo de justiça. 8. Cadastrar todos os magistrados como usuários dos sistemas eletrônicos de acesso a informações sobre pessoas e bens de comunicação de ordens judiciais (Bacenjud, Infojud, Renajud). 9. Implantar núcleo de controle interno. 10. Implantar o processo eletrônico em parcela de suas unidades judiciárias.

¹⁰⁵⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de Processo Pós-moderno: O Dilema Cruzado entre Ser Hipermoderno e Antimoderno. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. p. 241.

¹⁰⁵⁸ Como é cediço na Sétima Arte, em seu filme, “*O Grande Ditador*”, Charles Chaplin vive uma sátira ácida a Adolph Hitler. Em seu discurso, um libelo ao triunfo da razão sobre o militarismo, como ator e diretor do filme, Chaplin é confundido com um comunista em face da fala anti-nazista e afirmativa dos direitos humanos. Eis a integra do último discurso proferido por Chaplin: “O caminho da vida pode ser o da liberdade e da beleza, porém, desviamo-nos dele. A cobiça envenenou a alma dos homens, levantou no mundo as muralhas do ódio e tem-nos feito marchar a passo de ganso para a miséria e os morticínios. Criamos a época da produção veloz, mas nos sentimos enclausurados dentro dela. A máquina, que produz em grande escala, tem provocado a escassez. Nossos conhecimentos fizeram-nos céticos; nossa inteligência, empedernidos e cruéis. Pensamos em demasia e sentimos bem pouco. Mais do que máquinas, precisamos de humanidade; mais do que de inteligência, precisamos de afeição e doçura! Sem essas virtudes, a vida será de violência e tudo estará perdido”.

Chaplin, embora há muito anunciado, ainda repousa adormecido na calenda da primeira infância.

Estabelecido o viés constitucional da coisa julgada, a importância da adequada conceituação da segurança jurídica como condição que lhe é intrínseca, a dessemelhança do instituto no *civil law* e no *common law* e o equivocado fundamento dos precedentes na sua fragilização/desconsideração, necessário examinar com mais atenção a relativização da coisa julgada. Aqui, tem papel fundamental a análise do arquétipo que orienta a utilização da prática e a tentativa de justificar o emprego por conta da pseudo-necessidade de constituição de uma teoria dos precedentes no *civil law* ou aproximação do sistema pátrio com a estrutura do *stare decisis*.

6 A (Nova) Relativização da Coisa Julgada: A Previsão do artigo 475, L, § 1º¹⁰⁵⁹ e artigo 741, parágrafo único¹⁰⁶⁰: Potencialização do Efeito Vinculante (Predatório) das Decisões

A relativização da coisa julgada, prevista no artigo 475, L, § 1º e art. 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, é o mais novo representante dos veículos propagadores do efeito vinculante das decisões, que tem como premissa e consequência a defesa dos conceitos universalizantes e a concepção do panóptico jurídico.

O instituto da coisa julgada atua no sentido de evitar a dupla prestação jurisdicional, tendo íntima relação com os institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, porquanto, de matriz constitucional. Conjuntamente, esses institutos expressam a segurança jurídica, que tem como subprincípios a proteção à confiança, a intangibilidade do caso julgado e a estabilidade das decisões, garantias do Estado Democrático de Direito. Tanto o Direito Processual quanto o Direito Constitucional esforçaram-se, no decorrer da história, em sustentar o viés excepcional do rompimento da coisa julgada, viável pela propositura da ação rescisória.

Desta feita, contudo, o novo dispositivo instrumental permite que se afaste a coisa julgada quando o título judicial “estiver fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou fruto de aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidos pelo Supremo como incompatíveis com a Constituição”.

¹⁰⁵⁹ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II – inexigibilidade do título;

III – penhora incorreta ou avaliação errônea;

IV – ilegitimidade das partes;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

¹⁰⁶⁰ Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II - inexigibilidade do título;

III - ilegitimidade das partes;

IV - cumulação indevida de execuções;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença;

VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Percebe-se um alargamento do efeito vinculante das decisões do Supremo, na medida em que processos que transitaram em julgado, que geralmente já carregam consigo as rugas do calvário imposto pela ordinarização do feito, experimentam os efeitos reflexos e são alcançados pelos tentáculos da relativização, mesmo que o bem da vida já tenha sido reconhecido em favor do vencedor da demanda, preste a alcançá-lo.

Assim, criam-se regras de interpretação absoluta, vitimando a verossimilhança e a verdade almejada pelas partes, amadurecidas pelo contraditório e pela argumentação tecida durante o transcurso do feito. Exsurge translúcida a face totalitária da determinação, que fere de morte os institutos da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e da segurança jurídica.

Como dito, o instituto da coisa julgada firma-se na segurança jurídica e tem como consectários o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. A esses institutos, também podem ser agregados os prazos de prescrição e decadência, bem como a preclusão processual. Um dos papéis de todos esses institutos é impedir a eternização dos debates jurídicos que podem aflorar de um litígio.

Sem embargo, o absolutismo da coisa julgada não é desejável num ordenamento, já que pode permitir o surgimento de situações indesejáveis, pelo que se construiu no Direito Processual Civil a ideia da relativização da coisa julgada, aceitando-se que em casos específicos, a imutabilidade do julgado operaria num senso contrário ao dos propósitos da jurisdição. Aceitar-se a relativização da coisa julgada significa especialmente atenuar o rigor de seus limites objetivos, afirmados nos artigos 469 e 471 do Código de Processo Civil.

O Direito Processual Civil tem no instituto da ação rescisória o principal meio para alcançar-se a modificação de decisões que produziram a coisa julgada. Todavia, nos últimos anos iniciou-se o debate acerca da possibilidade de recusar-se o cumprimento de decisão transitada em julgado, independentemente da via rescisória. Assim, a partir da Medida Provisória nº 2180/01, foi adicionado o parágrafo único ao artigo 741 do Código de Processo Civil, dispondo:

Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

A mesma Medida Provisória acrescentou o § 5º no artigo 884, da CLT:

Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Atualmente, o artigo 741, parágrafo único, do CPC, está contido no artigo 475-L, § 1º. Tal dispositivo provocou um alargamento da relativização da coisa julgada, prestigiando a desfactualização do direito, vez que potencializou o efeito vinculante das decisões oriundas dos tribunais superiores.

Historicamente, a jurisprudência consolidou o entendimento, inclusive sumulado, de que a mudança de entendimento num tribunal, acerca de determinado tema, não autorizaria o manejo da rescisória, agora, aceitando-se a inexigibilidade do título, independentemente de rescisória, o “conhecimento” da lide termina sendo realizado em dois momentos: na fase de cognição propriamente dita e, ainda, no momento da execução (cumprimento), quando se examinará eventual *inexigibilidade* do título, que representa a relativização absoluta da coisa julgada.

Pode-se concluir, assim, que o 475- L, § 1º do Código de Processo Civil contém vício insanável, já que ultraja o princípio inserto no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, precipuamente no que tange à coisa julgada, além do preceito da estabilização da demanda e da segurança jurídica, na esteira do delineamento conceitual externado precedentemente.¹⁰⁶¹

Para Chiovenda, a sentença traduz a lei aplicável ao caso concreto. Vale dizer que “na sentença se acha a lei, embora em sentido concreto. Proferida a sentença, esta substitui a lei”.¹⁰⁶² Observa-se que é tão grande o apreço da ordem jurídica pela coisa julgada, que sua imutabilidade não é atingível nem sequer pela lei ordinária, garantida que se acha a intangibilidade por preceito da Constituição Federal, como já destacado anteriormente. O instituto da coisa julgada, assim, impede que a lei nova retroaja para alcançar os atos já submetidos à apreciação. A relativização em face de decisão posterior permite que a cognição do feito já levada a cabo seja (des) considerada, mutilada, olvidada e o rompimento da coisa julgada efetivado na fase de cumprimento da sentença.

¹⁰⁶¹ Vale lembrar que o próprio Supremo Tribunal Federal, em 1983, rejeitou a arguição de desconsideração do caso julgado em sede de embargos, elegendo como via adequada a ação rescisória (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação n. 148-RS. Julgada em 12.05.1983. Relator: Ministro Moreira Alves. RTJSTF, 109/463.)

Não é o que pensa, por exemplo, Araken de Assis, apesar de testemunhar o julgamento de inconstitucionalidade do STF na origem do debate e titubear na sua afirmação, quando diz que os dispositivos em liça não ofendem a Constituição, “à primeira vista”. Afirma Araken de Assis: “Em primeiro lugar, cabendo à lei infra-constitucional estabelecer quando e em que hipóteses há coisa julgada, também poderá instituir seu desaparecimento perante eventos contemporâneos ou supervenientes à emissão do pronunciamento apto a gerá-la (ASSIS, Araken. Relativização da Coisa Julgada Material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 56.)

¹⁰⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 48.

Importante salientar, portanto, que a relativização da coisa julgada, como ocorre na situação em tela (artigo 475), encontra-se totalmente dissonante dos parâmetros jurídicos vigentes. Roborando o entendimento acerca da matéria, Ovídio Baptista assim se manifesta:

Exigir que a coisa julgada seja eficaz somente quando não se “confrontar” com algum princípio constitucional, ou com princípios normativos de grau inferior – testando sua validade a partir de sua “legalidade” – é submetê-la a uma premissa impossível de ser observada. Por sua própria natureza, os princípios são normas abertas, cuja aplicação obedece a uma escala de “otimização”, estranha à incidência das regras legais. O princípio, mesmo que seja afastado, em atenção ao caso concreto, nem por isso se terá, necessariamente, como violado pelo julgador. E depois, como se haveria de tratar, em sede de recurso extraordinário, a alegação de que a coisa julgada ofendera a moralidade administrativa ou a justiça? Seria esta uma “questão de direito”, capaz de dar ensejo aos recursos desta espécie? Observa-se que não estaríamos a “qualificar” fatos, mas a definir critérios éticos.¹⁰⁶³

Tal pretensão, além de colidir com a tradição processual e com a própria concepção histórica de coisa julgada, eleva injustificadamente o nível da (in) segurança jurídica, vez que retira das partes a possibilidade de reconhecer na decisão do feito a legitimação do Estado em dizer o direito, vez que poderá sobrevir sentença contrária, ultrajando diretamente o conteúdo do comando sentencial que já transitou em julgado.

Seguramente, a relativização da coisa julgada alinha-se à súmula vinculante, às leis dos recursos repetitivos, às súmulas impeditivas de recursos e ao filtro pernicioso que os tribunais têm realizado quando do exame da admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.¹⁰⁶⁴

Tal tendência compromete a democratização da jurisdição e a legitimidade social do próprio Judiciário, além de representar uma versão malfadada de ode ao mito da efetividade, numa franca tentativa de tolher a capacidade interpretativa dos operadores do direito. A independência do Juiz resta afrontada, e, como aponta Berizonce, “[...] sin independencia del Poder judicial deviene inconcebible la concreción de los objetivos morales y económicos que persiguen nuestras sociedades”.¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Coisa julgada relativa? In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 370.

¹⁰⁶⁴ Valendo citar, especialmente, as alterações inseridas no artigo 527, inciso I c/c artigo 557 do CPC pela Lei 10.352/2001, as implementadas pela Lei 8.950/1994 no artigo 542, parágrafo 1º e as lançadas pela Lei 11.672/2008 no art. 543-C, todos do Código de Processo Civil

¹⁰⁶⁵ BERIZONCE, Roberto Omar. *El problema de la ineficiencia del sistema judicial: algunas propuestas de solución*. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD*. São Leopoldo: Editora Unisinos, Janeiro-junho, 2009. p. 125.

Essas inovações processuais são frutos do racionalismo e da logicidade empregada pelo liberalismo.¹⁰⁶⁶ Nessa linha, o abandono do racionalismo e da tradição cartesiana traduz-se em pressuposto da arquitetura de uma cultura jurídica adequada, liberta das amarras da certeza. A verdade absoluta, nesse cenário, não encontra lugar, de sorte que a verossimilhança, a quase-certeza, a relatividade e plausibilidade põem-se como esteio do Direito Moderno, que impõe uma prestação jurisdicional dotada de efetividade e que alcance os anseios da sociedade.¹⁰⁶⁷ Jânia Saldanha revela com proficiência esse sintoma, amplamente representado nas reformas processuais:

Sendo indubitoso o quadro de reformas processuais ocorridas no Brasil, particularmente no que se refere àquelas ocorridas a partir da Emenda Constitucional n. 45 de dezembro de 2004 e considerando-se a existência de uma Comissão de juristas incumbida de apresentar o projeto de novo Código de Processo Civil, pergunta-se se haveria relação dessas reformas com os interesses neoliberais e em que medida poderiam elas ser consideradas reformas pós-modernas no sentido hipermoderno? [...] Visualiza-se nesse passo, a risco de toda a crítica, uma aproximação entre as reformas processuais e os interesses neoliberais. Pode-se constatar que o modelo reformista brasileiro, se em aparência prometia atribuir aumento aos poderes dos juízes – com a antecipação de tutela em 1994 e mais recentemente com a sentença indeferitória liminar, por exemplo – em evidente comprometimento com as teorias sociológicas a que no Brasil defensores da instrumentalidade, renderam homenagens, ao fim e paulatinamente, tais reformas têm esvaziado o papel do processo como instituição garantidora dos direitos fundamentais. Todavia, haveria uma relação estreita entre a vocação do tempo presente para a jurisdição – com a acentuada demanda ao Judiciário – e a democracia? É a Justiça um espaço de exigibilidade de democracia?¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁶ Nesse sentido, Lenio Streck apresenta algumas consequências do modelo que o direito pátrio tem adotado, mormente em face da naturalidade que se convive com decisões mal fundamentadas: “Em tempos de produção democrática do direito, a ‘criação jurisprudencial do direito’ deveria ser olhada de soslaio. Aliás, o debate poderia render muitos frutos se se procurasse olhar para o problema dos limites do ato judicante na perspectiva de problematizar a legitimidade e a validade das decisões judiciais. Veja-se, v.g., a falta ou deficiência de fundamentação das decisões. O Brasil é o único país que possui *embargos declaratórios*, que é um recurso ‘pequeno gnosiológico’ *feito para salvar decisões mal fundamentadas*, que, na verdade, são nulas, exatamente por não obedecerem o art. 93, IX, da CF. Despiciendo maiores comentários à invenção dos ‘embargos de pré-questionamento’ ou, ainda, os ‘embargos declaratórios com efeitos infringentes’ (sic). Isso é um sintoma grave”. (STRECK, Lenio. *Súmulas Vinculantes em terrae brasilis: Necessitamos de Uma “Teoria para Elaboração dos Precedentes”?* In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. p.294.)

¹⁰⁶⁷ Importante apontar, aqui, o debate acerca da verdade no modelo *adversary*, proposto por Taruffo: “[...] si la verdad es aquello que se sigue del empleo del método procesal más adecuado, puesto que pocos dudan de que el modelo *adversary* sea la mejor entre los posibles, de ello se deduce que este es *por definición* capaz de producir juicios ‘verdaderos’ sobre los hechos de la causa. Una concepción de este tipo, aunque no sea anunciada por lo regular em sus términos reales, está por lo demás claramente implícita em lás distintas tomas de posición según lás cuales, por ejemplo, la dialéctica de las partes sobre los *discovery devices*, se deben considerar *a priori* como los mejores instrumentos de la búsqueda de la verdad, sin dudar que em concreto el sistema que se funda sobre ellos permita realmente al máximo grado la adquisición de um conocimiento verdadero de los hechos controvertidos (TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial em la experiencia americana: El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. p. 43-44).

¹⁰⁶⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de Processo Pós-moderno: O Dilema Cruzado entre Ser Hipermoderno e Antimoderno. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. p. 249.

Veja-se que as alternativas apontadas por Jânia Saldanha como contribuição à perda da vocação original do processo, que não se presta mais à realização das pretensões materiais e tornou-se refém do instrumentalismo passam pela compreensão de que a pós-modernidade tem uma face hipermoderna e outra antimoderna. A primeira, reavivando vicissitudes de elementos da modernidade e a segunda buscando exatamente o afastamento daquele perfil.¹⁰⁶⁹

O paradoxo aplica-se perfeitamente ao processo civil brasileiro que ainda registra “o amálgama e as cores do direito tardo romano”¹⁰⁷⁰ e no mesmo sentido tenta – de forma insuficiente e isomorfa – solapar-se de tal influência. De fato, a transição traz a ilação imanente de que o velho não foi sepultado e o novo ainda está sendo concebido.¹⁰⁷¹ No caso do processo, parece que a herança anciã ainda apresenta-se com firme vitalidade.

As teorias procedurais são parte integrante da tentativa nefasta de formalização e universalização do direito, e, porquanto, reclamam um debate aprofundado, sobretudo no que toca ao constitucionalismo alexyniano, que dá azo a decisionismos, em face de seu forte apelo axiológico.¹⁰⁷²

Como fonte de contraponto a essa tendência castradora, põe-se a hermenêutica, que também revela papel importante na (re)construção da democracia jurisdicional e na compreensão do tempo, tema com o qual, aliás, Heidegger preocupou-se de forma particular em *Ser e Tempo*. Em Heidegger, a compreensão do fenômeno jurídico passa pela verificação do eu, da historicidade efetual própria do intérprete (ser-no-mundo). Compreensão é o modo de ser da pré-sença, na medida em que é poder ser e possibilidade. A compreensão é tida como caráter ôntico, original e próprio da vida humana e não conceito, muito menos fundamentação hermenêutica das ciências do espírito.¹⁰⁷³

Gadamer, quando examinou o problema da hermenêutica em Aristóteles, observou a necessidade de atenuamento na aplicação da norma. O ato não representa um abandono da aplicação do direito, contudo, por vezes, a mitigação da lei é que produz a medida de justiça.¹⁰⁷⁴ É o que se revela apropriado para a consideração da relativização da coisa julgada calcada em decisão posterior do Supremo, portanto, na mesma medida em que a norma se apresenta como depositária da guarda constitucional, produz sério ultraje a outro princípio da Carta Magna, consistente na própria previsão de garantia da coisa julgada.

¹⁰⁶⁹ Idem, p. 2

¹⁰⁷⁰ Idem.

¹⁰⁷¹ Ver: GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*.

¹⁰⁷² Ver: STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. cap. II.

¹⁰⁷³ Ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*.

¹⁰⁷⁴ Ver: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Volume I.

Tem-se que o desafio que se põe é o de superação da ideia privatista-formalista de jurisdição, alcançando-se ao ato de decidir uma concepção radicalmente democrática, rompendo-se com a concepção liberal de tutela individualista – fruto do racionalismo – e universalizante – em face do falso mito da efetividade –, mediante o reconhecimento dos direitos fundamentais e sociais como balizes do Estado Democrático de Direito.¹⁰⁷⁵

A univocidade sîgnica encontra guarida nos processos de universalização das verdades absolutas, como se dá com a relativização da coisa julgada. Na verdade, as decisões denotam atribuição de sentido, o que redundando em inevitável exercício hermenêutico. O artigo 475- L, § 1º do CPC cria, assim, uma espécie de coisa julgada *a posteriori*, alienígena e vinculante, que vilipendia a segurança jurídica, o devido processo legal e o ato jurídico perfeito.

Ao certo, a relativização da coisa julgada tutelada no artigo 475- L, § 1º denota uma (des) temporalização do direito, uma abreviação escabrosa da jurisdição, uma coisificação das demandas, que parece coroar a “era da técnica”, inaugurada com o lastimoso processo de mecanização do jurídico.¹⁰⁷⁶

A redução do direito à norma distancia a justiça da realidade.¹⁰⁷⁷ O distanciamento entre fato e direito, fundando uma normatização fechada, que traduz o distanciamento da

¹⁰⁷⁵ Como assevera Jânia Saldanha a respeito do tema: “[...] uma radical democratização da jurisdição, impõe-se como uma resposta possível à despolitização diante do pouco valor que se atribui à perspectiva coletiva de processo, o que somente poderá resultar da superação do individualismo para que se reconheça valor ao comunitário, perdido no tempo da modernidade. É que tudo se passa ao nível individual, do indivíduo solitário, cuja marca é a redução do homem à utilização fria da razão instrumental que desenha um indivíduo esquecido do homem, isto é, uma liberdade individual que esquece do outro e sobre uma política que olvida a importância da deliberação. [...] Outro efeito da despolitização é aquele produzido pela ânsia da quantificação da redução das demandas em julgamentos proferidos quase que em tempo real, em cujo cenário as questões ligadas ao conteúdo das decisões em termos de efetivação substancial dos direitos ficam em segundo plano. Se como afirmado, essa é uma marca neoliberal, é preciso lembrar que o neoliberalismo é o signo do desaparecimento de toda transcendência. Por isso, tal como a marcha triunfal da técnica na modernidade impôs-se como um poder existencial autônomo, o neoliberalismo impôs absolutos como: eficiência, segurança, utilidade, tudo a justificar-se por si mesmo. Seguramente, a despolitização tem início quando um valor pretende ser justo sem ter de se justificar. A despolitização, curiosamente, passa a consistir no fermento para a radicalização da democracia no âmbito do Poder Judiciário”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A Influência do Neoliberalismo Sobre a Jurisdição. A Difícil Sintonia entre Eficiência e Efetividade*. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord). p. 68.)

¹⁰⁷⁶ Como afirma Lenio Luiz Streck denunciando a “era da técnica” e um processo pernicioso de simplificação impossível do direito: “Essa cultura *standard* vem acompanhada da indústria que mais cresce: a dos compêndios, resumos e manuais, muitos deles vendidos em supermercados e outras casas do ramo. Aparecem obras de todo o tipo, com “verdadeiros” “pronto-socorros jurídicos” (SOS do direito), ao lado de livros que buscam simplificar os mais importantes ramos do direito. Tenho receio que, em seguida, surjam livros denominados, por exemplo, de “direito penal (já) mastigado”, inclusive com o charme do parênteses...! De todo modo, para um país em que o Programa Fantástico da Rede Globo tentou ‘ensinar’ a filosofia heraclítica (do filósofo grego Heráclito!) a bordo de um caminhão em movimento no Triângulo Mineiro, e o mundo das ideias de Platão no interior de uma caverna em Tubarão/SC, nada mais pode causar surpresa (lembro como se fosse hoje a repórter-filósofa no interior da caverna, ensinando o ‘mito da caverna’ e na boleia do caminhão, pretendendo mostrar o ‘movimento’ heraclítico). Afinal, como se diz na pós-modernidade, imagem não é tudo?”. (STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87.)

¹⁰⁷⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p.109.

sociedade, da vida que firma o próprio direito, produz um cenário nefasto e reproduz um positivismo vetusto, refém da lei dotada de sentido unívoco.¹⁰⁷⁸

Dessa forma, todos os instrumentos de standardização da causa efetivamente reduzem o direito à norma, engessam o exercício hermenêutico e tornam cada vez mais o julgador um repetidor sintomático da jurisprudência, numa subsunção hierárquica dos tribunais, constituindo uma plataforma que inclusive impede, por vezes, o acompanhamento da evolução social pelo direito, visto que o processo de sumularização dificulta a modificação da posição dos tribunais.

A (des) consideração da coisa julgada é fruto dessa standardização e representa um franco ultraje à expectativa que funda o direito, permitindo a retroatividade de uma decisão oriunda de julgamento produzido pelo STF no controle difuso de constitucionalidade. A lei não retroage, mas a jurisprudência sim. Isso no sistema romano-germânico! A contrariedade ao princípio da segurança jurídica é evidente, cabendo considerar inclusive os fundamentos que inspiram tal preceito, como a estabilização das demandas e os subprincípios que dele derivam, como o da proteção da confiança, caracterizado por Couto e Silva:

Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em **princípio da segurança jurídica** quando designam o que prestigia o aspecto **objetivo** da estabilidade das relações jurídicas, e em **princípio da proteção à confiança**, quando aludem ao que atenta para o aspecto **subjetivo**. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos. [grifo do autor]¹⁰⁷⁹

Precisado aqui o pretense amparo legal da relativização da coisa julgada em face de decisão posterior do Supremo, bem como os princípios por ela ultrajados, necessário recorrer à origem do tema, calcada noutra matriz, que indica a possibilidade de flexibilização do julgado quando presente *grave injustiça*, como afirmou pioneiramente o Ministro José Delgado¹⁰⁸⁰, sendo secundado por Theodoro Júnior¹⁰⁸¹, que emprega o termo *séria injustiça* e Dinamarco¹⁰⁸², que prefere *injustiças insuportáveis e manifestas*.

¹⁰⁷⁸ Idem, p. 301.

¹⁰⁷⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/2009). In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 2, p. 4-5, abr./mai./jun. 2005.

¹⁰⁸⁰ Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 240.712-SP, Primeira Turma, Relator: Ministro José Delgado. Julgado em 15.02.2000.

A doutrina processual favorável à aplicação da mitigação, flexibilização, relativização, desconsideração da coisa julgada, para lançar alguns dos diversos termos que foram cunhados, apesar da tenra idade do instituto, é abundante. A admissibilidade da tese, em que pese a presença quase uniforme de alerta aos resguardos à intangibilidade do caso julgado e à existência de critérios para aplicação está representada precipuamente em Teori Zavaski¹⁰⁸³, Chaves de Farias¹⁰⁸⁴, Donaldo Armelin¹⁰⁸⁵, Hitters¹⁰⁸⁶, Furtado Fabrício¹⁰⁸⁷, Scarpinella Bueno¹⁰⁸⁸, Talamini¹⁰⁸⁹, Eduardo Cambi¹⁰⁹⁰ e Ada Pellegrini Grinover, em

¹⁰⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; CORDEIRO DE FARIA, Juliana. O Tormentoso Problema da Inconstitucionalidade da Sentença Passada em Julgado. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 139. Em defesa da relativização, o processualista mineiro elenca algumas hipóteses que, segundo ele, comportariam sua aplicação: a) possibilidade de utilizar métodos específicos, como da arguição direta ou difusa, seja de inconstitucionalidade de ato normativo, seja de descumprimento de preceito fundamental; b) em se tratando de um problema de invalidade em grau maior há de ser sempre enfrentado pelo juiz, de ofício; c) cabimento da nova investigação de paternidade; d) reavaliação do imóvel expropriado; e) ocorrência de dupla indenização pela desapropriação do mesmo imóvel. (Idem, p. 204-7.)

¹⁰⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. p. 315.

Ver também: DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: *Revista de Direito Processual*.

Dinamarco compartilha da opinião de Scarpinella Bueno e propõe uma interpretação ampliativa do artigo 485 do CPC, extendendo a rescisória para as hipóteses de “relativização”.

¹⁰⁸³ ZAVASKI, Teori Albino. Inexigibilidade de Sentenças Inconstitucionais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 371-84.

¹⁰⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves. Um Alento ao Futuro: Novo Tratamento da Coisa Julgada nas Ações Relativas à Filiação. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 65-82.

¹⁰⁸⁵ ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 83-114. Como é possível extrair da passagem a seguir, Armelin sugere uma “ampliação” das formas de questionamento da coisa julgada: “Independentemente dessa modificação direcionada à ampliação da admissibilidade das ações rescisórias, o sistema processual pode oferecer instrumentos hábeis a afastar a injustiça de determinadas decisões judiciais já transitadas em julgado e insusceptíveis de serem objeto de ação rescisória. A ampliação do âmbito das ações declaratórias, que não se submetem ao prazo decadencial bienal, como a *querela nullitatis insanabilis* ressuscitada pela doutrina, bem como das hipóteses em que ocorre erro material sempre que manifesta incompatibilidade do decidido com a realidade dos fatos provados e do reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, quando este colide frontalmente com normas ou princípios vigentes no sistema ou quando a sua causa de pedir for flagrantemente ilícita, poderá, se conveniente e dosimetricamente aplicada, reduzir, enquanto não se adota uma disciplina expressa da matéria, o número de decisões judiciais em desarmonia com o valor da Justiça”. (Idem, p. 114.)

¹⁰⁸⁶ Ver: HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la Cosa Juzgada*. La Plata: Platense, 1997.

¹⁰⁸⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu Revel Não Citado, Querela Nullitatis e Ação Rescisória. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 42, 1988.

¹⁰⁸⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 400-4. O processualista propõe uma interpretação extensiva (mais um fruto da filosofia da consciência!) do artigo 485 do CPC, redundando numa majoração das hipóteses de cabimento da ação rescisória. Como o próprio Scarpinella sustenta: “Esta proposta de flexibilização do regime jurídico da ‘ação rescisória’ e, bem assim, dos demais mecanismos de contraste da coisa julgada afina-se bastante bem às premissas fundantes deste *Curso*. Mais ainda porque o entendimento amplamente predominante em sede de doutrina e de jurisprudência é o de que as hipóteses do art. 485 são *taxativas*, a exigir interpretação *restritiva*. É certo que a coisa julgada relaciona-se intimamente a um ‘princípio constitucional’. Justamente por isto, contudo, é que se impõe, diante das vicissitudes de cada caso concreto, algum temperamento às hipóteses de controle das decisões transitadas em julgado”. (Idem, p.402.)

¹⁰⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e Sua Revisão*. O processualista paranaense entende que há um “falso problema da relativização”, pois, para ele, se a decisão é inconstitucional, na verdade não se opera a coisa julgada. Veja-se: “Em síntese, a ‘sentença inconstitucional’ é aquela cujo comando pressupõe, veicula ou gera uma afronta à Constituição, nos termos acima delineados. O princípio geral é o da existência jurídica de tal sentença. Ressalvados os casos em que a inconstitucionalidade afete diretamente os próprios pressupostos de

posicionamento específico acerca da possibilidade de anulação de escritura de reconhecimento de filiação, por conta da caracterização de falsidade ideológica, vez que o declarante comprovadamente era impotente ao tempo da concepção.¹⁰⁹¹

Do ponto de vista jurisprudencial, tem-se a já referida decisão do Ministro Delgado¹⁰⁹², que desconstituiu acordo firmado pela Fazenda do Estado de São Paulo, após vencida no feito, em processo de desapropriação indireta, viabilizando-se o parcelamento do débito. A alegação foi de *erro* no julgamento, induzido pelo insucesso da prova pericial, vez que a área objeto da desapropriação indireta, segundo o Estado, pertencia a ele próprio e não ao autor da demanda. Contudo, vale observar que tal julgamento deu-se em sede de *ação anulatória*, proposta no limite do prazo prescricional. O Ministro Delgado, aliás, já havia manifestado sua simpatia à tese da relativização quando julgador de primeiro grau e em diversos congressos de direito processual.

Mas o multicitado caso das investigatórias de paternidade ajuizadas anteriormente à incorporação do exame de DNA pelo Judiciário, que majorou consideravelmente o grau de proximidade da certeza nessa espécie de demanda é, seguramente, aquele que registra o argumento mais consistente e mais impactante dos defensores da relativização por conta do *erro* ou *injustiça* da decisão. Um dos julgamentos pioneiros nesse sentido, no âmbito do STJ, teve como relator o então Ministro daquele tribunal Menezes Direito.¹⁰⁹³

existência da relação processual, a sentença de mérito fará coisa julgada material. Aliás, é precisamente por isso que se põe o problema da ‘coisa julgada inconstitucional’. Afinal, se procedesse a tese daqueles que preconizam indiscriminadamente a inexistência jurídica ou a ‘nulidade absoluta’ (‘transrescisória’) da ‘sentença inconstitucional’, o tema da ‘coisa julgada inconstitucional’ seria um *falso problema*, e a expressão não faria sentido: simplesmente não haveria coisa julgada. [...] Mas em regra há. Daí a necessidade de pesquisar quais os instrumentos que, além da ação rescisória, o ordenamento tipifica como aptos para a desconstituição da ‘coisa julgada inconstitucional’ (o que aqui se designará *meios rescisórios típicos especiais*, para contrastar com a ação rescisória, que é o *meio rescisório típico geral*). (Idem, p. 422.)

¹⁰⁹⁰ Debruçando-se sobre a ação ininvestigatória de paternidade, no famigerado caso de ajuizamento anterior à “descoberta” do exame de DNA, Cambi sustenta que “A evolução da ciência, como os avançados estudos genético, e a percepção ética da afetividade revolucionaram o direito de família. Velhas certezas se tornaram grandes interrogações. A complexidade da vida encontrou no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em conjunto com o exame do DNA e do reconhecimento da paternidade socioafetiva, um alicerce para a atualização do direito, exigindo dos operadores jurídicos a *revisitação* dos conceitos tradicionais de causa de pedir, prova e coisa julgada, a fim de que o direito à filiação, biológica ou socioafetiva, bem como o direito personalíssimo à origem genética, social e cultural, não ficassem privados de tutelas jurisdicionais adequadas e efetivas”. (CAMBI, Eduardo. Causa de Pedir, Prova e Coisa Julgada na Ação de Investigação de Paternidade. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 30, p. 70-8, abr. 2005.)

¹⁰⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer Publicado no Informativo Incijuris*, ano 1, n. 10, maio de 2000. Joinville (SC). “Ementa: Coisa Julgada. Limites objetivos. Objeto do processo. Pedido e causa de pedir. Trânsito em julgado de sentença de improcedência de ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de filiação. Possibilidade de ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação de filiação, fundada em ausência de vínculo biológico”.

¹⁰⁹² Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 240.712-SP, Primeira Turma, Relator: Ministro José Delgado. Julgado em 15.02.2000.

¹⁰⁹³ Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 107.248, Terceira Turma, Relator: Menezes Direito. Julgado em 07.05.1998. Publicado no DJU em 29.06.1998. p. 160.

Ainda é possível destacar as decisões que, em sede de execução, permitiram a reavaliação de imóveis em face da defasagem do tempo por conta da morosidade da demanda. Os julgados firmam-se na garantia da *justa indenização*, assegurada constitucionalmente e, em regra, também denunciam as inadequadas procrastinações de julgamento, provocadas pela retenção indevida dos autos pelas partes, demora na produção da prova pericial e desídia do próprio Poder Judiciário. Os principais acórdãos do STJ, nesse sentido, tiveram como relatores os ministros Rafael Mayer (1982)¹⁰⁹⁴ e Néri da Silveira (1988).¹⁰⁹⁵

Tanto a doutrina clássica quanto a contemporânea registra representantes que sugerem possibilidades de afastamento do viés absoluto da coisa julgada, mas estabelecem ressalvas e limitações à flexibilização do instituto. É necessário observar, todavia, que a grande maioria dos processualistas se manifesta a respeito da desconsideração na hipótese de equívoco, injustiça ou erro da decisão, deixando de aludir especificamente as hipóteses de retroação de julgamento posterior ao ajuizamento da demanda, hipótese consagrada pelos artigos 475, L, § 1º e art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

A doutrina clássica ainda não vislumbrava a possibilidade, até porque tais dispositivos tem íntima ligação com o processo de standardização do direito, tendo como embrião o efeito vinculante agregado às súmulas com o agravante da retroação, que, invadindo a coisa julgada, inuma as decisões transitadas em julgado.

Retome-se, assim, por ora, o debate alusivo à flexibilização da coisa julgada por conta das denominadas decisões injustas. Pontes de Miranda questionava o caráter absoluto da coisa julgada e admitia formas distintas da rescisória para seu questionamento. Claro, não lançava mão do termo relativização e contemplava terminologia processual rígida, partindo sempre da premissa de que os atos nulos de pleno direito não pronunciados poderiam escapar da autoridade da sentença, mesmo que acobertada pela coisa julgada. Também os distinguia dos atos inexistentes, *v.g.*, a sentença não publicada ou oriunda de autoridade estranha ao judiciário. Admitia ainda a possibilidade de *resistência* – sem que seu exercício fosse precisamente determinado – às chamadas sentenças ininteligíveis.¹⁰⁹⁶

Nesse sentido, ainda, os seguintes julgados:

Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 226436-PR, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 28.06.2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AgIn. n. 000.247.666-1/00.

¹⁰⁹⁴ Superior Tribunal de Justiça. RE 93.412-SC, Primeira Turma, Relator: Ministro Rafael Mayer. Julgado em 04.05.1982.

¹⁰⁹⁵ Superior Tribunal de Justiça. RE 105.012-RN, Primeira Turma, Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em 09.02.1988.

¹⁰⁹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e Outras Decisões*. p. 253-9.

Pontes de Miranda relaciona os termos aos planos da existência, da nulidade e da eficácia e faz referência a casos extremos para ilustrar seu propósito, como a decisão que reconhece o regime de escravidão, permite o incesto ou castigo a fogo ou a venda de documentos secretos do Estado a país estrangeiro (inexistência) e a ausência de um dos requisitos da sentença (nulidade).¹⁰⁹⁷ Pontes, em sua obra clássica da ação rescisória, reconhecia a possibilidade de propositura de nova demanda ou arguição *incidenter tantum* noutra processo.¹⁰⁹⁸

Sem embargo, entende-se que existe relação mais acentuada da teoria pontiana com os limites da coisa julgada do que com sua relativização. A possibilidade de ajuizamento de nova demanda já foi examinada no subcapítulo relativo aos “limites da coisa julgada”, abordando-se a aplicação da teoria de Schwab aliada à concepção do próprio Pontes e a de Liebman, examinada com proficiência por Baptista da Silva. O caso parece ser, assim, atinente à definição da *causa pendendi*, dos fatos e do direito que autoriza a interposição de nova demanda (os fatos declinados e outros semelhantes, compondo o estado da causa), pois não acobertada pelos limites objetivos da coisa julgada.¹⁰⁹⁹

Mas é claro que o processualista alagoano reconhecia, de forma explícita, a possibilidade de desconsideração posterior ao trânsito em julgado da sentença comprovadamente *nula*, *inexistente* e mesmo *ineficaz*, embora não avançasse de forma pormenorizada no procedimento para alcance do desiderato. Nesse sentido, o excerto abaixo, a fim de constatar sua ingente afirmação:

O que aqui nos interessa é apenas o nulo que resiste à *res iudicata*, não o nulo que só se pode desconstituir por via recursal. A despeito do trânsito em julgado, a nulidade persiste e pode ser desconstituído o processo, ou parte dele, em que esteja a sentença, ou só a própria sentença. Ou, após a decisão constitutiva negativa, deixa de haver parte da *existentia fluens*, ou só a sentença deixa de existir.¹¹⁰⁰

O jurista uruguaio Eduardo Couture¹¹⁰¹ também admitia a possibilidade de, excepcionalmente, afastar a autoridade da coisa julgada. Todavia, aos que classificam o

¹⁰⁹⁷ Idem, p. 254.

¹⁰⁹⁸ Idem, p. 253-9.

¹⁰⁹⁹ Nesse sentido, novamente a análise apresentada por Ovídio Baptista da Silva, aludida precedentemente. A esse teor, o caso paradigma declinado por Ovídio. Apresenta ele a hipótese de ajuizamento de ação de despejo por descumprimento contratual decorrente do dever de pintura do imóvel e reparação do assoalho, autorizando a interposição de nova demanda fundada em violação de cláusula diversa, motivadora do corte de fornecimento de energia elétrica e do telefone por falta de pagamento. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*. p. 135.)

¹¹⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e Outras Decisões*. p. 253.

¹¹⁰¹ COUTURE, Eduardo Juan. *Revocación de los Actos Procesales Fraudulentos*. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma, 1978. 3v.

reconhecido processualista latino como defensor incondicional da desconsideração do instituto não parecem agir com acerto, portanto o trabalho desenvolvido aludia tão-somente a hipótese de comprovada existência de atos fraudulentos.

Couture, contudo, pertence a uma linha de juristas que concebia a sentença como extensão da vontade da lei, teoria amplamente suplantada na modernidade. Nesse sentido, chega a propor que a desconstituição das sentenças transitadas em julgado se daria por intermédio de um ato do julgador que “colocasse à prova suas meditações”¹¹⁰². Ademais, o caso aludido por Couture alinha-se à ação investigatória de paternidade, um dos ícones da relativização que desperta espanto pelo evidente argumento que carrega consigo. Traz o processualista a hipótese de ação investigatória de paternidade motivada pela mãe, na qualidade de representante do menor, com advogado patrocinado e em conluio com o demandado, efetivamente o genitor da criança. Pela excepcionalidade, passível de revisão o julgado.¹¹⁰³

O caminho eleito por Couture, todavia, é o da ação de fraude a credores e não nos próprios autos como atualmente muitos processualistas propõem. Ademais, o caso noticiado por Couture, de fraude patrocinada pelo pai/investigado, com posterior ajuizamento de ação pelo filho, quando do alcance da maioridade, representa uma hipótese clara e tutelada no ordenamento. Além disso, o próprio Couture refletia acerca do procedimento adequado para a questão paradigma, vez que questionava se “a fraude deve ser combatida com a abolição da coisa julgada?”¹¹⁰⁴

Castanheira Neves editou trabalho emblemático tratando dos *assentos* – súmulas –, abordando a motivação empregada também para a relativização tutelada nos artigos 475 e 741 do Código de Processo pátrio, que se põe na esteira das súmulas impeditivas de recursos, na imposição da repercussão geral e no filtro pernicioso que as presidências dos tribunais de justiça levam a cabo no exame de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário. Os *assentos*, para Castanheira, fundam-se na segurança, no objetivo de certeza e estabilidade das decisões, mas principalmente no princípio da igualdade, que impõe uma certa uniformidade na aplicação da lei.¹¹⁰⁵ Veja-se que a figura da relativização que foi processualizada também encontra guarida nos fundamentos elencados pelo tribunal português para os *assentos*.

¹¹⁰² Idem, p. 388-9.

¹¹⁰³ Idem.

¹¹⁰⁴ Idem, p. 391.

¹¹⁰⁵ Ver: CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*.

Nas súmulas tem-se um ultraje à teoria da tripartição dos poderes e uma balbúrdia funcional, vez que o Judiciário faz às vezes de legislativo e, sendo o guardião da Constituição, gesta uma lei (súmula) que, de antemão, tem sua constitucionalidade atestada, vez que qualquer insurgência a esse respeito seria direcionada ao próprio tribunal que a deu vida. Na defesa da independência da decisão, Castanheira Neves assevera:

Pelo que os *assentos* traduzem aqui, efectivamente, é uma solução extrema e radical que ainda daquele modo não fica suficientemente compreendida na sua teleologia específica. E a solução extrema e radical, porque, ao mesmo tempo que atribui a um órgão judicial um poder que devia caber apenas ao legislador constitucionalmente titulado, o poder de interpretação autêntica – se é que não abribui mesmo um poder que vai para além do que esta interpretação corresponde estritamente, afecta de um modo frontal, nos limites da eficácia daquele poder atribuído, a independência decisória dos juízes ou dos tribunais, ao interpor entre a lei e a sua concreta decisão jurídica uma obrigatória pré-determinação desta.¹¹⁰⁶

Castanheira, portanto, firma o propósito da independência jurisdicional e do respeito à função dos poderes como razão suficiente ao afastamento do alegado princípio da igualdade-uniformidade das decisões. Veja-se que a relativização tutelada nos artigos 475 e 741 do CPC encontra guarida nesse pseudo-princípio da igualdade arquitetado pelo tribunal português, na verdade, uma reconstrução cartesiana do preceito original. Se a súmula determina a vinculação dos julgadores, a aludida deconsideração da coisa julgada, além de sujeitar o decisor, ainda alcança efeito retroativo, pois permite a aplicação no cumprimento de sentença, encerrada a fase ordinarizada do processo. No que tange à independência do julgador também calha referir o pensamento de Berizonce, que afirma:

La independencia judicial en tal contexto es un instrumento indefectible para el logro de esos objetivos morales de las sociedades contemporáneas; y también es presupuesto de los propósitos económicos del crecimiento sustentable y autosostenido, que supone la seguridad jurídica.¹¹⁰⁷

Mas essa independência deve seguir uma dupla funcionalidade. Primeiro, é preciso que ela seja garantida internamente, a partir da consideração constitucional da função política do julgador. Num segundo momento ela deve revelar-se um escudo à interferência econômica, política, dos meios de comunicação e a outras formas de tentativa direta ou indireta de condicionamento da decisão.¹¹⁰⁸ Claro, isso não afasta o caráter sócio-político da

¹¹⁰⁶ Idem, p. 98-100.

¹¹⁰⁷ BERIZONCE, Roberto Omar. *El problema de la ineficiencia del sistema judicial: algunas propuestas de solución*. p. 125.

¹¹⁰⁸ Novamente, a lição de Berizonce, “El necesario fortalecimiento de la independencia judicial exige, además, el frontal rechazo de todas formas de presión provenientes de grupos sectoriales (políticos, económicos,

atividade jurisdicional, consubstanciado no dever de informação, explicação e prestação de contas (*accountability*). A sentença também é um ato de responsabilidade, apesar das tentativas de relegar a função do julgador à repetição inconsequente de verbetes adesivos. Sobre esse compromisso (função) político¹¹⁰⁹ da jurisdição, Taruffo ressalta a necessidade de que se agregue uma função econômica. Nesse sentido,

[...] la función económica de las garantías se encuentra ligada principalmente a la idea de que el proceso civil debe ser un instrumento eficiente de resolución de las controversias. Desde este punto de vista, se ven con mayor claridad otras garantías, que se refieren en particular a la funcionalidad del proceso, como por ejemplo las que atienden a la duración razonable del procedimiento y a la efectividad de la tutela jurisdiccional de los derechos.¹¹¹⁰

Taruffo propõe a valorização do caráter funcional do processo civil, assegurando uma efetividade que garanta maior concretude dos discursos. Não no sentido de afastar o debate estrutural, mas sim agregar a ele uma dimensão econômica que viabilize o alcance do jurisdicionado através de meios executivos, de assistência jurídica, aparato de servidores e, como já sinalado, consideração irrestrita da independência do julgador.¹¹¹¹

Retomando-se à consideração da relativização em face de injustiça/erro da decisão, Barbosa Moreira¹¹¹², embora apresente-se favorável à possibilidade, aponta para a ausência de critérios como fato relevante e gerador de risco na adequação da decisão. Declina como precípuo argumento a inconstitucionalidade, referindo que “se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não será mais do que era depois desse momento”.¹¹¹³ Barbosa Moreira defende a aplicação da relativização apenas mediante

nacionales y multinacionales, organizaciones ilegales), cuando de modo agresivo interfieren la función judicial. [...] La constatación de la presencia de éstos fenómenos y su interferencia en la misión de los jueces, ha puesto en evidencia, también, las diversas reacciones tendientes a salvaguardar la libre convicción judicial que es garantía insustituible para los ciudadanos”. (BERIZONCE, Roberto Omar. *Recientes tendencias en la posición de juez*. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD. São Leopoldo: Editora Unisinos, Julho-dezembro, 2009. p. 3).

¹¹⁰⁹ Como assevera Taruffo: “Por un lado, la función política de las garantías – ligada esencialmente a la reivindicación de los derechos individuales de los ciudadanos ante el poder del Estado – explica la presencia de principios específicamente conectados con esta relación: se pasa, entonces, de la independencia e imparcialidad de los jueces a los derechos de acceso a la tutela jurisdiccional y a la defensa; de la obligación de motivación de la sentencia a la previsión de una acción popular, como aquella de la que se habla em el art. LXXIII de la Constitución brasileña”. (TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil: proceso y derecho*. Traducción de Maximiliano Aramburro Calle. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009. p. 67).

¹¹¹⁰ Idem. p. 67.

¹¹¹¹ Idem. p. 67-8.

¹¹¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações Sobre a Chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 225-50.

¹¹¹³ Idem, p. 226.

disposição expressa de lei, porquanto, “formada a *res iudicata*, corre-se sobre a questão uma cortina opaca”.¹¹¹⁴

Barbosa Moreira apresenta intensa preocupação com os critérios e a definição dos casos que, geradores da injustiça, possam motivar a desconsideração da coisa julgada e apresenta, *de lege ferenda*, a necessidade de definir prazo para a propositura da relativização com base em documento novo, caso da investigatória de paternidade julgada antes da utilização em juízo do exame de DNA. Para ele, o *dies a quo* do prazo seria a data da obtenção do laudo. Na hipótese de inconstitucionalidade, propõe a impugnação via rescisória, que, nesse caso, seria imprescritível.¹¹¹⁵

Nigro Mazzilli sustenta a *mitigação da coisa julgada* em questões ambientais, apontando a desconsideração da regra insculpida no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, na medida que “não se pode admitir, verdadeiramente, coisa julgada e direito adquirido [...] com o propósito de destruir as condições do próprio *habitat* do ser humano”.¹¹¹⁶ Freitas Câmara¹¹¹⁷ aponta cuidados no tocante à arguição de injustiça e admite a desconsideração da coisa julgada apenas para o caso de sentenças inconstitucionais transitadas em julgado. Santos Lucon¹¹¹⁸, por sua vez, sugere, *de lege ferenda*, o aumento das hipóteses de ação rescisória, para o fim de, na esteira do pensamento de Barbosa Moreira, fixar o início do prazo prescricional na data de obtenção do laudo pelo interessado.

Teresa Wambier e Garcia Medina¹¹¹⁹ admitem a relativização mediante aplicação das possibilidades do art. 485 do CPC, inclusive no que toca ao prazo fixado no dispositivo.¹¹²⁰ Os processualistas paulistas defendem a incidência da relativização para a hipótese de caracterização das chamadas sentenças inexistentes. A esse teor, inferem que certas decisões, “não transitam em julgado por que foram proferidas em processos instaurados por meio de mero exercício do direito de petição (e não de direito de ação!) já que não havia possibilidade jurídica do pedido”¹¹²¹.

¹¹¹⁴ Idem, p. 231.

¹¹¹⁵ Idem, p. 248-9.

¹¹¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 171.

¹¹¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 1-38.

¹¹¹⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa Julgada, Efeitos da Sentença, “Coisa Julgada Inconstitucional” e Embargos à Execução do Art. 741, Parágrafo Único. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 321-50.

¹¹¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; GARCIA MEDINA, José Miguel. Relativização da Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 385-409.

¹¹²⁰ Idem, p. 387-93.

¹¹²¹ Idem, p. 387-8. Em análise específica do dispositivo estatuído no § 1º do art. 475-L do CPC, Teresa Wambier entende que ele “Autoriza a declaração de inexistência do direito material sobre o qual se funda o título executivo, pela via jurisdicional da impugnação ou mesmo por meio de ação cognitiva autônoma, antes ou

Em face da peculiaridade que apresentam, as posições dos processualistas Paulo Otero¹¹²², Leonardo Greco¹¹²³ e Marinoni¹¹²⁴ serão analisadas posteriormente, por ocasião do exame da coisa julgada em razão das previsões expressas do Código de Processo Civil, voltadas para a asseguuração da uniformidade de pensamento dos tribunais superiores, que se distingue fortemente da possibilidade de afastamento por conta da injustiça da decisão. Vale ressaltar, de antemão, que tanto a doutrina de Greco quanto a de Marinoni revelam-se contrárias a tal possibilidade de desconsideração da coisa julgada.

Dentre os processualistas que se manifestam de forma absolutamente contrária à relativização, destaca-se o pensamento de Baptista da Silva¹¹²⁵, Jânia Saldanha¹¹²⁶ Nery Junior¹¹²⁷, Pereira Leal¹¹²⁸, Sergio Porto¹¹²⁹ e Araken de Assis¹¹³⁰, este último, com algumas permissividades, como o reconhecimento da constitucionalidade das regras insculpidas nos artigos 741, parágrafo único e 475- L, § 1º do Código de Processo Civil.¹¹³¹

No campo constitucional, acerca dos instrumentos de standardização, vale destacar ainda a concepção firmada na hermenêutica filosófica de Streck,¹¹³² que diz, “os juristas continuam a tentar encontrar no *próprio texto* uma *essência* que permita dizer qual seu *real*

depois de decorrido o prazo de impugnação”. Por ter um atributo rescisório, a impugnação aqui constitui um meio que o legislador encontrou para ampliar o prazo para desconstituição da sentença transitada em julgado, que, na ação rescisória, a teor do disposto no art. 495 do CPC, é de dois anos. Sem excluir a possibilidade de ação rescisória, o § 1.º do art. 475-L viabiliza a impugnação ao cumprimento de título executivo judicial e a propositura de ação cognitiva autônoma, obviamente não sujeitas ao prazo de dois anos da ação rescisória, contra sentença inconstitucional, desde que tenha havido o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo STF da lei que serviu de fundamento para o ato a ser atacado (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos da Nova Execução de Títulos Judiciais – Lei 11.232/2005*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 462.)

¹¹²² Ver: OTERO, Paulo. *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

¹¹²³ GRECO, Leonardo. Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 251-62.

¹¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 263-85

_____. (Coord.). *A Força dos Precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: jusPodvim, 2010.

¹¹²⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Coisa Julgada Relativa? In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. p. 370.

¹¹²⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de Processo Pós-moderno: O Dilema Cruzado entre Ser Hipermoderno e Antimoderno. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle.

¹¹²⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 500-22.

Ver também: NERY JUNIOR, Nelson. A Polêmica Sobre a Relativização (Desconsideração) da Coisa Julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 287-306.

¹¹²⁸ Ver: LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: Temática Processual e Reflexões Jurídicas*.

¹¹²⁹ Ver: PORTO, Sergio Gilberto. Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 112, ano 28, p. 21-81, out./dez. 2003.

¹¹³⁰ ASSIS, Araken. Relativização da Coisa Julgada Material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 39-64.

¹¹³¹ Idem, p. 56.

¹¹³² Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A Ilegitimidade Constitucional do Efeito Vinculante*.

_____. *Verdade e Consenso*.

significado. É como se o texto contivesse uma *textitude*. Ou seja, “fica-se nos domínios do texto” .¹¹³³

Baptista da Silva, em artigo que confrontou a maioria da doutrina até então existente sobre a matéria, externando a peculiar autenticidade de seu pensamento, firma sua contrariedade a qualquer forma de relativização da coisa julgada a partir da impossibilidade de estabelecimento de critérios no tocante à grave/séria injustiça presente na decisão.

Revelando temor de eternização do conflito e de ausência de determinação de que a sentença posterior possa ser considerada definitivamente justa suplantando a injustiça da prolatada precedentemente,¹¹³⁴ Baptista da Silva diz que a relativização “destrói a *res iudicata*”.¹¹³⁵ Lança também importante reflexão acerca do papel do magistrado, desprestigiado no sistema romano-germânico-canônico e incapaz de impor a autoridade identificatória de eventual *injustiça* da decisão. “Seria possível a nossos magistrados – valendo-se de uma margem de *discricionariedade*, que o sistema lhes recusa – descobrirem o direito “justo”, além ou contra o texto legal?”.¹¹³⁶

Jânia Saldanha, propondo a refundação da jurisdição democrática e uma “radical abordagem da importância da construção compartilhada da decisão”, tece forte crítica aos procedimentos que buscam universalizar os conceitos jurídicos. Nessa linha:

Como essa perspectiva é incompatível a prática processual que se limita a reproduzir, sem justificar, verbetes de súmulas ou de decisões pré-dadas como atualmente é amplamente favorecido, por exemplo, pela sentença liminar de mérito prevista no artigo 285-A, pela decisão impeditiva de recursos, como previsto no artigo 518, § 1º, pelos poderes monocráticos dos relatores de indeferir, julgar improcedentes ou prejudicados recursos, conforme estabelece o artigo 557, como também pela possibilidade de rescindir-se, em primeiro grau de jurisdição, sentenças transitadas em julgado, apenas porque se tornaram contrárias à decisão do Supremo

¹¹³³ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis: Necessitamos de Uma “Teoria para Elaboração dos Precedentes”? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 78, ano 17, p. 294, mai./jun. 2009.

¹¹³⁴ Embora caiba sublinhar que Baptista da Silva não deixa de apontar caminhos para atender o que denomina herança do fim da primeira modernidade, dizendo que este período “determinará uma severa redução da indiscutibilidade da matéria coberta pela coisa julgada”. Por isso, “será necessário conceber instrumentos capazes de atender a essa nova aspiração jurídica. (...) Esses instrumentos devem ficar limitados àqueles propostos por Dinamarco, a partir da lição de Pontes de Miranda, quais sejam, (a) a ação rescisória; (b) uma sistematização adequada da *querela nullitatis*; (c) para permitir o afastamento da coisa julgada suscitado sob a forma de uma questão incidente, no corpo de outra ação, seja formulado pelo autor, como uma questão prejudicial; seja como objeção levantada em contestação pelo demandado; nunca igualmente (d), tornando a coisa julgada “relativa” a partir de pressupostos valorativos, como “injustiça” da sentença, sentença “abusiva”, “moralidade” administrativa, ou outras proposições análogas, mesmo porque – no que respeita à moralidade – nem só na administração pública ocorrem imoralidades. Como poderíamos justificar que a coisa julgada não valha quando a sentença consagre uma imoralidade administrativa, mas tenha, ao contrário, pleno vigor quando a imoralidade seja cometida contra particulares? (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Coisa julgada relativa? In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. p. 377.)

¹¹³⁵ Idem, p. 368.

¹¹³⁶ Idem, p. 369.

Tribunal Federal, como autoriza o artigo 741, II, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil.¹¹³⁷

Para Nery Júnior a coisa julgada é “*elemento de existência* do Estado Democrático de Direito”.¹¹³⁸ Nery parte das premissas dos dois casos paradigma para o tema: a) a investigatória de paternidade julgada anteriormente ao emprego do DNA nas demandas judiciais; b) a ação de desapropriação de imóvel com supervalorização ou defasagem da avaliação. Sustenta que as situações são de evidente excepcionalidade e não podem autorizar a fixação de exceção legal que desconsidere a coisa julgada. Para o processualista, assim, a relativização deve ser rechaçada, pois mais grave do que o risco político de materialização de uma decisão injusta no caso concreto é a insegurança geral provocada pela quebra da autoridade da coisa julgada, fragilizando seu reconhecimento.¹¹³⁹ Ainda, externa suas convicções a partir de argumentos que julga constitucionais e, segundo Nery, desautoriza-se qualquer afastamento da força vinculativa da coisa julgada:

A lei não pode modificar a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI); a CF não pode ser modificada para alterar-se a coisa julgada material (CF, art. 1º *caput* e art. 60, § 4º.); o juiz não pode alterar a coisa julgada (CPC 467 e 471). Somente a lei (pretensão, pedido, mérito) é acobertada pela coisa julgada material, que a torna imutável e indiscutível, tanto no processo em que foi proferida a sentença, quanto em processo futuro. Somente as sentenças de mérito, proferidas com fundamento no CPC são acobertadas pela autoridade da coisa julgada; as de extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC 267) são atingidas apenas pela preclusão (coisa julgada formal). A coisa julgada material é instrumento de pacificação social.¹¹⁴⁰

Pereira Leal tece duras críticas a toda forma de relativização da coisa julgada, sustentando que a concepção é fruto de uma jurisdição exercida por “juízes-guardiães ou depositários fiéis e irremovíveis das leis”.¹¹⁴¹ Sua crítica encontra semelhança com o pensamento de Streck¹¹⁴² na incorreção dos processualistas em aplicarem a teoria dos precedentes como sustentáculo dos instrumentos de standardização da causa. Tanto que os *hard cases*, na condição de protótipos do direito, são rejeitados especialmente por conta da distinção cultural do ponto de vista jurídico e social registrada em relação aos norte-

¹¹³⁷ Ver: SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de Processo Pós-moderno: O Dilema Cruzado entre Ser Hipermoderno e Antimoderno. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. p. 266.

¹¹³⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 500.

¹¹³⁹ *Idem*, p. 507.

¹¹⁴⁰ *Idem*, p. 501.

¹¹⁴¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: Temática Processual e Reflexões Jurídicas*. p. 11.

¹¹⁴² Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função*. A Ilegitimidade Constitucional do Efeito Vinculante.

americanos.¹¹⁴³ Segundo Leal, a relativização da coisa julgada encontra relação direta com tal concepção liberal e seu acolhimento redundaria na “queda do suposto absolutismo da coisa julgada (*auctoritas rei judicata*) com ascensão do julgado judicial tirânico: uma troca sutil e estratégica de um dogma por outro humanamente encarnado na judicialidade (*auctoritas hominis judicialis*)”¹¹⁴⁴.

Já a proposta de Sérgio Porto elege a via da regulação, pelo ordenamento, das hipóteses de impugnação da decisão transitada em julgada, tal qual a previsão tutelada há muito na ação rescisória. Deixa claro, contudo, que se trataria de hipóteses excepcionais e, estando disciplinadas, teriam o condão de evitar o vilipêndio à estabilização das demandas. Como afirma o jurista gaúcho, “não se pode propor o caos jurídico, mas sim, como medida de razoabilidade, aparelhar a ordem jurídica com instrumentos hábeis [...], mantendo-se a segurança jurídica necessária à convivência social”¹¹⁴⁵.

Araken de Assis, como sinalado alhures, embora defensor da constitucionalidade dos artigos 741, parágrafo único e 475- L, § 1º do Código de Processo Civil, manifesta posição contrária à relativização, tanto que oscila na própria defesa das aludidas regras, quando afirma, “à primeira vista, os artigos [...] não ofendem a Constituição”.¹¹⁴⁶ Araken, nesse sentido, apresenta ingente preocupação com o efeito que a aplicabilidade da desconsideração pode provocar, quando aduz:

Se a tendência contemporânea de ignorar a indiscutibilidade dos provimentos judiciais, que resume singular atributo da coisa julgada, provocará benefícios ou, ao invés, dissolverá a esperança de resolução rápida e efetiva dos litígios, constitui questão aberta a variadas divagações. No entanto, parece pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral.¹¹⁴⁷

Ainda, Gisele Góes¹¹⁴⁸ desenvolve treze argumentos contrários à aplicação da tese da relativização. Dois deles merecem destaque. O exame, embora perfunctório, das

¹¹⁴³ Juridicamente, o *common law*, por si, demonstra o distanciamento existente com a cultura brasileira. Culturalmente, tem-se que os americanos cultivam um liberalismo bem mais acentuado que países de modernidade tardia como o Brasil. Prova disso foi recente pesquisa realizada com a população norte-americana, que desabonou a proposta de Barak Obama para implantação do seguro-saúde, numa organização semelhante ao SUS brasileiro. Em que pese a ausência de chancela popular, o Presidente norte-americano acabou por implantar a nova política social, logrando êxito na aprovação parlamentar.

¹¹⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*: Temática Processual e Reflexões Jurídicas. p. 10.

¹¹⁴⁵ Ver: PORTO, Sergio Gilberto. Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada. In: *Revista de Processo*.

¹¹⁴⁶ ASSIS, Araken. Relativização da Coisa Julgada Material. In: In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 56.

¹¹⁴⁷ Idem, p. 61.

¹¹⁴⁸ GÓES, Gisele Fernandes dos Santos. A “Relativização” da Coisa Julgada: Exame Crítico (Exposição de Um Ponto de Vista Contrário). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 163-78.

considerações que boa parte dos processualistas tecem no tocante à doutrina de Eduardo Couture, especialmente Dinamarco.¹¹⁴⁹ Couture, de fato, não fez alusão explícita à coisa julgada, vez que tão-somente sugeriu a ação revocatória, nos moldes da pauliana empregada pelo CPC atualmente por conta da fraude do caso paradigma. O segundo indaga acerca do perfil do juiz relativista. Seria o juiz de Kafka ou o Hércules de Dworkin? Esses modelos seriam capazes de carregar a responsabilidade de delimitação, no tempo, do fim das injustiças?¹¹⁵⁰

Sergio Nojiri¹¹⁵¹ aduz que a coisa julgada está em idêntico patamar dos demais direitos fundamentais e, como tal, não pode ser relativizada. Yoshikawa¹¹⁵², por sua vez, dá eco à doutrina que questiona a possibilidade de definir a injustiça praticada e pôr fim ao litígio em face da permissão de ajuizamento de novas demandas, violando o princípio da estabilidade da demanda.

Um dos principais argumentos fundantes da relativização da coisa julgada é a injustiça da decisão. Claro, no caso dos dispositivos processuais que permitem a retroatividade de decisões posteriores do Supremo, a noção de justiça tem viés autoritário e é identificada com o termo *jurisprudência predominante*. Não há que se falar em restabelecimento da justiça para essas hipóteses, vez que totalmente antagônicas à etimologia desse sedento vocábulo ligado ao direito, à vida, à política e cujo descortinamento traduz um dos grandes escopos do homem ao longo dos tempos. Um dos defensores dessa premissa é

¹¹⁴⁹ Ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*.

Ver também: DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: *Revista de Direito Processual*.

¹¹⁵⁰ GÓES, Gisele Fernandes dos Santos. A “Relativização” da Coisa Julgada: Exame Crítico (Exposição de Um Ponto de Vista Contrário). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 170-2.

¹¹⁵¹ NOJIRI, Sergio. Crítica à Teoria da Relativização da Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 351-70. Como aduz o autor: “Conforme o atual modelo constitucional, cabe ao Judiciário dizer a última palavra a respeito de controvérsias que lhe são postas a apreciação. E esse poder é absoluto e exclusivo. Por essa razão causa estranheza ler críticas no sentido de que “as decisões judiciais são ainda um feudo não sujeito a qualquer juízo ou espécie de controle de sua conformidade com a Constituição”, já que é o próprio sistema constitucional que assim determina. [...] se o papel de controlar a constitucionalidade e a legalidade dos atos normativos não mais pertencer aos juízes, a quem pertencerá? Não teria mais, porventura, o Poder Judiciário a missão constitucional de aplicar a lei e a de controlar a constitucionalidade dos atos normativos? [...] As atribuições aos juízes de poderes, erigindo-os em guardiões da constitucionalidade e da legalidade da atividade dos demais poderes públicos, para quem desconhece, não se trata de nenhuma espécie de tendência, mas decorre de prescrições constitucionais que, em seu conjunto, desenham um arquétipo de atribuições e deveres aos órgãos judiciais que os tornam guardiões da constitucionalidade e da legalidade. Seria estranho se assim não fosse”. (Idem, p. 360.)

¹¹⁵² YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Crítica à Relativização da Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 81-214.

Dinamarco, quando afirma, “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”.¹¹⁵³

Veja-se que a premissa trazida por Dinamarco vai ao encontro de uma das maiores pretensões filosóficas da história, qual seja, a realização da justiça. A questão não parece estar centrada no rol de premissas etimológicas da relativização, mas sim nos critérios empregados para seu uso e nos riscos que a excepcionalidade poderia verter. A permissividade ao axiologismo é uma das principais portas de entrada para o totalitarismo e razão das arbitrariedades e dos decisionismos. Como disse o Ministro Eros Grau, “pior que uma ditadura de fardas é uma ditadura de togas pelo crédito de que dispõem perante a sociedade”.¹¹⁵⁴ Ademais, reavivando a filosofia da consciência, Dinamarco propõe a aplicação do *método indutivo* como norte da relativização:

Proponho-me, neste ponto, a tentar o esboço de uma *reconstrução dogmática* dos princípios e conceitos emergentes dessas ideias colhidas aqui e ali, em busca de critérios objetivos constantes e capazes de oferecer segurança no trato da coisa julgada material em face dos demais valores presentes na ordem jurídica. Será um trabalho conduzido pelo **método indutivo**, partindo do particular em busca do geral – ou seja, partindo da casuística levantada e das ideias invocadas em cada caso, com vistas a encontrar um legítimo ponto de equilíbrio entre a garantia constitucional da coisa julgada e aqueles valores substanciais. Como fio condutor dessa investigação e das **hipóteses de mitigação da coisa julgada**, valho-me do conceito técnico-jurídico da *impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença*. (grifo nosso).¹¹⁵⁵

O argumento parece frágil, pois não há possibilidade de assegurar que o erro/injustiça/equívoco do primeiro julgamento seja superado pelo segundo e assim sucessivamente. Embora admissível que *desde-já-empres* como o caso da investigatória de paternidade proposta anteriormente ao surgimento do DNA com decreto de improcedência¹¹⁵⁶ reclamem uma atenção acentuada do direito, a reognição de suposta injustiça da decisão não parece constituir o caminho mais adequado para a celeuma, vez que afeto às arbitrariedades e propenso à eternização dos conflitos, *ao sabor da jurisprudência dominante*. Como reflete Baptista da Silva:

¹¹⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: *Revista de Direito Processual*. p.13.

¹¹⁵⁴ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 95.009-4/SP, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 06.11.2008.

¹¹⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: *Revista de Direito Processual*. p. 25.

¹¹⁵⁶ Embora o Prof. Ovídio alerte, resgatando sua experiência forense, “O argumento, sem dúvida, impressiona. Todavia, sob o aparente desinteresse econômico que essa intenção possa transmitir, os olhos do filho natural estarão invariavelmente voltados para a herança paterna. Em minha longa experiência forense nunca encontrei uma ação desta espécie proposta por um filho abastado contra um pai miserável”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Coisa Julgada Relativa? In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. p.372.)

A coisa julgada cederia à injustiça contida na primeira sentença, porém a segunda seria inatacável, pelos mesmos fundamentos. A injustiça destruiria a ‘primeira coisa julgada’, mas a sentença que o reconhecesse seria, *ipso iure*, justa e não abusiva! Porém, qual haveria de ser o fundamento para a intangibilidade desta ‘segunda coisa julgada’? Em resumo: quem poderia impedir que o sucumbente retornasse, no dia seguinte, com uma ação inversa, pretendendo demonstrar a injustiça da segunda sentença? Porventura, a coisa julgada...? ¹¹⁵⁷

A partir de Liebman¹¹⁵⁸ tem-se que a coisa julgada, mais que um efeito da sentença, é uma qualidade que a imuniza, dando vazão à estabilidade da demanda. Dessa forma, a coisa julgada material, formal e as preclusões processuais – incluída a prescrição – constituem garantias constitucionais e sustentáculo político do direito, vez que alcançam segurança jurídica à sociedade. Logicamente, não se quer emprestar à coisa julgada o caráter absoluto que a orientou durante décadas.

Cabe reconhecer certo acerto na afirmação de Dinamarco, quando assevera que a coisa julgada e a segurança jurídica devem “conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (CF, art, 5º, XXXV)”. ¹¹⁵⁹

Mas se é fato que o direito deve almejar a justiça, também o é que devem existir critérios para seu alcance material e sua concretização no processo. Nessa linha, as teorias da decidibilidade que se apresentam, especialmente a alexyana, firmam-se principalmente no princípio da razoabilidade e nos preceitos morais, ensejando arbitrariedades que, por representarem fundamentação pessoal ou ausência de fundamentação, acabam por distanciar o direito da justiça. Dessa forma, o problema é definir a injustiça e o equívoco que permeiam a decisão relativizada e ainda delimitar no tempo a decisão *justa* que superará a *injusta*. ¹¹⁶⁰

¹¹⁵⁷ Idem.

¹¹⁵⁸ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*.

¹¹⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: *Revista de Direito Processual*. p. 13.

¹¹⁶⁰ Como infere Marinoni, refletindo acerca do tema: “O problema, aqui, não é o de saber se é possível pensar em sentenças que, por possuírem vícios de extrema gravidade, podem ser desconsideradas independentemente de ação rescisória, como a proferida contra quem não foi citado. Lembre-se, aliás, que Pontes de Miranda já sustentava, há muito tempo, a existência de sentenças nulas e inexistentes (...). O que importa, nesse momento, é indagar se é possível e conveniente, diante de certas circunstâncias, dispensar a ação rescisória para abrir oportunidade para a revisão de sentenças transitadas em julgado. Tal possibilidade implicaria na aceitação de que a coisa julgada deve ser relativizada. [...]. Contudo, *de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente*. Por isso, se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir efeitos indesejáveis ao próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser *desconsiderada*. (MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p 266.)

E ainda, a indignação de Ovídio Baptista da Silva: “Fenômeno singular, nossa ‘modernidade líquida’ teria regressado ao direito medieval, ou mesmo ao direito romano, perante o qual a sentença nula era de fato nenhuma

Boa parte das premissas de aplicação da relativização da coisa julgada nasce da tese defendida por Otero,¹¹⁶¹ catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, que publicou ensaio sobre a matéria. O julgamento do Ministro Delgado, por exemplo, erigiu suas bases a partir dos argumentos vertidos pelo dito jurista português. Dinamarco e Theodoro Júnior também lançam mão do alicerce oferecido por Otero. A questão é saber se Otero realmente apresenta guarida às teses defendidas pelos juristas brasileiros.

Na verdade, Otero propõe o rompimento da coisa julgada em face de vício ou inconstitucionalidade declarada, em regra, por via do controle *abstrato* pelo Tribunal Constitucional. Ora, o parágrafo único do artigo 741 e o artigo 475- L, § 1º propõem a desconsideração da coisa julgada com fulcro no controle *concreto* de constitucionalidade, já que viabilizada mediante o apreço de Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, como ocorreu, por exemplo, no caso da revisional que intentava a majoração do benefício previdenciário de pensão por morte para 100% do salário contribuição.¹¹⁶² Ademais, os dispositivos incluem a hipótese de aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas por incompatíveis em face da Constituição.

Assim, existem distinções importantes entre a proposta apresentada por Otero e aquela presente no Código de Processo Civil pátrio. A influência – com compreensão equivocada – das ideias do processualista fazia sentir mesmo antes do julgamento paradigma do Ministro Delgado. O hoje Ministro do Supremo, Gilmar Mendes, quando no exercício da advocacia geral da União, alicerçou-se na teoria do § 79-2 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que sustenta decisões com esteio em inconstitucionalidades que não são albergadas pela coisa julgada.

(*nullum*), não carecendo, como o nulo moderno, ser *desconstituído*. Além disso, a sugestão dos ilustres juristas, de que deveríamos ignorar, de *plano*, a coisa julgada ‘injusta’, faz homenagem a outro princípio pós-moderno” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Coisa Julgada Relativa? In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. p. 378.)

¹¹⁶¹ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*.

¹¹⁶² PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. URV. ART. 20 DA LEI Nº 8.880/94. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. APLICABILIDADE. ÂMBITO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. STF. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO.

1. A matéria sobre a extensão dos efeitos de aplicabilidade do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, segundo o Supremo Tribunal Federal, é de âmbito Constitucional, pois refere-se à extensão dos precedentes aos casos com trânsito em julgado.

2. Deve-se prestigiar o teor normativo do artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil em sua maior extensão possível, pois num Estado Democrático de Direito, a definição final sobre a constitucionalidade ou não da Norma deve ser de competência de um único órgão jurisdicional, no nosso caso, o Supremo Tribunal Federal.

3. Diante da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei não pode prevalecer decisão judicial que a contrarie, mesmo que já transitada em julgado, pois sem dúvida essa decisão transitada em julgado fere a própria Constituição, cuja interpretação compete ao Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 2004.71.00.006076-6. Quinta Turma, Relator: Artur César de Souza. Julgado em 04.08.2009).

A incompatibilidade com a teoria base que motivou a calenda da relativização da coisa julgada no Brasil demonstra, mais uma vez, que a pretensão é fruto da estandardização da causa, gestando mais um instrumento da padronização das decisões aplicado verticalmente. Vive-se, de fato, a era das exceções legisladas, da desconceitualização do direito e um novo arquétipo kelseniano, na tentativa senil de aplicar a subsunção numa sociedade complexa e de relações em rede. De novo, a exatidão e a matemática vitimando o viés de ciência humana que permeia o direito. O direito, como ciência, segundo afirma Streck, fragiliza-se nesse cenário:

Embargos declaratórios, ao lado da relativização da coisa julgada, vício transrecisório (sic), são institutos predatórios do direito, fragilizando a autonomia do direito. Aliás, cada vez que em nome de discursos morais, políticos ou econômicos – igualmente predatórios – se justificar uma “correção do direito”, estar-se-á enfraquecendo aquilo que se quer preservar.¹¹⁶³

Afora o debate de incompatibilidade com a teoria mãe, vale dizer que, a rigor, o problema dos dispositivos processuais em liça reside na sua inaplicabilidade em si, pois inconstitucionais, na medida em que afrontam o preceito da autoridade da coisa julgada. Aliás, tal garantia é assegurada inclusive como cláusula pétrea na própria Magna Carta, vez que, prevista no artigo 5º, XXXVI e inserta nos direitos fundamentais tutelados no artigo 60, § 4º, IV, firmado está o paradigma para que o caso julgado integre o núcleo base da Carta Política, constituindo um de seus precípuos esteios.

Ademais, a coisa julgada encontra íntima relação com o devido processo legal, o direito à ampla defesa e o contraditório, que também constituem garantias pétreas, inclusive com função asseguradora da democracia e com propósito antitotalitário, evitando o estado de exceção. Por sinal, tais garantias, incluindo-se a coisa julgada, constituem o núcleo dos direitos processuais-constitucionais que produzem o contraste com o Estado Democrático de Direito atual e os auspícios hipócritas e covardes da ditadura de 70. A admissibilidade da fragilização/desconsideração dessas garantias é a porta de entrada para o retorno de um estado indesejado, da malfadada herança dos porões, do assassínio da liberdade e do silenciar das vozes. Como bradaram Chico e Gil, “pai afasta de mim esse cálice”¹¹⁶⁴.

¹¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis: Necessitamos de Uma “Teoria para a Elaboração de Precedentes?” In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 294.

¹¹⁶⁴ A canção gestada em 1978 lançava mão da metáfora que teve inspiração na popular festa do divino. Com composição de Chico Buarque de Holanda e Gilberto Gil Moreira, combatia o silêncio imposto pela ditadura, numa referência explícita que não conseguiu ludibriar o regime militar por muito tempo. A pretensão dos autores fica explicitada na composição: “Como beber dessa bebida amarga. Tragar a dor, engolir a labuta. Mesmo calada a boca, resta o peito. Silêncio na cidade não se escuta. De que me vale ser filho da santa. Melhor seria ser filho da outra. Outra realidade menos morta. Tanta mentira, tanta força bruta. Pai, afasta de mim esse cálice. Pai, afasta de mim esse cálice. Pai, afasta de mim esse cálice. De vinho tinto de sangue. Como é difícil acordar

Por sinal, a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana¹¹⁶⁵ reconhecem a coisa julgada como garantia fundamental e condição da tutela jurisdicional. O conceito de coisa julgada no processo brasileiro, como amplamente discorrido, divorcia-se da teoria alemã, que a define como eficácia da declaração, constituindo um efeito da sentença.¹¹⁶⁶ Ao contrário, reconhece-a como sendo uma qualidade, um adjetivo da sentença.¹¹⁶⁷ Dessa forma, além da matriz constitucional, há uma valorização processual da coisa julgada. A desconsideração da coisa julgada, a partir da disciplina do Código de Processo Civil, põe-se na contramão da teoria do processo e, especialmente, da Constituição.

Aliás, é reducionista o pensamento daqueles que entendem ser a positivação da relativização suficiente à sua aplicabilidade, desconsiderando os fatos históricos e as premissas constitucionais. O raciocínio, seguramente, tem base cartesiana e é fruto de uma morbidade que como uma erva daninha afeta parcela considerável dos juristas contemporâneos, o paradigma da filosofia da consciência.

A tentativa de justificar a desconsideração da coisa julgada a partir da necessidade de uniformização da jurisprudência depõe contra a própria herança histórica de justiça. A pseudo-segurança não pode insultar a justiça do caso concreto. Como disse Rawls, a “injustiça só é tolerável quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior”.¹¹⁶⁸ Não parece, definitivamente, ser o caso da relativização, que, a pretexto de garantir uma previsibilidade que não se assenta na expectativa que o jurisdicionado tem no resultado advindo do processo, mas sim na materialização da vontade dos tribunais superiores, dá ensejo à padronização do entendimento que fere de morte o sentido da independência do ato jurisdicional. Como alerta Castanheira Neves:

No seu sentido *político-jurídico*, o princípio da independência dos tribunais vai implicado tradicionalmente na pretensão de impor o Estado-de-Direito, através de uma estrutura definida pela “separação dos poderes”, como um estrito Estado de legalidade, com predomínio do poder legislativo e ainda com incondicional identificação do direito com a lei. Por isso o que neste contexto se pretende, ao proclamar-se que “os juízes são independentes e devem unicamente obediência à lei”. [...] a lei enquanto expressão do legítimo poder legislativo, da *volonté générale*, por um lado, e enquanto estrutura normativa (norma geral e abstracta) que potencia a objectividade racional, autolimita o poder e dá garantia do princípio da separação dos poderes. E significa ainda, na linha da mesma pretensão,

calado. Se na calada da noite eu me dano. Quero lançar um grito desumano. Que é uma maneira de ser escutado. Esse silêncio todo me atordo. Atordoado eu permaneço atento. Na arquibancada pra a qualquer momento. Ver emergir o monstro da lagoa. Pai, afasta de mim esse cálice”.

¹¹⁶⁵ Idem à nota 1019.

¹¹⁶⁶ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Traduzido por F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 335.

¹¹⁶⁷ Ver: LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*.

¹¹⁶⁸ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. p. 4.

que o “poder judicial” devia ser “*en quelque façon nulle*” – já como simples “*bouche qui prononce les paroles de la loi*”, já pela sua unidade de “corpo” que o constituísse num verdadeiro poder perante os outros poderes estaduais.¹¹⁶⁹

Veja-se que a intenção de Castanheira Neves, que é a de vincular o juiz à lei tem por escopo sublinhar o impedimento imperioso de que o Judiciário se submeta ao seu próprio Poder. Nessa esteira, é essencial que seja mantida a independência funcional do magistrado e que a concepção da tripartição dos poderes norteie, com espedeque no seu propósito genético, a relação entre os poderes.

Todas as formas de estandardização, inclusive a relativização da coisa julgada, projetam dois golpes na independência dos poderes: a) internamente, afastam o critério de independência funcional constitucionalmente garantido a todos os membros do Judiciário regularmente providos em seus cargos, seja pelo critério do processo seletivo regular, pelo quinto constitucional ou os ocupantes dos cargos de nomeação direta, como ocorre com os ministros do Supremo Tribunal Federal; b) externamente, a relativização e as súmulas violam a função legislativa. (1) Os dispositivos que tutelam o afastamento da coisa julgada porque produzem efeito retroativo que gera causa modificativa no processo transitado em julgado, mesmo na fase de cumprimento da sentença, força normativa que, aliás, nem a própria lei ordinária alcançaria, em face da vedação constitucional (proteção ao direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito). (2) As súmulas de efeito vinculante, porque gestam uma super-norma, a salvo de questionamento constitucional, já que só poderão ser revogadas por outra súmula. Enquanto a lei *stricto sensu* poderá ter sua aplicação questionada pelo julgador em face de diversos argumentos, *v.g.*, inconstitucionalidade, critério consuetudinário e direito comparado, a súmula deverá ser acolhida *ipsis litteris*. Em pleno *civil law*, a jurisprudência – que não é precedente, como se verá – supera a lei.

Cabe perguntar, ainda, se o Supremo Tribunal Federal verterá relativizações em prol de demandas individuais ou mesmo demandas de massa que alcancem um sem número de litigantes? Parece que não. Com exceção da excepcionalidade da investigatória de paternidade envolvendo o DNA, a tendência dos tribunais superiores tem sido de rejeitar as teses erigidas contra grandes corporações e em desfavor do Estado. A maior amostra disso, quiçá, seja o caso das diferenças de ações envolvendo a Brasil Telecom,¹¹⁷⁰ que tem suscitado a aplicação

¹¹⁶⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. 102-3

¹¹⁷⁰ Direito Civil. Contrato de Participação Financeira. Violação dos artigos 165, 458, II E 535 do CPC Não caracterização. Ilegitimidade. Incidência do verbete sumular nº 07 dessa Corte. Prescrição prevista no artigo 287, II, "g" da Lei 6.404/76. Não incidência. Valor patrimonial da ação. Apuração no mês da integralização.

da desconsideração da coisa julgada em face de decisão do Superior Tribunal de Justiça, em interpretação extensiva (outro sintoma incompreensível) do artigo 475- L, § 1º do CPC. Permanecendo hígida a desconsideração da coisa julgada, traçado está o destino, firmado na possibilidade de retroatividade das decisões com o extermínio coletivo das teses de massa. De fato, tem-se a crônica da morte da causa como um nefasto prenúncio do futuro.

A velha gestão filosófica da verdade alinhada ao cartesianismo é que compõe a face negra e autoritária da desconsideração da coisa julgada. Ela molda-se à teoria da análise econômica do direito – examinada no primeiro capítulo – que percebe o processo como uma instância de maximização de prejuízos. Nessa perspectiva, o direito preocupa-se tão-somente com o enfrentamento das demandas de massa, percebendo as “individualidades” das partes como um entrave à “rodagem” do sistema. É o fordismo que se revigora a partir de uma indústria jurídica que sufoca a inteligência e se afeiçoa inteiramente à era da cibernética. Como alterca Taruffo, “a *law and economics* tienden a considerar la función del proceso exclusivamente desde el punto de vista de la eficiencia económica de la resolución de los conflictos”.¹¹⁷¹

A crítica de Owen Fiss, que analisa a realidade americana, revela-se muito oportuna. O autor agrega aos questionamentos da excessiva interferência econômica no direito a condenação da dimensão burocrática que se tenta impor, na tendência de moldagem do público pelo privado, olvidando-se que a administração da justiça não é um fato estatístico, voltado para resultados lógicos e quantificados, mas sim um evento político, que precisa considerar o elemento humano e as repercussões que naturalmente se fazem sentir na sociedade. E o pior é que a burocracia imposta às instituições não tem nem sequer alcançado seu desiderato liberal, qual seja, o de reduzir o contingente de ações pendentes de apreço.

Multa do artigo 538, § único, do CPC. Exclusão. Recurso Especial conhecido em parte e em extensão. Provido.1. O v. acórdão veio devidamente fundamentado, nele não havendo qualquer contradição, obscuridade ou omissão. 2. Nos contratos de participação financeira, não incide a prescrição prevista no artigo 287, inciso II, alínea "g", da Lei nº 6.404/76.3. O valor patrimonial da ação, nos contratos de participação financeira, deve ser o fixado no mês da integralização, *rectius*, pagamento, do preço correspondente, com base no balancete mensal aprovado.4. Nos casos de parcelamento do desembolso, para fins de apuração da quantidade de ações a que tem direito o consumidor, o valor patrimonial será definido com base no balancete do mês do pagamento da primeira parcela.5. Multa do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, afastada.6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 975.827/RS. Segunda Seção, Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 24.10.2007. Publicado no Diário da Justiça em 26.11.2007, p. 115.)

¹¹⁷¹ TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*: proceso y derecho. p. 415. Ainda cabe destacar, acerca do pensamento do processualista italiano, que designa os adeptos da *law and economics* de inimigos da verdade, que asseveram, “[...] desde un punto de vista económico la función principal del juicio no es producir el conocimiento de los hechos, sino disuadir a los asociados de tener comportamientos indeseables”. Ainda, aponta o tendência de estabelecimento de uma inadequada verdade absoluta que tal proposição traz, afirmando que “[...] la verdad sólo puede ser absoluta, se dice que en el proceso no se puede descubrir la verdad, y por tanto es necesario contentarse con la probabilidad”. (Idem).

Pelo contrário, tem aprofundado a crise com o aumento de recursos firmados em inconstitucionalidades e decisões mal fundamentadas, tudo ambientado à cultura de total irresponsabilidade do Juiz. Veja-se a construção de Fiss:

[...] la cuestión no radica em preguntarse si tenemos una burocracia, en cuanto la burocratización, em el sentido em que defini el término, parece inevitable y, quizás, desable. La burocratización de la judicatura, tanto como la burocratización del mundo, es imposible de eludir. La cuestión es más restringida y consiste em determinar si las organizaciones burocráticas producen patologías o disfunciones que amenazan los fundamentos del proceso judicial. Si la respuesta a este interrogante es afirmativa y es posible identificar esas patologías, podrían entonces imaginarse arreglos institucionales tendentes a contrarrestar, o, al menos, aliviar, los peligros que este desarrollo inevitable implica para el proceso judicial.¹¹⁷²

Vale dizer que a fragilização da coisa julgada em face de constatação da injustiça da decisão ou por força dos dispositivos processuais atinentes à matéria baseia-se no *senso comum*,¹¹⁷³ no conhecimento do *uomo della strada*,¹¹⁷⁴ descontextualizada da factualidade histórica do direito. O emprego sem fundamento do princípio da igualdade, sob o pretexto de obtenção de decisões uniformes, via de regra aplicadas em favor do Estado, definitivamente, divorcia-se de qualquer concepção de justiça, por mais verossímil e plural que esta possa ser. As tentativas de expurgo gradativo da coisa julgada habitam o lugar comum, irmanam-se com a linguagem¹¹⁷⁵ rasa e aproximam-se do coloquial, de uma espécie de negação da ciência. Como testemunha Warat:

¹¹⁷²FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007. p. 106.

¹¹⁷³WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. In: *Revista CCJ*, Santa Catarina: UFSC, n. 5, jun. 1982.

¹¹⁷⁴CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Volume 1. Traduzido por Luiz Abezia; Sandra Drina Fernandes Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

¹¹⁷⁵Warat descreve bem esse emprego vulgarizado da linguagem, abordando a relação existente entre *episteme*, *doxa* e *senso comum* teórico: “Assim, procuraram opor o conhecimento científico às representações ideológicas e as representações metafísicas, distinguindo a verdade do erro, distanciando o sentido referencial de suas evocações conotativas, como também, diferenciando as opiniões comuns (a *doxa*) do conhecimento científico (a *episteme*). Esta última distinção abrange todas as anteriores, já que a *doxa* estaria constituída por um conglomerado de argumentos verossímeis, formados a partir das representações ideológicas, das configurações metafísicas e das evocações conotativas. O conhecimento científico seria o saldo, logicamente purificado, de todos esses fatores. Ora, quando observamos a forma em que esta concepção de racionalidade científica é apropriada na práxis do direito, verificamos como nenhum dos fatores, aparentemente rejeitados, deixa de manifestar-se. E o conhecimento científico do direito termina sendo um acúmulo de opiniões valorativas e teóricas, que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela *episteme*. Estamos diante do *senso comum* teórico dos juristas, que é um conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente, suprimidas pelo processo epistêmico. O *senso comum* teórico não deixa de ser uma significação extra-conceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma *doxa* no interior da *episteme*”. (WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. In: *Revista CCJ*. p. 3.)

Metaforicamente, caracterizamos o *sensu comum teórico* como a voz "off" do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam. A grosso modo, podemos dizer que os hábitos semiológicos de referência encontram-se constituídos: por uma série móvel de conceitos, separados, estes últimos, das teorias que os produziram; por um arsenal de hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias; por opiniões costumeiras; por premissas não explicitadas e vinculadas a valores; assim como, por metáforas e representações do mundo. Todos estes elementos, apesar de sua falta de consistência, levam a uma uniformidade última de pontos de vista sobre o direito e suas atividades institucionais.¹¹⁷⁶

Warat atesta o que tem motivado as tentativas frustradas de combate à morosidade do processo e de busca de efetividade da jurisdição. Cada vez mais o formalismo habita o ideal imaginário dos processualistas e encontra sempre o mesmo óbice, qual seja, a impossibilidade de realização das pretensões materiais através de mudanças meramente procedimentais.

Assim como as conquistas democráticas pressupõem, além do amparo procedimental e a garantia material de acesso, também o processo exige a aproximação com os fatos da vida. Não há jurisdição democrática firmada apenas na asseguuração da forma, especialmente quando se constituem instrumento de cerceamento do acesso à justiça, como a repercussão geral dos recursos especial e extraordinário, o malfadado exame de admissibilidade dessas formas de insurgência pelos tribunais estaduais, a sentença preliminar, as súmulas vinculantes e todas as demais maneiras de standardização e morte precoce da causa. O *sensu comum*¹¹⁷⁷ tem justificado o acolhimento, na comunidade jurídica, de normas erráticas e mal intencionadas, que sob o pretexto da efetividade padronizam os feitos e obstaculizam o acesso à justiça, militando contra o devido processo legal.

As mudanças paradigmáticas na cultura de julgamento das demandas surtiria efeito muito mais profícuo, lastreado de probidade intelectual e amparo científico, longe do saber dos rábulas que justificam as normas de standardização na busca de efetividade e dispensam ao processo o mesmo tratamento empregado a uma linha de produção fabril. A supressão dos embargos declaratórios e a fundamentação adequada das decisões traduz um dos símbolos da jurisdição democrática.¹¹⁷⁸ A aplicação de alternativas importantes de ordenação do processo,

¹¹⁷⁶ Idem, p.4.

¹¹⁷⁷ Também vale ressaltar o magistério do Prof. Marinoni, que critica o emprego do *sensu comum* aplicado específica e inadvertidamente na relativização da coisa julgada. Nessa esteira: "A 'tese da relativização' contrapõe a coisa julgada material ao valor da justiça, mas surpreendentemente não diz o que entende por 'justiça' e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema. Aparentemente parte de uma noção de justiça como *sensu comum*, capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio (*l'uomo della strada*), o que torna imprestável ao seu propósito, por sofrer de evidente inconsistência, nos termos a que se refere Canaris. (MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p 282.)

¹¹⁷⁸ Lenio Luiz Streck elabora contundente crítica acerca da ausência de fundamentação das decisões e no emprego dos "embargos declaratórios como forma de salvá-las". Nesse sentido, os seguintes trabalhos:

como o esgotamento das determinações do artigo 331 do CPC, precisando-se e determinando-se a fundamentação das provas a produzir e o saneamento do processo,¹¹⁷⁹ com o julgamento das preliminares, também constituem maneiras de democratização da jurisdição. Nenhuma delas demanda nova norma, mas tão-somente mudança de postura dos operadores do direito.

A relativização da coisa julgada, além de redundar num aviltamento do instituto, também integra esse processo pernicioso de castração do acesso à jurisdição, vilipendiando a causa e, em última instância, as partes e seus patronos.

Tanto que Marinoni e Greco afirmam a inconstitucionalidade do artigo 475- L, § 1º e 741 do CPC. Greco alicerça sua premissa na malfadada tentativa de importação da previsão insculpida no § 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão.¹¹⁸⁰ Como apontado precedentemente, tanto os julgados do Supremo Tribunal Federal, quanto os do Superior Tribunal de Justiça – especialmente o caso paradigma com voto do Ministro Delgado¹¹⁸¹ –, assim como a própria regulamentação processual têm espeque na doutrina do jurista português Paulo Otero.¹¹⁸² A premissa, sem embargo, é equivocada. Além de inferir que a regra para a dita relativização é o controle *abstrato* de constitucionalidade, a norma alemã também preserva “os efeitos pretéritos da coisa julgada”,¹¹⁸³ coisa que o legislador pátrio não fez quando da edição da Medida Provisória 2.180/2001, cuja vigência foi firmada pela Emenda Constitucional 32/2001, introduzindo um parágrafo único ao artigo 741 do CPC.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*.

_____. STRECK, Lenio Luiz. Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis: Necessitamos de Uma “Teoria Para a Elaboração de Precedentes”? .In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.

Ovídio Baptista da Silva também dá eco à contrariedade com o hábito incorporado pelo direito pátrio, que cada vez mais verte sentenças desprovidas do alicerce argumentativo adequado. A esse teor, assinala: “É mais freqüente do que se imagina depararmos-nos com decisões judiciais cuja fundamentação preocupa-se em mostrar as preferências do juiz por uma das versões probatórias, ou por uma das incontáveis possibilidades de interpretação jurídica da norma, sem que ele, no entanto, examine criticamente as versões que a infirmem, para mostrar as razões pelas quais as desmerecera. É comum verem-se sentenças fundamentadas, esquematicamente, mais ou menos assim: ‘A alegou tais e tais razões, tendo provado os seguintes fatos. Entretanto, considero que a prova contrária fornecida por B é a que reflete a versão verdadeira dos fatos’. Em geral, para chegar a essa falsa motivação, o julgador estende-se em argumentos jurídicos para justificar a decisão que lhe pareceu a mais justa. Costuma trazer, em seu apoio, doutrina e jurisprudência, além de proceder à análise da prova que favoreça a conclusão por ele ‘livremente’ escolhida, esquecendo-se, porém, de examinar criticamente a versão contrária, para mostrar sua inconsistência, seja quanto aos fatos alegados pelo sucumbente, seja quanto a sua fundamentação jurídica”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional*. In: *Direito, Estado e Democracia: Entre a (In) Efetividade e o Imaginário Social*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 4, p.339-40, 2006.)

¹¹⁷⁹ Ver: LACERDA, Galeano. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953.

¹¹⁸⁰ GRECO, Leonardo. Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 261.

¹¹⁸¹ Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 975.827/RS. Segunda Seção, Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 24.10.2007. Publicado no Diário da Justiça em 26.11.2007, p. 115.

¹¹⁸² Ver: OTERO, Paulo. *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*.

¹¹⁸³ GRECO, Leonardo. Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 261.

Dessarte, age com acerto Greco quando infere que no tocante à norma alemã, o legislador brasileiro, “com o sectarismo que o caracterizou nos últimos anos, importou a regra pela metade, ou seja, permitiu o bloqueio da execução, mas não garantiu a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada”.¹¹⁸⁴ Dessa forma, além da leitura infeliz da carta constitucional alemã, ampliando-se perigosamente o viés de desconsideração do caso julgado no direito pátrio, tem-se presente a inconstitucionalidade, seja pela natureza de direito fundamental que reveste o instituto, seja pela incongruência processual-constitucional que aponta Greco:

Tanto quanto aos efeitos pretéritos, quanto aos efeitos futuros da decisão proferida no controle concentrado, parece-me inconstitucional o disposto no referido parágrafo único do artigo 741, que encontra obstáculo na segurança jurídica e na garantia da coisa julgada, salvo quanto a relações jurídicas continuativas, pois quanto a estas, modificando-se no futuro os fatos ou o direito, e no caso da declaração *erga omnes* pelo STF poderá ter sofrido alteração o direito reconhecido na sentença, cessando a imutabilidade dos efeitos do julgado, nos termos do artigo 471 do CPC.¹¹⁸⁵

A inconstitucionalidade e incongruência apontadas por Greco também alcançam eco na doutrina de Marinoni. O problema, aliás, para o doutrinador, é inclusive de ordem filosófica e atinge o próprio propósito de realização do direito, pois põe em cheque a tutela da segurança jurídica e da confiança,¹¹⁸⁶ permitindo a quebra do paradigma da previsibilidade, o que impediria que se firmasse a convicção no julgamento definitivo da demanda. “Trata-se da tensão existente entre facticidade (*Faktizität*) e a validade (*Geltung*) do direito; tensão entre justiça e segurança”.¹¹⁸⁷

A defesa da desconsideração da coisa julgada pode até ser alicerçada na busca do justo,¹¹⁸⁸ – embora se entenda que o propósito seja o de obtenção da uniformização jurisprudencial e a standardização da causa –, mas é certo que o instituto não alcança, nem alcançará seu desiderato. A semente da dúvida na resposta do Estado representa o avanço das

¹¹⁸⁴ Idem

¹¹⁸⁵ Idem.

¹¹⁸⁶ Para Marinoni, “a previsibilidade obviamente depende da confiança. Não há como prever sem confiar. De modo que também pode ser dito que a confiança é um requisito da previsibilidade. De modo que também pode ser dito que a confiança é um requisito da previsibilidade. Portanto, como o Estado tem o dever de garantir a previsibilidade, cabe-lhe tutelar ou proteger a confiança do cidadão em relação às consequências das suas ações e às reações dos terceiros diante dos seus atos, assim como no que diz respeito aos efeitos dos atos do poder público. A tutela da confiança certamente depende de normas. Lembre-se que um ordenamento destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas e, assim, de gerar um sentido de segurança dos cidadãos, não pode sobrevir, ao menos enquanto ordenamento jurídico”. (MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A Força dos Precedentes*. p. 223-4.)

¹¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 263-85.

¹¹⁸⁸ Ver: RICOEUR, Paul. *O Justo*.

crecentes injustiças já representadas pelas tentativas de abreviação perniciosa do direito, que cerceiam e padronizam o acesso à jurisdição, produzindo efeito inverso do anunciado. Aludindo a ilação de Rawls, Marinoni sustenta que se “deve manter a atual concepção da coisa julgada material, sob pena de serem cometidas injustiças muito maiores do que as pontuais e raras levantadas pela doutrina”.¹¹⁸⁹

Existem equívocos nas decisões? Claro, especialmente em face da massificação de processos que retira a personalidade das demandas e faz do direito uma produção padronizada, olvidando as peculiaridades do caso concreto. Há uma espécie de aplicação subsuntiva coletiva! Ademais, quando presente a súmula, esta acaba servindo de força motriz alimentadora, produzindo um efeito semelhante à automação geral de uma linha de produção,¹¹⁹⁰ que suprime integralmente o elemento humano, com a transferência do “sistema de inteligência” para a máquina.¹¹⁹¹ Lipovetsky traduz um pouco da desculpabilização do ato da compra, que orienta a vida para o consumo, retrato da sociedade pós-moderna e no qual se insere a mecanização do homem e a estereotipação do humano como “ser para o consumo”:

Estilo monumental dos magazines, decorações luxuosas, domos resplandecentes, vitrines de cor e de luz, tudo é montado para ofuscar a vista, metamorfosear o magazine em festa permanente, maravilhar o freguês, criar um clima compulsivo e sensual propício à compra. O grande magazine não vende apenas mercadorias, consagra-se a estimular a necessidade de consumir, a excitar o gosto pelas novidades e pela moda por meio de estratégias de sedução que

¹¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 282.

¹¹⁹⁰ A lembrança de Bauman, logicamente, sempre vem à tona quando se faz alusão a esse tipo de prática, infame e cediça na pós-modernidade, dominando boa parte das estruturas. Como assevera o sociólogo polonês, lembrando do rizomático de Deleuze e Guattari: “Podemos dizer que hoje o que se acha ausente é a linha de frente que outrora nos permitia decidir qual o movimento para frente e qual o de retirada. Em vez de um exército regular, as batalhas disseminadas, agora, são travadas por unidades de guerrilha; em vez de uma ação ofensiva concentrada e com um objetivo estratégico determinado, ocorrem intermináveis escaramuças locais, destituídas de finalidade global. Ninguém prepara o caminho para os outros, ninguém espera que os outros venham em seguida. Usando a metáfora de Iuri Lotman (mais apropriada do que o tropo ‘rizomático’ [...]), podemos visualizar a diferença como a existente entre a da energia concentrada de um rio poderoso – que escava uma fissura na superfície da pedra quando se precipita em direção ao mar, de modo que no futuro todas as águas se sustentarão dentro do mesmo leito de rio – e a energia dispersa de um campo minado, em que de quando em quando, aqui e ali, se dão explosões, mas ninguém pode dizer com certeza quando e onde a próxima mina explodirá” (BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-estar da Pós-Modernidade*. Traduzido por Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 122.)

¹¹⁹¹ Acrescenta, ainda, Marinoni: “Nesse sentido, não parece que a simples afirmação de que o Poder Judiciário não pode emitir decisões contrárias à justiça, à realidade dos fatos e à lei, possa ser vista como um adequado fundamento para o que se pretende ver como ‘relativização’ da coisa julgada. Ora, *o próprio sistema parte da idéia de que o juiz não deve decidir desse modo, mas não ignora – nem poderia – que isso possa ser feito. Tanto é que prevê a ação rescisória, cabível em casos tipificados pela lei*. O que aconteceu, diante da inevitável possibilidade de comportamentos indesejados pelo sistema, foi a expressa definição das hipóteses em que a coisa julgada pode ser rescindida. Com isso, objetivou-se, a um só tempo, dar atenção a certas situações absolutamente discrepantes da tarefa jurisdicional, mas sem eliminar a garantia de indiscutibilidade e imutabilidade, inerentes ao poder estabelecido para dar solução aos conflitos, como também imprescindível à efetividade do direito de acesso aos tribunais e à segurança e à estabilidade da vida das pessoas” (Idem, p. 266.)

prefiguram as técnicas modernas de marketing. Impressionar a imaginação, despertar o desejo, apresentar a compra como um prazer, os grandes magazines foram, com a publicidade os principais instrumentos da elevação do consumo a arte de viver em emblema da felicidade moderna. Enquanto os grandes magazines trabalham em desculpabilizar o ato da compra, o *shopping*, o “olhar vitrines” tornaram-se uma maneira de ocupar o tempo, um estilo de vida das classes médias. A fase I inventou o consumo-sedução, o consumo-distração de que somos herdeiros fiéis.¹¹⁹²

O consumo dos meios de massa que desculpabilizam e reinventam a cada dia os instrumentos de sedução do homem-consumidor também se fazem sentir no direito. Os meios de produção seriática são fruto dessa cultura pós-moderna. O argumento da sedução, aqui, é a suposta efetividade e celeridade que tais alternativas proporcionam, imprimindo-se um critério exclusivamente quantitativo. A qualidade não integra o rol de “técnicas de convencimento” do jurisdicionado-consumidor, se esvaindo no estigma da velocidade do processo, almejada sempre como norte primeiro.

Dessa forma, a fluidez e a velocidade que banham a pós-modernidade estão na gênese dos instrumentos de standardização. Ademais, no tocante à desconsideração da coisa julgada, necessário aferir a presença do interesse jurídico da demanda, vez que o mero interesse econômico milita contra a caracterização da condição da ação. Nesse sentido, além do risco da insegurança,¹¹⁹³ há o temor de um retrocesso nos novos paradigmas erigidos pela Carta Política de 1988, que firmaram a valorização do afeto nas relações familiares, enfraquecendo a tendência de patrimonialização (e desconstitucionalização) do direito civil. Exemplo disso é a motivação exclusivamente econômica da relativização nas ações investigatórias de paternidade.

Aliás, os tribunais, apesar da regulação explícita das relações familiares insculpida na Constituição Federal e no Código Civil já sinalam o surgimento de uma neopatrimonialização do direito, concedendo-se dano moral em face da ausência afetiva do

¹¹⁹² LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: Ensaio Sobre a Sociedade de Hiperconsumo*. p. 31.

¹¹⁹³ Valendo sublinhar a preocupação do Prof. Ovídio: “E quanto à ilegalidade: - como a ‘vontade da lei’, cuja busca fora recomendada por Chiovenda, é uma entidade inescrutável, protegida por um misterioso segredo, a produzir sempre sentenças de sentidos diametralmente opostos, sobre uma mesma lide, gerando os mais diversos, constantes e inelimináveis dissídios jurisprudenciais -, teríamos de escolher, dentre os dois grupos de sentenças antagônicas, aquele que fosse ‘ilegal’, pois este estilo de compreensão não aceita que ambos os grupos, de sentidos opostos, sejam igualmente legais. Se um grupo de julgados manteve-se fiel à lei, o grupo divergente será, necessariamente, ilegal. Neste caso, como escolheríamos, dentre os dois grupos, aquele a ser sacrificado, como ‘ilegal’? A mesma contingência poderia dar lugar a dois grupos de sentenças, dos quais um seria tido por ‘justo’, outro por ‘injusto’. Que parâmetro mediria a ‘injustiça’ do grupo de sentenças destinado a perder a proteção da coisa julgada? E que juiz haveria de dar a palavra final declarando a ‘justiça’ do grupo sobrevivente que, como ‘DIREITO JUSTO’, seria absoluto? Certamente não seria a Corte Superior em que tem assento o eminente Min. Delgado, uma vez que, apesar de ser um superior tribunal de ‘justiça’, não lhe cabe ‘fazer justiça’, missão reservada às Cortes ordinárias” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Coisa Julgada Relativa?* In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. p.367.)

pai, à amante pela quebra do compromisso de rompimento da relação conjugal (oficial!) ou à própria pessoa traída, por conta do sofrimento psíquico experimentado.

O racionalismo e a tentativa de estereotipar e padronizar condutas, de fato, não deixaram de rondar o direito. É a filosofia da consciência que deita suas garras sobre a superestrutura jurídica. A tentativa de transformar em valor monetário a ausência do pai na vida do filho é um franco exemplo dessa realidade que já nasce vetusta. Como se fosse possível produzir um efeito *ex tunc* nos eventuais prejuízos que a formação do filho experimentou, resgatando-se a participação no nascimento, na formatura, na primeira palavra e na calenda da escrita. Decisões como essas são a prova viva de que a lei não tem o condão de modificar substancialmente a realidade. Diversamente, a mudança cultural, a fundamentação adequada das decisões e a compreensão hermenêutica podem contribuir de forma decisiva para o surgimento de um direito singular.¹¹⁹⁴

A relativização tenta dar azo à padronização dos tribunais superiores e na medida em que semeia uma incerteza que violenta o Estado Democrático reduz o Judiciário a repetidor sintomático da “fala autorizada” dos tribunais superiores (no caso dos dispositivos processuais) ou o mergulha num mar sem fim (na tentativa interminável de descoberta do justo). Como reflete Marinoni:

[...] a falta de critérios seguros e racionais para a “relativização” da coisa julgada material pode, na verdade, conduzir à sua “desconsideração”, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça. Essa “desconsideração” geraria uma situação insustentável, como demonstra Radbruch citando a seguinte passagem de Sócrates: “crês, porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser invalidadas e tornadas inúteis aos indivíduos?”¹¹⁹⁵

Vale repisar que a confusão funcional referida por Castanheira Neves¹¹⁹⁶ traduz mais um dos sintomas da desconsideração do caso julgado. O Judiciário, na tentativa de tornar-se o guardião incólume dos anseios da sociedade e até o “normatizador” das vicissitudes da vida, engendra-se cada vez mais na tarefa (absurda) de legislar. Se a intervenção no Executivo é um dever quando da violação da lei e do descumprimento das responsabilidades constitucionalmente estatuídas, o ultraje à discricionariedade inerente ao Administrador é um ato reprovável. Rui Barbosa já refletia sobre a celeuma:

¹¹⁹⁴ Ementa: Indenização – Danos Morais – Relação paterno-filial – Princípio da dignidade da pessoa humana – Princípio da afetividade (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo n. 4085505-54.20, Relator: Des. Unias Silva. Julgado em 01.04.2004. Publicado em 29.04.2004.)

¹¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 264.

¹¹⁹⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*.

Os tribunais só revogam as sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do Executivo; mas a cada indivíduo, por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante, que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo Governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir.¹¹⁹⁷

A relativização, por sinal, integra o espectro da crise funcional¹¹⁹⁸ do direito, pois sob os auspícios de decisões *a posteriori* do Supremo e de superação de injustiças transforma o processo numa contenda eterna, pisoteia as normas protetivas da coisa julgada e olvida a função legislativa.

A proteção da coisa julgada, no direito comparado, encontra consistente agasalho e segue o paradigma da segurança, da estabilização, da confiança e da previsibilidade empregados pelo direito pátrio. Necessário enfatizar, aqui, a proibição da retroatividade da coisa julgada, que está no bojo da contenda envolvendo a desconsideração.

A Constituição portuguesa, embora admita a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, ressalva o incabimento da eficácia retroativa que afete o caso julgado (art. 282).¹¹⁹⁹ No direito italiano, a própria Corte Constitucional passou a impor limites à retroação, restringindo a mudança da coisa julgada material.¹²⁰⁰ Nos Estados Unidos, apesar da necessária distinção que a eleição do sistema *common law* sugere, a Corte Suprema modula a retroação, objetivando sempre evitar a desconsideração de processos em que o trânsito em julgado já se tenha operado. O *precedente* foi o caso *Linkletter*, de 1965.¹²⁰¹

A Alemanha, cuja disciplina inspirou os primeiros julgamentos que redundaram na desconsideração da coisa julgada no país, também assegura a proteção do instituto. A interpretação da jurisprudência, como já sinalado, não foi feliz. A redação do § 79 da Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão prevê que “ficam inatas as decisões que não podem mais ser impugnadas, as quais estão baseadas numa norma declarada nula”. De fato, não é

¹¹⁹⁷ BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russel, 2003. p. 83.

¹¹⁹⁸ Identificada de forma pormenorizada no primeiro capítulo.

¹¹⁹⁹ Artigo 282 – [...] 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

¹²⁰⁰ GRECO, Leonardo. Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 258.

¹²⁰¹ D'AMICO, Marilisa. *Giudizio Sulle Leggi ed Efficacia Temporale delle Decisioni di Inconstituzionalità*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 38.

GRECO, Leonardo. Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 258.

possível vislumbrar leitura favorável à retroação da decisão posterior para o afastamento da coisa julgada consumada, salvo nas ações condenatórias na órbita criminal, excepcionadas pelo direito alemão.¹²⁰² Mas há dissenso na doutrina nacional. Não é esse, por exemplo, o pensamento do Ministro Gilmar Mendes, asseverando que o Judiciário tedesco “admite a frustração dos efeitos futuros das decisões judiciais pretéritas”¹²⁰³.

O Código de Processo Civil Alemão, por sinal, preserva procedimentos que não afetam a coisa julgada, mas permitem a impugnação da decisão nula: a) *Wiederaufnahme des Verfahrens* (revisão de procedimento); b) *Nichtigkeitsklage* (ação anulatória); c) *Restitutionsklage* (ação de restituição) (§§ 578 a 591).¹²⁰⁴

Não há, assim, um “controle de constitucionalidade da sentença trânsita em julgado”¹²⁰⁵, pois o tribunal não pode reconhecer nulidade *a posteriori* da decisão salvo em sede de excepcionalidade, especialmente por meio de ação rescisória e a *querela nullitatis* (ação declaratória desconstitutiva).¹²⁰⁶ Ambas ações autônomas. Como afirma Marinoni, a hipótese de retroatividade da decisão de inconstitucionalidade implica aceitar “que a sentença que se fundou em lei reputada constitucional pode ser nulificada por decisão do Supremo Tribunal Federal *que, mais tarde, declare a mesma lei inconstitucional*”.¹²⁰⁷

Claro que não se está a afirmar que a decisão de inconstitucionalidade não produz efeitos *ex tunc*, tanto que o Supremo Tribunal Federal reconhece inclusive a possibilidade de modulação. A retroação alcança a data de edição da lei.¹²⁰⁸ Mas como já sustentava Pontes de Miranda,¹²⁰⁹ a nulidade, fato existente, não comporta ato desconstitutivo do julgador, mas tão-somente sua declaração. Como infere Marinoni:

Na verdade, a tese da retroatividade à coisa julgada esquece que a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei – que pode ser negada por ser nula –, *mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto.*¹²¹⁰

¹²⁰² Idem. p. 258-9.

¹²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 192.

¹²⁰⁴ GRECO, Leonardo. Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 252.

¹²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 267.

¹²⁰⁶ Aqui se deixa de considerar a hipótese de arguição da relativização da coisa julgada em embargos à execução, em que pese a previsão do Código de Processo Civil, por conta da posição favorável ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

¹²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p.267.

¹²⁰⁸ Idem, p. 267.

¹²⁰⁹ Ver: MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e Outras Decisões*.

¹²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 271.

A ilação do processualista remete novamente à tentativa de subsunção representada na coisa julgada e também nas súmulas vinculantes. Projetar a retroação da decisão de forma a atingir o caso julgado consumado ou vincular julgamentos de casos pretéritos iguala a decisão à lei e tenta impingir a negativa de julgamento a partir de um paradigma diminuto, condensado e de olhar estreito, com poder nulificante supremo. É o julgador enlatado, transformado em *res* pela vinculação da decisão superior.

Ademais, o norte jurisprudencial atual tem indicado que a tentativa de uniformização das decisões inclina-se a cancelar os interesses do Estado nos processos de massa e a limitar a responsabilidade das grandes corporações. O Estado demonstra um grande interesse na fragilização da coisa julgada” .¹²¹¹ Como afirma Greco, pragmaticamente, isso é constatável,

[...] não só para eternizar a rolagem de sua moratória, que a Justiça penosamente administra, desvirtuando o papel do Judiciário de guardião dos direitos dos cidadãos, mas também porque a falência do aparelho burocrático estatal e as deficiências da sua defesa judicial têm contribuído para a consolidação e execução de decisões judiciais absurdas, frequentemente noticiadas, como as que teriam determinado o pagamento de indenização pela desapropriação de imóvel já anteriormente desapropriado, ou o pagamento da correção monetária sobre débito já anteriormente corrigido.¹²¹²

Nessa linha, necessário ressaltar o caso da emissão de ações da CRT, paradigma para a comprovação da tendência de maioria favorável às corporações dos tribunais superiores e do infausto em que está mergulhada a coisa julgada.

Criado pela Constituição Federal de 1988 com o escopo de uniformizar a interpretação jurisprudencial em todo o país, o Superior Tribunal de Justiça parece que se desvirtua de seu mister genético, até em face do alcance do portentoso instrumento da súmula vinculante ao Supremo Tribunal Federal. O STJ tem julgado alterando normas, interpretando súmulas e modificando abruptamente o fundamento de decisões em processos de massa. O Pretório transformou-se em terceira instância.

É inadmissível que o Superior Tribunal de Justiça firme durante anos determinadas posições e as modifique, subitamente, sem motivação convincente. Ele foi concebido como um farol e não como uma nau à deriva. E aqui não se está a defender a necessidade de eternização dos argumentos ou estabilidade contínua, que olvide a evolução social que tem importantes reflexos jurídicos, mas sim a necessidade de fundamentação adequada das

¹²¹¹ GRECO, Leonardo. Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 253.

¹²¹² Idem, ibidem.

decisões.¹²¹³ Como aduz Ferrajoli, a motivação permite a fundamentação e o controle das decisões para o direito em face de violação de lei ou defeito de subsunção, interpretação ou deficiência de prova.¹²¹⁴ Ainda, Michele Taruffo:

La seconda conseguenza è che quindi spetta allá motivazione di fornire tutti gli elementi perchè, *ex post* e al di fuori del processo, chiunque sia posto in grado di comprendere e valutare le ragioni per cui la sentenza si presenta come valido esercizio del potere giurisdizionale. Emerge, in altri termini, l'esigenza primaria di completezza della motivazione.¹²¹⁵

Mas voltando ao caso Brasil Telecom: no ano de 1978, a CRT passou a exigir dos usuários a compulsória subscrição de capital através dos contratos de participação financeira, reservando-se o direito de emitir as ações em doze meses. Munida desse documento, causou grave lesão aos consumidores, já que emitia a maioria das ações somente tempos depois da subscrição, quando vigente um outro preço a partir da nova Assembléia Geral. Dois vilipêndios foram percebidos: a) lesão relativa à quantidade de ações não emitidas em favor do subscritor; b) não recebimento dos dividendos sobre as ações sonegadas. Assim, dos anos de 1988 a 1995, a CRT emitiu menos ações do que as devidas, lançando mão de artimanha contábil e causando dano aos consumidores.

No dia 24 de outubro de 2007, após um longo período de decisões favoráveis, a segunda seção do STJ¹²¹⁶ não apenas negou o direito aos investidores compulsórios da CRT, mas contrariou conceitos universais dos balanços contábeis das Sociedades Anônimas e ultrajou a própria Constituição. A famigerada decisão determinou que “o valor patrimonial das ações deve ser apurado no mês da respectiva integralização, com base no balancete a ele

¹²¹³ Ovídio Baptista da Silva discorre com proficiência acerca da cultura de ausência de fundamentação das decisões, potencializada pela era da técnica. Nesse sentido: “Se os preceitos jurídicos podem conter – e na imensa maioria dos casos realmente contém – mais de uma solução legítima, então a eliminação do arbítrio judicial (que pode ocorrer quando se nutre a fantasia de que a lei tenha “uma” vontade constante) será fortalecer 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 os levaram a decidir da maneira que lhes pareceu mais justa e conforme o direito. Terão de superar o tecnicismo no qual todo dogmático procura refúgio. [...] Afinal, para que teria servido a exigência de fundamentação das sentenças, senão para impedir o arbítrio? **Tudo se resume em aceitar como racionais, embora não sejam “cientificamente” controláveis, os argumentos fundados em critérios de razoabilidade, em julgamentos comprometidos com valores.** (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional*. In: *Direito, Estado e Democracia: Entre a (In) Efetividade e o Imaginário Social*. p. 342.

¹²¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. p. 623.

¹²¹⁵ TARUFFO, Michele. *La Fisionomia della Sentenza in Itália*. In: *La Sentenza in Europa. Metodo, Técnica e Stile*. Padova: Cedam, 1988. p. 190.

¹²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 975.827/RS. Segunda Seção, Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 24.10.2007. Publicado no Diário da Justiça em 26.11.2007, p. 115.

correspondente” .¹²¹⁷ Jamais na história do Brasil um tribunal tinha admitido o lançamento de um balancete mensal para fixar o valor patrimonial ou o preço de emissão de ações de uma Sociedade Anônima.

Ora, a lei das Sociedades Anônimas determina que a data considerada para a conversão é a da subscrição, que, no caso da CRT, é o dia do ajuste do contrato de participação financeira. Além disso, o balancete é uma peça contábil limitada, porquanto não apura o valor patrimonial da ação acrescido da rentabilidade (art. 170, § 1º da Lei das Sociedades Anônimas). Por fim, o malfadado acórdão do STJ modifica o preço de emissão que a empresa praticou e que divulgou em editais publicados no Jornal do Comércio do Rio Grande do Sul.

O certo é que o julgamento traz insegurança e põe em xeque o STJ, que produziu alteração em jurisprudência consolidada e insultou a lei das Sociedades Anônimas, a Constituição e relatórios contábeis evidentes. Incontável o número de usuários prejudicados, que pagaram pelo valor das ações sem a restituição das quantias correspondentes.

A ausência de fundamentação plausível da decisão constitui apenas o primeiro capítulo do périplo de infaustos que acompanha os usuários da companhia, já que, em face da mudança de rumo patrocinada pelo STJ passou-se a considerar a aplicação da relativização da coisa julgada afetando os processos trânsitos através da arguição da matéria em sede de impugnação ao cumprimento da sentença, sob os auspícios do artigo 475- L, § 1º, do Código de Processo Civil.¹²¹⁸

Veja-se que o dispositivo, mesmo que se vislumbre nele constitucionalidade – no que se discorda, como sustentado precedentemente – não permite a utilização de decisão paradigma do Superior Tribunal de Justiça que tenha em seu bojo a aplicação/inaplicação de Lei Federal (Lei das Sociedades Anônimas), já que a previsão contempla as hipóteses de inexigibilidade do título fundado “em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.¹²¹⁹

¹²¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 975.827/RS. Segunda Seção, Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 24.10.2007. Publicado no Diário da Justiça em 26.11.2007, p. 115.

¹²¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 975.827/RS. Segunda Seção, Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 24.10.2007. Publicado no Diário da Justiça em 26.11.2007, p. 115.

¹²¹⁹ E aqui vale sublinhar que tipo de segurança trata a coisa julgada, nos dizeres de Marinoni: “Como é óbvio, mesmo olhando-se apenas para o passado, a confiança gerada pelo precedente vinculante nada tem a ver com a confiança proporcionada pela coisa julgada. Em um caso, a confiança é na orientação advinda da jurisdição; no outro, a confiança é na imutabilidade do ato do poder jurisdicional”. (MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). *A Força dos Precedentes*. p. 225.)

De fato, a extensão do alcance da desconsideração da coisa julgada atemoriza o direito, pois afeta a segurança das decisões e põe em risco todo o sistema jurídico, mormente porque denota uma porta de entrada para mais arbitrariedades das decisões, consubstanciadas em fundamentação que produz acinte ao direito, agora com possibilidade de retroação às demandas definitivamente julgadas. Como sublinha Canotilho, em se tratando “ de Estado de direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito” .¹²²⁰

Nesse sentido, há um poder-dever do cidadão de insurgir-se contra esse tipo de prática, numa espécie de compulsoriedade do exercício da resistência, como garantia do Estado Democrático de Direito. Ihering, lembrando o filisteu, assevera:

Àquele que não sente, quando o seu direito é insolentemente desprezado e calcado aos pés, que não se trata simplesmente do objeto deste direito, mas da sua própria pessoa; àquele que não experimenta a irresistível necessidade de defender a sua pessoa e o seu justo direito. [...] é um tipo cuja existência real deve constar-se simplesmente – o filisteu do direito como poderia com propriedade chamar-se. Egoísmo e materialismo encarnados são os traços que o caracterizam.¹²²¹

A aplicação da desconsideração traz ainda o risco de um totalitarismo do Judiciário, cuja inauguração deu-se pela senda hoje robusta da súmula vinculante. Permitir que se retroaja maculando severamente o caso julgado é dar eco às práticas universalizantes e às tentativas de univocidade conceitual do direito.¹²²²

A onda que funda a desconsideração do instituto da coisa julgada tem deitado raízes profundas. Nesse sentido, multiplicam-se os meios de impugnação. O Código de Processo Civil traz a previsão histórica do artigo 485, que contempla a ação rescisória em situações e prazos definidos, hipótese excepcional de discussão da coisa julgada. Mas a novidade da Lei Instrumental, como amplamente informado, traz a possibilidade de sustentação da impugnação ao cumprimento da sentença, vez que reconhece ser inexigível o título fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais ou ainda firmado em declaração de incompatibilidade de lei com a Constituição pelo STF. Para os que admitem a

¹²²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 258.

¹²²¹ IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. VIII.

¹²²² Nelson Nery Júnior sustenta com temor o risco de totalitarismo que tal prática pode sugerir, especialmente a partir da consideração da injustiça das decisões: “Adolf Hitler assinou, em 15.7.1941, a Lei para a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao *parquet* para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão. Se o MP alemão dissesse que a sentença era injusta, poderia propor ação rescisória (*wiederaufnahme des verfahrens*) para que isso fosse reconhecido. A injustiça da sentença era, pois, uma das *causas* de sua rescindibilidade pela ação rescisória alemã nazista”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. CPC Comentado. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 792.)

constitucionalidade dos artigos 741 e 475 do CPC, “trata-se de *concursum eletivum* de ações, de sorte que o emprego de um dos remédios processuais cabíveis não elide o emprego simultâneo ou ulterior dos demais”.¹²²³ O Código Eleitoral, em seu artigo 22, j,¹²²⁴ também autoriza a prática.

O critério da relativização em face da injustiça/erro da decisão, que também tem motivado a propositura de novas demandas para discussão do caso julgado, não encontra previsão legal específica, tendo eco jurisprudencial. Aqui, vale lembrar que nem analogicamente é possível aplicar o artigo 485, VII, do CPC, que prevê hipótese de propositura da ação rescisória com arrimo na decisão “injusta”, vez que o critério de admissibilidade da demanda na hipótese é a presença de documento novo.

Para essa segunda hipótese, bastante distinta da positivada nos artigos 475 e 741 do CPC, tem-se admitido a *querela nullitatis*, empregada através do ajuizamento de ação autônoma desconstitutiva. Vale lembrar que aqui não há efeito suspensivo, dando-se prosseguimento à fase executiva. Ainda, para Araken de Assis, é admissível a “exceção de pré-executividade, alegando-se a ineficácia na própria execução, como aconteceria na hipótese do art. 741, I e do art. 475-L, I” .¹²²⁵

Além das hipóteses do direito comparado já mencionadas, cabe destacar o direito francês, que no artigo 593 do *Code de Procédure Civile* prevê a possibilidade de revisão da coisa julgada de maneira ambígua, afirmando ser adequada sua implementação diante de “um novo estado de fato ou de direito”.¹²²⁶ A lei espanhola fixa prazo quinquenal para revisão de sentenças transitadas, mantendo a via excepcional da rescisória.¹²²⁷ A lei italiana, por sua vez, trata de duas espécies de questionamento da coisa julgada, a ordinária, que viabiliza a discussão antes de sua formação e a extraordinária, *a posteriori*.¹²²⁸

Percebe-se, nesse sentido, que o panorama do Direito Comparado influenciou o direito brasileiro, mas mantém um patamar de valorização da coisa julgada superior ao processo civil pátrio. A posição que se entende mais adequada, como demonstrado no presente capítulo é pela acolhida dos instrumentos usuais de impugnação – ação rescisória e

¹²²³ ASSIS, Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 59.

¹²²⁴ Art. 22. Compete ao Tribunal Superior: [...]

j) a ação rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro de cento e vinte dias de decisão irrecorrível, possibilitando-se o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado.

¹²²⁵ ASSIS, Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 60.

¹²²⁶ PARIS. *Code de Procédure Civile*. Paris: Litec, 2000. p. 367.

¹²²⁷ MADRID. *Lei de Enjuiciamiento Civil-Ley 1/2000*. Madrid: Civitas, 2000. p. 307-9.

¹²²⁸ CARPI, Federico. TARUFFO, Michele. *Comentário Breve al Códice di Procedura Civile*. 4. ed. Pádua: CEDAM, 2002. p. 1163-87.

anulatória – e o reconhecimento da inconstitucionalidade da desconsideração da coisa julgada em sede de fase executiva, em que pese a tentativa de tutela do Código de Processo Civil.

Pereira Leal aponta o grave risco que a recepção da desconsideração da coisa julgada pelo sistema brasileiro, nos moldes preconizados, pode representar. Os litigantes ficam legados à sorte de um julgador divino, que tem a impossível missão de rechaçar a justiça da decisão desconsiderada e emergir o (novo) justo da sentença que “substitui” a lavrada precedentemente. Quiçá o julgador Hercúleo, que Dworkin tenta, sem sucesso, apresentar como alternativa para a revelação do justo? A relativização do caso julgado é, seguramente, mais uma porta de entrada das arbitrariedades. Como afirma o aludido jurista mineiro:

A busca da relativização de uma **autoridade** que não mais integra, desde a CB/88, o instituto da **coisa julgada** assume conotações inócuas à medida que se tenham como fundamento dessa pretensão exemplos jurisprudenciais que, ante o vazio de uma legislação infra-constitucional, oferecem respostas (tópico-retóricas) pelo talento (*phronesis*) ou sindérese do julgador, erigindo ementários e súmulas à frente (ou fora) do sistema ornamental constitucionalmente vigorante para preconizar uma esdrúxula *coisa julgada inconstitucional*. [...] Esse ímpeto interminável de ajustar as leis aos fatos pela inteligência sensitiva do decisor hercúleo ou kantianamente moralista é que tem estacionado a modernidade pela eternização da JUSTIÇA autocrática (TÉCNICA) de uma *ratio* veloz e dita confortadora como lugar insubstituível de tornar justo o Direito.¹²²⁹

O cruzar a fronteira dos limites historicamente concebidos para o caso julgado traduz, seguramente, a inevitável chegada ao precipício e a definitiva derrocada do instituto.¹²³⁰

¹²²⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: Temáticas Processuais e Reflexões Jurídicas*. p. 16-7. Leal, a exemplo de Marinoni e Greco sinala a inconstitucionalidade da relativização da coisa julgada. Nesse sentido, assevera: “Afigura-se inconstitucional, na teoria do Estado Democrático de Direito, o **parágrafo único** do artigo 741 do CPC que, conferindo ao juiz condutor da normatividade executiva a possibilidade de exercer uma **autotutela eximitória** de acatamento de efeitos da sentença que lhe coube cumprir, estabelece a resolução do impasse (criado pela **preclusão máxima**) por uma via não democrática e pertinente ao Estado Liberal ou Social-Direito que outorga ao juiz a **presunção transcendental** de um saber já, *a priori*, coincidente com o desejo do povo e preservação de seu acervo jurídico ou moral (republi-canismo acéfalo). (p. 15.)

Leal aponta ainda a íntima vinculação entre a coisa julgada e os princípios do duplo grau, do devido processo legal e da ampla defesa. Aduz o processualista, “[...] A reelaboração do conceito de coisa julgada delineada na CB/88 e em nossa compreensão jurídico-democrática abre oportunidade ao debate de outro tema significativo que é o duplo grau de competência (impropriamente jurisdição) como direito-garantia fundamental de ampla defesa. Sabe-se que a possibilidade de desconstituição (rescisoriedade) de uma sentença transitada em julgado, ante o pressuposto instituinte de estabilização (isegoria) do sistema democrático pelo devido processo, há de se revestir de vias procedimentais exaurientes de isonomia, contraditório e ampla defesa. Logo o afastamento de ato preparado ou formado em contraditório ou exposto ao contraditório há de passar por igual processo.”. (Idem, p. 22.)

¹²³⁰ Apesar do risco, contudo, como já demonstrado, os tribunais insistem em ampliar as hipóteses de relativização. Nesse sentido, calha trazer, como exemplo, a seguinte decisão: “Processual Civil. Recurso Especial. Dúvidas sobre a titularidade de bem imóvel indenizado em ação de desapropriação indireta com sentença transitada em julgado. Princípio da justa indenização. Relativização da coisa julgada.1. Hipótese em que foi determinada a suspensão do levantamento da última parcela do precatório (art. 33 do ADCT), para a

Também tem servido de amparo à (des) consideração da coisa julgada o princípio da proporcionalidade, cujo cuidado compreensivo/aplicativo foi denunciado no segundo capítulo. Cristiano de Farias, ao propor a consideração do preceito na relativização, assevera que, “deve haver uma ponderação de interesses, um balanceamento entre a coisa julgada e o princípio da dignidade da pessoa humana”.¹²³¹

Resgatando a crítica feita à teoria da ponderação de valores de Alexy – apesar da ausência de referência do autor mencionado –, necessário sublinhar que a aplicação ou não da (des) consideração da coisa julgada não pode ter como base a consideração dos “preceitos” em conflito. Tal prática redundaria em ilações fundadas em argumentos apelativos.

O objeto específico do processo é o alcance ou rejeição da tutela jurisdicional que busca o autor. Se postos em conflito os princípios constitucionais (sejam quais forem) que amparam o (suposto) direito alegado pelo demandante e outros, de características gerais, como a segurança jurídica, a confiança da decisão e a estabilidade da demanda, há uma forte tendência de que o julgador considere a prevalência dos primeiros. Isso porque eles denotam a proteção direcionada do direito que permeia a demanda, enquanto os segundos se põem num nível de abstração, que se distancia do adágio “necessidade de análise do caso concreto”.

realização de uma nova perícia na execução de sentença proferida em ação de desapropriação indireta já transitada em julgado, com vistas à apuração de divergências quanto à localização da área indiretamente expropriada, à possível existência de nove superposições de áreas de terceiros naquela, algumas delas objeto de outras ações de desapropriação, e à existência de terras devolutas dentro da área em questão. 2. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. 3. A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada. 4. A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade - esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas. 5. Verifica-se, portanto, que a desconstituição da coisa julgada pode ser perseguida até mesmo por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, tal como ocorreu na hipótese dos autos. 6. Não se está afirmando aqui que não tenha havido coisa julgada em relação à titularidade do imóvel e ao valor da indenização fixada no processo de conhecimento, mas que determinadas decisões judiciais, por conter vícios insanáveis, nunca transitam em julgado. Caberá à perícia técnica, cuja realização foi determinada pelas instâncias ordinárias, demonstrar se tais vícios estão ou não presentes no caso dos autos. (Recurso especial desprovido. (Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 622405/SP e Resp. n. 2004/0011235-9, Primeira Turma, Relatora: Ministra Denise Arruda. Julgado em 20.09.2007.)

¹²³¹ FARIAS, Cristiano de. Um Alento ao Futuro: Novo Tratamento da Coisa Julgada nas Ações Relativas à Filiação. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 79.

A decisão que determina a não aplicação da relativização, assim, não deve considerar a ponderação dos valores, seja em face de seu caráter argumentativo-limitativo, seja pela presença da pretensão subsuntiva, seja pela impossibilidade de implementação de juízos *a priori*, de cunho procedural. Ora, a fixação de pré-critérios para a busca de soluções jurídicas engessa a possibilidade de compreensão-aplicação do direito e, em última análise, reaviventa a subsunção de cariz positivista.

Quando se considera a possibilidade de afastamento da coisa julgada constituída é preciso ter presente o efeito que tal decisão gera para o sistema jurídico, vez que viola regra fundamental para sua estabilidade e chancela um Estado de Exceção, reconhecendo a possibilidade de novas decisões, com grave risco de arbitrariedades. Marinoni, apesar de reconhecer a possibilidade de ponderação de valores, rechaça tal alternativa para a relativização da coisa julgada, afirmando que “a coisa julgada não pode ser colocada no mesmo plano do direito que constitui o objeto da decisão a qual adere, [...] não se pode balancear a coisa julgada, que é decisão judicial, com um direito buscado pela parte”.¹²³²

A relativização da coisa julgada, repise-se, registra relação direta com as súmulas vinculantes e os demais instrumentos de standardização da causa, pois funda-se na pretensão de assegurar a univocidade decisional a partir do olhar dos tribunais superiores. Esse atual “processo de abstração e quantificação ultrapassa o campo econômico e passa a refletir as atitudes comportamentais dos homens em geral frente às coisas, às pessoas e perante si mesmo”.¹²³³

É com argúcia que Jânia Saldanha denuncia a motivação do quadro que o direito alcançou na atualidade, motivado pelas orientações liberais afetas ao campo econômico, a fim de “garantir a propriedade privada e respeitar contratos, limitando-se o debate político e, no campo jurisdicional, desprestigiando-se o conteúdo das decisões [...] e estimulando-se a quantificação e o fluxo”.¹²³⁴ A tentativa de imposição da “fala autorizada” dos tribunais

¹²³² MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. O processualista ainda alerta para o risco de arbitrariedades, pois se estaria a constituir um sistema aberto. Nesse sentido, “Ao admitirmos um balanceamento entre um direito e a coisa julgada estaremos instituindo um sistema aberto. No entanto, um sistema aberto não pode ser conciliado com a natureza da coisa julgada”.

¹²³³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de Processo Pós-moderno: O Dilema Cruzado entre Ser Hipermoderno e Antimoderno. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. p. 246.

¹²³⁴ Idem, p. 247. Importante sublinhar, ainda, a identificação do atual modelo de processo, a influência do Banco Mundial nas diretrizes por ele estabelecidas e o processo de *barémisation* que a jurisdição atravessa. A esse teor as ponderações de Jânia Saldanha: “O modelo de Jurisdição e de processo herdado por países de tradição civil, como o do Brasil, é reconhecidamente o romano canônico: ordinarizado, comprometido com a certeza e a segurança, repressivo, ligado ao princípio dispositivo, individualista, burocratizado, moroso e voltado para o passado. Tantos adjetivos, negativos para o mundo atual, mostram o despreparo da Jurisdição e do

superiores e a adesão ao “panóptico jurídico”, assim, não tem a pretensão anunciada de combate à iniquidade da jurisdição. O véu que encobre a motivação de tais práticas deita sua aparência alva na massificação das demandas e nos critérios quantitativos. Como infere Jânia Saldanha, um dos efeitos mais cristalinos da adoção desse modelo é:

[...] a fragilização do ato decisório como o momento magno da compreensão e do encontro do sentido do caso, uma vez que o juiz deverá obedecer a súmula vinculante, encontrando apenas nela os elementos para assegurar a legitimação de sua decisão. Prestigia-se o pré-dado e a normatização. Decreta-se a morte da interpretação e corre-se o risco de abandono de uma das virtudes da Justiça que é a justa medida, entendida como equidade e que não combina com o paradigma iluminista da abstração que a súmula vinculante veio revigorar. [...] não se espera mais do que um resultado produzido em série, próprio de uma Justiça que pode ser chamada de cibernética ou pausterizada.¹²³⁵

A interpretação, assim, dá lugar à universalização. Esse é o triste quadro em que está mergulhado o Processo Civil hoje. A relativização da coisa julgada, assim como todos os instrumentos de standardização da causa, acobertam e mutilam a singularidade das demandas, em nome da imposição da uniformidade preconizada pelos tribunais superiores, a fim de que a argumentação alcance “garantias de objetividade”.¹²³⁶

processo para as demandas do século XXI. Perdido em seu formalismo e reduzido à instrumentalidade, o direito processual, dizem, envelheceu. Daí a sua reconhecida ineficácia [...] Esse descompasso, como de resto o descompasso mais global das instituições estatais para com a complexidade que o mundo globalizado apresenta, facilitou a que o Direito, em geral, e a jurisdição – e o direito processual – em particular, fossem reduzidos a facilitadores do ideário dos interesses estratégicos do mercado. A jurisdição, na sua especificidade, vê-se reduzida a *barémisation*, à estratégia da quantificação e da solução rápida dos litígios. É a justiça neoliberal, que experimenta novos critérios de externalização de suas práticas, sendo o maior deles a eficiência e que a insere no grupo mais amplo de instituições reduzidas ao fluxo, ao movimento pendular do mercado, bem ao gosto dos defensores da teoria da análise econômica do direito. A atividade paranormativa do Banco Mundial exerce crucial influência para a permanência desse *status quo*”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Influência do Neoliberalismo Sobre a Jurisdição. A Difícil Sintonia Entre Eficiência e Efetividade. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). p. 48.)

¹²³⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de Processo Pós-moderno: O Dilema Cruzado entre Ser Hipermoderno e Antimoderno. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. p. 244.

Como apontado alhures, a autora também inclui a relativização da coisa julgada dentre os instrumentos que cumprem a “Cartilha do Banco Mundial”. (Idem, *ibidem*.)

Acerca do tema, interessante também a leitura do Prof. Ovídio, como indica a própria Saldanha. A obra foi a última publicação do processualista gaúcho e reflete acerca das teorias da decisão. No tocante ao tema, fundamental a leitura do Capítulo VI, denominado “Segurança e Jurisdição Mutilada”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.)

¹²³⁶ STRECK, Lenio Luiz. O Efeito Vinculante das Súmulas e o Mito da Efetividade: Uma Crítica Hermenêutica. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, p. 99, 2005. Como alterca o Professor Streck: “[...] No imaginário proporcionado pela institucionalização das súmulas, os juristas criam (inventam) o ‘mundo jurídico’, isto porque a crença nas palavras (portanto, dos verbetes sumulares) mantém a ilusão de que estas são parte integrante (imanência) das coisas a conhecer ou, pelo menos, com isto pode-se ‘postular’ a ‘adequação’ dos conceitos ao real”. (Idem, p. 100.)

A vinculação à standardização está presente em muitos dispositivos do ordenamento atual. Embora a relativização da coisa julgada e as súmulas vinculantes sejam hoje as formas de maior força pragmática,

O artigo 475-L, §1º do Código de Processo Civil traduz um caso evidente de vinculação às decisões do STF e registra como pano de fundo a tentativa de imposição dos precedentes empregados no *civil law*. Ocorre que o precedente vincula o presente, enquanto as formas de standardização do *civil law* projetam-se para o futuro. Ainda, na relativização da coisa julgada há um efeito pretérito, em face do caráter predatório que o secular instituto jurídico experimenta. No *common law*, “o emprego do *precedent* em casos posteriores é uma decorrência incidental. A doutrina do *stare decisis* não exige obediência cega a decisões passadas”.¹²³⁷ Em caráter de denúncia, afirma Streck:

Antes de qualquer outra observação, é preciso lembrar que o nosso sistema jurídico tem a lei como paradigma, consoante o art. 5º, II, da Constituição Federal. A introdução da vinculação sumular representa drástica alteração no núcleo central que se sustenta o sistema jurídico brasileiro. Devemos denunciar, portanto, que a vinculação da jurisprudência é uma camisa-de-força que atingirá, inexoravelmente e impiedosamente as estâncias inferiores do judiciário brasileiro.
1238

Essa programação *a priori* do direito a ser dado no caso concreto, que, com a relativização da coisa julgada alcança a proeza de afastar o caso julgado, redundando em séria iniquidade, exatamente o efeito inverso que os defensores da possibilidade julgam realizar.

Ademais, mesmo que considerado o *common law*, não há sintonia de propósitos, vez que o *contempt of court* não encontra eco nas práticas universalizantes. Como afirma Aldo Frignani, “nella sua essenza, la fattispecie del *contempt fo court* è costituita da un atto di disprezzo della corte o di disobbedienza a un ordine del giudice”¹²³⁹. A (des) consideração da coisa julgada não parece dar ensejo a esse caráter conceitual.¹²⁴⁰

importante aludir também a alínea “a” do art. 896 da CLT, que estende o efeito vinculante das decisões ao Direito do Trabalho: “Cabe Recurso de Revista para a Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme desta Corte”.

¹²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, Poder e Função*. A Ilegitimidade Constitucional do Efeito Vinculante. p. 261.

¹²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. O Efeito Vinculante das Súmulas e o Mito da Efetividade: Uma Crítica Hermenêutica. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. p. 106.

¹²³⁹ FRIGNANI, Aldo. *L’Injunction nella Common Law e L’inibitoria nel Diritto Italiano*. Pubblicazioni della Facoltà Giuridica Dell’università di Ferrara. 2. serie. Milano: Dott. A. Giufferrè, 1974. p. 225.

¹²⁴⁰ E segue Frignani, estabelecendo de forma mais detida, os contornos do *contempt of court*: La comparazione con la *common law* su questo punto sarebbe quanto mai interessante, ma solo uno studio *ad hoc* potrebbe condurre a conclusioni apprezzabili ed attendibili. L’accenno che vi abbiamo fatto ci serviva soltanto per illuminare o giustificare l’affermazione che la distinzione tra *actio in rem* e *actio in personam* non è il corrispondente anglo-sassone della distinzioni tra azioni reali e personali che si rinviene nel diritto italiano, e sulla quale peraltro non esiste univocità di criteri. Nella *common law* la distinzione appare, invece, molto più chiara. Però la si ricava con un procedimento anch’esso abbastanza lontano dalla nostra formazione dialettico-giuridica. Non si parte infatti prendendo in esame su quali diritti incidano o quali *wrongs* sanzionino le azioni in

Mas a relativização – assim como todos os verbetes jurídicos com força vinculante – produz um efeito ainda mais trágico, pois empresta a um sistema jurídico já débil e estéril, mais uma permissividade atroz. Retira-se do julgador o dever de fundamento da decisão (Isso se, em tempos de critério quantitativo, ele ainda é apreciado como algo essencial para o sistema!).

Ora, se o verbebo estandardizante oferece ao julgador a fundamentação pronta e acabada – ditada pelos tribunais superiores – e materializadora da “fala autorizada”, não há necessidade de justificação/fundamentação da decisão. Basta anunciar a breve sentença superior e inumar os casos concretos que se “enquadrarem” (sic) no perfil regulado pelo verbebo. A interpretação passa a ser considerada *persona non grata*. A decisão deixa de ser um ato intelectual para tornar-se a depositária de uma vontade adesiva, posta *a priori* e, principalmente, com contornos de absolutividade.¹²⁴¹ De fato, está-se diante do início do fim do humano e da imposição de uma vontade que pode ser executada pela máquina. É a era da técnica.¹²⁴²

Nessa perspectiva, tem-se que os artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único são inconstitucionais. Além de ferir os princípios da segurança jurídica e os subprincípios da

personam e quelle *in rem*, ma si fa piuttosto un percorso a ritroso. E si comincia dalle conseguenze (o sanzioni) delle stesse (il *contempt of court*, da una parte, e l'esecuzione sui beni del debitore, dall'altra), poi si passa allá giurisdizione (le corti de *equity*, per le prime e quelle di *common law*, per lê seconde) per finire con affermazioni meno nette quanto allá natura dei *rights in personam* e dei *rights in rem*". (Idem, p. 219.)

¹²⁴¹ Nessa linha, interessante trazer à baila a lição de Streck: “tenho medo de afirmar que trocar a democracia e a independência dos juízes pelo desafogo dos processos-tese que começa perigosamente a ser aceita até mesmo pelos que são contrários à vinculação sumular – é o preço exageradamente alto a ser pago por todos nós. Ou seja, ao acreditarem na simplista tese de que o desafogo do aparelho judiciário depende de drástica providência do tipo “vinculação sumular”, os operadores do Direito agem como aquele cidadão que perdeu seu relógio em meio a uma praça escura e, põe-se a procurá-lo, comodamente, embaixo de um iluminado poste de luz... Perguntado do motivo de tal atitude – porque – à evidência, inútil – o cidadão responde: - É bem mais fácil procurar aqui...”. STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A Ilegitimidade Constitucional do Efeito Vinculante*. p. 261.)

Ainda, as ponderações de Jânia Saldanha acerca desse quadro: “O que se vê, portanto, é uma lenta e profunda transformação que desenha um novo modelo de Justiça, sendo um dos valores mais expressivos a eficiência. As reformas processuais ocorridas no quadro das recomendações do Banco Mundial se servem à otimização dos serviços judiciários, como acima afirmado, evidentemente estão fortemente comprometidas com esse novo modelo, baldadas as críticas que partem do próprio interior do Poder Judiciário. [...] Ao lado da supervalorização do Poder Judiciário há hoje um forte movimento em favor da universalização de práticas, em nome dessa eficiência. Por exemplo, quando os tribunais superiores adotam a repercussão do recurso especial e extraordinário e com isso estabelecem procedimentos uniformes para as instâncias inferiores de jurisdição, não escapam da lógica da *barémisation* ou melhor dito, da instauração de protocolos que administram os circuitos institucionais do Poder Judiciário. A adoção paulatina do processo eletrônico em todas as instâncias de jurisdição e, particularmente, nos tribunais superiores, é um bom exemplo disso. Na medida em que o modelo neoliberal pauta-se pela concorrência reguladora da eficiência das atividades humanas e o melhor mediador da coexistência, a reforma da Justiça com a adoção do processo eletrônico integral pode bem servir para mostrar qual Justiça julga mais rápido. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A Influência do Neoliberalismo Sobre a Jurisdição. A Difícil Sintonia entre Eficiência e Efetividade*. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). p. 64.)

¹²⁴² Nesse sentido, ver:

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*.

_____. *Caminhos de Floresta*.

proteção à confiança¹²⁴³ e da intangibilidade do caso julgado¹²⁴⁴, ainda militam contra a estabilidade das decisões e a concepção de previsibilidade ínsita à coisa julgada. Ademais, ferem a etimologia do termo e divorciam-se do conceito liebmaniano, amplamente admitido no direito pátrio, que, ao definir a coisa julgada como uma qualidade da sentença propõe a defesa ingente de sua autoridade.

Os dispositivos aludidos também ultrajam procedimentalmente a coisa julgada, vez que, se tratando de cláusula pétrea, não é admissível que uma lei ordinária¹²⁴⁵ afronte um dispositivo constitucional que pertence ao núcleo norteador da Carta Política. A esse teor, o magistério de Nery Jr:

Há determinados institutos do direito, de natureza material (v.g., decadência, prescrição) ou processual (v.g., preclusão) criados para propiciar *segurança* nas relações sociais e jurídicas. A coisa julgada é um desses institutos e tem natureza *constitucional*, pois é, como vimos no comentário anterior, elemento que forma a própria existência do Estado Democrático de Direito (CF 1. *caput*). Sua proteção não está *apenas* na CF 5. XXXVI, mas principalmente na norma que descreve os *fundamentos da República* (CF 1.). O Estado Democrático de Direito (CF, 1., *caput*) e um de seus elementos de existência (e, simultaneamente, *garantia fundamental* – CF 5. XXXVI), que é a coisa julgada, são *cláusulas pétreas* em nosso sistema constitucional, cláusulas essas que não podem ser modificadas ou abolidas nem por emenda constitucional (CF 60 parágrafo 4. I e IV), porquanto bases fundamentais da República Federativa do Brasil. Por conseqüência e com muito maior razão, não podem ser modificadas ou abolidas por lei ordinária ou por *decisão judicial* posterior.¹²⁴⁶

O que causa mais temor, contudo, não é a aplicação de uma norma inconstitucional, o emprego inadvertido e desprovido de melhor fundamento do *precedent* e o processo de massificação das decisões. A maior causa de iniquidade é o resultado da exceção que o sistema passa a cancelar, escancarando a cancela democrática que até então protegia o Judiciário.

A admissibilidade do vilipêndio à coisa julgada que se anuncia é, acima de tudo, um atentado à democracia. Assim, é preciso bradar a Galeano e denunciar que “as veias ainda sangram”. O jornalista e escritor uruguaio é uma dessas pessoas singulares que consegue reunir a bravura dos homens ativos, corajosos e despojados das influências das convenções

¹²⁴³ Ver: COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/2009). In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*.

¹²⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 265.

¹²⁴⁵ BRASIL. Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 23.12.2005.

¹²⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. p. 510-1.

sociais, com o afeto puro e despretençioso das crianças. Algo ausente no Judiciário de *terrae brasilis*.

Sua obra, um registro prodigioso da verdade nua, carregada de paixão real, destoa da doutrina jurídica atual, que, empregando critérios de resolutividade lembra os números, mas olvida as pessoas. A história do vilipêndio mordaz de uma geração massacrada pela supressão diária de direitos, pelas atrocidades covardes dos porões e pela indignidade dos militares que tomaram boa parte da América pode não ter terminado. E vale lembrar que as conquistas democráticas não estão acobertadas pelo manto da eternidade. Os instrumentos que o processo tem cunhado nos últimos anos destoam do norte emprestado pela (re) democratização do país e retiram a independência do julgador, fato também presente nos anos de chumbo.

Se a história de atrocidades ainda está presente nas cicatrizes indelévels das vítimas de um tempo passado que todos querem esquecer, não parece adequado arrancar as páginas, pois é preciso manter viva a capacidade de indignação com as ameaças de violação da democracia e da liberdade que ainda se impõe. É preciso, com a urgência inarredável dos grandes temas da pós-modernidade, retomar a presença do elemento humano no processo, sob pena de consolidar-se a massificação e a produção seriática do direito. É preciso resgatar Galeano, quando balbucia, “as cidades não existem. Existem as pessoas que nelas respiram e que por elas caminham. Não me apego a edifícios. As pessoas, essas me fazem falta”.¹²⁴⁷

As formas de universalização do direito a partir de uma linguagem unívoca que brota dos tribunais superiores traduz um dos sintomas do risco anti-democrático que perambula na pós-modernidade. A relativização do caso julgado, objeto de análise, é uma dessas aporias. A justificação da inadequação do emprego do instituto da coisa julgada também encontra guarida na indevida intervenção que tal prática provoca na independência do julgador de primeiro grau,¹²⁴⁸ na tentativa frustrada de justificar a estandardização pelos precedentes do

¹²⁴⁷ GALEANO, Eduardo. *Caderno de Cultura*. Porto Alegre, 08 abr. 2009. Jornal Zero-Hora, Porto Alegre. Entrevistas concedida por ocasião do lançamento do livro “Espelhos”.

¹²⁴⁸ Castanheira Neves enfoca com proficiência o que os *assentos*, versão portuguesa das súmulas, produzem no exercício da independência do julgador. Vale sublinhar, novamente, que a relativização da coisa julgada é um subproduto da sumularização do direito, só que com um efeito ainda mais predatório, pois inuma a confiança da decisão de primeiro grau, afastando o reconhecimento do caso julgado. Como alterca o jurista português: “quanto ao tradicional sentido apenas político-jurídico da independência judicial ou essa independência tal como visavam as intenções estritas do Estado demo-liberal, temos de reconhecer que ela é diretamente afetada. E de um modo paradoxal, não deixe de se dizer. Vimos que esse sentido político-jurídico proscrescia qualquer mediação entre a lei e cada um dos tribunais singulares – pretendidos que eram estes na multiplicidade dispersante que lhes impedisse a constituição de um poder porventura emergente da sua unidade de corpo. (...) Ora, atribuindo-se aos supremos tribunais o poder de fixar regras gerais e obrigatórias, o sentido com que a lei deve ser entendida e aplicada [...]. (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. p. 110-2.)

common law,¹²⁴⁹ na impossibilidade funcional (por conta do surgimento de um Judiciário legislador)¹²⁵⁰ e na inadequada compreensão de previsibilidade/segurança/uniformidade sustentada por seus defensores.¹²⁵¹ Como afirma Streck, a relativização em sede de execução, assim como as súmulas vinculantes traduzem uma indevida controlabilidade difusa e constituem uma forma de “violência simbólica”.¹²⁵²

Cerradas as portas com o propósito de evitar que o caminho da estandardização seja percorrido livremente, necessário examinar com maior especificidade as diferenças entre o

¹²⁴⁹ Idem.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A Ilegitimidade Constitucional do Efeito Vinculante.*

¹²⁵⁰ Idem.

¹²⁵¹ Um de seus mais incisivos defensores é Cândido Rangel Dinamarco, que busca justificar a relativização da coisa julgada na suposta necessidade de atenuar a segurança que se lhe empresta, segundo ele, uma tendência do direito mundial, precipuamente do norte-americano. Nesse sentido, tenta aproximar o *civil law* do *common law*, partindo de uma premissa que já nasce equivocada, pois nivela a concepção de precedente em ambos os sistemas. Segundo Dinamarco, percebe-se uma gradativa redução da segurança no sistema *common law*, com uma espécie de desvalorização da coisa julgada. Colha-se, nesse sentido, os argumentos do processualista paulista: “Uma coisa resta certa depois dessa longa pesquisa, a saber, a *relatividade da coisa julgada* como valor inerente à ordem constitucional-processual, dado o convívio com outros valores de igual ou maior grandeza e necessidade de harmonizá-los. Tomo a liberdade de, ainda uma vez, enfatizar a imperiosidade de equilibrar as exigências de segurança e de justiça nos resultados das experiências processuais, o que constitui o mote central do presente estudo e foi anunciado desde suas primeiras linhas. E por amor a esse equilíbrio que, como visto, os autores norte-americano – menos apegados que nós ao dogma da *res judicata* – incluem em seus estudos sobre esta a indicação das exceções à sua aplicação. Na doutrina brasileira, insere-se expressivamente nesse contexto a advertência de Pontes de Miranda, acima referida, de que *se levou longe demais a noção de coisa julgada*. É igualmente central a esse sistema de equilíbrio a fórmula proposta em Portugal pelo constitucionalista Jorge Miranda e também citada acima, ao propor que ‘assim como o princípio da constitucionalidade fica limitado pelo respeito do caso julgado, também este tem de ser apercebido no contexto da Constituição’. São essas as grandes premissas e as colunas em que se apóiam a minha tentativa de sistematização do riquíssimo tema em exame e as conclusões que oferecerei em resposta à consulta recebida”.(DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: *Revista de Direito Processual*. p. 22.)

Acompanham Dinamarco, ainda, os seguintes processualistas:

THEODORO JÚNIOR, Humberto; CORDEIRO DE FARIA, Juliana. O Tormentoso Problema da Inconstitucionalidade da Sentença Passada em Julgado. In: DIDIER JUNIOR, Fredie.

ZAVASKI, Teori Albino. Inexigibilidade de Sentenças Inconstitucionais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 371-84.

ARMELIN, Donald. Flexibilização da coisa julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. p. 83-114.

HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la Cosa Juzgada*.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu Revel Não Citado, Querela Nullitatis e Ação Rescisória. In: *Revista da Ajuris*.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. p. 400-4.

TALAMINI, Eduardo. *Cosa Julgada e sua Revisão*.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer Publicado no Informativo Incijuris*, ano 1, n. 10, maio de 2000. Joinville (SC).

¹²⁵² Como alterca com proficiência o Prof. Lenio: “O poder da violência simbólica exercido pelas Súmulas sobre os juristas em sua prática cotidiana é o resultado de uma situação que pode ser chamada de controlabilidade difusa do sistema jurídico sobre os operadores do Direito. Esse controle difuso funciona como poder normativo. Essa característica de controlabilidade difusa pode ser vista, enfim, como uma espécie de *panóptico jurídico* (Foucault). Em consequência, toda edição de Súmula corresponde à formação de um *arbitrário juridicamente prevalecente*. A Súmula dita/estabelece o sentido da norma jurídica. A Súmula define e redefine sentidos jurídicos. Em tais (re) definições são estabelecidos critérios de relevância visando a convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo postulado pelo emissor para o caso. Trata-se, pois, de uma definição persuasiva. (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A Ilegitimidade Constitucional do Efeito Vinculante*. p. 227-8.)

common law e o *civil law*, bem como o inadequado emprego do *stare decisis* na cultura romano-germânico-canônica, o que tem constituído uma das razões de fundamento da (des) consideração da coisa julgada.

7 A Tentativa (Equivocada) de Aproximação com o *Common Law*: Precedente, Tradição e a Impossibilidade de Aplicação dos Juízos *a priori* (Coisificação e Subsunção)

Estabelecida a inadequação das tentativas de acrescentar a (des) consideração da coisa julgada dentre as formas (procedimentais) de standardização da causa, faz-se necessário examinar um dos principais esteios de tal pretensão, qual seja, a aplicação da regra dos *precedentes* do *common law* no sistema romano-germânico-canônico adotado em *terrae brasilis*. A confusão estabelecida entre uniformização jurisprudencial e precedente com foco no futuro, ligeiramente apontada no sub-capítulo anterior, impõe agora o resgate histórico e o exame contemporâneo do tema.

Um dos notáveis efeitos da globalização e do avanço tecnológico é a natural tendência de intercomunicação entre os diferentes sistemas jurídicos contemporâneos. A facilidade e a instantaneidade dos contatos conduzem a uma cada vez maior interação entre os diferentes povos e as diferentes culturas. Assim também ocorre em relação aos sistemas jurídicos, percebendo-se a tendência de utilização de institutos alienígenas, oriundos dos mais diversos países.

A par disso, as semelhanças entre os ordenamentos das diferentes famílias tendem a experimentar séria redução. Nesse sentido, Michele Taruffo reconhece a moderna tendência de que se arrefeçam os vínculos entre os membros das ‘famílias de ordenamentos’, num progressivo e continuado afastamento. Como diz o processualista italiano, “nesse momento parecem ser mais interessantes e importantes as diferenças entre modelos e entre ordenamentos, muito mais do que as tentativas de construir homogeneidades”.¹²⁵³

A partir dessa constatação, Taruffo observa, por exemplo, o esfacelamento do *iceberg* do *common law*, na medida em que o ordenamento norte-americano registra um sistema processual que, atualmente, é muito distinto do sistema processual inglês. Basicamente, tal diferença residiria, segundo o autor, no fato de que o sistema processual norte-americano não orienta o processo em direção à verificação da verdade dos fatos¹²⁵⁴, permanecendo, pois, eminentemente adversarial. O próprio Taruffo aponta as bases do modelo:

¹²⁵³ Ver: TARUFFO, Michele. Icebergs do Common Law e Civil Law? Macrocomparação e Microcomparação Processual e o Problema da Verificação da Verdade. In: *Revista de Processo*, n. 181, p. 169, mar. 2010.

¹²⁵⁴ Segundo Taruffo, isso decorre do fato de que os juízes não exercitam os amplos poderes instrutórios de que dispõem “no louvável intento de não interferir no livre jogo competitivo das partes” (Idem, p. 171.)

El proceso *adversary*, y em particular su fase más visible que es el *trial*, desempeña em efecto una peculiar función simbólica, com respecto a la cual son indispensables los aspectos de ritualismo teatral y de formalismo que de varias maneras lo caracterizan: no es casual que se haya delineado la analogía entre el *adversary trial* y el *theater of fact* o los *morality plays* medievales, para subrayar precisamente que no se trata solo de un método para resolver controversias, sino sobre todo de una ‘representación de valores’ en forma simbólica, encaminada a mostrar que tales valores se realizan, y a producir sobre estos consenso y legitimación.¹²⁵⁵

Percebe-se, pois, a tendência de afastamento dos ordenamentos, mesmo que oriundos de famílias originalmente convergentes. Essa circunstância serviria para demonstrar, com redobradas razões, a impropriedade da utilização de institutos de sistemas dessemelhantes, como a que se constata no ordenamento brasileiro, com o *common law*.

De fato, vem de longe a tentativa de aplicação de institutos do *common law*, como a pretensão de aproximação com o *stare decisis*, implantando-se no sistema pátrio a ótica dos precedentes. Todavia, tal propósito labora em grave equívoco. Os precedentes não denotam significados absolutos, de viés aristotélico-tomista, cuja aplicação subsuntiva proviria da solução singela de uma universalidade de casos, já que o geral está no precedente e será transportado para o particular presente no caso concreto.¹²⁵⁶

A construção teórica do sistema romano é uma, enquanto que aquela do sistema do *common law* é outra. Por tal conclusão, é evidente o equívoco de pretensão de simples *importação* de institutos, de um para outro sistema, como se pudessem ser transpostos, através de uma funcionalidade utópica.

É preciso considerar, inicialmente, que a própria produção do discurso jurídico está inserida na realidade. É um discurso prático, mas que deve partir da verificação do que está proibido e do que está permitido no ordenamento. Nesse sentido, Alexy¹²⁵⁷ afirma que “El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general”¹²⁵⁸. Esse modo de produção faz do discurso um operador entre a lei, a jurisprudência e a dogmática. A sujeição a esses componentes é que produz a racionalidade do discurso jurídico ou, como refere Alexy,

¹²⁵⁵ TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial em la experiencia americana: El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. p. 269.

¹²⁵⁶ Nesse sentido, ver:

SCTRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*.

¹²⁵⁷ Vale sinalar que as críticas tecidas a Alexy no segundo capítulo não invalidam a afirmação de que o discurso necessita de coerência interna e deve ter um viés pragmático. Posteriormente, com Gadamer, apontar-se-á o complemento que se impõe à teoria alexyana, com a agregação da compreensão e da tradição.

¹²⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. p. 529. “O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral”. (Tradução livre do autor).

“La racionalidad del discurso jurídico depende, pues, esencialmente de si y en qué medida estas valoraciones adicionales son racionalmente controlables”¹²⁵⁹.

Tais valorações, que conduzem à racionalidade do discurso jurídico, estão estreitamente ligadas à interpretação e à tradição. Como afirma Engisch, “... a correcta compreensão dos preceitos esforça-se por descobrir os fundamentos histórico-culturais e o significado da tradição”¹²⁶⁰.

A tradição é compreendida por Gadamer como “o fundamento de sua validade”¹²⁶¹, constituindo numa forma de determinação de comportamentos, mas que é um momento da liberdade e da própria história. A tradição, assim, é essencialmente conservação, que também é um ato da razão humana, embora não produza o mesmo impacto da inovação. Como completa Gadamer:

Inclusive quando a vida sofre suas transformações mais tumultuadas, como em tempos revolucionários, em meio a supostas mudanças de todas as coisas, do antigo conserva-se muito mais do que se poderia crer, integrando-se com o novo numa nova forma de validade.¹²⁶²

Representa a tradição, assim, a forma pela qual é legada a história, permitindo que o mundo contemporâneo seja informado pelos institutos do passado. É, contudo, tarefa do tempo atual a reconstrução do estado originário, para a efetiva compreensão dos institutos. É isso que Jhering sustenta, ao detectar os vestígios deixados pela Antiguidade e a aptidão do homem contemporâneo, para a percepção dos ideais de antanho:

A história não nos transmitiu, é certo, uma imagem clara do Estado jurídico originário, que se perde nos tempos primitivos da existência dos povos; mas, em compensação, conservou na maior parte das nações, tão numerosos vestígios em seu direito posterior, que estamos aptos a reconstruir cientificamente aquele estado originário e as idéias que então dominavam.¹²⁶³

O papel da tradição representa, como diz Streck, a expressão dos princípios da integridade e da coerência, percebendo o caso e o contexto em que o enunciado foi produzido.

¹²⁵⁹ Idem, p. 530.

¹²⁶⁰ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. p. 144.

¹²⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. p. 421.

¹²⁶² Idem, p. 423.

¹²⁶³ JHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano*. Traduzido por Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. 1v. p. 95.

E assim, um ambiente de *contextualização* da decisão é que garantirá a possibilidade de compreensão.¹²⁶⁴

Ainda, o momento e as circunstâncias em que será aplicada a lei não podem ser desconsiderados, sob pena de perder-se o sentido dos institutos jurídicos, pela desconsideração da historicidade, como afirma Radbruch¹²⁶⁵, que termina por reconhecer que a história de um pensamento jurídico não encerra no momento em que ele foi expresso num texto legal. Ao contrário, o tempo futuro se apropriará desse pensamento, da forma como aparecer naquele tempo, desvinculada, a princípio, das motivações do instante em que inserido no texto legal.

Essa apropriação é realizada pela tradição, que faz com que os efeitos de um determinado instituto possam transpor-se no tempo, irradiando-se numa dimensão além da temporalidade. É assim que Jhering reconhece tal resultado no campo processual:

[...] o processo muda, mas as regras da substância do direito, criadas pelo próprio processo, ou por ele calculadas, continuam a durar por algum tempo, em virtude da força da tradição; assim, vemos os cumes das altas montanhas dourados de luz, depois que o astro do dia se oculta no horizonte.¹²⁶⁶

A investigação das ciências do espírito não pode realizar-se em simples oposição ao modo como o homem se comporta em relação ao passado. Mergulhado na tradição, o jurista terá de reconhecer-se a si mesmo, constituindo um desafio alcançar a compreensão a partir da separação do comportamento científico daquele natural em relação ao passado. Como alude Gadamer, a tradição expressa-se numa pluralidade de vozes, que se entremeiam no presente, constituindo o processo de investigação.¹²⁶⁷

O que satisfaz a consciência histórica é sempre uma multiplicidade de palavras nas quais ressoa o passado. O passado só aparece na diversidade dessas vozes. É isso que constitui a essência da tradição da qual se participa e se quer participar. A própria investigação

¹²⁶⁴ “Como já referi em outras oportunidades, os textos são fatos. Isto porque os textos são o dito de uma compreensão que se deu, necessariamente, como aplicação. Na verdade, temos que encontrar o fio condutor da tradição que se liga ao enunciado. Teremos que buscar – sempre, em face dos *princípios* da integridade e da coerência, que na hermenêutica denominamos de tradição – os *casos* e o *contexto* em que esse enunciado foi produzido. Não é possível, portanto, continuarmos analisando os textos das súmulas como se ali fosse “o lugar da verdade” e como se o sentido imanente desse texto nos desse as respostas para a sua futura aplicação” (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis: Necessitamos de uma “Teoria para a Elaboração de Precedentes”?* In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. p. 316.)

¹²⁶⁵ O autor refere que “a vontade do legislador, a vontade do Estado que se expressa apenas na lei, que ela busca encontrar, não é a vontade do autor da lei, um fato histórico encerrado; está antes em constante desenvolvimento e responde a novas necessidades jurídicas e a novas relações temporais modificadas com novos significados, dos quais o autor da lei nada podia saber” (RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. p. 218.)

¹²⁶⁶ JHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano*. p. 14.

¹²⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. p. 421.

histórica moderna não é só investigação, mas também mediação da tradição. Não se vê somente sob a lei do progresso e dos resultados assegurados; nela também realiza-se as experiências históricas, pois permite que se ouça cada vez uma nova voz em que ressoa o passado.¹²⁶⁸

Compreender é, pois, também permitir a expressão da tradição, que atua através da consciência histórica, agindo numa inserção objetiva e, por isso, envolvendo o próprio ser que compreende. O processo da compreensão, então, realiza-se a partir do próprio ser, dele dependendo e produzindo uma experiência reflexiva. Nesse contexto, a interpretação é que representa a forma explícita de compreensão.

Possível trazer o entendimento de Jhering, no aspecto em que observa que quando uma instituição existe há muitos séculos, “nenhum homem dotado de espírito imparcial pode subtrair-se a convicção de que ela se deve basear em motivos imperiosos”¹²⁶⁹.

A conclusão é válida, também, para a percepção dos institutos nos diferentes sistemas jurídicos, conduzindo à necessária cautela na transposição dessas entidades seculares. Tal se aplica, a propósito, não apenas em relação aos diferentes sistemas jurídicos, mas nas diferentes *tradições*¹²⁷⁰ jurídicas.

A pretensão de implantação da orientação do *common law*, particularmente em relação aos precedentes, pode ser percebida no direito brasileiro através de sucessivas investidas, inclusive mediante alterações legislativas já consumadas. Assim se deu em relação às frustradas tentativas de implantação da súmula vinculante, que encontraram grande resistência da comunidade jurídica. E, num viés mais recente e que encontrou eco no legislativo, alcançando a alteração das disposições processuais, estão outros institutos trazidos ao ordenamento.

Tais institutos, evidentemente, remetem à regra do precedente, típico e característico do direito inglês, que tem sido utilizado como sustentador da ideia de que a criação de instituto similar, no direito brasileiro, poderia contribuir para a maior efetividade do processo.

¹²⁶⁸ Idem, p. 426.

¹²⁶⁹ JHERING, Rudolf Von. *O Fundamento dos Interdictos Possessorios*. Tradução de Adherbal de Carvalho. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves. 1908. p. 9.

¹²⁷⁰ Merryman distingue sistemas jurídicos das tradições jurídicas, dizendo que “una tradición jurídica, como el término lo indica, no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de asociaciones y delitos, aunque tales normas serán casi siempre en cierto sentido un reflejo de esa tradición. Son más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca el sistema jurídico dentro del ámbito cultural.” (MERRYMAN, John. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. Traduzido por Carlos Sierra. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 20.)

Trata-se da conformação daquilo que a doutrina tem denominado instrumentos de estandardização da causa e que compreendem, dentre outros, os institutos da repercussão geral¹²⁷¹, do sobrestamento dos recursos repetitivos e da inexigibilidade da coisa julgada, sempre que fundada em norma reconhecida inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou, ainda, em interpretação tida por incompatível com a Constituição Federal, pelo mesmo tribunal superior.

Todavia, não há compatibilidade entre o instituto do precedente do *common law* e os ordenamentos jurídicos da tradição romano-germânica. Em primeiro lugar, a doutrina que defende uma teoria dos precedentes para o *civil law* acaba por se distanciar da etimologia do termo que quer empregar. Os precedentes tem um fundamento e os instrumentos de estandardização da causa outro.

Para perceber tal distinção, é importante buscar os argumentos que permitiram a construção do instituto do precedente no direito inglês, cujo surgimento, de acordo com René David, tem um marco na conquista pelos Normandos, em 1066. O autor diz que esse foi “um acontecimento capital para a história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado...”¹²⁷² Merryman também concorda com esse momento e sua importância para o direito da *common law*, reconhecendo-o como o marco do surgimento do direito inglês.¹²⁷³

Inicialmente, o direito inglês foi “profundamente marcado pela preeminência das considerações referentes ao processo”¹²⁷⁴, considerações que, muitas vezes, tornaram-se mais proeminentes do que a própria solução do litígio, no plano material. Nesse mesmo sentido, Victoria Sesma traz a ideia de que o direito, na Inglaterra, formou-se num ordenamento que tinha poucas leis escritas, trilhando-se então o caminho da repetição de casos já decididos¹²⁷⁵.

¹²⁷¹ A alteração processual trazida ao Código de Processo Civil, através da Lei 11.418/06, promoveu a exigência de que, para alçar-se um recurso à Corte Constitucional, o recorrente deve demonstrar a repercussão geral que o caso apresenta, em questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, passando a constituir-se, tal repercussão, num pressuposto de admissibilidade do recurso.

¹²⁷² DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 357.

¹²⁷³ “La fecha que suele usarse para marcar el inicio de la tradición del derecho común es el año de 1066, cuando los normandos derrotaron a los nativos defensores en Hastings y conquistaron Inglaterra. Si aceptamos esa fecha, concluiremos que la tradición del derecho común es un poco más de 900 años más vieja” (MERRYMAN, John. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. p. 20.)

¹²⁷⁴ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. p. 365.

¹²⁷⁵ Diz a autora: “En aquella época había pocas leyes escritas. Los abogados recordaban a los jueces lo que había pasado en casos anteriores de carácter semejante. Poco a poco, se va a convertir en regla el que una vez que los jueces decidiesen una causa, en todas las causas futuras similares se impusiera un fallo igual. Así nació la doctrina del *stare decisis* y el carácter especial del *common law*. Esta doctrina del precedente judicial era, en su comienzo, nada más que una práctica conveniente para los jueces y la abogacía. En su forma desarrollada llegó a ser obligatoria según la importancia del fallo y el nivel del tribunal que lo impuso. Para lograr esta posición se

Essa mesma construção permite vislumbrar a importância que teve o processo no direito inglês, orientado no sentido da solução dos litígios. É por isso que René David afirma que “a *common law* não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios”.¹²⁷⁶

E, considerando essa vocação do direito inglês, é fácil perceber que naquele sistema jurisprudencial, é consequência lógica a obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes, respeitando os precedentes judiciais.¹²⁷⁷

Por sua vez, o sistema do *civil law* com suas definidas características, registra como marca a existência de regras que, inclusive, apresentam-se em toda a formação dessa família. De fato, ainda no Direito Romano estava presente a compilação que, depois, a partir do fenômeno da recepção, foi incorporada ao Direito na Idade Média. Já conhecia o Direito Romano¹²⁷⁸, também, a distinção entre o direito privado e o direito público que, a partir da recepção, foi trazida ao direito contemporâneo.

Ainda, não se pode olvidar da importância do direito mercantil na constituição do sistema da *civil law*, produzindo-se a partir da formulação das regras estabelecidas pelos comerciantes italianos. Essas regras primitivas consolidaram-se posteriormente no direito mercantil¹²⁷⁹, que tinha suas fontes nas necessidades do comércio.

necesitaron dos cosas: primera, una jerarquía bien definida de tribunales y, segunda, una crónica jurídica digna de confianza” (SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas, 1995. p. 24.)

¹²⁷⁶ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. p. 365.

¹²⁷⁷ René David traduz a regra do precedente em três proposições: “1º - As decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições salvo excepcionalmente por ela própria; 2º - As decisões tomadas pelo *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*; 3º - As decisões tomadas pelo *High Court of Justice* impõem-se às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias, têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões do próprio. (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. p. 428.)

¹²⁷⁸ “El *Corpus Juris Civilis* de Justiniano no se limitaba al derecho civil romano. Incluía muchas cosas referentes al poder del emperador, a la organización del imperio y a una diversidad de otras materias que los abogados de hoy clasificarían como derecho público. Pero la parte de la compilación de Justiniano que se ocupa del derecho civil romano es la parte que ha sido objeto del estudio más intenso y se ha convertido en la base de los sistemas legales del mundo de derecho civil. Otras partes de la compilación de Justiniano han sido estudiadas y usadas con menor cuidado porque han parecido menos aplicables a los problemas de otros pueblos y gobiernos en otros lugares y épocas. En todo caso, la parte del *Corpus Juris Civilis* dedicada al derecho civil romano es con mucho la mayor.” (MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. p. 27.)

¹²⁷⁹ “La tercera subtradición, al lado del derecho civil romano y del derecho canónico, es la del derecho mercantil. Es obvio que cierta forma del derecho mercantil es tan antigua como el comercio, pero el derecho mercantil de Europa occidental (y también el derecho mercantil del mundo de derecho común) experimentó su desarrollo principal en Italia en el momento de las Cruzadas, cuando el comercio europeo recuperó el dominio del área mediterránea. Los comerciantes italianos formaron gremios y establecieron reglas para la gestión de los asuntos comerciales. Los pueblos italianos medievales se convirtieron en centros comerciales, y las reglas desarrolladas en estos pueblos – en particular Amalfi, Génova, Pisa y Venecia – influyeron en el desarrollo del derecho mercantil. Al revés de lo que ocurría con el derecho civil romano y con el derecho canónico, que eran librescos y estaban dominados por los académicos, el derecho mercantil era la creación pragmática de hombres

Enfim, as abissais diferenças históricas, que se verificam nos dois sistemas, terminaram por produzir institutos que contêm grandes distinções e que, na contemporaneidade, mostram-se até mesmo incompatíveis, pelo que não se revela razoável sua transposição ou utilização em outro sistema.

A própria ideia de coisa julgada registra um viés no *common law* e outro no *civil law*. De qualquer maneira, há notória distinção entre a coisa julgada, as súmulas e o precedente. Castanheira Neves aponta com nitidez essa diferença. O caso julgado não dispõe de potencial para interferir em decisões futuras, vez que se volta para o presente e protege tão-somente os contornos da demanda que o originou. Ademais, ele é reproduzido a partir de elementos já existentes no sistema.

O precedente, ao contrário do caso julgado, produz um novo paradigma, que firma um marco decisório no tempo e vincula as decisões futuras, mas a partir da demonstração, no caso concreto, de sua pertinência aplicativa. Já os assentos (súmulas) são regras gerais e abstratas com origem na lei com o propósito claro de resolver casos futuros. Veja-se que as súmulas registram a pretensão dedutiva/subsuntiva de vincular todos os casos futuros amoldados à regra sumular, ao passo que os precedentes registram apenas a possibilidade de aplicação em hipóteses que, a partir do caso concreto, possam demonstrar a vinculação com o julgado do passado, mas de acordo com a análise particularizada.¹²⁸⁰

Há um outro aspecto, que também não pode ser olvidado, quando se busca analisar a importação de institutos oriundos de ordenamentos diversos, de diferentes tradições jurídicas. É o fato de que essas *famílias* registram dessemelhanças estruturais, que tornam muito difícil, inclusive, a compreensão dos institutos. Afirma David:

[...] o direito inglês vai mostrar-se muito diferente do direito francês e dos outros direitos da família romano-germânica. A sua estrutura não é a mesma que a do nosso direito e nessa diferença reside a maior dificuldade que nos oferece o estudo do direito inglês. A diferença de estrutura que iremos observar é efetivamente total. Ao nível das grandes divisões do direito, não encontraremos nem a distinção do direito público e do direito civil, do comercial, do administrativo ou do direito da previdência social; em lugar destas grandes classificações encontraremos outras como, e em primeiro lugar, a distinção da *common law* e da *equity*.¹²⁸¹

prácticos ocupados en el comercio. La interpretación y aplicación del derecho mercantil se realizaba en tribunales mercantiles donde los jueces eran comerciantes. Las necesidades del comercio y los intereses de los comerciantes, no la compilación de Justiniano ni las de los canonistas, eran las fuentes principales de este derecho". (Idem, p.36-7.)

¹²⁸⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*.

¹²⁸¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. p. 382.

As discrepâncias entre as diferentes famílias também aumentam em vista de que os institutos de um sistema não encontram correlação com aqueles do outro. Isso decorre, também, dos distintos sentidos que os termos têm em cada um dos sistemas. Como aduz René David “não correspondendo a nenhuma noção do nosso conhecimento, os termos do direito inglês são intraduzíveis nas nossas línguas, como o são os termos da fauna ou da flora de um outro país”.¹²⁸²

Veja-se que a própria forma de produção da ciência jurídica é diversa, nos dois institutos. O direito inglês tem, em sua essência, a *aplicação* da lei ao caso concreto, como condição e requisito de validade da legislação. Isso não ocorre no sistema romano-germânico. Então, o proceder do jurista, no direito inglês, é diametralmente oposto àquele do jurista na tradição da *civil law*. Acerca disso, David diz que:

O jurista inglês, herdeiro dos práticos, desconfia daquilo que ele considera, muito naturalmente, como fórmulas ocas: que vale a afirmação de um direito ou de um princípio, se na prática não existe um meio de aplicá-lo? Toda a atenção dos juristas ingleses se voltou, durante séculos, para o processo; só lentamente se volta para as regras do direito substantivo.¹²⁸³

O jurista inglês é *herdeiro dos práticos*, algo que está muito distante do proceder do jurista no sistema romano-germânico, afeto à teoria jurídica – porque não se ousar dizer, a uma *pureza*, distante do mundo dos fatos. Curiosamente, a proposta que se anuncia, de incorporação da regra dos precedentes, é alardeada para as hipóteses em que se travam discussões de direito, onde não exista a controvérsia fática. Essa é talvez, a prova cabal da impropriedade da pretensão de incorporação do instituto do *precedente*. Esse instituto, no direito inglês, é aplicado nas questões de fato. Aqui, a pretensão que se tem é, exatamente, trazê-lo para as ditas *ações de massa*, onde a discussão é, eminentemente, da aplicação da lei.

Embora convictos na idéia de incorporar o *precedente*, os juristas que defendem essa concepção não consideram, nem de longe, a possibilidade de utilização da mesma regra nos casos em que se travem discussões que envolvam o exame dos fatos. O jurista inglês, ao revés, está preocupado em demonstrar que o caso que se apresenta a julgamento é similar a outro, já julgado e que lhe sirva de precedente. Acaso algum jurista, no ordenamento jurídico brasileiro, teria a pretensão de incorporar a mesma técnica?

¹²⁸² Idem, p. 383. Exemplifica o autor dizendo que “Falseia-se o seu sentido, na maioria das vezes, quando se pretende a todo o custo traduzi-los, e a dificuldade não é menor quando a tradução parece não oferecer dúvidas: o *contrat* do direito francês não é o equivalente do *contract* do direito inglês, tal como a *equity* inglesa não é a *équité* francesa; *administrative law* não quer dizer *droit administratif*, *civil law* não significa *droit civil* e *common law* não tem por sinônimo *droit commun*”.

¹²⁸³ Idem, p. 406.

É evidente que não. O que se busca é uma *fórmula mágica* capaz de pôr fim, de modo célere e pragmático, ao cada vez maior estoque de ações judiciais que demandam do Estado a prestação jurisdicional.

Ao diferenciar os direitos das famílias romano-germânicas daqueles da *common law*, David reconhece que, no primeiro sistema, é desnecessário considerar as decisões de jurisprudência como criadoras de regras de direito, haja vista que já se tem um sistema de normas próprio.¹²⁸⁴ É por isso que o jurista francês termina por reconhecer que, nos países do direito inglês, “a função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito”¹²⁸⁵. Ou seja, a jurisprudência no direito inglês tem uma outra função, *criadora* das regras, o que se dispensa no direito da família romano-germânica. Esse aspecto também constitui, pois, mais um motivo para repelir a pretensão de utilização de instituto alienígena.

Há ainda um outro elemento, que também é essencial, na percepção dos precedentes jurisprudenciais obrigatórios da *common law*, já que no direito inglês o juiz não está obrigado a motivar as suas decisões¹²⁸⁶. A prática da *civil law* vai muito longe desse proceder adotado no *common law*. Aqui, profundamente influenciados pelo racionalismo e pelo paradigma da certeza, insistentemente buscado pelo juiz e pelas partes, a fundamentação das decisões constitui parte essencial da decisão, quando não a mais importante.

Ao jurista da *civil law* é inconcebível que o juiz decida simplesmente. Ele precisa mais, deve convencer o jurisdicionado de que a decisão é a apropriada para o caso. É claro que esse convencimento é utópico e irrealizável. Não fosse assim, seria muito menor o número de recursos interpostos das decisões. Aliás, tamanha é a veracidade dessa afirmação que, nem de longe, o advogado no *civil law* pensa em utilizar a locução “estou resignado com a decisão...”, numa inequívoca mostra da insistente busca da verdade.

¹²⁸⁴ Diz René David: “No direito francês e nos outros direitos da família romano-germânica, os princípios do direito foram sempre procurados num corpo de regras preestabelecido: antigamente, *Corpus juris civilis*, hoje, códigos. A jurisprudência nos nossos “países de direito escrito” apenas é chamada a desempenhar, normalmente, um papel secundário: *non exemplis sed legibus judicandum est*, declara o código de Justiniano. As decisões de jurisprudência podem efetivamente ser dotadas de uma certa autoridade; mas, de modo algum são consideradas, salvo em casos excepcionais, como criadoras de regras de direito. Na verdade, isto seria desnecessário; temos já, independentemente delas, um sistema de regras de direito que basta a si próprio”. (Idem, p. 427.)

¹²⁸⁵ Idem, p. 428.

¹²⁸⁶ Acerca da desnecessidade de motivação das decisões judiciais no direito inglês, René David afirma que “a decisão inglesa, rigorosamente falando, está reduzida a um simples dispositivo que dá a conhecer a solução dada, pelo juiz, ao litígio: X deve pagar a Y uma determinada soma, o contrato realizado entre X e Y foi anulado, a sucessão de X à pessoa de Y. Os juízes ingleses não têm de motivar as suas decisões; talvez fosse um atentado à sua dignidade impor-lhes essa obrigação: eles ordenam e não têm de se justificar.

Curioso, também, é que o jurista no sistema romano-germânico não reconhece a autoridade no juiz. Se ele deve convencer, então a sua autoridade é mínima. Também por isso, pois, não se aduna ao ordenamento jurídico brasileiro a figura do precedente.

Marinoni procura justificar a necessidade de respeito aos precedentes a partir da construção de que, assim, se estaria operando na dimensão da segurança jurídica. Depois de afirmar que “a ideia de submeter o juiz à letra da lei tenha constituído mero sonho da Revolução Francesa”¹²⁸⁷ Marinoni sustenta que se fosse de admitir por hipótese, que o juiz não pudesse decidir em desacordo com a norma geral, haveria fatalmente a previsibilidade e, partindo dessa premissa, vai à conclusão de que “isso significa que é correto pensar que a ideia de submissão do juiz ao legislador colaborou para a formação de um sistema despreocupado com o respeito aos precedentes”¹²⁸⁸.

Todavia, não se pode esquecer que é da essência da ciência jurídica a compreensão e a interpretação. Não é porque se buscava a segurança jurídica que se esqueceu o respeito aos precedentes. Isso ocorreu dessa maneira porque tal instituto não é da essência da família romano-germânica que tem a lei como substitutiva do precedente.

A propósito da segurança jurídica, parece mais apropriada a compreensão de Engisch que, ao tratar do modo de produção da ciência jurídica, no sistema romano germânico, reconhece que a ideia de que se poderia garantir a segurança jurídica através da legislação remonta ao Iluminismo.¹²⁸⁹ Porém, Engisch percebe o declínio dessa concepção, especialmente a partir do século XIX, reconhecendo a impraticabilidade do postulado da estrita vinculação do juiz à lei. Considera, então, que os tribunais foram dotados de liberdade de decisão “para dominar a vida na pluralidade das suas formas e na sua imprevisibilidade.”¹²⁹⁰

Não poderia, de fato, ser diferente. A vida e as suas diferentes formas de expressão não podem ser aprisionadas na redução de uma norma abstrata.

Veja-se que a partir da utilização da regra do precedente, o direito inglês passou a permitir que a maneira como a lei inglesa fosse sendo aplicada poderia sobrepor-se à própria lei. Embora isso conduza, por vezes, ao efeito de que a finalidade que a lei buscava possa ser esquecida, existe aí um ponto interessante ao debate que se propõe. O direito inglês, em

¹²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A Força dos Precedentes*. p. 218.

¹²⁸⁸ Idem, p. 219

¹²⁸⁹ Diz Karl Engisch “Houve um tempo em que tranquilamente se assentou na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os actos administrativos. Esse tempo foi o do Iluminismo¹²⁸⁹”. (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. p. 206.)

¹²⁹⁰ Idem, p. 207.

essência, exige o precedente, o que não se aplica ao sistema romano-germânico, onde o papel do precedente é exercido pela própria lei. Nesse ponto, David afirma que:

[...] as disposições da lei inglesa acabam rapidamente sendo submersas por uma massa de decisões jurisprudenciais, cuja autoridade se substitui a dos textos legais; o espírito geral da lei arrisca-se a ser esquecido e a finalidade que ela procurava atingir perde-se de vista, no emaranhado das decisões que se destinaram a resolver, cada uma delas, um ponto de pormenor particular.¹²⁹¹

Mais uma vez, retorna-se à questão de que não se pode aprisionar a realidade numa norma abstrata, sendo inconcebível o exercício da atividade jurisdicional sem que se permita, ao julgador, o exercício da discricionariedade. E aqui não se quer emprestar ao termo o olhar da arbitrariedade, da ausência de fundamentação e do decisionismo. Importa referir que a discricionariedade representa, como quer Ovídio Baptista, a possibilidade de escolha da pluralidade de aspectos que permeiam o caso concreto.¹²⁹²

Marinoni, por sua vez, remete a atenção para a questão do duplo grau de jurisdição, qualificando de curiosa a ênfase que o *civil law* deu a tal princípio. Refere o processualista que “se o juiz apenas pode declarar as palavras da lei, não há razão para se ter dois juízos repetitivos sobre o mérito”¹²⁹³. A partir dessa constatação e da percepção de que o direito do *civil law* não acolheu o precedente, Marinoni elabora a construção de que seria injustificável negar-se aos juízes de primeiro grau o poder de decisão das questões mais singelas, ao tempo em que se permite que confrontem os tribunais superiores.

Acerca da pretensa utilização dos precedentes no direito brasileiro, Streck destaca que:

O grande problema desta metodologia judiciária consiste em apregoar no precedente repercussão hermenêutica intransitiva que lhe é indelevelmente avessa, porquanto a sua carga de eficácia vinculante não será jamais atestada pela simplicidade e precisão de seus termos e, conquanto assim seja na rasa gramática de sua dimensão textual, invariavelmente dependerá do cotejo interpretativo vindouro – por razões ou fundamentos devidamente explicitados pela argumentação (racionalidade expositiva) – entre o critério adotado no precedente institucional e a insurgência do caso concreto de onde se proclama tratamento diferenciado ou diverso.¹²⁹⁴

¹²⁹¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. p. 431.

¹²⁹² Ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

¹²⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A Força dos Precedentes*. p. 219.

¹²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis: Necessitamos de uma “Teoria para a Elaboração de Precedentes”? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. p. 310.

A preocupação com a certeza representou uma das marcas do racionalismo. A certeza galgou a categoria de um valor jurídico abstrato, cuja atuação é comparada por Merryman “come la regina nel giuoco degli scacchi può muoversi in ogni direzione”¹²⁹⁵. A certeza torna-se, assim, um valor supremo, um dogma indiscutível, o que termina por produzir uma técnica científica adaptada a essa exigência, gerando uma ciência processual mecanicizada.

No direito inglês, os precedentes registram força superior à da lei, na medida em que esta tem caráter cogente a partir da sua aplicação pelos tribunais, expressando-se, então, no precedente. No caso do direito brasileiro, situação similar se repete em relação às súmulas, o que foi muito bem percebido por Streck, que assevera, “*no fundo, não há maiores diferenças entre uma lei e uma súmula*; a diferença é que, por incrível que pareça, as súmulas vinculantes os juristas respeitam. E a lei? Bem, a lei acaba tendo menos força que as súmulas vinculantes”.¹²⁹⁶ E segue o jurista, elucidando o sistema inglês:

[...] o Direito, tanto para o jurista inglês como para o americano, desenvolve-se sob a forma jurisprudencial. Os juristas desses países têm as regras de Direito produzidas pelo legislador (*statutes*) como algo “anormal” no sistema. De qualquer maneira, tais regras (*statutes*) são sempre melhor assimiladas depois de devidamente interpretadas pelos tribunais, mormente se se tratar do Direito norte-americano. Quando não existe precedente, diz-se que “There is no law on the point”, mesmo que exista uma lei que preveja a situação sob análise.¹²⁹⁷

Na mesma construção, David traz a peculiaridade da regra de direito inglesa, quando afirma que ela “não é colocada abstratamente em uma fórmula legal. Os fatos penetram na estrutura do direito inglês e eles próprios entram, muitas vezes, na classe de regra de

¹²⁹⁵ MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. p. 73.

¹²⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis: Necessitamos de uma “Teoria para a Elaboração de Precedentes”? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. p. 317. Ainda, conclui o autor: “Por exemplo, antes da Súmula vinculante 10, os tribunais eram useiros e vezeiros em não suscitar incidentes de inconstitucionalidade. Isto é, não obedeciam aos arts. 97 da CF e 480 e ss. do CPC. Com a edição da Súmula vinculante 10, passaram a obedecer. Aliás, até demais, uma vez que agora nem mais fazem interpretação conforme em nulidade parcial sem redução de texto. E olha que a Súmula vinculante 10, examinada em seu “DNA”, nem trata desses dois mecanismos hermenêuticos. Sintomas da crise, pois não? Ainda, por fim, há um outro enigma a ser decifrado. E qual seria? É que as súmulas representam um paradoxo. E por quê? Porque elas não diminuem e, sim, aumentam a competência dos juízes. Eles e os tribunais é que ainda não se deram conta. O que é lamentável é que talvez nem venham a perceber isso. E nem os juízes. Tudo dependerá de que paradigma estarão *olhando* as súmulas ...! Uma preocupação final: alguém já reparou que o mesmo movimento que se deu com as codificações introduzindo os “conceitos jurídicos indeterminados” já se mostra presente nas súmulas vinculantes do STF? Especialmente a do uso abusivo de algemas... Só que agora, seguindo a via de deslocamento da tensão de poderes, o Judiciário assume o papel de protagonista. E corremos o risco de o discurso do judiciário substituir a legislação democraticamente elaborada”.

¹²⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro*. Eficácia, Poder e Função: A Legitimidade Constitucional do Efeito Vinculante. p. 55.

direito”¹²⁹⁸. Isso, talvez, justifique o fato de que as regras são sempre melhor assimiladas depois de devidamente interpretadas pelos tribunais.

No tocante ao sistema judiciário norte-americano é necessário compreender o seu evidente caráter político, bem percebido por Marie Toinet, quando afirma que “la originalidad del sistema judicial estadounidense se deriva del lugar que ocupa en el estado y de su inmenso poder *político*”.¹²⁹⁹ Ainda, no caso dos Estados Unidos, imprescindível referir que a regra do *stare decisis* não é intangível. Toinet argúi que, “el precedente es un elemento importante e incluso puede ser fundamental, porque no es exclusivo de otras fuentes del derecho. El sistema judicial estadounidense ha dado pruebas de una grand flexibilidad”.¹³⁰⁰ A sua vocação jurisprudencial o torna, naturalmente, um sistema que congrega grande flexibilidade, especialmente porque a produção da regra se dá diante do caso concreto.

A aproximação com o direito inglês, pela apropriação do instituto do precedente encontra óbices históricos, metodológicos e funcionais. A historicidade, fio condutor da construção processual moderna, repele a pretensão, porque os sistemas jurídicos registram diferenças insuperáveis. No plano metodológico, também não se recomenda a pretendida importação do instituto, inclusive porque o precedente opera num plano muito diverso daquele da coisa julgada. O que se objetiva, no ordenamento jurídico pátrio, é incorporar a regra do precedente, elastecendo o seu alcance inclusive para a coisa julgada: o procedimento, no direito inglês, não prevê nem permite tal alargamento do instituto.

E, enfim, no plano funcional, a impropriedade transparece a partir da impossibilidade que se vislumbra, no ordenamento jurídico, de utilização das premissas próprias do precedente, inclusive de forma retroativa. No caso brasileiro, o que se busca é transpor a regra do precedente, no rumo da relativização – não seria melhor dizer desconsideração? – da coisa julgada, quando se sustenta a inexigibilidade do título executivo, oriundo da decisão transitada em julgado, sempre que, em decisão *posterior* da corte constitucional, se entenda incompatível com o fundamento genético.

Nesse contexto, como premissa, é imperioso repisar as principais distinções existentes entre o precedente adotado no *common law* e as bases da tentativa (equivocada) de emprego do paradigma no sistema pátrio. No sistema inglês o precedente é utilizado como amparo de uma decisão para o caso presente.

¹²⁹⁸ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. p. 414.

¹²⁹⁹ TOINET, Marie-France. *El Sistema Político de los Estados Unidos*. Traducción de Glenn Amado Gallardo Jordan. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 194.

¹³⁰⁰ Idem, p. 217

A *Doctrine of bindign precedent* (doutrina dos precedentes obrigatórios) tem vinculação íntima com o *Law Reports*, sendo que a legislação registra influência mitigada nas decisões. O juiz, a partir do *stare decisis*, emprega as regras consuetudinárias, lançando mão do “exemplo” dos casos já julgados.¹³⁰¹

No sistema romano-germânico, apesar da supremacia da lei,¹³⁰² a pretensão que tem se constatado com as formas de standardização da causa é a utilização de precedentes obrigatórios com vinculação voltada para o futuro – no caso da sumularização –, ou para o passado, no caso da (des) consideração da coisa julgada.

Mas o mais grave é que, ao contrário do sistema americano, a importação mal sucedida do direito brasileiro dispensa a fundamentação das decisões, pois fruto da aplicação de um verbete jurisprudencial cujo emprego não precisa nem sequer ser justificado. Basta a colação do enunciado, independentemente da adequação ou não da decisão. No *common law*, e, especialmente no direito norte-americano, como sublinha Dworkin, a fundamentação da decisão é imperiosa.

Os juízes devem tomar suas decisões no *common law* embasados em princípios, não em políticas: devem eles argumentar acerca do porquê as partes tinham, de fato, “novos” direitos e deveres jurídicos, os quais eles exigem que sejam cumpridos.¹³⁰³

Ademais, as súmulas e a relativização firmam um sistema estanque, de total subordinação à jurisprudência¹³⁰⁴, vez que o conteúdo de uma súmula de caráter vinculativo só poderá ser revogado pelo tribunal que a emanou. Vale sublinhar que mesmo a edição de

¹³⁰¹ Ver:

STRECK, Lenio. *Súmulas no Direito Brasileiro*. Eficácia, Poder e Função: A Legitimidade Constitucional do Efeito Vinculante. p. 46.

CUETA RÚA, Julio. *El Common Law*. Buenos Aires, La Ley, 1957.

¹³⁰² Como sinala Lenio Streck, a lei tem valor relativo no sistema inglês. “Tradicionalmente, o Direito Inglês tem considerado o Direito legislativo – *statute law* – como algo secundário, de onde não se deve buscar os princípios gerais do Direito e cuja função se reduz a aclarar ou retificar, em casos específicos, os princípios assentados através do trabalho dos juízes” (STRECK, Lenio. *Súmulas no Direito Brasileiro*. Eficácia, Poder e Função: A Legitimidade Constitucional do Efeito Vinculante. p. 42.)

¹³⁰³ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Londres: Fontana Press, 1986. p. 244.

¹³⁰⁴ Como aponta Streck: “[...] em nosso sistema jurídico, os precedentes jurisprudenciais - dos quais a Súmula é corolário – exercem, dia a dia, maior influência no imaginário dos juristas. Essa influência, porém não deve(ria) ser exagerada, sob pena de se impedir que o direito sofra modificações decorrentes das mutações sociais, além de tolher a liberdade do intérprete/aplicador da lei [...] Na prática, as súmulas passaram a ter eficácia e valor superior às próprias leis, sendo que, em muitos casos, muito além de serem interpretativas das normas vigentes, passam a ser, como já exposto anteriormente, fontes criadoras de leis, editadas contra as leis vigentes (súmulas contra *legem* e contra a Constituição Federal (súmulas inconstitucionais). [...] Destarte, o problema se torna mais grave no momento em que tais decisões assumem eficácia *erga omnes*, transmutando-se de normas individuais em textos normativos. Por isto, essa sistemática pode gerar a inércia dos juízes, imutabilidade na jurisprudência e abstração dos fundamentos legais da decisão. (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro*. Eficácia, Poder e Função: A Legitimidade Constitucional do Efeito Vinculante. p. 220.)

uma lei, em tese, comportaria interpretação contrária do Supremo Tribunal Federal (em face da Constituição) e permitiria a manutenção do verbete sumular.

A rígida regra, que já peca pela imposição de um enunciado sintético, impedindo a discussão compreensiva/aplicativa como ocorre no sistema americano, ainda apresenta incongruência por determinar uma vinculação absoluta. Por sinal, esse fato não ocorre nem no *common law*, que permite alterações de paradigmas jurisprudenciais estabelecidos. Nesse sentido, as cortes superiores podem afastar os termos de decisões adotadas pelas inferiores e também modificar a jurisprudência vertida por elas mesmas.¹³⁰⁵

Esse fenômeno, denominado de *override*, é acompanhado pela possibilidade de mudança das regras pela legislação. Assim, embora tenha como parâmetro essencial a vinculação às decisões do passado, também o *common law* admite a adoção de novos rumos. A mesma sorte não é reservada à relativização da coisa julgada e às súmulas no Brasil, impondo-se o sufocamento do contraditório, ante a impossibilidade de contra-argumento. Além disso, cabe sublinhar que o efeito dupla face almejado no *common law* distingue-se sobremaneira da pretensão jurisprudencial universalizante que se quer implementar no direito brasileiro:

A decisão judicial apresenta dupla função: a primeira, que não é peculiar àquele Direito, é definir e dirimir a controvérsia apresentada ao tribunal, pois na doutrina da *res judicata*, as partes não podem tornar a discutir questões já decididas. A segunda função da decisão judicial – característica da decisão inglesa –, é estabelecer um precedente em face do qual um caso análogo, a surgir no futuro, será provavelmente decidido dessa forma.¹³⁰⁶

As decisões no sistema inglês, assim, acolhem a aplicação do precedente após exaustivo debate, que não prescinde do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Após a identificação e demonstração cristalina da vinculação, evoca-se a doutrina da força obrigatória dos precedentes (*Doctrine of bindign precedent*) e aplica-se ao caso objeto do litígio. O precedente, dessa forma, por mais que sugira o binômio passado/futuro, na verdade, como sinalado alhures, se aplica ao presente.¹³⁰⁷

¹³⁰⁵ *Idem*, p. 46-9.

JÁUREGUI, Carlos. *Generalidades y Peculiaridades do Sistema Legal Inglês*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

¹³⁰⁶ STRECK, Lenio. *Súmulas no Direito Brasileiro*. Eficácia, Poder e Função: A Legitimidade Constitucional do Efeito Vinculante. p. 59.

¹³⁰⁷ Nesse talante, as ponderações do Prof. Streck, em abordagem questionadora acerca do precedente, desenvolvida a partir da doutrina de Brumbauch: “A autoridade do precedente dependerá e estará limitada aos ‘fatos e condições particulares do caso que o processo anterior pretendeu adjudicar’. Em razão disso, os precedentes não devem ser aplicados automaticamente. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente o *dictum*, que goza somente de força persuasória. Os fatores que afetam ou determinam o grau de persuasão que podem alcançar os *dicta* têm

Ainda, de acordo com Baptista da Silva, os precedentes não são utilizados para consolidar e cristalizar a jurisprudência, mas como meio de garantia da evolução do direito, admitindo, como sinalado precedentemente, a negativa aplicativa:

[...] os juízes do *common law* podem recusar-se a seguir o precedente, mostrando que o caso de que se cuida apresenta peculiaridades que o fazem diverso daquele que permitira sua criação; ou mesmo por apresentar-se o precedente destituído de razoabilidade, aos olhos do julgador.¹³⁰⁸

Não há, portanto, a mínima parecença entre a teoria dos precedentes do *common law* e a tentativa de standardização do direito praticada no Brasil. Nesse cenário, a (des) consideração da coisa julgada prevista no Código de Processo Civil como meio alternativo à ação rescisória, mediante arguição na fase de execução/cumprimento, não se justifica em face da aplicação de um precedente jurisprudencial editado por um tribunal superior. Sua implementação é arbitrária, especialmente porque, além de ferir a estabilidade da demanda, retira da parte prejudicada a possibilidade de questionamento da nova decisão.

A tentativa de comparação do *civil law* com o *stare decisis* norte-americano encontra fundamento filosófico que reclama pronto repúdio, porquanto amparado em significados absolutos, de viés aristotélico-tomista¹³⁰⁹, que resgatam a subsunção positivista. O intento é de aplicar o dito precedente – que, na verdade, é um verbete standardizante – a uma universalidade de casos. Mais, o esteio, em regra, é o argumento exclusivamente de direito, ao passo que no *common law* as situações de fato é que preponderam.

A almejada efetividade da tutela jurisdicional não será alcançada com a simples adoção de institutos estranhos ao ordenamento. Para sua aplicação bem sucedida, devem-se considerar as questões próprias de cada sistema, bem como o modo de produção jurídica dos diferentes ordenamentos. Não se tratando de ciência exata, mas de ciência do espírito, o Direito exige ainda a percepção do papel da tradição, aceitando que somente a partir da contextualização das decisões se poderá realizar, efetivamente, o seu desiderato.

Estabelecida a impossibilidade de emprego da *doctrine of bindign precedent* no *civil law* e demonstrados os graves equívocos da sustentação de tal tentativa, bem como a vinculação do argumento com a (des) consideração da coisa julgada e as formas de standardização da causa, necessário debruçar-se sobre as teorias da justiça e dispor acerca

relevância no contexto da decisão de que é integrante? Mais, ainda, pergunta o autor: ‘A corte ou o juiz que o proferiu goza de especial respeito por sua sabedoria ou cultura jurídica? O *dictum* é razoável?’ (Idem, p. 62-3.)

¹³⁰⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*. p. 301-2.

¹³⁰⁹ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*.

das alternativas de superação do modelo massificador, bem como do incremento da democracia no processo, que deve ser reconhecido como uma garantia constitucional.

8. O Resgate da Personalidade das Demandas, Decidibilidade e Preservação da Singularidade do Caso: A Superação do Modelo Quantitativo de Produção Massificada (Premência do Debate Conteudístico e Radicalização da Democracia Jurisdicional)

Firmado o trágico efeito que a padronização/despersonalização do direito produz na sociedade, com foco no assassinio do caso julgado, necessário perquirir acerca das possibilidades que se apresentam na superação do modelo decisional e de jurisdição massificada que caminha a passos largos para o soçobramento da representação social e política do Poder Judiciário. A coragem e o dever de denúncia, aliados à descoberta de sendas que viabilizem a (re) formulação da maltrapilha jurisdição que se apresenta são, seguramente, maneiras de garantir que o solstício jurídico ainda mantenha o sopro de vida que o alimenta.¹³¹⁰

Embora o *punctum saliens* da pesquisa seja o reconhecimento da inviabilidade das formas de standardização – especialmente a (des) consideração da coisa julgada –, a insuficiência das teorias da decidibilidade universalizantes e a constatação das terríficas iniquidades produzidas pelas decisões totalmente ambientadas a uma pós-modernidade¹³¹¹ que rejeita o humano e erige um busto honorífico à máquina, é indispensável apontar possibilidades de superação dos paradigmas fracassados.

¹³¹⁰ Nesse sentido, vale lembrar o dever que todos aqueles que se dedicam à pesquisa jurídica do tema registram, muito mais do que se limitar a examinar as estruturas estatuídas e se conformar com o direito posto. Calha a lembrança compromissária de Ovídio Baptista da Silva: “Assumo a parcela de responsabilidade que me cabe, procurando contribuir para que a *jurisdição*, essa notável instituição política, construída ao longo de vinte e cinco séculos, não soçobre, ante a voragem de um mundo moralmente desorientado, sujeito às forças cegas, erráticas e descontroladas do mercado capitalista, dos últimos estágios da chamada globalização econômica. Assumo-a porque considero que nós, os que lidamos com a crise, não temos mais como ocultar-nos no discurso acadêmico, confiando em que ele possa eximir-nos da responsabilidade”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Da Função à Estrutura. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Mestrado e Doutorado da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado e Unisinos, 2009. p. 99.)

¹³¹¹ Jacques Chevallier apresenta uma dupla face da pós-modernidade. A primeira, calcada no antimoderno e a segunda, no hipermoderno. Ambas vertem o período paradoxal que se vive atualmente. Como assevera o próprio Chevallier: “A noção de Estado pós-moderno se alicerça sobre a hipótese de que o Estado, enquanto forma de organização política, entrou em uma nova fase de sua história: a concepção tradicional, que prevaleceu com a entrada das sociedades na era da modernidade, teria sofrido uma profunda inflexão, indissociável de uma mutação mais global dos equilíbrios sociais; mesmo que isso não se trate senão de uma tendência, não excludente da existência de contextos políticos muito diferentes e não implicando em nada uma ruptura com um modelo estatal difundido no mundo inteiro, todos os Estados seriam certamente confrontados a um conjunto de novos dados, que impõem uma redefinição dos seus princípios de organização e de seus modos de funcionamento. Tudo se passa, na realidade, como se fosse constatada a erosão, tanto na ordem interna como na ordem externa, de um princípio de soberania sobre o qual o Estado moderno foi construído”. (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 279.)

Já Jânia Maria Lopes Saldanha, com absoluta habilidade, transportou a teoria de Chevallier para o processo civil, especificamente no tocante à jurisdição, como já sinalado nos capítulos precedentes. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de Processo Pós-moderno: O Dilema Cruzado entre Ser Hipermoderno e Antimoderno. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle.)

Inicialmente, como sustentado no segundo capítulo, imperioso sublinhar que as teorias procedimentais e, precipuamente as propostas de Alexy, não se revelam adequadas. Antes de contribuir com a constituição de uma *teoria da justiça* que retire o direito do mar sem fim em que está mergulhado, acabam por justificar e dar vazão a mais arbitrariedades. O avanço rumo a uma jurisdição democrática – seria pretensão demais falar em solução – está alicerçado na asseguuração de garantias materiais e numa política compromissária do Judiciário, amparada no respeito à fundamentação e intensificação (democratização) da contenda, a fim de que as decisões façam jus à necessária pluralidade que o processo reclama.

Como, contudo, alcançar uma jurisdição que prestigie o princípio da razoável duração do processo e que, ao mesmo tempo, assegure o acesso radicalmente democrático e seja comprometida com a qualidade/fundamentação/justificação das decisões? Será que Carnelutti tinha razão, quando afirmou, “Por desgraça, a justiça, se é segura não é tão rápida e se rápida não é segura”?¹³¹² Será que a *justiça* será vitimizada pela voragem da espada de Dâmocles¹³¹³, pelo paradoxo do leito de Procusto¹³¹⁴ ou envolvida no dilema do atordoado executor da pena do Mercador de Veneza?¹³¹⁵

Na verdade, a justiça é um eterno paradoxo. A dúvida e a angústia são essenciais para a construção de caminhos que ensejem uma aproximação com seus ideais. O direito e, mais especificamente a jurisdição, comportam uma teoria da justiça ou uma teoria decisional que assegure o exercício democrático? Essa questão que se quer responder.

Se Alexy ocupou-se da tentativa de estabelecer um discurso prévio e critérios aplicativos para a solução de casos concretos, especialmente aqueles que comportam uma colisão de valores (princípios)¹³¹⁶, Rawls se aproxima de Kant¹³¹⁷ e impõe um viés deontológico à sua teoria. Aliás, as concepções de Rawls registram dois interlocutores paradigmáticos, o próprio Kant e Aristóteles, com o qual estabelece uma relação de equidistância. Enquanto o filósofo tem uma clara pretensão teleológica, firmando a vinculação do bem à virtude, Rawls propõe o primado do justo sobre o bom. Aristóteles¹³¹⁸, por sinal, apresentada a própria concepção de justiça em duas acepções, a distributiva e a corretiva –

¹³¹² CARNELUTTI, Francesco. *Como se Hace um Proceso*. Bogotá: Temis, 1994. p. 14.

¹³¹³ Lembrando que Dâmocles, o protagonista da anedota moral alicerçada na ocupação temporária do trono de Dionísio I, de Siracusa, livrou-se da danoção por conta do risco de que a espada lhe ceifasse a vida, preferindo voltar aos gracejos inúteis que o acompanharam antes da substituição inesperada. É a irresponsabilidade que toma conta do Judiciário atual.

¹³¹⁴ Claro que o sentido que se atribui à mítica estória de Procusto, o famoso salteador africano, é de desenquadramento, de desadaptação, de tentativa vã de atribuição de sentido, no direito, ao que não tem sentido.

¹³¹⁵ Ver: SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

¹³¹⁶ Ver: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*.

¹³¹⁷ Ver: KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Pura*.

¹³¹⁸ Ver: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

representada na virtude.¹³¹⁹ Kant parece aproximar-se mais de sua teoria, na medida que produz uma mudança de rumo no pensamento aristotélico, pois para ele a prioridade é o justo, mesmo que isso implique no sacrifício do bom.¹³²⁰

Rawls, na esteira do pensamento kantiano, propõe o primado do justo sobre o bom.¹³²¹ Sem embargo, enquanto Kant aplica a ideia do justo às pessoas – até em face dos temperos que a época sugeria – Rawls propõe sua extensão primeira às instituições, reservando aos indivíduos um efeito secundário.

Imprescindível, contudo, lembrar que o pensamento de Rawls erigiu-se na crítica ao utilitarismo¹³²² que preponderou entre os britânicos por mais de dois séculos. A tentativa de maximização do bem para a maioria de viés nitidamente utilitarista é contrariada por Rawls, que sustenta ser tal prática potencializadora de injustiça, pois prevalência única da vontade da maioria numa sociedade de partilha desigual não verte democracia.

Assim, as fortes críticas de Rawls à teleologia não implicam em desconsiderar ou mesmo desestabilizar a doutrina de Aristóteles e Platão – apesar de suas discordâncias pontuais –, mas dirigem-se à teleologia utilitarista, expressada principalmente no pensamento de Bentham¹³²³ Stuart Mill.¹³²⁴ Não é outro o entendimento de Ricoeur, ao aludir o pensamento rawlsiano, “É importante dizer de início que toda a sua teoria é dirigida contra uma outra versão da concepção teleológica de justiça, a saber, o utilitarismo”.¹³²⁵ Dworkin, por sua vez, reconhece que a teoria utilitarista é a que ainda impera nas universidades americanas, percebendo na proposta benthamiana o foco para o aprimoramento e desenvolvimento das concepções de inúmeros juristas. Como afirma o também professor americano, “Bentham foi o último filósofo da corrente anglo-americana a propor uma teoria

¹³¹⁹ Ver: RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*.

¹³²⁰ Ver: KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Pura*.

¹³²¹ Ver: RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*.

¹³²² A esse teor, as considerações de Castanheira Neves: “A referência aqui obrigatória, e ponto de partida de uma como que galáxia de reflexão crítica, é certamente *A Theory of Justice* e JOHN RAWLS. Foi essa uma primeira versão da tentativa global de sistemática de contrapor, no próprio espaço anglo-saxónico (RAWLS é consabidamente professor de Harvard), ao utilitarismo aí tradicional (o utilitarismo clássico de HUME, A. SMITH, BENTHAM, S. MILL, SDGWICK), uma concepção filosófica-política (uma “concepção moral funcional”, segundo as próprias palavras de RAWLS) em que a prioridade fosse dada ao ‘justo’ (*right*) perante o ‘bom’ (*good*) ou a utilidade” (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A Crise da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia*. p. 69.)

¹³²³ Ver: BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

¹³²⁴ Ver: MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Traduzido por F. J. Azevedo Gonçalves. Revisão científica, prefácio, introdução, cronologia, notas e bibliografia de Pedro Madeira Lisboa: Gradiva, 2005.

¹³²⁵ RICOEUR, Paul. *O Justo*. 1v. p. 65. E ainda, afirma: “[...] o segundo princípio de justiça, de acordo com Rawls, se opõe diametralmente à versão utilitarista de justiça: maximizar a parte mínima numa situação de partilha desigual; essa regra, que será chamada de regra do *maximim*, difere totalmente da regra de maximizar o interesse da maioria. (Idem, p. 66.)

do direito [...] e pode-se encontrar sua obra na parte conceitual e normativa de uma teoria geral para o direito”.¹³²⁶

Rawls imprime à sua teoria uma circularidade que se alimenta sempre na mesma ideia original: a tradição contratual. É ela que assegura a justiça das instituições e, de forma deontológica, fulcra-se num procedimento contratualista de natureza equitativa, *fair*. Eis o tema do capítulo inaugural da obra clássica de Rawls, Teoria da Justiça, “A justiça como equidade” ou *fairness*.

A presença da influência kantiana na obra de Rawls e o sentido dos cidadãos para as instituições e para a sociedade pode ser percebida na seguinte passagem:

(1) um acordo hipotético entre todos os membros de uma sociedade e não somente entre alguns deles, (2) enquanto membros da sociedade (enquanto cidadãos) e não enquanto indivíduos que ocupam uma posição ou papel particular no seio da sociedade. Na versão kantiana dessa doutrina, a que chamo teoria da justiça como equidade, (3) os parceiros são considerados e se consideram eles próprios como pessoas morais livres e iguais; e (4) o conteúdo do acordo trata dos princípios primeiros que vão governar a estrutura básica.¹³²⁷

Rawls desenvolve uma teoria calcada no procedimento, mas de natureza contratualista, com foco nos elementos históricos, na tradição. “A equidade caracteriza o procedimento de deliberação que deveria conduzir à escolha dos princípios de justiça, ao passo que a *justiça* está no conteúdo dos princípios escolhidos”.¹³²⁸

O contrato será o resultado do acordo mútuo materializado pelas pessoas, que, representadas nas instituições, asseguraram o exercício do justo pelo pacto. Todavia, esse é o último passo da teoria rawlsiana. O alcance de tal pretensão será precedido de um procedimento, que vem alicerçado no caráter contudístico dos princípios que Rawls julga serem os mais adequados para a concretização de uma teoria da justiça. Isso se dá, naturalmente, porque o contrato social, por si só, não representa a garantia de sucesso da teoria.

Como já dizia Rousseau, o ato de revelar as melhores regras para a sociedade imporá um homem “que pudesse trabalhar um século e folgar em outro. Seria preciso que os deuses criassem leis para os homens”.¹³²⁹ Mas a sentença de Rousseau deve ser compreendida no contexto de nascimento do clássico *Contrato Social*, pois hodiernamente já dispõem-se de

¹³²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. XI.

¹³²⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. p. 4-5.

¹³²⁸ RICOEUR, Paul. *O Justo*. 1v. p. 67.

¹³²⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. p. 180.

homens que se julgam capazes de exercer o papel divino que o contratualista considerava impossível! Esse, o esteio da subsunção e dos decisionismos.

Rawls propõe, assim, que uma organização justa das instituições, garantida pela equidade das decisões e dos princípios revelados sob o *véu da ignorância* convençam as partes a deliberar de forma consensual. Nesse cenário, o princípio *maximim* tem papel decisivo.¹³³⁰

“O véu da ignorância tem um propósito básico, a saber, ‘por em prática um procedimento equitativo tal, que todos os princípios sobre os quais houve acordo serão justos’.¹³³¹ Apesar do caráter procedimental da teoria de Rawls, o foco do resultado é de ordem material, fruto do bem comum e do compartilhamento das deliberações. De Rawls, a descrição dos princípios informadores de sua teoria:

A primeira apresentação dos dois princípios é a seguinte: em primeiro lugar, cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de liberdades básicas e iguais para todos que seja compatível com o mesmo sistema para os outros. Em segundo lugar, as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas de modo que, ao mesmo tempo, a) – se possa razoavelmente esperar que elas sejam vantajosas para cada um e b) – elas estejam vinculadas a posições e a funções abertas a todos.¹³³²

Claro que aqui cabe a crítica acerca do conceito de bem comum, não trabalhado por Rawls e nem suficientemente por Rousseau, um dos alicerces de todos os contratualistas. Para Rawls, os princípios da igualdade propulsora, das liberdades básicas e do equilíbrio das desigualdades sociais, que partem do pressuposto da mutação, devem comportar aplicação lexical, sendo o “primeiro princípio anterior ao segundo”. Essa seria a garantia de que as liberdades jamais poderiam ser suplantadas pela obtenção de vantagens, sejam sociais, econômicas ou políticas. A ordem principiológica firmada por Rawls, assim, asseguraria a proteção da liberdade e evitaria abusos no emprego dos princípios que amparam sua teoria.

A necessidade de garantia de uma espécie de balanceamento entre a liberdade e a igualdade e o estabelecimento de um princípio que fará uma espécie de gestão/limitação da igualdade nasce, naturalmente, do pressuposto atribuído pelo próprio Rawls à sua teoria: de que ela será aplicada num sistema liberal. Nesse sentido, põe-se a crítica voraz de François Ost, quando afirma que Rawls, “[...] preferindo a racionalidade monológica em vez da

¹³³⁰ Ver: RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*.

¹³³¹ RICOEUR, Paul. *O Justo*. 1v. p. 72-3.

¹³³² RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. p. 91.

deliberação intersubjetiva, não consegue pensar a comunidade política como uma verdadeira pluralidade”.¹³³³

Importante enfatizar que o sentido da estabilidade em Rawls vai ao encontro do que foi afirmado no tópico que cuidou da coisa julgada, porquanto reconhece a necessidade de que se estabeleça uma perspectiva mais ou menos previsível das decisões estatais. Rawls atribui ao contrato essa capacidade de segurança inter-geracional. Não é outra a constatação de Ricoeur:

Por estabilidade John Rawls entendia, já em 1971, a propriedade que o contrato duradouro tem de interligar várias gerações e, por isso, de se inscrever numa história na qual o âmbito político – conforme sabemos desde Maquiavel –, a ambição de escapar à brevidade das vidas individuais, às vicissitudes das paixões e à versatilidade dos interesses particulares.¹³³⁴

Contudo, a estabilidade proposta por Rawls pressupõe o êxito do contrato. A equidade e os princípios propostos é que terão a tarefa de viabilizar o alcance de tal desiderato. Contudo, parece que Rawls peca ao prestigiar sobremaneira a questão da racionalidade na descoberta da identidade da justiça, quando afirma que seu sentido “deve ser descoberto pela razão, ou seja, resolvendo-se o problema de concordância suscitado pela posição original”.¹³³⁵

Mas Rawls acaba por reconhecer os limites de alguns aportes da teoria, o que se considera uma virtude e destoa do endeusamento doutras teorias da justiça, tidas por depositárias de todas as agruras do direito e vertedoras das soluções para a panacéia de males que aflige a sociedade. Embora ateste a impossibilidade de critérios absolutos para o debate democrático que deve verter o contrato, Rawls prestigia a pluralidade, na medida em que reconhece nas condições de argumentação das instituições envolvidas uma premissa básica para a conquista da justiça. Como certifica o próprio teórico:

Não existe na prática meio algum para conduzir esse processo de deliberação na realidade nem para ter certeza de que ele responde às condições

¹³³³ OST, François. *Contar a Lei: As Fontes do Imaginário jurídico*. Traduzido por Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 278. (Coleção Díke) E segue o francês, asservando que Rawls gera um “modelo infinitamente aumentado do indivíduo racional da origem. Essa observação se verifica perfeitamente a propósito da posição original de Rawls. É talvez uma surpresa que a negociação “sob véu de ignorância” acabe, em sua Teoria de justiça, por engendrar um acordo ao mesmo tempo unânime e permanente? Mas esse prodígio se explica se compreendermos que há posição original, não uma multidão de negociadores, mas a multiplicação de um único e mesmo sujeito abstrato, talhado sob medida para chegar necessariamente às conclusões racionais buscadas. Não seria a origem da “posição original” a Ilha do Desespero, e Robinson o arquétipo do(s) “negociador (es)” sob véu de ignorância?” (Idem, *Ibidem*.)

¹³³⁴ RICOEUR, Paul. *O Justo*. 1v. p. 101.

¹³³⁵ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. p. 23.

impostas. Por isso o resultado não pode ser verificado pela justiça processual pura tal como ela resultaria de uma deliberação dos parceiros numa situação real. O resultado deve ser determinado por um raciocínio analítico, isto é, a posição original deve ser caracterizada com suficiente precisão para que seja possível estabelecer, a partir da natureza dos parceiros da situação em que se encontram, a concepção da justiça que será proferida durante a confrontação dos argumentos.¹³³⁶

Necessário estabelecer, também, a comparação entre a teoria de Rawls e a alexyana, objeto de exame particular do segundo capítulo. Embora ambas sejam procedimentais, há diferenças que fazem com que o pensamento de Rawls oponha-se completamente às convicções de Alexy. Enquanto este não dá margem à discussão da interpretação e firma seu pensamento na racionalidade interna do discurso,¹³³⁷ Rawls produz uma discussão acerca da concretização da democracia, na medida em que se preocupa com o papel das instituições e o alcance que o acordo mútuo possa produzir na vida em sociedade.

Mas a principal distinção entre Alexy e Rawls, e, parece, aqui se revelam boa parte das deficiências do primeiro e das virtudes do segundo, está na concepção de discurso prévio de cada um.

Alexy percebe no discurso prévio a regra básica da racionalidade e a condição de possibilidade para o alcance da solução razoável/proporcional de cada caso. Rawls, por sua vez, não dedica atenção considerável ao tema, já que fulcra sua teoria na tradição, espelhada precipuamente na simbologia do contrato e na possibilidade de convenção, de acordo mútuo que os indivíduos, representados pelas instituições, podem produzir.¹³³⁸

Essa discrepância estaria justificada no fato de que Alexy produz uma teoria do ordenamento e Rawls uma teoria da justiça voltada ao Estado? Não parece ser a razão, pois ambos ocupam-se da argumentação, mas enquanto Rawls prefere o foco dos grandes temas políticos – igualdade, democracia, institucionalização –, Alexy ultima a aplicação de suas premissas na pragmática jurídica, o que, às vezes, implica na consideração de questões marginais, que não integram o protagonismo do debate político da pós modernidade – v.g., caso tabaco, caso das custas e da incapacidade processual. Ademais, o próprio Rawls admite que “em matéria de prática política, nenhuma concepção moral geral pode fornecer um conceito publicamente reconhecido para uma concepção da justiça no âmbito de um Estado democrático moderno”.¹³³⁹

¹³³⁶ Idem, Ibidem.

¹³³⁷ Ver: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*.

¹³³⁸ Ver: RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*.

¹³³⁹ Idem. p. 208.

Veja-se que aqui resta evidente a diferença das concepções de Rawls e Alexy também na consideração da moral. Para o segundo, ela denota esteio precípuo da argumentação jurídica, vez que intensamente presente nas regras de racionalização do discurso. Para o primeiro perfaz apenas um elemento que contribui para a caracterização da justiça, já que a equidade e os princípios revelados sob o véu da ignorância é que firmam os fundamentos nevrálgicos de sua teoria.

Dworkin, como uma das alternativas consideráveis de alcance de uma teoria da justiça, seja pela representatividade global, seja pela densidade do trabalho, também merece referência. Todavia, em ligeiro esboço, vez que suas bases já foram explicitadas por ocasião do segundo capítulo, quando da análise das parencas e distinções com a teoria alexyana.

Muito mais do que uma teoria de construção da justiça, Dworkin preocupa-se com a interpretação. O modelo proposto pelo professor norte-americano firma-se no princípio da integridade, explicitado com mais vagar na obra o “*O Império do Direito*”. Dworkin percebe uma dupla face no princípio da integridade. A primeira representada na inclusão e a segunda na pureza. A inclusão é externada quando o julgador, lançando mão dos princípios da equidade e da justiça, busca aplicar de forma coerente uma teoria geral do direito, com foco na pragmática. A pureza da integridade, por sua vez, revela-se na necessária pretensão utópica do justo.¹³⁴⁰

A aplicação do princípio da integridade pressupõe o emprego de um modelo de julgador, denominado por Dworkin de *juiz Hércules*.¹³⁴¹ Empreende, assim, diversas tentativas de imprimir ao decisor um série de qualidades como a integridade, a autoconsciência¹³⁴² e a – fantasiosa – condição de ausência de limite de tempo. Não consegue, nesse viés, constituir uma teoria da interpretação sólida. A presença dos princípios da justiça, da equidade – a exemplo de Rawls –, do devido processo legal e a identificação dos direitos e deveres como se tivessem sido criados por um único ator, a comunidade personificada, também não conseguem engendrar fundamento consistente à proposta de Dworkin.

¹³⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito* p. 483-4.

¹³⁴¹ Nesse sentido, Dworkin descreve a conduta que Hércules deverá adotar no ato interpretativo: “Quando interpreta as leis, ele atribui à linguagem jurídica, como vimos, argumentos de princípio ou de política que fornecem a melhor justificação dessa linguagem à luz das responsabilidades do poder legislativo. Sua argumentação continua sendo um argumento de princípio. Ele usa a política para determinar que direitos já foram criados pelo Legislativo. Mas, quando interpreta as decisões judiciais, atribuirá à linguagem relevante apenas argumentos de princípio, pois a tese dos direitos sustenta que somente tais argumentos correspondem à responsabilidade do tribunal em que foram promulgadas (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p.173.)

¹³⁴² Como conceber um julgador que dispõe de todo o tempo possível tendo em vista a encruzilhada que vive o processo hoje?

Para Dworkin cada intérprete deve escrever um capítulo, buscando encontrar o melhor desenvolvimento da história.¹³⁴³ Mas a teoria do direito de Dworkin, apesar de ter sido notabilizada pela presença da integridade, baseia-se em três premissas e apenas uma registra vínculo direto com o modelo de juiz Hércules, que é a teoria da decisão. As outras são a teoria da legislação e a da observância da lei.

“A teoria da legislação deve conter uma teoria da legitimidade que descreva as circunstâncias nas quais um indivíduo ou um grupo particular está autorizado a fazer leis e uma teoria da justiça legislativa”.¹³⁴⁴ Aqui deverão ser definidas as espécies de leis que deverão ser feitas.

A teoria da decisão judicial, na verdade, traduz uma teoria normativa para Dworkin, consistente no processo formal de tomada de decisões por um tribunal. Ele impinge a essa teoria uma complexidade imanente, sustentando que deverá conter uma teoria da controvérsia, a fim de firmar referências à solução dos *hard cases* e uma teoria da jurisdição, que estabeleça a motivação e o momento de emprego da teoria da controvérsia.¹³⁴⁵

O *fair* e o *fairness*, também presentes na teoria de Rawls, em Dworkin, além da equidade, remetem à imparcialidade do julgador. Além disso, os termos lembram “honestidade, isenção, equilíbrio, ausência de preconceitos e equidistância na ponderação de interesses conflitantes”.¹³⁴⁶ Por fim, outro termo bastante empregado por Dworkin na sua teoria da decisão judicial é o *fair play*, apoiado nos juízos fundantes de uma decisão acertada/adequada, pois forjada nas convicções do grupo social sobre o que é correto.

As teorias da legislação, da decisão e da observância da lei deverão ser aplicadas simultaneamente, agregando inclusive outras teorias, a fim de constituir, em Dworkin, a teoria geral para o direito.¹³⁴⁷

Cabe sublinhar, também, que Dworkin enfrenta a questão da objetividade da decisão a partir da premissa da moralidade¹³⁴⁸, a exemplo de Alexy. Claro que não há que se comparar

¹³⁴³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. p. 274-6.

¹³⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. IX.

¹³⁴⁵ A teoria da decisão judicial provém de *adjudication*, que deriva do latim *adjudicare*, pronunciar uma sentença em favor de alguém. No direito civil americano, a *adjudicatio* é uma decisão através da qual um tribunal estabelece que o objeto de uma disputa é propriedade de um dos litigantes. (Idem, p. VIII.)

¹³⁴⁶ Idem, p. IX (nota da tradutora).

¹³⁴⁷ Idem, *Ibidem*.

¹³⁴⁸ A esse teor, as afirmações do próprio Dworkin: “Penso que o problema da objetividade, tal como geralmente colocado, é um embuste, pois a própria distinção que poderia dar-lhe significado, a distinção entre argumentos substantivos nas práticas sociais e argumentos céticos sobre práticas sociais, é falsa... Disse que a questão do que “independência” e “realidade” constituem, para qualquer prática, é uma questão dentro dessa prática, de modo que a questão de se os julgamentos morais podem ser objetivos é, por si só, moral, e a questão de se existe objetividade na interpretação é, por si só, interpretativa. Isso ameaça tornar o ceticismo não inevitável, mas impossível”. (DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. p.262.)

a concepção racionalista do discurso, pois Dworkin propõe-se claramente a imprimir um debate contudístico da decisão, apesar de também apegar-se a modelos, como o do próprio julgador Hércules.

É evidente o caráter literário da teoria da interpretação de Dworkin, que revela suas premissas a partir da construção textual de romances e outros gêneros da literatura.¹³⁴⁹ Isso parecer ser uma virtude. Contudo, o problema reside na abertura que Dworkin oferece ao juízo interpretativo, sendo que, apesar da presença constante da integridade, relega a importância da caracterização da interpretação em boa ou má para segundo plano. É o que se percebe do seguinte excerto:

[..] uma interpretação, segundo, minha descrição, não pode ser realmente verdadeira nem falsa, boa ou, má, porque faço com que a correção de uma interpretação dependa de qual leitura de um poema, romance ou doutrina jurídica torna-os melhores, estética ou politicamente, e não pode haver nenhum resultado objetivo em um julgamento desse tipo, mas apenas reações “subjetivas” diferentes.¹³⁵⁰

Em que pese a tentativa de arquitetar um modelo realizador de justiça firmado na integridade, na equidade, na imparcialidade e no devido processo legal, oferecendo respostas distintas para casos difíceis e casos fáceis, Dworkin não alcança completude nos elementos constituintes de uma teoria geral do direito. Seu grande problema, como apontado no segundo capítulo, é o solipsismo do Juiz Hércules, no que recebe a crítica de Habermas¹³⁵¹ e de Streck.¹³⁵²

Ainda cabe ressaltar que Dworkin caminha em posição oposta à Alexy no que toca ao emprego do balanceamento de interesses (ponderação) no conflito de princípios. Estes, para Dworkin, como concretude da equidade, devem vincular as decisões dos juízes.¹³⁵³

Mas as contribuições de Dworkin, embora decisivas para o debate da teoria de justiça no mundo, naufragam na fragilidade de um modelo de Juiz endeusado que acaba por reeditar a matriz positivista da subsunção da norma, os riscos das arbitrariedades e o próprio paradigma cartesiano. Uma teoria da justiça que se julga material não pode partir de uma

¹³⁴⁹ Nesse sentido, a seguinte passagem: “Isto é, afirmações interpretativas são interpretativas e, portanto, inteiramente dependentes de uma teoria estética ou política. Mas isso significa, como me esforcei para enfatizar, que a distinção entre interpretar e inventar é, ela própria, o produto de um julgamento interpretativo, pois temos de nos valer de um tipo de convicção ou instinto interpretativo – sobre quais leituras destruiriam a integridade artística de um texto – para rejeitar leituras inaceitáveis que, se fossem aceitáveis, tornariam o trabalho realmente muito bom. (Idem, p. 253.)

¹³⁵⁰ Idem, Ibidem.

¹³⁵¹ Ver: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*.

¹³⁵² Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*.

¹³⁵³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 36.

esteriotipação decisional como na proposta levada a cabo por Dworkin. Antes disso é preciso firmar critérios para a tomada de decisões cuja base seja o caso dado concretamente e não o estabelecimento de regras postas *a priori*, desconectadas da realidade.

Tanto em Rawls quanto em Dworkin há uma matriz liberal explícita. Assim, para ambos o liberalismo é pressuposto, é um sistema dado. A análise das teorias, dessa forma, precisa partir de tal premissa. Nenhum deles questiona o cerne do sistema americano, vez que se limitam a propor instrumentos de realização da justiça a partir do perfil de Estado dado, reconhecidamente liberal. A base para a fixação das balizes de uma teoria da jurisdição verdadeiramente democrática parece romper com o estigma do sistema, indo além de Dworkin e Rawls. A concepção de crise, ausente na doutrina dos juristas americanos, é atributo indispensável de tal pretensão.

E, nesse contexto, a clara possibilidade de retorno ao Estado de Natureza que as práticas liberais excludentes produzem deve constituir importante orientador. O individualismo possessivo sugere a preocupação exposta, impondo a necessidade de reflexão sobre o modelo de Estado que se quer adotar. Veja-se a alusão de Macpherson:

La nueva igualdad de inseguridad ha modificado pues los términos de nuestro problema. La tecnología del siglo XX há unido, por decirlo así, a Hobbes y a los *levellers*. Los problemas planteados por el individualismo posesivo se han reducido, y acaso s puedan reducir aún más, a proporciones manipulables, aunque solo si se identifican claramente y se relacionan adecuadamente con los cambios actuales em los hechos sociales. Estos câmbios nos han arrojado nuevamente a la inseguridad hobbesiana; a uma inseguridad a um nuevo nível. La cuestión consiste ahora em saber si, em este nuevo marco, es posible enmendar nuevamente a Hobbes, y hacerlo esta vez com mayor claridad que Locke.¹³⁵⁴

Assim, o debate do modelo de Estado a se adotar é o primeiro passo para alcance de uma teoria da decisão adequada. Também é importante lembrar que a questão da decisão é um problema político, mas não apenas isso. Aqui, a teoria de Rawls registra um limitador. Como afirma Castanheira Neves, “[...] o problema do direito é um problema autônomo, politicamente irreduzível, no seu autêntico sentido e numa fundamental distinção necessária entre direito e político”.¹³⁵⁵

Fiori apresenta pessimismo ao prever o futuro do próprio *Welfare State*, que convive com o (neo) liberalismo no modelo de Estado adotado pela maioria dos países hoje. Sugere, nesse sentido, que o novo Estado Social se coloque entre o modelo liberal norte-americano e o

¹³⁵⁴ MACPHERSON, C.B., *La Teoría Política del Individualismo Posesivo: De Hobbes a Locke*. Traducción de Juan - Ramón Capella. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 269.

¹³⁵⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A Crise da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia*. p. 114.

modelo corporativo alemão. Quanto aos países periféricos, a questão alcança um grau de complexidade ainda maior, já que o caráter assistencial se encontra ainda mais presente, com risco de manutenção das políticas de mercado desigualizantes do liberalismo e de um clientelismo populista oriundo de uma interpretação mal sucedida do Estado Social.¹³⁵⁶

Noutra linha, a noção de equidade de Rawls e a de integridade de Dworkin – que pressupõe a própria equidade e a imparcialidade – não devem ser desprezadas, desde que ambientadas na premente crítica ao modelo de Estado Liberal que é pressuposto das duas teorias. Uma teoria da decisão poderia considerar tais contribuições, tendo como condicionante a negação do modelo de Juiz Hércules e concebida a imparcialidade do ponto de vista processual, materializada na garantia de tratamento igual às partes. Logicamente, se fosse percebida doutra maneira, redundaria no mito positivista da neutralidade e desembocaria de novo no juiz solipsista.

Outra contribuição importante que Rawls oferece é o resgate da concepção de contrato como símbolo de garantia de um liame democrático da sociedade. Reformulando a pretensão kantiana, calcada em indivíduos, Rawls debruça-se sobre as instituições – cada vez mais fortes na pós-modernidade – e firma a tradição contratual como base de sua teoria de justiça.

Foi o contrato que sepultou o estado de natureza. Foi o contrato que contribuiu decisivamente para a derrocada do absolutismo. Teve o contrato papel fundamental na redemocratização da América Latina, que não soçobrou diante a onda de regimes totalitários da década de 70. Está, portanto, no contrato um dos esteios de asseguaração da democracia da jurisdição.

Rawls, ao emprestar tamanha relevância ao contrato, ampara-se na tradição, importante elemento da jurisdição democrática. Esse contrato, entretanto, não deve ser estabelecido na presunção idealista de igualdade na relação entre os atores de Habermas,¹³⁵⁷ nem no comodismo rawlsiano no tocante ao liberalismo. A igualdade a ser assegurada não deve ser procedimental, mas material, no sentido de reconhecer que as diferenças do sistema liberal precisam ser superadas e tal papel deve ser confiado ao Estado, tendo como consequência a atuação do Judiciário. Como afirma Ricoeur, “É a adesão dos cidadãos como pessoas livres e iguais que justifica a estrutura geral da autoridade política”.¹³⁵⁸

¹³⁵⁶ FIORI, José Luís. *Estado de Bem-Estar Social*. p. 01-28.

¹³⁵⁷ Ver: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*.

¹³⁵⁸ RICOEUR, Paul. *O Justo*. 1v. p. 109.

Essa igualdade de acesso não deve prescindir da garantia de procedimentos que viabilizem a comunicação. Contudo, também é preciso assegurar que nenhum elemento de preponderância afetar o exercício pleno da isonomia. Dessa forma, fatores econômicos, políticos, sociais e de representação precisam ser blindados. Além da igualdade formal, bradada por Danton, é preciso incorporar à jurisdição a igualdade material. Não num ativismo judicial que se esteie em elementos subjetivos e na moralidade alexyana para decidir. Mas na aplicação da hermenêutica filosófica gadameriana, superando-se a cisão procedimental através da compreensão de que se compreende aplicando e se aplica compreendendo.¹³⁵⁹

Portanto, a herança da tradição contratual rawlsiana, a equidade (presente em Rawls e Dworkin) e o reconhecimento da necessidade material de que a jurisdição, no âmbito de sua factualidade histórica (Gadamer), supere as desigualdades típicas do sistema liberal, constituem as condições para o exercício de uma jurisdição democrática.

Mas para isso é preciso questionar o modo como as instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e dividem os benefícios de cooperação.¹³⁶⁰ Parece acertada a escolha de Rawls firmar sua teoria de justiça nas instituições e não nos indivíduos. Contudo, é inegável que as instituições, mesmo quando têm um corpo argumentativo uniforme, espelham interesses particulares. A esse teor, indispensável identificar a autenticidade, a probidade e a relevância social do estandarte que orienta tais instituições. E claro, do ponto de vista procedimental, garantir identidade de espaço participativo.

Aliás, Gramsci, ao prever o debate entre a Sociedade Política e a Sociedade Civil organizada¹³⁶¹ já prenunciava o perfil da pós-modernidade. O risco que se tem, aqui, é de que o egoísmo e o egotismo esclarecidos preponderem nesse universo de indivíduos-coletivos. A jurisdição precisa reunir condições para identificar essas armadilhas do sistema e barrar as intenções espúrias, mormente no que toca aos interesses econômicos das grandes corporações e as pretensões voltadas ao consumidor-produto do mercado. O sentido último do direito será dado pela Constituição. “Pelo que se haveria afinal de reconhecer a evolução do Estado-de-direito, sobretudo enquanto ‘Estado-Legislação’ para o ‘Estado-Constituição’”.¹³⁶²

Cabe refletir como serão trilhadas as condições de asseguuração da democracia. Não se pode redarguir, contudo, o fato de que é o homem legítimo sujeito de tais mudanças, apesar

¹³⁵⁹ Ver: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*.

¹³⁶⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A Crise da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia*. p. 69.

¹³⁶¹ Ver: GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*.

¹³⁶² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A Crise da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia*. p. 109.

da tentativa incessante de relegá-lo à condição de coadjuvante que os instrumentos de modelização do processo têm protagonizado. Bem-vinda, nesse contexto, a reflexão de Hannah Arendt:

Sem dúvida todo homem, pelo fato de ter nascido, é um novo começo, e seu poder de começar pode muito bem corresponder a este fato da condição humana. É na linha dessas reflexões agostinianas que a Vontade foi, às vezes, e não só por Agostinho, considerada uma *atualização* do *principium individuationis*. A questão é como essa faculdade de ser capaz de ocasionar algo novo e, assim, “mudar o mundo”, pode funcionar no mundo das aparências, isto é, em um ambiente de factualidade que é velho por definição e que transforma inexoravelmente toda espontaneidade de seus recém-chegados no “foi” dos fatos – *fieri; factus sum*.¹³⁶³

É preciso superar esse paradoxo do nascido-velho. Se é certo que o homem é falível, também é certo que é o único ser que reúne capacidade de invenção. Ele precisa, nesse sentido, reinventar-se, para reinventar a democracia da jurisdição. A Constituição, aqui, tem papel fundamental. Não a Constituição formal, como estandarte imóvel dos prósceres imortalizados da nação. Mas a constituição material, o culturalismo constitucional de Matteucci¹³⁶⁴ e Haberle.¹³⁶⁵ A alfabetização constitucional, viabilizando a ciência dos direitos civis, das garantias políticas e a possibilidade de exercício de uma democracia substancial.¹³⁶⁶

Claro que se a Constituição precisa ser partilhada como pão, perfazendo a ideia de “cartilha popular de direitos”, também deve ser concebida integralmente pelo Poder Judiciário. A retomada do respeito a um dos dispositivos mais ultrajados da Carta Magna, qual seja, o que impõe a necessidade de fundamentar as decisões, também é condição para a intensificação do caráter contencioso da jurisdição. Pontes de Miranda afirma que “Livre convencimento é o convencimento a que se chegou com todo o material da prova, sem que possa pesar convicção fundada em fatos e provas estranhas ao processo”.¹³⁶⁷ E cá se diga que as decisões desprovidas de fundamento plausível são nulas, pois afrontam a previsão do artigo

¹³⁶³ ARENDT, Hannah. *A Vida do Espírito*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 267.

¹³⁶⁴ Ver: MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*.

¹³⁶⁵ Ver: HABERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.

¹³⁶⁶ Mas apesar do quadro negativo, há um alento, pois o aprimoramento da democracia tem evoluído a passos largos, sendo inclusive inédito na história, como afirma Ovídio Baptista da Silva: “É a primeira vez na História em que os homens tentam realizar uma democracia verdadeiramente universal, sem privilégios de classe, sexo, de idade e de raça; sem distinções fundadas em crenças políticas, econômicas, religiosas e mesmo éticas. Não mais a democracia concebida pelos filósofos do Iluminismo e praticada pelos aristocratas do século XIX europeu, de que ainda se alimentam, com maior ou menor compromisso, os países do chamado ‘primeiro mundo’”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional*. In: *Revista de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia: Entre a (In) Efetividade e o Imaginário Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 330.)

¹³⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. p. 383.

93, IX, da CF e justificam o tranquilo enquadramento na teoria das nulidades do próprio Pontes.

Como reflete Baptista da Silva: “Afinal, para que teria servido a exigência de fundamentação das sentenças, senão para impedir o arbítrio?”¹³⁶⁸ A decisão deve comportar fundamentação consistente, envolvendo tanto os argumentos que arrimam a versão acolhida pelo decisor quanto aqueles que motivam a rejeição das demais versões postas no processo.¹³⁶⁹ A ausência e a deficiência de fundamentação têm se constituído numa das mais frequentes causas de arbitrariedades e falta de sentido da pronúncia do Judiciário. Não há democracia sem motivação, sem convencimento do jurisdicionado. A democracia também se realiza por meio da presença do argumento e da justificação adequada dos caminhos eleitos pelo Estado.

O Brasil, infelizmente, tem recebido com estranha passividade a ausência de fundamento das decisões. Tanto que inseriu no sistema uma espécie de “salva-vidas” das decisões mal fundamentadas. Inicialmente os embargos declaratórios, que posteriormente ganharam efeitos infringentes e uma versão moderna, “com propósito de pré-questionamento”. Mais recentemente a inescrupulosa (des) consideração da coisa julgada que, não se sabe ao certo, salva as decisões desprovidas de fundamento adequado ou inuma as de fundamentação conforme a Constituição substituindo por outras distantes do amparo da Carta Política.¹³⁷⁰

Mas tais condutas têm uma razão clara. A necessidade de resposta veloz à pós-modernidade. A desregulamentação dos valores instituídos e a necessidade de decisões céleres, desimportanto o alicerce que as ampara. Esse perfil do Estado é constatado inicialmente na modernidade, como afirma Chevallier, “solidamente conjugado ao Estado, do qual ele exprime a majestade e o todo-poderio, o direito aparece como a própria encarnação da Razão”.¹³⁷¹ A pós-modernidade, caracterizada pelo incremento da pluralidade da

¹³⁶⁸E segue o professor: “Tudo se resume em aceitar como racionais, embora não sejam ‘cientificamente’ controláveis, os argumentos fundados em critérios de razoabilidade, em julgamentos comprometidos com valores”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional*. p. 342.)

¹³⁶⁹Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva: “A segunda consequência impõe ao juiz, ao fundamentar a sentença, não apenas dê os motivos pelos quais aceitou como válidos os argumentos do vencedor, mas, além disso, demonstre, também com argumentos convincentes, a impropriedade ou insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito utilizados pelo sucumbente. A fundamentação deve ser ampla; deve compreender todos os aspectos relevantes do conflito, especialmente na análise crítica dos fatos (Idem, p. 337.)

¹³⁷⁰Nesse sentido, deve ser consultada a crítica de Streck, *in*, “Verdade e Consenso” e “Súmulas vinculantes em terrae brasilis: precisamos de uma ‘teoria para elaboração dos precedentes’?”

¹³⁷¹CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. p. 116. E segue o professor parisiense: “O aparecimento do Estado moderno envolveu um processo de *racionalização do direito*, marcado por um movimento duplo de laicização e de unificação: de um lado, o direito adquire a sua autonomia, liberando-se da tutela da Igreja; de

comunicação, mas também pela exacerbação do individualismo, abalada pela crise, não teve êxito na implementação de uma “mundialização feliz”.¹³⁷² Muito longe disso, sacramentou a onda de preponderância do capital sobre o social, o político e o cultural, chancelando a globalização do mercado e dos meios de produção, mas mantendo a pobreza como um subproduto rejeitado de cada país. Mesmo assim, “o Estado pós-moderno permanece, então, um conceito pertinente para evidenciar a medida das mudanças que afetam a consistência e a forma dos Estados contemporâneos”.¹³⁷³

Esse cenário, naturalmente, leva à deslegitimação do Estado como esteio da jurisdição. Mas paradoxalmente, a sociedade, a partir das deficiências estatais, julga-se ainda mais incapaz, e o julgador é buscado como “último recurso e último consolador equitativo”.¹³⁷⁴ O fenômeno recebe o nome de *justicentrisme*.¹³⁷⁵

É certo, contudo, que tal atitude dos jurisdicionados tem uma motivação maior e mais consistente, que perpassa as fronteiras do direito, qual seja, o perfil de consumo hedonista, que incita nos indivíduos a percepção das ofertas do mercado. A esse teor, Lyotard apresenta a seguinte preocupação “[...] não é tanto o próprio consumismo que compete denunciar, mas seu imperialismo constituindo obstáculos ao desenvolvimento da diversidade das potencialidades humanas”.¹³⁷⁶

No direito o consumo pode ser parcialmente representado pelas patologias burocráticas vertidas na pretensão de refletir a tendência neoliberal da sociedade, oferecendo

outro lado, as ordenanças reais substituem progressivamente, ao menos nos países da Europa continental, ao direito costumeiro, colocado sob o signo da diversidade”. (Idem, p. 117.) “A ação do direito com a modernidade é ambivalente; por um lado, o direito é influenciado pelos valores e representações inerentes à modernidade, que traduzem uma determinada configuração jurídica; mas, por outro, ele aparece, em contrapartida, como um poderoso gerador de racionalização da organização social e política, a que ele dota dos atributos da objetividade e da necessidade. Então, o direito é tanto expressão como o vetor da modernidade. Ademais, o declínio das crenças que acompanham o direito aparece tanto como um reflexo como um componente da crise da modernidade” (Idem, p. 116.)

¹³⁷² Idem, p. 284.

¹³⁷³ Idem, *ibidem*.

¹³⁷⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Da Teoria Geral do Processo à Teoria da Tradução: Um Aporte da Sociologia das Ausências e das Emergências*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. p. 398.

¹³⁷⁵ Idem, *ibidem*.

¹³⁷⁶ LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. p. 119. Acrescenta, ainda, que “Quanto à informatização das sociedades, vê-se enfim como ela afeta esta problemática. Ela pode tornar-se o instrumento “sonhado” de controle e de regulamentação do sistema do mercado, abrangendo até o próprio saber, e exclusivamente rígido pelo princípio de desempenho. Ela comporta então inevitavelmente o terror. Pode também servir os grupos de discussão sobre os metaprescritivos dando-lhes as informações de que eles carecem ordinariamente para decidir em conhecimento de causa. A linha a seguir para fazê-la bifurcar neste último sentido é bastante simples em princípio: é a de que o público tenha acesso livremente às memórias e aos bancos de dados. Os jogos de linguagem serão então jogos de informação completa no momento considerado. Mas eles serão também jogos de soma não nula e, nesse sentido, as discussões não correrão o risco de se fixar jamais sobre posições de equilíbrio mínimos, por esgotamento das disputas. Pois as disputas serão então constituídas por conhecimentos (ou informações) e a reserva de conhecimentos, que é a reserva da língua em anunciados possíveis, é inesgotável. Uma política se delinea na qual serão igualmente respeitados o desejo de justiça e o que se relaciona ao desconhecido”. (Idem, p. 119-20.)

respostas compatíveis aos interesses do mercado e aos ditames dos organismos econômicos internacionais, especialmente o Banco Mundial, um Titã na tentativa de impingir ao sistema jurídico um caráter de funcionalidade econômica. Fiss elenca com proficiência o aparato que compõe a atual *burocracia judicial*¹³⁷⁷, denunciando que, “[...] la burocratización permitirá pensar que la firma del juez es solo una farsa y que éste há ejercido su poder sin haber entablado de manera genuina el diálogo del cual depende su autoridad”.¹³⁷⁸

Lipovetsky vê solução para esse quadro de individualização que distancia as pessoas e mortifica o sentido de comunidade. Como a era do consumo teve data de início, a história encarregar-se-á de fixar a data do fim. Resta saber quando?¹³⁷⁹ Esse momento não deve chegar a partir de uma mudança de rumo brusca dos modos de produção ou de uma espécie de despertar de consciência da futilidade dos prazeres instantâneos da pós-modernidade. Mas através de uma mudança hierárquica “[...] das democracias pós-consumistas, das quais o hedonismo já não constituiria o princípio axial ou estruturante da vida”.¹³⁸⁰ Essa mudança na base que ampara os valores da sociedade não fará com que o *homo consummator* desapareça, mas sim que perca “seu imaginário luxuriante e sua centralidade triunfal”.¹³⁸¹ Como revela, com esperança, Lipovetsky:

Nesse momento, adquirir, comprar, renovar indefinitivamente as mercadorias não será mais considerado o caminho privilegiado da felicidade. Um pós-hedonismo que, inelutavelmente, terá repercussão nos sistemas de educação e de formação, nas maneiras de pensar e de preparar o futuro, nas concepções de vida boa. [...] Os antropólogos de um futuro distante poderão, então, debruçar-se com curiosidade sobre essa civilização esclarecida em que o *Homo sapiens* prestava culto a um deus tão derrisório quanto fascinante: a mercadoria efêmera.¹³⁸²

¹³⁷⁷ Importante sublinhar, nessa linha, que Fiss procura encontrar uma solução designativa ao termo burocratização, superando seu sentido pejorativo. Assim, afirma, “Aunque burocracia es un término que, con frecuencia, se utiliza en sentido peyorativo, dadas las patologías y disfunciones asociadas con las organizaciones complejas, lo utilizo de manera más descriptiva. En este sentido, usaré el término *burocracia* para referirme a una organización compleja caracterizada por tres rasgos: 1) una gran cantidad de actores; 2) una división de funciones o responsabilidades entre éstos, y 3) el recurso a la jerarquía como mecanismo central de coordinación de sus actividades”. (FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. p. 100.)

¹³⁷⁸ Idem, p. 99.

¹³⁷⁹ Mas Lipovetski prevê a possibilidade de alteração do curso da história, quando afirma: “[...] a sociedade hipermercantil deve ser corrigida e enquadrada em vez de posta no pelourinho. Nem tudo é para ser rejeitado, muito é para ser reajustado e reequilibrado a fim de que a ordem tentacular do hiperconsumo não esmague a multiplicidade dos horizontes da vida. Nesse domínio, nada está dado, tudo está por inventar e construir, sem modelo garantido. Tarefa árdua, necessariamente incerta e sem fim, a conquista da felicidade não pode ter prazo”. (LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal*. p. 370.)

¹³⁸⁰ Idem, p.368.

¹³⁸¹ Idem, ibidem.

¹³⁸² Idem, p. 369.

Nesse dilúvio hedonista¹³⁸³, a jurisdição não poderia passar incólume. Mas também para essa crise é possível vislumbrar soluções ou, ao menos, propostas para assegurar uma transição de modelos, aliás, como já apontado precedentemente a partir da análise das teorias da justiça e do culturalismo constitucional. Jânia Saldanha, com fulcro na sociologia de Boaventura Santos, apresenta uma proposta de recurso à sociologia das ausências e das emergências na construção de uma teoria geral democrática do processo. No que toca à sociologia das ausências, são três os pontos que estabelecem as premissas de análise da autora. Todos partindo da crítica à *razão metonímica*, que desconsidera as experiências possíveis, pois se “impõe como totalidade”.¹³⁸⁴ A primeira pressupõe a impossibilidade de que o processo se limite à tradição litigiosa firmada no conflito. A segunda diz respeito ao aspecto da temporalidade e à tensão inerente ao tema. A esse teor, Saldanha afirma que “é exatamente a questão da duração do processo que emerge como foco do dilema entre celeridade e efetividade”.¹³⁸⁵ A terceira refere-se ao véu que o racionalismo impõe ao direito, que o faz ignorar “as experiências que não fazem parte do pensamento hegemônico”.¹³⁸⁶

A sociologia das ausências revela-se importante contribuição da superação do atual modelo de processo. Inicialmente através da *ecologia dos saberes*, firmada na ideia de que “não há saber geral nem ignorância geral”.¹³⁸⁷ Num viés alfabetizatório, tal alternativa incrementaria a pluralidade, aguçando a sensibilidade para novas práticas de democratização da jurisdição. Num segundo momento, a *ecologia da temporalidade* viabiliza a superação de tempo linear, tendente a assegurar o *status quo*.¹³⁸⁸

Noutro viés, a *sociologia das emergências*, que propõe um sentido contrário a das ausências, firmado na “contração do futuro para torná-lo escasso”.¹³⁸⁹ Aqui, Saldanha

¹³⁸³ Lyotard apresenta a *performance* como um dos critérios fundantes do modelo vigente. A esse teor: “A ideia de *performance* implica a de sistema com estabilidade firme, porque repousa sobre o princípio de uma relação, a relação sempre calculável em princípio entre calor e trabalho, entre fonte quente e fonte fria, entre *input* e *output*. É uma ideia que vem da termodinâmica. Ela está associada à representação de uma evolução previsível das *performances* do sistema, sob a condição que se lhe conheçam todas as variáveis. Esta condição é claramente expressa a título de limite pela ficção de “demônio” de Laplace: de posse de todas as variáveis que determinam o estado do universo e um instante t , ele pode prever o seu estado no instante $t' > t$. Esta suposição é sustentada pelo princípio de que os sistemas físicos, inclusive os sistemas dos sistemas que é o universo, obedecem a regularidades, que, por conseguinte sua evolução delineia uma trajetória previsível e dá lugar a funções contínuas “normais” (e à futurologia...)”. (LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. p. 101.)

¹³⁸⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Da Teoria Geral do Processo à Teoria da Tradução: Um Aporte da Sociologia das Ausências e das Emergências*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. p. 395.

¹³⁸⁵ Idem, p. 399.

¹³⁸⁶ Idem, ibidem.

¹³⁸⁷ Idem, p. 402.

¹³⁸⁸ O tema foi objeto de análise no primeiro capítulo.

¹³⁸⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Da Teoria Geral do Processo à Teoria da Tradução: Um Aporte da Sociologia das Ausências e das Emergências*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. p. 404.

empreende uma tentativa de superação do modelo quantitativo que se alicerça nos procedimentos de urgência, no afã alucinado da celeridade. A ideia de cuidado, como caráter propositivo, revela-se fundamental. Como assevera a processualista:

[...] é hora de volver-se à noção de cuidado apontado pela sociologia das emergências. A ligação entre a idéia de decidir-se com base no “razoável”, informado pela “prudência” de que falou Aristóteles, mantém uma ligação incontornável com o sentido ontológico-existencial de *cuidado* que deriva da condição de *ser-no-mundo* e de *ser-junto* aos outros, mas também significa o voltar-se para o que é próprio, dentro de uma liberdade que permite a esse “próprio” relacionar-se com suas possibilidades.¹³⁹⁰

Paralelamente às sociologias das ausências e das emergências, Jânia Saldanha apresenta outras alternativas à democratização da jurisdição, fundadas na participação, no exame da siconia e diacronia entre os pactos republicanos e numa visão dinâmica dos princípios constitucionais.¹³⁹¹ As práticas de democratização da jurisdição e aproximação do Judiciário com a sociedade, nesse sentido, revelam-se indispensáveis. “Um outro paradigma de racionalidade impõe-se nesse percurso, cujo fim é o de atingir a satisfação das necessidades materiais, socioculturais e ético-morais dos indivíduos e das comunidades”.¹³⁹²

A proposta de uma (nova) teoria geral do processo compreende, nos dizeres da professora Jânia, a refundação da jurisdição e a implementação de reformas estruturais que optem pelo caminho do “humano do processo em contraposição ao desumano que se desenha na atualidade”.¹³⁹³ Para isso, é preciso “romper com a fluidificação, eliminar a estandardização, a normalização e o automatismo. Fazer uma pausa. Recompor-se como um momento de deliberação social”.¹³⁹⁴ Cuida-se, na verdade, de uma metodologia processual diversa, que deve estar,

[...] afinada com os princípios do Estado Democrático de Direito, essencialmente no que diz respeito à participação popular direta nos processos decisórios, fator de acentuado aumento de legitimidade, a qual supõe a “transposição da simples detenção do poder e a conformidade com o justo, advogadas pela coletividade”. Ora, assim como as leis e as políticas públicas em geral, para serem dignos de respeito, devem resultar de um processo de “justificações alcançadas publicamente”, isso também acontece com o Judiciário.¹³⁹⁵

¹³⁹⁰ Idem, p. 408.

¹³⁹¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Tempos de Processo Pós-Moderno: O Dilema Cruzado entre Ser Hipermoderno e Antimoderno*. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle.

¹³⁹² Idem.

¹³⁹³ Idem.

¹³⁹⁴ Idem.

¹³⁹⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Do Funcionalismo Processual da Aurora das Luzes às Mudanças Processuais Estruturais e Metodológicas do Crepúsculo das Luzes...* In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. p 125.

Embora os componentes ideológicos e históricos que alicerçam a jurisdição romana ainda resistam na sociedade contemporânea¹³⁹⁶ e através do prestígio à estrutura sólida emprestada pelas concepções justinianas,¹³⁹⁷ formas ortodoxas sobrevivem e integram, malfadadamente, o Estado-Juiz, ainda é possível verificar que não se consumou a morte definitiva do processo.

Há, portanto, a necessidade de uma democratização radical e ingente da jurisdição, calcada na superação do critério privatista-econômico, firmando-se uma concepção publicista-social, que assegure a inclusão, mediante a potencialização dos direitos fundamentais, em ações positivas do Estado, no sentido de implementar políticas compensatórias, e negativas, a fim de retirar a condição de possibilidade da percepção perversa da diferença, gerando exclusão.

O reconhecimento dessa diferença na constituição da sociedade civil, assegurando-se um espaço público de manifestação da diversidade e da igualdade no trato jurídico, percebendo todos os constituintes da sociedade como idênticos em patamares e direitos¹³⁹⁸, empregando-se o princípio da dignidade da pessoa humana como balizador, pode assegurar o respeito à igualdade formal e material, dando ensejo a políticas inclusivas.

¹³⁹⁶ Como já afirmamos: “A instrumentalidade do Direito, assim, foi decisiva para o estabelecimento de seu caráter liberal-racionalista. A história firmou o apego excessivo do direito ao formalismo, ao procedimento, aproximando-o da logicidade. A certeza passou a ser um sujeito presente no cerne de todo debate envolvendo a Ciência Jurídica. [...] A Jurisdição, por sua vez, também associada ao modelo liberal, só será protagonista de um ordenamento que gere inclusão na medida em que romper com o dogmatismo, ainda alicerçado na *actio* romana e motivador da repetição sintomática da jurisprudência, aproximando-se da autenticidade jurisdicional. (MARIN, Jeferson Dytz. *O Estado e a crise jurisdicional: a influência racional-romanista no Direito Processual Moderno*. In: MARIN, Jeferson Dytz (coord). *Jurisdição e Processo II: reformas processuais, ordinarização e racionalismo*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 40.)

¹³⁹⁷ A esse teor, a sempre bem-vinda análise de Ovídio Baptista: “Percebe-se que, para o romanista, o magistrado, ao decretar o provimento consistente numa ordem, a que se resumia o interdito, não proferia um juízo ou emitia um juízo baseado em mera probabilidade de que a situação probatória que a sustentava fosse verdadeira. Neste caso, temos de admitir que, para Luzzatto, tendo em vista o direito romano, assim como para a doutrina moderna, a ordem não é o *conteúdo* do ato jurisdicional, mas quando muito seu *efeito*. [...] A doutrina moderna, guardando absoluta fidelidade aos princípios do direito privado romano, particularmente universalizando as ações, em detrimento dos interditos, com a conseqüente e necessária universalização do *procedimento ordinário*, resultante da instituição do *Processo de Conhecimento* – sem executividade simultânea, na mesma relação processual –, preservou também, por um princípio de coerência lógica, a distinção radical entre *decisão* e *ordem*, de modo a conceber o ato jurisdicional típico (sentença) como constituído exclusivamente de *juízo*, sem que a *ordem* integre o *conteúdo*”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia*. p. 29.)

¹³⁹⁸ Aqui, a referência alude à igualdade constitucional, em seu aspecto material, não registrando relação com a situação ideal de fala proposta por Habermas e Alexy, como elementos fundantes de um discurso prévio. (ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica*. HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa I e II*.)

A par da necessidade estrutural de reformas qualitativas, cabe referir um outro viés da funcionalidade do processo, consubstanciado na teoria proposta por Darci Guimarães.¹³⁹⁹ O processo, para o processualista, teria uma dupla funcionalidade, que poderia atender as necessidades dos indivíduos, as quais traduzem “um estado afetivo, de caráter subjetivo e pessoal, que é suscetível de variação e intensidade, qualidade e quantidade, de indivíduo para indivíduo”.¹⁴⁰⁰

A primeira função, denominada de *psicológica*, “consiste na atividade através da qual o Estado hierarquiza os interesses das pessoas em sociedade, permitindo que estas cumpram voluntariamente com suas obrigações”,¹⁴⁰¹ constituindo um hábito geral de obediência.

Por sua vez, a segunda função do ordenamento, denominada *judicial*, tem por objetivo “assegurar a hierarquia dos interesses em sociedade e serve de diretriz ao juiz em sua tarefa de aplicar os valores que anteriormente essa sociedade estabeleceu”.¹⁴⁰² Guimarães Ribeiro defende, assim, que no *civil law* é preciso reconhecer na norma jurídica a necessária confiança para a proteção dos interesses do indivíduo. Elas serão as responsáveis pela noção de segurança emprestada pelo sistema.¹⁴⁰³

Mas claro, é preciso ir além da oferta de segurança. Nesse sentido, outra prática democrática que se revela adequada é o que se poderia chamar de “direito da rua”, “direito comunitário interno” ou “mediação da periferia”. É o que Warat tem denominado de “mediación y políticas publicas de seguridad ciudadana” ou “carácter pedagógico y poço terapêutico de la mediación”.¹⁴⁰⁴

¹³⁹⁹ Nesse sentido, vale trazer a seguinte análise filosófica: “Para compreender melhor o direito, deve-se partir do princípio. E o que se pode entender por princípio, tratando-se de direito? Certamente não é definindo, pois para isso já existem muitos estudos. A questão deve ser delineada sobre a forma de conceber-se o direito, e dizer, como surge o direito? Com toda a certeza pode-se afirmar que o direito não se encontra na natureza, pois não é nem sólido, nem líquido, nem gasoso, tem tão pouco apresenta estrutura molecular, nem atômica, nem celular, não pertence nem ao reino animal, nem ao mineral, nem tão pouco ao vegetal. Então, o que é o direito? O direito é um produto criado pelo homem e para o homem, está diretamente vinculado a ele, pois como já disse Protágoras, “*El hombre es la medida de todas las cosas*”. Para entender realmente o direito é necessário conhecer, em primeiro lugar, a natureza daquele que o concebeu para seu melhor desenvolvimento, o homem, e, para tanto, quanto mais se conheça a natureza do homem, mais se conhecerá seu produto, o direito. Não é nosso propósito, com base nesta afirmação, fazer uma investigação sobre a natureza do homem, mas somente destacar algumas de suas características essenciais, que nos ajudarão a compreender melhor o direito”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Esboço de Uma Teoria Processual do Direito*. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). p. 95-6.)

¹⁴⁰⁰ Idem, p. 95.

¹⁴⁰¹ Idem, p. 110-1.

¹⁴⁰² Idem, p. 117.

¹⁴⁰³ Idem, ibidem.

¹⁴⁰⁴ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 3v. O jurista cordobenho propõe uma nova concepção de mediação, distante do institucionalizado e embrechada na cultura da comunidade em que está inserida. Nesse sentido: “La mediación de los conflictos comunitarios nos introduce a una nueva concepción de lo jurídico basada em la desnaturalización del orden, la

É preciso inicialmente reconhecer a ausência do Estado em alguns segmentos da sociedade, bem como a existência de um Estado fático paralelo e de estruturas paraestatais, especialmente as organizações não-governamentais que também acabam por desempenhar atividades tipicamente estatais. Como brada Warat, “Existe muita estupidez imobilizadora em nossa cultura de frases feitas, conceitos rotinizados e verdades fatigadas. Uma estupidez que todas as gerações herdaram”.¹⁴⁰⁵

A partir desse reconhecimento, necessário desinstitucionalizar o direito e abrir mão, nesse particular, do princípio do monopólio da justiça do Estado. É fato que a jurisdição registra imensa dificuldade em alcançar a população de baixa renda, sendo que as práticas marginais do direito que buscam alternativas para o problema acabam esbarrando nos estereótipos que o sistema jurídico insiste em preservar. Aqui, é preciso outorgar à comunidade a possibilidade de busca de solução de seus litígios, implementando-se uma mediação que, embora organizada pelo Estado, colha elementos suficientes para abarcar as vicissitudes da cultura local. Para isso, é preciso incorporar a função desapegada de mediador. “A mediação é um processo de sensibilidade que institui um novo tipo de temporalidade, de fazer do tempo um modo específico de auto-alteração. O tempo instituído da significação, da alteridade [...]”.¹⁴⁰⁶

A prática não é nova e registra precedentes importantes na França, na Venezuela, no continente africano e na Alemanha. A possibilidade de que as comunidades busquem a solução dos conflitos através da mediação impõe a quebra da cultura do *ius dicere* do Estado, mas, se percebida como um “programa social” a ser executado de forma transdisciplinar, envolvendo o aparelho do Estado e as entidades sociais, certamente poderá surtir efeitos positivos e contribuir para a quebra do paradigma negativo do direito que o acompanha há séculos.¹⁴⁰⁷

producción del diálogo en la palabra que se produce em el desorden. La fuga del deseo, de esse sentirse seguro por ser como los demás (la seguridad jurídica, el tipo penal). El desorden que por médio del diálogo em el conflicto devuelve a los excluídos los caminos perdidos de su identificar y su pertenencia, que necesita ser encontrada como condición de la realización del diálogo em el conflicto, la identidad y la pertenencia dejan marcas que se reflejan em los conflictos. Las identidades dependen de um sustrato amoroso, que cuando no sucede deja marcas de desencuentro; identidades no del todo estructuradas, que se compensan buscando identidades, perteneciendo a grupos que pertenecen a us vez a instituciones que ejercen y se realizan fundándose em férreas dictaduras de las certezas. Las pertencias fragmentads hacen de cuenta que se recomponen perteciendo a grupos altamente alienados com fuertes mecanismos de represión institucional manifiestas em el incosciente grupal. (Idem, p. 315.)

¹⁴⁰⁵ Idem, p. 21.

¹⁴⁰⁶ Idem, p. 30-31.

¹⁴⁰⁷ Cabe ainda repisar o pensamento de Warat, que propõe um caminho heideggeriano para a mediação: “Tudo deve começar por um esforço de introduzir a diferença fazendo um trabalho de desmistificação e de desideologização do sentido comum sobre as ciências sociais e jurídicas (o que eu chamo de senso comum teórico-SCT). O SCT, como diria Heidegger se falasse da questão, é fruto do platonismo; resultado das

É indispensável, contudo, reconhecer a possibilidade de desestado, de redução da presença do Judiciário e de aproximação do arquétipo estatal com os movimentos sociais. É preciso acreditar, pois, como afirma Boaventura Santos¹⁴⁰⁸ “[...] a modernidade entrou em colapso como projecto epistemológico e cultural, o que vem abrir um vasto leque de possibilidades futuras para a sociedade, sendo uma delas um futuro não-capitalista”.¹⁴⁰⁹ Boaventura defende, assim, uma “ampla concepção de transição paradigmática”.¹⁴¹⁰

A transição actual não é apenas (ou não tanto) uma transição entre modos de produção estreitamente definidos, mas entre formas de sociabilidade no sentido mais lato, incluindo as dimensões econômica, social, política e cultural. O entrelaçar do projecto sócio-cultural da modernidade com o desenvolvimento capitalista no século XIX conferiu ao capitalismo uma densidade social e cultural que ultrapassou largamente as relações econômicas de produção. Esse facto foi de certo modo descurado por Marx e, por isso, a sua visão de transição paradigmática partilha com o liberalismo muito mais do que o que ele alguma vez poderia admitir.¹⁴¹¹

As microrreformas processuais da última década têm revelado-se inócuas, na medida em que emprestam uma celeridade desdemocratizante ao processo e, quando vertem alterações positivas normalmente esbarram na cultura ordinarizada que há muito permeia o

tendências idealizantes, espiritualizantes, inauguradas pelo pensamento grego e clonadas pelo ocidente; afirmando a partir deste lugar uma certeza ideal construída a partir da negação do desamparo, do carácter trágico da existência humana, sua impossibilidade de outorgar segurança a qualquer ordem, uma manifestação das saudades da primeira mamada (WARAT, Luis Alberto. *A Rua grita Dionísio!* Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Tradução de Vivian Alves de Assis, Júlio Marcellino Jr. E Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 27).

¹⁴⁰⁸ Interessante trazer a compreensão que o sociólogo e jurista português traz da pós-modernidade: “Afirmo que a crise final da modernidade é mais visível como crise epistemológica (uma crise da ciência moderna) do que como crise societal (uma crise do mundo capitalista). A ligação historicamente contingente entre modernidade e capitalismo subjaz às quatro grandes interpretações da transformação social do nosso tempo. De acordo com a primeira, o capitalismo e o liberalismo triunfaram e esse triunfo constitui a maior realização possível da modernidade (o fim da história à Fukuyama; a democracia social centrista). De acordo com a segunda interpretação, a modernidade é, ainda hoje, um projecto inacabado, com a capacidade intelectual e política para conceber e pôr em prática um futuro não-capitalista (Habermas, eventualmente Jameson, o marxismo convencional do Ocidente, uma democracia social de esquerda). De acordo com a terceira interpretação, a modernidade soçobrou aos pés do capitalismo, cuja expansão e reprodução sócio-cultural irá, daqui para a frente, assumir uma forma pós-moderna (pós-modernismo conservador, Daniel Bell, Lyotard, Baudrillard, Vattimo, Lipovetsky). (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*. p. 167-8.)

¹⁴⁰⁹ Idem, p. 168.

¹⁴¹⁰ Veja a inédita aproximação dos equívocos marxistas e do liberalismo delineadas por Boaventura: “São as seguintes as principais cumplicidades entre marxismo e liberalismo: a confiança no poder libertador da ciência moderna; o dualismo natureza/sociedade que subjaz à ciência moderna e as pretensões epistemológicas que aí assenta; a ideia de um processo evolutivo linear que há-de ter um fim (embora, para Marx, esse fim ainda estivesse por vir), seja ele a sociedade industrial (Spencer), o estado positivo (Comte) ou a solidariedade orgânica (Durkheim); a ideia de progresso, mesmo que descontínuo (através de revoluções); a crença num desenvolvimento tecnológico contínuo e num crescimento infundável; a concepção de capitalismo como factor civilizador progressista, por mais brutal que fosse a opressão colonial e a destruição da natureza”. (Idem, p. 168-9.)

¹⁴¹¹ Idem, p. 168.

Poder Judiciário. Em pouco assimilaram as formas de rompimento com o institucionalizado que se anuncia e que fundam a implementação de uma radicalização da democracia.

As mudanças paradigmáticas na cultura de julgamento das demandas surtiriam efeito muito mais profícuo, lastreado de probidade intelectual e amparo científico, longe do saber dos rábulas que justificam as normas de standardização na busca de efetividade e dispensam ao processo o mesmo tratamento empregado a uma linha de produção fabril. Nessa esteira, a supressão dos embargos declaratórios e a fundamentação adequada das decisões traduz um dos símbolos da jurisdição demonocrática e da efetiva garantia de jurisdição plena.¹⁴¹²

A aplicação de alternativas importantes de ordenação do processo, como o esgotamento das determinações do artigo 331 do CPC, precisando-se e determinando-se a fundamentação das provas a produzir e o saneamento do processo¹⁴¹³, com o julgamento das preliminares, também constituem maneiras de democratização da jurisdição, pois valorizam a efetividade sem descurar da singularidade do caso.

Neil Andrews sinala a importância do combate ao julgamento extemporâneo das preliminares. Mesmo considerando que as experiências do processualista provém do berço do *common law*, a Inglaterra, é possível firmar, nesse particular, um interesse processual comum. Ora, se a Inglaterra elege a prescrição e cláusulas de exclusão como preliminares, não previstas no rol do processo brasileiro, também engloba boa parte daquelas tuteladas no artigo 303 do CPC, como a própria coisa julgada e a carência de ação. Como diz Andrews, “[...] mesmo que a decisão preliminar não determine o destino do restante do litígio, ela pode estabelecer a base de acordo para as demais questões, ou, ao menos, reduzir o âmbito ou a extensão”.¹⁴¹⁴

Nenhuma delas demanda nova norma, mas tão-somente mudança de postura dos operadores do direito. Certamente o abandono da cultura de ordinarização do processo seria o início de uma revolução científica em prol de uma radical democratização da jurisdição.

A aprimoração e extensão de práticas adotadas hoje pelo Supremo Tribunal Federal, como a audiência pública e a adoção do *amicus curiae*, que aproximam o Judiciário da

¹⁴¹² Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*.

¹⁴¹³ Ver: GALENO, Lacerda. *Despacho Saneador*.

¹⁴¹⁴ Como aponta o processualista, no sistema inglês: “Pode-se pedir à Corte que se pronuncie de forma definitiva quanto a uma questão preliminar: seja pelo emprego da lei pura e simples ou por ‘elaboração’ (ou seja, interpretação) feita a partir de um documento. A matéria preliminar pode ser apreciada antes de os fatos terem sido investigados. Esse tipo de decisão ‘preliminar’ não é provisório, e sim definitivo. Frequentemente, o ponto selecionado para receber este tratamento diferenciado é uma questão da qual todo o desenrolar do litígio pode depender (ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: Formas Judiciais e Alternativas de Resolução de Conflitos na Inglaterra*. Traduzido por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 114.)

sociedade e emprestam maior legitimidade às decisões judiciais também constituem avanços bem-vindos em prol da democratização da Jurisdição.¹⁴¹⁵

Coelho Nunes aponta a participação como uma forma de estabelecimento da clara responsabilidade das partes e dos operadores no processo. Tal desiderado, contudo, só pode ser alcançado através do reconhecimento de “interdependência entre todos os sujeitos processuais” e de uma cultura “policêntrica”.¹⁴¹⁶ Vale ainda sublinhar um traço característico do pensamento do processualista e da própria Escola Mineira de Processo Civil, qual seja, a valorização do contraditório como meio de democratização da jurisdição, “garantia de não surpresa” e “dever de esclarecimento judicial”.¹⁴¹⁷ Como argúi o processualista:

Uma das chaves mestras dessa releitura do sistema processual passa pela percepção da importância da participação, ou, melhor dizendo, da participação que permita o exercício pleno pelo cidadão (economicamente débil ou não) de sua autonomia pública e privada no processo. [...]o **contraditório constitui verdadeira garantia de não surpresa** que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento officioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.¹⁴¹⁸

No primeiro grau, especialmente nas ações coletivas, a audiência pública e o compartilhamento do problema com a comunidade, tornando os atores sociais sujeitos e protagonistas das decisões imporiam um efetivo rompimento de paradigma. Tal prática, claro, pressupõe o rompimento com a tradição de direito escrito e com a jurisdição de gabinete, que olvida o jurisdicionado-produto, despersonaliza as partes e massifica o direito. É preciso ouvir as pessoas e reconhecer na oralidade um instrumento de realização democrática.

E como alterca Coelho Nunes, apesar da estrutura bifásica do processo, comum ao *common law* e ao *civil law*, com a preparação para o debate a a fase endoprocessual, é possível um “diálogo profícuo, seja em procedimentos marcadamente escritos, seja em

¹⁴¹⁵ Jânia Saldanha saúda a abertura do Supremo Tribunal Federal: “A figura do *amicus curiae*, de intervenção permitida e limitada nos processos de controle da constitucionalidade, como prevê o artigo art. 7º, § 2º, da Lei 9868/99 e o art. 482, § 3º, do CPC, trata-se de igual modo, de uma inovação no sistema processual caracteristicamente fechado à participação de terceiros. Consiste na possibilidade concreta de enriquecimento do debate judicial acerca das mais diversas questões jurídicas e dos valores sociais, o que seguramente contribui para o incremento da legitimidade e pluralização das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, aliás, reivindicadas pelo neoconstitucionalismo, principiológico”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A Influência do Neoliberalismo na Jurisdição*. A Difícil Sintonia entre Eficiência e Efetividade. In: MARIN, Jeferson Dytz (Org.). p. 72.)

¹⁴¹⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 195-251.

¹⁴¹⁷ A esse teor, o pensamento de Nunes: “Nota-se que, uma vez que os poderes do julgador são aumentados, impõe-se a este o dever de informar às partes as iniciativas que pretende exercer, de modo a permitir a elas um espaço de discussão em contraditório, devendo haver expansão e a institucionalização do **dever de esclarecimento judicial** a cada etapa do procedimento, inviabilizando julgamentos surpresa. (Idem. p. 229).

¹⁴¹⁸ Idem. p. 198 e 229.

procedimentos marcadamente orais”. Isso para impedir que a decisão seja fruto do “solitário pensamento judicial”.¹⁴¹⁹

Mas numa cultura processual em que se “cria” a figura do memorial, redundando na fuga dos “debates orais” regularmente tutelados no CPC, o desiderato será de difícil concretização. Além disso, como infere Jânia Saldanha, essa providência pressupõe a devolução “aos juízos de primeiro grau a sua legitimidade – e importância – política no regime federativo”.¹⁴²⁰ Isso só seria possível, portanto, através de uma ingente transição cultural, “uma desestrutura, uma inversão de papéis no cenário da homogeneização neoliberal. Uma radicalização da democracia”.¹⁴²¹

O direito romano tardio ainda influencia a cognição no processo civil atual. A classificação sentencial, nesse sentido, comporta os reflexos da escola clássica de Chiovenda,¹⁴²² registrando efeito declaratório, constitutivo e condenatório. Aqui reside um dos graves problemas estruturais do processo, pois as chamadas ações sincréticas, notadamente as mandamentais e executivas, que integram a classificação quinária de Pontes de Miranda¹⁴²³ não encontram respaldo na cultura processual que se vivencia.

Tais ações, que não integram a classificação das sentenças para a maioria da doutrina processual no Brasil, comportam a cognição e a execução, viabilizando, com a prolação da própria decisão, a realização das pretensões materiais e o alcance do bem da vida perseguido, o que não ocorre nas sentenças meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias, que impõe uma (nova) fase do processo, a executiva (agora denominada de cumprimento de sentença). Ademais, a distinção entre ações processuais e materiais, que teve participação decisiva da teoria civilista, trilhou um caminho ainda mais tormentoso para a realização das pretensões do processo. Como já sustentado em trabalho precedente:

É o caso da própria condenação, que termina por realizar papel meramente declarativo, exigindo a adoção de processo posterior, destinado à concretização da pretensão do autor. Por outro lado, o fenômeno inverso apresentase na hipótese da sentença declaratória, para a qual o processo contemporâneo não admite execução. Além disso, a ação condenatória é responsável pela sustentação da categoria das ações processuais. É a clara distinção entre ações processuais e ações

¹⁴¹⁹ Idem. p. 241-2.

¹⁴²⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A Influência do Neoliberalismo na Jurisdição*. A Difícil Sintonia entre Eficiência e Efetividade. In: MARIN, Jeferson Dytz (Org.). Idem, p. 71. E segue a autora: “Desse modo, a adoção da audiência pública no primeiro grau de jurisdição no âmbito das ações coletivas as quais, amiúde, tratam de questões locais, senão regionais, viabilizaria abertura do processo à sociedade, então alargamento dos sujeitos do processo, com isso, maior democratização para a participação e para a construção da decisão, [...] colhendo-se sabedoria na diferenciação”. (Idem, ibidem.)

¹⁴²¹ Idem, ibidem.

¹⁴²² Ver: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*.

¹⁴²³ Ver: MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*.

materiais contribui para tornar mais difícil a realização dos propósitos do processo, exatamente porque o faz mais distante das pretensões que deve atender.¹⁴²⁴

Ao revés, nas ações mandamentais e executivas a sentença é auto-exequível, mesmo quando fruto da decisão interlocutória, pois comporta a execução provisória.

Reside nesse fato um dos graves problemas do processo contemporâneo, qual seja, a separação da cognição e da execução. Estruturalmente, a malfadada dicotomia, fruto do anacronismo processual, poderia ser parcialmente solucionada com a inclusão do comando mandamental na sentença condenatória, num resgate aos *interditos* do direito romano. A providência viabilizaria a realização do direito postulado, vez que o efeito condenatório se apresenta apenas no plano classificatório, porquanto, pragmaticamente, nem sequer faz notar sua existência, pois não apresenta nenhum resultado no mundo da vida.

Assim, a inserção do comando mandamental na sentença condenatória, com determinação de ordem de pagamento sob pena de desobediência, impondo também as obrigações de fazer, certamente denotaria uma mudança estrutural assaz significativa na cultura processual que se apresenta. Nesse sentido, Vittorio Denti sustenta que “la posizione e i poteri degli organi giudiziari nell’attuazione della sanzione esecutiva rappresentano il problema essenziale nello studio della esecuzione”¹⁴²⁵. Dessa forma, a inserção da ordem na decisão que condena afasta a dicotomia existente entre cognição e execução, produzindo o alcance do bem da vida já determinado no comando sentencial.

No campo procedimental, mas com intenso efeito no debate contencioso e na finalidade do processo, qual seja, a realização das pretensões materiais, algumas propostas se revelam interessantes. Como visto, tanto a fase ordinária quanto a de cumprimento de sentença (execução) traduzem ainda um duro calvário a que são submetidos os jurisdicionados e seus patronos. As microrreformas têm tentado mitigar essa odisséia, mas às custas da qualidade das decisões, comprometendo seriamente as garantias democráticas do processo constitucionalmente asseguradas.

Admite-se, nesse sentido, que o ponto central da democratização da jurisdição, como querem Castanheira Neves e Ovídio Baptista¹⁴²⁶ deve ser a estrutura do processo. Contudo,

¹⁴²⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Ação Condenatória, Pretensão Material e Efetividade do Processo: As Matrizes Racionalistas do Direito Processual sob Interrogação. In: *Revista de Processo*, n. 175, ano 34, set. 2009, p. 368.

¹⁴²⁵ DENTI, Vittorio. *L’Esecuzione Forzata in Forma Specifica*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 35.

¹⁴²⁶ Nesse sentido, as constatações do Prof. Ovídio: “É possível indicar - apenas indicar - os pontos de estrangulamento do sistema jurisdicional. Pode-se arrolar os mais importantes problemas estruturais deste modo: a) o processo civil continua a ser considerado 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,

também existem mazelas do ponto de vista funcional e que devem ser enfrentadas. E a maior delas, paradoxalmente, provém de uma questão estrutural: os efeitos da ordinarização na realização das pretensões materiais e no alcance do bem da vida aos jurisdicionados. A fraude processual que encontra permissividade no sistema, ou seja, a possibilidade de alienação patrimonial a ponto de reduzir o Demandado-Devedor à insolvência tem representado uma das maiores causas de frustração dos litigantes.

Os instrumentos que o Código de Processo Civil oferece, quais sejam, as cautelares de arresto,¹⁴²⁷ sequestro e protesto contra alienação de bens¹⁴²⁸, além da figura da hipoteca judiciária,¹⁴²⁹ quando da prolação da sentença não têm vertido o êxito desejado. Vale dizer que a fraude à execução traduz possibilidade que não integra o rol de alternativas da cognição.

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 astrofísicos. Nós que lidamos com uma ciência cultural, perseveramos no culto dos juízos 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 prover para 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, portanto estruturais, do sistema. Mesmo as "antecipações de tutela", especialmente as do 461 do Código de Processo Civil, contribuição importante do jurista a que prestamos homenagem, tiveram força para modificar o sistema. Apesar de o sentido, originariamente interdital, 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 bastassem a compreensão do processo como ciência e o racionalismo, como escudo, ainda extasiamos-nos com as suas conseqüências, ao glorificar o procedimento ordinário, insubstituível instrumento protetor da suposta neutralidade do juiz. Apenas suposta, como é óbvio, porque 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 universitários e a cátedra ignoram os "fatos". Cuidam apenas do "direito", enquanto norma". (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Da função à Estrutura*. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). p. 98-9.)

¹⁴²⁷ Art. 813. O arresto tem lugar: I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado; II - quando o devedor, que tem domicílio: a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores; III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas; IV - nos demais casos expressos em lei.

¹⁴²⁸ Art. 822. O juiz, a requerimento da parte, pode decretar o seqüestro: I - de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações; II - dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicando, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar; III - dos bens do casal, nas ações de separação judicial e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando; IV - nos demais casos expressos em lei.

Art. 870. Far-se-á a intimação por editais: [...] Parágrafo único. Quando se tratar de protesto contra a alienação de bens, pode o juiz ouvir, em 3 (três) dias, aquele contra quem foi dirigido, desde que lhe pareça haver no pedido ato emulativo, tentativa de extorsão, ou qualquer outro fim ilícito, decidindo em seguida sobre o pedido de publicação de editais.

¹⁴²⁹ Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos. Parágrafo único. A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária: I - embora a condenação seja genérica; II - pendente arresto de bens do devedor; III - ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.

Já a ação pauliana, que impõe prova robusta a ser produzida em ação autônoma, como é consabido, também não se revela alternativa eficaz do ponto de vista preventivo e acautelatório.

Aqui parece ter faltado coragem ao legislador, que ainda mantém o estigma de proteção exacerbada do devedor. A novidade inserida no CPC pela Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que introduziu a letra A no artigo 615,¹⁴³⁰ viabilizando o registro de mandado à margem dos órgãos oficiais de cadastramento de bens pode ser uma referência para uma mudança ainda mais efetiva. Nesse sentido apresenta-se, *de lege ferenda*, a possibilidade de inclusão de dispositivo no artigo 285 do CPC, permitindo a averbação no Registro de Imóveis, de veículos ou outros que englobem bens sujeitos à penhora, nos moldes do procedimento executivo. A emissão de certidão, em sede de processo ordinário, seria possível mediante demonstração cabal da verossimilhança do direito alegado.

A alternativa, apesar do ceticismo que lhe é imanente, por conta da tradição cultural de não receptividade de tais reformas que o Judiciário tem revelado ao longo da história, poderia representar uma forma importante de combate à fraude processual, evitando que o devedor fique reduzido à insolvência. Obviamente que a medida só poderia ser concedida quando presente o consistente indício de prova, a quase certeza, a aparência da verdade, enfim, a verossimilhança do direito. A título ilustrativo, seria possível considerar a hipótese de acidente de trânsito com croqui licitamente produzido indicando a culpa exclusiva do demandado, a ação monitória fundada em título executivo extrajudicial prescrito ou a indenizatória de dano moral por protesto indevido com prova efetiva da realização do ato restritivo e do pagamento da cártula.

Com propósito semelhante, vale fazer alusão a uma proposta já formalizada e que faz jus a uma injustiça histórica. A referência diz respeito à (nova) *tutela de evidência*. Quando pioneiramente Ovídio Baptista concebeu a inserção de uma tutela de urgência que viabilizasse a antecipação de mérito da demanda, muitos processualistas – especialmente do sudeste do país – apressaram-se em criticar a postura do processualista gaúcho, sustentando que a proposta implicava em sério risco ao contraditório e invertia a ordem do rito ordinário.

¹⁴³⁰ Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. § 1º O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização. § 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados. § 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593). § 4º O exequente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados. § 5º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo.

Algum tempo depois, em 10 de setembro de 1997, a Lei 9.494 introduzia no sistema processual pátrio a figura da tutela antecipatória, impondo os requisitos do receito de dano irreparável ou abuso de direito, cumulados com a presença da prova inequívoca e verossimilhança da alegação. O legislador, evidentemente, laborou em erro, pois, ao prever a inequívoca prova e o convencimento do juízo a partir da verossimilhança colocou certeza e aparência de verdade num mesmo dispositivo. À época não se fez nenhuma alusão ao pensamento do processualista gaúcho, verdadeiro responsável pela mudança paradigmática.

A proposta original de Baptista da Silva, contudo, não propunha a presença do risco de dano irreparável, mas apenas o requisito da verossimilhança. Agora, o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (Ato do Presidente do Senado Federal n. 379, de 2009) prevê o desdobramento da tutela antecipatória, inserindo o que denominou de tutela da evidência,¹⁴³¹ no novo artigo 285.¹⁴³² Essa, embora de cunho funcional, parece ser uma mudança bem-vinda, pois contribui para solver parcialmente um grave problema estrutural, qual seja, a fidelidade romana do processo à infértil ordenarização de cunho racionalista. Repisa-se, sem embargo, a advertência! Resta saber se a cultura jurídica vetusta (estrutura) permitirá que a mudança se concretize (funcionalidade).

Mas como poucas são as flores vistosas no processo civil atual, o projeto, em geral, segue a tendência de standardização da causa e de respeito ao arquétipo neoliberal da quantificação. Exemplo disso é o próprio artigo 285 que acabou se empregando como paradigma. O seu inciso IV prevê que se “a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante” também caberá a concessão da tutela da evidência (sic). Nova e nefasta possibilidade de modelização de um direito que se torna cada vez mais refém da fala autorizada dos tribunais superiores. É o panóptico jurídico aumentando seu arcabouço de vigilância!

Outro avanço que poderia ser alcançado pelo Projeto de Reforma do Código de Processo Civil e, ao menos até o presente momento não foi implementado, é a desvinculação da antecipação da tutela do processo de execução. O artigo 273, §3º do CPC vinculou a tutela

¹⁴³¹ O nome, de inspiração no *stare decisis* norte-americano não parece adequado, pois naquele sistema a evidência denota prova, enquanto, no Brasil, o termo lembra indício de prova.

¹⁴³² Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando: I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva; III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante. *Parágrafo único.* Independente igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

à execução provisória, diante a alusão ao artigo 450-O. Dessa forma, não há cumprimento mediante ordem da decisão antecipatória de mérito, impondo-se o respeito à dicotomia romana-tardia, com o ajuizamento da execução (mesmo que não em caráter definitivo), ainda, com o tempero da responsabilidade civil objetiva (prevista no já referido artigo 475-O).

Aqui, novamente seria bem-vinda a mandamentalização do procedimento, com a imposição da obrigação de fazer e todas as consequências dela advindas, na esteira do §5º do artigo 461.

Mas é claro que as propostas de alteração sistemática do processo não representam, por si só, uma solução ao problema da standardização. É preciso, antes de tudo, romper com a funcionalidade econômica que inunda o direito hoje. Tal premissa, na verdade, afeta de forma decisiva a estrutura do processo. O direito, além de registrar como razão de fundamento o argumento macroeconômico, pondo-se como um amparo estatal à estabilidade do mercado, ainda molda seus procedimentos aos critérios de satisfação impostos por esse mesmo mercado. É preciso superar a dimensão que se apresenta, percebendo o processo como uma garantia da constitucionalidade e da própria democracia.

Taruffo arquiteta outro sentido dessa funcionalidade econômica, firmada na eficiência do processo para a solução das controvérsias.¹⁴³³ Certamente a oralidade, o contraditório como elemento da não surpresa, a participação, a mediação comunitária e a mandamentalização da ação condenatória, dentre outras formas já elencadas, traduzem um pouco dessa “efetividade da tutela jurisdicional dos direitos”¹⁴³⁴ sustentada pelo processualista italiano. Ele afirma ser preciso dar-se conta de que,

[...] la enunciación de las garantías fundamentales del proceso (como de cualquier otra garantía o derecho) solo tendría una función declamatoria y abstractamente reivindicativa si permaneciera en el papel y no fuese ejecutiva. La función económica de las garantías procesales ha contribuido a dar una mayor concreción a los discursos sobre los grandes principios, poniendo en evidencia, particularmente, la dimensión funcional del proceso civil e el contexto socioeconómico.¹⁴³⁵

A concepção de um processo garantista há muito habita o discurso de Ferrajoli¹⁴³⁶, lapidado por Taruffo ou, como ele próprio afirma num dos escritos de “*Páginas sobre justicia civil*”, “*Leyendo a Ferrajoli*”. As garantias afetas à jurisdição sempre foram

¹⁴³³ TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil: proceso y derecho*. p.67.

¹⁴³⁴ Idem. Ibidem.

¹⁴³⁵ Idem. Ibidem.

¹⁴³⁶ Ver: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta, 1997.

_____. *O Direito como Sistemas de Garantias*. O Novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

consideradas de ordem secundária, isso porque ela não realiza, por si, direitos, mas sim trilha o caminho para que eles sejam concretizados. Nessa linha, vale dizer que “as garantias jurisdicionais sempre foram postas como subgarantias de caráter especificamente processual”.¹⁴³⁷ Se é certo que o processo não pode constituir uma garantia de fim, pois não se concretiza de forma autônoma sem o direito material, também é fato que “nenhum direito existe de verdade se vier desacompanhado da jurisdição.”¹⁴³⁸ O risco que se corre ao perceber o processo e, via de consequência, a jurisdição, como uma garantia de segunda ordem, é relegar a justiça a um serviço, uma mera função da administração pública, um préstimo formal. Isso remete à visão dos formulistas e faz com que se reconheça apenas o viés procedimental do processo. Assim, se o processo é meio, não pode questionar os fins que almeja? Definitivamente, parece equivocada a visão.

Pensar que é possível discutir a justiça do procedimento ou justificar a injustiça pela inefetividade desse procedimento é uma forma de desviar o debate do substancialismo, indispensável para que o processo realize o direito. Aliás, nesse sentido, parece agir com equívoco Luumann, quando sustenta a possibilidade de uma legitimação plena apenas pelo procedimento.¹⁴³⁹ O processo é garantia, pois traduz “a afirmação da aplicação da lei substancial como condição essencial de justiça”¹⁴⁴⁰ Não se faz jus à adequada compreensão constitucional, porquanto, a pretexto de impossibilidade procedimental se rechaça o debate contencioso.

É na independência e na valorização do ato jurisdicional que se pode perceber a jurisdição como uma garantia democrática autônoma e não como mero *iter* de realização dos direitos. Mas é preciso ter-se presente que a norma é o sentido do texto.¹⁴⁴¹ Além disso, na medida em que se aumenta o poder do juiz é preciso impor-lhe responsabilidade. Nesse sentido, tem razão Dworkin quando assevera que a decisão é um ato político¹⁴⁴² e Streck, ao defender o dever de *accountability*.¹⁴⁴³ O julgador independente deve estar a salvo das influências motivadas em interesses privados, mas servir à sociedade, registrando por isso o dever permanente de prestação de contas.

¹⁴³⁷ TARUFFO, Michele. *Páginas sobre Justicia Civil: Proceso y Derecho*. p.21.

¹⁴³⁸ *Idem*, p. 22.

¹⁴³⁹ Ver: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Traduzido por Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980.

¹⁴⁴⁰ TARUFFO, Michele. *Páginas sobre Justicia Civil: Proceso y Derecho*. p.23-4.

¹⁴⁴¹ Ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*.

¹⁴⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a Sério*.

¹⁴⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?*

A posição das partes não pode condicionar a decisão, mas deve ser considerada, influenciá-la, compor o arquétipo de argumentos que a forjará. Hoje, infelizmente, ela tem sido vista de soslaio. É preciso mudar essa realidade. Todos os operadores do direito devem participar da construção da justiça no caso concreto.¹⁴⁴⁴ O julgador não pode se colocar imune às partes e, alicerçado num convencimento pré-concebido, fruto de um verbete ou uma convicção oriunda da “própria consciência” olvidar as provas e os fatos debatidos no processo. É preciso combater o ativismo do juiz, pois arbitrário, mas valorizar o protagonismo do direito. A democracia também está representada no controle da decisão judicial. E essa tarefa cabe à sociedade e à lei.

Como afirma Berizonce, é necessário combater o imperialismo judicial, que desarticula a divisão dos poderes, “[...] queda siempre el clásico interrogante planteado por Juvenal: quis custodiet ipsos custodes? Es cierta del Juez Jackson: “nosotros no poseemos la palabra definitiva por ser infalibles”.¹⁴⁴⁵ A decisão precisa ser controlada, precisa ser dotada de transparência e o processo, nesse sentido, deixa de ser mero preceito secundário, mero prestador de serviços, para tornar-se uma garantia constitucional da democracia, voltado para o caráter substancial da norma e libertando-se das amarras do formalismo.

Feitas as considerações de caráter funcional, mas que denotam uma interferência profunda no sentido estrutural do direito, necessário projetar a radicalização da democracia para além do direito. O propósito é fundar a ciência jurídica numa concepção literária distinta, longe da tradição automatizada, modelizada e tacanha que tem contaminado a jurisdição.

Para um autêntico processo de radicalização da democracia no direito não basta a mudança do perfil decisor e a inserção de práticas de viés inclusivo. É preciso mais. Um passo adiante com o reconhecimento do caráter literário-intelectivo da atividade jurisdicional, rompendo-se com o saber institucionalizado e com a castração que a pauta neoliberal do Judiciário tem adotado. Abandonar o estigma frio e o açodado inverno que permeia o direito.

¹⁴⁴⁴ Nessa linha, o pesamento de Berizonce, “Jueces y abogados están juntos e indivisiblemente enfrentados al crucial desafío de cumplir la misión trascendente asignada al sistema de justicia. Juntos necesariamente deberán recorrer el abrupto camino, porque la Justicia solo se salvará por la acción mancomunada de unos y otros, si todos popen *um supplément d’âme*”. (BERIZONCE, Roberto Omar. *Recientes tendencias en la posición de juez*. p. 5.)

E ainda, as ponderações de Coelho Nunes, que considera a participação importante elemento do “processo jurisdicional democrático” que apresenta: “No pêndulo pró-juiz, de um lado, a pró-parte e advogado, do outro, a participação e o policentrismo buscam o dimensionamento e o equilíbrio de concepções liberais e sociais em face de nuances de aplicação normativa, de modo que a assunção de responsabilidade no exercício das respectivas funções venham a representar um verdadeiro horizonte para a almejada democratização processual. (NUNES, Dierle Jose Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. p. 251.)

¹⁴⁴⁵ Idem, p. 6.

O séquito dos fanqueiros literários¹⁴⁴⁶ que tem norteado a produção bibliográfica no direito cresce veritiginosamente. Tal fato implica na multiplicação do conhecimento burocratizado e formalista, distante do saber reflexivo. Autenticidade e alteridade são atributos que andam ausentes em boa parte da literatura jurídica, cheia de moedeiros falsos, patrocinando a mercantilização da cultura. Machado de Assis, já em 1859 cuidava do tema, censurando de forma veemente os escritores oportunistas, que “fazem do talento uma machina, e uma machina de obra grossa, movida pelas probabilidades financeiras do resultado, perdendo a dignidade do talento e o pudor da consciência”¹⁴⁴⁷.

De fato, as obras de auto-ajuda que prometem a felicidade instantânea, que têm o compromisso espúrio de inumar num piscar de olhos as angústias psicanalíticas, as celeumas pessoais e, de quebra, os problemas do espírito, abarrotam as livrarias e aguçam a sede das cobaias vivas do cotidiano. No direito, os manuais ensinam como jurisdicionar, advogar, estudar direito em cada vez menos tempo. Aliás, nem é mais possível designar tais obras como manuais, vez que se transformaram em folhetins de pouco mais do que três ou quatro laudas. É a era da (impossível) condensação desintelectualizante do direito. Como diz Streck, “[...] a dogmática jurídica, entendida como senso comum teórico (um saber não crítico-reflexivo), vem sofrendo novos influxos decorrentes da massificação do direito”¹⁴⁴⁸.

A história, a cultura genuína e a verdadeira literatura perdem cada vez mais espaço para os fanqueiros literários, para os escritores mercadológicos, que são fruto do consumismo desenfreado e de um mercado pausterizado voltado cada vez mais para o conhecimento instantâneo, midiático e desprovido de intelectividade e *devir*. Novamente, calha recorrer ao contista, escritor e dramaturgo carioca, que identifica o perfil do fanqueiro literário, afirmando que é “uma individualidade social e marca uma das aberrações dos tempos modernos. Esse moer contínuo do espírito, que faz da inteligência uma fábrica de Manchester, repugna a natureza da própria intelectualidade”¹⁴⁴⁹.

De fato, a cultura manuelesca do direito produz muitos fanqueiros e não foge à regra machadiana. As livrarias jurídicas foram inundadas por pseudo-escritores que se limitam a repetir o passado, a reproduzir realidades vetustas e insistir em verdades absolutas que há

¹⁴⁴⁶ ASSIS, Machado de. Os Fanqueiros Litterarios. In: *Chronicas*. Primeiro Volume (1859-1863). Rio de Janeiro/São Paulo/Porto Alegre: Jackson Editores, 1942. p. 11-38.

¹⁴⁴⁷ Idem, p. 14.

¹⁴⁴⁸ STRECK, Lenio. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* p. 78. Streck exemplifica um desses sintômas: “Nessa linha, vem crescendo em importância os setores ligados aos cursinhos de preparação para concursos. É o que se pode denominar de “eopentescotalismo jurídico”, em que juristas, à semelhança de alguns pastores/pregadores que podem ser vistos em congressos, *sites* e até mesmo na televisão, fazem a apologia da estandartização/simplificação do direito”. (Idem, *ibidem*.)

¹⁴⁴⁹ ASSIS, Machado de. *Os Fanqueiros Litterarios*. p. 14.

muito foram relativizadas. O positivismo exacerbado, que identifica o direito com a lei e percebe nela a solução para todos os males sociais reflete-se em muitos manuais de Direito Processual, Civil ou Penal... Um livro que se limita a pouco mais do que reproduzir a norma não é uma obra literária, mas sim um instrumento tacanho a serviço do nada.¹⁴⁵⁰

Enfim, sem a reflexão do direito, através de uma postura questionadora, não se terá juristas preocupados com a mudança da realidade social e a dinâmica das relações humanas, mas sim seres dotados de uma conduta robótica, que despersonaliza as ações, refém da burocracia e da tecnificação que olvidam a existência do homem como ser pensante. “Conhece-se um fanqueiro literário entre muitas cabeças pela extrema cortezia. É um tic. Não há homem de cabeça mais mobil e espinha dorsal mais flexível”.¹⁴⁵¹

Assim, é preciso incorporar ao direito um caráter literário que resgate a intelectividade do saber jurídico e expurge do mercado os manuais que representam um franco desserviço à construção do conhecimento crítico. Embora acredita-se que a lisura na produção bibliográfica ainda seja a regra, o perigo é que, como alerta Streck, “[...] as vezes, tudo se torna ‘cinzento’, sendo praticamente impossível separar o joio do trigo, isto é, fica difícil saber quando se está diante de uma dogmática jurídica séria e quando se está diante de um saber dogmático corroído pela estandardização.”¹⁴⁵²

Que o direito seja inundado pela intelectividade ínsita a todo ato de escrever, firmando-se numa produção crítica, liberta das amarras dos verbetes jurisprudenciais e dos conceitos afetos à filosofia da consciência que engessam a própria produção científica. Que

¹⁴⁵⁰ Interessante referir aqui o Programa Direito & Literatura, produzido pelo Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ), em parceria com a Fundação Cultural Piratini (TVE/RS), sob a coordenação do prof. André Karam Trindade. Apresentado pelo professor Lenio Luiz Streck, tem como objetivo difundir, no Brasil, o estudo das interfaces existentes entre o Direito e a Literatura.

Igualmente oportuno aludir as conjecturas de François Ost, que se aventura na aproximação entre direito e literatura. Veja-se, a esse teor, as referências a Robison Crusoe e Fausto, de Goethe: [...] quando o navio salvador aparecer, desta vez Robinson não partirá: definitivamente saído da história, estrangeiro da civilização, desembarçado tanto do progresso quanto do declínio, solitário radioso, ele não tem mais razão alguma de juntar-se ao mundo com outrem. Partícula elementar no oceano dos elementos, ele denunciou o contrato social e retorna, sem angústia nem pensar, ao estado de natureza. A exemplo do Zaratustra de Nietzsche, ele é, em toda a inocência, “o sim eterno a todas as coisas”. (OST, François. *Contar a Lei: As Fontes do Imaginário Jurídico*. p. 305.) [...] O *Fausto* de Goethe unia duas almas numa única pessoa: nele, coabitavam *Eros* e o Espírito. Grabbe (1801-1836), por sua vez, dissocia as duas figuras e faz delas dois personagens (sobre-humano desde o *Fausto* de Goethe e o *Dom Juan* de Mozart) que se enfrentam num drama desmedido, do qual nenhuma teleologia da história se separa mais. Mas essa dissociação se opera, convém precisar de saída, em detrimento de Fausto. Alienado pelo Pacto clássico, ele encarna o personagem do perdedor, que renuncia a toda dignidade do recurso (de resto, ineficaz) aos sortilégios do Maligno, semeando a destruição a seu redor e compelindo finalmente ao suicídio (inaugurando assim a série dos Fausto suicidas). Por contraste, a figura de Dom Juan goza dos favores do autor: orgulhoso e livre, ele jamais consentirá alienar-se em nenhum acordo (seu desdém do casamento é a prova disso); conta apenas com as próprias forças para enfrentar os perigos, não temendo desafiar poderes superiores aos seus – e finalmente sendo amado pelas mulheres (em particular, Dona Ana) tal como é: cínico e alegre. (Idem, p. 328-9.)

¹⁴⁵¹ ASSIS, Machado. *Os Fanqueiros Litterarios*. p. 13.

¹⁴⁵² STRECK, Lenio. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* p. 79.

esteja imbuído do espírito altivo, apesar das térridas angústias que o acometem. Através da metáfora de Tom, da saga de Steinbeck, é possível revelar um pouco desse sentimento que acompanha o direito encapsulado e padronizado da atualidade. De fato, como Tom, ele precisa assumir a causa dos deserdados, redimindo-se assim do seu passado de morte.

Estarei nos cantos escuros. Estarei em todo lugar. Onde quer que se olhe. Onde houver uma luta para que os famintos possam comer, eu estarei lá. Estarei onde os homens gritam quando estão enlouquecidos. Estarei onde as crianças riem quando estão com fome e sabem que o jantar está pronto. E, quando as pessoas estiverem comendo o que plantaram e vivendo nas casas que construíram eu também estarei lá.¹⁴⁵³

Ademais, tem-se que a superação da ideia privatista-formalista de jurisdição, alcançando-se ao ato de decidir uma concepção radicalmente democrática, superando-se a concepção liberal de tutela individualista – com comprometimento econômico –, mediante o reconhecimento dos direitos fundamentais e sociais como balizes do Estado Democrático de Direito é um dos imensos desafios que se põe. Como alterca Ovídio Baptista, “a identificação da democracia liberal como o sistema político do ‘fim da história’ sugere que esse seria o sistema próprio de uma sociedade de ‘escravos satisfeitos’”.¹⁴⁵⁴ Exatamente esta ideia que reclama superação, a proposta do conformismo com o liberalismo, que recolhe a força de trabalho e oferta as sobras, estimulando a satisfação artificial nessa realidade taciturna.¹⁴⁵⁵

Indispensável também considerar o direito na esteira de um pensamento jurídico-problemático-prudencial, permitindo-se o desvelar de uma nova compreensão jurídica, com a inserção da concepção de que o intérprete é sujeito imanente ao universo da linguagem. Nesse sentido, necessário superar a ideia de que esse intérprete é um ser superior que traduz a vontade da lei e pode decidir de acordo com suas “íntimas convicções”.¹⁴⁵⁶ O direito não pode se reduzir a instrumentalizar uma razão política. Afirma Castanheira Neves:

¹⁴⁵³ STEINBECK, John. *As Vinhas da Ira*. Traduzido por Ernesto Vinhaes e Herbert Caro. São Paulo: Abril Cultural, 1982. 2v. p. 273.

¹⁴⁵⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. p. 11.

¹⁴⁵⁵ Mas como sustenta o próprio Ovídio Baptista da Silva, essa relação perniciosa com o capitalismo funda um sistema jurídico anti-comunitário: “Um dos fatos históricos reveladores do vínculo entre o Estado de Direito e o capitalismo está na circunstância de o nascimento de ambos ter-se dado simultaneamente. A destruição da *comunidade* medieval, uma das campanhas empreendidas com especial determinação pelos filósofos a partir do século XVI, teve seu ponto de apoio no Direito e cada vez mais ampla e envolvente *juridicização* do nascente mundo moderno. Este é um ponto a ser considerado no percurso da modernidade.” (Idem, p. 304.)

¹⁴⁵⁶ Assevera Castanheira Neves, “[...] que o homem não se compreendia apenas como destinatário do direito e titular de direitos, mas autenticamente como sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele mas comprometido com ele – o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência, e então não como uma externalidade apenas referida pelos seus efeitos, sancionatórios ou outros, mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido. O direito só ocorrerá para a epifania da pessoa se o homem lograr culturalmente a virtude

Condições que propiciarão a emergência do direito como: a) a condição mundano social, por meio da qual o Direito é a exterioridade, o mundo das relações exteriores e não o da pura interioridade; b) a condição humana-existencial, por meio da qual a liberdade pessoal deverá estar sempre em correlação com a integração comunitária, sem o que não haverá direito e; c) a condição ética, por implicar no conhecimento da pessoa. As relações sociais ativas e passivas em que isso não ocorra se excluem do direito.¹⁴⁵⁷

Propõe-se a construção de uma teoria da decidibilidade radicalmente democrática, que altere o atual perfil da jurisdição, mediante o incremento de todas as formas de participação indicadas e fulcrada na legitimação material, através do exercício de uma jurisdição parcial, que valorize a hipossuficiência e a vulnerabilidade daqueles que buscam a tutela do Estado.¹⁴⁵⁸

A qualidade não integra o rol de “técnicas de convencimento” do jurisdicionado-consumidor. Esvai-se no estigma da velocidade do processo, almejada sempre como norte primeiro. É preciso, nesse sentido, resgatá-la.

Ainda, não se pode prescindir de considerar a hermenêutica, seguindo a concepção gadameriana¹⁴⁵⁹. Ela pode contribuir para a compreensão da temporalidade do direito e para a aplicação/compreensão da democratização radical da jurisdição. Heidegger¹⁴⁶⁰ explicita essa possibilidade hermenêutica a partir da posição prévia do interlocutor jurisprudencial. E, nessa linha, a factualidade histórica do ser, tendo-se o passado como condição de compreensão do futuro, traduz notável contributo.

José Saramago denuncia a necessidade de que o homem se debruce sobre a vida e, paradoxalmente, feche os olhos para ver. Como diz o Livro dos Conselhos: “Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara”.¹⁴⁶¹ A obra do nobel português é a proposta de antítese à modernidade. “Porque foi que cegamos? Não sei, talvez um dia se chegue a conhecer a razão. Queres que te diga o que penso? Diz. Penso que não cegamos, penso que estamos cegos. Cegos que vêem. Cegos, que, vendo, não vêem”.¹⁴⁶²

desse compromisso”. (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Direito Hoje e em que Sentido? O Problema Actual da Autonomia do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 75.)

¹⁴⁵⁷ Idem, p. 71-2.

¹⁴⁵⁸ Kaufmann propõe como “solución obvia una tesis intermédia que puede denominarse tan bien idealismo moderado, como realismo moderado: lo general no es “ante rem” ni mero “post rem”, sino “in re”. Como tal es la esencia portadora por lo real individual y realizada de modo análogo en los diferentes seres concretos (Seienden)”. (KAUFMANN, Arthur. *Analogia y “Naturaleza de la cosa”* – Hacia una teoría de la comprensión jurídica. p. 105.)

¹⁴⁵⁹ Ver: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Volume I.

¹⁴⁶⁰ Ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*.

¹⁴⁶¹ Ver: SARAMAGO, José. *Ensaio Sobre a Cegueira*.

¹⁴⁶² Idem, p. 310.

O que leva a cegar? As mensagens subliminares do consumismo, a imposição do pertencimento e a institucionalização do agir faz com que as pessoas não se percebam mais e não percebam os outros. A velocidade da vida amordaça o homem e impõe o questionamento da ideia de liberdade. A patologia que acomete os personagens de Saramago não é biológica. A institucionalização da cegueira registra relação direta com a formatação do homem moderno, vítima de um processo de padronização perversa que sepulta as individualidades, responsáveis pela composição do mosaico social, do qual a pluralidade é condição fundante.

A velocidade em gigahertz da pós-modernidade, a necessidade de respostas imediatas, a instantaneidade do tempo, no que Bauman chamou de modernidade líquida,¹⁴⁶³ encobriu a vida, engoliu a vida, matou a vida [...] sobrou, a cegueira. Saramago propõe a reflexão do homem e o início de um caminho que resgate a lucidez perdida, o afeto vilipendiado e a capacidade de contemplação.¹⁴⁶⁴

Ao mesmo tempo em que promove o tempo ao posto de contêiner de capacidade infinita, a modernidade fluída dissolve – erige uma névoa e desvaloriza sua duração.¹⁴⁶⁵ A busca do significado das coisas e a reparação do que foi abandonado, mutilado, do que já deixou de se tornar caro ao homem, é uma das missões da pós-modernidade. O “reencontro” do homem consigo mesmo, representado na retomada do afeto, no respeito mútuo e na lucidez daqueles que deixam a reclusão, impõe a dura mensagem de Saramago, que lança mão da metáfora da cegueira para permitir que todos enxerguem novamente. Enxergar o quê? A vida, os outros e, em última instância, a nós mesmos. A necessidade de rompimento com a institucionalização do conhecimento estandardizado e com os conceitos universalizantes que prepondera na atualidade é uma realidade que se impõe para a radicalização da democracia.

A força cega que mutila a jurisdição não há de solapar a democracia, pois, apesar das constantes violações experimentadas ao logno da história, não perdeu sua essência, mantendo estável o aparato conceitual que a originou. Mesmo como fundamento daqueles que se erigiram contra os que a vilipendiaram.

O direito não pode ser percebido de forma desconectada da realidade imposta na pós-modernidade, já que subproduto de um mundo apegado a padrões e afeto a um sentimento de (compulsória) velocidade que encapsula todas as instituições. É preciso democratizar a jurisdição, mas, paralelamente a isso, garantir a transição paradigmática para um (novo)

¹⁴⁶³ Ver: BAUMAN, Zygmunt *Modernidade Líquida*.

¹⁴⁶⁴ Ver: SAMAMAGO. *Ensaio Sobre a Cegueira*.

¹⁴⁶⁵ Ver: BAUMAN, Zygmunt *Modernidade Líquida*.

modelo, que supere a era da técnica, o mundo dos conceitos aprisionados pela fala autorizada e o incessante e incansável olhar do panóptico.

CONCLUSÕES

Premido e calcificado pela azáfama dos dias, sufocado por um cotidiano próximo mas paradoxalmente inóspito, o homem esquece de si mesmo e rechaça qualquer sopro de valorização da singularidade. Pouco a pouco acaba sendo engolido pela igualização ditada por uma crescente estandardização patrocinada pelos meios de comunicação, pelos meios de produção que se alicerçam cada vez mais na massificação e, também, pelo direito, encapsulado numa espécie de subsunção pós-moderna, que veste o positivismo doutra roupagem mas registra um efeito ainda mais nefasto. Os espelhos indicam como o homem gostaria de viver mas não vive. As veias ainda sangram....

Não sangram mais pelos ecos de gritos agonizantes dos porões ou por conta do vilipêndio à liberdade. Mas sangram em face da mordança silenciosa e ardiolosa de um modelo de consumo que insita a morte das diferenças e (des) personaliza relações sociais, impondo uma padronização anti-democrática, antítese do pluralismo e da alteridade. A democracia formal conquistada pelos bastiões da década de setenta ficou restrita aos procedimentos e a um formalismo burocrático situado há léguas da materialidade. A bravura, o ardor e a coragem daqueles que puseram o AI 5 num passado distante parece ter findado naquele rompante solitário de bravura.

Os fantasmas pálidos do cotidiano não resistem ao processo de esteriotipação que deita suas garras vorazes, mais intensas a cada dia que passa. Parecem zumbis narcisistas e de forma inconsciente idolatram a aparência, olvidando as relações em rede e a concepção de indivíduo coletivo, ínsita ao agir democrático. A era cibernética, como sentenciou Lafontaine, deixa sua herança mais perniciosa: a do assassínio do conhecimento intelectualizado e crítico. A informação torna-se cada vez mais breve, sintetizada e direta. O pensar dá lugar à assimilação limitada, que verte um mero introgetar e distancia-se do compreender. As

relações expandidas pela comunicação eletrônica acabam por gerar uma informação futilizada, rasa e voltada para uma produção anti-intelectual. A rede, espaço com grande potencial para o exercício democrático, tornou-se o *locus* da repetição idiotizada de um frenesi apoteótico norteado pela igualização de contudas e perfis.

O modelo teórico da cibernética, firmado no princípio neguentrópico, reduziu o humano a um código genético. Está inaugurada a era em que o homem, comparado com a máquina, é codificado, reduzindo-se os seres vivos a uma situação informacional que (des) considera a cor da pele, a semiótica, a expressão da tez ou a capacidade inventiva. Não há lugar para construção do conhecimento, mas apenas para o balbuciar de uma ideia vã de palavras inúteis que se repetem de forma estéril, fruto de um processo de tecnificação desenvolvido à revelia do elemento humano.

Como já disseram disseram Sócrates e Freud, o mais difícil é conhecer-se a si próprio. Na medida em que a pós-modernidade avança, vociferando um conhecimento incauto, o homem se distancia cada vez mais desse propósito. Exemplo disso é que a psicanálise teve sua evolução obstaculizada há muito, passando desde então a andar em círculos.

O quadro que se apresenta, fruto da autoridade persuasiva e subliminar imposta pelo mercado e pelas instituições, estereoripadas por essa vontade invisível, firma-se no intérprete-máquina e no paradoxo do homem sem o elemento humano. O afã de tecnificação do conhecimento e de condensação da literatura (se é que o termo se aplica a tais produções), molda boa parte dos (re) produtores da informação. E cá se diga que informação distingue-se de conhecimento, na medida em que a primeira, ao menos na pós-modernidade, apresenta-se de forma acrílica e blindada, sepultando os espaços democráticos da dialética.

A substituição do livro pela informação sem filtro vertida no avanço tecnológico é o principal simbolismo dessa era. A floresta literária que fundava a boa escrita e despertava a admiração do intelecto do homem, hoje, foi suplantada pela informação amorfa, estática, inerte e abreviada da máquina. Os livros precisam ser abraçados e tratados com afago e ao acaso, nas manhãs ou nas madrugadas, dão o ar da graça e revelam os presságios que rondam suas entranhas, agitando a mata de palavras-vivas que registram a capacidade efêmera de transportar o homem. A máquina, ao contrário, traduz a companhia fria de uma noite que mergulha na informação estanque e de um amanhã que sepulcra o tempo e reduz o espectro do conhecimento a um nada, sem paladar, sem sentir, sem vida.

Os ramos da curiosidade do homem e seu atizar de olhos-pássaros parecem ter sido inumados pelo esteria eletrônica de cores fúteis e de informação cristalizada, imóvel antes mesmo de alcançar seu receptor.

O tempo é um dos grandes responsáveis pela reflexão da humanidade. Traz, de fato, o espelho de uma época. Mas muito mais que isso, revela os espelhos do homem, questionando acerca de como se vive, como se deve viver e como esse tempo ensina, tirando e ofertando, mostrando e cobrando, premiando e punindo, alcançando e deixando. O homem não é comparável à máquina como quer parte da ciência, nem é culpa como quer a religião. O homem é um ser no mundo e, como tal, registra a capacidade de transformação do tempo, por mais cruel que ele possa se apresentar. Ele está integrado ao mundo. Não é uma engrenagem. Está permanentemente enredado.

A partir das ilações do primeiro capítulo é possível atestar que o paradigma trazido pelo racionalismo, de construção de verdades com propósito de validade universal, testáveis e definidas, serve apenas às investigações das ciências naturais. Sua incorporação às ciências do espírito que se consumou no final da Idade Média produziu uma radical transformação no modo de compreensão do direito, e precipuamente na forma de atuação da jurisdição.

O compromisso com o racionalismo, devidamente moldado ao neoliberalismo, tem origem no próprio Direito Romano tardio, que malfadadamente ainda influencia o Direito Moderno. No Direito Processual, essa relação é apontada com grande acerto por Ovídio Baptista da Silva.

Assim, a rejeição ingente do paradigma cartesiano e do racionalismo traduz a primeira grande libertação do direito na pós-modernidade, indispensável para a construção de uma teoria da decidibilidade radicalmente democrática. Qualquer teoria que registre compromisso com a racionalidade, numa pretensão explícita ou implícita (como ocorre em Alexy) de compromisso com a logicidade e a certeza deve ser rechaçada. Ao contrário, corre-se o risco de fortalecer a subsunção positivista, revigorada e com novas vestes.

As crises do Estado, desenhadas de forma pormenorizada, ambientam a crise da jurisdição, que, empurrada pela necessidade de velocidade ingente, tem crescido em proporções gigantescas. Para superá-la, além de abandonar a matriz racionalista e a influência neoliberal é preciso romper com a influência perniciosa do Direito Romano tardio. É necessário ter honestidade metodológica, a fim de reconhecer a coletivização do direito e relegar a tradição civilista, que tutela tão-somente o contencioso individualizado, a um passado distante.

Fundamental ainda alterar o modo de produção do direito, de cunho normativista, modulado pelo ideário da padronização neoliberal e repetidor de verbetes sumulares, que semeiam a morte do fato, na tentativa de estereotipar ações mediante a aplicação de normas subsuntivas e prévias, que olvidam a emergência hermenêutica.

A par das crises que rondam o Estado e gestam a crise da jurisdição, que deve ser identificada, enfrentada e superada, é preciso olhar de frente para a problemática da argumentação/fundamentação do julgamento.

A aproximação cada vez mais forte do direito com as ciências da natureza, presente na voragem da crítica de Kauffman, Wieacker, Cassirer e Baptista da Silva traduz preocupação constante. Na medida em que se tenta impingir à Ciência Jurídica a exatidão, reforça-se o discurso neoliberal da quantificação, o que gera um paradoxo, pois o elemento humano se torna cada vez mais ausente numa ciência que tem por fito precípua exatamente a tutela do homem.

A decisão deve retomar seu caráter intelectual, afastando-se da moldagem estandardizante que repete verbetes e introjeta uma dimensão acrítica ao direito, já que se funda apenas numa repetição sintomática e tecnicista do passado. O julgador precisa decidir. Mas não embalado pelo solipsismo divino e arrimado na “própria consciência”, nem tampouco através de uma postura passiva, aceitando o simulacro liberal e rendendo-se à fala autorizada, já que não pode alcançar o *locus* do poder.

Nesse contexto, a hermenêutica constitui a ferramenta apropriada para a tomada de decisões. É preciso compreender e aplicar conjuntamente, não olvidar a tradição e se ter presente a faticidade. Indispensável também motivar as decisões e colocar o argumento antes da materialização do *decisum*. A mudança de paradigma cultural, no sentido de incorporar o dever de fundamentação, por si só representaria um enorme avanço, combatendo o perfil descompromissado de boa parte do Judiciário atual.

Mas a definitiva superação da crise exige a implementação de direitos emancipatórios, que valorizem a alteridade, os instrumentos democráticos de aproximação do Judiciário com a população e especialmente a igualdade inclusiva como norte primeiro. O perfil do mercado, firmado na sedução de produtos massificados também contamina o direito, enfileirando espécies de ações em prateleiras, que serão “consumidas” pelos jurisdicionados. A aplicação irrestrita da liberdade preconizada pelo liberalismo sufoca a igualdade e impinge ao direito um caráter totalitário, que reproduz a linguagem dos tribunais superiores e serve à *lex mercatoria*.

É preciso resgatar o conceito originário de liberdade, que garante a intercomunicação social, a expressão material da democracia e a possibilidade de manifestação consciente. A liberdade de mercado, que inunda o direito hoje, traduz o avesso dos estandartes que alicerçaram as revoluções francesa e americana. A igualdade substancial deve ser uma constante do exercício jurisdicional, com a valorização da hipossuficiência e a tutela ingente dos direitos que emancipam, que incluem e que carregam forte lastro social.

A partir do segundo capítulo, mediante a análise específica do pensamento de Alexy, que desenvolve a teoria do discurso mais empregada no mundo hodiernamente, é possível revelar com um grau de precisão acentuado a insuficiência das teorias procedimentais. Seja em face da tentativa frustrada de impor um discurso prévio, seja por conta da atribuição de uma complexidade inexistente a muitos casos concretos, seja pela dependência da moralidade ou em face dos riscos de arbitrariedades que acabam repetindo, com outra vestimenta, a estratégia da subsunção do positivismo. Os fatos remetem, invariavelmente, para a hermenêutica filosófica como alternativa de decidibilidade menos arriscada, de acordo com o que foi demonstrado no capítulo.

Passa-se, assim, às principais ilações acerca dos infaustos que acometem a teoria de Alexy. O constitucionalista propõe a aplicação da ponderação de valores como forma suficiente à busca de solução dos conflitos principiológicos. Aqui está o primeiro risco da teoria, qual seja, o do incremento desenfreado de uma espécie de totalitarismo principiológico que permita ao decisor aplicar os preceitos explícitos e implícitos sem um argumento interno coerente, o que remete à “decisão conforme a consciência”, típica do juiz solipsista do positivismo. O fato também sugere, por vezes, que casos fáceis sejam reconhecidos como difíceis, por conta da “criação” de uma “necessidade de complexidade”, firmada no afã da justificação principiológica, mesmo que a lei, por si só, empreste resposta à celeuma.

Ao propor um discurso racional e uma plataforma de gestão aplicativa das normas (regras e princípios), Alexy, assim como boa parte das teorias de decidibilidade que se conformam com o procedimento e não desafiam o argumento material, deixa-se enredar numa intransponível teia. A teia da discricionariedade e da arbitrariedade. Se Kelsen, com sua teoria pura, reconhecia a impossibilidade de superação do paradigma discricionário, afirmando que, em certa medida, todas as decisões dependeriam do ato de inteligência do julgador, Alexy rechaça tal critério, mas acaba por ser catapultado ao mesmo fosso.

Ainda. Enquanto Kelsen propunha uma apartação dos critérios axiológicos, Alexy acaba por alimentá-los, na medida em que sua teoria torna-se refém do subjetivismo, especialmente em face do emprego da justiça e da moral como elementos neurais.

Uma amostra de tal fatalidade é a complexidade impingida a alguns casos paradigma – o que é uma constante na obra de Alexy –, com o fito de “moldá-los” à fórmula do peso/ponderação e ao conflito principiológico (antinomias jurídicas impróprias). Quando intensifica o debate com Radbruch, Alexy, empregando caso apresentado por Hart, sustenta que julgamento do Tribunal Alemão, de 1949, reclamaria solução por intermédio de sua teoria. A decisão gerou a condenação de uma mulher por ter privado o marido ilegalmente da sua liberdade, em face de denúncia às autoridades nazistas de que o homem havia proferido palavras ultrajantes a Hitler. O amparo da sentença é assaz singelo. Entendeu o tribunal tedesco que, em face da mulher ter lançado mão de razões pessoais para a delação, não existiam motivações jurídicas que justificassem eventual repressão ao marido.

Aqui, não parece ter lugar a aplicação da teoria da ponderação para o alcance de bom desiderato. O caso representa, quiçá, um dos exemplos de construção exagerada de complexidade, quando, em tese, a solução apresentada poderia ser outra, de caráter mais singelo. Tem-se um *desde já sempre*, fruto da informação universal de que o nazismo merece a ingente rejeição, seja por conta da tradição (Gadamer) arquitetada no pós-guerra, seja pelo consenso estabelecido com a redemocratização dos regimes acerca dos direitos humanos. Veja-se que Alexy arquiteta um caminho pedregoso, de penhascos e um sem número de entraves, quando o súdito poderia resolver o problema sem o auxílio do rei e isso através de uma doce caminhada em meio à planície.

Uma teoria da decidibilidade, para manter a *pré-sença* da faticidade e da tradição, deve necessariamente considerar a busca do desvelar, da clareira, do conhecimento. É preciso trazer o caso à luz e não a luz ao caso, como querem aqueles que entendem dispor de uma solução divina, firmada numa espécie de “lâmpião mágico” do conhecimento. Aqui, retoma-se a hermenêutica filosófica como baluarte da interpretação e do engendramento de uma teoria da decisão que considere a personalidade dos casos e, verdadeiramente, os fatos. Atribuir complexidade a um fato dado que goza de tranquila singeleza não implica num contributo para a ciência. Estabelecer, de antemão, o rótulo de casos difíceis e fáceis também não parece ser a melhor alternativa. A resposta está, portanto, na hermenêutica heideggeriana.

Outra grave ilação que se extrai é a rejeição do caráter conteudístico da decisão pela racionalidade do discurso alexyano (e aqui há um divórcio cabal com a hermenêutica filosófica). A pretensão de correção permanece no plano formal, desqualificando a norma. A ponderação e as (infundáveis) regras da argumentação de Alexy ensejam uma subjetividade sem limites e livre da redoma da lei, do liame hermenêutico. Ao fim, o que se tem é o risco da discricionariedade excessiva.

Aliás, o próprio Alexy aceita a limitação do discurso prévio e acaba por verter novo infausto. Ao sugerir a moral para o preenchimento da lacuna apontada, Alexy lembra novamente o Juiz solipsista, que evocará sua “consciência” para decidir.

Alexy critica Dworkin por não conseguir estabelecer uma ordem cardinal na teoria da decidibilidade que gesta. O problema de Dworkin, no entanto, não está aqui. A crítica alexyana busca identificar uma teoria da interpretação (Dworkin) com uma procedimentalista (Alexy). Elas provêm de raízes diametralmente opostas e, portanto, são distantes por natureza. O problema da teoria de Dworkin está no solipsismo do Juiz Hércules, no paradigma de idealidade e no distanciamento da concretude. Como revela Streck, a questão é que tanto a teoria, quanto Hércules, em Dworkin, transformaram-se numa metáfora.

Na hermenêutica não há um julgador “iluminado”, “paradigma”, “padrão”. Antes que o sujeito pense em se adonar dos sentidos, o círculo hermenêutico “atravessa” a compreensão. A questão não é “quem” profere a decisão, mas “como ela é elaborada/justificada, compreendida/aplicada”. É o como-conteudístico que Alexy não traz e Dworkin afoga na soliptude de Hércules.

Ainda, a defesa da distinção entre regra e princípio reaviva a filosofia da consciência. Há, portanto, a necessidade premente de superar-se o paradigma causalista-explicativo da relação sujeito-objeto.

Se existe distinção entre regra e princípio, ela é ontológica e não conceitual/procedimental. Os princípios informam o sistema e ponto. Não são um soldado de reserva. Não podem ser evocados apenas através do argumento direto para solver o embate do peso no conflito por eles protagonizado ou como norma excepcional no emprego das regras.

A teoria alexyana não consegue, portanto, fugir da subsunção, apesar de buscar identificar caminhos para tal desiderato a todo o tempo. Seu caráter analítico (argumentativo/discursivo) não exorciza o espectro positivista.

Ademais, o discurso prévio mata a inter-conectividade do direito com o *mundo da vida*. Cindir os momentos de compreensão e aplicação e buscar uma solução no presente/passado para casos futuros implica em queda na vala comum das teorias comprometidas com a arbitrariedade.

É preciso, assim, libertar-se das correntes da filosofia da consciência, e isso teórica e praticamente, com a superação da segregação entre compreender e aplicar. A teoria do discurso de Alexy não consegue alcançar esse propósito e mantém-se presa ao positivismo. Pior do que isso, põe-se num estágio ainda anterior, pois refém de um subjetivismo firmado na interpretação casual dos princípios, ao passo que o positivismo kelseniano ao menos

registrava o paradigma da lei. Portanto, a influência da subsunção, a fixação de um diferencial cabal entre regras e princípios, o escopo de uma norma corretiva amparada na moral e a busca de esteio na resposta/procedimento prévio com moldagem/adequação ao caso concreto constituem os principais problemas da teoria alexyana.

É preciso sinalar que, embora o objetivo de Alexy seja avançar além da regra da subsunção, quando propõe um discurso prévio que resolva o caso concreto, não há êxito na pretensão. Na verdade, ele acaba por apresentar uma espécie de “subsunção” das regras do discurso – não mais da lei – ao caso concreto. Sua aplicação, dessa maneira, gesta uma migração da vinculação exclusiva da lei (matriz positivista) para o compromisso procedimentalista. O enfoque conteudístico, assim como ocorre no positivismo, fica relegado ao segundo plano, sendo que as regras do discurso – de cunho exclusivamente procedimental –, prometem apresentar a resposta para todo e qualquer episódio que bata às portas da jurisdição.

Vai-se da lei ao procedimento. E isso sem faticidade na aplicação do discurso, pois se percebe um inchamento da argumentação, já que Alexy propõe mais de sessenta regras. Chega-se a um julgador arbitrário, que apesar de sofisticar (aumentar a complexidade aparente) sua decisão mergulha no mesmo risco de arbitrariedades e dependência da consciência que inunda o direito na pós-modernidade.

Alexy termina por tentar acoplar fatos a normas, confundindo o conteúdo destas com o texto. A ideologia do caso concreto transformou-se em pretexto teórico para atribuir ao texto qualquer sentido e viabilizar a produção de qualquer decisão, desde que fundada na [infalível (sic)] ponderação, garimpando-se a Constituição e o Direito Comparado na busca de um (suposto) conflito de princípios.

A hermenêutica não almeja apenas superar a tentativa de compreensão através da análise do sujeito-objeto, mas também os axiologismos (fundados na moral, no caso de Alexy), que assujeitam o objeto.

A categoria-lei, já criticada em face da ampla adesão ao critério positivista, é substituída por uma nova e ainda mais axiológica/subjetivista categoria, a do discurso de fundamentação prévia. O discurso racional de argumentação posta *prima facie* absolve o julgador do lapso inadmissível de fundamentar/motivar a decisão, já que a solução “vem pronta” numa fala *universalizante* que, nesse sentido, também é estandardizante, aplicável a tudo e a todos.

Não há, portanto, a compreensão hermenêutica (heideggeriana) adequada da necessária distinção entre texto e norma, entre ser e ente, entre questão de fato e questão de

direito, entre palavra e coisa. É a linguagem ultrajada, incompreendida, mal aplicada. E, sem linguagem, não há compreensão. Longe do *mundo da vida*, a teoria do discurso alexyana perde-se em devaneios morais/rationais na busca *universal* de superar os problemas do direito.

Conclusão evidente é o fato de que as situações ideais de fala não podem fundar uma teoria da decidibilidade que tenha a faticidade como propósito. A separação de compreensão/aplicação, com o emprego de uma identidade isomórfica dos participantes do discurso, pressupõe ser possível firmar uma zona embrionária da decisão. A razão prática não pode compartilhar com tal assertiva, pois o ato decisional não é cronológico/logicista. É preciso reconhecer a possibilidade de desorganização da fala, de início no fim, e, enfim, de um compreender que aplique e uma aplicação que compreenda, em permanente diálogo.

O julgador dispõe de uma pré-compreensão daquilo que decide. O sentido das coisas não pode surgir do nada, como se o decisor fosse uma folha em branco, como se a tradição fosse ignorada e riscada do *mundo da vida*. Se não existe um grau inicial (nulo) de sentido e a discricionariedade de interpretação é herdada especialmente do paradigma representacional, fortalecida está a dualidade entre sujeito-objeto na racionalidade alexyana.

A interpretação, em Gadamer, pressupõe o reconhecimento da totalidade da estrutura existencial, mesmo que a intenção daquele que busca o conhecimento seja a de ler o *que está aí* e abarcar a origem do que *realmente foi*. Não há um marco zero. O sujeito é, não passa a ser. A tradição existe. O existencial não pode ser simplesmente negado. O mito da imparcialidade há muito não encontra guarida no direito (ou, ao menos, não deveria...). Enfim, não é possível interpretar se assujeitando o sujeito. A hermenêutica transpassa o discurso e o próprio intérprete.

A partir do reconhecimento do imperativo da opinião prévia, o intérprete dirige-se ao texto diretamente, examinando a legitimidade/validade do rol de conhecimento que o acompanha. A compreensão do texto (não da norma) passa pela apropriação de conceitos (fruto do conhecimento prévio), da tradição e dos juízos de terceiros, que são agregados de pré-concepções do leitor/intérprete. É um *se dar conta*.

Em Heidegger, a compreensão do fenômeno jurídico passa pela verificação da historicidade efetual própria do intérprete (*ser-no-mundo*). Compreensão, por sua vez, traduz o modo de ser da *pré-sença*, na medida em que é *poder ser e possibilidade*. Todo o compreender acaba sendo um compreender-se. O *da-sein* está no entender e no esquecer e é condição de possibilidade de atualização do *vigor-ter-sido*.

Indispensável, apesar do aprisionamento metodológico imposto às conclusões, lembrar Lenio Streck quando sinala o norte da crise que inunda a hermenêutica tradicional, diante os meios pelos quais são produzidas as leis no Brasil, sem a identificação (já que impossível) de conceitos do tipo vontade da lei *versus* vontade do legislador. Tudo isso na incauta pretensão de revelar a *vontade da lei*. Quem sabe a partir de uma fórmula advinda da proliferação de seitas religiosas que se percebe em *terrae brasiliis*? Quiçá uma resposta divina, numa reedição do jusnaturalismo teológico... O direito precisa de mais do que um delírio jurídico, precisa ir além da filosofia da consciência, precisa da hermenêutica filosófica.

Dessa forma, as teorias procedurais moldam um cenário funesto, pois acabam por justificar as práticas standardizantes, vez que, a partir do discurso prévio, reconhecem explicitamente a possibilidade de que o passado deite raízes no presente, assegurando o *status quo* de velhos paradigmas, exatamente na linha do que preconiza o modelo linear presente na pós-modernidade.

O terceiro capítulo traz esse ambiente, temperado pela ausência de cor, gosto e vivacidade do neoliberalismo. Sua tez indiferente aos seres monocores do cotidiano mantém-se sempre na direção pré-programada, evitando qualquer desvio de rota. Assim, o direito tornou-se um subproduto da era da técnica (Heidegger), do vazio (Lipovetski), da modernidade líquida (Bauman), da trans-modernidade (Warat), da era cibernética (Lafontaine), enfim, da pós-modernidade, para lançar mão da terminologia que alicerça o esforço que os pensadores têm empreendido na tentativa de designar o período que atravessa a humanidade.

A massificação das demandas e a (des) personalização dos processos têm levado o direito a uma passividade terrificante. Amorfo e embalsamado numa espécie de casulo da padronização neoliberal, aceita as práticas que olvidam a distinção natural dos casos e parece chancelar a breve morte da causa. As metas do Banco Central, focadas na produtividade e na quantificação de resultados têm sido, nesse sentido, um dos nortes mais prestigiados pelo Poder Judiciário.

Os produtos mais evidentes dessa tecnificação de resultados que sepulta o caráter contudístico das demandas são os verbetes jurisprudenciais, multiplicados pelas microrreformas processuais dos últimos anos. Aliás, o projeto de reforma do Código de Processo Civil acrescenta novos instrumentos de standardização. Mas dentre todos, a súmula vinculante é o verbete que registra a maior violência simbólica, seja pela (negativa) importância histórica, seja pelo grau de extensão que revela, alcançando todas as decisões concernentes ao caso regulado.

Elas geraram mais um dos tantos paradoxos do direito hodierno. Se não bastasse a busca estéril da “vontade da lei”, as súmulas vinculantes, em pleno sistema romano-germânico-canônico, impuseram ao julgador um cumprimento cego, sem qualquer possibilidade hermenêutica de questionamento ou adequação ao caso concreto tutelado. Assim, a lei pode deixar de ser aplicada, seja em face de reconhecida inconstitucionalidade, seja por conta dos meios clássicos de solução de conflitos, de que a lei posterior afasta a anterior, a de hierarquia superior afasta a de inferior e a especial afasta a de caráter geral. Já um verbete jurisprudencial, que traduz a fala autorizada uníssona, suplanta a lei e a possibilidade de interpretação do caso.

Através de um raciocínio indutivo, tenta-se sepultar uma universalidade de casos concretos. É efetivamente o discurso prévio, desta feita apresentado em faceta diversa. O Judiciário – ao menos no que toca àqueles que não têm acesso à fala autorizada –, fica enclausurado num escafandro e sem qualquer possibilidade de emergir. Reféns de um poder político intransponível, o Judiciário e o próprio Estado acabam por se tornar vítimas de um aprisionamento linguístico e da impossibilidade de exercício de compreensão do sentido das coisas.

E isso tendo que conviver com mandos caóticos como aquele materializado no verbete que recebeu a alcunha de “súmula das algemas” (Súmula Vinculante n. 11). Como a autoridade policial poderá aplicar objetivamente, dando azo à pretensão subsuntiva e universalizante da súmula, a coerção apenas para situações “excepcionais”? Isso é fruto de decisões produzidas a partir de casos individualizados e da pretensão impossível de aprisionar a interpretação antes mesmo de seu *vir-a-ser*.

O mais novo representante dos instrumentos de standardização da causa é a (des) consideração, a (des) coisificação da coisa julgada, que estende o domínio da fala autorizada para o passado, ousando ressuscitar os mortos, pois dá nova vida (ou será morte?) ao caso julgado.

A relativização da coisa julgada, além de traduzir um ultraje à Constituição, representa o emprego inadvertido e desprovido de melhor fundamento do *precedent* e o ápice do processo de massificação das decisões, com a possibilidade de alcance do passado. Mas a maior causa de iniquidade é a excepcionalidade que o sistema jurídico passa a reconhecer, redundando em sério risco à democracia e abrindo as portas ao totalitarismo.

A universalização de conceitos almeja a busca de solução para casos futuros. Mas uma resposta que constitui uma aplicação hermenêutica não deve ser vertida para atender a questionamentos de caráter geral, mas sim atentar a uma situação específica, posta ao

intérprete. O olhar voltado para o futuro implicaria numa autonomização do enunciado, em imprópria separação de ser e ente. Isso é o que dá azo à universalidade, encobrendo as peculiaridades que acompanham o caso. A hermenêutica filosófica tem o propósito de desvelar esses signos personalíssimos, essa singularidade escondida pelo véu. Assim, uma norma que atribui sentido a um texto não pode constituir o sentido da norma noutra texto. Ela diz respeito a um evento, não a uma conjugação de sentidos, que, por mais que se assemelhem, nunca registram identidade plena.

A (des) consideração da coisa julgada também encontra óbice na impossibilidade funcional do Judiciário, pois a utilização de um paradigma jurisprudencial oriundo do controle difuso de constitucionalidade transforma o poder em legislador, distanciando-se de sua atividade programática genética.

A coisa julgada traz consigo o papel fundamental de assegurar a finitude do processo. A concepção de estabilidade da demanda, de segurança e confiança no ato jurisdicional também é indispensável na consideração dos propósitos desse histórico instituto do Direito Processual. E a noção de segurança que se quer referir aqui não é àquela que justifica as formas de standardização da causa, voltada para a garantia da univocidade normativa. A segurança aproxima-se da intangibilidade e da proteção que se deve emprestar à decisão após o recebimento da definitiva chancela do Estado, fruto do devido processo legal.

A certeza de que o processo alcançará um fim, salvo na hipótese de justificação das formas excepcionais de impugnação – ação rescisória e a *querela nullitatis* – traduz um dos amparos da democracia jurisdicional e da necessária harmonia que o direito deve emprestar à sociedade.

Do ponto de vista teórico, percebe-se um problema de fundamento intransponível para na sustentação da relativização da coisa julgada. Assim como todas as demais formas de standardização do direito, a (des) consideração da coisa julgada prevista no Código de Processo Civil firma-se na *Doctrine of bindign precedent*. É preciso considerar as notórias diferenças entre *common law* e *civil law*, bem como o equivocado emprego do *stare decisis* na cultura romano-germânico-canônica para compreender que, já em sua premissa, a cultura dos *standard* no Brasil carece de plausibilidade.

Assim, no plano funcional, evidente a confusão com as premissas básicas do precedente, especialmente quando se pretende utilizá-lo de maneira retroativa, como ocorre com a relativização da coisa julgada.

No caso disciplinado pelo Código de Processo Civil brasileiro, o que se pretende é a utilização da regra do precedente como fundamento de fragilização da coisa julgada,

viabilizando a inexigibilidade do título executivo oriundo da decisão transitada em julgado, através de decreto posterior do Supremo, quando da pronúncia da incompatibilidade com a Constituição. Repisa-se, isso em sede de controle concreto, por conta do julgamento do Recurso Extraordinário.

Ora, no sistema inglês o precedente é utilizado como amparo de uma decisão para o caso presente, após intenso debate levado a cabo num processo determinado. O precedente (oriundo do passado) será aplicado após a possibilidade de extenso exercício hermenêutico, uma vez aferida sua adequação, no presente. Todas as formas de standardização previstas na legislação pátria se voltam para o futuro. Ademais, são fruto da atribuição de sentido unívoco à norma, pois a partir de um extrato jurisprudencial pretendem solucionar uma universalidade de casos. Destoa-se temporalmente e argumentativamente do sistema inglês.

Na hipótese da relativização da coisa julgada, a aplicação a casos futuros ainda registra uma expansão da força dos “lugares do poder”, pois alcança o passado. E não se trata de qualquer passado, pois a questão a ser encapsulada é a gestada no caso julgado, que já experimentou a chancela democrática definitiva do Estado, dando azo à necessária noção de finitude do processo que o jurisdicionado precisa ter.

A *Doctrine of bindign precedent* tem vínculo direto com o *Law Reports*, de influência limitada da legislação. Mas é preciso sublinhar que ainda assim é possível justificar a não-aplicação do *precedent*, seja por decisão da Corte Suprema, que pode rever suas decisões, seja em face das regras aplicáveis ao primeiro grau.

A possibilidade de mudança de posicionamento da Corte Suprema é denominada *override* e não é a única a permitir a quebra do precedente, também rechaçável, em determinados casos, pela legislação. Assim, mesmo vinculado ao passado, o *common law* permite revisão de regras. Ao contrário, no Brasil, com a standardização, resta morta qualquer possibilidade de contra-argumento ao pseudo-precedente. Não há contraditório, ampla defesa, nem devido processo legal. Na verdade, não há nem sequer a causa, mas apenas o precedente.

Destarte, apesar da vinculação direta com a lei, o direito pátrio, através dos instrumentos de standardização, tem empregado os precedentes obrigatórios com vinculação ao futuro – que se percebe no caso da sumularização –, e o passado, na hipótese da relativização da coisa julgada.

E o pior é que uma inconstitucionalidade verte a outra. Com a cultura dos verbetes jurisprudenciais o julgador fica livre da fundamentação argumentativa (hermenêutica) das decisões. Enquanto no *common law* a justificação é compulsória e deve convencer os

jurisdicionados, no *civil law* tupiniquim, firmado num verbete, o decisor apenas tem o dever de citá-lo, sem justificar sua utilização. E isso independentemente da adequação ou não da decisão ao verbete que se pretende empregar, seja ele uma súmula impeditiva de recursos, uma súmula vinculante ou uma decisão do STF lançada num ato de relativização da coisa julgada.

Percebe-se, portanto, uma programação *a priori* do direito a ser dado no caso concreto. Ademais, no *common law* o *contempt of court* não prestigia as práticas universalizantes e ainda valoriza o poder do julgador, impondo-lhe o dever de justificação.

Um sistema já débil e carente de motivações fundadas acaba sendo definitivamente substituído com a possibilidade de que o juiz decida sem se decidir, transformando o ato de julgar numa mera repetição de um discurso dado, totalitário, castrador.

Se o verbete estandardizante oferece ao julgador a possibilidade de decisão sem a construção intelectual, seu exercício funcional perde o elemento humano e aproxima-se da máquina. Basta localizar o verbete e “moldar” o caso que se apresenta, fadando-o aos ditames da fala autorizada. A decisão deixa de ser um ato intelectual para tornar-se a depositária de uma vontade adesiva, que percebe na hermenêutica um estorvo, uma desnecessidade, uma anomalia.

Tanto a relativização quanto as súmulas traduzem um mundo inerte, sem voz e com total subordinação à jurisprudência. Só o tribunal que a gerou poderá modificar a súmula, que não pode ser questionada nem interpretada. Precisa ser cumprida. Até a edição de uma lei, em tese, comportaria interpretação contrária do STF, que a partir da pronúncia de conformidade do verbete com a Constituição garantiria a manutenção de sua vigência.

Ademais, o enunciado breve e objetivo dos verbetes traduz exatamente a tendência da epidemia manualesca que vitima o direito na pós-modernidade. O conhecimento foi sintetizado e passou a ser um conjunto de extratos anunciativos que sufocam a compreensão/aplicação. O conhecimento autêntico dos tratados, das conflagrações intensas, da argumentação expansiva, parece ter sido relegado aos clássicos e a alguns poucos sobreviventes da era da cibernética jurídica, cheia de reprodutores, mas carente de produtores.

Não há, assim, qualquer pertinência no argumento que justifica a estandardização praticada no Brasil com fulcro na teoria dos precedentes do direito inglês. Nessa esteira, a (des) consideração da coisa julgada prevista no Código de Processo Civil, mediante arguição na fase de cumprimento do *decisum* traduz forma arbitrária de aplicação do direito.

A tentativa de comparação do *civil law* com o *stare decisis* norte-americano está amparada em significados absolutos, de viés aristotélico-tomista, subsuntivos. Além disso, os

verbetes sumulares tratam exclusivamente de matérias de direito, ao passo que no *common law* o debate tangente ao emprego do precedente dá-se a partir de argumentos de fato, vertidos no caso concreto.

Não há como admitir um “controle difuso de constitucionalidade da sentença transitada em julgado”, pois um tribunal não pode reconhecer nulidade *a posteriori* de uma decisão, com exceção das vias já sinaladas da rescisória e da ação declaratória desconstitutiva. Não há justiça em tal prática, mas grave ultraje à democracia, conquistada a duras penas após o período de acinte à liberdade da década de 70.

Evidente, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos processuais que prevêm a relativização da coisa julgada (artigo 475, L, § 1º e artigo 741, parágrafo único) na fase de cumprimento da sentença. Em síntese, os argumentos que justificam tal afirmação: (a) a decisão emitida por um tribunal superior em sede de controle difuso não pode vincular o julgador de primeiro grau, vez que tem efeito *intra partes*; (b) a concepção história da coisa julgada impinge ao instituto a intangibilidade e confia a ele a garantia da finitude do processo, quebrada com sua fragilização; (c) a coisa julgada é reconhecida como direito fundamental pela Constituição Federal (art. 5º, XXXVI) e registra como princípios protetivos a segurança jurídica, a estabilidade da demanda e a confiança da decisão; (d) o artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF alberga os direitos fundamentais, vedando mudanças vertidas ao sabor das maiorias transitórias, o que importaria uma nova constituinte para a alteração conceitual da coisa julgada; (e) a coisa julgada também é reconhecida como direito fundamental pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (artigo 8º, item 4 e artigo 25, item 2, b) e pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Capítulo Primeiro, artigo XVIII), documentos que registram o Brasil como signatário; (f) como os demais instrumentos de standardização, a relativização firma-se numa falsa premissa do *common law*, com a perspectiva de regulação de casos futuros (embora habitantes fáticos do passado, pois já julgados), sem garantia do contraditório e do devido processo legal; (g) a tradição e a legislação asseguram há muito os meios de revisão do processo transitado em julgado, quais sejam, a ação rescisória e a *querela nullitatis*.

Estabelecida a inadequação da desconsideração da coisa julgada e a impropriedade dos instrumentos de standardização é preciso indicar os caminhos que devem assegurar uma teoria da decidibilidade que radicalize a democracia, retomando o elemento humano que foi expulso do processo (e porque não dizer, do próprio direito).

O fracasso da standardização e das teorias da decidibilidade que resgatam a subsunção positivista não pode significar o fim. Alexy ocupou-se da tentativa de estabelecer

um discurso prévio e a firmou a ponderação como alternativa à solução de casos concretos, afeta, como amplamente apontado, a subjetivismos. Rawls, alicerçado em premissas kantianas, põe-se numa linha deontológica, mantendo a fidelidade com a herança liberal que funda sua teoria.

Mas Rawls, ao contrário de Alexy, reconhece na tradição um elemento essencial da decidibilidade e, também, de alcance da justiça. Juntamente com a equidade e os princípios revelados sob o véu da ignorância, ela constitui os elementos fundantes da teoria rawlsiana.

É primordial que se estabeleça um ponto de partida para a teoria da decidibilidade que se quer alcançar, qual seja, o caráter conteudístico da decisão, afastando-se as propostas meramente procedimentalistas. Paralelamente a isso, a concepção de cultura constitucional apresentada por Häberle e Matteucci deve alimentar a jurisdição como fundamento dos fundamentos, especialmente a partir do alicerce estabelecido no artigo 93, IX, da CF, que impõe o dever de motivação das decisões, sob pena de nulidade.

Dworkin tem na integridade e no reconhecimento do caráter político do julgamento um contributo importante para o alcance de uma teoria da justiça que se julgue adequada, mas padece da soliptude de Hércules, um juiz ideal e metafórico que se distancia da faticidade.

A sociologia das emergências e das ausências, por sua vez, permite que se ultrapasse a barreira do aparentemente cognoscível e se alcance as experiências que não fazem parte do pensamento hegemônico. Nesse contexto, é necessário considerar a concepção jurídico-problemático-prudencial, permitindo-se o desvelar de uma nova compreensão do Direito, na qual o intérprete é sujeito do universo da linguagem.

É na hermenêutica que está a principal resposta para a confecção de uma teoria da decisão que encontre clareza teórica e proximidade com o *mundo da vida*. Enquanto as teorias procedimentais, especialmente a alexyana, sustentam a possibilidade de aplicação da fundamentação prévia, a partir de um idealismo calcado na presunção, a hermenêutica filosófica tem a razão prática como ponto de partida e propõe um *estado de decisão* firmado na compreensão-aplicação do direito. Sua justificação tem espeque no *mundo da vida*, não em um discurso racionalista apresentado *a priori*. Ela trata cada caso com a singularidade que lhe é imanente, sem a pretensão de alcançar a solução a partir de uma verdade universal aplicável a todas as questões que se apresentam ao direito.

É preciso juntar norma e faticidade, direito e *ser-no-mundo*. Isso só a hermenêutica é capaz de fazer. Compreender um texto, assim, significa sempre aplicá-lo ao próprio intérprete, e, embora a leitura seja diversa a cada situação nova, o texto não muda. A interpretação

pressupõe linguagem e é imanente a ela. Cindir compreensão e aplicação é segregar o direito do *mundo da vida*.

A partir da chancela que está na hermenêutica o lugar da interpretação, é necessário romper com a institucionalização e a padronização que vitima o direito, impondo-se um *devoir* democrático. A mediação e a possibilidade que o próprio jurisdicionado alcance a solução aos fatos que reclamam uma solução jurídica parece constituir um passo importante no alcance da democratização da jurisdição. Essa prática mediatória deve priorizar as populações marginais, distantes dos processos decisórios e esquecidos pelo direito.

Imprescindível ainda uma viragem na consideração atual que se atribui à jurisdição, empreendendo-se um mote garantista, com a superação da ideia de que o processo, como “prestador de serviços”, denota uma mera garantia de segunda ordem. O formulismo dita o debate processual da univocidade voltado para o procedimentalismo, que por sua vez encobre a pretensão substancialista, essencial à realização de direitos.

Nesse contexto, a independência do julgador constitui elemento fundante de uma jurisdição constitucional. É preciso conceber o processo como uma garantia democrática autônoma e não como mero veículo de realização dos direitos. A decisão do julgador, assim, deve corresponder a um ato de responsabilidade política (Dworkin), ensejando um ingente dever de prestação de contas à sociedade e, de forma indireta, à própria lei (*accountability*).

As partes, esquecidas e amordaçadas pelo perverso caráter standardizante do direito, que, ao padronizar condutas, sufoca o contraditório, o debate processual e a participação da decisão, precisam ser escutadas. A sentença deve ser influenciada pelos elementos postos pelo autor e pela defesa, deve ser fruto das provas colhidas e dos fatos controversos que registram no contraditório a possibilidade de contribuir decisivamente para a resposta que o Estado oferece. O julgador, por sua vez, além de fundamentar a decisão, tem o dever de abordar o dito e o não-dito, os elementos eleitos como razão de fundamento e aqueles rejeitados, postos pela parte sucumbente.

O direito, na contramão da concepção do processo como garantia de realização das pretensões materiais (com fulcro nas alterações substancialistas) tem se norteado pela pré-concepção surda que desconsidera as partes e seus argumentos, vertendo uma decisão pré-pronta firmada em convicções já postas pelos tribunais superiores, por vezes sem vínculo direto com o caso concreto. O direito olvidado precisa ser o protagonista. Hoje, tem sido um mero reflexo da técnica, da memória cinza da fala autorizada, da visão castradora do panóptico, do ativismo judicial que reafirma o paradigma kelseniano da subsunção, vertendo a “decisão conforme a consciência”, típica do julgador infalível.

Necessário ainda retomar o cunho literário-intelectivo da ciência jurídica. O saber ditado pelo neoliberalismo, impingindo práticas universalizantes e tecnificadas constitui o oposto dessa pretensão autêntica que deve banhar o direito.

Os fanqueiros literários, que firmam a cultura manualesca e sintetizada que assola o direito traduzem o símbolo do desintelectualização. A literatura tem um papel decisivo na retomada do conhecimento aprofundado que o direito reclama. Seja no resgate do elemento humano das decisões, com o fim do jurisdicionado-produto, seja no abandono do critério quantitativo, com o propósito de evitar a tragédia da morte da causa.

Só com uma jurisdição radicalmente democrática, que considere a hermenêutica como elemento fundante, proponha o debate conteudístico e rompa com o arquétipo neoliberal é que se alcançará uma efetiva ruptura paradigmática.

Assim, o direito processual deve ter sempre por escopo a asseguarção do direito material. É para proteger o bem tutelado no ordenamento material que se justifica o estabelecimento da relação processual.

O direito processual civil - que serve de instrumento à tutela do direito material civil - deve se afeiçoar a essa proteção. E nem poderia ser diferente. Se o direito processual é forma de concretização do direito material ou garantia pública de concretização da justiça, parece lógico que o processo esteja adaptado ao direito que se pretende tutelar.

Esse viés de intimidade entre o direito material e o direito processual, aliás, deve ser perseguido. Sempre, contudo, sendo o primeiro objeto nevrálgico do fim almejado pelo direito. O processo, assim, repise-se, traduz uma garantia de primeira ordem.

É necessário apontar, também, que existem princípios basilares, afirmados inclusive constitucionalmente, que são comuns a todos os ramos processuais. É o caso do princípio do devido processo legal, proclamado no inciso LIV, do artigo 5º da Constituição Federal; dos princípios do contraditório e da ampla defesa (garantidos no inciso LV, do mesmo artigo); da licitude da prova (inciso LVI, do artigo 5º, da CF) e da publicidade (inciso LX, do mesmo artigo). Todos eles, informadores constitucionais do processo. O produto do engendramento de tais preceitos ao processo é a decisão hígida e democraticamente concebida. Constitucionalmente, é possível identificá-la com o ato jurídico perfeito, a necessidade de proteção aos direitos adquiridos e, principalmente, com a coisa julgada.

Veja-se que aqui se fala de princípios consagrados pela tradição e que constituem símbolo da redemocratização do país, firmada na Constituição de 88, seu principal baluarte. É preciso, contudo, distinguir tais aportes da *panprincipiologia* que hoje inunda o direito com seu mar de lama. E o processo civil tem sido prodigioso na criação de princípios que, ou não

dizem nada, ou justificam um *desde já sempre*, cuja resposta exsurge óbvia da aplicação da lei.

Essa multiplicação sintomática (e inútil) de preceitos com o propósito de justificar o que já está justificado (pela norma) pode ser percebida nos princípios processuais da redução da sentença *extra petita* (para afastar o julgamento que ultrapassa seus limites), da não taxatividade da ação coletiva (a fim de isentar os legitimados do pagamento de custas processuais), do máximo benefício da tutela jurisdicional comum (um superlativo redundante), da máxima amplitude (para regular as tutelas antecipatórias), da prudência (com o propósito de orientar a atuação dos juízes), da elasticidade (a fim de justificar a aceitação de qualquer forma processual) e o mais vão e vazio de todos, o princípio da derrota, que afirma o dever do sucumbente pagar as custas e os honorários de advogado da parte vencedora (!).

Essa ausência de um *se dar conta* da produção sem sentido do direito processual não para por aí. Ferir a coisa julgada sob o protesto de uma (nova) caracterização da justiça ou da aplicação retroativa de decisões estandardizantes não traduz apenas um efeito da malfadada onda ou a violação da Constituição, mas materializa um ultraje à própria democracia.

Vale ressaltar também outro grave vício que permeia o processo: a tradição civil-individualista. Ainda que se reconheça a existência de ações “constitucionais” ou que tutelam os direitos coletivos, difusos e individuais-homogêneos, a sua operacionalização é tipicamente “civil”. E se a adequação do processo ao direito material que se busca tutelar é pressuposto de eficácia da prestação jurisdicional, então as ações constitucionais deverão observar e guardar os princípios que lhes sejam adequados e pertinentes, notadamente aqueles que constituem o norte constitucional.

Aqui, o conceito de eficiência, tido a partir das construções de Gaiger e Jania Saldanha como o a garantia da harmonia da relação entre meios e fins de um dado processo, infelizmente, não encontra lugar. Na ótica capitalista, tal pretensão traduz um caráter instrumental, também presente no processo, que não condiz com a democracia material que se quer tutelar. Pretende-se, portanto, atribuir à eficiência uma definição que rompa as barreiras do econômico e contemple também a dimensão do social.

Assim, a eficiência do procedimento está longe de representar suficiência. É preciso ir além. Garantir uma eficácia material, que não discuta apenas o meio, mas sim o fim almejado e as possibilidades concretas de atingi-los.

Não é possível conceber no processo um instrumento de eficiência que sirva a qualquer ideário, ao sabor das maiorias transitórias. Não se quer um processo instrumental e apolítico, que ignore o caráter da presença (ou não) da democracia. O que se pretende é o

reconhecimento da necessidade de um processo questionador e que aceite a ruptura com a frieza de seus limites procedimentais quando posto a serviço de práticas totalitárias e violadoras da democracia.

Claro que para isso é fundamental atender as garantias democráticas constitucionalmente conquistadas. A proteção do caso julgado, seguramente, traduz um dos mais intensos e festejados baluartes constitucionais de 88. O respeito à decisão tomada pelo juiz natural, fruto de um regime democraticamente estabelecido é o primeiro passo para o cerramento das fronteiras ao exército anti-democrático que, apesar de aparentemente adormecido, repousa sobre uma centelha que ao menor sopro pode se revigorar.

Enfim, o processo destinado à defesa das garantias constitucionais haverá de revestir-se de um caráter sócio-coletivo, norteador pela importância a ser atribuída, acima de tudo, para a tutela do bem em questão. Os aspectos processuais não poderão sobrepor-se ao bem material tutelado.

A assertiva de que a eficiência liberal não faz frente às demandas atuais do processo pode ser corroborada com a observação do caótico quadro das ações destinadas à proteção da posse e propriedade. O Código de Processo Civil é um legatário incauto das demandas individuais de proteção possessória. Quando o esbulho de determinada área é praticado por um indivíduo, forjando uma ação de natureza pessoal, bem nos moldes da tradição civil, o processo é célere e encontra solução adequada. O mesmo não se pode dizer, todavia, dos casos em que o esbulho é praticado a partir de atos de uma coletividade, como nas sucessivas ocupações de terra que se observam no país. Para esses conflitos de direito material o processo está assaz distante de uma resposta adequada.

Via de regra, por conta do esgotamento das alternativas postas pelo processo, estéril e desnortado em busca de respostas mudas no campo da tradição civil, como se estivesse a solver uma contenda romana, que nem sequer imaginava a possibilidade de indivíduos-coletivos, o direito se cala. Assim, buscam-se respostas transdisciplinares, especialmente na esfera política. Isso porque se percebe que a solução jurídica que o processo apresenta está muito distante da natureza do conflito que compõe o objeto do litígio.

Claro que é a Constituição que deve ditar o norte do processo, seja como amparo procedimental, seja como fundamento material. Quando Ulisses Guimarães anunciou a conclusão da Carta Cidadã em 1988, muito mais do que uma norma, entregava à sociedade a depositária dos anseios dela própria, fruto da angústia, das mutilações, do vilipêndio, da desonra e das marcas indelévels de 1968 e os anos que se sucederam até a redemocratização.

A Constituição, de fato, “constituiu” uma nova era democrática, firmada nos princípios liberais e sociais que inundaram o mundo. Os brasileiros asseguraram a liberdade de expressão, de manifestação, a igualdade de direitos, a proteção da intimidade e outros preceitos emancipadores que num passado não muito distante haviam sido olvidados e espezinhadados.

A última – espera-se – redemocratização do país teve seu pináculo na Magna Carta de 88. O Brasil mudou com a Constituição. A sociedade ganhou o SUS – apesar das mazelas que lhe acompanharam –, a educação pública gratuita e a possibilidade de questionar o poder constituído.

Mas nem tudo são flores... A primavera constitucional encontrou duro óbice na impossibilidade de concretização plena de boa parte dos direitos por ela assegurados, passando a enfrentar um implacável inverno.

Iniciou-se o período de desconstituição da Constituição, de fragilização de seus institutos, de promulgação incessante de emendas que a feriram, mudaram a face e deixaram cicatrizes. Sarney, erigido à condição de Presidente da República após o fracasso da campanha “diretas já” e o infausto que acometeu Tancredo Neves, no qual a nação depositava esperanças de coroamento da libertação das garras do período ditatorial, anunciou em seu primeiro pronunciamento após a promulgação da Carta: “Não se pode governar atendendo a Constituição”. Era o preâmbulo e o prenúncio de um período de assassínios constitucionais, de abandono de parte de seus preceitos e de estigmatização da carta, que passou a ser rotulada de inexecutável, utópica e distante da capacidade da estrutura do Estado.

O salário mínimo, que pelo artigo 7º da Carta Política deve assegurar o sustento de uma família, permaneceu apenas na retórica. O SUS transformou-se num caos vigente, com filas intermináveis e emergências abarrotadas de gente. A educação ainda não alcança boa parte das crianças nordestinas. As garantias trabalhistas têm no Maranhão a “China laboral tupiniquim”, já que o trabalho escravo ainda resiste, malfadadamente, em plena modernidade. Se não bastasse, o Ministério Público do Trabalho gaúcho já ajuizou uma série de Ações Cíveis Públicas contra empregadores que ainda mantinham trabalhadores em cativeiro. O Imposto Sobre Grandes Fortunas – IGF constituiu-se em figura decorativa, vez que sua regulamentação nunca foi levada a cabo.

Os vinte anos da Carta Política, vertidos em 2008, merecem comemoração, apesar do aparente ceticismo. Sim, o momento foi de regozijo. A democracia é uma realidade formal. Apesar da maioria da população ainda não registrar uma educação crítica que lhe permita alcançar a condição de sujeitos de direitos, questionando a condução, a interpretação e a

execução das políticas públicas que brotam da Constituição, percebe-se no exercício do sufrágio universal a vivacidade da democracia representativa. As liberdades públicas que permitem a todos a expressão do pensamento sem as amarras de um Estado totalitário também dão o ar da graça e felizmente fundam a multiplicidade de opiniões que compõem a diversidade social em *terrae brasilis*.

Todavia, o definitivo abandono da adolescência e o saudosismo do ano de 2008 não são motivos para deixar-se de reconhecer que o caminho em busca da efetiva aplicação dos direitos que integram a Constituição Federal ainda será longo e exigirá dos operadores do direito, dos governantes e da sociedade muito mais da galhardia e da cidadania despertada que tomou conta dos responsáveis pela Carta de 1988.

Direito processual e direito material devem seguir o paradigma constitucional. Direito é forma, mas também é carne, também é pão. Não se quer o julgador hercúleo de Dworkin. Não se quer o solipsista iluminado. Não se quer o amante da subsunção do positivismo. Não se quer um juiz procedimento, um juiz eficiente, mas não eficaz. Um decisor que preze o formalismo e que, no afã de incorporar o conceito médio de proporcionalidade volte-se para o endeusamento do jusnaturalismo teológico.

O julgador é um hermeneuta e precisa desvelar o sentido do direito sem prescindir da tradição e ciente que é preciso ter a clara dimensão do *ser no mundo*. Não há direito pré-posto. Não há solução num discurso prévio que se molde a uma generalidade de casos famintos buscando a solução mais *justa*.

As alternativas postas *a priori* olvidam o *mundo da vida* e, em última análise, não constituem nem sequer possibilidades, pois desconsideram o caso concreto, redundando num viés subsuntivo. Isso é positivismo, mas com outra roupagem. Tal conduta não rompe a barreira da subsunção, muito pelo contrário, aprofunda a crise há muito inaugurada no direito.

Ademais, essa teoria do discurso, que lança mão do exame do caso concreto na tentativa de demonstrar seu caráter pragmático, não consegue sepultar a segmentação. Se há um procedimento, um conjunto de regras postas *a priori*, com objetivo aplicativo, o transporte da teoria da argumentação para o caso concreto representa um atentado à hermenêutica e uma tentativa ingênua de superação do critério subsuntivo. E aqui não se quer, em absoluto, impingir o rótulo de má-fé ou mergulhar num fosso de lodo, inquinando de espúrias as pretensões dos autores das teorias do discurso, notadamente Alexy, que se pretende criticar. O que ocorre é um equívoco metodológico e o excesso de confiança na pretensão (inalcançada) de superação da subsunção e arquitetura de uma teoria decisional infalível.

Há uma clara segmentação na teoria de Alexy. E uma teoria decisional não pode ser construída de forma logicista, racional, matematizada. Ela não se aplica a partir de fases que não dialogam umas com as outras. Ela precisa amálgama, comunicabilidade interna, diálogo, questionamento e alteridade. Alexy, inclusive do ponto de vista capitular – e é possível perceber isso nitidamente em *Teoria da Argumentação* e *Teoria dos Direitos Fundamentais* – pauta-se pela segmentação, pela divisão, pela dimensionalidade estanque dos passos/fases de emprego de sua teoria do discurso.

Primeiro desenvolve os pressupostos da teoria da decisão que pretende utilizar, projetando as regras do discurso e tentando rechaçar eventuais contra-argumentos que possam surgir. Apenas depois, num segundo e último momento, é que justifica a aplicação aos casos concretos, tentando, como dito, agregar à teoria um cariz pragmático. E aqui reside uma das maiores fragilidades da teoria alexyana: a tentativa de aplicação desse discurso pronto (standardizante) a uma universalidade de casos, sem considerar, de forma científica, as peculiaridades de cada um. Tal prática lembra exatamente os critérios que motivaram o emprego da (des) consideração da coisa julgada, voltando-se ao passado e às súmulas vinculantes, mas com olhar nos casos futuros.

Em suma, assim como Dworkin depende da idealidade do Juiz Hércules, Alexy é refém do solipsismo, na medida em que a noção de proporcionalidade e adequação da decisão é legada única e exclusivamente ao decisor. Isso porque as regras do discurso prévio registram caráter formal e valorizam a moral como critério imanente, dando azo à forte carga subjetivista, mãe de todos os decisionismos que já cansam o sistema e fazem com que o direito padeça de uma neurose crônica, que tem lhe retirado a sanidade..., certamente, nem Freud encontraria alternativa terapêutica para isso.

A retomada da tradição gadameriana, também valorizada por Rawls – em que pese a dificuldade de fuga da prisão liberal – e a integridade de Dworkin – sem o solipsismo de Hércules – parecem traduzir uma possibilidade de superação das dificuldades que as teorias da decidibilidade apresentam.

A hermenêutica tem participação decisiva no engendramento de uma teoria da decidibilidade verdadeiramente democrática, pois, ao fundir compreensão e aplicação num só momento, afasta a influência devastadora de um discurso prévio e definitivamente rompe com o estigma da subsunção, libertando o direito de suas amarras. Diferencia-se sobremaneira das teorias procedurais, ainda presas a uma estratégia de argumento posto *a priori*, que não alcança caráter pragmático, acabando por distanciar-se do *ser no mundo*.

Ademais, a pretensão de aplicabilidade pragmática frustra-se, pois, ao contrário da hermenêutica, que se aproxima e coloca como pressuposto aplicativo a íntima relação com o *mundo da vida*, as teorias que valorizam o discurso prévio só encontram a faticidade na fase final, quando já se perderam pelo caminho e não conseguem adequar as regras prévias ao caso concreto que se apresenta.

No mais autêntico sentido hermenêutico é preciso ouvir a rua e radicalizar a democracia com a inversão da vocação pelo contencioso, fruto da tradição civil. Isso também traduz providência fundamental na busca de uma jurisdição que aproxime o Estado do jurisdicionado. Mas para isso é preciso inumar o paradigma do gabinete, a frenética produção sentencial e os critérios de gestão eficaz ditados pelo neoliberalismo, que atribui exclusivamente à quantidade o rótulo de melhoria da jurisdição, como se as conquistas democráticas fossem traduzidas apenas em estatística.

Decisões seriáticas semeiam injustiça, pois, em face do domínio inconsciente que as atinge, voltado para a reprodução insistente de condutas padronizadas, distanciam-se cada vez mais das pessoas, verdadeiros sujeitos de direitos que integram o processo.

O direito não é uma engrenagem, mas uma ciência que tem no elemento humano seu fim primeiro. Deve permanecer distante da pausterização conceitual que os padrões de gestão pretendem imprimir. O direito precisa ser diferente, pois na diferença está o germe da democracia. A igualdade, nesse sentido, traz uma perspectiva de trevas, pois firma-se em seu viés negativo, voltado para a estereotipação das coisas, dos processos, das fórmulas de decisão e do próprio homem. Este homem, produzido, moldado, embalado e colocado na prateleira, precisa seguir o perfil formático e as condutas pré-postas de um mundo que não pode deixar a rota.

A mudança do padrão de consumo pode representar um risco para o mercado financeiro. O fomento excessivo ao crédito e a valorização da moeda comprometem as exportações. Os biocombustíveis e as fontes energéticas alternativas podem arruinar o ciclo do petróleo. O investimento em transporte coletivo pode frear a indústria automobilística. As ferrovias, então! Essas não! Seriam uma perigosa mudança de paradigma!

A guinada para a busca do conhecimento crítico e investigativo representa bem um desses riscos de derrocada neoliberal. O rompimento com o consumo hedonista, com o narcisismo neoliberal que já compõe um novo arquétipo econômico, muito além do individualismo, é o caminho que se apresenta. É preciso reconhecer a diferença como produtora de igualdade. É preciso semear o culto à personalidade, mas não como um *totem* e

sim como um *devoir* da inclusão, como um *ethos* de humanidade, que pense o outro a partir do *alter*.

É indispensável que se valorize o mosaico de raças, cores, paixões, crenças e posturas da pós-modernidade. Esse celeiro da diferença deve motivar a atuação do Estado e, naturalmente, da jurisdição. O homem não pode mais ser prisioneiro de sua própria liberdade. E isso só é possível a partir do reconhecimento da diferença. Uma diferença que, ao perceber todos como formalmente iguais, inclua.

O direito não alcançará esse desiderato se permanecer aprisionado em seu mundo de conceitos universalizantes, ditados pelos lugares do poder e da fala. A metáfora da Torre de Babel recuperada por Borges traduz bem a pretensão daqueles que compõem o topo da pirâmide neoliberal, os donos do poder, para lembrar Raimundo Faoro. Na expectativa de tocar o céu, brincam de Deus, e, num delírio lunático, esperam tomar seu lugar. Os homens não podem constituir fruto de um esquema, um organograma, não são uma holografia, são um fato, uma realidade.

O homem não precisa de uma Torre de Babel, mas de felicidade, também na ciência. Felicidade cada vez mais paradoxal. Sabendo onde ela se encontra, o homem toma a direção oposta, mesmo que essa não seja sua pretensão interior. Os estereótipos, contudo, empurram cada vez mais para o fundo do poço de consumismo que ladeia a Torre, um estandarte de identidade cinza-opaca.

Essa mudança de rumo pressupõe o reconhecimento de que a solução não está nos lugares do poder, na fala autorizada, na institucionalização. Como disse Warat, é preciso carnavalizar, reinventar o direito, erotizá-lo. Se é certo que a radicalização da democracia não pode prescindir do Estado, também há convicção de que seu desdobramento não deve ter como único *locus* reprodutivo o “público institucionalizado”.

É preciso derrubar o mito do monopólio estatal da jurisdição. O Estado, naturalmente, deve controlar o ato de “dizer o direito”, mas sua produção deve ser descentralizada, deve alcançar a periferia, os marginalizados, deve tutelar aqueles que desconhecem o direito e, não tendo voz, calam-se, num sepulcro de silêncio que amordaça, exclui, num não-direito.

Mais do que superar o paradigma do juiz *bouch de la loi* é preciso reconhecer que o direito também pode ser dito pelo não-juiz, pelo desinstitucionalizado, por aqueles que, mergulhados num permanente estado invernal, não conhecem a primavera e nem sequer provaram do sentimento nostálgico do outono. O direito deve ser dito na rua, deve ser

colhido, “achado na rua”, como disse Lyra Filho. A periferia deve conquistar o reconhecimento da possibilidade de dizer o seu direito.

Assim, os mediadores comunitários, introjetados na realidade social e familiarizados com o entorno que gera o processo decisório, mas antes mesmo com a aproximação das partes, a conversação e a conjugação de sentires, compõem uma das alternativas de radicalização democrática.

As formas de controle social do direito e de garantia da participação da comunidade, como a audiência pública, a ampliação da participação da figura do *amicus curiae*, agregadas a um novo olhar (agir) sobre a jurisdição do primeiro grau, com a assimilação das formas de democracia participativa, coletivizando-se as questões tratadas individualmente pelo Código de Processo podem contribuir de forma decisiva para o abandono da letargia que vitima a ciência jurídica na pós-modernidade.

Enfim, é preciso admitir que a democracia jurisdicional passa pelo Estado, mas precisa ir além dele, tornando o homem sujeito de suas decisões e de seu próprio direito, distribuindo o “dom” da fala autorizada, popularizando os lugares de exercício do poder, derrubando a Torre de Babel.

A retomada de uma intelectualização autêntica do direito, com o resgate de seu caráter literário, também constitui um nicho importante de democracia jurisdicional. Assim como toda produção científica, o direito tornou-se vítima de uma espécie de bigbrotherização da cultura, para empregar um símbolo mundial do fetiche de intelecto raso que assola o planeta inteiro. Ou ainda, como disse há muito Machado de Assis, a literatura foi inundada por fanqueiros que, como moedeiros falsos, negam a autenticidade e firmados numa construção lógica barata tentam emprestar soluções ligeiras para as neuroses de um homem depressivo e esquizofrênico.

Aliás, essa aproximação entre direito e literatura, que, como dito, se revela uma das grandes contribuições para a democratização e intelectualização do direito, demonstrando inclusive importante meio de fundamentação e justificação das decisões, tem sido objeto do projeto “Direito e Literatura”, que registra vínculo direto com o Programa de Doutorado da instituição. Desenvolvido pelo Instituto de Hermenêutica Jurídica – IHJ, em parceria com a TVE e retransmitido pela TV Justiça, tem como âncora o Professor Lenio Streck, que recria o saber do direito a partir dos clássicos da literatura, emprestando relevante contributo à ciência jurídica.

Exatamente nessa linha põe-se a contribuição da obra “As Vinhas da Ira”, de John Steinbeck. Ambientada na depressão de 1929, o clássico norte-americano ajuda a

compreender a crise global que vitimou sobremaneira os próprios americanos e países como a Grécia e a Itália, além, é claro, de afligir as bolsas de valores de todo o mundo. Publicado em 1939, o livro representa um conflito entre o indivíduo e a sociedade, contando a história da família Joad, especialmente a partir da conduta de Tom, que deixa a prisão e encontra uma terra arrasada, em plena depressão econômica, com a família rumando para a Califórnia, tendo por escopo encontrar “a terra prometida”. Contudo, a chegada à falsa “Canaã” não se revela promissora, impondo dor e sofrimento em face de uma exploração mordaz, que alcança o limite da dignidade do homem. A história demonstra os efeitos da grande depressão, a expulsão dos arrendatários de suas terras e a migração para regiões marcadas por baixos salários e por uma espécie de “coronealismo do Tio Sam”.

Os personagens, sempre no limite, lutando contra a fome, protagonizam a luta pela sobrevivência, mas também questionam as agruras a que são submetidos, o que permite uma análise profunda do sistema social e, em última instância, do próprio capitalismo.

O caráter realista e os aspectos simbólicos constituem um binômio de difícil convivência, um equilíbrio singular, uma façanha literária que Steinbeck consegue levar a cabo com incrível sensibilidade. Lança mão de signos que atravessam o texto, que criam o contraste poético na história trágica. O título é assaz simbólico: As vinhas são o verde vale da Califórnia, traduzindo a fartura, o alimento, a oportunidade de exercício do labor e a satisfação. A ira, por sua vez, denota uma busca malograda. A angústia que toma os retirantes quando percebem que a terra prometida abriga um ambiente onde a exploração do homem pelo homem alcança picos de terrível injustiça social, tendo como fim a luta marginal das greves.

A saga comove, principalmente, por ser real. E tem sido resgatada em face da crise que se vive, a qual atemoriza cada vez mais, vertendo desesperança. A analogia é possível. Claro, o temor na pós-modernidade é maior, mas não tão profundo, mormente no que toca ao Brasil, que passou pelo infausto quase incólume. Espera-se que as vinhas da ira, desta feita, não se espraíem com ímpeto pela vindima como ocorreu em 29 e se acabe logo com a praga das plantações econômicas pelo mundo, permitindo que o homem siga sua colheita diária.

Aliás, o direito também tem sido vítima dos efeitos da globalização, já que, com o propósito de estancar e prevenir a possibilidade de crise, o Banco Mundial dita normas e sugere condutas ao Judiciário a fim de reduzir riscos. Claro, o norte é a padronização de atos, a tecnificação e a (des) personalização das demandas.

A escolha de Steinbeck não é aleatória. Mas o escritor poderia ser substituído por outros tantos, que emprestam intensas contribuições ao direito, dotando-o de um bem-vindo

caráter de inventividade. Muitos dos quais, inclusive, permeiam o texto. Borges, Jorge Amado, Cortazar, Garcia Marquez, Saramago, Galeano, Lewis Carrol, Umberto Eco...

E a ausência literária no direito tem vertido consequências terrificantes. O enxugamento do conhecimento, a redução dos livros a folhetins e a padronização do saber são alguns desses tristes efeitos. Mas os processos seletivos parecem constituir o depositário de toda essa mercantilização da cultura jurídica. Não é íntegro evocar o conhecimento numa prova de aptidão que traduz o ápice de uma intelectualidade tacanha, refletida na imposição da lembrança fotográfica da lei, sem qualquer compromisso com o saber crítico e inventivo, verdadeiro esteio do desenvolvimento intelectual do homem.

Os testes de boa parte dos processos seletivos têm traduzido essa realidade acachapante. As formas de aferição do conhecimento eleitas dão eco aos instrumentos standardizantes da era da velocidade e da técnica. Bauman denominou modernidade líquida, face à fluidez da informação. Heidegger, por sua vez, concebeu há muito a fase que o homem alcançaria no século XXI.

A principal razão da sensação de tempo acelerado dá-se em face da mudança do conceito de espaço. Ou seja, a comunicação *on line* afastou a necessidade de percorrer-se longas distâncias e trouxe a informação em tempo real. No direito, os processos seletivos em geral seguem essa lógica estereotipada. Os certames objetivos cobram um conhecimento calcado na memorização, na presença estática dos artigos de lei, das súmulas dos tribunais e da jurisprudência sintomática.

Não há que se negar a clarividência do estudo jurisprudencial, sem embargo, parece inarredável a ilação de que a capacidade intelectual exigida pelo exame de aptidão dos processos seletivos é robótica, matematizada, voltada às certezas absolutas de Platão. Norte assaz distante do conhecimento verossímil, arrimado na argumentação que o direito tanto reclama.

O rumo deve mudar e os processos seletivos precisam alimentar-se do incentivo à dúvida que o coelho provocava em Alice, no País das Maravilhas, e não na sua velocidade e afã reprodutivo, que lembra a informação instantânea, mas desqualificada e sem caráter instigativo. Também aqui o caráter literário tem papel fundamental, firmado na concepção de inventividade.

A literatura precisa retomar seu lugar na semiologia do prazer. Precisa traduzir o pensamento intelectual de uma época como ocorria nas décadas de quarenta e cinquenta. Deve superar a colcha de retalhos parcos que a compõem, o domínio de um ser apócrifo e idiotizado que percebe o ato de ler como reprodução e não criação. Por fim, a literatura

precisa ser intrinsecamente representada pelo seu caráter romântico. Se simples na estrutura, complexa na intercomunicação, no dizer do homem, no marcar a história, no trilhar caminhos, no olhar de legado para o futuro, de transformação para o presente e de tradição para o passado.

A aproximação do direito com a literatura contribui ainda para a retomada da consciência transformadora do jurista, principalmente a partir da lembrança do dever de asseguarção da inclusão.

A democracia trouxe consigo a possibilidade de acesso formal às decisões e assegurou a liberdade de opinião, mas não a garantia de qualificação de seu emissor, nem tampouco o mandamento ético de seus principais protagonistas. Nesse sentido, convive-se com uma realidade deplorável, que abriga deputados em castelos, servidores do parlamento em mansões, a farra dos funcionários do Senado da República, os crimes em série de estilistas alimentados pela alta burguesia paulistana, datilógrafos que se tornam milionários da noite para o dia e mensaleiros.

Que país é esse? Que admite uma declaração acintosa da filha de um ex-presidente, afirmando com naturalidade que recebe dos cofres públicos para trabalhar em casa? Imaginem se todos os trabalhadores do país tivessem a liberdade de exercer suas atividades do recôndido lar, sem necessidade de respeito a horários ou regras pré-estabelecidas?

De fato, a casa de fidalgos, inspirada na Câmara de Lordes da Grã-Bretanha, que motivou a criação do Senado da República em 1824 deve estar se sentido envergonhada!

A eficiência no combate aos constantes desvios financeiros num país que ainda tem na fome um baluarte negativo e a concentração de renda como reflexo da ausência de um desenvolvimento equânime é certamente bem-vinda. Todos devem aplaudir a retomada dos milhões que muitas vezes deixam o Erário, vitimando as crianças esquiladas, os desvalidos e os brasileiros que, apesar das agruras, amam a vida com bravura singular. Contudo, como alterca Alice, o veredicto deve vir antes da sentença. Todos têm direito à defesa e presunção de inocência. Ao contrário do que assevera o utilitarismo de Bentham, a perseguição às ilegalidades não pode ser profetizada a custa dos inocentes. E para justificar as ações desse Estado é preciso motivar as decisões.

Está, portanto, também no Estado a possibilidade de garantia de eticidade. Seja a partir das políticas fundamentais do Executivo, seja a partir da atuação transformadora do Poder Judiciário, claro, tendo sempre presente o dever de prestação de contas (controle).

Contudo, em relação ao Judiciário, tem-se que a tarefa do julgador de primeiro grau apresenta-se cada vez mais permeada de agruras. Postos à margem das súmulas vinculantes e

de um sistema de recursos empolado naufragam e ficam reclusos em seus escafandros, sem que possam ser vistos e ouvidos. E o maior de todos os males é o tolhimento da fala, que obsta a comunicação e impõe a mudez compulsória.

É preciso superar a concepção de que cabe ao julgador a aplicação da norma e a adequação *livre* ao caso concreto, olvidando os parâmetros de interpretação e, no mais das vezes, dando azo ao velho critério subsuntivo, em franco ultraje à Constituição. Comum ainda decisões que, amparadas no “modismo” constitucional principiológico, buscam nele o injustificado amparo para razões pessoais, “da própria consciência”. Não é dado a ele – julgador – decidir. O que há é uma transferência de uma atividade típica de Estado – o ato decisional – cujo chamado é atendido no momento da tomada de decisão. A ideia de Liebman, de que a sentença é um “ato de inteligência”, sugerindo liberdade ao julgador, ou a de Chiovenda, que propõe ser a característica formal da sentença a exposição precisa do estado da questão resolvida e do *trabalho mental* realizado pelo juiz, precisam ser superadas.

Nesse contexto, a decisão deve ser fruto de um engenhoso espírito intelectual e de uma capacidade de comunicação afável e habilidosa, além, é claro, da alma leve, espírito altivo e intensa capacidade inventiva. Pluricromática, como os *cronópios* de Cortázar. Alegre por natureza e indiferente aos espantalhos incolores do cotidiano, ao sabor de pó semeado pelas cidades mortas, que buscam o mesmo rumo, o mesmo norte, que querem e requerem sempre mais do mesmo.

Não se pode aderir à concepção modulada de julgador que agrega padrão infalível decisional. Mas a decisão, posta por um sujeito erudito, mas não solipsista, precisa ser compartilhada e fruto de um todo não-narcísico, de uma construção democrática. Não pode compartilhar com o mundo ligeiro e árido da comunicação eletrônica, das abreviações, dos assassínios à língua portuguesa e de gírias foscas. A jurisdição democrática precisa imprimir a nostalgia errante e sentida das missivas, das linhas desenhadas, do vagar da caneta, do compasso das teclas. As decisões em série acabaram com o ritmo da escrita. São espasmos, erupções, anomalias literárias. Dão velocidade à comunicação, mas lhe retiram seus dons mais preciosos, a musicalidade e o pensar.

Testemunhar essa prova de que o mundo, embora pareça cinza, ainda registra aquarelas que podem lhe colorir, que podem lhe dar vida, que podem lhe manter desperto, traduz uma necessidade.

Num mundo em que sobrevivem umas poucas palavras sopradas e as demais se esvaem da memória; num mundo de janelas fechadas e de razão elucidável, lógica, racional, mas não pressentida; nesse mundo monocolor, encontra-se um alento: a possibilidade do *devir*

democrático. Certamente, o mais sensato adágio é o da “lembrança da vida” e o da “certeza de que a morte, um dia vem”. A finitude do homem, um dos alicerces heideggerianos.

É necessário romper com esse mundo paralelo anti-literário, apocalíptico. Com a terra do sem fim. O retrato do caminho sem partida. Precisa-se de incerteza. Precisa-se de desordem. Precisa-se de inconstância...

É preciso dar azo ao auto-questionamento permanente, quiçá a partir da afirmação de Pérignon, que “viu estrelas” ou de Betinho “que percebeu na fome o holocausto diário do cotidiano da humanidade”. Quem sabe o homem possa inspirar-se nos heróis anônimos do cotidiano, que fazem embaixadas nos sinais de trânsito ou vestem-se de palhaços nas esquinas. São alegres e surpreendentemente felizes... são alegres, simplesmente. E o homem pós-moderno, vitimizado pelos infaustos do ontem, levado pelo mundo veloz, estereotipado, igualizado ao outro, (des) personalizado. Quem é? Onde está o humano desse homem?

A rotina, irrefragavelmente, esmaga a todos. Ao que parece, a pós-modernidade veio para ficar. Tem em seu âmago um gosto amargo e um olhar triste. Tem a força de um soco no estômago, o êxtase de um gozo e a vivacidade das belas mulheres. Não da beleza esquálida, quase esquelética das passarelas. Mas da beleza que está nos olhos de quem vê. Claro, dos que ainda conseguem ver. Que conseguem perceber que o mundo ainda é mundo e que estamos, todos, querendo ou não, nele inseridos, por ele envolvidos e a ele fadados a um laço eterno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Traduzido por Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p.67-9, jul./set. 1999.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Derecho y Razón Práctica*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés y Rodolgo Vázquez. México: Fontamara, 1993.

_____. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Traduzido por Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. *On the Structure of Legal Principles*. Bologna: Ratio Juris, v. 13, n. 3, set. 2000.

_____. *Teoría de la Argumentación Jurídica: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Traduzido por Manuel Atienza; Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Rubem. *Filosofia da Ciência*. Introdução ao Jogo e a suas Regras. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

AMADO, Jorge. *Dona Flor e Seus Dois Maridos*. São Paulo: Martins Fontes, 1971.

ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: Formas Judiciais e Alternativas de Resolução de Conflitos na Inglaterra*. Traduzido por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. arts. 154-269*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 5v.

_____. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Traduzido por Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.

_____. *A Vida do Espírito*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicomanos*. 3. ed. Brasília: UNB, 1999.

_____. *Rhétorique*. Traduit par Médéric Dufour. Paris: Société D'Édition "Les Belles Lettres", 1932.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. *Manual da Execução*. 11. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Relativização da Coisa Julgada Material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

ASSIS, Machado de. Os Fanqueiros Litterarios. In: *Chronicas*. Primeiro Volume (1859-1863). Rio de Janeiro/São Paulo/Porto Alegre: Jackson Editores, 1942.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

_____. *Contribución a uma Teoria de la Legislación*. Madrid: Caudernos Cívitas, 1997.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACHELARD, Gaston. *O Novo Espírito Científico*. Traduzido por Antônio José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Traduzido por José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Relativização da Coisa Julgada: Enfoque Crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2004.

_____; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Coisa Julgada Relativa? In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

_____. *Curso de Processo Civil*. 6. ed.rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Da Função à Estrutura. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Mestrado e Doutorado da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado e Unisinos, 2009.

_____. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Conônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Sentença e Coisa Julgada*. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral das Constituições Escritas. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: UFMG, 1985.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações Sobre a Chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

BARBOSA, Rui. *Atos Inconstitucionais*. Campinas: Russel, 2003.

BARNETT, Peter. *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

BARRETO, Tobias. Fundamentos do Direito de Punir. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 727, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada ao Código Civil e Lei da Imprensa. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 235, Jan./Mar. 2004.

_____. Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. In: ANTUNES, Cármen Lúcia (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2005.

_____; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crise e Desafios da Constituição: Perspectivas e Críticas da Teoria e das Práticas Constitucionais Brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Mal-estar da Pós-modernidade*. Traduzido por Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. *Vida para o Consumo: A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BERIZONCE, Roberto Omar. El Problema de la Ineficiencia del Sistema Judicial: Algunas Propuestas de Solución. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD*. São Leopoldo: Unisinos, p. 122-33, jan./jun. 2009.

_____. Recientes Tendencias en la Posición de Juez. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD*. São Leopoldo: Unisinos, p. 1-7, jul./dez. 2009.

BIONDI, Biondo. Universalità e Perennità della Giurisprudenza Romana. In: *L'Europa e il Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1954. 2v.

BLAUG, Mark. *História do Pensamento Econômico*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990. 2v.

_____. *Metologia da Economia*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Locke e o Direito Natural*. Traduzido por Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1997.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi. et al. São Paulo: Ícone, 1995.

BOHN, Claudia Fernanda Rivera. A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. In: DOBROWLOSKI, Silvio. *A Constituição no Mundo Globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *A Subjetividade do Tempo: Uma Perspectiva Transdisciplinar do Direito e da Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz:

EDUNISC, 1998.

_____. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Jorge Luis. *Ficções*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. Traduzido por Lenine Lequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURDEAU, Georges. *A Democracia*. Ensaio Sintético. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1975.

_____. *O Estado*. Mira Sintra: Publicações Europa-América, 1977.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Distinção Estrutural entre Princípios e Regras e sua Importância para a Dogmática Jurídica: Resposta às Objeções de Humberto Ávila ao Modelo de Robert Alexy. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Jurídica, v. 12, n. 3, p. 153-68, out./dez. 2002.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Traduzido por Luiz Abezia; Sandra Drina Fernandes Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. 1v.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O Princípio da Proporcionalidade sob uma Perspectiva Hermenêutica e Argumentativa. Crítica à Dogmática: Dos Bancos Acadêmicos à Prática dos Tribunais. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 3. p. 215-40, 2005.

CAMBI, Eduardo. Causa de Pedir, Prova e Coisa Julgada na Ação de Investigação de Paternidade. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 30, p. 70-8, abr. 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. A Governance do Terceiro Capitalismo e a Constituição Social. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; STRECK, Lenio Luiz. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas* Coimbra: Coimbra Editora/Stvdia Ivridica, 2006.

_____. A Governança do Terceiro Capitalismo e a Constituição Social. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; STRECK, Lenio Luiz. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas* Coimbra: Coimbra Editora/Stvdia Ivridica, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação da Tutela no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se Hace um Proceso*. Bogotá: Temis, 1994.

_____. *Derecho y Proceso*. Traduzido por Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971.

_____. Lezioni. Funzione del Processo Del lavoro. In: *Revista di Diritto Procesal Civile*, v. 1, p. 109, 1930.

_____. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Acadêmica, 1942.

CARPI, Federico; TARUFFO, Michele. *Comentário Breve al Códice di Procedura Civile*. 4. ed. Pádua: CEDAM, 2002.

CARROLL, Lewis. *Alice no País das Maravilhas*. Traduzido por Rosaura Eichengerg. Porto Alegre: L&PM, 1998.

CASSESE, Sabino. *La Crisi dello Stato*. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2002.

CASSIRER, Ernst. *A Filosofia do Iluminismo*. Traduzido por Álvaro Cabral. Campinas: Unicamp, 1992.

_____. *Linguagem e Mito*. Traduzido por J. Guinsburg; Miriam Schnaiderman. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A Crise da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia*. Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito. Um Ensaio da Teoria da Interpretação enquanto Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Tertium nom Datur: Pretensões de Coercibilidade e Validade em Face de uma Teoria da Argumentação Jurídica no Marco de uma Compreensão Procedimental do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo

Andrade (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHEVALIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1993. 3v.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CLERMONT, Kevin. *Principles of Civil Procedure*. St. Paul, MN: Thomson/West, 2005.

CORTÁZAR, Julio. *Historias de Cronopios y de Famas*. Buenos Aires: Punto de Lectura, 2000.

CORTELLA, Mário Sérgio. *A Escola e o Conhecimento*. Fundamentos Epistemológicos e Políticos. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

COSTA, Sergio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 5. ed. Turim: UTET, 1980.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/2009). In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 2, p. 4-5, abr./mai./jun. 2005.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED, 1999.

_____. *Revocación de los Actos Procesales Fraudulentos*. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma, 1978. 3v.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUETA RÚA, Julio. *El Common Law*. Buenos Aires, La Ley, 1957.

D'AMICO, Marilisa. *Giudizio Sulle Leggi ed Efficacia Temporale delle Decisioni di Incostituzionalità*. Milano: Giuffrè, 1993.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DE MARTINO, Francesco. *La Giurisdizione nel Diritto Romano*. Padova: CEDAM, 1937.

DEL VECCHIO, George. *Supuestos, Concepto y Principios del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1962.

DENTI, Vittorio. *L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica*. Milano: Giuffrè, 1953.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Inovações na Antecipação dos Efeitos da Tutela e Resolução Parcial de Mérito. In: *Revista de Processo*, n. 110, ano 108, abr./jul. 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Capítulos de Sentença*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: *Revista de Direito Processual*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 103, p. 9, 2003.

DUARTE, Liza Bastos. A Impossibilidade Humana de um Julgamento Imparcial. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 85, p. 220-53, 2002.

DURANT, Will. *A História da Filosofia*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1996.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Nacional, 1963.

DWORKIN, Ronald. Igualdade como Real. Entrevista com Ronald Dworkin. In: *Revista Novos Estudos*, São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, n. 77, mar. 2007.

_____. *Law's Empire*. Londres: Fontana Press, 1986.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Los Derechos em Serio*. Traduzido por Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.

_____. *O Império do Direito*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma Questão de Princípio*. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EATON, B. Curtis; EATON, Diane F. *Microeconomia*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ECO, Umberto. *O Nome da Rosa*. Traduzido por Aurora Fornoni Bernardini; Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador*. Formação do Estado e civilização. Rio de Janeiro: Zahar, 1989. 1v.

ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: A Linguagem e os Direitos Humanos como Condição de Possibilidade para Preservar o Papel da Constituição no Mundo Globalizado. In:

MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). *O Estado e suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Traduzido por J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A Crise Conceitual e a (Re) Construção Interrompida da Soberania: O Fim do Estado-Nação? In: MORAIS, José Luis Bolzan (org). *O Estado e suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu Revel Não Citado, Querela Nullitatis e Ação Rescisória. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 42, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves. Um Alento ao Futuro: Novo Tratamento da Coisa Julgada nas Ações Relativas à Filiação. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

FEDERICI, Mario. Las Transformaciones Finiseculares del Estado. Foro Político. In: *Revista Del Instituto de Ciências Políticas*. Cátedra Ortega: Universidade del Museo Social Argentino, v. XXVIII, abr. 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoria del Garantismo Penal. Madrid: Trotta, 1997.

_____. *O Direito como Sistemas de Garantias*. O Novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

FIORI, José Luís. *Estado de Bem-estar Social: Padrões e Crises*. Rio de Janeiro: UFRJ/IEI, 1995.

_____. *Os Moedeiros Falsos*. Petrópolis: Vozes, 1997.

FISS, Owen. *El Derecho como Razón Pública*. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Traduzido por Roberto Cabral de Melo Machado. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

_____. *Nascimento da Biopolítica*. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. Traduzido por Raquel Ramallete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 37. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

FREUD, Sigmund. *Obras Completas*. Traduzido por Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. 14v.

FRIEDMAN, Milton. *Ensayos sobre Economía Positiva*. Madrid: Gredos, 1967.

FRIGNANI, Aldo. *L'Injunction nella Common Law e L'inibitoria nel Diritto Italiano*. Pubblicazioni della Facoltà Giuridica Dell'università di Ferrara. 2. serie. Milano: Dott. A. Giufferrè, 1974.

GADAMER, Hans-Gerg. *O Problema da Consciência Histórica*. Traduzido por Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

_____. *Verdade e Método*. Traduzido por Flávio Paulo Meuner. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAIGER, Luiz Inácio. Eficiência. In: CATTANI, Antonio David; LAVILLE, Jean-Louis; GAIGER, Luiz Inácio; HESPANHA, Pedro. *Dicionário Internacional de Outra Economia*. Coimbra: Almedina, 2009.

GALEANO, Eduardo. *O Livro dos Abraços*. Traduzido por Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2003.

GARAPON, Antonie. *O Guardador de Promessas*. Traduzido por Francisco Aragão. Lisboa: Piaget, 1996.

_____; ALLARD, Julie. *Os Juízes na Mundicalização: A Nova Revolução do Direito*. Traduzido por Rogério Alves. Lisboa: Piaget, 2005.

GARCIA, Pedro de Vega. Mundialización y Derecho Constitucional: La Crisis del Principio Democrático en el Constitucionalismo Actual. In: *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: Nueva Época, 2000.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3. ed. Madrid: Alianza, 1982.

GENY, Francisco. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902.

GIL, Antonio Hernández. *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981.

GÓES, Gisele Fernandes dos Santos. A “Relativização” da Coisa Julgada: Exame Crítico (Exposição de Um Ponto de Vista Contrário). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traduzido por Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. Temas de Cultura. Ação católica. Americanismo e Fordismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. 4v.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Leonardo. Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

GÜNTER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como Historia, Actualidad y Futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta, 1998.

_____. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade*. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1v.

_____. *Direito e Moral*. Lisboa: Piaget, 1999.

_____. *El Discurso Filosófico de la Modernidad*. Madrid: Taurus, 1989.

_____. *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

_____. *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics*. MIT: Cambridge, 2001.

_____. *La logica de las Ciencias Sociales*. Madrid: Tecnos, 2001.

_____. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Traduzido por Ana Maria Bernardo. et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

_____. Racionalidad del Entendimiento. Aclaraciones al Concepto de Racionalidad Comunicativa desde la Teoria de los Actos de Habla. In: _____. *Verdad y Justificación*. Ensayos Filosóficos. Madrid: Trotta, 2002.

_____. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. rev. Tomo I. Madrid: Taurus, 1987.

_____. *Verdade e Justificação*. São Paulo: Loyola, 2004.

HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. Traduzido por Tomaz Tadeu da Silva; Guacira Lopes Louro. 7. ed. Rio de Janeiro: DP&^a, 2002.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Traduzido por A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HAYEK, Friedrich von. *O Caminho da Servidão*. Traduzido e revisado por Anna Maria Capovilla; José Italo Stelle; Liane De Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1984.

_____. The Use of Knowledge in Society. In: *American Economic Review*, v. 35, n. 4, Sept. 1945.

HEIDEGGER, Martin. *Caminhos de Floresta*. Traduzido por Irene Borges Durante Filipa Pedroso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

_____. *Ser e Tempo*. Parte I e II. Traduzido por Márcia de Sá Cavalcante. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris: 1991.

_____. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civistas, 2001.

HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la Cosa Juzgada*. La Plata: Platense, 1997.

HOBBS, Thomas. *Do Pensamento e da Linguagem*. São Paulo: Abril, 1974.

HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções (1789-1848)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

_____. *A Era dos Extremos (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HUSSERL, Edmond. *A Crise da Humanidade Européia e a Filosofia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Traduzido por F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

JÁUREGUI, Carlos. *Generalidades y Peculiaridades do Sistema Legal Inglês*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

JHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Traduzido por João de Vasconcelos. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *O Espírito do Direito Romano*. Traduzido por Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. 1v.

_____. *O Fundamento dos Interdictos Possessorios*. Tradução de Adherbal de Carvalho. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1908.

JORGE, Flávio Cheim. Sentença Cível. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 104, n. 26, p. 112, out./dez. 2001.

KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Pura*. Traduzido por J. Rodrigues de Meringe. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

KAUFMANN, Arthur. *Analogia y "Naturaleza de la Cosa"*. Hacia una Teoria de la Comprension Juridica. Traduzido por Enrique Barros Bourie. Santiago: Juridica de Chile, 1976.

_____; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Traduzido por Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. Traduzido por João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KEYNES, John Maynard. *Breve Tratado sobre la Reforma Monetária*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992.

_____. *Inflação e Deflação*. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

KÖCHE, José Carlos. *Fundamentos de Metodologia Científica*. Teoria da Ciência e Prática da Pesquisa. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1990.

LACERDA, Galeano. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953.

LAFONTAINE, Céline. *O Império Cibernético: Das Máquinas de Pensar ao Pensamento Máquina*. Traduzido por Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Piaget, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: Temática Processual e Reflexões Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros Estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Tradução brasileira de Cândido Rangel Dinamarco. Manual de Direito Processual Civil I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1986.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Era do Vazio: Ensaio Sobre o Individualismo Contemporâneo*. Traduzido por Terezinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005.

_____. *A Felicidade Paradoxal: Ensaio Sobre a Sociedade de Hiperconsumo*. Traduzido por Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. *O Império do Efêmero: A Moda e seu Destino nas Sociedades Modernas*. Traduzido por Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

- LIPSEY, Roger G. *Introdução à Economia Positiva*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- LYRA FILHO, Roberto. *Por que Estudar Direito Hoje?* Brasília: Edições Nair, 1984.
- LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História*. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LOPEZ, Juan Torres. *Análise Economía del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1997.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa Julgada, Efeitos da Sentença, "Coisa Julgada Inconstitucional" e Embargos à Execução do Art. 741, Parágrafo Único. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Traduzido por Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980.
- _____. *Sistemas Sociales*. Lineamientos para una Teoría General. Traduzido por Silvia Pappé; Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.
- LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-moderna*. Traduzido por Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.
- MACPHERSON, C.B., *La Teoría Política del Individualismo Posesivo: De Hobbes a Locke*. Tradución de Juan - Ramón Capella. Madrid: Trotta, 2005.
- MAIA, Alexandre da. Dogmática Jurídica e Multiplicidade – Uma Análise da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. In: *A Filosofia no Direito e a Filosofia do Direito*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1. n. 5, 2007.
- _____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Maonel Messias. *A Interpretação e os Princípios Fundamentais: Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2000.
- MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e Processo I: Efetividade e Realização da Pretensão Material*. Curitiba: Juruá, 2007.
- _____. (Coord.). *Jurisdição e Processo II: Reformas Processuais, Ordinização e Racionalismo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- _____. (Coord.). *Jurisdição e Processo III: Estudos em Homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva*. Curitiba: Juruá, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A Força dos Precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- _____. (Coord.). O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. *Elaboração dos Conceitos de Ratio Decidendi (Fundamentos Determinantes da Decisão) e Obiter Dictum no Direito Brasileiro*. In: _____ (Coord.). *A Força dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. *Tutela Antecipatória Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974. 1v.

MARQUEZ, Gabriel Garcia. *Cem Anos de Solidão*. Traduzido por Eliane Zagury. Rio de Janeiro: Record, 1967.

MARRAMAO, Giacomo. *Céu e Terra*. Traduzido por Guilherme Alberto Gomez de Andrade. São Paulo: UNESP, 1997.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. Historia del Constitucionalismo Contemporáneo. Madrid: Trotta, 1998.

MATTIROLO, Luigi. *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*. Turim: Fratelli Bocca, 1905. 5v.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras. In: *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 14, caderno 01, p. 361-72, jul. 2000. p. 370-1.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MERRYMAN, John. *La Tradición Jurídica Romano-Canônica*. Traduzido por Carlos Sierra. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

_____; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *A Tradição da Civil Law: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina*. Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris, 2009.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A Causa Petendi nas Ações Reivindicatórias. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 20, p. 166-80, nov./1980.

MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Traduzido por F. J. Azevedo Gonçalves. Revisão científica, prefácio, introdução, cronologia, notas e bibliografia de Pedro Madeira Lisboa: Gradiva, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. Tomo V.

_____. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e Outras Decisões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Traduzido por Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Textos selecionados. Curitiba: Juruá, 2001.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo Interno da Sentença*. Eficácia e Coisa Julgada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa Julgada e Declaração*. Temas de Direito Processual. Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 5v.

_____. Conteúdo e Efeitos da Sentença: Variações Sobre o Tema. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, n. 84, 1996.

_____. *Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada*. Temas de Direito Processual – Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MORIN, Edgar. *O Despertar Ecológico*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*. Milano: Francesco Vallardi, 1915.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de lá Méthode Juridique*. Traduzido por Oliver Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

_____. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 2. ed. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. A Polêmica Sobre a Relativização (Desconsideração) da Coisa Julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. *Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; NERY, Rosa. *CPC Comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Celso. *Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NOJIRI, Sergio. Crítica à Teoria da Relativização da Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, Benedito. *Heidegger & Ser e Tempo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso: Da Teoria Geral dos Recursos, das Reformas Processuais e da Comparticipação nas Decisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: A Hermenêutica e a (In) Determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OST, François. *Contar a Lei: As Fontes do Imaginário jurídico*. Traduzido por Paulo Neves. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

_____. Júpiter, Hermes e Hércules: Três Modelos de Juiz. In: *Cuadernos de Filosofia del Derecho*, Alicante: Doxa, n. 14, p. 170-94, 1993.

_____. *O Tempo de Direito*. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999.

OTERO, Paulo. *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Lisboa: Piaget, 1990.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PINTO, Ricardo Leite. *Neo-republicanismo, Democracia e Constituição*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2006.

PLATÃO. *Crátilo*. Diálogo sobre a Justeza dos Nomes. Traduzido por Pe. Dias Palmeira. 2. ed. Lisboa: Sá da Costa, 1994.

POPPER, Karl Raymund. *Conjecturas e Refutações*. Traduzido por Sérgio Bath. 4. ed. rev. Brasília: UNB, 1992.

_____. *Lógica das Ciências Sociais*. Traduzido por Estevão de Rezende Martins; et al. Brasília: UNB, 1978.

PORTO, Sergio Gilberto. Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 112, ano 28, p. 21-81, out./dez. 2003.

_____; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos Recursos Cíveis: Atualizado com a EC 45 e as Leis 11.341/06, 11.280/06, 11.277/06, 11.276/06, 11.232/06, 11.187/05*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2002.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Traduzido por L. Cabral de Moncada. 6. ed. ver. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

_____. *Introdução à Ciência do Direito*. Traduzido por Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade: Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Libertad, Igualdad y Derecho: Las Conferencias Tanner sobre Filosofía Moral*. 1. ed. Barcelona: Ariel, 1988.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. Traduzido por Almiro Pisetta; Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A Garantia Constitucional do Contraditório e as Presunções Contidas no Parágrafo 6. do art. 273 do CPC. In: ARMELIN, Donald (Coord). *Tutelas de Urgência e Cautelares: Estudos em Homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIBEIRO, Renato Janine. *Ao Leitor sem Medo: Hobbes Escrevendo Contra o seu Tempo*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

RICOEUR, Paul. *O Justo*. Traduzido por Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 1v. e 2v.

ROCCO, Ugo. *Là Autorità della Cosa Giudicata e i suoi Limite Soggettivi*. Roma: Societa Tipografica Arpinate, 1917. Tomo I.

ROCHA, Leonel Severo. A Construção do Tempo pelo Direito. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

_____. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

_____. *Paradoxos da Auto-Observação: Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

ROSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Traduzido por Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUSSEL, Bertrand. *O Poder: Uma Nova Análise Social*. Traduzido por Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

SALDANHA, Jania Maria Lopes. A Influência do Neoliberalismo na Jurisdição: A Difícil Sintonia entre Eficiência e Efetividade. In: MARIN, Jeferson Dytz. *Jurisdição e Processo III: Estudos em Homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *A Sumariedade Material da Jurisdição: Substancialização e Efetividade do Direito Processual Civil: Contribuições à Proposta da “Estabilização da Tutela Antecipada”*. Tese de Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

_____. *Bloco de Constitucionalidade em Matéria de Garantias Processuais na América Latina: Ultrapassando o Perfil Funcional e Estrutural “Hipermoderno” de Processo Rumo à Construção de um Direito Processual Internacional dos Direitos Humanos (no prelo)*.

_____. Da Teoria Geral do Processo à Teoria da Tradução: Um Aporte da Sociologia das Ausências e Emergências. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. Do Funcionalismo Processual da Aurora das Luzes às Mudanças Processuais Estruturais e Metodológicas do Crepúsculo das Luzes: A Revolução Paradigmática do Sistema Processual e Procedimental de Controle Concentrado da Constitucionalidade no STF. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIN 3.510: do modelo individualista - e liberal ao modelo coletivo - e democrático - de processo. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord). *Jurisdição e Processo I: Efetividade e Realização da Pretensão Material*. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Tempos de Processo Pós-moderno: O Dilema Cruzado entre Ser Hipermoderno e Antimoderno. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. *Processo e Constituição: Os Dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

_____; ISAIA, Cristiano Becker. A Paradoxal Face “Hipermoderna” do Processo Constitucional. In: *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 5-26, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 01 set. 2010. p. 13.

_____; MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Ação Condenatória, Pretensão Material e Efetividade do Processo: As Matrizes Racionalistas do Direito Processual sob Interrogação. In: *Revista de Processo*, n. 175, ano 34, set. 2009.

SANDEL, Michael. *Democracys Discontent. América in Search of a Public Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. *La Ponderación de Bienes e Intereses den el Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente. Contra o Desperdício da Experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. 1v.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977. 1v.

SARAMAGO, José. *Ensaio Sobre a Cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ANTUNES, Cármen Lúcia (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2005.

SAVIGNY, Federico Carlo de. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Traduzione di Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1893.

SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*. Traduzido por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- Americana, 1954.

SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas, 1995.

SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: *Revista dos Tribunais*, n. 798, p.23-50, ano 1991, abr. 2002.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: Estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. *Seminário sobre a Verdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *Sobre a Verdade: Lições Preliminares ao Parágrafo 44 de Ser e Tempo*. Ijuí: Unijuí, 2006.

STEINBECK, John. *As Vinhas da Ira*. Traduzido por Ernesto Vinhaes e Herbert Caro. São Paulo: Abril Cultural, 1982. 2v.

STRECK, Lenio Luiz. O Efeito Vinculante das Súmulas e o Mito da Efetividade: Uma Crítica Hermenêutica. In: *Crítica à Dogmática: Dos Bancos Acadêmicos à Prática dos Tribunais*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, 2005.

_____. Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos Porque Interpretamos ou Interpretamos Porque a Compreendemos? Uma Resposta a partir do Ontological Turn. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A legitimidade Constitucional do Efetivo Vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Súmulas Vinculantes em Terrae Brasilis: Necessitamos de Uma “Teoria para Elaboração dos Precedentes”? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 78, ano 17, p. 289-90, mai./jun. 2009.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

_____; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. O Efeito Vinculante das Súmulas e o Mito da Efetividade: Uma Crítica Hermenêutica. In: *Crítica à Dogmática: Dos Bancos Acadêmicos à Prática dos Tribunais*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARELLO, Giovanni. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. Traducción de Isidro Rosas Alvarado. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

TARUFFO, Michele. *El Proceso Civil Adversarial em la Experiencia Americana: El Modelo Americano del Proceso de Connotación Dispositiva*. Tradución de Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2008.

_____. Icebergs do Common Law e Civil Law? Macrocomparação e Microcomparação Processual e o Problema da Verificação da Verdade. In: *Revista de Processo*, n. 181, p. 169, mar. 2010.

_____. La Fisionomia della Sentenza in Itália. In: *La Sentenza in Europa. Metodo, Técnica e Stile*. Padova: Cedam, 1988.

_____. *Páginas sobre Justicia Civil: Proceso y Derecho*. Tradución de Maximiliano Aramburro Calle. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. Traduzido por Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Econômica, 1993.

TESHEINER, José Maria Rosa. Em Tempo de Reformas - O Reexame de Decisões Judiciais. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de Impugnação ao Julgado Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. In: *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 47, p. 142, Abr./Jun. 2002.

_____. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; CORDEIRO DE FARIA, Juliana. O Tormentoso Problema da Inconstitucionalidade da Sentença Passada em Julgado. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Sentimentos e Opiniões. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TOINET, Marie-France. *El Sistema Político de los Estados Unidos*. Traducción de Glenn Amado Gallardo Jordan. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

TOURAINÉ, Alain. *Um Novo Paradigma: Para Compreender o Mundo de Hoje*. Traduzido por Armando Pereira da Silva. Lisboa: Piaget, 2005.

VATTIMO, Gianni. *La Sociedad Transparente*. Traducción de Teresa Oñate. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.

VELJANOVSKI, Cento. *A Economia do Direito e da Lei: Uma Introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VITAGLIANO, José Arnaldo. *Coisa Julgada e Ação Anulatória*. Curitiba: Juruá, 2004.

VIVERET, Patrick. Altermundialização. In: CATTANI, Antonio David; LAVILLE, Jean-Louis; GAIGER, Luiz Inácio; HESPANHA, Pedro. *Dicionário Internacional da Outra Economia*. Coimbra: Almedina, 2009.

WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ejea, 1977.

WALZER, Michael. *Das Obrigações Políticas: Ensaio sobre Desobediência, Guerra e Cidadania*. Traduzido por Helena Maria Camacho Martins Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos da Nova Execução de Títulos Judiciais – Lei 11.232/2005*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000.

_____. *A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Traduzido por Vívian Alves de Assis. et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Epistemologia e Ensino do Direito: O Sonho Acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. O Outro Lado da Dogmática Jurídica. In: *Epistemologia e Ensino do Direito*. O sonho não acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. *Surfando na Pororoca: Ofício do Medidor*. Florianópolis: Boiteux, 2004.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. Traduzido por Leônidas Hegenberg; Octany Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1972.

_____. *Economía y Sociedad*. Traduzido por José Medina Echevarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.

_____. *Ensaio de Sociologia*. Traduzido por Hans Gerth; C. Wright. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho – Derecho Natrual y Justicia Material*. Traducción de Felipe González Vicen. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1979.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Traduzido por A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.

ZACCARIA, Giuseppe. *L'arte Dell'interpretazione – Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Padova: CEDAM, 1990.

ZAVASKI, Teori Albino. *Inexigibilidade de Sentenças Inconstitucionais*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

ZIZEK, Slavoj. *A Visão em Paralaxe*. Traduzido por Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

ZOLA, Émile. *Germinal*. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1972.