

VOLUME 1

Alexandre Morais da Rosa

Márcio Ricardo Staffen

**ENSAIOS SOBRE
O DISCURSO CONSTITUCIONAL
E DA SUSTENTABILIDADE**



2012

Reitor

Prof. Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora

Prof^a. Dr^a. Amândia Maria de Borba

Procurador Geral

Vilson Sandrini Filho, MSc.

Secretário Executivo

Prof. Mércio Jacobsen, MSc.

Pró-Reitora de Ensino

Prof^a. Dr^a. Cássia Ferri

**Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação,
Extensão e Cultura**

Prof. Dr. Valdir Cechinel Filho

Organizador

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Autores

Alexandre Morais da Rosa

Marcio Ricardo Staffen

Revisão

Aline Gostinski

Projeto Gráfico

Leonardo Silva Lima

Diagramação

Aline Gostinski

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membro

José Everton da Silva

Membro

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Membro

Clóvis Demarchi

Membro

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Coleção Osvaldo Ferreira de Melo**Conselho Editorial:**

Alexandre Morais da Rosa

André Lipp Pinto Basto Lupi

Antonio Gomes Moreira Maués

Cláudia Rosane Roesler

Denise Schmitt Siqueira Garcia

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Josemar Sidinei Soares

Josep Aguiló Regla

Lenio Luiz Streck

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Mario Ferreira Monte

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima

Paulo Márcio Cruz

Vicente de Paulo Barreto

Créditos

Este e-book foi possível por conta do Projeto CNJ ACADÊMICO/CAPES/PPCJ, à Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-202,
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 –
Sala 427, Telefone: (47) 3341-7880

R71e Rosa, Alexandre Morais da

Ensaios sobre o discurso constitucional e da sustentabilidade [recurso eletrônico] / Alexandre Morais da Rosa, Márcio Ricardo Staffen. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012. – (Coleção Osvaldo Ferreira de Melo ; v.1).

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

ISBN 978-85-7696-090-4 (e-book)

1. Direito – Discursos, ensaios, conferências. 2. Direito constitucional. 3. Sustentabilidade. I. Staffen, Márcio Ricardo. II. Título.

CDU: 340(07)

**ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
MÁRCIO RICARDO STAFFEN**

**ENSAIOS SOBRE O DISCURSO CONSTITUCIONAL E DA
SUSTENTABILIDADE**

**Itajaí
2012**



UNIVALI

OS AUTORES

Alexandre Morais da Rosa

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com estágio de pós-doutoramento em Direito (Universidade de Coimbra e Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Adjunto na Universidade Federal de Santa Catarina. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Juiz de Direito (TJSC). E-mail: alexandremoraisdarosa@gmail.com

Márcio Ricardo Staffen

Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, na linha de pesquisa Principiologia, Constitucionalismo e Produção do Direito. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor em cursos de Especialização – UNIVALI – e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica - UNIDAVI. Advogado (OAB/SC). E-mail: staffen_sc@yahoo.com.br

Sou grato aos parceiro(a)s: Márcio Staffen, Jaqueline Moretti Quintero, Alexandre Zarske de Mello, Camila Monteiro Santos Stohrer, Aline Gostinski, Paulo Márcio Cruz e Ana Luisa Schmidt Ramos.

Para Professora Dra. Maria da Graça dos Santos Dias e Gizelle Staffen.

Esse trabalho é uma publicação do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas da UNIVALI em parceria com a Editora da UNIVALI. Está inserido no projeto "A função do humanismo na construção de um direito transnacional", apoiado pela FAPESC, sob a coordenação dos Professores Doutores Josemar Sidinei Soares e Alexandre Morais da Rosa. Distribuição gratuita.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	7
2. Afinal, de quem é a voz do Direito? O discurso jurídico entre a literatura e a hermenêutica.....	8
3. Como interpretar a Constituição a partir do constitucionalismo? Nota aos Juizados Especiais.....	27
4. Hermenêutica e sustentabilidade.....	46
5. A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar.....	62
6. The grand design.....	76
7. Magistrati: novamente o ativismo judicial!.....	79

INTRODUÇÃO

Antes de passar a discorreremos exatamente sobre a obra em discussão uma advertência faz-se necessária. Ou talvez seja até mais apropriado entender essa introdução como na verdade um discurso [preliminar à obra] de advertência.

Mas, afinal, que advertência é essa? Ela reside justamente na essência dos textos compilados para a formação destes ensaios. São artigos cujo norte não está mirando à consagração de novas verdades, à instituição de novos mitos, à imposição de dogmas inéditos. Pelo contrário.

Em maior ou em menor medida todos os textos trazem argumentos de exposição de um cenário não dito, sobre o qual poucos são os raios iluminadores. Aproxima-se, neste contexto, da tese abordada por Carcova, haja vista esta exploração das nebulosidades do discurso constitucional e da sustentabilidade.

No caso do discurso constitucional a preocupação primeira dos textos é defender um constitucionalismo rígido que se estabeleça formal e substancialmente. O discurso constitucional não pode estar sujeito à devassidão irresponsável na sua produção, interpretação e aplicação. A Constituição, enquanto documento jurídico fundante não pode ser “café com leite”, utilizando-se da ludicidade infantil, em sede de Estado Democrático de Direito.

Sobre a sustentabilidade (o tema da moda, diga-se de passagem) a tensão posta objetiva discutir essencialmente qual sua conceituação jurídica. Não pode a sustentabilidade ser vinculada a uma relação de custo-benefício e, principalmente, ser um argumento curinga para a descalcificação do ordenamento jurídico.

Logo o cenário que se apresenta é um cenário de problematização, interessado na dialeticidade, não em sínteses e unanimidades. Que venham as críticas...

Os autores.

AFINAL, DE QUEM É A VOZ DO DIREITO? O DISCURSO JURÍDICO ENTRE A LITERATURA E A HERMENÊUTICA

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a estudar, a partir de um cenário literário, os efeitos do movimento de uniformização de julgados no ordenamento jurídico brasileiro, procurando demonstrar a imperiosa necessidade de uma argumentação jurídica substancialmente democrática que, além do fetiche da segurança jurídica preocupe-se com a efetividade e com a eficácia das decisões jurisdicionais nos contornos do Estado Democrático de Direito, à luz dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Grosso modo, as ciências econômicas (diga-se a Economia de Mercado) tomaram de assalto o lugar nuclear da Física, dado o poder das primeiras em organizar a órbita de deslocamento, evolução e involução, das ciências “satélites”, magneticamente presas ao núcleo. Alardear que isso começou nos idos do século XVIII talvez não seja o mais correto, entretanto, com a ruína da “ameaça” socialista e a queda do Muro de Berlim, em 1989, chegou-se ao fim da História, como noticiou Fukuyama (1992). Exatamente nesse substrato que tomou forma o discurso único centrado na proposta neoliberal. Assim, esta suposta neutralidade expõe uma ideologia sem ideologia (Bonavides, 1999, p. 31), que reprime questionamentos e novas propostas, ao estilo de Santo Agostinho: “se queres entender, debes crer primeiro”. Aí reside a novidade. Por séculos, diz Warat (1985, p. 49), “Uma ideologia fundamental sempre sucede a outra, isso é tudo. O que incomoda é que vivemos em uma época especial, onde nos perdemos na lenda que acabou, sem vislumbrar a mitologia sucessora.”

De imediato, as poucas vozes que se puseram a questionar a via única do discurso foram taxadas de retrógradas, deixadas isoladas em si, por não entenderem as novas ondas do progresso. A dualidade de posições passou a ser *démodé*, incabível nos novos tempos, preocupado com custos, eficiência, externalidades... Disso não escapou o Direito. Por conveniência ideológica, o Direito tomou por norte a máxima da segurança jurídica, como se as operações

jurisdicionais fossem meros cálculos aritméticos do tipo $2 + 2 = 4$. Bem verdade que a atividade jurisdicional não pode ser um metalatifúndio decisório, no qual as sentenças variam conforme o humor da bÍlis. Isso, porém, não permite a mutação do sistema para o outro extremo, *locus* de mera gestão, alheio a qualquer juízo de cognição, bem assim da hermenêutica.

Nesse substrato, o da lógica aritmética, a jurisdição brasileira tem passado, desde a segunda metade da década de noventa do século anterior, por profundas modificações, a exemplificar: uniformização da jurisprudência; cláusulas de repercussão geral; recursos repetitivos e súmulas vinculantes, criando implicitamente a noção de que qualquer exercício hermenêutico-interpretativo é proibido. Graças a um giro lingüístico, utilizando-se da esfinge da segurança jurídica, por ora matriarca de insegurança, institucionalizou-se como naturalidade o império da previsibilidade das decisões jurisdicionais, ainda que ao arrepio da Constituição da República. É por tais razões que se utiliza de uma das célebres novelas de Dostoiévski, dentre os vários autores que romancearam o presente dilema, para demonstrar a real impossibilidade de se ter um sistema decisório neutro, aos moldes da química (Ph7), ou que estabeleça previamente os sentidos possíveis das decisões.

2. APORTES LITERÁRIOS

A literatura proporciona uma metáfora capaz de, por ela e a partir dela, falar-se do jurídico. Libera a interpretação das amarras que lhes são impostas pelo campo restrito do Direito, no qual o paraíso dos conceitos prevalece. Saindo do campo da ciência jurídica talvez seja possível uma análise real da conjuntura, do contexto vivido, da existência humana como elemento do Direito (Posner, 2009).

As linhas que se seguem não têm o condão de entender o direito através da literatura¹, em que pese à necessidade e a utilidade desta forma de pensar o

¹ O direito na literatura é uma corrente que analisa o “direito *a partir* da literatura, com base na premissa de que certos temas jurídicos encontram-se melhor formulados e elucidados em grandes obras literárias do que em tratados, manuais e compêndios especializados”. A literatura como contribuição para auxiliar na compreensão do direito e seus fenômenos. Conhecimento da literatura para o direito em razão da capacidade de elucidação e reflexão crítica de questões

jurídico. Antes, a intenção é ver o direito [no] literato, aquele que pode surgir de um devaneio, com uma licença artística, sem compromisso com os ditames, regramentos, epistemologias.

Segundo Warat (1985, p. 155), aproximar Direito e Literatura autoriza a instalação de um ambiente de fuga sadia, que procura romper com o formalismo rigoroso da Ciência Jurídica, “já que nos propõe pensar nos saberes e suas verdades sem estar na dependência de seus preconceitos, crenças e pressupostos”. É justamente neste *ethos* de interdisciplinaridade que se abandona uma tradição de proibição e obrigação, que produz no emaranhado social um excesso de dever. A fuga do real é necessária todas as vezes que o dia-a-dia se torna pesado e de difícil leitura; a prosa, a rima, são maneiras de enfrentar a realidade sem se comprometer com os rigorismos. Não trata de se

transcendentais que se colocam no campo jurídico. Desconstrução de uma ciência devidamente sistematizada pela indisciplina da literatura. Deve ser considerado sempre aquilo que poderia ter sido, para além daquilo que existe (Trindade e Gubert, 2008, p. 49-51). Confira-se, ainda: “A hipótese desenvolvida pelos estudos contemporâneos, que levam a rubrica geral de Direito e Literatura, é a de que se encontram analisados e descritos na imaginação literária, de forma mais viva do que na própria doutrina, os fundamentos da ordem jurídica, os seus mecanismos e significados simbólicos. Podemos, assim, utilizar o universo de valores e símbolos, encontrados nos textos literários, como um rico e insubstituível manancial para o processo de compreensão do sistema jurídico, de suas normas e instituições. Essa aproximação do Direito com a Literatura se realiza, principalmente, através de quatro modelos, cada qual privilegiando um aspecto dessa relação: (a) *direito da literatura*, em cada qual se analisam as questões relativas à propriedade intelectual, responsabilidade civil do escritor, liberdade de expressão, principalmente, a questões relativas a injúria, difamação e calúnia; (b) *o direito como literatura*, em que se examinam as qualidades literárias do texto jurídico, empregando para isto os métodos de crítica literária apropriados; (c) *o direito comparado da literatura*, trata-se do estudo comparativo dos métodos jurídicos e literários e literários ou o estudo da *estrutura literária do direito*; (d) *o direito na literatura*, o modo pelo qual a literatura representa a lei, a justiça, a liberdade, a propriedade, a herança, a pena, o crime, e as instituições judiciárias que asseguram a objetivação social do sistema de normas jurídicas. “Todos esses modelos demonstram como a literatura de narrações, ao tratar de problemas jurídicos, mostra como o direito não é um mecanismo voltado para dentro de si mesmo, mas um elemento da vida humana. Os textos literários têm, assim, a vantagem de apresentar as questões do direito na sua complexidade, sem preocupações dogmáticas, mas comprometidas com a realidade social objetiva. O direito é desvendado, principalmente, na sua riqueza cultural, onde o fenômeno jurídico surge em toda a sua intensidade, para além da norma positiva e, também, com elegância lingüística, qualidade esta que se torna cada vez mais desconhecida na linguagem jurídica contemporânea. “A maioria dos textos da doutrina jurídica, por sua própria natureza, tornou-se descritiva de um sistema de normas, fechado dentro de si mesmo, onde não se encontra o palpitar da vida real dos indivíduos e das comunidades. A linguagem especificamente jurídica é triste, repetitiva e recheada de longas citações doutrinárias, empregadas *ad libitum*, e que acabam sufocando a vida do direito sob o manto do argumento da autoridade” (Barretto, 2008, p. 117)

afrontar o *status quo*, mas de trazer outros elementos para suportar o formalismo do mundo que se pretende coerente das pessoas responsáveis².

Expostos os motivos pelo qual se utiliza da Literatura no Direito faz-se por bem discorrer brevemente e, naquilo que mais se aproveita para o presente artigo, sem demérito das outras passagens contidas na novela, analisar a obra “O eterno marido” de Fiódor Mikháilovitch Dostoiévski (1821-1881), editado em 1871.³

O eterno marido descreve a estória de Alexei Veltcháninov, 39 anos, aristocrata, pródigo, hipocondríaco, que naquela altura da sua vida estava envolto em um processo judicial para obtenção de uma terceira herança. Decorridos dez anos, reaparece de súbito em sua vida Pavel Pávlovitch, viúvo de Natália, a qual teve uma relação amorosa com Veltcháninov (e outros) na constância do

² “As sociedades burocráticas-autoritárias e as sociedades burocráticas-tecno-militarizadas produzem um excesso de proibições e de organização social que acaba produzindo o deterioramento do prazer. Em conseqüência, a sociedade e o Estado fundem-se em uma única mentalidade repressiva. E o negócio é tão monstruoso que, como no caso da Argentina alfonsinista, resulta muito difícil saber a quem se pode inocentar de tanto sangue derramado. “Acredito que o gesto inaugural de uma prática democrática consista no reconhecimento da legitimidade do conflito na sociedade. Entretanto, para que exista tal gesto, precisamos contar não só com governantes que a admitam, mas também com uma sociedade questionante e desmistificadora dos eufemismos donde emerge o mito da unidade; o mito de um dever uniformizado com virtualidade permanente, incapaz de acolher a fragmentação, a polifonia dos costumes, das crenças e dos desejos que fazem as experiências do mundo. Possivelmente o gesto inaugural da democracia precisa esvaziar os sistemas de proibições. É proibido intertextualmente que precisamos tirar de nós mesmos e, em conseqüência a teia de frustrações próprias que provêm dos outros. Necessitamos descartá-los como estratégia revitalizante de nossos desejos para que sejam diferenciados dos outros...[...] quando uma sociedade sente a necessidade de sair de um Estado poluído de proibições, ela deve repensar a função jurídica e estatal, passando a ver suas instituições como um lugar de produção coletiva de desejos, considerando a ordem fora de seu lugar consagrado...” (Warat, 1985, p. 26).

³ Para o presente artigo utilizou-se (Dostoiévski, 1961). No intuito de explicar a opção pelo título Dostoiévski (1961, p. 31-32), utilizando-se da voz de Veltcháninov, elucidada: “É uma dessas mulheres – pensava – que parecem ter nascido unicamente para serem espôsas infieis. Tais mulheres nunca dão um mau passo, quando solteiras: para isso, é lei da sua natureza estarem indispensavelmente casadas. O marido é o primeiro amante, mas depois do casamento, nunca antes. Ninguém se casa com mais habilidade e nem mais fàcilmente que elas. O marido é sempre culpado pelo primeiro amante. E tudo acontece com a máxima sinceridade; elas se consideram, até o fim, justas no mais alto grau e, está claro, bem inocentes. Veltcháninov estava convencido de que realmente existia êsse tipo de mulher; mas tinha também a certeza de que existia um tipo de marido correspondente ao dessas mulheres, marido cuja única destinação seria a de corresponder a êsse tipo feminino. A seu ver, o caráter essencial de semelhantes maridos consistia em serem, por assim dizer, ‘eternos maridos’, ou, dizendo melhor, serem, na vida, *únicamente* maridos e mais nada. ‘Um homem dessa espécie nasce e cresce tão-somente para se casar e, após o matrimônio, tornar-se um imediato complemento da espôsa, mesmo que possua indiscutivelmente caráter próprio. O principal indício de semelhante marido é certo ornamento. Êle não pode deixar de ser portador de chifres, como o sol não pode deixar de iluminar; êle não só ignora o fato: de acôrdo com as próprias leis da natureza, deve ignorá-lo’.”

casamento. Acompanhando Pavlovitch estava Lisa, filha de Natália com Veltcháninov, conforme descobriu o marido somente depois do passamento da esposa e, o real motivo da procura por Veltcháninov.

O marido ao reatar os laços de amizade com o ex-amante da esposa, mesmo sem dar a entender que sabe tudo o que se passou, comove Veltcháninov. Ademais, Pavlovitch encontra-se em uma situação de degeneração familiar ocasionada pela embriaguez habitual, orgias sexuais, violência e constantes ameaças de suicídio que são presenciadas pela menina enferma. Neste ambiente, o ex-amante ao tomar ciência da sua condição de pai, com a concordância de Pavlovitch, leva Lisa para tratamento com uma família na zona rural, aonde a criança vem apresentar óbito em função da sua preocupação com Pavlovitch e situação de abandono afetivo com que este deixou a menina.

De resto, o enredo continua a descreve o relacionamento entre o marido e o ex-amante da esposa, sempre marcado pela oscilação entre a amizade e a vingança. Ora Pavlovitch salva Veltcháninov e já na seqüência procura envenená-lo, somente para ter o prazer de assassiná-lo por conta própria. Assim, os personagens humanos narrados na novela ora estão em lados opostos, ora aliados na situação hipotética, um é o traído e o outro, o traidor, que coexistem e se complementam. Neste cenário, o leitor situa-se na ambigüidade narrativa apresentada pela posição valorativa de cada personagem, subvertendo, destarte, a monótona e tradicional prática literária onde a estória é contada pelo herói⁴, de forma a excluir as paixões alheias. Em suma, Dostoiévski ao escapar do tradicional modelo narrativo, cria um habitat de inclusão participativa do outro.

A esse respeito, Bakhtin (1981, p. 26) observa nos contos de Dostoiévski a polifonia dos tipos humanos. Na novela “O eterno marido”, em especial, há a voz do narrador, de Veltcháninov, de Pavlovitch, de Lisa e demais coadjuvantes, que à sua maneira, cada qual traz uma contribuição ao desenrolar do enredo. Assim, o personagem não tem sua voz vinculada a do escritor, cada personagem tem seu espaço, sua participação ativa, no sentido de construir, sobretudo, uma

⁴ Ressalte-se que, assim como o paradigma tradicional de narração o Direito difundido pelo senso comum teórico de igual forma também se sustenta na mítica da salvação pelo herói (o Estado). Ao acreditar que todas as verdades provém do Estado, censuramos a construção dialética e democrática do saber em defesa de uma fachada de objetividade, ilusória é verdade. Neste sentido recomenda-se a leitura de Rosa (2006, p. 357-382) e Warat (1984).

superação à visão monofônica, uma vez que se tem um diálogo, logo, uma pluralidade de vozes interessadas num produto final.

Por isso suas personagens não são objetos de um narrador ou de um autor, têm sim direitos. Não é por acaso o sentimento de caos, na leitura de seus romances. A partir disso, Bakhtin atribui à obra de Dostoiévski a característica de personalista, pelo fato de cada personagem ter seu espaço. Na polifonia do romance em questão, as personagens não têm distinção, ou seja, nenhuma é melhor que a outra; o que fazem é apresentar suas posições. (Reis e Gai, 2000)

No âmbito destas reflexões, é importante frisar que cada personagem tem valores. Via diálogo, cada ação é também reação, isto por que, cada nova manifestação está vinculada intrinsecamente à ação do outro, desta forma, a construção do sentido de um diálogo depende da efetiva participação do outro, sem elementos de autoridade e hierarquia. Logo, a tarefa de compreensão desenvolve-se num espaço de pré-compreensão, como quer Heidegger (1993 e 1997).⁵

3. A POLIFONIA DO DIREITO RESISTE?

Sem maiores delongas faz-se necessário, para o bom entendimento deste artigo esclarecer um ponto nuclear da proposta ora exposta. Por séculos o modo de pensar ocidental foi orientado basicamente pelos escritos aristotélicos, a maioria aglutinada por compiladores ansiosos em ordenar todos os tratados esparsos no período posterior ao declínio da cultura helênica. Pois bem, em nome da organização cometeu-se um grave e prolongado equívoco. Assim, os escritos de Aristóteles foram dispostos, a critério dos compiladores, em três disciplinas acadêmicas: lógica, física e ética. Todavia, aquilo que Aristóteles alcunhava de Filosofia Primeira, a filosofia propriamente dita, não se moldava em nenhuma das três áreas. Desta forma, todo este material foi acomodado em uma publicação apartada, a *Tà metà tà physikà* (que significa: o que está ao lado, o que vem

⁵ Vale destacar a importância das obras de Ernildo Stein e Lênio Luiz Streck (2010) e deste, também a obra Verdade e consenso (2009a).

depois da Física). Neste diapasão, tal expressão resta desprovida de conteúdo, substancialmente irrelevante. Contudo, a partir de um novo prisma, inaugurado por Heidegger para o vocábulo *metà*, entendido como “ir para um outro lugar”, aquilo que nada dizia passou a ser visto como aquilo “que se lança para fora da física”, que se move em direção do outro sujeito, resgatando algo capaz de estabelecer um contraponto à insuficiente relação sujeito-objeto (Oliveira, 2008, p. 137-138).

A importância da explicação acima exposta justifica-se pela superação da relação sujeito-objeto, sem a qual se torna deveras infrutífera a nova abordagem em torno da Teoria da Decisão, uma vez que se estaria gastando tinta com o que já foi escrito e, na prática, mostrou-se impotente frente os dilemas da convivialidade. É justamente pela procura do outro que se atribui a morte do sujeito único e, conseqüentemente da concepção unitária da verdade.

Heidegger foi quem, através da obra *Ser e Tempo* de 1927, impôs à Filosofia uma reviravolta que, inspirado em Husserl, ampliou a concepção da Hermenêutica, de modo que ela fosse vista como o compreender totalizante e universal, alicerçado na existência. Assim, o filósofo alemão através da *temporalidade* e do *mundo vivido* modificou a percepção do método e da ontologia tradicional ligada à subjetividade e aos dualismos metafísicos. Segundo Marcellino Junior (2009, p. 92) a teoria heideggeriana está voltada não mais para o ente como ente, como fazia a metafísica tradicional, ou para a redução transcendental da fenomenologia husserliana; mas sim posicionada, e desde sempre compreendida para o ser. Estabelecendo-se, portanto, um novo campo de compreensão, uma compreensão existenciária, centrada no sentido do ser, do *ser-aí*, do *Dasein* (Heidegger, 1993, p. 39). A partir desta iluminação Heidegger se desfaz dos vínculos da teoria da razão, dando origem a um movimento de compreensão e de apreensão do conhecimento. Tem-se aqui a constituição de um “giro hermenêutico” que, ao invés de indagar sobre o que se sabe, pergunta qual o modo de ser desse ser que só existe compreendendo (Sampaio, 2009, p. 67).

Com Heidegger (1997, p. 10) vê-se que:

Toda interpretação possui sua posição prévia, visão prévia e concepção prévia. No momento em que, enquanto

interpretação, se torna tarefa explícita de uma pesquisa, então o conjunto dessas 'pressuposições', que denominamos situação hermenêutica, necessita de um esclarecimento prévio que numa experiência fundamental, assegure para si o objeto a ser explicitado. Uma interpretação ontológica deve liberar o ente na constituição de seu próprio ser. Para isso, vê-se obrigada, numa primeira caracterização fenomenal a conduzir o ente tematizado a uma posição prévia pela qual se deverão ajustar todos os demais passos da análise. Estes, porém, devem ser orientados por uma possível visão prévia do modo de ser dos entes considerados. Posição prévia e visão prévia, portanto, já delineiam, simultaneamente, a conceituação (concepção prévia) para a qual se devem dirigir todas as estruturas ontológicas.

Nessa nova compreensão, Heidegger apruma o *tempo* e o *mundo vivido* no centro de sua proposta, superando a fenomenologia husserliana, detida no modelo reflexivo da mente, passa a ser vislumbrada no panorama do *ser-no-mundo-prático-existencial* (Stein, 1990, p. 15-26). Nesta seara, o tempo ganha relevância, pois respalda a hermenêutica da facticidade, que redescobre o ser e o seu sentido na *pré-sença*, tal como arremata o filósofo alemão: "A compreensão do ser é em si mesma uma determinação do ser da presença." (Heidegger, 1997, p. 38)

A revolução estava instalada, Heidegger re-situou o homem com sua finitude no mundo vivido, que não se afirma na racionalidade, em verdades absolutas, superando a relação ser-objeto para a construção da relação sujeito-sujeito imersa em um processo compreensivo-interpretativo na linguagem, agora a *morada do ser*. O homem, porém, não é apenas um ser vivo, pois, ao lado de outras faculdades, também possui a linguagem. "Ao contrário, a linguagem é a casa do ser; nela morando, o homem ex-siste enquanto pertence a verdade do ser, protegendo-a." (Heidegger, 1987, p. 68)

Influenciado por Heidegger, Gadamer (1997 e 2002) lapidou a transição entre razão epistêmica moderna e racionalidade hermenêutica, estabelecendo os alicerces de uma hermenêutica filosófica, um verdadeiro *plus* em relação à

fenomenologia hermenêutica e à hermenêutica da facticidade. Para Gadamer, importa aquilo que é comum a toda maneira de compreender, o que efetivamente incide sobre a possibilidade de compreensão, e não o método (Marcellino Junior, 2009, p. 100-101). Assim, a hermenêutica é trabalhada a partir da historicidade do ser, em face da mobilidade da vida, dada pela experiência humana de mundo que, desde sempre na linguagem, construída na vivência consubstanciada ao longo do tempo (Gadamer, 1997, p. 588-589).

Por conseguinte, compreender é um processo no qual o sujeito se inclui, no qual ocorre uma fusão de horizontes das posições pessoais de cada envolvido no acontecer hermenêutico (mediante a suspensão dos pré-juízos), que se opera em ato uno e não por partes como doutrinaram os antigos (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*). O texto, objeto por excelência da hermenêutica, proporciona a construção do sentido pelo intérprete a partir de si mesmo, de seu modo de ser e de compreender o mundo, sempre numa perspectiva linguística. Afinal, “O ser que pode ser compreendido é linguagem” (Gadamer, 1997, p. 612). Nas palavras de Streck (2009b, p. 218), em síntese, “*Hermenêutica será, assim, o ex-surgir da compreensão, a qual dependerá da facticidade e historicidade do intérprete*”, sendo que este acontecer se dá fenomenologicamente no *mundo vivido*.

Conforme Streck (2009b, p. 201), o homem é definido como existência, como poder-ser, que invade a noção de ser-no-mundo, onde o estar-aí é ser-no-mundo, o resultado da análise da mundanidade. Dito de outra forma: a compreensão do ser-aí exige uma pré-compreensão do mundo. “*O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui*”, via linguagem, a morada do ser. Assim, o processo hermenêutico-compreensivo arquitetado por Heidegger permite no próprio ser-aí, a noção de compreensão, que procura proporcionar a liberação das possibilidades de encobrimento do ser-no-mundo. Ao compreender o mundo, o homem objetiva existencialmente interpretar a si mesmo. Com isso, a hermenêutica deixa de ser vista como método para o descobrimento da verdade, para se tornar Filosofia invadida pela linguagem (Streck, 2009b, p. 222-224).

Desta forma, resta visível a essência polifônica do Direito, uma vez que, produto da vontade humana não surge de um capricho único e, mesmo que possa surgir, sua fala é o resultado de uma cadeia prévia de significantes. Tal qual a origem das espécies, o Direito não é abiogenético. Assim, em face desta inafastável cadeia de significantes o ser pensante feneceu (Rosa, 2006, p. 358), afinal:

Somos todos efeitos de um Outro que nos banhou com palavras. Somos efeito de palavra: carne, pêlo, osso e sangue alienados na linguagem, subvertidos pela linguagem, súditos, sempre impossibilitados, pela própria palavra, de atingir a essência. (Silva, 2003, p. 78)

De igual sorte, é preciso determinar que esse Outro está longe de ser o “divino”. Embora presente na convivialidade, o mito do juiz-divindade, habitante do Olimpo⁶, que lá chegou através de um concurso compreendido como um ritual de passagem, disposto a julgar o “bem *versus* o mal” não se coaduna com o paradigma de decisão jurisdicional inerente ao Estado Democrático de Direito (Rosa, 2006, p. 278-291).

Nesse sentido, o Direito não se resume a voz de um único narrador. Sua criação, interpretação, aplicação, modificação ou revogação se opera num ambiente polifônico, no qual inúmeros sujeitos fornecem, direta e/ou indiretamente suas falas, seus valores, seus ideais, comprovando a falácia criada em torno do discurso jurídico neutro. Com efeito, a ideia de conflito não deve significar um

⁶ “Nos diversos seminários de humanização da magistratura, trabalhamos os diversos efeitos perversos do lugar dos magistrados. É um lugar vivido com uma força muito especial, já que existem magistrados que vivem o lugar como se fosse o templo de alguma divindade. Este é vivido por muitos (mais do que democraticamente dever-se-ia esperar) como o Olimpo, um lugar onde pode se sentir um agregado dos deuses gregos. Eles não sabem que os templos destinados aos deuses gregos estavam sempre vazios em seu interior (inacessíveis para estranhos), nunca se encontrava nada, apenas era um culto ao inacessível. A diferença está em que os deuses gregos tinham consciência desse vazio: nossos magistrados agregados não a têm. O lugar enche os juízes de tristes arrogâncias, que se diluem na aposentadoria. Não existe maior tristeza que a de um juiz aposentado que, em toda sua vida ativa, acreditava ser agregado do Olimpo e agora, tem de passar sua inércia vital pelas gôndolas desertas de um supermercado, sendo as três da tarde um laborioso mártir.” (Warat, 2001, p. 224-225).

problema ao sistema, ao reverso, carece ser compreendido como insumo para o seu sentido democrático.⁷

De posse de tais argumentos desfaz-se a tradicional e mítica noção de segurança jurídica, influenciada pela Filosofia da Consciência e estruturada nos institutos da verdade, da *ratio essendi* da lei, a *mens legis*, a *mens legislatoris*... O sentido deixa de ser elemento de reprodução interpretativa, para se apresentar como abertura linguística a partir de um projeto que relativiza todas as verdades absolutas em nome de probabilidades.

Contudo, o discurso jurídico mantém-se alheio a toda esta virada, resistindo à guinada linguística. Reproduz-se no século XXI, ainda, como há setecentos anos, a técnica da glosa, “apurada para sacar a palavra e lhe emprestar sentido, manejando retoricamente e na medida certa, falsas noções claras: equidade, natureza das coisas, verdade, interesse público, vontade geral, justiça, etc” (Rosa e Linhares, 2009, p. 25). Assim, apesar de toda esta revolução filosófica, a transmissão do saber jurídico orienta à manipulação e sacralização do poder estabelecido.⁸

Essa compreensão se materializa com a uniformização da jurisprudência; cláusulas de repercussão geral; recursos repetitivos e súmulas vinculantes. O objetivo é claro, atesta Marcellino Junior (2009, p. 107): uniformizar e padronizar a-criticamente e de modo irrefletido o sentido da norma dentro do *establisment* jurídico, atribuindo ao aparato judiciário (juízes, promotores, advogados, etc.) a atuação como mera engrenagem de uma linha de produção fordista, a repetir sábias, pacíficas e remansosas ordens, mediante um poder de violência simbólico (Bordieu, 1989, p. 07).

⁷ Nas lições de Luis Alberto Warat (1994, p. 22), o conflito tem função positiva em uma sociedade democrática: “É pouco plausível o uso do Direito como formador do sentido democrático de uma sociedade, se o mesmo não admite o valor positivo do conflito, se escamoteia, em nome de uma igualdade formal e perfeita, as desigualdades econômicas e culturais, se esquece que a lei é sempre expressão de interesses e de práticas do poder. [...] O sistema de representações expressas pela ideia do Estado de Direito, visto como uma utopia perfeita, torna-se ineficiente na medida em que fecha as práticas feitas em seu nome a todo desenvolvimento produtivo dos antagonismos sociais. Assim, fracassa como expressão jurídica da democracia negando-se a reconhecer que os sentidos da lei não existem como formas perfeitas de uma escrita e nem como momento dialético de múltiplos campos de luta.”

⁸ Pode-se exemplificar tal afirmação com a transcrição do pensamento de Sérgio Pinto Martins (2006, p. 315 e 362), para o qual “A confissão é considerada a rainha das provas”, ainda, e “a

Essa é a moda do momento. Claro que se pode negar qualquer impacto da moda. Mas isto seria desconsiderar o que se passa, talvez se acreditando demais nas convicções. A hermenêutica *tradicional* continua atuando com noções que não fazem mais sentido do ponto de vista hermenêutico, mas que estão na moda⁹.

Pode-se dizer que se vive a era do “realismo jurídico tropical” em que a lógica que preside este modelo é a dos informativos etiquetados com as grifes com durabilidade efêmera, de uma semana. Até a próxima semana não se sabe, de fato, o que pode ter mudado. O aumento da velocidade constante impede, de igual sorte, a possibilidade de reflexão. Os informativos são uma espécie de adição, de vício, dos jogados na inautenticidade. A última edição da interpretação (sic) ocupa o lugar da última versão da moda. E como a maioria não quer aparentar estar *out*, o sentido altera-se automaticamente. O paraíso da funcionalidade impede que as reflexões se postem de maneira constante, dada a fragmentação do momento.

O produto – verbete – nesta nova economia simbólica do Judiciário desde antes e pelo sujeito. Não lhe concede, ademais, espaço para dizer o contrário. O argumento de autoridade toma o lugar da reflexão, impondo o sentido aparentemente estático e paradoxalmente cambiante.

Joga-se, assim, de um lado com a premência de estar *in* e, de outro, com a irracionalidade do mercado consumidor. O Judiciário acabou, pois, transformando-se no cenário próximo ao da moda. As decisões judiciais deixaram de dizer o caso. Elas passaram a ser produzidas para serem vistas. O computador e a internet propiciaram uma vitrine para as decisões judiciais. Reproduzem-se como metâmeros. De um lado orquestradas pelos órgãos de cúpula e na lógica da Orquestra Judicial, espriam-se como um sinfonia única para toda a estrutura jurisdicional. Há uma compulsão por admirar, copiar e legitimar quem nos conduz. A decisão judicial, pois, está vestida com as roupas da última coleção e garantida pela grife STF ou STJ.

sentença não é um diálogo entre o juiz e a parte.” assim como no período da “Santa” Inquisição, em flagrante desconsideração aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

⁹ A comparação entre decisão judicial e moda deve-se a Rosa (2011, p. 100-107).

Infelizmente, tais práticas impedem a polifonia do Direito e do discurso jurídico. Neste cenário de prevalência da filosofia da consciência, enclausurada na relação sujeito-objeto, a produção do Direito se dá ao modo liberal-individualista-normativista, ligado umbilicalmente à procura de uma verdade sacralizada representada pela divisa “*It’s the law*”. Com isso o Direito como fruto de um monólogo, abastece um modo de exclusão de uma minoria [progressivamente seletiva] para a maioria, sem voz e vez que, à luz das artes cênicas não se encaixa nem como coadjuvante, talvez mera figuração. O sujeito, como bem discorre Melman (2003, p. 39), “perdeu o lugar de onde podia fazer oposição, de onde podia dizer ‘Não! Não quero!’, de onde podia se insurgir: ‘as condições que me são apresentadas não são aceitáveis, não concordo’”, falta notadamente um lugar para o debate, o que é pior: até mesmo no Judiciário, tradicional recinto de diálogo.

Em busca de celeridade, eficiência, economia processual e afins, a fundamentação [compulsória] das decisões assume uma posição de obediência hierárquica, mesmo que flagrantemente inconstitucional¹⁰, tal como as Súmulas Vinculantes 4, 5 e 10 do STF. Neste plano, o modo de tomada de decisões escapa do tradicional modelo de ato de conhecimento, para ser ato de hierarquia funcional (Staffen, 2010, p. 19), sem se espriar em uma tentativa de compreensão, de des-velamento. Portanto, falta à decisão o desenvolvimento do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari, 2006) que, à luz da Física possui força centrípeta apta a reunir todas as vozes dos destinatários do ato final no bojo do processo, de forma que o Direito seja polifônico e a decisão resultado da interação argumentativa dos destinatários do ato final.

A decisão equipara-se ao que Veyne indica como um ‘evento semântico’, um acontecer no tempo, espaço e lugar, no qual ocorre um acertamento de significantes, sendo preciso uma certa congruência narrativa, movida por condicionantes (in)conscientes materializados no ato decisório, seu limite temporal. (Rosa, 2006, p. 375)

¹⁰ Para Magalhães (2000, p. 04): “É necessário que tenhamos consciência da riqueza de nosso sistema para que possamos preservá-lo das constantes tentativas autoritárias representadas, para nós, pelo fortalecimento do controle concentrado até a eliminação do controle difuso, além de outras tentativas extremamente autoritárias como a súmula vinculante, que representa o fim do Judiciário e a desumanização do processo.”

Por essas razões, e na constância do Estado Democrático de Direito faz-se imperioso construir um espaço concreto de Democracia substancial, além das doutrinas de vanguarda, na qual os sujeitos possam cooperar no processo dialético de tomada de decisões, manifestando suas preferências pessoais, escolhas, valores, gostos – “o que é inerente ao modo próprio do ser-no-mundo de cada pessoa”¹¹. A Democracia não se exaure em mero procedimento ou na ideia “um homem, um voto”. E, por isso, a necessidade de se pôr em xeque a onda de padronização acrítica do pensamento via discurso único, preocupado eminentemente com questões de hierarquia.

4. À GUIA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS...

Que se decide se decide. A questão é saber sobre que fundamento se está decidindo, já deixou registrado Rosa (2010, p. 126). Bem verdade que o ato decisório não decorre de uma iluminação divina ou alinhamento cósmico, de igual forma não é fruto de uma verdade real. A decisão carece ser realizada em um processo como procedimento em contraditório onde, para cada destinatário do ato final seja facultado o direito de se manifestar, expor seus argumentos em simetria de oportunidades de persuasão, ainda que não se aceite o relativismo decisório, muito menos a tradição de uma democracia, especialmente de ordem constitucional.

Feita está consideração, é evidente que o Direito em sua essência é polifônico, especialmente no paradigma de um Estado Democrático de Direito. Tal qual a novela de Dostoiévski, cada parte tem a garantia de apresentar suas razões de forma que a compreensão envolva a pré-compreensão e o desvelamento do ser-aí. A edição de Súmulas Vinculantes e demais instrumentos de uniformização de julgados não estão alheios ao ordenamento jurídico e a

¹¹ Isso “não quer dizer, sob hipótese alguma, que não possa haver condições de verificação sobre a correção ou veracidade acerca de cada decisão que for tomada pelo sujeito-intérprete.” (Streck, 2009c, p. 22).

Constituição da República, é evidente¹². Noutras palavras, o enunciado de Súmula Vinculante não pode representar um “sequestro de temporalidade” (Streck, 2005, p. 154) do caso que aguarda julgamento.

Uma democracia constitucional não pode tolerar que a pessoa investida do poder de decisão jurisdicional materialize-se na figura [sur]real de Pavel Pávlovitch, o eterno marido, aquele que foi nomeado para ser traído, e mesmo ciente da sua condição não procura alterar o *status quo*. Seus votos de fidelidade o impedem de se desvencilhar das amarras dos glosadores, da Filosofia da Consciência e, principalmente, dos argumentos de autoridade hierárquica emanados pelos Tribunais superiores e pelo Conselho Nacional de Justiça. Neste cenário, o sujeito transformado no eterno marido não consegue e não está autorizado hierarquicamente a reconhecer a polifonia do direito, pois, em nome da segurança jurídica as decisões são produzidas em série, utilizando-se do modelo industrial fordista como referencial da eficiência, no qual os fins justificam os meios.

É preciso à luz dos Direitos e Garantias Fundamentais vislumbrar no juiz “tipo eterno marido” além da figura de traído a aptidão para traidor das promessas do Estado Democrático de Direito consubstanciadas na Constituição, ainda que sem se dar conta. E nesta quadra que reside o perigo. O movimento de uniformização de julgados carece ser debatido horizontalmente, sem intervenções verticalizadas, sob pena de se restaurar no juiz a consciência de Eichmann (Arendt, 1999) que, em face da ausência de objeção executou ordens hediondas contra a humanidade na crença de estar fazendo o certo. Tais colocações apresentam, todavia, um paradoxo existencial. Em uma tirania, como a nazi-fascista, admite-se, ainda, com a ruína do regime a escusa de consciência ante a violência e o descontrolo do poder, porém qual a desculpa a ser dada no paradigma democrático no qual cada sujeito é solidário dos efeitos das ações executadas?

¹² Ainda com base na teoria do ordenamento jurídico importa assinalar que: “Em suma, a partir do momento em que uma súmula ganha força vinculante, transforma-se, ela mesma, num texto normativo subordinado, que depende, para ser aplicado, de entrar novamente no jogo de interpretação/aplicação, no conjunto de normas aplicáveis *prima facie* ao caso concreto, devendo ser interpretada e somente ser aplicada se for o caso de ser adequada à solução do caso concretamente reclamada.” (Paula e Coura, 2009, p. 17)

Por tudo isso, qual o limite da felicidade do operador jurídico adstrito aos códigos, criado nas linhas dos manuais, resumos jurídicos e afins...? Decide e obedece ordens, cumpre metas, não reconhece que é traído e/ou traidor, não entende que o Direito é polifônico. Com efeito, o que importa é reestabelecer um espaço democrático-participativo de inclusão no processo legislativo e jurisdicional brasileiro aberto a todas as vozes da sociedade, no qual cada sujeito destinatário do ato decisório possa apresentar suas considerações em simétrica paridade, fundamentando-se na tradição autêntica de uma democracia ainda em construção. Está-se, pois entre traídos e traidores, embora os primeiros não saibam de sua situação e, muitas vezes, nem queiram saber.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDDT, H. 1999. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 344 p.
- BAKHTIN, M. 1981. *Problemas da poética de Dostoiévski*. Trad. Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 366 p.
- BARRETTO, V. P. 2008. *Philia, autocracia e legitimidade*. In: A. K. TRINDADE; R. M. GUBERT; A. COPETTI NETO. *Direito & literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 117-132.
- BONAVIDES, P. 1999. *Do país constitucional ao país neoliberal*. São Paulo: Malheiros, 187 p.
- BOURDIEU, P. 1989. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 361 p.
- COPETTI NETO, A.; MACHADO, F. D. A. 2009. A hermenêutica jurídica em defesa da civilização: uma contraposição à barbárie teológica dos tribunais. In: F. D. A. MACHADO; M. A. C. OLIVEIRA (Orgs.). *Constituição e processo. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, p. 183-196.
- DOSTOIÉVSKI, F. M. 1961. *O eterno marido e várias novelas*. Trad. Boris Schnaiderman. Rio de Janeiro: José Olympio, 489 p.
- FAZZALARI, E. 2006. *Instituições de direito processual*. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 780 p.

- FUKUYAMA, F. 1992. *O fim da história e o último homem*. Trad. Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 382 p.
- GADAMER, H. G. 1997. *Verdade e método I*. Trad. Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 731 p.
- GADAMER, H. G. 2002. *Verdade e método II*. Trad. Enio Paulo Gichini. Petrópolis: Vozes, 621 p.
- HEIDEGGER, M. 1987. *Carta sobre o humanismo*. Lisboa: Guimarães Editores, 93 p.
- HEIDEGGER, M. 1993. *Ser e tempo. Parte I*. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 598 p.
- HEIDEGGER, M. 1997. *Ser e tempo. Parte II*. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 532 p.
- MAGALHÃES, J. L. Q. 2000. Reforma do Judiciário. *Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG*. 2 (12): 04.
- MARCELLINO JUNIOR, J. C. 2009. *O princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 271 p.
- MARTINS, S. P. 2006. *Direito processual do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 715 p.
- MELMAN, C. 2003. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço*. Entrevistas por Jean Pierre Lebrun. Trad. Sandra Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 211 p.
- OLIVEIRA, R. T. 2008. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 248 p.
- PAULA, R. F.; COURA, A. C. 2009. Súmulas vinculantes: limites e possibilidades de sua aplicação à luz de uma teoria discursiva da argumentação no âmbito da hermenêutica jurídica e da jurisdição constitucional. In: E. C. A. BUSSINGER (Org.). *Pesquisas em direitos humanos*. Florianópolis/Vitória: Fundação Boiteux/FDV, p. 15-18.
- POSNER, R. A. 2009. *Law and literature*. 3. ed. Cambridge/London: Harvard University Press, 2009, 570 p.

- REIS, C. I.; GAI, T. P. 2010. *A constituição das personagens em o eterno marido, de Dostoiévski: um aspecto importante para a experiência narrativa*. Disponível em: <http://www.alb.com.br/anais17>. Acesso em 01/08/2010.
- ROSA, A. M. 2011. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 114 p.
- ROSA, A. M. 2010. Quando se fala de juiz no novo CPP de que juiz se fala? In: J. N. M. COUTINHO; L. G. G. C. CARVALHO. *O novo processo penal à luz da constituição* (análise crítica do projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 125-129.
- ROSA, A. M.; LINHARES, J. M. A. 2009. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 275 p.
- ROSA, A. M. 2006. *Decisão penal: bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 412 p.
- SAMPAIO, J. A. L. 2009. Hermenêutica e distanciamento: uma narrativa historiográfica. In: F. D. A. MACHADO; M. A. C. OLIVEIRA. *Constituição e processo*. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, p. 57-80.
- SILVA, C. M. 2003. *Entre autos e mundos*. Belo Horizonte: DelRey, 245 p.
- STAFFEN, M. R.; CADEMARTORI, D. M. L. 2010. A função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: aproximações entre Elio Fazzalari e Jürgen Habermas. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça – Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS* 4 (12): 235-246.
- STAFFEN, M. R.. 2010. Sobre a analogia em Richard Posner. *Carta Forense*. 7 (88): 19.
- STEIN, E. 1990. *Seis estudos sobre “Ser e Tempo”*. Petrópolis: Vozes, 149 p.
- STEIN, E.; STRECK, L. L. 2010. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 191 p.
- STRECK, L. L. 2009a. *Verdade e consenso*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 593 p.
- STRECK, L. L. 2009b. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 388 p.

STRECK, L. L. 2009c. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *In*: F. D. A. MACHADO; M. A. C. OLIVEIRA. *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, p. 03-28.

STRECK, L. L.. 2005. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional – da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário (EC 45/04). *In*: W. M. AGRA (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, p. 395-433.

TRINDADE, A. K.; GUBERT, R. M. 2008. Direito e Literatura: aproximação e perspectivas para se repensar o direito. *In*: A. K. TRINDADE; R. M. GUBERT. *Direito & literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 07-09.

WARAT, L. A. 1984. *Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Trad. José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 392 p.

WARAT, L. A. 1985. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: FISCS, 199 p.

WARAT, L. A. 2001. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 278 p.

COMO INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO? NOTA AOS JUIZADOS ESPECIAIS¹³

Márcio Ricardo Staffen

“Quem possui o monopólio do poder não tem apenas suficiente poder para impor a justiça; ele também possui suficiente poder para recusá-la”

Otfried Höffe

1. NOTA INTRODUTÓRIA

Este texto foi pensado a partir de um objetivo muito simples: avaliar um modo seguro de interpretar a Constituição, em meio ao *faroeste jurídico* decorrente do solipsismo judicial, no qual cada um atira para um lado, como construção efetiva do constitucionalismo, focado, especificamente, no sistema dos Juizados Especiais.

Há inegavelmente no atual cenário jurisdicional forte preocupação no que diz respeito ao espraiamento dos poderes do juiz e, sobre o modo pelo qual se decide. Não faz mais sentido, se é que um dia fez, pensar na decisão como algo revelado, proveniente de um poder divino, sobrenatural ou da consciência do julgador. De igual forma, decidir não pode ser ato de vontade. A democracia e o

¹³ Artigo desenvolvido no âmbito do Projeto de Pesquisa CNJ Acadêmico: “Juizados Especiais, Turmas Recursais e Turmas de Uniformização da Justiça Federal”. Com fomento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Estado Constitucional reclamam para sua manutenção um controle rígido das decisões proferidas. Se a Constituição é um documento misterioso, como atesta John Paul Stevens, necessita-se abrir clareiras interpretativas para sua interpretação. Para tanto, analisa-se o constitucionalismo como senda deste objetivo, direcionada no presente texto ao cenário dos Juizados Especiais. Este é o propósito que se principia pelo resgate dos pressupostos da Constituição e do constitucionalismo.

Para tanto, a análise do processo de construção do constitucionalismo e, conseqüentemente, das Constituições importa como marco fundamental aos limites de interpretação e aplicação da Constituição no sistema dos Juizados Especiais. Sem a noção de limitação de poderes e empoderamento dos indivíduos pela Constituição estar-se-á pactuando que impera como palavra final a palavra do juiz, não da Constituição.

2. A CONSTITUIÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

Tradicionalmente, a ideia de constitucionalismo designa, conforme anota Santi Romano, “as instituições e os princípios que são adotados pela maioria dos Estados que, a partir dos fins do século XVIII, têm um governo que, em contraposição àquele absoluto, se diz ‘constitucional’”¹⁴. Prescreve, de igual sorte Jorge Miranda, para quem o constitucionalismo não pode ser compreendido “senão integrado com as grandes correntes filosóficas, ideológicas e sociais dos Séculos XVIII e XIX – traduz exactamente certa ideia de Direito, a ideia de Direito liberal.”¹⁵

Todavia, faz-se imperioso observar que a gênese do constitucionalismo não se resume tão-somente nos movimentos revolucionários liberais¹⁶, ou anti-

¹⁴ ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 42.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 17.

¹⁶ Neste ponto, observa-se uma divergência com os ensinamentos de Dieter Grimm, para quem o constitucionalismo surge “Sólo con las revoluciones del siglo XVIII en Norteamérica y Francia, que abolieron por la fuerza la soberanía hereditaria y erigieron una nueva sobre la base de la planificación racional y la determinación escrita del derecho [...]” GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina.

absolutistas, tal como a Revolução Inglesa, a Independência americana ou a Revolução Francesa¹⁷. O movimento constitucional do qual se origina a constituição em sentido moderno, possui várias vertentes localizadas em marcos temporais diacrônicos e em espaços históricos, geográficos e culturais distintos¹⁸. Sendo assim, o discurso deve, portanto, começar a partir do “constitucionalismo dos antigos”, tentando compreender os significados que ele assume no desenvolvimento histórico dos acontecimentos que levaram à sua formação. Ademais, é justamente com este paradigma que se habilita o diálogo comparativo em torno do(s) constitucionalismo(s) moderno(s).

A partir de Maurizio Fioravanti¹⁹ e Gomes Canotilho²⁰ é possível compreender o percurso histórico iniciado pelo constitucionalismo ainda na cultura grega, sem o qual, os signos essenciais do constitucionalismo moderno talvez não se fizessem presentes. Para Maurizio Fioravanti, o marco inicial do movimento constitucional advém da antiga busca por uma forma de governo tutora da unidade, do equilíbrio e da indivisibilidade da sociedade e dos poderes públicos²¹. É justamente em solo grego que, em meio às oscilações entre a primazia absoluta da assembleia de todos os cidadãos atenienses e a

Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muños de Baena Simon. Madrid: Trotta, 2006, p. 27-28.

¹⁷ O substantivo constitucionalismo carece de uma compreensão plural. Não há que se falar em constitucionalismo, mas sim em vários constitucionalismos (constitucionalismo inglês, constitucionalismo americano, constitucionalismo francês, etc...). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51.

¹⁸ Por constituição moderna “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”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 51-52.

¹⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

²⁰ A partir de Canotilho “fala-se em *constitucionalismo moderno* para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado *constitucionalismo antigo*, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 52.

²¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 17.

concentração tirânica do poder²² que germina o ideal de um poder razoável e equilibrado²³.

Com Platão surge a máxima de “*ciencia regia*”, a qual não pretende de nenhuma maneira exaltar os poderes pessoais do mandante, o que autorizaria a arbitrariedade e o despotismo dos governantes e das maiorias. Ao reverso, busca construir uma forma de governo ideal, capaz de dar respostas adequadas, guiadas por regras abstratas e pré-constituídas²⁴. Parece evidente para Maurizio Fioravanti que a “*ciencia regia*” e o “governo das leis” não são outra coisa que fórmulas pelas quais se inscrevem as mesmas exigências materializadas em uma constituição estável, solidamente fundada, “puesta más allá de las transitorias formas de la política y, en particular, de la forma política por esencia más instable, que és ciertamente la democrática.”²⁵

Aristóteles²⁶, por sua vez, partindo deste substrato, vaticina que toda forma de governo fundado sobre um único poder é instável. Em favor do equilíbrio almejado, Aristóteles defende uma constituição (*politeia*) mista que se articula com outros centros de poder (sociedade, pobres, ricos, magistrados, etc.). Com isso, dá origem a ideia de equilíbrio e contrapeso entre os poderes. A dicção de

²² “El error de la democracia fue el de apartarse cada vez más de aquel modelo, el de romper el equilibrio. Al apelar a la igualdad absoluta, la democracia ateniense enfermó de demagogia, y terminó, por expresar una constitución parcial e inestable, que inevitablemente la llevó, en fin, a la tiranía.” FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 24. Acerca desta linha tênue que percorre a democracia e o constitucionalismo recomenda-se a leitura de ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Estudio introductorio de Alejandro Herrera M. Ciudad del México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 1999. Sobre a cultura da democracia na sociedade grega sugere-se: MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Florianópolis: Conceito, 2010.

²³ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 25: “En el siglo IV, con Platón y Aristóteles, nace una reflexión sobre la política que está seguramente animada por fuertes ideales constitucionales. Sobre la presencia de tales ideales no parece haber ninguna duda. Tanto Platón como Aristóteles, especialmente el segundo, contraponen con claridad el régimen político que nace de una instauración violenta, y que como tal termina inevitablemente por degenerar en la tiranía [...]”.

²⁴ PLATÃO. **O político**. Tradução de Carmem Isabel Leal Soares. São Paulo: Círculo de Leitores, 2008, 291d-297b. Mirando seu contexto político-social Platão determina que uma constituição que tenha uma origem violenta está condenada a decair na sequência. Assim, para que uma constituição seja verdadeiramente estável e que produza unidade política, alcunhada por ele como “uma boa constituição política”, é necessário cuidado em sua origem. Para tanto, a constituição [pressu]posta não deve jamais ser a constituição dos vencedores ou estar maculada pela violência da sua criação.

²⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 21.

Aristóteles produziu efeitos diretos para a organização dos poderes em Roma, a qual repetiu a divisa do equilíbrio entre os cônsules, o senado e as assembleias populares.²⁷

Feito este esboço historiográfico, faz-se por bem advertir que, muito embora houvesse uma busca por ordenação política e social, as constituições dos antigos, contribuíram exclusivamente com argumentos filosóficos, do tipo virtude e equidade, ao constitucionalismo dos modernos. Além destes não existem signos de conexão direta entre os modelos antigos e modernos de constitucionalismo²⁸. Tanto na tradição grega quanto na romana faltavam àquelas constituições elementos de ordem jurídica (cogente), caractere fundante das constituições modernas²⁹. Consoante o magistério de Maurizio Fioravanti “Los antiguos no tenían ninguna «soberanía» que limitar ni, sobre todo, habían pensado jamás en la constitución como norma, la norma que en el tiempo moderno sería llamada a separar los poderes y a garantizar los derechos.”³⁰

Enquanto o constitucionalismo dos antigos pode ser compreendido como uma ordem política ideal, o período histórico que sucede, o medievo, tem um modelo constitucional fundamentado na ordem jurídica dada, de cunho protecionista do *status quo*. Por isso, a Idade Média desenha-se como o período em que o discurso sobre a constituição deixa de centrar-se exclusivamente no

²⁶ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 15. ed. São Paulo: Escala, 19[___], p. 130-204.

²⁷ É preciso observar que a “*res publica*” de Cícero é um grande projeto de conciliação social e política, que convoca todas as forças para disciplinar-se, com estabilidade e equilíbrio. CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. Tradução de Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 19[___].

²⁸ Embora Maurizio Fioravanti não concorde com a busca por raízes do constitucionalismo moderno no antigo (p. 30), sustenta que: “Los antiguos, entonces, dejan de herencia los tiempos sucesivos esta gran Idea: que una comunidad política tiene una forma ordenada y duradera, en concreto una constitución, si no está dominada unilateralmente por un principio político absolutamente preferente; si las partes que la componen tienen la capacidad de disciplinarse; si, en definitiva, su vida concreta no es mero desarrollo de las aspiraciones de los vencedores.” FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 31.

²⁹ Não obstante a divergência com a teoria de Dieter Grimm acerca das origens do constitucionalismo moderno, é preciso, neste íterim, concordar que “Cualquier comunidad posee una constitución en sentido empírico. La constitución en sentido normativo es un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII que, tras derribar el poder estatal monárquico, tradicional y autolegitimado, se hallaban ante la tarea de erigir un poder nuevo y legítimo.” GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. p. 28.

³⁰ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 29-30.

campo político e moral, de aperfeiçoamento do homem através da experiência da participação política para inaugurar um discurso jurídico que nasce da prática social. Neste contexto, a ideia de constituição medieval vincula-se a noção de regras, limites, pactos e contratos de equilíbrio. Destarte, o constitucionalismo medieval destina-se prioritariamente à disciplina da legitimação do poder, posto que, preso ao modelo de constituição mista.³¹

Ainda que o surgimento do Estado Moderno, no século XIV, esteja vinculado a uma série de circunstâncias científicas (Renascimento), econômicas (Capitalismo), religiosas (Cisma) e políticas, para o presente estudo marco fundamental diz respeito à soberania, a qual: representa a autonomia do Estado, de forma que sua autoridade não depende de qualquer outra³²; extingui com o antigo paradigma de constituição mista; e, lança as bases do absolutismo. Diante deste cenário, a unidade do poder soberano³³ coincide com sua indivisibilidade. Entretanto, o poder soberano não é um poder [teoricamente] ilimitado³⁴. De fato é um poder que por sua natureza escapa de controle e contrapesos por parte dos outros poderes.³⁵

Patente que este trânsito de uma constituição mista, pautada pela dimensão de pluralidade, de partes distintas, de intercâmbio e de tratados, para um regime regido pelo absolutismo não aconteceu pacificamente. O primeiro embate surge na Inglaterra, a partir dos episódios de 1642. Evidente que uma sociedade fundamentalmente consuetudinária não relegaria séculos de tradição em favor de uma nova construção teórica de Estado. Por outro lado, o modelo soberano e absoluto de Estado havia conseguido adeptos. Todo esse processo

³¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 38.

³² BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** – “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 42.

³³ Muito embora seja o substrato primeiro do absolutismo, essa unidade do poder soberano é de fundamental importância para o constitucionalismo moderno que “[...] se distingue por la pretensión de regular el poder político de manera completa y unitária, en función de su realización y el modo de su ejercicio, mediante una ley situada por encima del resto de las normas.” GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. p. 50.

³⁴ Por mais risível que possa parecer (se analisado a partir da Filosofia da Linguagem), Thomas Hobbes, limita o poder do soberano na persecução do bem comum e na segurança do povo, devendo prestar contas com o Criador. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 244.

efervescente descortinou um novo panorama, e com ele uma situação embaraçosa: a incompatibilidade de uma constituição mista com um modelo soberano e absoluto de Estado.

É justamente neste cenário decisivo que nasce o constitucionalismo moderno³⁶, embora Dieter Grimm não corrobore deste entendimento³⁷. A guerra civil instalada obrigava a adoção de medidas radicais. Não só estavam os que, como Thomas Hobbes, pensavam que a saída da guerra civil residia única e exclusivamente na adoção de um poder soberano e indivisível. Noutro lado estavam aqueles que advogavam a construção de uma relação necessária entre os cidadãos e os poderes públicos, sobretudo os representativos, como o legislativo, o qual teria a necessidade, para ser forte e estável, de reconstruir uma ordem constitucional equilibrada e contrapesada³⁸, capaz de representar de maneira razoável e duradora o conjunto de cidadãos ingleses.³⁹ Pelos traços desenhados por James Harrington⁴⁰ desejosos de uma sociedade civil de indivíduos independentes, de uma sociedade política que nascesse de eleições livres, com base individual, cria-se um governo misto (representativo) e uma constituição soberana, que obriga a todos indistintamente.

³⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 70.

³⁶ Vaticina com certeza Maurizio Fioravanti que o advento do constitucionalismo moderno se dá na Inglaterra, em meio aos episódios da Revolução Inglesa. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 86.

³⁷ Na opinião de Dieter Grimm, a gênese do constitucionalismo moderno pressupõe: ser uma pretensão dos mais débeis; uma ruptura revolucionária; e a separação entre Estado e Sociedade Civil. Neste diapasão, para o constitucionalista alemão, a Revolução Inglesa, se comparada com a Independência Americana e a Revolução Francesa, não se caracteriza como o berço do constitucionalismo moderno por não ter realizado uma ruptura abrupta do *status quo*, isto porque não houve a derrocada do poder tradicional (monárquico) para a construção de um novo modelo. Além disso, a seu ver, faltava à Revolução Inglesa uma constituição formal. Razões estas que impedem o reconhecimento, a seu juízo, do nascedouro do constitucionalismo moderno na Inglaterra. GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. p. 50-64. Todavia, a proposição de Dieter Grimm fenece na defesa formulada por Gustavo Zagrebelsky, para quem o constitucionalismo e o Estado de Direito liberal possuem como valor básico a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos. ZAGREBELSY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 21.

³⁸ Ideia dos *checks and balances* decorre diretamente dos escritos políticos de Henry St. John Bolingbroke, os quais deram signo distintivo ao constitucionalismo inglês e em muito fundamentaram a teorização de Montesquieu.

³⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. p. 86.

⁴⁰ HARRINGTON, James. **The commonwealth of oceana y a system of politics**. Disponível em: <http://www.loc.gov/topics/government.php>. Acesso em: 05 mar. 2011.

Evidente que este esforço histórico aliado as manifestações teóricas contratualistas⁴¹ acerca do Estado e do Poder, combinados com os processos revolucionários liberais (Independência Americana e Revolução Francesa) atribuem sentido à categoria constitucionalismo moderno. Nos dizeres de Gomes Canotilho constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à tutela dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma Sociedade. “Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*.”⁴²

Juridicamente, o termo constitucionalismo significa um complexo de instituições e de princípios que, essencialmente teoriza a separação de poderes e a garantia dos Direitos Fundamentais do homem em contraposição ao absolutismo de outrora⁴³. Segundo Maurizio Oliviero⁴⁴, o constitucionalismo, como produto de um processo dialético insere no texto constitucional de um lado, aspectos de teoria política e jurídica e, por outro lado, características ideológicas e técnicas. A consequência destes caracteres legitima as ações das instituições provendo-as com uma forma jurídica.

Para Giuseppe Morbidelli, o constitucionalismo moderno (que se diferencia do constitucionalismo da idade clássica e do período medieval, atento

⁴¹ Neste momento, a partir de Nicola Matteucci é preciso dar crédito à proposta de John Locke (1632-1704), responsável por oferecer um fundamento teórico mais sólido ao constitucionalismo inglês e, por converter este modelo constitucional como paradigma de organização do poder civil para toda a Europa. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Presentación de Bartolomé Clavero. Madrid: Trotta, 1998, p. 128.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 51.

⁴³ No plano da Filosofia, “o constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que os acompanhou, com o triunfo dos valores humanistas e na crença do poder da razão. Nesse ambiente, modifica-se a qualidade da relação entre o indivíduo e o poder, com o reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição humana, independentes de outorga por parte do Estado.” BARROSO, Luis Roberto. **Constituição**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006, p. 146. Em muito contribui Immanuel Kant para esse processo de esclarecimento: “Ninguém me pode constranger a ser feliz à sua maneira (como ele concebe o bem-estar dos outros homens), mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parece boa, contanto que não cause dano à liberdade de os outros aspirarem a um fim semelhante e que pode coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível.” KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: sem menção de editora, 1988, p. 75.

⁴⁴ OLIVIERO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Maghreb. Con traduzione dei testi vigente, prefazione di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003, p. 01.

somente as diretrizes de como se governar), surge de uma série de núcleos fortes: a separação dos poderes; as declarações de direitos; a constituição escrita⁴⁵ e fundante; seu valor de norma jurídica; o Estado de Direito; o poder constituinte; o controle de constitucionalidade; a supremacia jurídica da Constituição e, por último, mas não menos importante, a tutela dos direitos sociais⁴⁶. Por conseguinte, enquanto no paradigma medieval o conceito de constituição estava adstrito ao âmbito do *ser*, em câmbio, as constituições modernas fixam exigências de como *deveria ser* a organização e o exercício do poder estatal⁴⁷, bem como sua relação com os indivíduos, através de uma força normativa cogente.

Em síntese, nos dizeres de Gomes Canotilho, adotando as influências históricas e o pensamento liberal-contratualista, o constitucionalismo moderno materializa-se de modo a “ordenar, fundar e limitar o poder político”, e “reconhecer e garantir os direitos e liberdades dos indivíduos”. Com isso, os pilares principais do constitucionalismo moderno situam-se na “fundação e legitimação do poder político” e na “constitucionalização das liberdades”.⁴⁸

Em que pesem todo este processo histórico evolutivo maturado na modernidade, é a partir da primeira metade do século XX (1920-1930) que nasce uma teoria da constituição propriamente dita. Hermann Heller, Carl Schmitt⁴⁹ e

⁴⁵ Ressalte-se que, como se está a trabalhar com uma variedade de constitucionalismos este não seria o caso do constitucionalismo inglês. Conforme elucida Matteucci uma constituição escrita é necessária pela maior confiança que supõe: “El segundo carácter se refiere a la función: se quiere una constitución escrita no sólo para impedir un gobierno arbitrario e instaurar un gobierno limitado, sino para garantizar los derechos de los ciudadanos y para impedir que el Estado los viole.” MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. p. 25.

⁴⁶ MORBIDELLI, Giuseppe. Costituzioni e costituzionalismo. *In*: ____; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale italiano e comparato**. 2. ed. Bologna: Monduzzi, 1997, p. 53.

⁴⁷ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. p. 49.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 54-55.

⁴⁹ Especialmente Carl Schmitt, em sua obra “Teoria da constituição”, buscava elaborar um estudo sistemático acerca da constituição, visando ir além da então predominante e consagrada teoria do Estado que congregava os estudos relativos ao direito constitucional. “Esta postura de ruptura, de superação do enfoque e dilemas da chamada Teoria do Estado, caracterizará o desenvolvimento da Teoria da Constituição enquanto disciplina autônoma, mesmo em autores que, a partir do segundo pós-guerra e antes disso, tais como Karl Loewenstein, irão divergir das concepções teórico-políticas schmittianas.” OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 26-28.

Richard Smend, influenciados por Hans Kelsen e Heinrich Triepel, procurando compreender a insuficiência do constitucionalismo liberal e do positivismo jurídico estatal, preso a filosofia do constitucionalismo⁵⁰, propuseram a necessidade de uma teoria da constituição capaz de adequar à realidade constitucional a realidade política e econômica de então.

Para a compreensão do núcleo da teoria de cada constitucionalista, Gomes Canotilho resume:

Hermann Heller enfrenta a tensão entre estado-constituição e realidade constitucional através de uma teoria democrática do estado. Carl Schmitt desenvolve uma teoria da constituição centrada em categorias nominalistas como ‘ordem total’, ‘ordem concreta’, ‘direito-situação’, ‘constituição-decisão’, ‘constituição e lei-constitucional’, ‘amigo-inimigo’, que viriam a servir de travejamento e suporte dogmático à teoria do direito e do estado nacional-socialista. Richard Smend, enfrentando o ‘virulento’ problema da homogeneidade política e social da República de Weimar, propõe a *integração* (teoria da integração) como modo de compreensão do direito constitucional e da realidade social.⁵¹

O termo da Segunda Guerra Mundial e, conseqüentemente, a derrocada do nacional-socialismo alemão, reposiciona a teoria da constituição em novas linhas. O culto da teoria da constituição em torno da “unidade da ordem política” e da “unidade do Estado” dá espaço à preocupação com o conteúdo político do direito constitucional e seus reflexos socioeconômicos, que procura edificar um modelo de estado de direito democrático e constitucional, aliado aos postulados da ciência política.⁵²

De igual forma, sobre este substrato ganha relevância a ideia de que a constituição deveria superar a adjetivação de um simples pedaço de papel⁵³ ou

⁵⁰ Desenvolvida por pensadores como John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Montesquieu e Alexis de Tocqueville, estudava as formas jurídicas da política, procurando reunir experiências práticas e ideias normativas sobre a maneira de se ordenar jurídico-constitucionalmente o Estado. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1335.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1335.

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1336.

⁵³ Tal como: LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Porto Alegre: Vila Martha, 1980.

mera declaração de boa vontade para assumir força normativa⁵⁴, segundo Konrad Hesse. Com isso, a constituição além de carta política de um Estado, guarda em seu bojo eficácia normativa cogente, a conformar e modificar a realidade segundo seus pressupostos basilares.⁵⁵

Não bastasse a atribuição de força normativa, os valores democráticos inclusos na teoria da constituição, requisitaram como premissas básicas a legitimidade material, preocupada como os princípios materiais consagrados pelo Estado e pela sociedade, e a abertura constitucional⁵⁶ a fim de receber os anseios políticos destinados à concretização dos fins constitucionais.⁵⁷

Nos dizeres de Gomes Canotilho, se soma as críticas do paradigma clássico de teoria da constituição o movimento crítico-legal, o qual demonstra a impotência do direito constitucional clássico⁵⁸ em incluir as mudanças e inovações jurídicas decorrentes das mutações sociais, políticas e econômicas da atualidade. Assim, a impermeabilidade da constituição em absorver o fenômeno da

⁵⁴ A compreensão da presente formulação passa necessariamente pela localização do “local de fala” dos constitucionalistas arrolados. De forma geral, Konrad Hesse busca dar cabo a uma deficiência constitucional da Europa continental proveniente da escola francesa, onde a constituição possui natureza essencialmente política. Enquanto isso, o constitucionalismo inglês e também o americano desde a concepção atribuíram à Constituição a função de documento jurídico-normativo passível de aplicação imediata. Para maiores detalhes recomenda-se a leitura de: BARROSO, Luís Roberto. *Constituição*. p. 146; e ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito editorial, 2011, p. 67.

⁵⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 24. “A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.”

⁵⁶ Sobre este tema merece destaque a obra de Peter Häberle, especialmente no que tange a hermenêutica e a sociedade aberta dos intérpretes da constituição via *status activus processualis*, institutos que serão analisados no curso deste capítulo.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1338.

⁵⁸ Todos os problemas que permeiam a teoria da constituição clássica deram origem àquilo que Gomes Canotilho denomina “dissolução da teoria constitucional” a partir da teoria da administração (defensora da substituição da teoria da constituição por uma teoria do direito administrativo), da teoria da justiça (defensora da justiça como equidade) e teoria do discurso (sustentada na razão comunicativa). Ressalta o constitucionalista lusitano que, apesar de tentarem responder a algumas debilidades do direito constitucional, de modo algum substituem a teoria da constituição. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1355-1361.

materialização do direito além do modelo liberal-individual-normativista impede a adequação da esfera jurídica aos diferentes âmbitos sociais.⁵⁹

Com Luiz Vergílio Dalla-Rosa⁶⁰, percebe-se que o processo evolutivo da teoria da constituição percorre três estágios significativos, iniciando com a noção da constituição como retrato da ordem político-social (Lassale, Schmitt), passando pela ideia de constituição e sua relação com o poder, Direito, Estado e política (Kelsen, Häberle, Canotilho), para, finalmente, a constituição ser compreendida como garantia.

3. INTERPRETANDO A CONSTITUIÇÃO: COERÊNCIA E FIDELIDADE EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS

Todos esses fatos e acontecimentos teórico-práticos justificam-se por apontar um sentido comum à ideia de Constituição. Afinal, desde a sua concepção primeira a Constituição foi pensada como um documento, com exceção da Grã-Bretanha, preocupada em estabelecer freios e contrapesos ao poder do governo, dos governantes no intuito de efetivar os propósitos da sociedade civil e o exercício das liberdades individuais⁶¹. Em suma: reflete a preocupação em limitar o poder e empoderar os sujeitos.

Não por acaso, conforme dicção de Lenio Streck o constitucionalismo está marcado por um paradoxo, pois a Constituição surge com a exigência de conter o poder absoluto do rei para transformar-se no modo limitador do poder das maiorias⁶², tanto das presentes como das futuras gerações, em nome de um

⁵⁹ Para Gomes Canotilho “A teoria da constituição revela dificuldades em compreender as lógicas da materialização do direito. Continua a considerar o direito constitucional – e sobretudo a constituição – como *lugar do superdiscurso social* a partir de uma concepção unilateralmente racionalizada e piramidal da ordem jurídica.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1350.

⁶⁰ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia**: pressupostos de uma teoria constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 93-141.

⁶¹ Neste sentido: TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **Interpretando la constitución**. Trad. Jimena A. Gamarra. Lima: Palestra, 2010, p. 39.

⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

marco regulador contra majoritário⁶³. Ademais, se na leitura americana da Constituição, no mesmo espaço geracional digladiam conservadores e liberais⁶⁴, no Brasil, ruralistas, ambientalistas, democratas, evangélicos, substancialistas, procedimentalistas atribuem o sentido conveniente à Constituição.

Não por acaso usam da Constituição no intuito de justificação do poder. Assim, a Constituição transforma-se naquilo que cada um quer que seja⁶⁵. Não mais como um processo de constitucionalização da cultura e cumulativamente de uma cultura constitucional⁶⁶, mas como um produto altamente subjetivo, ao critério de comodidades pessoais.

Em via oposta, a interpretação constitucional, seja pela senda judicial ou legislativa, não pode ser praticada por processos de indução ou dedução⁶⁷, a partir de um quadro minimalista e reprodutor de obviedades. Bem como deve acautelar-se para não se converter no ato de reescrever o texto constitucional.

Sobretudo, os apontamentos de Laurence Tribe e Michael Dorf⁶⁸ conduzem à constatação de que a manutenção de níveis de abstração na atividade hermenêutica transforma-se em um modo pelo qual não se deve interpretar a Constituição. A obra de Tribe e Dorf aponta, em síntese, dois argumentos essenciais: a combinação de uma proposta hermenêutica umbilicalmente ligada ao respeito e a fidelidade ao texto da Constituição e; a técnica de elaboração das decisões judiciais enquanto argumento jurídico.

Considerando que os problemas de interpretação só aparecem em casos difíceis (*hard cases*) é uma falácia⁶⁹, merece reflexão o modo pelo qual se

⁶³ TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. New York: The Foundation Press, 1978, p. 09.

⁶⁴ TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **Interpretando la constitución**. p. 42.

⁶⁵ TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **Interpretando la constitución**. p. 54.

⁶⁶ HÄBERLE, Peter. **Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura**. Roma: Carocci, 2001.

⁶⁷ TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **Interpretando la constitución**. p. 57.

⁶⁸ TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **Interpretando la constitución**. p. 185.

⁶⁹ TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **On reading the constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. xxii. Não se pode esquecer que a ideia de *hard cases* guarda em sua origem um vício insanável: como saber se a interpretação será fácil ou difícil antes mesmo de conhecer do caso?

dá a interpretação da Constituição em sede de Juizados Especiais, voltados aos casos de menor monta pecuniária e baixa complexidade na instrução.

A facticidade brasileira do último quarto do século XX e os albores do atual momento demonstra o viés predominantemente substancialista da arquitetura dos Juizados Especiais. A ideia fundante dos extintos Juizados das Pequenas Causas já se mostrava fiel ao acesso substancial à justiça, rompendo com a tradição liberal e formalista da processualidade nacional. A instalação de um paradigma judicial cidadão sobre as bases do formalismo jamais conseguiriam aliviar a pressão em torno da litigiosidade contida.

Pelo contrário, faria nascer um novo órgão burocrático dentro de uma estrutura altamente burocratizada. Não por acaso se observe nas legislações acerca dos Juizados Especiais um amplo espectro de liberdade aos julgadores, a começar pela opção de estrutura física (neste caso, a criação dos juizados itinerantes, casas da cidadania, etc), passando pela jornada de funcionamento (possibilidade de funcionamento no período noturno) até cumular na instrução, quando infrutífera a conciliação a produção probatória realiza-se até a satisfação do convencimento do julgador.

Ressalte-se que a tônica do sistema dos Juizados Especiais brasileiro favorece explicitamente a encampação do conflito, enquanto processo, pelo juiz. Desde que motivado, vários atos podem ser praticados, a começar pela produção probatória. Vislumbra-se pela redação da Lei 9.099/1995 o *animus domini* do julgador sobre o conflito. Ele decide quais provas serão produzidas, sem considerar que a ampla defesa e o contraditório são Direitos Fundamentais das partes.

Como ilustração destes argumentos eis o norte fixado pelo Supremo Tribunal Federal, em flagrante ofensa à Constituição, afinal o art. 5º, LV, não distingue processos cíveis e criminais:

Ampla defesa. Juizados Especiais Federais. Imprescindibilidade da presença de advogado nas causas criminais. É constitucional o art. 10 da Lei 10.259/2001, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais. No que se refere aos processos de natureza cível, já se firmou o entendimento de que a imprescritibilidade de advogado é relativa,

podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Perante os juizados especiais federais, em processo de natureza cível, as partes podem comparecer pessoalmente em juízo ou designar representante, advogado ou não, desde que a causa não ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos (Art. 3º Lei 10.259/2001) e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/95. Já quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da OAB ou defensor público. Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal.⁷⁰

Logo, resta demonstrada a relação de dominação do juiz sobre a causa e as partes. Em verdade, há uma condição de império do juiz. Há aquilo que acima restou condenado, a utilização da Constituição para justificar posições subjetivas toma novo corpo, isto por que é utilizada somente “pró-forma”, pois a decisão já foi previamente escolhida para o caso e para que não se incida em nulidade é preciso motivar a decisão. Não por acaso se admita em revisão de julgados dos Juizados Especiais a remissão dos fundamentos da sentença:

Habeas corpus. Colégio recursal de Juizado Especial. Apelação. Não-provimento. Remissão aos fundamentos da sentença. Ausência de fundamentação. Inocorrência. O § 5º do artigo 82 da Lei 9.099/95 faculta ao Colégio Recursal do Juizado Especial a remissão dos fundamentos adotados na sentença, sem que isso implique afronta ao artigo 93, IX da Constituição do Brasil.⁷¹

Neste contexto, necessita-se destacar a funesta manutenção, em sede de Juizados Especiais, dos ditames da Teoria Geral do Processo, da Escola do

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3168-DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, jul. 03.08.2007.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 86.533/SP, Rel. Min. Eros Grau, jul. 18.11.2005. Neste julgado, por evidente, observa-se a institucionalização de uma visão antropofágica na qual a interpretação de qualquer situação jurídica deve ser feita, sempre, em qualquer circunstância, da norma até a Constituição (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44), posição esta que carece de respaldo, afinal, a Constituição não é condição de validade e vigência do ordenamento jurídico? Em sendo, a interpretação deve iniciar, sempre, pela Constituição.

Direito Livre, da Instrumentalidade e a discussão acerca da díade substancialismo-procedimentalismo Com isso, o processo cumpre sua função se atingiu os desígnios do Estado e da Jurisdição, sem mensurar a alteridade dos litigantes e, essencialmente, os Direitos Fundamentais. Vale a instrumentalidade do processo, metas e paradigmas afins. Com isso, as normas jurídicas e a prática jurisdicional conservam os indivíduos na letargia da subserviência do Estado⁷². Sem considerar a autonomia e a existência de um sistema particular, que tangencia os preceitos constitucionais, nega a Constituição Federal como base de vigência e validade substancial de todos os modelos processuais.

Não por acaso o atual estado da arte dos Juizados Especiais acaba por subverter o núcleo deste sistema processual e da Constituição enquanto fonte primeira dos modelos processuais. Descalcifica a informalidade do procedimento em favor de um discurso de autoridade e uníssono, como se a solução adjudicada fosse obtida através de uma geometria racional. Reforçando aquilo que Warat leciona: “A cidadania de todos os tempos sempre foi uma classe VIP.”⁷³. Neste diapasão, o discurso de construção de um direito justo, acaba no extremo, por excluir. Ao se resolver a exclusão entre as partes, cria-se a exclusão das partes pelo Judiciário.

4. APORTES FINAIS...

Em conclusão, a interpretação da Constituição a partir do constitucionalismo, no contexto dos Juizados Especiais, pugna em reconhecer a importância da inclusão daqueles anteriormente excluídos em um processo pautado pela limitação dos poderes e garantia dos Direitos Fundamentais. A não-obtenção deste panorama conduz, cedo ou tarde, à restauração de *modus operandi* absolutistas.

⁷² “A cabeça dos juízes não está feita para fazer do jurídico um processo de humanização (desvinculando o inumano do processo e das instituições que o comprometem). São juízes que decidem com uma cabeça cheia de normas e cada dia mais atrofiada em termos de criatividade e de articulação do complexo. São juízes cada dia mais dispersamente informados, sem capacidade para organizar sua informação e muito menos transformá-la em sabedoria.” WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 153.

⁷³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 111.

Além disso, importa na relação de pertinência dos poderes do juiz aos dizeres da Constituição; que a decisão seja constitucionalmente participativa, racional, coerente e consistente. Que a condenação não seja fruto da vontade de condenar; que a absolvição não decorra do ânimo de absolver; que o processo não seja sequestrado pelo julgador...

Enfim, quando se fala de interpretar a constituição a partir do constitucionalismo nos Juizados Especiais se fala de balancear a gama de poderes do juiz, em conjunto a limitação dos poderes econômicos, financeiros, políticos e sociais. Logo, a fundamentação da decisão não está na consciência do juiz, nas provas que ele julgou para si conveniente. Ao reverso deve estar na garantia formal e substancial da Constituição.

Sem isso, vale a advertência de Humberto Gessinger, “estamos sós e nenhum de nós sabe exatamente onde vai parar”, mas seguir-se-á entre procedimentalismo, substancialismo, ativismo, solipsismo, subjetivismo, misticismo...”involucionismo” (mais do mesmo)⁷⁴!

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 15. ed. São Paulo: Escala, 19[___].

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** – “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006.

⁷⁴ “Por que isto é assim? Porque os juristas assumem posturas paradoxais. Se é possível considerar superado o paradigma objetivista (lembramos que Descartes e Kant já o superaram há tantos séculos), ao mesmo tempo, aposta-se cada vez mais no mito do dado, como é o caso específico das súmulas vinculantes e os efeitos de uma decisão sobre outras (como consta no projeto do novo CPC e já prevê o CPC em vigor). Melhor dizendo, quer-se superar o mito da plenipotenciabilidade da lei (onde a lei é igual ao direito) com outras (novas) tentativas objetivas e objetificadoras. Mas, ao mesmo tempo, o mais incrível é que, para chegar a esse novo ‘belvedere epistêmico de sentido’, aposta-se no sentimento individual (*sic*) do juiz.” STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 117-118.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. Tradução de Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 19[___].

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia**: pressupostos de uma teoria constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Estudio introductorio de Alejandro Herrera M. Ciudad del México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simon. Madrid: Trotta, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura**. Roma: Carocci, 2001.

HARRINGTON, James. **The commonwealth of oceana y a system of politics**. Disponível em: <http://www.loc.gov/topics/government.php>. Acesso em: 05 mar. 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: sem menção de editora, 1988.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Porto Alegre: Vila Martha, 1980.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Presentación de Bartolomé Clavero. Madrid: Trotta, 1998.

MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Florianópolis: Conceito, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

MORBIDELLI, Giuseppe. Costituzioni e costituzionalismo. *In: _____*;
PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale italiano e comparato**. 2. ed. Bologna: Monduzzi, 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVIERO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Maghreb. Con traduzione dei testi vigente, prefazione di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003.

PLATÃO. **O político**. Tradução de Carmem Isabel Leal Soares. São Paulo: Círculo de Leitores, 2008.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **Interpretando la constitución**. Trad. Jimena A. Gamarra. Lima: Palestra, 2010.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **On reading the constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TRIBE, Laurence H. **American constitucional law**. New York: The Foundation Press, 1978.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

ZAGREBELSY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

HERMENÊUTICA E SUSTENTABILIDADE⁷⁵

1. SUSTENTABILIDADE: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Ainda que a discussão sobre questões elementares seja deveras complicada em face da tensão entre cientificidade e senso comum, faz sentido acreditar que desde os primórdios o homem procurou e segue procurando fazer mais com menos, especialmente sob o viés econômico. Não por acaso, a categoria sustentabilidade assuma múltiplas acepções em razão dos variados contextos em que é utilizada.

Cabe ao indivíduo atribuir o sentido útil e desejado para tal categoria em determinado contexto comunicativo, afinal a existência se obtém pela linguagem. Tem-se com esta constatação o calcanhar de Aquiles desta monografia, isto porque, quando se fala de sustentabilidade é necessário delimitar sobre qual cenário se idealiza o referido substantivo. Vale ressaltar que a comunhão dos

⁷⁵ Artigo desenvolvido no âmbito do Projeto de Pesquisa CNJ Acadêmico: “Juizados Especiais, Turmas Recursais e Turmas de Uniformização da Justiça Federal”. Com fomento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

significados para as palavras, via acordo semântico, é condição de segurança, previsibilidade e eficácia às comunicações interpessoais⁷⁶.

Sem este cuidado atento à comunicação e à comunhão de um acordo semântico, cada indivíduo, mesmo que sem intencionar, “dá às palavras o sentido que quer, cada um interpreta (decide) como quer, como se houvesse um grau zero de significação.” (STRECK, 2008, p. 229)

Além deste problema, – a falta de um acordo semântico (ou conceito operacional partilhado) – há um grave equívoco na utilização indiscriminada de palavras idênticas, mas com sentidos distintos em contextos diversos. Um dos exemplos mais simplificado desta advertência pode ser vislumbrado em relação à aplicação da palavra direito, a qual admite desde a expressão de uma linha reta, passando pela oposição à categoria esquerda, para mais especificamente caracterizar o objeto da Ciência Jurídica.

Neste diapasão, faz-se necessário (re)perguntar qual o sentido a ser atribuído para a expressão sustentabilidade? Antes, porém, diante da contemporaneidade do debate e da moda instalada acerca da sustentabilidade (seja social, econômica, ambiental ou tecnológica) é preciso estabelecer as matrizes da sustentabilidade e sua conversão em primado do Direito.

Assim, no que interessa para a construção deste artigo, cumpre se destacar uma senda democrática que a hermenêutica filosófica e a fenomenologia podem apresentar ao trato da sustentabilidade e sua construção jurídica. Ao passo em que a sustentabilidade invade o ordenamento jurídico faz-se imperioso construir argumentos favoráveis à hermenêutica deste novo paradigma, sob pena de se olhar o novo com os olhos do velho. Ademais, o sucesso da adoção de práticas sustentáveis passa pela construção dialética da sustentabilidade, pela inclusão do ser-no-mundo. Não pode ser, efetivamente, um conceito dado, imposto, revelado. Especialmente pelo fracasso dos encontros de cúpulas.

O desenvolvimento global, aliado à proteção substancial do meio ambiente, constitui um dos grandes desafios para as sociedades contemporâneas, tanto em suas esferas privadas quanto públicas. A busca inconsequente e egocêntrica por bem-estar e felicidade em razão de padrões

⁷⁶ Tal preocupação habita o homem há muitos séculos, detiveram-se à sua análise Aristóteles e

irresponsáveis de produção, consumo e deleite, contribui decisivamente para a crise ecológica global.

A apreensão com os limites do crescimento integra a própria história da tutela ambiental. Já na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano de Estocolmo, realizado no ano de 1972, a preocupação compartilhada foi a necessidade de aliar o desenvolvimento com a preservação dos recursos naturais. No primeiro princípio dessa convenção constou que “o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, ao gozo de condições de vida adequadas num meio ambiente de tal qualidade que permita levar uma vida digna e gozar do bem-estar, e tem solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”.

Em 1987, foi apresentado pelo informe de Brundtland o conceito de desenvolvimento sustentável nos seguintes termos: “o desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades da geração presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades”.

Na sequência, a Declaração da ECO-92, baseada também no relatório Brundtland, foi construída tendo como foco central a necessidade de se estabelecerem diretrizes objetivando compatibilizar o desenvolvimento com a imprescindibilidade da tutela dos bens ambientais. Assim, o núcleo essencial da teoria sustentável assumiria um viés conciliatório-propositivo entre produção econômica e tutela ambiental, em favor das estruturas sociais.

Um conceito integral de sustentabilidade somente surgiria em 2002, na Rio+10, realizada em Johannesburgo, quando restaram reunidas, além da dimensão global, as perspectivas ecológica, social e econômica como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla, para as presentes e futuras gerações.

Neste sentido, Canotilho (2007) defende que a sustentabilidade é um dos fundamentos do que chama de “princípio da responsabilidade de longa duração” e que implica na obrigação dos Estados e de outras organizações

Cícero, por exemplo. Neste sentido: (PASOLD, 2008, p. 23-24).

políticas de adotarem medidas de precaução e proteção em nível elevado para garantir a sobrevivência da espécie humana e a existência digna das futuras gerações.

A sustentabilidade foi, inicialmente, construída a partir de uma tríplice dimensão: ambiental, social e econômica. Na atual sociedade do conhecimento é imprescindível que também seja adicionada a dimensão tecnológica, conforme prevê Bodnar (2012), pois é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro mais sustentável.

Sobre a amplitude da sustentabilidade, Pinãr Mañas (2002) explica que consiste: na conservação e recuperação, quando esta seja necessária, do adequado capital natural para promover uma política qualitativa de desenvolvimento; na inclusão de critérios ambientais, culturais, sociais e econômicos no planejamento e implementação das decisões sobre desenvolvimento.

Um dos objetivos mais importantes de qualquer projeto de futuro sustentável é a busca constante pela melhora das condições sociais das populações mais fragilizadas socialmente. No atual contexto de sociedade de risco, a sustentabilidade não pode ser compreendida como um qualificativo de deleite ou adjetivação ecologicamente correta que se agrega a determinadas expressões, ou propósitos retóricos e discursivos.

O princípio da sustentabilidade, conforme destaca Enrique Leff (2005), aparece como um critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como uma condição para a sobrevivência humana e como suporte para chegar a um desenvolvimento duradouro, questionando as próprias bases da produção. Em conclusão, para José Renato Naline (2001) a sustentabilidade importa em transformação social, sendo conceito integrador e unificante. Propõe a religação da unidade homem/natureza na origem e no destino comum e significa um novo paradigma.

Para tanto, deve-se entender a sustentabilidade, segundo lições de Bodnar (2012) em suas dimensões ambiental, social, econômica e tecnológica e também como um imperativo ético tridimensional, implementado em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações e em

solidária sintonia com a natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e com os elementos abióticos que lhe dão sustentação.

Sobre o princípio da sustentabilidade, Klaus Bosselmann (2008) defende, enfaticamente, a necessidade da aplicação do princípio da sustentabilidade enquanto princípio jurídico basilar da ordem jurídica local e internacional. Argumenta que o princípio da sustentabilidade deve contribuir com a “ecologização” dos demais princípios e, desde que devidamente impulsionado pela força real da sociedade civil, servirá também como caminho para uma governança com sustentabilidade ecológica e social.

A partir dos argumentos supracitados, a construção de um conceito, necessariamente transdisciplinar, de sustentabilidade é um objetivo complexo e sempre será uma obra em construção. Afinal, trata-se de uma idealidade, algo a ser constantemente buscado e construído como o próprio conceito de Justiça.

É um conceito aberto, permeável, ideologizado, dialético. O que é considerado sustentável num período de profunda crise econômica pode não o ser num período de fartura. Em verdade, é mais fácil identificar as situações de insustentabilidade. Por tais razões, reclama-se a aproximação do conceito em construção da sustentabilidade com os ditames da hermenêutica, pois se a sobrevivência humana é um imperativo do desenvolvimento sustentável nada mais justo do que a compreensão do fenômeno da convivialidade humana.

2. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Reiteradamente se afirma que o vocábulo hermenêutica, etimologicamente advém de Hermes, sacerdote do oráculo de Delfos incumbido de levar a mensagem dos deuses aos homens, que, ao aprender a linguagem possibilitara a compreensão do ininteligível e do desconhecido ou oculto. Para os gregos, *hermeneúein*, significava cumprir as funções de Hermes, transmitindo mensagens, enquanto *hermeneía* era entendida como a ação de explicitar ou traduzir as ordens do Olimpo e, posteriormente, como a atividade de atribuir sentido às palavras. Contudo, conforme adverte José Adércio Leite Sampaio (2009, p. 53), nesta última acepção, confundia-se, por um lado, com o latim *interpretari* (*exhgeomai*, *ermhveuw*) e, de outro, a raiz *erm* se associava com

(s)erm de *sermo* ou discurso, vinculando-se, desde a sua fonte, com a linguagem. Logo, na experiência grega, para saber interpretar e compreender, é essencial saber antes perguntar, somente com o perguntar bem (*maiêutica*) propicia ao interlocutor perseguir a verdade no diálogo.

Entre os romanos, a hermenêutica se confundia com a atividade da *jurisprudencia*, como *inter-pretatio* como dizer o direito, ou seja, resume-se em máximas interpretativas, onde, na Idade Média, passa a significar o esclarecimento de algo escondido por trás das letras, especialmente à serviço da teologia, no intuito de dar sentido aos versículos bíblicos obscuros, propiciando uma confluência do espírito e das escrituras.

A partir de Descartes, Bacon e Meyer inicia-se a cisão entre a hermenêutica e a interpretação, sendo que a primeira é elevada ao nível de ciência enquanto a segunda passa a ser seu objeto. Neste contexto, a interpretação passa a se dedicar ao mundo teológico, filosófico ou profano, e o jurídico, considerando essencialmente os métodos gramaticais e histórico-críticos.

Contudo, somente no século XIX, com Schleiermacher a hermenêutica retoma sua existência na linguagem. Além da análise gramatical das expressões linguísticas, o diálogo entre autor e o interprete era possível, porque ambos comungavam de um léxico e de uma gramática comum, bem como, de uma natureza humana igualitária que possibilita a junção, no tempo, das intenções e do sentido, via linguagem. A linguagem é tida por ele como o núcleo das preocupações hermenêuticas e também fonte de insegurança científica, pois é um fenômeno histórico, esquemático e esquematizante.

Assim, como constata José Adércio Leite Sampaio (2009, p. 63):

Estamos diante de um processo circular, pois a linguagem é histórica e a história só é lida pela linguagem. E como fica a interpretação nisso tudo? No meio – como parte – do círculo: toda interpretação de expressões lingüísticas envolve um universo não lingüístico pré-dado (...). Dialética (como unidade do saber operada nos limites de uma linguagem particular) e gramática (como auxiliar da compreensão lingüística) se unem, nesse quadro, à hermenêutica (como filosofia da compreensão do discurso).

Martin Heidegger foi quem, através da obra *Ser e Tempo* de 1927, impôs à filosofia uma reviravolta que, inspirado em Husserl, ampliou a concepção da Hermenêutica, de modo que ela fosse vista como o compreender totalizante e universal, alicerçado na existência. Assim, o filósofo alemão através da *temporalidade* e do *mundo vivido* modificou a percepção do método e da ontologia tradicional ligada à subjetividade e aos dualismos metafísicos. Segundo Julio Cesar Marcellino Junior (2009, p. 92) a teoria heideggeriana está voltada não mais para o ente como ente, como fazia a metafísica tradicional, ou para a redução transcendental da fenomenologia husserliana; mas sim posicionada, e desde sempre compreendida para o ser. Estabelecendo-se, portanto, um novo campo de compreensão, uma compreensão existenciária, centrada no sentido do ser, do *ser-aí*, do *Dasein* (HEIDEGGER, 1993, p. 39). A partir desta iluminação Martin Heidegger se desfaz dos vínculos da teoria da razão, dando origem a um movimento de compreensão e de apreensão do conhecimento. Tem-se aqui a constituição de um “giro hermenêutico” que, ao invés de indagar sobre o que se sabe, pergunta qual o modo de ser desse ser que só existe compreendendo.

Com Martin Heidegger (1997, p. 10) vê-se que:

Toda interpretação possui sua posição prévia, visão prévia e concepção prévia. No momento em que, enquanto interpretação, se torna tarefa explícita de uma pesquisa, então o conjunto dessas ‘pressuposições’, que denominamos situação hermenêutica, necessita de um esclarecimento prévio que numa experiência fundamental, assegure para si o objeto a ser explicitado. Uma interpretação ontológica deve liberar o ente na constituição de seu próprio ser. Para isso, vê-se obrigada, numa primeira caracterização fenomenal a conduzir o ente tematizado a uma posição prévia pela qual se deverão ajustar todos os demais passos da análise. Estes, porém, devem ser orientados por uma possível visão prévia do modo de ser dos entes considerados. Posição prévia e visão prévia, portanto, já delineiam, simultaneamente, a conceituação (concepção prévia) para a qual se devem dirigir todas as estruturas ontológicas.

Nessa nova compreensão, Martin Heidegger apruma o *tempo* e o *mundo vivido* no centro de sua proposta, superando a fenomenologia husserliana, detida no modelo reflexivo da mente, passa a ser vislumbrada no panorama do *ser-no-*

mundo-prático-existencial (STEIN, 1990). Nesta seara, o tempo ganha relevância, pois respalda a hermenêutica da facticidade, que redescobre o ser e o seu sentido na *pré-sença*, tal como arremata o filósofo alemão: “A compreensão do ser é em si mesma uma determinação do ser da presença.” (HEIDEGGER, 1997, p. 38)

Pontua Ernildo Stein (1997, p. 77-78):

Com isto Heidegger inventa uma outra hermenêutica. Por que desenvolveu o método fenomenológico, próprio do seu tipo de trabalho filosófico, Heidegger inventa o que poderíamos chamar de hermenêutica que é capaz de expor o desconhecido [...] e este desconhecido é para Heidegger propriamente aquilo que nunca se aceitou, nunca foi conhecido, porque sempre foi encoberto. E é justamente na compreensão do ser que nós, sempre, e toda a tradição metafísica, usamos mal, na medida em que na compreensão do ser sempre se pensava na compreensão do ente: a ideia, a substância, Deus, o saber absoluto, etc. [...] e o método hermenêutico, enquanto hermenêutico existencial, pretende exatamente trazer este novo.

A revolução estava instalada, Martin Heidegger re-situou o homem com sua finitude no mundo vivido, que não se afirma na racionalidade, em verdades absolutas, superando a relação ser-objeto para a construção da relação sujeito-sujeito imersa em um processo compreensivo-interpretativo na linguagem, agora a *morada do ser*. O homem, porém, não é apenas um ser vivo, pois, ao lado de outras faculdades, também possui a linguagem. “Ao contrário, a linguagem é a casa do ser; nela morando, o homem ex-siste enquanto pertence a verdade do ser, protegendo-a.” (HEIDEGGER, 1987, p. 58)

Influenciado por Heidegger, Hans-Georg Gadamer lapidou a transição entre razão epistêmica moderna e racionalidade hermenêutica, estabelecendo os alicerces de uma hermenêutica filosófica, um verdadeiro *plus* em relação à fenomenologia hermenêutica e à hermenêutica da facticidade. Para Gadamer, importa aquilo que é comum a toda maneira de compreender, o que efetivamente incide sobre a possibilidade de compreensão, e não o método. Assim, a hermenêutica é trabalhada a partir da historicidade do ser, haja vista a mobilidade da vida, dada pela experiência humana de mundo que, desde sempre na

linguagem, construída na vivência consubstanciada ao longo do tempo. (GADAMER, 1997, p. 588).

Por conseguinte, compreender é um processo no qual o intérprete se inclui, onde ocorre uma fusão de horizontes das posições pessoais de cada envolvido no acontecer hermenêutico, que se opera em ato uno e não por partes como doutrinaram os antigos (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*). O texto, objeto por excelência da hermenêutica, proporciona a construção do sentido pelo intérprete a partir de si mesmo, de seu modo de ser e de compreender o mundo, sempre numa perspectiva lingüística. Afinal, “O ser que pode ser compreendido é linguagem” (GADAMER, 1997, p. 612). Nas palavras de Lênio Luiz Streck (2009, p. 218), em síntese, “Hermenêutica será, assim, o ex-surgir da compreensão, a qual dependerá da facticidade e historicidade do intérprete”, sendo que este acontecer se dá fenomenologicamente no *mundo vivido*.

3. FENOMENOLOGIA

Durante todo o período da Modernidade a forma, estanque, diga-se de passagem, de se produzir ciência ficou restrita à racionalidade matemática passível de comprovação via método, tal como concebeu Descartes. As formas de conhecimento não científico, portanto, irracionais: o senso comum e as humanidades (estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, teológicos e filosóficos) ficaram excluídos deste paradigma racionalista cartesiano ou empirista baconiano.

Por sua vez, este modelo, com o advento da Sociologia e a publicação das teses da Física Quântica, restou prejudicando em sua índole dualista, racional/irracional. A nova ordem emergente objetiva, desta forma, a romper com este dualismo, construindo um conhecimento que transcenda as distinções até há pouco consideradas insuperáveis, tais como natureza/cultura, natural/artificial, vivo/inanimado, mente/matéria, observador/observado, subjetivo/objetivo, coletivo/individual, animal/pessoa e especialmente, ciências naturais/ciências sociais. Assim, enquanto a ciência moderna produziu conhecimento e desconhecimento, o modelo pós-moderno busca, via contemplação, a

racionalidade na adição de todas as formas de conhecimento, investindo além da certeza, almeja que todo o conhecimento se traduza em autoconhecimento e em sabedoria de vida (SANTOS, 2003).

Esta senda exige, portanto, uma nova postura intelectual/científica, desapegada da gana de querer concluir para, pôr-se na tarefa de contemplação ao mundo mundano. Colhe-se da lavra de Michel Maffesoli (1998, p. 117):

Para teorizar essa atitude, a fenomenologia introduz a noção de 'perspectivação'. E como observa Emanuel Lévinas, a partir de Husserl 'a fenomenologia é, integralmente, a promoção da ideia de *horizonte* que, para ela, exerce o papel equivalente ao do conceito no idealismo clássico'. Pode-se prosseguir precisando que, por oposição ao conceito que cerra e encerra, a 'ideia de horizonte' fica aberta e, por conseguinte, permite compreender melhor o aspecto indefinido, complexo das situações humanas, de suas significações entrecruzadas que se reduzem a uma simples explicação causal. É nisso, sem dúvida, que está empenhada a sociologia compreensiva ou qualitativa que se concebe como essencialmente inacabada e provisória, de tal modo é verdade que não se pode em nenhum caso, construir um sistema quando se está confrontando a um mundo em perpétua mutação e sem referências fixas.

Husserl amplia e renova a ideia de fenômeno, inaugurando a fenomenologia, abrindo uma senda para a transição da filosofia da consciência para a hermenêutica filosófica⁷⁷, onde o conhecimento é como uma teia de significações construída pela própria razão, haja vista a inafastabilidade do sentido do ser e o do fenômeno. (MARRAFON, 2008).

Aduz Maria da Graça dos Santos Dias, que a recorrência à fenomenologia provém da percepção da necessidade de mirar o mundo vivido na cotidianidade com um novo olhar, presencial e atencioso. Olhar este alheio ao anseio da demonstração, voltado sim para a exposição das subjetividades, das pluridimensionalidades, que admite dúvidas, questionamentos e a volatilidade do conhecimento. Ademais:

⁷⁷ Como resta evidenciado a fenomenologia é historicamente anterior a hermenêutica filosófica à qual deu inúmeras contribuições, contudo, por razões metodológicas, neste artigo analisou-se antes a hermenêutica filosófica, num típico caso de alteração da ordem dos fatores sem que restasse prejudicado o produto.

O discurso humano é sempre incompleto, inacabado. Pela descrição, a Fenomenologia pretende chegar à compreensão do fenômeno, embora se saiba que, em sentido pleno, não se pode alcançá-la. A descrição, assim como a compreensão e interpretação, caracterizam os momentos constitutivos do método fenomenológico. (DIAS, 2003, p. 92)

Neste diapasão, onde toda compreensão é uma pré-compreensão, observa-se a confluência da fenomenologia com a doutrina de Martin Heidegger, cujo projeto se dá em função de pensar aquilo que ficou impensado, haja vista ambos considerarem inafastável o estudo do mundo-que-já-está-aí e a colocação do ser-aí, num *ethos* social e natural que não pode ser explicado integralmente pela ciência racionalista. Assim, o ser-aí exige o desvelamento do encoberto, para que ele venha aos olhos. Destarte, fenomenologia, conforme constata Oliveira (2008, p. 40) não significa tão-só a descrição daquilo que é dado, mas a supressão do encobrimento, “de modo que seja possível perceber nela possibilidades que ficaram inexploradas por uma série de encobrimentos.”

Na lembrança de Rafael Tomaz Oliveira (2008, p. 41), esta ordem de fatores permite reconhecer que: “para Heidegger a grandeza da fenomenologia reside, basicamente, na descoberta da possibilidade do investigar na filosofia”. Isto abre uma senda para um novo pensar, pensar este liberto e apartado da tradicional Filosofia da Consciência. Por séculos o modo de pensar ocidental foi orientado basicamente pelos escritos aristotélicos, a maioria aglutinada por compiladores ansiosos em ordenar todos os tratados esparsos no período posterior ao declínio da cultura helênica. Pois bem, em nome da organização cometeu-se um grave e prolongado equívoco. Assim, os escritos de Aristóteles foram dispostos, a critério dos compiladores, em três disciplinas acadêmicas: lógica, física e ética. Todavia, aquilo que Aristóteles alcunhava de Filosofia Primeira, a filosofia propriamente dita, não se moldava em nenhuma das três áreas. Desta forma, todo este material foi acomodado em uma publicação apartada, a *Tà metà tà physikà* (que significa: o que está ao lado, o que vem depois da Física). Neste diapasão, tal expressão resta desprovida de conteúdo, substancialmente irrelevante. Contudo, a partir de um novo prisma, inaugurado por Heidegger para o vocábulo *metà*, entendido como “ir para um outro lugar”,

aquilo que nada dizia passou a ser visto como aquilo “que se lança para fora da física”, que se move em direção do outro ente, resgatando algo capaz de estabelecer um contraponto à insuficiente relação sujeito-objeto (OLIVEIRA, 2008, p. 137-138).

Retomando o diálogo entre o paradigma moderno com o pós-moderno, em sede de Ciência Jurídica é possível atribuir ao primeiro a dedicação total à norma, ao direito, enquanto no modelo emergente faz-se necessário resgatar e praticar na convivialidade noções de justiça, ética e estética (MELO, 1994), pautada pela compreensão anterior a conclusão, lembrando aqui de Friedrich von Hayek, para quem “O homem agiu antes de pensar, e não entendeu antes de agir”.

Ante o exposto, Martin Heidegger, ao aprumar um novo olhar ao mundo a partir de uma hermenêutica reformulada que pretere a metafísica e a relação sujeito-objeto, em favor do ser-aí, concebe uma clareira de luz para o universo da compreensão (interpretação), cuja clarificação aponta para o ser-aí, o homem.

Conforme Lênio Luiz Streck (2009, p. 201), o homem é definido como existência, como poder-ser, que invade a noção de ser-no-mundo, onde o estar-aí é ser-no-mundo, o resultado da análise da mundanidade. Ou seja, a compreensão do ser-aí exige uma pré-compreensão do mundo. “*O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui*”, via linguagem, a morada do ser. Assim, o processo hermenêutico-compreensivo arquitetado por Heidegger permite no próprio ser-aí, a noção de compreensão, que procura proporcionar a liberação das possibilidades de encobrimento do ser-no-mundo.

Ao compreender o mundo, o homem objetiva existencialmente interpretar a si mesmo. Assim, pela interpretação, almeja-se desvelar o sentido dos sentidos da existência humana, “que nos aproxima do sentido pleno e permite a vivência de uma relação fundada na liberdade e democracia.” (DIAS, 2003, p. 94).

Sobre o tradicional prisma historiador e jurista se equiparam: todos se encontram em uma expectativa de sentido imediata, frente a um texto. Na verdade, não há acesso imediato ao elemento histórico. Como atesta Hans-Georg

Gadamer, só existe valor histórico quando o pretérito é compreendido em seu entrelaçamento com o presente, e isto o jurista deve imitar. Para a execução de uma hermenêutica jurídica, faz-se essencial que a lei vincule isonomicamente todos os indivíduos. Logo, a prática da interpretação consiste em aplicar o texto caso a caso. Com isso, a hermenêutica deixa de ser vista como método para o descobrimento da verdade, para se tornar filosofia invadida pela linguagem (STRECK, 2009).

4. À GUIA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS...

Indubitavelmente, pensar em hermenêutica como a interpretação de uma única vontade, do espírito da lei, já não faz sentido, se é que em algum dia fez, conforme consignado alhures. Metaforicamente não basta uma visão romântica e panorâmica do horizonte, é preciso caminhar sempre em direção ao horizonte, mesmo sabendo que nunca o será alcançado. De igual maneira, a atividade hermenêutica deve ser preocupada com a linguagem, com o ser-aí, sua compreensão, pré-compreensão e seu des-velamento do mundo na mundanidade dos fenômenos em uma espiral infinita.

Por esta razão, urge que se desdenhe, a princípio, o fetiche cartesiano de conclusões matemáticas. Neste ensejo, o ser-aí carece ser compreendido a partir de seu des-velar na facticidade, na historicidade e um sentido que desde sempre vêm antecipado na pré-compreensão.

Assim, para realizar a interpretação e conseqüentemente a aplicação da sustentabilidade, o intérprete não pode ignorar a realidade social, os valores, desejos e anseios que envolvem a atividade humana de maior justiça e solidez. É justamente neste panorama que se observa a confluência dos propósitos da hermenêutica filosófica com os anseios da sustentabilidade, a saber: reconhecer a existência humana como pressuposto de validade dos dois paradigmas teóricos; reclamar uma constante movimentação para melhores condições existenciárias; compreender que não há legitimidade em diretrizes dadas, mas sim nas construídas participativamente.

A inclusão do *ser-aí* aliada à participação efetiva dos construtores/destinatários do paradigma de sustentabilidade é a melhor estratégia

a ser utilizada para o tratamento dos riscos ambientais, tendo em vista que concretiza também os princípios da: informação, educação, conscientização, prevenção, precaução e comprometimento solidário com proteção do ambiente.

Para que o projeto de sustentabilidade obtenha resultados positivos na realização de múltiplos objetivos sociais, solucionando falhas político-econômicas, como um importante catalisador de anseios sociais é preciso ensejar aos construtores/destinatários amplo acesso, de forma a lhes conferir iniciativa em defesa dos valores juridicamente protegidos.

Em conclusão, a sustentabilidade do conceito de sustentabilidade passa necessariamente pela inserção do intérprete em uma relação dialética sujeito-sujeito, rompendo com a velha máxima de que os outros, inclusive a natureza, são meros objetos, amplamente manipulados e utilizados ao bel-prazer dos beneficiários. Não se operacionaliza a sustentabilidade sem levar em consideração a compreensão, a pré-compreensão e o des-velamento dos sentidos do social, do ambiental, do econômico e do tecnológico.

Enfim, para a construção substancial da sustentabilidade não existem métodos pré-determinados. Não há espaço à racionalidade cartesiana. E, especialmente, em tempos de Conferência Rio+20, a proposta de sustentabilidade não pode ser encampada pelo critério econômico-excludente, sem levar em consideração os anseios sociais e ecológicos debatidos pela sociedade civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BODNAR, Zenildo. O cidadão consumidor e a construção jurídica da sustentabilidade. *In*: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogério. **Consumo e sustentabilidade**. Passo Fundo: EdUPF, 2012.

BOSSERMANN, Klaus. **The principle of sustainability**: transforming law and Governance. New Zealand: ASHAGATE, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. *In*: _____; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COPETTI NETO, Alfredo; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. A hermenêutica jurídica em defesa da civilização: uma contraposição à barbárie teológica dos tribunais. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Antonio Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A justiça e o imaginário social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Trad. Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **Verdade e método II**. Trad. Enio Paulo Gichini. Petrópolis: Vozes, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

_____. **Ser e tempo. Parte I**. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Ser e tempo. Parte II**. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1997.

LEFF, Henrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder**. Petrópolis: Vozes, 2005.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckembruck. Petrópolis: Vozes, 1998.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus, 2008.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus, 2009.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris/CPGD-UFSC, 1994.

_____. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris/CMCJ-UNIVALI, 1998.

NALINE, José Renato. **Ética ambiental**. Campinas: Millenium, 2001.

- NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**. Trad. Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. El desarrollo sostenible como principio jurídico. *In: _____*. **Desarrollo Sostenible y protección del medio ambiente**. Madrid: Civitas, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Hermenêutica e distanciamento: uma narrativa historiográfica. *In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Antonio Cattoni de (Orgs.)*. **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2003.
- STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. Petrópolis: Vozes, 1990.
- _____. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

A CONTRIBUIÇÃO DE ELIO FAZZALARI PARA A [CORRETA] COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

*“O problema é que, para se fazer efetiva a regra constitucional, há de se pagar um preço, o preço da democracia, respeitando a regra do jogo.”
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a analisar a contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar. Embora, alguns doutrinadores atribuam o nome de autoridade competente ao princípio do juiz natural na seara do Direito Administrativo, tal denominação não será adotada neste texto, sem prejuízo aos temas abordados. Feito este aparte, almeja este artigo demonstrar a compulsória aplicação do princípio do juiz natural ao processo administrativo disciplinar. Somente com a presença de um juiz natural, imparcial, preexistente ao fato será possível obter-se a plenitude das demais garantias constitucionais, dos Direitos Fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, faz-se necessário estudar a proposta de Elio Fazzalari que, ao conceber o processo como procedimento em contraditório, distribui subsídios suficientes para o desenvolvimento constitucional-democrático do processo, neste estudo, administrativo disciplinar. Além disso, Fazzalari propicia elementos aptos à superação da visão instrumentalista [antidemocrática] do processo, que na prática tem se mostrada débil.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

2.1. Notícia histórica

Ao longo dos períodos históricos os bens socialmente considerados de maior relevância foram incorporados em documentos escritos que buscaram

estabelecer limites ao Estado, declarando direitos e assegurando medidas garantidoras das disposições declaratórias. O princípio do juiz natural advém originariamente, do anseio dos indivíduos serem julgados por seus pares.

A figura do juiz natural decorre do princípio do devido processo legal, assim como o contraditório e a ampla defesa. A instituição do devido processo legal aos moldes atuais, remonta à publicação da *Magna Charta Libertatum*, imposta ao Rei João Sem Terra na Inglaterra, em 1215.

Igualmente firmou instituído o princípio do juiz natural a Declaração *Bill of Rigths*, nos idos de 1688, quando vedou a criação de comissões destinadas a substituir a pessoa do juiz. A República francesa ainda sobre o calor da revolução estabeleceu com a organização judiciária de 1790, seguida pela Constituição de 1791 que, os cidadãos não poderiam ser subtraídos dos juízes que a lei lhes indicasse por nenhuma comissão, nem por outras atribuições que as determinadas pelas leis.

Entretanto, a alcunha juiz natural lavrou-se inauguralmente na Constituição Francesa de 1814, pela seguinte redação: “*Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels.*”, que vertido ao vernáculo se lê: ninguém poderá ser subtraído do julgamento de seus juízes naturais. Tão logo, o sistema americano incorporou-o com a aprovação das Emendas Constitucionais V e VI.

No Brasil, a Constituição do Império, já dispunha em seu art. 179, XVII, que à exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais, nas causas cíveis ou criminais. As Cartas que se seguiram trataram de proibir a instauração de foros privilegiados ou tribunais e juízos de exceção. Na CRFB/1988, a figura do juiz natural, previsto no art. 5º, XXXVII e LIII, assume a característica de Direito Fundamental.

Não obstante as Constituições, a matéria do juízo natural ainda é abordada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e, integra a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, recepcionada pelo Decreto 678/1992.

2.2. Finalidade(s) do princípio do juiz natural

Resumidamente, o princípio do juiz natural tem como finalidade a garantia de que ninguém será julgado por uma autoridade inconstitucional.⁷⁸

Atribui Ferrajoli ao princípio do juiz natural um triplo significado, distintos, embora correlatos: juiz pré-constituído pela lei e não concebido após o fato; impossibilidade de derrogação e indisponibilidade de competência; e, proibição de juízes extraordinários e especiais.⁷⁹

Para Nery Junior o princípio do juiz natural é uma garantia do Estado de Direito e da imparcialidade do julgador, que se manifesta através de três faces: não autorizando a instalação de juízos ou tribunais *ad hoc*; julgamento por juiz competente pré-constituído em lei; e a imparcialidade do magistrado.⁸⁰

Na tradição constitucional brasileira, o princípio do juiz natural emprega dupla finalidade, proibindo tribunais de exceção e não consentindo com a transferência da competência para outro tribunal (avocação). Nesta seara, o exercício da jurisdição se opera conforme a CRFB/88, defendendo os indivíduos de serem julgados por órgãos criados após o fato; impedindo a discricionariedade na órbita da competência.⁸¹

À luz do entendimento de Bacellar Filho, o princípio do juiz natural incorpora em si, diante de sua previsão na CRFB/88 cinco sentidos, a saber: quanto ao plano da fonte; quanto ao plano da referência temporal; quanto ao plano da imparcialidade; quanto ao plano da abrangência funcional; e, quanto ao plano da ordem taxativa de competência.⁸²

Quanto ao plano da fonte, pela CRFB/88, a competência do juízo é reserva absoluta da lei, solidificando a competência prevista constitucionalmente. Neste sentido, juízo ou tribunal de exceção (*ex post facto*) é órgão criado por ato sem eficácia de lei, ou mesmo quando criado por lei, vilipendia a competência estabelecida constitucionalmente.

⁷⁸ ROZA, Claudio. **Processo administrativo disciplinar & comissões sob encomenda**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 76.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 472.

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 66.

⁸¹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 126-127.

O plano da referência temporal é a garantia de que ninguém será processado ou julgado por órgão jurisdicional instituído após a ocorrência dos fatos. Assim, a competência é estabelecida por lei, de forma abstrata e predeterminada.

No que tange ao plano da imparcialidade este é requisito subjetivo do julgador. A imparcialidade é corolária da independência da atividade jurisdicional que não pode se submeter aos desígnios de subordinação hierárquica, nos casos oferecidos ao seu crivo.

Quanto ao plano da abrangência funcional a expressão “autoridade competente” transcende a pessoa do juiz em atividade decisória. Engloba em si órgãos do poder executivo quando em função judicante. Em síntese, remonta a autoridade competente pelo processamento, e, não somente à função judiciária.

O plano da ordem taxativa de competência determina que as modificações somente possam ser aceitas se previstas em lei preexistente ao fato sob análise. Mesmo os casos de suspeição e incompetência, e os critérios de substituição devem igualmente estar estipulados em lei.

2.3. A incidência do princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar

Para que se compreenda pela incidência ou não do princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar deve-se partir da existência ou não de jurisdição no âmbito da função administrativa.

Consoante Alcalá-Zamora y Castilho o Estado é o ponto de partida da jurisdição. Quando cada indivíduo cedeu uma parcela de sua liberdade ao Estado com o objetivo de ver protegido seus bens, renunciou conseqüentemente a autodefesa e a autocomposição em troca de uma parte imparcial destinada a resolução dos conflitos⁸³. Alcalá-Zamora y Castilho admite que a função jurisdicional possa ser exercida pela própria Administração Pública. Ademais, a jurisdição não se limita apenas ao Poder Judiciário.

⁸² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 325-332.

⁸³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso**. Tomo I. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1974, p. 29-53.

Assim, o princípio do juiz natural elemento representante do Estado Democrático de Direito deve ser praticado em todas as espécies de processo, judicial ou extrajudicial, compreendido neste o administrativo disciplinar.

Defende Nery Junior que o princípio do juiz natural aplica-se sem distinção tanto no processo civil, como no penal e igualmente no processo administrativo, tendo como determinantes fundamentais a pré-constituição na forma da lei e a imparcialidade para realizar o julgamento.⁸⁴

Neste diapasão, a competência obrigatoriamente deve preexistir à ocorrência do fato a ser apurado, processado e julgado. Basicamente, é característica do princípio do juiz a capacidade estabelecida antes do fato acontecido. Por conseguinte, torna-se ilícita a designação de órgão julgador após a notícia da irregularidade, sob pena de tipificar a instituição de tribunal de exceção, defeso pelo art. 5º, XXXVII, CRFB/88.

O princípio se aplica compulsoriamente à autoridade que acusa, à que conduz o processo na sua competência instrutória e à que guarda a competência decisória, tipificando e pondo em prática a sanção administrativa, no caso de responsabilização do servidor, ou ordenando o arquivamento do processo⁸⁵.

Igualmente, é suprema a importância da existência de um julgador preexistente e imparcial no âmbito do processo administrativo disciplinar, especialmente porque nesses casos a Administração Pública figura como vítima, e atua como ente instaurador, instrutor e julgador, transitando por uma tênue linha entre a obtenção da verdade, reparação e vingança⁸⁶, onde por vezes, o controle do ilícito assume contornos de ilicitude no controle .

Salienta Moreira que a desobediência ao princípio do juiz natural no processo administrativo causa a invalidade deste desde seu início⁸⁷. Por esta

⁸⁴ NERY JUNIOR. **Princípios...**, *op. cit.*, p. 69-72.

⁸⁵ Vide: MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 207.

⁸⁶ Nesta linha: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente & ética da vingança**: em busca de uma criminologia da não violência. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010; STAFFEN, Márcio Ricardo; ROSA, Alexandre Morais da. Incidência do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar: um estudo à luz da teoria do garantismo jurídico. **Produção Científica CEJURPS**. Itajaí, a. VIII, n. 01, p. 401-410, 2010.

⁸⁷ MOREIRA, Egom Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 289-290.

razão é flagrante a ofensa ao texto constitucional a instalação, mediante portaria, de órgão processante destinado a apurar anomalias ocorridas no serviço público após a ciência dos fatos a serem analisados. Destarte, a comissão processante deve ser natural, ou seja, preexistente aos fatos, definida nos termos da lei, de forma genérica e abstrata.

Conforme expõe Roza:

A garantia insculpida na Constituição Federal/1988 é princípio fundamental, norma de primeira grandeza, de aplicação imediata, e com comando constitucional fundante, de modo que se deve irradiar pelo ordenamento jurídico e ter efetividade prática, no sentido de sua maior eficiência e otimização, consoante dicção do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal/1988, obrigando os poderes públicos e a sociedade.⁸⁸

Assim, os princípios provenientes do devido processo legal ultrapassam a instância judiciária, devendo ter aplicação incondicional sempre que interfira ou intimide direitos individuais. Todos os órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, são compelidos a efetivar o princípio do juiz natural em processos administrativos processados e julgados na esfera federal, estadual, municipal ou distrital.

3. FAZZALARI: O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Simplicidade e genialidade, eis dois adjetivos atribuídos por Ada Pellegrini Grinover⁸⁹ para a obra de Elio Fazzalari, que lecionou na Universidade de Perugia até 1964, na de Pisa até 1972, e na Universidade de Roma “La Sapienza” quando desta se desligou em outubro de 2000, sendo agraciado com o título de Professor Emérito.

Ao estabelecer com primazia a noção de processo como procedimento em contraditório, e fazer do contraditório o elemento distintivo de processo e

⁸⁸ ROZA. **Processo...**, *op. cit.*, p. 129.

⁸⁹ Presente na apresentação da versão brasileira da obra: FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

procedimento, Fazzalari afastou o retrógado *clichê* da relação jurídica processual que sustenta a instrumentalidade do processo, capitaneada no Brasil por Dinamarco⁹⁰ e alicerçada em Leibmann e Chiovenda, incapaz neste momento de dar respostas efetivas aos problemas sociais.

Neste quarto, a proposta do processo como procedimento em contraditório traduz o ápice do pensamento jurídico na condução efetivamente dialética e democrática do processo. É justamente o contraditório que distingue o processo do procedimento:

A referência à estrutura dialética como a *ratio distinguendi* permite superar anteriores tentativas de definir o 'processo', como aquele conceito segundo o qual existe processo onde exista, em ato ou em potência, um conflito de interesses, e aquele segundo o qual existe processo toda vez que participe da formação do ato um sujeito portador de um interesse distinto daquele interesse do autor do ato nos quais os interesses e as suas possíveis combinações são dados metajurídicos.⁹¹

Para se identificar, portanto, o processo é fundamental a participação dos destinatários da decisão em contraditório paritário. Isso não significa a mera participação dos sujeitos do processo, não é o dizer e o contra dizer, não se resume em discussão. Para Gonçalves o "contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei."⁹²

Acrescente-se, que a exteriorização do princípio do contraditório, na proposta de Fazzalari se opera em dois momentos, conforme atesta Rosa. Inicialmente com a *informazione*, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as posições jurídicas em face das normas processuais e,

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁹¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições...**, *op. cit.*, p. 120.

⁹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 127.

em seguida, num segundo momento, a *reazione*, revelada pela possibilidade de movimento processual, sem se constituir, todavia, em obrigação.⁹³

Deste argumento brota a noção de contraditório em simétrica paridade, que vincula compulsoriamente o autor, o réu, o interveniente, o juiz, o representante do Ministério Público (quando necessário) e seus auxiliares a atuarem em pé de igualdade. Aqui novamente visualiza-se um contraponto a noção instrumental do processo, pois garante a dialética participação não só de autor e réu, tradicionais destinatários do ato, mas também das demais pessoas envolvidas na atividade jurisdicional. Sob este enfoque, todos são partes, como bem observa Pellegrini.⁹⁴

Contudo, as lições de Fazzalari não se encerram na noção de processo como procedimento em contraditório. Traz a baila o conceito de norma como um cânone de valoração de uma conduta, entendida como alguma coisa de aprovável, de preferível em determinada cultura⁹⁵. Assim, a exposição deste panorama permite afastar a nefasta proposta de Kelsen que concentrou o estudo da juridicidade no ilícito, para quem o processo traduz um ilícito⁹⁶. Para Fazzalari, portanto, o processo deve ser compreendido e praticado como uma garantia, logo, quando se inicia um processo não se exercita um ilícito, ao reverso, se pratica um direito constitucionalmente assegurado.

4. A CONTRIBUIÇÃO DE FAZZALARI...

A tarefa de sintetizar em poucas palavras a contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar é deveras arriscada, haja vista, a vultuosidade das lições contidas em seu pensamento. Contudo, duas orientações surgem com maior brilho para o caso do processo administrativo disciplinar: a primeira refere-se ao contraditório; a segunda, a noção de processo como garantia.

⁹³ ROSA. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 264.

⁹⁴ PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. **Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, ano 2, p. 05-07, 2003.

⁹⁵ FAZZALARI. **Instituições...**, *op. cit.*, p. 49.

A compreensão do processo como procedimento em contraditório representa um *plus* em relação à velha e impotente ideia de instrumentalidade do processo. Neste momento, a proposta de Fazzalari produz uma aproximação entre a Teoria Geral do Processo e a Constituição. Principalmente no que diz respeito à participação das partes em simétrica paridade de armas, a qual produz um ato final democrático na medida em que todos contribuíram efetivamente no processo.

Na seara do processo administrativo disciplinar o conceito de processo desenvolvido em igualdade na produção de alegações e contra-alegações, por todas as partes é de fundamental importância, haja vista estar a Administração Pública atuando como autor e juiz da questão. No processo administrativo disciplinar a vontade que move o processo é a mesma que fundamenta a decisão, majoritariamente, a punição.

Por esta razão o processo administrativo disciplinar necessita ser praticado como procedimento em contraditório, onde a supremacia do interesse público contido na Administração Pública, não se sobreponha aos direitos e garantias do servidor. O servidor carece ser ouvido e ter resguardado seu direito de produzir alegações em pé de igualdade com a Administração e, com igual tratamento em relação a ela.

Somente com a isonômica dialeticidade do processo estar-se-á de acordo com o Estado Democrático de Direito, pois a Constituição precisa ser vista como um “projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres e iguais.”⁹⁷

Possibilita, ainda, o processo como procedimento em contraditório, desenvolvido em simétrica paridade, um acordo semântico [decisão] resultante da fusão de horizontes, como quer Gadamer⁹⁸, do qual decorre uma decisão substancialmente democrática, pois possibilitou a ativa participação dos destinatários do ato final e, pedagogicamente válida no intuito de prevenir novas

⁹⁶ GONÇALVES. *Técnica...*, *op. cit.*, p. 155.

⁹⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Poder constituinte e patriotismo constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 87.

infrações. Portanto, levar o contraditório a sério, produzido mediante a fusão de horizontes dos argumentos trazidos pelos contraditores, resulta em um julgamento socialmente integrador da ordem jurídica.

No entendimento de Habermas, pode-se dizer que todos os participantes no processo, quaisquer que sejam seus motivos, aportam contribuições ao discurso que, na perspectiva da autoridade julgadora, ajude a que se alcance um veredicto imparcial.⁹⁹

Tal pensamento combinado com Fazzalari possibilita a substancial satisfação do princípio do juiz natural, especialmente na observância do vínculo negativo [caráter de inviolabilidade] e no vínculo positivo, haja vista ninguém estar autorizado a lhe deixar de aplicar. Sem erro, é possível estabelecer que a dialética e sua simétrica condução no processo administrativo disciplinar resulta na imparcial decisão do juiz natural.

Destarte, o princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar não se resolve somente com a pré-constituição e a imutabilidade da competência de julgamento. Requer mais, requer a imparcialidade do juiz pré-existente, que conduza o processo à luz do contraditório desenvolvido em pé de igualdade e, igual tratamento dos contraditores. Ressalte-se, por óbvio que a necessidade de um juiz imparcial não pode ser compreendida como sinônimo de juiz neutro, avalorado, pasteurizados, isto porque, todos possuem uma bagagem ideológica preexistente, o que se quer é um juiz que saiba considerar seus valores sem interferir na decisão.

Já não basta mais um simples e individual acordo semântico [decisão], é preciso buscar novos mares. A decisão necessita ser prolatada num ambiente democrático, em sentido além da vontade da maioria. Vale alertar, e nunca é demais dizer que sobre os Direitos Fundamentais, é o processo é um deles, não

⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. _____. **Verdade e método II**. Trad. Enio Paulo Gichini. Petrópolis: Vozes, 2002.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Contributins to a discurse theory of law and democracy. Trad. William Rehg. Cambridge: The MIT, 1996, p. 231-232.

se negocia, não se renuncia, não se transige. Constituem os Direitos Fundamentais núcleo jurídico irreduzível, nem mesmo pela vontade da maioria.¹⁰⁰

A manifesta confusão entre as funções desempenhadas no processo administrativo impede que incida uma mentalidade minimamente acusatória e garanta um julgamento em contraditório, munido, ademais, das respectivas garantias constitucionais, dentre elas defesa técnica. Não se trata, por evidente, de resgatar a ilusão de neutralidade, mas sim de apontar para um lugar na estrutura do poder em que o sujeito processado internamente possa buscar uma referência democrática, a saber, um lugar respeitado como tal. Isto impede a indicação de “juízes de ocasião”, designados para tarefas específicas em que o processo como procedimento em contraditório se transforma em mero mecanismo de “legitimação” da decisão anteriormente tomada, violando flagrantemente a Constituição da República, segundo Marcon¹⁰¹. Cabe lembrar que somente pode ser imparcial – com muito esforço retórico, por básico – aquele que não é acusador, reiterando a necessidade da separação da acusação e julgador para, somente assim, ser o “guardião dos *Direitos Fundamentais*”. Ao reverso, estar-se-á materializando a visão *kafkaniana* do processo. Utilizando-se de uma metáfora o processo, em especial o administrativo disciplinar, reclama ser praticado como um jogo em detrimento da visão de luta. A luta procura pôr em jugo o derrotado frente o vencedor. No jogo, ao contrário, o adversário é essencial, existe neste uma relação de cooperação, coexistência. Enquanto na luta prevalece à brutalidade, no jogo impera a racionalidade dos adversários que buscam demonstrar a maior liquidez de seus argumentos.¹⁰²

Outra contribuição de Fazzalari para o processo administrativo disciplinar é a noção de processo com uma garantia constitucionalizada. Quando se instaura um processo está se praticando um direito e não um ilícito. Embora lógico este pensamento continua a vigorar mesmo com o advento da CRFB/88,

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés Ibanez. Madrid: Trotta, 2001. ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 11, n. 2, p. 219-233, jul-dez. 2006.

¹⁰¹ MARCON. **O princípio...**, *op. cit.*, p. 264.

¹⁰² Síntese da ideia de RAPOPORT, Anatol. **Lutas, jogos e debates**. Trad. Sergio Duarte. Brasília: UnB, 1980.

produzindo na prática, uma grave afronta a garantia da presunção de não-culpabilidade (art. 5º, LVII da CRFB/88).

Na lição de Fazzalari o processo precisa ser visto e praticado como uma tarefa democrática inafastável, onde o contraditório operado em simétrica paridade assume função basilar. Isto importa em afirmar que todo provimento jurisdicional (entenda-se ato estatal) deve ser construído nos estreitos ditames do Estado Democrático de Direito, concretizando a prática da cidadania, assegurando a defesa de todos os Direitos Fundamentais (e as normas processuais o são) como quer Ferrajoli, conseqüentemente, efetivando o exercício verdadeiro do devido processo substancial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A figura do juiz natural, na qualidade de Direito Fundamental, consoante tipificação dada pela CRFB/88, reveste-se do manto da inviolabilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, de caráter personalíssimo que defende o indivíduo de ser julgado por órgão jurisdicional constituído após a ciência do fato ou parcial.

Ademais, sem uma autoridade competente preexistente ao fato, as demais garantias constitucionais sucumbem no processo disciplinar onde os julgadores são escolhidos a dedo, com a intenção de favorecer ou perseguir implacavelmente o servidor acusado.

Somente com a compreensão do processo administrativo disciplinar com procedimento em contraditório, desenvolvido em simetria de armas e oportunidades pelos contraditores, será possível obter-se plenamente um juiz natural capaz de produzir um acordo semântico [decisão] decorrente da fusão de horizontes trazidos pelos destinatários do ato. A participação efetiva de cada contraditor propicia um julgamento imparcial, que compreende o processo com uma garantia e um espaço democrático. Eis a contribuição de Elio Fazzalari para a correta compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar.

Se, neste momento, necessita-se, como nunca, da instituição de uma nova cultura jurídico-processual, fundada no valor da dignidade humana, da vida

democrática e do desenvolvimento harmônico e sustentável a proposta de Elio Fazzalari serve, indubitavelmente para tal propósito.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso**. Tomo I. México: Universidade Nacional Autônoma de México, 1974.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés Ibanez. Madrid: Trotta, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **Verdade e método II**. Trad. Enio Paulo Gichini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Contributins to a discourse theory of law and democracy. Trad. William Rehg. Cambridge: The MIT, 1996.

MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

MOREIRA, Egom Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. **Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, ano 2, p. 05-07, 2003.

RAPOPORT, Anatol. **Lutas, jogos e debates**. Trad. Sergio Duarte. Brasília: UnB, 1980.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

_____. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 11, n. 2, p. 219-233, jul-dez. 2006.

_____; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente & ética da vingança**: em busca de uma criminologia da não violência. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

ROZA, Claudio. **Processo administrativo disciplinar & comissões sob encomenda**. Curitiba, 2008.

STAFFEN, Márcio Ricardo; ROSA, Alexandre Morais da. Incidência do princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar: um estudo à luz da teoria do garantismo jurídico. **Produção Científica CEJURPS**. Itajaí, a. VIII, n. 1, p. 401-410, 2010.

THE GRAND DESIGN¹⁰³

Tradicionalmente uma resenha inaugura-se com uma breve síntese bi[bli]ográfica do[s] autor[es]. No caso em tela, maiores detalhes talvez não façam sentido, uma vez estar-se comentando a obra de um dos maiores gênios da humanidade e seu discípulo. Na justa medida do seu conhecimento posiciona-se sua fama. Não é por acaso que Stephen Hawking transpassa os meios acadêmicos, cátedra lucasiana da Universidade de Cambridge, na qual lecionou *sir* Isaac Newton, para figurar em seriados infantis animados e trilogias de ficção científica. Leonard Mlodinow, por sua vez, é físico teórico do Instituto de Tecnologia da Califórnia (Caltech) e assim, tal qual o mestre é autor de inúmeras obras.

A obra dos autores, em particular Hawking, lançou o alicerce da moderna compreensão da origem do Universo e dos buracos negros, aproximando elementos da física de gravitação de Einstein com a teoria quântica. Em *The grand design*, apresentam os pensamentos mais recentes sobre os mistérios do Universo. Quando e como o universo começou? Por que estamos aqui? Porque existe algo e não nada? Qual é a natureza da realidade? Porque é que as leis da natureza estão finamente ajustadas para permitir a existência de seres como nós? E, finalmente, é o "grande desígnio" aparente do nosso universo evidência de um criador benevolente que coloca as coisas em movimento e não oferece outra explicação científica? São exemplos de problemas formulados nos escritos que objetivam demonstrar como o cosmos não tem uma existência única.

Em suma, todas estas questões possibilitam admitir que a existência de tudo é fruto de flutuações quânticas. Logo, o desenvolvimento de uma teoria do tudo resta prejudicado. Neste cenário, até mesmo nosso paradigma de Universo perde sustentação. Com isso uma nova categoria merece destaque: "multiverso",

¹⁰³ HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. **The grand design**. New York: Bantam Books, 2010, 208 p.

afinal, o “nosso” universo é apenas um dos muitos que surgiu espontaneamente do nada, cada um com leis da natureza distintas.

Deste modo, o senso comum teórico é posto em xeque. A maioria dos estudiosos, físicos ou não, defende uma realidade objetiva. Destaque para a ciência clássica baseada na doutrina (exatamente na acepção de crença religiosa) de que existe um mundo externo de propriedades precisas e alheias ao sujeito que as percebe. Na filosofia essa posição recebe o nome de realismo. Contudo, em paráfrase ao ponto de vista de Timothy Leary, os autores determinam que o conceito de realidade está condicionado ao indivíduo que a percebe. Assim, o observador é elemento indispensável à percepção do mundo, não havendo forma de suprimi-lo.

Todavia, com o progressivo desenvolvimento da física quântica, a aceitação do realismo encontra-se cada vez mais reduzida. Neste panorama, enquanto na física clássica (newtoniana) o passado existe como uma série definida de acontecimentos na física quântica, o passado, bem como o futuro, é indefinido e existe tão-só como um leque de possibilidades.

Hawking e Mlodinow apontam ainda alguns dilemas que permeiam o realismo e a física clássica preocupada em definir uma súpula definitiva para a teoria do tudo. Em primeiro lugar, de acordo com o realismo vinculado ao modelo, não há razão para questionar se um paradigma é real, mas sim se ele está condizente com a observação, apenas. Portanto, se dois modelos estiverem de acordo com a observação, nenhum deles será mais real que o outro. Logo, qualquer indivíduo poderá escolher o modelo mais apropriado. Em segundo lugar, e conseqüentemente, o realismo vinculado ao modelo se aplica não só a modelos científicos, mas também aos paradigmas neurológicos conscientes e subconscientes que se projeta para compreender o cotidiano.

Não por acaso o fracasso dos esforços para a obtenção de uma teoria do tudo (conjunto completo e consistente de leis fundamentais da natureza que esclarecem a realidade integralmente), tal como ocorreu com a Teoria das Cordas e atinge a Teoria M. Assim, as reiteradas tentativas de uma teoria do tudo acabam por alimentar e fortalecer a noção de que a descrição do universo reclama diferentes teorias em diferentes situações.

Aproximando o magistério de Hawking e Mlodinow para o âmbito da Ciência Jurídica alguns conceitos [princípios] têm seu conteúdo corroído. A dúvida que incide sobre a verdade da realidade percebida compromete institutos como verdade real e segurança jurídica, bem como inúmeros conceitos que necessitam de atribuição de sentido pelo intérprete.

Essa estrutura, preocupada com uma teoria do tudo se manifesta fortemente no constante e progressivo processo de uniformização de julgados, especialmente na edição de súmulas vinculantes. Muito embora toda sua arquitetura seja atribuída ao fetiche do pensamento único à Francis Fukuyama, merece reflexão a ideia de formulação de uma teoria definitiva que unifique tudo. Essa reflexão permeia institutos como padronização da jurisprudência; cláusulas de repercussão geral; recursos repetitivos e súmulas vinculantes. O objetivo é claro: uniformizar e padronizar a-criticamente e de modo irrefletido o sentido da norma dentro do *establischment* jurídico, atribuindo ao aparato judiciário (juízes, promotores, advogados, etc.) a atuação como mera engrenagem de uma linha de produção fordista, a repetir sábias, pacíficas e remansosas ordens, mediante um poder de violência simbólico, onde predominam argumentos de autoridade em detrimento de uma racionalidade mínima.

Bem se compreende, face o exposto, a partir da utilização de lições da física quântica transplantadas para a Ciência Jurídica a impossibilidade de uma equação única para determinar o modo de produção, interpretação e aplicação do Direito. A realidade não está circunscrita unicamente em um modelo. A realidade depende da percepção individual do observador. Esse é o desafio, para físicos, filósofos, sociólogos, juristas, enfim.

MAGISTRATI: NOVAMENTE O ATIVISMO JUDICIAL!¹⁰⁴¹⁰⁵

Márcio Ricardo Staffen

Há inegavelmente no atual cenário jurisdicional forte preocupação no que diz respeito ao espraçamento dos poderes do juiz e sobre o modo pelo qual se decide. Não faz mais sentido, se é que um dia fez, pensar na decisão como algo revelado, proveniente de um poder divino, sobrenatural ou da consciência do julgador. De igual forma, decidir não pode ser ato de vontade. A democracia e o Estado Constitucional reclamam para sua manutenção um controle rígido das decisões proferidas.

É justamente a partir desta e de outras constatações que se origina a obra “Magistrati” de Luciano Violante, professor ordinário de Direito Processual Penal na Università di Camerino, juiz, parlamentar e Presidente da Câmara dos Deputados da Itália.

O livro discute um marco atual à legitimação das decisões judiciais de modo a minimizar a tensão entre Política e Justiça, restabelecendo de igual sorte a necessidade de equilíbrio e de responsabilidade nos respectivos exercícios destas funções, trazendo em seu bojo as mazelas da era Berlusconi ao Estado italiano (que em muito pode ser apropriado ao caso brasileiro). As raízes desta demanda são múltiplas, contudo, podem ser concentradas na opinião do autor na arquitetura jurídica legiscentrista que elevou em um patamar superior o império da Lei. Além disso, a edição de novos textos normativos; a complexidade do

¹⁰⁴ VIOLANTE, Luciano. **Magistrati**. Torino: Einaudi, 2009, 129 p.

¹⁰⁵ Artigo desenvolvido no âmbito do Projeto de Pesquisa CNJ Acadêmico: “Juizados Especiais, Turmas Recursais e Turmas de Uniformização da Justiça Federal”. Com fomento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

processo legislativo e os dilemas hermenêuticos potencializam a ascensão política da magistratura nos assuntos de governo.

Ao passo em que se expandiu a investida da magistratura na política se observa a fragilidade do sistema político representativo e a conseqüente bulimia legislativa o que exige uma revisão do atual pacto democrático. Porém, tal mudança de rumo não decorre do acaso, fruto de um processo abiogênico. Ao reverso, reflete um produto do constitucionalismo pós-guerra. Com isso, a magistratura abandonou os atributos de instância de estabilidade para assumir feições de instituição de transformação. Não por acaso a metáfora utilizada por Violante o qual compara a magistratura como um leão incumbido de proteger o trono, mas que resolve ocupá-lo.

Em complemento, vislumbra-se tal centralidade da magistratura no espaço que as decisões judiciais ganham na mídia, expondo não só a instituição como seus membros. Passa o magistrado, neste contexto, ao papel de ator político. Há nesta constatação a incubação do ovo da serpente, afinal, quando se aproxima a magistratura do consenso popular as razões de decidir escapam das fundamentações jurídicas.

Certamente não é este o pressuposto de legitimação das decisões que se espera. Pois nestes casos se dá uma substituição de critérios jurídicos para a prevalência do princípio da oportunidade. Ainda que a facticidade social seja relevante em termos de Política Jurídica não se pode crer que decisões judiciais importem na predominância da vontade popular, o que mais cedo ou mais tarde instituirá um comando de ovação, restituindo velhas práticas ditatoriais. Exigem-se um exercício legítimo das normas substanciais e procedimentais da Constituição, a autonomia do Judiciário e uma interpretação coerente dos textos normativos.

Lê-se na obra em síntese a compulsória vinculação da magistratura ao ideário republicano. Sem ele estar-se-á situando a judicatura a simples atribuição burocrática e funcionalmente dependente. Todavia, clama Violante por uma republicanização interna da magistratura. A estrutura da magistratura (entenda-se Poder Judiciário) em sua distribuição é piramidal na qual as Cortes Superiores exercem atribuições de cooptação dos juízes inferiores. Poderes estes que não se

resumem no aspecto de controlabilidade das decisões proferidas, mas também na promoção dos juízes.

Assim, um novo modelo de magistratura depende essencialmente de uma dialeticidade participativa, transcendente de um comando de império e, que sobretudo, seja uma processo republicano. A estabilização da tensão Política-Judiciário está condicionada à redistribuição dos poderes políticos entre as instituições constitucionalmente criadas, não na concentração dos poderes, seja pelo Legislativo, Executivo ou Judiciário. Pode-se exemplificar tal orientação, no caso brasileiro, em específico, com a precária (quase inexistente) utilização do Mandado de Injunção. Em suma, não se observa uma nova construção teórica, mas uma racionalização do clássico do sistema de freios e contrapesos, que se principie no procedimento eleitoral-legislativo.

Logo, a legitimação da magistratura no Estado de Direito encontra-se vinculada indissoluvelmente na Constituição, na legislação infraconstitucional sujeita ao controle de constitucionalidade e, especialmente, na existência de Direitos Fundamentais enquanto escudo contra a exorbitância de poderes.

Não nega Luciano Violante a existência do magistrado na sociedade e a influência que isso possa representar no convencimento deste. Apenas determina que tais elementos não podem se sobrepor ao fundamento constitucional, bem como, noutra vértice, que se acredite na pasteurização do julgador. É importante a explicitação do lugar de fala de cada um.

Enfim, a proposta de Violante acerca da legitimação da magistratura recomenda a coerência e certeza sobre o Direito e sua interpretação, respeito à autonomia da Política e da Administração Pública e a compreensão da função de proteção jurídica dos Direitos individuais, coletivos ou difusos, ainda que exercida de modo contra majoritário. Retomando a metáfora já abordada, não existem maiores problemas na tolerância do leão de guarda, desde que tal “espécime” tenha sua área de atuação determinada previamente e que neste espaço possa transitar com liberdade e responsabilidade.

O caminho é árduo e ininterrupto, mas não pode ser desprezado... Não encarar esse desafio de frente representará a manutenção do conflito Política-Magistratura e a conseqüente deslegitimação destas forças essenciais à existência do Estado Democrático de Direito.