

O JUDICIÁRIO ENTRE GARANTIA DO MERCADO OU DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A “RESPOSTA CORRETA”, COM LENIO STRECK

Alexandre Moraes da Rosa*

RESUMO

Este texto discute a superação do discurso da Justiça Econômica apresentado pela *Law and Economics*, confrontando-a com a efetivação do Estado Democrático de Direito, mediante a aplicação da “resposta correta”, desenvolvida por Lenio Streck.

Palavras-chave: Resposta correta. Direitos fundamentais. Judiciário.

INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva estabelecer um diálogo¹ a partir da discussão do “lugar” e da “função” do Poder Judiciário no atual estágio da democracia, em construção, no Brasil, principalmente no que se relaciona aos Direitos Fundamentais (FERRAJOLI, 1999, 2001a, 2001b, 2006, 2007) em cotejo com o discurso eminentemente pragmático imposto pelo discurso mundializado neoliberal (FRIEDMAN, 1984; FRIEDMAN e FRIEDMAN, 1990; NUNES, 2003; TORTELLA, 2000; COUTINHO, 2006; HAYEK, 1985, 2001, 2005), avivado pela “Análise Econômica do Direito – AED”.

* Doutor em Direito (UFPR), mestre em Direito (UFSC), professor do Programa de Mestrado em Direito da Univali (SC), membro do Núcleo de Direito e Psicanálise da UFPR e Juiz de Direito (SC). Realizou estágio de pós-doutoramento na Faculdade de Direito de Coimbra e na Unisinos. Endereço eletrônico: alexandremoraisdarosa@gmail.com.

1 Este trabalho está inserido no contexto das discussões realizadas com o Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares e conta com a interlocução proporcionada pelo Professor Doutor Lenio Luiz Streck.

Realinhando a discussão numa perspectiva de construção do Estado Democrático de Direito, apresenta-se a proposta formulada por Streck (2008), com base em Dworkin, que constitui um sendero no atual contexto brasileiro. Enfim, procura-se reordenar as coordenadas simbólicas de um Poder Judiciário perdidas em seu dilema de personalidade, apontando para uma escolha: *entre garantia do Mercado ou dos Direitos Fundamentais*.

AS BASES DO DISCURSO MUNDIALIZADO DA JUSTIÇA ECONÔMICA

Partindo do mercado como Instituição necessária, mas não suficiente, o pensamento neoliberal reconhece a necessidade da manutenção do Estado como uma ferramenta de conserto. Não como um agente econômico dirigente, mas garantidor reformado da Instituição maior: o Mercado. Desse ponto de vista, há um caráter acessório do Sistema Jurídico. Sua função é a de reduzir os “ruídos/externalidades”, isto é, quando o comportamento não gera os resultados mais eficientes, capazes de impedir um utópico “custo zero” de transação. A intervenção do Estado somente é convocada como último recurso. Nessa perspectiva, o Estado é reduzido em suas atividades, isto é, passa a ser um Estado Mínimo, permanentemente fixo além das fronteiras do mercado. O Estado fica no “banco de reservas” e é convocado a participar do jogo do mercado sempre que houver necessidade da redução/exclusão de ruídos internos, para que a força, antes legitimada pelo Estado, possa se justificar. Fica, portanto, em posição de espera. Há proeminência de mecanismos próprios do mercado e/ou privilegiam-se meios privados de resolução de conflitos (ADRs). Assim, somente nos casos-limite é que a convocação do Estado se faz presente, justificando o sacrifício da autorregulação, mediante uma intervenção subsidiária. Consequência disso é a redução das possibilidades de intervenções estatais, sob o fundamento de que os próprios sujeitos – donos do direito de

liberdade inalienável – possam buscar, por si e no ambiente do Mercado, as melhores escolhas².

Somente as condutas lesivas ao ideal funcionamento do Mercado podem ser implementadas, sempre na perspectiva de devolvê-lo ao seu funcionamento perfeito. O princípio unificador do Sistema é o vazio absoluto do Mercado. Qualquer intervenção do Estado precisa estar justificada por “lesividades mensuráveis” do funcionamento do Mercado. Aquele não pode intervir no funcionamento natural deste para o efeito de conferir direitos (sociais), na trilha de uma Justiça Social.

Com efeito, Posner (1995), ao se filiar parcialmente ao Neopragmatismo, mantém o legado dos clássicos como Peirce, James e Dewey e manipula a herança filosófica para, convocando Cardozo (2004), justificar a intervenção judicial alinhada ao bem-estar social, enfeitando, assim, a tradição ocidental do “racionalismo jurídico”. O Judiciário é composto por homens que estão de acordo quanto à decisão correta no campo de uma matriz de verdade diversa. Os textos jurídicos são ferramentas para escolha da melhor decisão conforme o critério econômico³, sem que os critérios hermenêuticos de um direito, alicerçados em Direitos Fundamentais, possam oferecer a melhor resposta ao Mercado. Dito de outra forma, a *Law and Economics* analisa o impacto jurídico na economia de uma perspectiva interna, não de campos distintos. Isso implica em analisar as

2 “En esta perspectiva, la política debe conferir ‘derechos’ a aquellos que podrian ganarlos de todas formas en la competencia privada, y concentrarse en minimizar los costos de las transacciones en negocios privados e en facilitar la compensación social” (CARTER, 1992, p. 181).

3 “A interpretação dos textos legais não é um exercício de lógica, e seus limites são tão elásticos que põem em dúvida a utilidade dos conceitos. Os pragmatistas indagarão qual das possíveis soluções produzirá as melhores conseqüências, uma vez reconhecida a dificuldade da problemática natureza da interpretação das leis. [...] De outro lado, é improvável que um juiz pragmatista se comova com considerações sentimentais, como piedade, ou com tradições morais. Mas é sempre admissível que pelos menos alguma parte do discurso do formalismo legal – no que concerne à preocupação com uma rigorosa adesão aos precedentes judiciais – seja considerada como o melhor guia para a prolação da decisão judicial” (MACHADO FILHO, 2002, p. 79-94).

consequências do Direito na estrutura econômica, partindo de conceitos previamente dados sobre a conformação do Direito, da Justiça, da Teoria do Direito, da Moralidade, alterando o que estiver em desconformidade. O cotejo desses elementos é feito diante dos critérios de maximização do sistema econômico em detrimento de qualquer outro, especialmente de Justiça Distributiva. A escolha pela matriz filosófica do Pragmatismo decorre justamente do acolhimento da deficiência de fundamentação em nome da finalidade. Posner (2007), nesse pensar, defende a maximização de riqueza (do valor agregado a todos os bens e serviços, econômicos ou não econômicos) como a melhor justificativa filosófica da atuação do Sistema de Justiça. O “valor”, nesse contexto, significa o maior valor que o titular do bem/serviço quer para dele se separar ou o que o não titular está disposto a pagar para tê-lo. A “riqueza”, por sua vez, é o “valor” total dos bens/serviços (econômicos e não econômicos) e é eficiente quando potencializada nos usos mais rentáveis, sem distinção entre Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais.

A AED, todavia, não pode ser reduzida a um método de interpretação eficiente. Ela é muito mais: representa uma ruptura no modelo hermenêutico ocidental e visa encontrar-se num universo filosoficamente pragmático. Essa mudança da matriz filosófica é o meio pelo qual a lógica causa-efeito é desconsiderada, passando-se a usar o padrão da eficiência⁴. A manipulação é maior, se considerada com base no paradigma da Filosofia da Consciência. Já no caso da Filosofia da Linguagem, acolhida de bom grado neste escrito, com Lenio Streck, o que se dá é a percepção de que os significantes são manipulados para se postarem de maneira diversa, mas vinculados ao significante um: a eficiência, a qual, de seu turno, modifica-se conforme as necessidades do caso. Essa é uma forma de interpretar que parte

4 “Não é admissível, em hipótese alguma, sinonimizar efetividade com eficiência, principalmente por desconhecimento. Afinal, aquela reclama uma análise de *fins*; esta, a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos *meios*” (COUTINHO, 2006, p. 34).

de escolhas ideológicas pré-dadas, não discutidas e encantadoras. A Justiça corresponde ao significante “eficiência” e, portanto, pretende evitar que se aponte a fragilidade da teoria. Mas não consegue, definitivamente.

ENTRE SUBSTANCIALISTAS E PROCEDIMENTALISTAS

No cenário brasileiro, cabe convocar Wernneck Vianna et al. (1999), que, do ponto de vista sociológico, apresentam uma contribuição absolutamente necessária ao enfrentamento da questão do ato decisório, por indagar de que forma as funções normativizadoras articulam-se após a Constituição da República de 1988 em face das novas demandas sociais trazidas ao palco de batalhas do Poder Judiciário. No que interessa à construção deste texto, cumpre destacar que o Poder Judiciário foi mantido durante muito tempo em verdadeira “situação de estufa” (VIANNA et al., 1997) das questões sociais, manietado que estava pelo patrulhamento totalitarista e acostumado a resolver, na forma da lei, as demandas individuais. Diante da exigência de implementação dos Direitos Fundamentais e, especialmente, depois dos insucessos dos planos econômicos, as contingências fizeram que “o Judiciário se constituísse no único lugar de defesa do cidadão e das empresas” (VIANNA et al., 1997).

A Constituição da República de 1988 instituiu um grande rol de Direitos Fundamentais cuja factibilização se mostrou e se mostra complicada, mormente após o levante neoliberal, com a paulatina retirada do Estado de funções essenciais, mormente numa sociedade à margem do capitalismo central. Relembre-se que, para o modelo neoliberal, o Estado deve ser mínimo no social e forte na repressão. É certo que a Constituição do Brasil de 1988 é uma Constituição Dirigente, na linha do que defende

Canotilho (2001, p. 20)⁵, reiterada recentemente. Assim, as normas ditas programáticas são cogentes, a se realizar, pois, no plano da *praxis* forense. Mesmo assim, os discursos de normas programáticas e de não aplicabilidade ganharam contornos impressionantes diante do dilema de personalidade da magistratura pós-88. Por outras palavras, embora tenha havido a mudança de uma ordem constitucional, no plano decisório, até recentemente, diante da rígida (e equivocada) compreensão republicana de separação de poderes e vontade da maioria, pouca coisa mudou (CATTONI, 2000, p. 26). É verdade que o constituinte partiu da lógica da compensação ao elencar uma generosa declaração de Direitos Sociais e Fundamentais, cujo cumprimento era (e é) de difícil alcance, normalmente deixando para a legislação complementar – na maioria, não editada – a regulamentação das promessas enunciadas. Neves (1994, p. 32-34) denomina essas promessas impossíveis de cumprimento de “legislação álibi”, ou seja, “o legislador, sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer a expectativa dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas”.

De qualquer forma, a articulação da sociedade civil a partir do aumento dos legitimados processualmente – substituição processual, dentre outros instrumentos – fez com que a efetivação desses direitos fosse exigida perante o Poder Judiciário (OLIVEIRA, 2003; BRANDÃO, 2006), fazendo surgir, no Brasil, a figura da Judicialização da política⁶, cuja relevância contemporânea é fundamental para compreender o que se passa na posição

5 “Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas, a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais.”

6 “O protagonismo do Judiciário, assim, é menos o resultado desejado por esse Poder, e sim um efeito inesperado da transição para a democracia, sob a circunstância geral – e não apenas brasileira – de uma restauração das relações entre o Estado e a Sociedade, em consequência das grandes transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo” (VIANNA et al., 1997, p. 12).

do Poder Judiciário brasileiro (MARCELLINO JUNIOR, 2009). A atuação do Executivo difere do (que deveria acontecer no) Judiciário, pois se dá por agendas econômicas e, não raro, os juízes são tachados de insensíveis ao contexto econômico, ao não aplicarem a razão instrumental em suas decisões. Isso é o que aponta a *Law and Economics*, ou seja, inverte-se o critério, partindo dos Direitos Fundamentais, que, em tempos neoliberais, configura “crime hediondo”. Todos esses fatores articulados culminam em demandas formuladas perante o Poder Judiciário (ABREU, 2004, p. 257-258) e, por via de consequência, na judicialização da política⁷. No pós-88, houve um paulatino enfraquecimento do Poder Legislativo diante dos mecanismos de criação normativos – Medidas Provisórias (PESSANHA, 2002, p. 141-194) – e do controle da pauta congressista pelo Executivo conforme a orientação econômica⁸. Paralelamente a isso, a estrutura do modelo neoliberal introduzida no Brasil trouxe consigo a desestruturação

- 7 “Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico ‘sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária’, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas – e um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo. Tal contexto institucional, dominante, em maior ou em menor medida, nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da *intelligentzia*: os magistrados e os membros do Ministério Público. ‘Guardiães das promessas’, na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito” (VIANNA et al., 1999, p. 22-23).
- 8 “Tal déficit se faria indicar pela predominância do Executivo sobre o Legislativo, evidenciada pela prática abusiva da edição de Medidas Provisórias, principalmente em matérias que não satisfazem a cláusula de reserva de emergência prevista na Constituição, importando em um processo de decisões que se vem subtraindo à formação da opinião tanto no âmbito parlamentar quanto no da sociedade civil nas questões estratégicas para os rumos da sociedade. [...] A partir dessa delegação de vontade por parte do soberano, tem-se gerado um circuito vicioso que vai das relações entre o vértice do Executivo com as bases locais, mediadas pelas clientelas jurisdicionadas pelos parlamentares com acesso aos recursos do poder político, à política assistencialista com que o governo tem buscado se legitimar” (VIANNA, 2002, p. 8-9).

do Estado⁹ em diversos setores, modificando a face intervencionista então prometida, transformando-o (sem ter sido Estado Providência) num Estado reduzido às atividades estritamente necessárias à manutenção da ordem (CADEMARTORI, 1999, p. 175-181): educação, saúde, segurança pública e judiciária, compartilhadas, na melhor tradição neoliberal, e paralelas ao ensino privado, ao plano de saúde, às empresas de segurança e arbitragem.

Para o enfrentamento dessa tensão entre Poder Judiciário, de um lado, e Executivo coadjuvado pelo Legislativo, de outro, tendo por objeto a agenda neoliberal e os Direitos Fundamentais, Vianna et al. (1997) propõem a divisão da postura de análise em dois eixos: substancialistas (Cappelletti-Dworkin) x procedimentalistas (Habermas-Garapon). Em linhas gerais, os substancialistas defendem a concretização dos Direitos Fundamentais constituídos e compartilhados pelos sujeitos na via do Poder Judiciário, enquanto os procedimentalistas propugnam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular (VIANNA et al., 1997, p. 22-37; GARAPON, 2001, p. 201). De qualquer maneira, o importante é que, a despeito das divergências, tal qual Dussel (2001, p. 157), ambos apontam o Poder Judiciário como “instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do Direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e a garantia da autonomia individual e cidadã”

9 “Em primeiro lugar, é espantoso como o cenário da globalização investe maciçamente contra a estrutura de um Estado fundado na base da postura liberal. [...] A racionalidade neoliberal despreza o homem, mas assim o faz não só porque tende a admitir despreocupadamente os excluídos, mas porque, operando um desmonte do Estado, furta-lhe a possibilidade de exercer a função paterna, apondo aí o seu próprio ‘eu’, ou seja, o mercado. [...] Sem ele [Estado], já referi, não há desejo. [...] De qualquer sorte, a um mercado-Pai, que não tem qualquer referencial outro, não importam os efeitos, a não ser aqueles que enderecem na direção do lucro. Lucro, porém, é sinônimo de gozo, que tem por pressuposto a satisfação pela via do objeto. [...] Precisamos de uma certa ordem, sim; mas não nesse diapasão. [...] Em segundo lugar, falar em desmonte do Estado implica, necessariamente, em arrebentar as barreiras do direito. No neoliberalismo há um evidente desprezo pelo direito” (COUTINHO, 1996, p. 67-69).

(VIANNA et al., 1999, p. 12). A tomada de posição pessoal – do jurista, do julgador – diante desses dois eixos modifica significativamente a maneira pela qual o magistrado se coloca diante dos pleitos formulados e constitui condição prévia de qualquer discussão democrática¹⁰.

Essa intimação, por meio de novas demandas, efetuada aos membros do Poder Judiciário inseridos em uma sociedade complexa, fez com que Vianna et al. (1997) se debruçassem sobre a figura do juiz. Sem cair em universalizações descabidas de sentido, até porque o sujeito um-juiz é singular – já deixou evidenciada a psicanálise há muito –, é possível, como que se aproximando pelas beiradas desnudadas pela Sociologia, verificar que a Instituição Judiciária se viu arrostada com esse novo papel social ao qual ainda não estava acostumada¹¹. No entanto, mediante essa tomada de posição pessoal, da qual depende o êxito da agenda de reconstrução da democracia e cidadania no País, como bem destacam Vianna et al. (1999), uma série de fatores necessitavam ser perscrutados perante a magistratura concreta com o fim de indagar qual o perfil almejado para o magistrado e até que ponto havia, de fato, a democratização da prática judicante. É preciso indagar “para que” e “a quem” o Poder Judiciário está servindo. Necessário é, pois, citar que a formação da carreira dos magistrados, no

10 “Com efeito, muito embora procedimentalistas e substancialistas reconheçam no Poder Judiciário (e, em especial, na justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do segundo pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Habermas, Garapon e John Ely, apresenta consideráveis divergências com a corrente substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, Ackerman, Tribe, Perry, Wellington, e, em alguma medida por Dworkin, pelo menos na leitura que dele faz Robert Alexy, e no Brasil por juristas como Paulo Bonavides, Bandeira de Mello, entre outros. Para mim – e por isto sou substancialista – as teses procedimentalistas afastam o caráter dirigente-compromissário da Constituição (vejam-se as críticas de Habermas e Ely à legitimidade das decisões intervencionistas dos Tribunais Constitucionais; já Garapon vai dizer que a invasão da sociedade pelo Judiciário serve para o enfraquecimento da democracia representativa). Por tudo isto, acredito que temos que refletir acerca das tensões que exsurtem do embate entre procedimentalismo e substancialismo e que consequência isto terá na sobrevivência da idéia de Constituição Dirigente” (STRECK, 2003, p. 80-81).

11 “Trata-se de uma instância de decisão não só submissa e dependente da estrutura de poder dominante, como, sobretudo, de um órgão burocrático do Estado, desatualizado e inerte, de perfil fortemente conservador” (WOLKMER, 1997, p. 89).

Brasil, sempre se deu a serviço do poder central, das elites dominantes (WOLKMER, 1995), mas, atualmente, está mudando de sentido rumo a uma efetivação constitucional.

A reação do capital, contudo, é imediata – composta inclusive por certa casta da magistratura, habilmente cooptada pelos “jardins das elites” (ARRUDA JÚNIOR, 1995) –, no sentido de impor, dentre outros mecanismos, Súmula Vinculante, restrição à defesa e ao acesso à justiça¹², por seus reflexos econômicos¹³. Por básica, a função democrática do magistrado precisa de controles e não pode simplesmente seguir os caminhos indicados por interesses economicistas, como se verifica no Documento 319 do BID, inconfessáveis, de resto (ROSA; LINHARES, 2009, p. 33).

Partindo da premissa de que o “mito da neutralidade” do julgador está superado, pois a mirada implica numa opção ideológica, ainda que apegada ao positivismo, dado que implica sempre a acolhida de uma visão de mundo (CAPPELLETTI, 1974, p. 83), o Sistema Judiciário traz consigo, mesmo que latente, uma carga ideológica inafastável, mas o senso comum teórico “só-nega”. Isso demonstra a permanência da concepção sujeito/objeto, ou seja, o modo de fazer ciência que a modernidade legou. Sem neutralidade, pode-se afirmar, de um lado, que não existe mais o sujeito único, pasteurizado de valores, e, de outro, que esse espaço não pode ficar vazio, ao se inserir a assunção ideológica (COUTINHO, 1996). Aliás, tal discussão encontra-se no seio de qualquer reflexão democrática atual.

12 “O protagonismo do vértice, especialmente no eventual contexto de uma reforma constitucional que conceda efeitos vinculantes às súmulas dos tribunais superiores, implicaria converter, na prática, a magistratura em uma vasta burocracia, disseminada capilarmente em todo o tecido social, sob o seu comando centralizado. No caso de se afirmar uma tendência deste tipo, o tema moderno da desneutralização do Poder Judiciário bem que poderia produzir o resultado perverso de estimular o retorno das marcas anacrônicas do iberismo ilustrado brasileiro, em que uma elite, ao se investir do papel de intérprete privilegiado da reta razão, reclama obediência da sociedade em nome dos seus ditames superiores” (VIANNA et al., 1997, p. 47).

13 Ao se acometer ao Poder Judiciário a tarefa de “Justiça Social”, pode acontecer uma corrida pela litigância (POLINSKY; SHAVELL, 1991, p. 618-621).

Desse dar-se conta, assim, em muito depende para que lado a atuação ocorrerá, porque, sob o disfarce da neutralidade, conforme diz Lyra Filho (1984), não é mais possível se esconder: o que importa não é ser neutro (se ninguém o é) ou engajado (já que todos são): é achar o engajamento certo e defendê-lo.

Essas considerações foram necessárias para demonstrar que a postura adotada pelo julgador diante de sua visão de atuação do Poder Judiciário – Substancialista ou Procedimentalista – implica significativa modificação nas condicionantes da decisão a ser tomada, justamente porque a alteração do critério implica os significantes posteriores. Uma última advertência se faz necessária: a proposta de assunção ideológica não se caracteriza pelo resgate de uma “jurisprudência de valores”, mediante a concepção de “valores” sociais capazes de levar ao “Justo”, “Bem” ou “Bom”, até porque o critério de Justiça é externo, mas pela implementação hermenêutica da Constituição (MARRAFON, 2008), por meio da “resposta correta” (STRECK, 2007).

“RESPOSTA CORRETA”, DE LENIO STRECK

A tensão entre o texto e o sentido resultante da norma esteve banhada pela cisão entre sujeito e objeto. De um lado, encontra-se o sujeito universal, capaz de obter a mesma resposta mediante o método adequado; de outro, um objeto provido de essência. O observador poderia, dessa maneira, pelo método, reconfortar-se com a verdade. A estrutura era metafísica e herdada da Escolástica. A superação do esquema sujeito-objeto procura aterrar essa distinção para colocá-los num campo único: a linguagem. A extração da essência do texto desliza para o registro do Imaginário e contracena com uma ausência de mediação Simbólica decorrente da (de)formação filosófica dos atores jurídicos. É impossível a existência de um método universal. Por isso, manipula-se (este é o termo) o método, conforme as necessidades prévias do sentido, a saber: os métodos servem de argumento manifesto

do processo de compreensão latente, existente desde sempre e rejeitado por uma tradição inautêntica do Direito.

Para alcançar alguma sofisticação no campo jurídico, como apontam Lenio Streck e Ernildo Stein, as contribuições de Heidegger e Gadamer são fundamentais. Ao trazer a compreensão vinculada ao ser-aí, com base nas noções de círculo hermenêutico e diferença ontológica, Streck (2007, p. 42) proporciona uma nova maneira de embate hermenêutico: “Para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos que ter a pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia – que já une todas as partes do ‘sistema’”. Essa possibilidade contracena com a necessidade de enunciação, ausente na massa jogada na inautenticidade e fomentada por uma nova compreensão de sujeito, à deriva das amarras simbólicas, crente de uma autonomia imaginária que lhe autoconcederia dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.

Nesse passo, Streck (2007) é enfático ao dizer que a tradução jurídica como tarefa prática não pode significar a relegitimação do “decisionismo” ou da “discricionariedade”, subprodutos da concepção (neo)positivista hegemônica, todavia, no campo da hermenêutica jurídica. Para romper com esse modelo, é preciso superar a Filosofia da Consciência e suas cisões metafísicas. Com Gadamer pode-se dizer que não há momentos hermenêuticos, dado que todos se vinculam ao momento da *applicatio*, a saber, do sentido. Embora se possa falar de textos jurídicos aplicados a um caso, não se trata (nem pode tratar-se) de relativismos absolutos entre casos similares. Dito de outra forma, não é porque são casos diferentes que sempre se podem aplicar resultados diversos. Há uma tradição que deve sustentar essa resposta que se aparta, de qualquer modo, da mera subsunção do pensamento estritamente lógico. Isso porque a lógica articula-se no plano matemático, desprovido de referência à faticidade; com a faticidade e o sujeito, num eterno e renovado círculo hermenêutico, não se pode

falar de verdades universais. O sentido é atravessado por um processo de compreensão que convoca diversos sujeitos e significantes, para que ocorra uma fusão de horizontes. Nesse momento de fusão de horizontes, contudo, incidem (ou deveriam incidir) constrangimentos de ordem sintática, semântica, pragmática e fundamentalmente da tradição, no que já se denominou de “bricolagem jurídica” (ROSA, 2006).

Com efeito, o primeiro desses constrangimentos – sintático – decorre da impossibilidade de serem construídas proposições (enunciados com sentido), se, e somente se, articuladas na forma de uma estrutura linguística. No caso do limite semântico, ainda que se possa articular com os contextos, portanto, com a dimensão pragmática, há um limite¹⁴ de sentido compartilhado que não se pode transcender¹⁵. Esse limite, cujos referenciais atualmente andam se perdendo, somente pode ser amarrado pela costura de um sujeito enunciator e uma tradição democrática. Caso haja sujeitos incapazes de promover enunciação, deságua-se na reiteração de verbetes jurisprudenciais, conceitos pré-dados, cujo trabalho passa a ser de explorador de conceitos, e não hermenêutico, reificando um verdadeiro, diz Streck (2007), “estado de natureza hermenêutico”. O constrangimento decorrente da tradição deve impor uma Referência, um limite democrático, aos sentidos que podem surgir e deslizar para diversas direções, mas que devem guardar uma pertinência com a Constituição da República tida como projeto emancipador.

14 “Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exsurgerà de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d’onde pré-juízos falsos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos” (STRECK, 2007, p. 42).

15 “Quando se popularizou a assertiva de que texto não é igual à norma e que a norma é o produto da interpretação do texto, nem de longe quer dizer que o texto não vale nada ou que norma e texto sejam ‘coisas à disposição do intérprete’, ou, ainda, que depende do intérprete a ‘fixação da norma’” (STRECK, 2007, p. 43).

A tradição autêntica¹⁶ é o critério do sistema hermenêutico, ocupado necessariamente, diante do movimento Neoconstitucional, pela compreensão dirigente e compromissória das Constituições (CANOTILHO, 2001). A Constituição é o maior constrangimento de um processo hermenêutico (LINHARES, 2001). Por isso, a noção de Constituição, como significante inicial da cadeia de sentido, precisa ser invocada. Streck (2007, p. 35) sustenta:

Apesar da revolução copernicana produzida pela viravolta lingüístico-hermenêutica, é possível detectar nitidamente a sua não recepção pela hermenêutica jurídica praticada nas escolas de direito e nos tribunais, onde ainda predomina o método, mesmo que geneticamente modificado pelas teorias discursivas. Tantos métodos e procedimentos interpretativos postos à “disposição” dos juristas fazem com que ocorra a objetificação da interpretação, porque possibilitam ao intérprete *sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na atribuição de sentido*, colocando no fetichismo da lei e no legislador a responsabilidade das anomalias do direito.

A compreensão como modo de ser convoca o campo da hermenêutica jurídica para uma nova e complexa tarefa. De um lado, opera-se uma crítica de como o Direito se apresenta, desvelando seus condicionantes; de outro, convoca-se uma responsabilidade processual e de enunciação. Talvez o maior espanto dos atores jurídicos quando confrontados com a Hermenêutica Filosófica decorra da necessidade da assunção de um lugar de enunciação, isto é, é preciso deixar de se situar na condição de consumidores de sentido *prêt-à-porter*. Desonerados dessa condição de consumidores, passam, muito rapidamente, a produtores de sentido. Esse acontecimento, todavia, dada a (de)formação filosófica e democrática, derrapa em totalitarismos (decisionismos) de sentido, não raro vivenciado

16 “A tradição autêntica (sentido da Constituição compreendido como o resgate das promessas da modernidade) reconstrói, a partir dessas ‘premissas’, em cada caso, a integridade e a coerência interpretativa do direito” (STRECK, 2007, p. 40).

por gente que (acha que) sabe o melhor, domina o “Justo” e o “Bom”¹⁷. No lugar de emissores do discurso, à deriva das amarras de uma tradição, passam a dizer o que bem lhes convier! Por isso, o desvelamento do lugar de enunciador precisa de uma mediação Simbólica que sirva de limite (de conteúdo variado, claro) ao que se pode (e como se pode) enunciar.

Embora o sujeito não domine a tradição, pois inserido numa estrutura de linguagem, sem metalinguagem salvadora, a relação social e seus intrincados condicionantes interagem na antecipação de sentido. Da “incindibilidade entre interpretar e aplicar” é que o sujeito, desde sempre inserido na faticidade, poderá enunciar alguma norma. Nesse ambiente Simbólico (linguístico), as distinções entre *Hard Cases* e *Easy Cases* perdem o sentido justamente porque a afirmação precedeu a própria pergunta, enfim, somente se pode afirmar posteriormente¹⁸. Assim, em face de uma certa compreensão de Constituição, pode-se falar em interpretação correta e incorreta diante do caso concreto, com base em uma “virtuosidade do círculo hermenêutico” (STRECK, 2007, p. 40).

Essa é a “resposta hermenêuticamente correta” proposta por Streck (2007, 2008), apesar de guardar uma vinculação, ou, como diz, uma “certa simbiose entre a teoria interpretativista de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), deve ser entendida como uma metáfora. Afinal, metáforas servem para explicar as coisas” (STRECK, 2007, p. 40). Evidentemente, há o dever de fundamentar as escolhas, isto é,

17 Isso decorre da compreensão (equivocada) de que o texto legal guarda consigo todas as possibilidades de sentido, as quais podem ser extraídas, pelo método adequado, pelos intérpretes autorizados, que reeditam a estrutura cristã da interpretação dos textos sagrados. Somente os escolhidos – antes pela Igreja em nome de Deus, e hoje pelos Juízes – teriam as chaves de acesso à porta da Verdade que se esconde nos textos.

18 “Fica sem sentido, destarte, separar/cindir a interpretação em *easy cases* e *hard cases*. Na medida em que o nosso desafio é levar os fenômenos à representação (pela linguagem), casos simples (*easy cases*) e casos complexos (*hard cases*) estão diferenciados pelo nível de possibilidade de objetivação, tarefa máxima de qualquer ser humano. Daí que, paradoxalmente, o caso difícil, quando compreendido corretamente, torna-se um ‘caso simples’. É aqui que – por ser correta (sequer nos perguntamos sobre ela) – a interpretação desaparece” (STRECK, 2007, p. 39).

reconstruir narrativamente o caminho de uma compreensão que acontece em face do ser-aí, no qual reside, talvez, a última garantia do sujeito.

CONCLUIR PARA CONTINUAR

A superação do verdadeiro “estado de natureza hermenêutico” pressupõe o desvelamento da tradição inautêntica que permeia a compreensão do Direito nesta quadra do pensamento contemporâneo, no qual a norma não impõe mais limite. A restauração do lugar do texto, enfim, de que ele possa dizer algo ao sujeito incluído no contexto democrático, pela “resposta correta”, parece ser um caminho viável. Especialmente, quando o discurso da *Law and Economics* apresenta-se, pelas consequências das decisões, apuradas em face do mercado e da eficiência, como o novo caminho da servidão!

Anote-se, por fim, que, diante das diversas “teorias da argumentação em Moda”, parece difícil o estabelecimento de um discurso que possa demonstrar as deficiências, na matriz, do pressuposto inautêntico. Essa sofisticação filosófica demanda deixar-se o campo da lógica e do encadeamento metonímico de significantes justamente para discutir o que antecede. Não se trata, obviamente, de desconhecer a importância da argumentação no campo da fundamentação das decisões no Estado Democrático de Direito. O que importa convocar, para usar uma metáfora, é que a estação em que a argumentação embarca no trem hermenêutico teve sua origem, desde sempre, em uma estação prévia, cuja problematização precisa ser desvelada. Não se trata, aqui, de invocar a distinção entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação, visto que essa distinção arbitrária reedita o esquema sujeito-objeto produzido no campo epistemológico de meados do século passado. A partida do nosso trem hermenêutico compartilha com as pré-estações seu conteúdo variado, cujo sentido é preciso indagar. O acolhimento irrefletido da legitimidade democrática das estações antecedentes deságua na aceitação de um sentido adiante, mormente quando

a “eficiência” controla as estações. A grande sofisticação da hermenêutica filosófica é a de demonstrar que o percurso não pode ser feito da estação em diante. Implica, necessariamente, na indagação, nas pré-noções encadeadas nas estações antecedentes, num virtuoso círculo hermenêutico. Enfim, não se trata de rejeitar as contribuições de argumentação jurídica, mas de colocá-las no seu devido lugar na estrutura hermenêutica, sem que tenham a proeminência a que se propõem. Há um “para além filosófico” que condiciona o sentido, sempre.

É preciso, assim, entrar corretamente no “círculo hermenêutico” para rever a mirada dos pré-juízos, evitando, com isso, a manutenção do sujeito numa tradição inautêntica. Andar na contramão do positivismo jurídico assusta os motoristas que seguem, em fila, no caminho das verdades ponderadas pela eficiência. Para estes, parece complicado demonstrar que a direção precisa ser revista, porque isso não pode ser imposto, mas decorre de um processo de enunciação pouco problematizado. Exige, ademais, que o sujeito aceite enunciar e não se acomode mais no mero despejar de enunciados. De qualquer forma, a perspectiva de Streck (2007, 2008), além de inovadora, propicia o encontro entre o sujeito e a faticidade e opta, de maneira autêntica, como “resposta correta”, pela garantia dos Direitos Fundamentais, e não do Mercado. Que se queira e se consiga entrar no círculo hermenêutico! Essa é a tarefa democrática.

REFERÊNCIAS

ABREU, P. M. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 179 p.

ARRUDA JÚNIOR, E. L. Gramsci e o direito: reflexões sobre novas juridicidades. In: _____; BORGES FILHO, N. *Gramsci – Estado, direito e sociedade: ensaios sobre a atualidade da filosofia da praxis*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995. 160 p.

BRANDÃO, P. T. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. 319 p.

CADEMARTORI, S. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 187 p.

CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 593 p.

CAPPELLETTI, M. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. 361 p.

CARDOZO, B. N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 133 p.

CARTER, L. H. *Derecho constitucional contemporaneo: la Suprema Corte y el arte de la política*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. 333 p.

CATTONI, M. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 165 p.

COUTINHO, J. N. de M. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: _____; LIMA, M. M. B. (Org.). *Diálogos constitucionais*:

direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 518 p.

_____. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: _____; MARQUES NETO, A. R. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996. p. 32-45.

DUSSEL, E. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao: Desclée, 2001. 475 p.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001a. 1.020 p.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. 180 p.

_____. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006. 136 p.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001b. 392 p.

_____. *Principio iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Laterza: Bari, 2007. 713 p.

FRIEDMAN, M. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Abril, 1984. 187 p.

_____; FRIEDMAN, R. *Free to choose: a personal statement*. Orlando: Harcourt Books, 1990. 338 p.

GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 294 p.

HAYEK, F. A. *Democracia, justicia y socialismo*. Madrid: Unión, 2005. 101 p.

_____. *Direito, legislação e liberdade*. São Paulo: Visão, 1985. 229 p.

_____. Principios de un orden social liberal. Madrid: Unión Editorial, 2001. 130 p.

LINHARES, J. M. A. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade: imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 926 p.

LYRA FILHO, R. *Por que estudar direito, hoje?.* Brasília: Nair, 1984. 173 p.

MACHADO FILHO, S. Pragmatismo jurídico crítico de Richard A. Posner e sua análise econômica do direito. *Notícia do Direito Brasileiro: Nova Série, UnB, Brasília, 2002. 9: 79-94.*

MARCELLINO JUNIOR, J. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009. 272 p.

MARRAFON, M. A. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008. 199 p.

NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. 272 p.

NUNES, A. J. A. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 135 p.

OLIVEIRA, J. A. *Direito à jurisdição: implicações organizacionais teóricas e políticas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003. 80 p.

PESSANHA, C. O poder executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. In: VIANNA, L. W. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. 559 p.

POLINSKY, M.; SHAVELL, S. A note on optimal fines when wealth varies among individuals. *American Economic Review*, 1991. 81:618-621.

POSNER, R. A. *Overcoming law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. 608 p.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 647 p.

ROSA, A. M. da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 412 p.

_____; LINHARES, J. M. A. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 275 p.

STRECK, L. L. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, 2007. 54:29-46.

_____. Intervenção. In: COUTINHO, J. N. M. (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 144 p.

_____. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 435 p.

TORTELLA, G. *La revolución del siglo XX*. Madrid: Taurus, 2000. 450 p.

VIANNA, L. W. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. 1559 p.

_____ et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 272 p.

_____ et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997. 320 p.

WOLKMER, A. C. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 240 p.

_____. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. 404 p.