

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

Ariane Langner

**OS DESAFIOS DO USO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E
COMUNICAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL: AS RESPOSTAS DO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO DIANTE DO
PROCESSO ELETRÔNICO**

Santa Maria, RS
2016

Ariane Langner

**OS DESAFIOS DO USO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E
COMUNICAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL: AS RESPOSTAS DO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO DIANTE DO PROCESSO
ELETRÔNICO**

Dissertação apresentada no Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global, com ênfase na Linha de Pesquisa Direitos na Sociedade em Rede, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), como requisito para obtenção do grau de **Mestre em Direito**.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Santa Maria, RS

2016

Ficha catalográfica elaborada através do Programa de Geração Automática
da Biblioteca Central da UFSM, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Langner, Ariane

OS DESAFIOS DO USO DAS TECNOLOGIAS DE
INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL: AS
RESPOSTAS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO
DIANTE DO PROCESSO ELETRÔNICO / Ariane Langner.-2016.
169 f.; 30cm

Orientador: Cristiano Becker Isaia
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de
Pós-Graduação em Direito, RS, 2016

1. Constitucionalismo Contemporâneo 2. Novo Código de
Processo Civil 3. Processo Eletrônico 4. Teoria da
Decisão I. Becker Isaia, Cristiano II. Título.

Ariane Langner

**OS DESAFIOS DO USO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E
COMUNICAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL: AS RESPOSTAS DO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO DIANTE DO PROCESSO
ELETRÔNICO**

Dissertação apresentada no Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global, com ênfase na Linha de Pesquisa Direitos na Sociedade em Rede, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), como requisito parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Aprovado em 28 de março de 2016:

Cristiano Becker Isaia, Dr. (UFSM)
(Presidente/Orientador)

Jânia Maria Lopes Saldanha, Pós Dr^a. (UFSM)

Adalberto Narciso Hommerding, Pós Dr. (URI)

Santa Maria, RS
2016

AGRADECIMENTOS

O Mestrado é a realização de um sonho, um sonho que começou a ser construído com o primeiro artigo publicado no início da faculdade e se fortaleceu com a participação nos projetos de pesquisa e no Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil (Neapro). Hoje sei que a docência é, antes de tudo, um ato de amor, porque sem ele não é possível ensinar.

Essa grande conquista não foi possível sem ter em minha vida pessoas especiais, que compartilharam comigo as alegrias das vitórias e ficaram ao meu lado nos momentos de frustração e tropeços, que não foram poucos, mas posso afirmar que nunca estive sozinha.

À Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela concessão de bolsa de estudo que foi imprescindível à esta pesquisa e à publicação de artigos científicos relacionados ao tema.

À minha mãe Aline Langner e meus avós, Nair Anna Bortoluzzi Langner e Gehard Alfredo Langner, obrigada por terem me ensinado desde os primeiros passos os valores mais importantes, sendo sempre um modelo de honestidade e trabalho. Obrigada por terem sempre direcionado os seus esforços para que eu pudesse estudar e estar aqui hoje, só nós quatro sabemos o quanto foi difícil, espero que um dia eu possa retribuir.

Ao meu namorado, Rodrigo Antonioli Dorte dos Santos, meu grande amor, companheiro e guia, obrigada por escolher estar comigo e estar sempre ao meu lado, compartilhando o cotidiano e tornando a nossa vida mais leve por nunca faltar compreensão, carinho e muito amor. Aos nossos dois pequeninos gatos, Oliver e Margot, que me acompanharam silenciosamente durante a escrita da dissertação, dando-me força para seguir madrugadas adentro nas leituras, obrigada pelos muitos ronrons e carinhos que fizeram com que o processo não se tornasse exaustivo.

Ao meu orientador, Cristiano Becker Isaia, por me acompanhar por quase cinco anos, obrigada por ter acreditado naquela aluna que dizia gostar de processo civil. Sem você nada disso teria acontecido, certamente eu não teria conseguido as publicações sem a bolsa concedida, tampouco teria a honra de participar de um grupo tão maravilhoso como o Neapro. Obrigada por ter sido professor, amigo, um pouco pai e muito mestre, compartilhando seu conhecimento e me incentivando a procurar ser cada vez mais.

Aos meus colegas do PPGD/14, obrigada por darem um verdadeiro sentido para a palavra “colega” e, mais, “amigo”. A trajetória foi árdua, mas eu pude contar sempre com vocês, em todos os momentos, seja para uma ajudinha nos trabalhos, um conselho, uma explicação, proteção, ou só para uma palavra de incentivo. Em especial, quero agradecer as minhas irmãs de coração, Cibeli Zuliani e Claudete Claderan, por terem sido meu refúgio e minha força quando esta me faltou, amor imenso que somente se explica por já vir de outras vidas. Obrigada por tornarem nossa amizade baseada e uma profunda e pura irmandade, confiança e apoio!

Aos meus amigos de toda vida, em especial Ana Paula Dellaméa, Bruna Quinto, Bruna Beust, Elenice Arrué, Jonas Beltrame, Juliano Farinha, Liziane Rodriguez, Maíse Ximenez, Noemi de Freitas e Pauline Vielmo, obrigada por entenderem os muitos momentos de ausência e ser sempre o porto seguro para onde eu posso voltar e encontrar uma amizade cada dia mais forte. Obrigada por, mesmo longes, serem uma grande fonte de incentivo e carinho.

Às minhas chefes queridas, Andreia Filianoti Gasparini e Angelita Maria Maders, por me ensinarem todo dia o que é ser um bom profissional: não basta dedicação, responsabilidade e competência, exige uma grande dose de amor, amor pelo que se faz. Obrigada não apenas por entenderem as olheiras durante o processo de escrita, como também pelo constante apoio, inclusive com empréstimos de livros e trocas de ideias com a Dra. Angelita e carinho e zelo da Dra. Andreia. Aos demais maravilhosos estagiários e profissionais que trabalham comigo, obrigada pelo grande trabalho em equipe, porque se a carga de serviço é imensa, também não falta sorriso para receber as pessoas e comprometimento para realizar sempre um bom trabalho. Pelas atitudes de vocês posso ver claramente não só os excelentes profissionais que são/serão, mas o caráter inquestionável como pessoa.

Por fim, um agradecimento especial à Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Instituição da qual com muito orgulho faço parte, e a todos os profissionais do Direito, em especial os que trabalham com processo civil, que fazem um lindo trabalho em prol do humano e da transformação social, seja dando as ferramentas necessárias para um verdadeiro acesso à justiça, seja proferindo decisões de qualidade e com base na Constituição Federal, e acreditam na possibilidade de, no futuro, atingirmos um patamar mínimo de realização dos direitos sociais e no papel fundamental do processo civil para a sociedade.

RESUMO

OS DESAFIOS DO USO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL: AS RESPOSTAS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO DIANTE DO PROCESSO ELETRÔNICO

AUTORA: Ariane Langner
ORIENTADOR: Cristiano Becker Isaia

A recente inserção do processo eletrônico sobrevém envolta em uma série de questionamentos, desde em relação a aspectos mais práticos do cotidiano processual a questões mais delicadas, em especial no que tange ao exponencial uso da técnica, que requerem uma profunda reflexão. A par desse contexto, é notória uma crise de dupla face, que se revela em um problema do modelo do direito e do parâmetro filosófico-interpretativo, e, em determinada medida, impede o “acontecer” da teoria da decisão do Constitucionalismo Contemporâneo. A presente dissertação, com base nessa conjuntura, buscará responder ao seguinte questionamento: em que medida o processo civil de cariz eletrônico, ao ser concebido no bojo das novas tecnologias da informação e comunicação (TIC`s), coloca em risco o que já se conquistou em termos de teoria da decidibilidade, pautada nos pressupostos do Constitucionalismo Contemporâneo? Para tanto, a “metodologia” de abordagem utilizada será o “método” fenomenológico-hermenêutico e, no que concerne aos métodos de procedimento, serão adotados os métodos monográfico e histórico. Conclui-se que existem riscos inerentes ao uso extensivo da técnica, a qual, ao ser utilizada para a promoção da virtualização do processo, aprofunda os riscos de uma justiça carente de significação, desmaterializada, destemporalizada e desumanizada, por fortalecer e incrementar a alucinante busca de resultados quantitativos na prática jurisdicional, devido a premente aceleração da técnica. A grande preocupação é com um iminente aprofundamento do abismo entre mundo fático (caso concreto) e mundo jurídico, agravando a dificuldade da inserção do juiz-intérprete na situação hermenêutica, alterando substancialmente o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Resta, portanto, um longo caminho ainda a ser percorrido para poder-se falar em um verdadeiro “acontecer” da teoria da decisão do Constitucionalismo Contemporâneo e, para tanto, é imprescindível discutir/prevenir que se ponha em xeque o que já se conquistou.

Palavras-chaves: Constitucionalismo Contemporâneo. Novo Código de Processo Civil. Processo Eletrônico. Teoria da Decisão.

ABSTRACT

THE USE OF THE CHALLENGES OF INFORMATION TECHNOLOGY AND COMMUNICATION IN JUDICIAL PROCESS: THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM ANSWERS BEFORE THE PROCESS ELECTRONIC

AUTHOR: Ariane Langner
ADVISOR: Cristiano Becker Isaia

Abstract: The recent insertion of the electronic process befalls wrapped in a series of questions, since in relation to the more practical aspects of procedural routine to the most sensitive issues, particularly in relation to the exponential use of the technique, which requires a deep reflection. Alongside this context, it is notorious double face of crisis, which is revealed in a model of the problem of law and the philosophical and interpretive parameter, and, to some extent, prevents the "happening" of decision theory of Constitutionalism Contemporary. This dissertation, based on this situation, seek to answer the following question: to what extent the civil process of electronic nature, to be conceived in the wake of new information and communication technologies (TIC`s), puts at risk what has been She won in terms of the theory of decidability, based on the Constitutionalism Contemporary assumptions? Therefore, the "methodology" approach used is the "method" phenomenological-hermeneutic and, as regards methods of procedure, monographic and historical methods will be adopted. It is concluded that there are risks inherent in the extensive use of technology, which, when used to promote the process of virtualization, deepens the risk of a poor justice meaning, dematerialized, destemporalizada and dehumanized, to strengthen and enhance the hallucinatory search referring quantitative results in practice due to acceleration of pressing technique. The big concern is imminent deepening the gap between factual world (case) and legal world, exacerbating the difficulty of inserting the judge-interpreter in the hermeneutic situation, substantially changing the hermeneutic circle and the ontological difference. It remains, therefore, a long road still to be traveled in order to speak of a real "happening" of Constitutionalism Contemporary decision theory and, therefore, it is essential to discuss / prevent that put into question what has been achieved.

Keywords: Constitutionalism Contemporary. New Civil Procedure Code. Electronic process. Decision Theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 CRÍTICA AO ESTADO DA ARTE DA JURISDIÇÃO PROCESSUAL CIVIL E O EXSURGIR DE UMA TEORIA DA DECIDIBILIDADE DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	17
1.1 O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL DE CARIZ POSITIVISTA-NORMATIVISTA E OS LIMITES DA DELICADA RELAÇÃO POLÍTICA-DIREITO ...	20
1.2 O <i>ESTABLISHMENT</i> JURÍDICO E A CRÍTICA ÀS DECISÕES EM “VAREJO”: SUBVERTENDO A LÓGICA DOS PADRÕES DE DECIDIBILIDADE DE REPRODUÇÃO DE SENTIDO E DOS “PROCESSÔMETROS”	42
1.3 O PAPEL VITAL DOS PRINCÍPIOS E A BLINDAGEM AOS DECISIONISMOS INTERPRETATIVOS.....	65
1.4 A TEORIA DA DECIDIBILIDADE DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: O ROMANCE EM CADEIRA SOB O FILTRO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.....	81
2 PROCESSO ELETRÔNICO E HERMENÊUTICA: O PROCESSO DIGITAL FRENTE AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NA SOCIEDADE EM REDE	99
2.1 O USO EXTENSIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC`S) E OS RISCOS DO USO DA TÉCNICA	102
2.2 A FILOSOFIA NA INVESTIGAÇÃO DOS FUNDAMENTOS E LIMITES DO PROCESSO ELETRÔNICO.....	117
2.3 O PROCESSO ELETRÔNICO DIANTE DOS TEOREMAS FUNDAMENTAIS HEIDEGGERIANOS (CÍRCULO HERMENÊUTICO E DIFERENÇA ONTOLÓGICA) E AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DO COMPREENDER.....	131
2.4 AS AMEAÇAS À TEORIA DA DECIDIBILIDADE DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: A DESMATERIALIZAÇÃO E A DESUMANIZAÇÃO DO PROCESSO E OS PROBLEMAS PARA A DECISÃO E PARA OS DIREITOS.....	148
CONCLUSÃO	159
REFERÊNCIAS	163

INTRODUÇÃO

A dissertação parte do pressuposto de que se está vivendo uma crise de dupla face; por um lado, há o problema do modelo de direito (modelo liberal-individualista-normativista), que não está preparado para a conflituosidade e a complexidade de uma sociedade em rede; por outro lado, há o problema do parâmetro filosófico-interpretativo (modelo epistemológico da filosofia da consciência), que desencadeia verdadeiro estado de natureza interpretativo. Ocorre que a imprescindibilidade e a urgência do desvelamento de um novo modelo de direito e de um novo parâmetro interpretativo não estão em foco.

A crise encontra-se velada por um modo acríptico de compreender, julgar e agir frente aos casos concretos submetidos à jurisdição processual civil, conjuntura que vem sendo denominada de *senso comum teórico*¹. Sustenta-se que, nesse contexto, acaba conjecturando-se “dogmas” em torno da aplicação e da enunciação do direito, que repercutem em graves problemáticas como a prestação jurisdicional inefetiva e ilegítima (não democrática). Obviamente que compreender o sentido comum teórico exige que se tenha uma pré-compreensão dele, até que isso ocorra, ele permanecerá velado.

Fato que se comprova pelo advento do novo Código de Processo Civil², que abarca uma série de previsões que, em muito, contribuirão para agravar a crise. Saliencia-se que, *prima facie*, é possível constatar alguns avanços, no entanto, o novo Código está imerso em um círculo vicioso que afeta todo sistema jurídico: contra o caos dos decisionismos e arbitrariedades (paradigma da subjetividade) se recorre ao *establishment* que propõe um “neo-absolutismo hermenêutico” (paradigma objetivista), e vice-versa.

Essa conjuntura vem impedindo o “acontecer” da teoria da decisão do Constitucionalismo Contemporâneo, que absorve as conquistas do vivenciado momento do Constitucionalismo e os pressupostos de um autêntico Estado

¹ É possível conceituar *senso comum teórico* como sendo “complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teóricos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 82).

² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

Democrático de Direito, capaz de apresentar as responder às expectativas da sociedade, mas que ainda resta incompreendida. É uma realidade que, mesmo com todas as transformações e a conseqüente exigência de uma nova postura da atividade jurisdicional, ainda verifica-se uma desincronização no âmbito do processo civil e da práxis judicial, que não enfrenta a complexidade e unicidade dos casos concretos que se apresentam, tampouco incorpora o sentido da Constituição.

As inquietações sobrelevam-se com a exponencial inserção do processo eletrônico, em meio ao uso extensivo das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC`s), em todos os aspectos da vida do homem. Desse modo, é imprescindível perguntar-se se a virtualização do processo impactará a consolidação da teoria da decisão do Constitucionalismo Contemporâneo e o projeto hermenêutico que esta insere, a partir da recepção do mundo prático por meio dos princípios. A teoria, por óbvio, independe se o processo é eletrônico ou não, o problema é que aquela ainda está em fase de construção e consolidação, de modo que a mudança de plataforma do processo deve ser refletida.

O processo eletrônico emergiu como a grande promessa de celeridade e de maior acesso à justiça, justamente por fazer uso das novas tecnologias para modernizar o Judiciário. Ocorre que, passados alguns anos de sua implementação no Brasil, essas e tantas outras promessas, ao que tudo indica, não estão em vias de serem cumpridas. Agrega-se a essas constatações que o processo eletrônico não é algo neutro, ou seja, a sua simples inserção impactará, *prima facie*, de algum modo, a prestação jurisdicional; assim como, tampouco é algo sagrado, porque não pode ser visto enquanto panaceia, sendo que a crise é paradigmática³.

Neste sentido, o objetivo primordial da dissertação é responder, ao final, o seguinte questionamento: em que medida o processo civil de cariz eletrônico, ao ser concebido no bojo das novas tecnologias da informação e comunicação (TIC`s), coloca em risco o que já se conquistou em termos de teoria da decidibilidade, pautada nos pressupostos do Constitucionalismo Contemporâneo?

Para tanto, no primeiro capítulo, objetiva-se proferir uma crítica ao estado da arte da jurisdição processual civil, em especial ao que Lenio Luiz Streck chama de círculo vicioso, refletindo criticamente sobre o problema do ativismo judicial

³ Expressão utilizada, dentre outros autores, por Adalberto Narciso Hommerding (HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 100).

(paradigma da subjetividade) e a lógica dos padrões de decidibilidade de reprodução de sentido (paradigma objetivista). A discussão será aprofundada com a análise dos avanços e dos retrocessos que emergem com o novo Código de Processo Civil. Ressalta-se que o processo civil brasileiro vivencia momento crucial, uma vez que em vigor o novo Código de Processo Civil, primeiro publicado sob o regime democrático e sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Demonstrada a insustentabilidade do velho modelo, buscar-se-á apontar o caminho do novo que intenta acontecer. Para tanto, será delimitado o redimensionamento perpetrado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, em especial, em termos de teoria do Direito, com o fim de definir o que seria, realmente, a teoria da decisão do Constitucionalismo Contemporâneo e sua íntima relação com a hermenêutica filosófica. Considerando os limites da presente dissertação, o objetivo é estabelecer alguns dos pressupostos fundamentais para uma atividade interpretativa autêntica no Direito.

O segundo capítulo da dissertação, por sua vez, focará essencialmente no processo eletrônico, para fins de determinar os impactos da virtualização do processo sobre a consolidação do redimensionamento da teoria da decidibilidade, após o advento do Constitucionalismo Contemporâneo. Em um momento inicial, serão discutidos os problemas que advém do uso extensivo das novas tecnologias de informação e comunicação, enquanto técnica, para adentrar na busca da compreensão das inquietações acerca do processo eletrônico sem ilusões.

Afinal, ainda resta pendente de debate mais profundo uma série de questões que envolvem o processo eletrônico, inclusive no que concerne ao seu próprio fundamento e sua legitimidade, sendo que, *prima facie*, é possível detectar uma série de promessas (in)cumpridas do processo eletrônico. Não se rejeita, por outro lado, que o processo eletrônico foi responsável por uma série de avanços na tramitação das ações judiciais, eliminando burocracias que em nada eram compatíveis com a modernização promovida pelas novas tecnologias. Ao final, buscar-se-á responder o questionamento lançado enquanto problema de pesquisa.

Neste sentido, o tema insere-se na linha de pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede” e na área de concentração do PPGD-UFSM. Afinal, ante a uma demanda incessante pela efetivação dos direitos no século XXI, torna-se inafastável a discussão de meios/modos adequados de tutela desses novos direitos, sob pena de corrosão do núcleo essencial do Constitucionalismo Contemporâneo e do Estado

Democrático de Direito. Por essas razões, identifica-se a importância/relevância da pesquisa para o Direito, uma vez que comprometida com o humano, bem como com o fortalecimento e a efetivação de seus direitos.

Tendo em vista que o enfoque da pesquisa está centrado em lançar um olhar crítico-reflexivo sobre o direito processual civil, entende-se imprescindível a adoção da teoria de base (“metodologia” de abordagem) fenomenológico-hermenêutica, a partir dos aportes filosóficos de Heidegger e Gadamer. Tal “método” permite um “deixar ver”, fenômeno essencial para o desvelamento da dissertação, a fim de que se possa compreender-interpretar-aplicar (atividades incindíveis) o direito processual civil em seu estado da arte, para além do senso comum teórico.

Justifica-se, ainda, tal metodologia pela necessidade de pensar hermeneuticamente o direito processual civil, consentindo que a hermenêutica (de cariz filosófico) revele o que tem a expor sobre o processo. Acredita-se que seja condição de possibilidade para pensar o imprescindível redesenhar da teoria da decidibilidade, em prol de padrões decisórios sincronizados com os novos tempos, que superem a crise paradigmática e possibilitem a efetiva tutela dos novos direitos.

Ressalta-se que a investigação fenomenológica dá-se por meio da interpretação e propicia a recondução do olhar do ente para o ser, incompatível, portanto, em tese, com a caracterização de método. A referida matriz aproxima-se da constatação de que o ser dos entes só se dá na *applicatio*, o que será possível diante da condição de ser-no-mundo do pesquisador e de sua consciência histórica.

Para proceder à pesquisa, utilizar-se-ão, como método de procedimento, o histórico e o monográfico. Importante esclarecer que a escolha do procedimento histórico deve-se ao fato que propor modificações no processo civil perpassa pela tarefa de definir os problemas a serem superados, o que demanda uma imprescindível incursão histórica, a fim de analisar a construção secular do atual modelo decisório. Nesse norte, justifica-se a escolha do procedimento monográfico, dada a verificação das condições de possibilidade para o efetivo redimensionamento da teoria da decidibilidade, a partir do advento do processo eletrônico.

Por fim, cumpre salientar que será empregada como técnica a pesquisa bibliográfica, por meio de fichamentos e resenhas das obras referenciais. Far-se-á a análise pormenorizada das obras que possam conduzir as respostas dos objetivos específicos. Proceder-se-á, com aporte nas fontes bibliográficas escolhidas, a uma investigação crítico-reflexiva do objeto da pesquisa.

1 CRÍTICA AO ESTADO DA ARTE DA JURISDIÇÃO PROCESSUAL CIVIL E O EXSURGIR DE UMA TEORIA DA DECIDIBILIDADE DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

A partir do século XX, passou-se a vivenciar um momento ímpar na história da humanidade. O advento das novas tecnologias de informação e comunicação, em especial, desencadeou alterações sem precedentes nas relações sociais, econômicas, políticas e culturais; mudando inteiramente o perfil da sociedade e, mais, formando uma sociedade verdadeiramente em rede⁴. Essas novas circunstâncias sócio-histórico-político-econômicas tornaram propício o surgimento de novos direitos⁵, a par de impor uma releitura sobre os direitos precedentes; estes, da mesma forma, sensivelmente impactados por essa conjuntura.

Ocorre que a tutela dos novos direitos e dos casos concretos cada vez mais polimorfos encontrou uma jurisdição processual civil que não estava preparada para lidar com a complexidade exponencial da sociedade, principalmente com as singularidades dos casos levados ao Judiciário. Com efeito, o perfil e os anseios da sociedade atual são muito diferentes daqueles da sociedade industrial do século XIX, de modo que a conjuntura da presente realidade social mutante coloca em xeque as teorias clássicas da Idade Moderna, o modelo jurisdicional tradicional e as principais categorias do Direito.

Por tais razões, Castanheira Neves refere que há uma problematidade do Direito, que põe em causa não só o seu sentido como a possibilidade mesma do seu sentido, e se revela sociologicamente quando o Direito é

[...] ultrapassado pela alta complexidade estrutural, dimensional e intencional das sociedades actuais, a suscitar um mundo de questões

⁴ Para entender a denominada “sociedade em rede”, assim como as transformações levadas a efeito pelo advento da intensificação do processo de globalização e da era da informação, utilizar-se-á a produção teórica do sociólogo Manuel Castells. A escolha deste pensador deve-se ao fato de que suas obras debatem questões fundamentais para o desvelamento da pesquisa, como o impacto das novas tecnologias na sociedade e a crescente interdependência entre economias, Estados e sociedade (CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade**. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003; CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2005).

⁵ Fundamental clarear que os conceitos de direitos utilizados terão por base as obras de Antonio Enrique Pérez Luño, objetivando-se fazer uma correlação entre os novos direitos (de terceira geração) com o uso abusivo das novas tecnologias que, muitas vezes, repercutem em ameaças as liberdades, pois é importante que o desenvolvimento tecnológico não mine nem avance às custas das liberdades e dos direitos fundamentais (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 101-102).

novas, e atingido pela radial mutação dos referentes axiológicos e culturais que iriam nos seus pressupostos, o direito existente e o seu sistema (na sua índole normativa, nos seus modelos dogmáticos, nas suas possibilidades institucionais) revelar-se-ia *normativamente inadequado* (nas respostas ou soluções pedidas pelas novas questões, respostas ou soluções que ele verdadeiramente já não daria) e *institucionalmente ineficiente* (na sua estrutural funcionalidade e na própria capacidade institucional de resposta, na sua judicativa capacidade decisória ou sequer de absorção dos conflitos), a determinar assim a carência de um outro mais adequado e apetrechado direito.⁶

O problema ainda se verifica, segundo o autor, axiológica, funcional e crítico-culturalmente. O processo acaba tornando-se a figura central da problemática, uma vez que anacrônico, pois “as estruturas processuais devem adotar linguagem alinhada às novas necessidades, tão diferenciadas, qualitativa e quantitativamente das aspirações do indivíduo do século XX, quiçá do mundo romano e do medievo”⁷, as quais, em muito, ainda influenciam o modelo processual atual. Nesse sentido, a importância do questionamento de Sandra Regina Martini Vial: “há quanto tempo o direito não sai da sua ilha de superioridade, ou se a sociedade se reconhece nas decisões dadas pelo sistema do direito? Ou se irreconhece?”⁸

A resposta soa desanimadora. É possível inferir que o cerne da problemática no processo está na vivenciada crise de dupla face. Por um lado, há o problema do modelo de direito (modelo liberal-individualista-normativista), que não está preparado para a conflituosidade e a complexidade de uma sociedade em rede, uma vez que em muito influenciado pelo pensamento filosófico do século XVII, mais propriamente Hobbes e Leibniz, e pelo afastamento entre as criações puramente normativas do Direito e o mundo social⁹

Por outro lado, há o problema do parâmetro filosófico-interpretativo (modelo epistemológico da filosofia da consciência), teoria do conhecimento que sofreu irreversível abalo com o desvelamento de sua fragilidade pela fenomenologia hermenêutica de matriz heideggeriana. Com efeito, o giro linguístico-ontológico, em decorrência da ruptura paradigmática introduzida por Heidegger, proporcionou

⁶ NEVES, António Castanheira. **Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Pontos de Vista, 2002, p. 10.

⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição:** proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 258-259.

⁸ VIAL, Sandra Regina Martini. **Os sete sapatos sujos e o direito...** In.: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Direito e Literatura:** da realidade da ficção à ficção da realidade. São Paulo: Atlas, 2013. p. 211-224, p. 212.

⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 92.

alterações radicais na totalidade da estrutura do pensamento humano e rompeu com os paradigmas objetivos e subjetivos¹⁰. O paradigma epistemológico da filosofia da consciência, contudo, ainda está enraizado e concerne em uma das causas do chamado “estado de natureza interpretativo”¹¹.

O Direito está em patente assimetria, desincronização e inadequação frente à sociedade que o solicita, que nada mais é do que expressão do problema radical do sentido do Direito e sua subsistência, intimamente relacionada com a problemática da própria situação histórico-existencial do homem¹². Afinal, a crise da jurisdição pode ser entendida sob uma perspectiva como uma crise paradigmática, ante a um modelo jurisdicional que “não mais consegue dar conta das necessidades sociais, seja em razão do conteúdo das demandas, dos sujeitos envolvidos ou do instrumental que se pretenda utilizar”¹³.

Dessa forma, resta evidente a insuficiência do modelo processual civil preponderante (imerso na crise de dupla face) para a tutela de grande parte dos casos concretos surgidos em uma sociedade em rede, sobretudo, no que concerne a uma tutela efetiva dos novos direitos, os quais, não obstante, vêm servindo de “álibi” para uma postura discricionária dos julgadores. Com efeito, a busca crescente pela concretização dos direitos acabou delegando ao Judiciário um papel fundamental, mas, ao mesmo tempo, tornou-se mais um dos alicerces que justificam um poder excessivamente discricionário/subjetivo. E é sempre perigoso legitimar a ampliação de espaços para que o intérprete adote uma postura de conceber o processo interpretativo como um ato de sua vontade.

Tal contexto evidencia a imprescindibilidade de se questionar a jurisdição processual civil, porque não está em consonância com os pressupostos do Constitucionalismo Contemporâneo, tampouco com os de um Estado Democrático de Direito. O velho paradigma, imerso na crise de dupla face, desvela seu esgotamento, sendo necessário um profundo repensar acerca do papel do Direito e dos juízes, principalmente no que tange à atribuição de sentido aos casos concretos

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 565.

¹¹ Expressão da lavra de Lenio Luiz Streck (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 388).

¹² NEVES, António Castanheira. **Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Pontos de Vista, 2002, p. 17.

¹³ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 100.

e à Constituição, com o intuito de superar o grave quadro de crise de disfuncionalidade e de incapacidade de lidar com os novos direitos e a complexidade social.

Ovídio Baptista já defendia que assumir uma posição de defesa da jurisdição e da concretização de um autêntico regime democrático traz a obrigação de “tratar das deficiências e obstáculos, opostos por nosso sistema processual, a uma jurisdição compatível com o nosso tempo, uma jurisdição capaz de lidar com a sociedade de consumo, complexa e pluralista, em seu estágio de globalização”¹⁴. Essa tarefa é especialmente necessária em um momento de consolidação do processo eletrônico e do advento do novo Código de processo Civil, tornando ainda mais premente o debate a ser travado nessa dissertação e a busca pelo acontecer de um novo modelo de direito do Estado Democrático de Direito, o qual tem dentre seus objetivos a superação de um quadro de um direito problemático.

Nesse sentido, objetivando-se ao fim da dissertação discorrer acerca do processo eletrônico e seu impacto no modelo decisório do Constitucionalismo Contemporâneo, o primeiro capítulo será dedicado a proferir uma crítica ao estado da arte da jurisdição processual civil, tanto em termos de papel do juiz, quanto de modelo decisório. Para tanto, num primeiro momento, serão abordados criticamente o ativismo judicial e excesso de objetivismo que permeia o atual modelo jurisdicional, caminho necessário para desvelar o modelo decisório que exsurge com o Constitucionalismo Contemporâneo, em especial, com o objetivo de discorrer acerca das principais conquistas até o momento.

1.1 O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL DE CARIZ POSITIVISTA-NORMATIVISTA E OS LIMITES DA DELICADA RELAÇÃO POLÍTICA-DIREITO

Em meados do século XX, após o fim da Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um evidente processo de expansão global do Poder Judiciário¹⁵. A intensa judicialização em nível global tem inúmeras origens, que fogem aos limites do presente trabalho e exigem um conhecimento multidisciplinar, como cita Clarissa Tassinari, sem, contudo, esgotar o tema:

¹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. IX.

¹⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 38.

a) transformação do modo de compreensão da democracia como “vontade da maioria” (democracy as majority rule and popular responsibility), adicionando-se a importância do poder contramajoritário, que acaba tendo o Judiciário como seu representante; b) a afirmação da separação dos poderes, que facilitou a judicialização; c) a (falta de) implementação de políticas públicas, apesar da existência de um vasto rol de direitos assegurados constitucionalmente; d) a atuação de certos grupos de interesse ao utilizar a jurisdição como meio de expandir os direitos garantidos, pleiteando a inclusão de outros não afirmados na constituição; e) o fortalecimento do controle de constitucionalidade, que, muitas vezes, aparece amplamente vinculado com o sistema político, no sentido de que acabou sendo utilizado pela oposição parlamentar para barrar as iniciativas do governo; f) a inefetividade das instituições majoritárias, fazendo-se referência tanto ao Legislativo quanto ao Executivo, devido à ausência de implementação de políticas públicas por parte deste, o que representa um problema na condução da administração; e, por último, g) a delegação de poderes pelas próprias instituições majoritárias ao Judiciário, criando-se, assim, uma situação de conveniência, em que, para não gerar controvérsias políticas para o congressista (ou administrador), ao invés de definir lei que proíbe (ou permite) certas questões de grave divergência social, atribui-se tal função aos juízes e tribunais, evitando a indisposição política, o conflito e a polêmica com os seus eleitores e, principalmente, com seus opositores¹⁶.

Cabe inferir que, no entanto, é indubitável que um de seus fundamentais desencadeadores concerne no exurgir de um novo modelo de direito e democracia, o Estado Constitucional de Direito - que pode ainda ser nominado de Estado Democrático de Direito - superando o Estado Legislativo de Direito¹⁷. Esta causa interessa mais especialmente ao estudo desenvolvido na presente dissertação.

Trata-se de uma alteração de paradigma imposta pelo esgotamento dos modelos do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito, que “não conseguem dar conta das progressivas e constantes demandas sociais, em especial no âmbito do ideal de liberdade e igualdade, da limitação do poder, da proteção e implementação dos direitos”¹⁸. O Estado Democrático de Direito não nega os valores da liberdade, propriedade, igualdade, segurança jurídica e representação popular do Estado Liberal, mas busca conferir conteúdos materiais a esses para tornarem-se

¹⁶ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics, *apud* TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 50.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. *In.*: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 71-89, p. 71.

¹⁸ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 27.

mais efetivos, possibilitando o seu real exercício¹⁹. Assim, supera os modelos e está voltado ao ideal da igualdade material e da concretização das condições mínimas de vida ao cidadão e à sociedade.

O Estado Democrático de Direito “agrega o qualitativo da busca pela igualdade da comunidade, o fazendo através de sua vinculação a uma ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade através de um complexo sistema de direitos e garantias”²⁰. Esse modelo de Estado não é um Estado de Direito meramente formal, uma vez que se encontra, realmente, comprometido com a realização de justiça social - prevista expressamente na Constituição brasileira no artigo 170 - e a transformação da realidade por meio do Direito. Exsurge uma clara valorização do jurídico e, nesse contexto, o Direito passa a ser promovedor, no sentido da implementação de direitos e da busca da diminuição da desigualdades.

Intrinsicamente vinculado a esse modelo de Estado, aponta-se o exurgir do Constitucionalismo Contemporâneo, que desaguou nas Constituições após o fim da Segunda Guerra Mundial, e representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, manifestado no plano da teoria do Estado e da Constituição, assim como no plano da teoria do Direito – e, em seu interior, na reformulação da teoria das fontes, na teoria da norma e na teoria da interpretação²¹. A Constituição passa a não ser mais somente condicionante e reguladora de toda a atividade estatal, mas condicionada e regulada por vínculos jurídicos formais e substanciais²², assim como o fenômeno jurídico começa a ser visto sob o viés da substancialidade.

Desse modo, reconhecida a força normativa da Constituição e incorporados novos direitos às cartas constitucionais com os respectivos meios processuais, em contraponto a um quadro de irrefreável desigualdade e o aumento dos problemas sociais em todo o mundo, sobrecarregou-se o Estado, o qual revelou sua incapacidade de consolidar as promessas do Estado Democrático, principalmente em países em que não houve uma concreta passagem pelo Estado Social, como o

¹⁹ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 215.

²⁰ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 161.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

²² FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. *In.*: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 71-89, p. 71.

Brasil. Tal contexto, principalmente ante uma insuperável ineficiência do Poder Executivo e a inabilidade do Poder Legislativo, conferiu ao Poder Judiciário atribuições inesperadas, não sem os inafastáveis conflitos institucionais.

A superveniência de alterações drásticas na separação dos poderes foi inexorável, pois o modelo clássico cunhado por Montesquieu esgotou-se, tendo em vista não mais ser crível pensar na atuação da jurisdição limitada à declaração da lei ao caso concreto. Nesse contexto, o Judiciário foi sendo fortalecido e passou a ter forte papel sobre a vida coletiva,

[...] seja em razão do aumento quantitativo e qualitativo da busca pela justiça como um dos efeitos da crise geral que assola a sociedade moderna, seja como fenômeno social mais amplos, em que a perda de referências e de valores representa um sintoma do declínio da família, do desaparecimento da religião como ícone moral e da falência das instituições tradicionais [...] Assim, o Poder Judiciário assume a função de *guardião das promessas* ²³.

De fato, “a explosão “processual” não é um fenômeno puramente jurídico, mas social. Perdidos num contexto de profundas transformações e desigualdades, os indivíduos esperam encontrar no juiz um refúgio para seu desencantamento” ²⁴, em meio a uma sociedade que não tem dado conta de suas próprias complexidades e diversidades. A atuação do Judiciário, em que pese a problemática inerente ao modelo jurisdicional, torna-se condição de possibilidade para a superação das desigualdades e a concretização de direitos, verdadeiro “fiador dos direitos fundamentais e do regime democrático”²⁵.

O processo de judicialização passa a ser visto como característica inexorável do Constitucionalismo Contemporâneo, sendo que esse empoderamento do Judiciário começou a configurar-se no período de reestruturação política após o fim da Segunda Guerra Mundial. No entanto, não se pode descuidar que com esse maior intervencionismo do Judiciário surgem novos problemas, que serão abordadas ao longo da dissertação.

²³ TRINDADE, André Karam. O protagonismo judicial sob a perspectiva da literatura. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3.

²⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 263.

²⁵ TRINDADE, André Karam. O protagonismo judicial sob a perspectiva da literatura. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3.

Nesse sentido, importantes algumas considerações em relação à chamada judicialização da política, que se refere à transferência para o Judiciário da tomada de decisões acerca de questões que, tradicionalmente, estavam afetas ao Legislativo e ao Executivo, de forma que os julgadores, cada vez mais, são chamados para intervir em demandas que envolvem matéria de natureza política²⁶. O fenômeno remete a uma maior independência dos juízes em face aos demais Poderes, se comparado a tempos pretéritos, e as influências da política no Direito.

Nesse diapasão, salienta-se que a presente dissertação discorrerá acerca da relação política-direito focando-se essencialmente no modo como o Judiciário lida com a (in)efetividade dos direitos sociais prometidos na Constituição, por se tratar da matéria de amplo interesse prático e em constante discussão na jurisprudência. Inafastável, portanto, tecer algumas considerações sobre a visão moderna sobre direitos sociais. Por muito tempo, os direitos sociais foram entendidos como direitos pertencentes a um segundo escalão, abaixo dos direitos civis e políticos (estes intimamente relacionados com o advento do Estado de Direito) ou até mesmo atentatórios as liberdades e aos direitos individuais, devido à influência do pensamento neoliberal.

A posição de inferioridade dos direitos sociais foi superada pelo conteúdo material das Constituições advindas sob o manto do Constitucionalismo Contemporâneo e se entende que não faz mais sentido discorrer acerca do que são e quais são os direitos sociais *prima facie*, bem como o seu conteúdo. É sabido que o texto constitucional deve ser interpretado (norma), podendo se reconhecer (ou não) “um direito como fundamental e atribuir uma determinada posição jurídico-subjetiva (sem prejuízo dos efeitos jurídicos já decorrentes da dimensão objetiva) à pessoa individual ou coletivamente considerada”²⁷, diretamente no caso concreto.

Os direitos sociais formam o núcleo normativo central, bem como o núcleo moral do Estado Democrático de Direito (assim como os demais direitos humanos), portanto, devem ser entendidos e interpretados como categoria moral²⁸. Estes

²⁶ TRINDADE, André Karam. O protagonismo judicial sob a perspectiva da literatura. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3-4.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_ETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2015, p. 7.

²⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24.

direitos ainda encontram um fundamento ético para seu fortalecimento, uma vez que são necessários para a promoção da dignidade da pessoa humana e possuem a qualidade de direitos humanos universais, de modo que

[...] os direitos sociais não são meios de reparar situações injustas, nem são subsidiários de outros direitos. Não se encontram, portanto, em situação hierarquicamente inferior aos direitos civis e políticos. Os direitos sociais – entendidos como igualdade material e exercício da liberdade real – exercem no novo paradigma, aqui proposto, posição e função, que incorpora aos direitos humanos uma dimensão necessariamente social, retirando-lhes o caráter de “caridade” ou “doação gratuita”, e atribuindo-lhes o caráter de exigência moral como condição da sua normatividade. Constituem-se, assim, em direitos impostergáveis na concretização dos objetivos últimos pretendidos pelo texto constitucional²⁹.

Por essas razões, os direitos sociais consubstanciam-se em pressupostos dos direitos civis e políticos, ao passo que a liberdade real e a igualdade material não podem ser efetivadas sem que a pessoa possua um mínimo de direitos sociais efetivados, tal ideal é próprio do Estado Democrático de Direito e necessário à sua plena consolidação. Dessa forma, limitar a concretização dos direitos sociais pelo Judiciário seria o mesmo que admitir que as previsões da Constituição são mecanismos de manipulação, que somente serviriam para criar a ilusão de que o Estado estaria preocupado com os problemas reais da sociedade, não passando os direitos sociais previstos de mera carta de boas intenções.

Assim, entendê-los como meras pautas programáticas ou excluí-los da categoria de direitos fundamentais seria submetê-los ao vago conceito da “reserva do possível” (fator que não pode ser legitimado ante o compromisso irretroatável do Estado Democrático de Direito de assegurar o bem comum e a atenuação das desigualdades) ou do “mínimo existencial” (o qual é impossível de ser precisado sob critérios seguros e encontra-se sob o premente risco de cair na subjetividade e no voluntarismo político).

A Constituição brasileira fornece um seguro horizonte de sentido, quando positiva, indubitavelmente, os direitos sociais como direitos fundamentais e, devido a isso, coloca-os sob proteção de sua força normativa. O texto constitucional assegura a aplicabilidade imediata e a proteção das cláusulas pétreas aos direitos sociais, assim, recebem o caráter de direitos públicos subjetivos, imediatamente exigíveis.

²⁹ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 207.

Argumentar em sentido diverso significa perpetrar a crença ideológica de que as desigualdades sociais são próprias da natureza da sociedade humana, e estas não têm nada a ver com as opções político-econômicas, esquecendo-se que:

Os direitos sociais, no quadro jurídico-político atual, concretizam a obrigação do Estado de controlar os riscos do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos exclusivamente aos próprios indivíduos, restituindo um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Os direitos sociais, econômicos e culturais, constituem, junto com as liberdades civis e políticas, o acesso a essa dimensão maior da liberdade³⁰.

Feitas essas considerações, passa-se a discorrer, mais precisamente, sobre a assimilação da judicialização no Brasil. A tradição brasileira somente assimilou essas mudanças e a expansão global do Poder Judiciário tardiamente, a partir da promulgação da Constituição de 1988, em um contexto de ruptura com o regime ditatorial. Atualmente, em meio ao Constitucionalismo Contemporâneo e positivado o advento do Estado Democrático de Direito, ainda há um longo caminho a ser percorrido até a real compreensão de seu sentido e até sua plena efetivação, embora seja possível defender a existência de mais sucessos que derrotas nesses quase 30 anos do redimensionamento levado a efeito na práxis político-jurídica.

O modelo de Estado prometido no ordenamento constitucional é forte, intervencionista e regulador, da mesma forma o Direito recupera sua autonomia e torna-se verdadeiro campo inafastável de luta para implementação das promessas modernas, em meio a uma Constituição que se revela democrática³¹. Dessa forma,

[...] uma adequada hermenêutica permite perceber que o Estado Democrático de Direito não é algo separado da sociedade, como se fosse uma terceira coisa, mas é pré-ontológico e se dá como um acontecer em que há um processo prévio de compreensão, mediado pela tradição. [...] não se pode ignorar que é no contexto do Estado Democrático de Direito, nesse acontecer prévio, que o Poder Judiciário se desvela, não apenas de modo restrito à tarefa própria dos julgadores, mas antes como instância legítima para decidir interferindo no próprio exercício dos demais poderes³².

³⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 220.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 48.

³² SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 265.

Nessa conjuntura, uma discussão mais acurada em torno dos limites da intervenção do Judiciário (Direito) em questões políticas (direitos sociais) é de especial relevo, especialmente porque se trata de um país em que não restaram cumpridas as promessas da Constituição e as consequências disso são nefastas. O Estado Social, com efeito, não passou de um mero simulacro no Brasil, o que evidencia uma modernidade tardia onde a grande maioria da população é explorada e excluída socialmente, quadro fático que em nada se assemelha ao previsto constitucionalmente³³.

Subsiste um enorme déficit social, “temos que, em *terrae brasilis*, as promessas da modernidade só são aproveitadas por um certo tipo de brasileiro. Para os demais, o atraso! O *apartheid* social”³⁴. Conjuntura social própria de um Estado que apresenta o patrimonialismo como conteúdo e o estamento como forma, onde o aparelhamento político é moldado para atender os interesses privados de determinada classe/estamento, que domina os demais grupos de forma irreversível³⁵. No Brasil, desse modo, existem “duas espécies de pessoas: o *sobreintegrado* ou *sobrecidadão*, que dispõe do sistema, mas não se subordina, e o *subintegrado* ou *subcidadão*, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso”³⁶.

Ademais, não somente no Brasil, é possível falar em uma humanidade dupla, porque, “todos somos humanos, mas a humanidade sempre excluiu, desprezou e degradou alguns humanos, por isso ela não é única [...] Como podemos explicar que nem todos os humanos têm humanidade no mundo dos direitos humanos?”³⁷. Diante dessa preocupante conjuntura, adverte-se que, em que pese o extensivo rol de direitos sociais previstos no bojo da Constituição, é inegável seu não cumprimento, requerendo um debate mais intenso em termos qualitativos.

³³ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 28.

³⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. Disponível em: <<http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/FAORORaymundoOsDonosdoPoder.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015, p. 871-872.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 29.

³⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25.

Embora não seja possível concordar com a crítica proferida por Marcelo Neves, no sentido de que a Constituição brasileira seria simbólica³⁸, é inegável que tal contexto somente se sustenta devido a um forte conteúdo ideológico, que representa verdadeira violência simbólica da ordem social e encobre a necessidade premente de uma radical transformação da estrutura social e política como única forma de efetivação das promessas da modernidade. Afinal, a concretização do que fora prometido na Constituição não depende de medidas paliativas ou meras reformas, mas uma intensa reformulação da atuação do Estado.

Diante disso, compreendendo-se a força normativa da Constituição e a realidade social brasileira, é imprescindível reconhecer o Judiciário como uma instituição estratégica no paradigma do Estado Democrático de Direito, sendo sua função agir no sentido de realizar direitos fundamentais por meio do processo judicial. Em um país que ainda tem um longo percurso até uma efetiva inclusão social e a concretização das promessas da modernidade, não é possível abrir mão da atuação do Judiciário no sentido de ordenar a concretização dos direitos sociais, mesmo contra maiorias eventuais, uma vez que não estará fazendo mais do que cumprir o texto da Constituição, que se revela dirigente e compromissária³⁹. Veja-se que

Seja diante da perda da exclusividade no exercício das funções estatais, seja em razão das modificações sofridas pela sociedade (em razão da complexidade da sociedade contemporânea), a plataforma político-jurídica do Estado democrático de direito exige que se pendente em uma espécie de aproximação funcional dos poderes na realização de um projeto efetivamente solidário. Justamente por isso é que o exercício jurisdicional recebeu, diante da referida modalidade estatal, tanto a função de zelar quanto a de implementar, a partir dos textos constitucionais, os direitos sociais⁴⁰.

Os cidadãos não perdem poder político, considerando o argumento de que os juízes não são eleitos, com decisões política proferidas pelos Tribunais, talvez “seja plausível afirmar que alguns cidadãos (em especial, os integrantes de categorias politicamente organizadas e influentes, [...]) perdem poder político, e que outros

³⁸ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 191-200.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 80-92.

⁴⁰ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 162.

cidadãos (membros de minorias, etc.) ganham mais do que perdem”⁴¹. Nesse sentido, ressalta-se que

As Constituições compromissárias somente logram garantir os direitos e garantias fundamentais, ou garantir direitos individuais e institucionais, sem fraturas, e modelar o futuro comunitário, sem rupturas, se satisfazem três requisitos primordiais: a) máximo rigor possível nos preceitos atinentes a direitos e liberdades fundamentais do homem, do cidadão, do trabalhador, e dos grupos em que se insere, não cabendo ao legislador e ao aplicador senão uma tarefa de interpretação e de regulamentação; b) abertura, nos limites da sua força normativa, dos preceitos atinentes à vida econômica, social e cultural, sujeitos às sucessivas concretizações correspondentes às manifestações da vontade política constitucionalmente organizada; c) criação de mecanismos jurídicos e políticos de garantias das normas constitucionais⁴².

Importante lembrar que, em 1803, quando a Suprema Corte americana rejeitou um papel mais frágil da jurisdição e debateu acerca da supremacia da Constituição, dando início ao controle de constitucionalidade (*judicial review*), John Marshall inferiu que “o poder e o dever da Corte de fazer cumprir a Constituição derivava da própria declaração contida nesse documento, de que a Constituição era a norma jurídica suprema do país”⁴³. O Judiciário, com efeito, tem “o poder de decidir pelo governo como um todo o que a Constituição pretende dizer, e de declarar inválidos os atos de outros órgãos públicos sempre que excederem os poderes que lhes são outorgados pela Constituição, corretamente entendida”⁴⁴.

Desse modo, entendendo os direitos humanos como decorrentes do caráter único e inegável da pessoa humana, sua concessão não se trata de boa-vontade ou graça concedida pelo Estado que os positivam. Os direitos constitucionais, para Dworkin, seriam direitos contra o “Estado” ou a “maioria”, capazes de serem realizados em detrimento dos interesses daqueles que detêm o controle político das diferentes instituições⁴⁵. Exigir direitos pressupõe um argumento moral, de modo que se pode ir além, e inferir que mais que “direitos contra o Estado, se constituem em direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais,

⁴¹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 151.

⁴² HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 76.

⁴³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 426.

⁴⁴ Ibidem, p. 427.

⁴⁵ Idem. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 224-231.

como a implementação de políticas sociais que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos”⁴⁶.

Dworkin demonstra que os principais argumentos contra um maior intervencionismo do Judiciário não se sustentam: a) no que concerne ao argumento em torno da democracia, infere-se que o termo não tem um significado tão preciso quanto se pretende conferir, bem como não há garantias de que o Poder Legislativo, mesmo que eleito pela maioria, tenha responsabilidade perante o povo, ou seja, um contraponto eficaz às violações de direitos; b) nem sempre é mais justo que a maioria tome decisões, em especial, quando estas são relativas a direitos da minoria; c) o fortalecimento dos direitos não emergirá naturalmente, a partir das pressões políticas, sendo indispensável reformas radicais⁴⁷.

Ressalta-se, novamente, que o Judiciário, por conseguinte, não estará fazendo mero assistencialismo, mas estará agindo unicamente no sentido de cumprir o prometido constitucionalmente e oportunizando integração à sociedade por meio da igualação de oportunidades. Diante da insuficiência dos demais Poderes na efetivação das promessas constitucionais no Brasil, esta tarefa mais intervencionista do Judiciário, voltado ao cumprimento do texto constitucional, é condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.

Quanto às questões que envolvem a efetivação de direitos sociais, frisa-se que o deferimento é a medida exigida pela coerência e integridade do Direito, que impõe o respeito à Constituição, mesmo ao arrepio de uma teórica divisão de poderes. Não existe apenas um problema jurídico a ser resolvido, mas um problema social, que deve ser pensado à luz da situação hermenêutica em que o intérprete se encontra (contexto social brasileiro e o não cumprimento das promessas constitucionais, por exemplo). De acordo com Gadamer, a consciência da situação hermenêutica manifesta-se como consciência histórico-efetual, que é um momento da realização da própria compreensão, e representa uma posição que limita as possibilidades de ver, ou seja, o horizonte de sentido⁴⁸. Nesse contexto,

⁴⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 216-217.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 220-234.

⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 399.

Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que pertencem ao horizonte, no que concerne a proximidade e distância, grandeza e pequenez. A elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição⁴⁹.

O intérprete, portanto, deve ampliar seu horizonte e compreender o mundo da facticidade em que está inserido, o que implica esforço pessoal e desde-já sempre possuir um horizonte, devendo sua solução para um problema jurídico não estar desvinculada do real. Nessa senda, “a tarefa da compreensão histórica inclui a exigência de ganhar em cada caso o horizonte histórico a fim de que se mostre, assim, em suas verdadeiras medidas, o que queremos compreender”⁵⁰. Ainda na esteira de Gadamer, caso não tenha horizonte, o intérprete terá uma visão limitada e supervalorizará o que lhe está mais próximo, estando sujeito a mal-entendidos⁵¹.

Feitas essas considerações, a dissertação passa a abordar os problemas que acompanham a aposta no Judiciário. O primeiro ponto trazido para o debate advém do questionamento, proposto por Jânia Saldanha, no seguinte sentido “a reivindicação por “Justiça” não estaria mais ligada ao “espaço simbólico” que representa do que na real crença na transformação, para melhor, do papel dos juízes e das estruturas processuais?”⁵². Com efeito, há um claro paradoxo entre a crescente procura pela jurisdição e uma constante reivindicação por um Poder Judiciário mais efetivo e funcional, demonstrando o claro peso simbólico de tal Poder.

Trata-se do círculo vicioso do paternalismo do Judiciário e a construção de todo um imaginário em torno da imprescindibilidade do juiz para decidir questões fulcrais da sociedade, pois,

Efetivamente o desenvolvimento cultural da nossa sociedade nos levou a uma quase inércia em resolver nossos próprios problemas. Litigar passou a ser associado ao pleno exercício de cidadania de um povo, que se encontra acobertado e seguro pelo manto do Estado-juiz. Em razão disso, nasceu a ideia (o mito), embalado por símbolos (a toga, por exemplo) de que o juiz dá conta de todos os problemas (tal como Hércules), que o Poder Judiciário

⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 400.

⁵⁰ Ibidem, p. 400.

⁵¹ Ibidem, p. 400.

⁵² SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 264.

encontra-se de portas abertas para o litígio, de sorte que todos que demandarem encontrarão nele a resposta de seus anseios de justiça⁵³.

Em torno da figura do juiz há toda uma simbologia e uma mitologia, que ajudou a incentivar uma permissão desmedida de interferência estatal na vida privada e uma descrença no poder de decidir por-si-próprio, mesmo que, ao fim e ao cabo, o cidadão depare-se com uma sentença decepcionante, sem qualidade e sem fundamentação. Ademais, existem situações que não podem ser bem resolvidas pela técnica, como muitos casos de família que envolvem diversos sentimentos humanos e seriam melhor trabalhados nos modelos consensuais e extrajudiciais, no entanto, são renegados devido ao modelo tradicional sempre ter sido conflitual⁵⁴.

Nesse ínterim, “existe um sabor epopeico no desempenho do juiz, nos seus feitos, na sua postura, nas expectativas que se tem a partir das suas decisões. O juiz é visto como um ser diferenciado, possuidor de uma autoridade incontrastável, cheio de poderes”⁵⁵. É o chamado hiperconsumismo do Judiciário, visto como a “solução” para os problemas sociais ou ainda uma etapa necessária e indispensável para o cumprimento da carta constitucional⁵⁶, que diminuem as esperanças da construção de uma democracia onde a sociedade seja parte ativa.

É importante lembrar que se defende a judicialização da política e um maior intervencionismo do Judiciário, contudo, essa situação não pode se prolongar *ad eternum*, sob pena de solapar o pacto democrático e as escolhas políticas. Com efeito, a intenção é que seja assegurado um padrão mínimo de vida aos cidadãos, conferindo um patamar de igualdade de oportunidades e de concreta autonomia, o que ainda não ocorreu em toda a história brasileira, e que, com o passar do tempo e o fortalecimento das políticas públicas, seja cada vez mais dispensável a intervenção do Judiciário na política.

Diretamente relacionado à questão exposta, está o problema do ativismo judicial, ponto central a ser discutido nesse subtítulo. Importante esclarecer que, na

⁵³ SPENGLER, Fabiana Marion. O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as “dificuldades epidêmicas” do decidir. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117-139, p. 130-131.

⁵⁴ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 100-101.

⁵⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as “dificuldades epidêmicas” do decidir. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117-139, p. 129.

⁵⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 26.

presente dissertação, é feita clara distinção entre judicialização - entendida como a atuação efetiva e inexorável do Poder Judiciário no Constitucionalismo Contemporâneo e frente a um cenário de promessas não cumpridas no Brasil - e ativismo judicial. Com efeito, há uma clara distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, tendo em vista que esta buscou justamente superar o positivismo e é própria do Constitucionalismo Contemporâneo.

O ativismo, por outro lado, concerne na forma de atuação do julgador que concebe a interpretação como um ato de sua vontade, ou seja, a vontade torna-se também um critério decisório, de modo que se trata de um problema próprio da teoria da interpretação. A concepção da vontade como algo característico da interpretação jurídica remete à teoria pura do direito de Hans Kelsen, o qual incorporou essa noção ao Direito, ao defender uma íntima relação entre vontade e discricionariedade e, de certa forma, aceitar como uma fatalidade a irracionalidade na interpretação preconizada pelos órgãos jurídicos⁵⁷.

Trata-se, portanto, de entender possível ao juiz decidir “de acordo com sua moralidade individual, com seu “prudente arbítrio” (*sic*) ou, enfim, de acordo com todos os nomes a que se dê a sua capacidade pessoal de discernimento”⁵⁸. Ou melhor, refere-se a todas as posturas “que colocam no intérprete (juiz, tribunal) o poder discricionário de atribuir sentidos”⁵⁹. Consiste, portanto, em conferir um poder excessivo ao sujeito solipsista e supostamente virtuoso, sob um manto clerical e paternal, que acredita ser árbitro dos bons costumes e da justiça.

Dworkin afirma que o ativismo, em sentido forte, envolve riscos de tirania⁶⁰. O positivismo apropriou o conceito relativo de “poder discricionário” do cotidiano, em seu sentido forte, que significa que a pessoa não está controlada por um padrão formulado por uma autoridade; e é esse sentido de poder discricionário que confere ao juiz quando ele se depara com um caso que não está regido por uma regra⁶¹. A

⁵⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 57-59.

⁵⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 34.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 580.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 225.

⁶¹ *Ibidem*, p. 50-55.

atribuição de decidir os casos não contemplados pelas regras à discricionariedade do juiz é defendida por autores como Kelsen e Hart.

Com efeito, Hart, ao admitir que a vagueza é uma característica inerente da linguagem jurídica e os chamados casos difíceis comportam mais de uma interpretação, entende que o juiz deverá utilizar de sua discricionariedade para escolher a opção mais adequada⁶². Nesses casos, o juiz não estaria aplicando o direito, porque a regra não fornece uma resposta *prima facie*, mas sim o criando no caso concreto. Nesse ínterim,

[...] na medida em que sempre há um déficit de previsões, as posturas positivas “delegam” ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), além de dar azo à tese de que o direito é (apenas) um conjunto de normas (regras). Em consequência, transforma-se a interpretação jurídica em filologia, forma refinada de negação da diferença ontológica⁶³.

Acerca do tema, é imprescindível que

Observemos, nesse sentido, como a dogmática jurídica conseguiu fazer *um mix* com as teses dos três maiores positivistas: de Kelsen, o decisionismo; de Hart, a discricionariedade; de Ross, o positivismo fático, um realismo que se afina hoje com o ideário dos *Critical Legal Studies*. Resultado disso? Um elevado grau de discricionariedade, que fatalmente descamba para arbitrariedade. E quem sustenta isso é o paradigma da filosofia da consciência, em que o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) produz o seu próprio objeto de conhecimento e, ao mesmo tempo, atribui-lhe sentido⁶⁴.

Está-se diante de uma das facetas da crise de dupla face, o parâmetro filosófico-interpretativo (modelo epistemológico da filosofia da consciência). A grande questão é que pensar desse modo desobriga o julgador de respeitar os padrões jurídicos e possibilita decidir no sentido que bem entender. A abstração feita pelo esquema sujeito-objeto priva o intérprete justamente do horizonte histórico, da tradição, que deveria respeitar. Ademais, erradica-se a possibilidade de “um controle qualitativo da democracia dessas decisões (afinal, como, e a que título, “sindicar” o

⁶² RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial. El Debate Hart Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997, p. 34.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 579.

⁶⁴ Idem. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 396.

discernimento pessoal de alguém?), e coloca em iminente aflição a potencialidade de concretização das promessas constitucionais”⁶⁵.

A judicialização enquanto um fenômeno social, portanto, não é o problema, mas sim quando esta serve de álibi para a afirmação das vontades e do poder dos juízes e Tribunais. Frente a isso, Lenio Streck entende que ocorreu um esgotamento teórico dos modelos positivistas, mas não ocorreu uma libertação de toda carga conceitual legada, ocasionando que, em pleno paradigma da intersubjetividade (giro ontológico-linguístico), ainda se aposte na discricionariedade judicial para resolver o problema da decisão⁶⁶.

Os excessos positivistas manifestam-se ainda na contumaz não fundamentação/justificação das decisões, quando se está diante de um caso dito fácil⁶⁷. Afinal, é inadmissível o uso de raciocínios subsuntivos tanto em casos simples (quando as regras são “destituídas” de imprecisão), quanto em casos ditos complexos ou difíceis, sendo inaceitável qualquer tipo de “acoplamento” entre fato e texto jurídico⁶⁸. Esse assunto será melhor desenvolvido no subtítulo 1.2.

Adverte-se que a presente dissertação não admite a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, servindo apenas para fins argumentativos a exposição acima, pois não passa de uma ilusão. Um caso será fácil ou difícil para um determinado intérprete dependendo do modo como é absorvido por sua estrutura da pré-compreensão. E, considerando que o desafio é levar os fenômenos à representação (pela linguagem), casos fáceis e difíceis são diferenciados pelo nível de possibilidade de objetivação de um determinado intérprete⁶⁹.

Conclui-se, assim, que o protagonismo do sujeito-intérprete, no sentido da discricionariedade forte, agrava a situação da perpetuação do positivismo, sustentado no ainda predomínio do esquema sujeito-objeto em pleno paradigma da intersubjetividade⁷⁰. Uma magistratura que obedece apenas a sua própria vontade,

⁶⁵ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 34.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 99.

⁶⁷ Idem. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 278.

⁶⁸ Ibidem, p. 282.

⁶⁹ Idem. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 576.

⁷⁰ Idem. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 139.

entendendo-se encarregada de fazer a operação mental entre sua subjetividade e a coisa, é a negação do Constitucionalismo.

A “liberdade” na interpretação dos textos jurídicos proporcionada pelo império das correntes (teses, teorias) ainda arraigadas/prisioneiras do esquema sujeito-objeto tem gerado esse “estado de natureza interpretativo”, representado por uma “guerra de todos os intérpretes contra todos os intérpretes”, como que ripristinando a fragmentação detectada tão bem por Hobbes. Cada intérprete parte de um “grau zero” de sentido. Cada intérprete reina nos seus “domínios de sentido”, com seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas, etc. Os sentidos “lhe pertencem”, como se estes estivessem a sua disposição, em uma espécie de reedição da “relação de propriedade” (neo)feudal. Nessa “guerra” entre os intérpretes – afinal, cada um impera solipsisticamente nos seus “domínios de sentido” – reside a morte do próprio sistema jurídico⁷¹.

Importante salientar enfaticamente que colocar o problema hermenêutico a partir da subjetividade do intérprete não passa de concepção fundada no metafísico esquema sujeito-objeto. Há, realmente, uma ampla discussão em torno das possibilidades do conhecimento e do problema da fundamentação, no entanto, estabelecer regras ou cânones que tragam o predomínio da subjetividade não passa de resistência à viragem linguístico-ontológica⁷². A razão prática (discricionariedade) já restou solapada com a morte do sujeito solipsista, mediante a superação do solipsismo monadológico do sujeito moderno pela demonstração das estruturas existenciais do ser-no-mundo e dos existenciais do ser-em e do ser-com pela fenomenologia hermenêutica⁷³.

O Constitucionalismo Contemporâneo se mostra incompatível com qualquer forma de discricionariedade arbitrária. A reformulação da teoria da interpretação, perpetrada pelo redimensionamento na práxis política-jurídica levado a efeito pelo Constitucionalismo Contemporâneo, conforme defendido por Lenio Streck, tornou a interpretação uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos⁷⁴, porque deve acompanhar o giro linguístico-ontológico, que foi importante para a totalidade da estrutura do pensamento humano.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 140.

⁷² Idem. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 560.

⁷³ Idem. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 100.

⁷⁴ Idem. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

Nesse percurso, torna-se imprescindível tecer algumas considerações em relação ao novo Código de Processo Civil, para entender se a reforma processual acompanhou os pressupostos do Constitucionalismo Contemporâneo que exige essa reformulação da teoria da interpretação. Contudo, já é possível inferir que o novo Código de Processo Civil não conseguiu se desvencilhar de um círculo vicioso: contra o caos dos decisionismos e arbitrariedades (paradigma da subjetividade) se recorre ao *establishment* que propõe um “neo-absolutismo hermenêutico” (paradigma objetivista), e vice-versa. Conforme Lenio Streck, esse círculo vicioso se forma porque

[...] primeiro admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ideologia do caso concreto, circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado; em seguida, para controlar esse caos, busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização, como se fosse possível uma norma abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação⁷⁵.

Importante esclarecer que o problema concernente ao paradigma objetivista será trabalhado no subcapítulo a seguir.

No que concerne ao problema do ativismo tratado neste subcapítulo, interessa particularmente o artigo 489⁷⁶, cujo *caput* se assemelha ao artigo 458 do

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 580.

⁷⁶ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de**

CPC/1973, mas os parágrafos buscam amenizar o inconveniente de decisões extremamente carentes de fundamentação, quando não superficiais, ao trazer padrões mínimos para a decisão judicial. Além disso, o § 1º do artigo, especificamente, tem o intuito claro de efetivar o direito fundamental ao contraditório, em seu sentido substantivo, quando determina que sejam enfrentados na decisão os argumentos trazidos pelas partes.

Os incisos do parágrafo referido, com efeito, objetivam combater a prática já costumeira de apenas citar ementas, enunciados de súmula ou atos normativos, com uma análise superficial desses institutos e muitas vezes sem relação com o caso concreto sob julgamento, como se a mera reprodução garantisse uma decisão fundamentada. Sob o nome de “precedente”, decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça eram vistas

[...] quase como um fechamento argumentativo que deveria ser aplicado de modo mecânico para as causas repetitivas.

É comum a utilização de “súmulas” sem se analisar os julgados que a deram base; quando tal procedimento seria essencial para vislumbrar se os casos que os embasaram (os enunciados) são idênticos ao atualmente em julgamento⁷⁷.

Dessa forma, a partir do artigo 489, a mera reprodução ou paráfrase de texto de ato normativo (inciso II), súmula (inciso V) e/ou ementas (inciso V), sem cotejá-los com o caso que se está julgando, será uma decisão nula, pelo descumprimento do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal⁷⁸. Trata-se de uma nova perspectiva dinâmica e substância dessa cláusula constitucional⁷⁹. Será necessário, portanto, a cabal demonstração que o julgado anterior (precedente), os casos concretos que deram origem ao enunciado da súmula e os atos normativos amoldam-se as particularidades do caso ora sob julgamento.

Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC** – Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 314.

⁷⁸ A atual jurisprudência vem entendendo que, consoante dispõe o inciso IX do artigo 93 da constituição federal, a decisão não fundamentada, ou seja, aquela que não traz a exposição dos motivos que levaram o julgador a decidir da forma exposta, é nula. (Apelação Cível Nº 70066479973, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 14/09/2015).

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC** – Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 303.

Porém, mais do que fundamentar, é necessário justificar (explicar) o que foi fundamentado: “fundamentar a fundamentação”. Assim, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte, e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas, faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a-histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo⁸⁰.

O relativo avanço promovido pelo § 1º, contudo, resta quase obnubilado pela positividade da ponderação no § 2º. É sabido que, no Brasil, houve uma recepção equivocada da teoria desenvolvida por Robert Alexy, que originalmente possui critérios objetivos bem definidos (necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*)⁸¹, para coibir os problemas da chamada jurisprudência dos valores. A teoria foi recepcionada como se fosse um princípio (sendo que originalmente é uma regra), que se constitui em procedimento para confronto entre princípios, restando carregada de excessiva discricionariedade e subjetivismo, pois “pela ponderação abre-se espaço à vontade do intérprete na escolha dos princípios que serão colocados em colisão”⁸².

A aplicação incorreta da ponderação acabou, ao fim e ao cabo, tornando-se alibi teórico (inautêntico) para posturas discricionárias (em sentido forte) dos julgadores. Afinal, não raras são as decisões judiciais que, embora fazendo referência à ponderação de Alexy, não enunciam o modo como restaram trabalhados os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*. Nesse sentido, importante crítica tece Lenio Streck ao relacionar a discricionariedade inerente ao positivismo com a que é desencadeada pela (inadequada) utilização da ponderação,

[...] a proporcionalidade é a “chave” para resolver a ponderação, a partir de quatro características de todos conhecidas. Ou seja, na medida em que a proporcionalidade só “é chamada a colação” quando necessário um juízo ponderativo para os casos difíceis – uma vez que para os casos simples “basta” a dedução/subsunção – caberá ao intérprete a tarefa de “hierarquizar” e “decidir” qual o princípio aplicável no caso do

⁸⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as “dificuldades epidêmicas” do decidir. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117-139, p. 133.

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. *Passim*.

⁸² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 114.

conflito/colisão. Ora, se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio aplicável, a pergunta inexorável é: qual é a diferença entre “intérprete ponderador” e o “intérprete do positivismo”, que, discricionariamente escolhe qual a “melhor” interpretação?⁸³

Ademais, é importante notar que, mesmo que se entenda o artigo 489 como um avanço, ele “não retira da decisão judicial sua característica de ato de criação solitária pelo magistrado. O juiz pode até estar mais controlado [...] no final do dia é sempre o juiz, no isolamento de seu gabinete ou casa, quem profere a decisão”⁸⁴. Isto somente ocorrerá com a compreensão generalizada dos avanços perpetrados pelo Constitucionalismo Contemporâneo, em especial pela reformulação da teoria da interpretação, no interior da qual a decisão é fruto de toda integridade do Direito, conforme será ainda exposto.

Não obstante, o novo Código amplia as possibilidades de o relator decidir monocraticamente, ou seja, as hipóteses de transferência das decisões do colegiado para o sujeito solipsista, sendo uma evidente perpetuação da aposta no sujeito-juiz-protagonista, no sujeito do esquema metafísico “sujeito-objeto”. Embora “já de há muito está anunciada a morte do sujeito (da subjetividade assujeitadora – filosofia da consciência), parece que, no âmbito do direito, tal notícia não surtiu qualquer efeito”⁸⁵. Nesse ponto, não se pode deixar de lembrar do (falso) princípio da jurisdição equivalente, que possibilita que os recursos sejam providos monocraticamente se o relator entender que o juízo colegiado certamente decidiria da mesma forma⁸⁶.

No entanto, não se pode deixar de inferir que o artigo 489, em especial o seu § 1º, dá mais um passo importante em direção ao fortalecimento de decisões corretas e íntegras (Dworkin), ao exigir no diploma processual o imprescindível *link* entre a fundamentação e o caso concreto decidido. A decisão “vestidinho preto” (expressão corrente que se remete a algo que pode ser usado em todas as ocasiões

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 54.

⁸⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 5.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positiva? **Revista NEJ**, v. 15, n.1, jan-abr, 2010, p. 158-173, p. 166.

⁸⁶ Idem. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 532.

sem incorrer em erro grave) passa a ser considerada não fundamentada⁸⁷. Além desse avanço e da possibilidade concreta de controle público das decisões judiciais, é possível citar outros inúmeros benefícios como

[...] a diminuição das taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores⁸⁸.

A decisão judicial deve ter uma coerência interna (com o caso concreto), mas igualmente uma coerência externa, com todo o direito produzido democraticamente (horizonte de sentido). Está temática ainda será abordada neste capítulo. Ao juiz, que representa a instituição do Poder Judiciário, resta ainda mais claramente imposta a responsabilidade de decidir.

Ressalta-se que, o Direito, mais do que nunca, assume um compromisso de ser transformador, frente a uma Constituição assumidamente dirigente e compromissária. A jurisdição, por conseguinte, está encarregada de efetivar direitos, sendo inexorável ao Estado Democrático de Direito uma atuação mais proeminente do Judiciário. No entanto, conforme já referido, essa atuação não pode ser ativista, sendo necessário o “reconhecimento de limites normativo-jurídicos [que incluem o reconhecimento da dimensão histórica do direito e do seu sistema normativo] forjam uma jurisdição que vai se dar pela realização concreta do direito, em necessária intenção normativamente constituenda”⁸⁹. Essa é a jurisdição em seu ser, ou seja, fundada no texto constitucional e não exclusivamente na consciência do julgador.

⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 795.

⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 302.

⁸⁹ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 34-35.

1.2 O ESTABLISHMENT JURÍDICO E A CRÍTICA ÀS DECISÕES EM “VAREJO”: SUBVERTENDO A LÓGICA DOS PADRÕES DE DECIDIBILIDADE DE REPRODUÇÃO DE SENTIDO E DOS “PROCESSÔMETROS”

É algo brutal da cultura atual o ato de sacrificar especialidades, ou seja, a tendência de identificar e classificar, o “especial é, assim, um ser – um rosto, um gesto, um evento – que, não se assemelhando a nenhum, se assemelha a todos os outros”⁹⁰. Essa homogeneização vem ocorrendo em diversas frentes, acelerando-se após as profundas transformações que abalaram o final do século XX. Nesse diapasão, destaca-se o crescimento dos mercados culturais mundiais e a profusão de novas tecnologias da comunicação e da informação (TIC’s), que levaram à chamada globalização cultural e à sensação generalizada de que o mundo estaria passando por um processo acelerado de homogeneização e padronização cultural, em especial devido às profundas assimetrias da divisão internacional do trabalho cultural.

Realmente, a “ideologia da globalização não reconhece realidade e valores diferenciados, pois preconiza pensamento e sentido únicos para o destino da humanidade, voltados para o mercado”⁹¹; disso decorre uma impertinente homogeneização cultural e fala-se em língua única e sujeito abstrato. Mia Couto, ao discorrer sobre os sete sapatos sujos que seriam necessários descalçar-se na soleira da porta dos tempos novos, identifica o sétimo sapato como sendo a “ideia de que para sermos modernos temos que imitar os outros”⁹².

O texto traz um questionamento, muito perspicaz: será que queremos realmente ser diferentes? Em momento algum da história da humanidade tornou-se tão essencial lutar pela preservação das diferenças e exaltar as complexidades, frente às incisivas e perigosas investidas de homogeneização da globalização.

O Direito não é imune às influências das inúmeras dimensões da sociedade onde surge e se modifica, de forma que é atingido pelos influxos desse processo;

⁹⁰ AGAMBEN, Giorgi. **Profanações**. Tradução Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007. P. 54.

⁹¹ DANTAS Fernando Antonio de Carvalho. **Os povos indígenas brasileiros e a “cidadania ativa”**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 5 – Jacarezinho, 2005, p. 180-194. Disponível em:

<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/46/47>>. Acesso em: 02. dez. 2015, p. 188.

⁹² COUTO, Mia. **Os sete sapatos sujos**. Disponível em:

<<http://www.macua.org/miacouto/MiaCoutoI SCTEM2005.htm>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

que se torna uma das causas da constante busca pela homogeneização dos casos concretos e pela simplificação do direito pelo afastamento da realidade social. As tentativas de homogeneizar, simplificar, agrupar e objetivar os casos concretos são massivas e defendidas por grandes segmentos dos operadores do Direito, sob um pretense intuito de garantir decisões judiciais mais céleres ou, ainda, tantos outros objetivos, como garantir uma suposta uniformização da jurisprudência atendendo um ideal de igualdade.

É inegável que subsiste um “imaginário que “simplifica” o ensino jurídico, a partir da construção de *standards* e lugares comuns, repetidos nas salas de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e tribunais”⁹³, que é apenas um reflexo da crise do Direito. Basta pensar nos casos, em muito distantes do que normalmente acontece, que são em geral debatidos nas salas de aula e cobrados nas provas de concurso público; por consequência, não há que se espantar que, na prática forense, os operadores do direito tenham consideráveis dificuldades para lidar com os fenômenos sociais.

O Direito perde o seu sentido na prática humana:

O direito, no seu ensino e na sua prática, trouxe, portanto, desde as suas origens, uma auréola identificadora como se fosse uma criação quase divina. Foi essa mitificação da lei moderna que fez com que o direito terminasse, no século XXI, prisioneiro dentro de uma bolha intelectual rarefeita, que paira sobre o mundo social e o sistema de normas, mas não tem condições de suportar grandes doses de realidade social, política e econômica⁹⁴.

Corolário à temática, é necessário tecer algumas considerações em relação ao senso comum teórico, dominante no imaginário jurídico, que propicia a manutenção dessa standardização e encobre os inúmeros paradoxos que revelam a crise enfrentada no Direito. Em última análise, o senso comum teórico é um precioso conceito cunhado por Luiz Alberto Warat para denunciar o *establishment* jurídico⁹⁵, o qual concerne no “poder capaz de impor significações como legítimas,

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 96.

⁹⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD). São Leopoldo, v. 4, n. 2, 2012, p. 185-192, p. 187.

dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força⁹⁶. O *establishment* jurídico-dogmático, muitas vezes, consegue encontrar explicações para a introdução e manutenção de mecanismos evidentemente anti-hermenêuticos e antidemocráticos no sistema, assim como para a ampliação das inaceitáveis decisões em “varejo”⁹⁷, que é o cerne da crítica a ser desenvolvida neste subtítulo.

A dogmática jurídica, propriamente, nada mais é do que um “conjunto de definições, conceitos, categorias, postulados interconectados que servem para ordenar, sistematizar e aplicar normas jurídicas à realidade social”⁹⁸. A dogmática institucionaliza alguns pressupostos ideais, com o intuito de conferir “ao sistema jurídico aparência de legalidade, de ordem e de justiça, promovendo a ideia de que ele está acima das disputas sociais, encobrindo, na verdade, as contradições sociais e a dominação política de alguns segmentos sociais sobre outros”⁹⁹.

Com efeito, a dogmática assenta-se sobre pilares que revelam orientações ideológicas, que tem a função de velar a crise do Direito, encobrindo as contradições e incoerências, e legitimar a vigente estrutura política e jurídica¹⁰⁰, mantendo as desigualdades sociais em detrimento do caráter compromissário e transformador da Constituição. Walter de Oliveira Campos, criticando alguns dogmas apontados por José Eduardo Faria¹⁰¹, revela que

É incoerente, por exemplo, que se coloquem à disposição do cidadão tantos institutos jurídicos para a defesa de seus interesses e os da sociedade, mas nem sempre se garanta os meios materiais necessários ao exercício da defesa dos direitos. Os interesses de todos os cidadãos não são sempre protegidos indistintamente; antes, existe uma série de fatores políticos e

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 105-106.

⁹⁷ Esse termo será utilizado em alusão à crítica tecida nesse subcapítulo a todas as formas de reprodução de sentido, mas especialmente, a levada a efeito por meio dos recursos repetitivos e outros mecanismos de decisões em massa.

⁹⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 113.

⁹⁹ CAMPOS, Walter de Oliveira. **Direito e Ideologia**. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, 2010, p. 187-204. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/191/190>>. Acesso em: 02 out. 2015, p. 198.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 197-198.

¹⁰¹ José de Eduardo Faria (1984, p. 93, *apud* CAMPOS, p. 197) afirma: “(a) a existência de um legislador racional produzindo um sistema jurídico coerente; (b) a inexistência de contradições e redundâncias nos ordenamentos, p. jurídicos; (c) o caráter finalístico da ordem jurídica, de acordo com o qual a institucionalização de uma idéia de justiça protege, indistintamente, os interesses de todos os cidadãos; (d) a neutralidade axiológica do intérprete, na medida em que existem critérios hermenêuticos destinados a eliminar o arbítrio na aplicação da justiça nas decisões dos casos concretos”.

econômicos que fazem com que os interesses de uns sejam protegidos e os de outros não¹⁰².

Esta é uma das principais contradições no Direito hoje, em detrimento dos progressos do Constitucionalismo Contemporâneo e do exurgir de novos direitos, a dogmática jurídica perpetua a simplificação do Direito. A ideologia é um tipo de discurso, ou, propriamente,

[...] o sistema ordenado de ideias ou representações e das normas e regras como algo separado e independente das condições materiais, visto que seus produtores – os teóricos, os ideólogos, os intelectuais – não estão diretamente vinculados à produção material das condições de existência. E, sem perceber, exprimem essa desvinculação ou separação através de suas ideias. [...] As ideias não aparecem como produtos do pensamento de homens determinados – aqueles que estão fora da produção material direta – mas como entidades autônomas descobertas por tais homens. As ideias podem parecer estar em contradição com as relações sociais existentes, com o mundo material dado, porém essa contradição não se estabelece realmente entre as ideias e o mundo, mas é uma consequência do fato de que o mundo social é contraditório¹⁰³.

Ela forja um imaginário, que faz com que “os homens criam que são desiguais por natureza e pelas condições sociais, mas que são iguais perante a lei e perante o Estado, escondendo que a lei foi feita pelos dominantes e que o Estado é instrumento dos dominantes”¹⁰⁴. Assim, bloqueiam-se o pensamento crítico e, com ele, as possibilidades de emancipação, porque a ideologia promove uma “barreira à classe revolucionária, por ocultar a luta de classes e ainda colocar em prática os ideais dominantes com a ajuda da classe dominada. Isto ocorre devido à alienação, onde muitas vezes são cooptados mesmo os que lutam por mudanças”¹⁰⁵.

Dessa forma, é possível inferir que a dogmática tem revelado sua incapacidade de absorver as complexidades da sociedade atual, assim como sua dificuldade de “lidar com a realidade social e com problemas decorrentes da disparidade da sociedade, uma vez que o modo de produção do Direito foi

¹⁰² CAMPOS, Walter de Oliveira. **Direito e Ideologia**. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, 2010, p. 187-204. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/191/190>>. Acesso em: 02 out. 2015, p. 197.

¹⁰³ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Brasiliense, 1991. Disponível em: <<http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Livros/O%20QUE%20%C3%89%20IDEOLOGIA%20-Marilena%20Chai.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2015, p. 26.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 31.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Leandro Dias de. **A Ideologia do Desenvolvimento Sustentável: notas para reflexão**. Revista Tamoios - Julho / Dezembro 2005, Ano II, nº 02. Disponível em: <http://www.unicamp.br/cemarx/ANAIS%20IV%20COLOQUIO/comunica%E7%F5es/GT3/gt3m1c3.pdf>. Acesso em: 25. nov. 2015, p. 8.

preparado para resolver conflitos interindividuais dentro da lógica de determinismos e absolutismos”¹⁰⁶. Agrega-se a isso o fato de que

[...] a dogmática jurídica, entendida como senso comum teórico (um saber não crítico-reflexivo), vem sofrendo novos influxos decorrentes da massificação do direito. [...] É o que se pode denominar de neopentescotalismo jurídico, em que juristas, à semelhança de alguns pastores/pregadores que podem ser vistos em congressos, sites e até mesmo a televisão, fazem a apologia da estandardização/simplificação do direito¹⁰⁷.

Nesse norte, o dogmatismo sedimentado precisa ser superado, para que, só então, o direito recupere sua dimensão hermenêutica, a sua perspectiva substancialista e, conseqüentemente, o seu sentido”¹⁰⁸. Afinal, o Direito resta relegado a mera racionalidade instrumental, imerso em uma “cultura estandardizada, no interior da qual a dogmática jurídica trabalha com *prêt-à-porters* significativos”¹⁰⁹. O Direito perde seu sentido, pela excessiva objetivização, visto que é (ou deveria ser) “um fenômeno histórica e socialmente situado. Ele tem a finalidade de regular a relações sociais, mas é a partir das próprias relações sociais que ele é criado”¹¹⁰.

Com efeito, a excessiva objetivação cria um “mundo jurídico” “desvinculado do real. O jurista, inserido nessa realidade, passa a “esquecer do mundo”, da facticidade, trabalhando apenas com conceitos produzidos pelo senso comum teórico dos juristas, que é o véu do ser do Direito (Streck)”¹¹¹. Essa desvinculação com o real implica na dificuldade de compreensão da função social do Direito e, mais, ainda na esteira de Hommerding¹¹², na própria impossibilidade da fusão de horizontes no sentido gadameriano, trazendo sérias limitações ao processo de compreensão.

¹⁰⁶ ESPINDOLA, Angela de Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Constituir a Constituição para a cidadania: A Compreensão e a Linguagem na Nova Crítica do Direito Afastando os *Mitlaufers* Jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar (coord.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 63-132, p. 67.

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 79-80.

¹⁰⁸ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. In.: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 34.

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 99.

¹¹⁰ CAMPOS, Walter de Oliveira. **Direito e Ideologia**. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, 2010, p. 187-204. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/191/190>>. Acesso em: 02 out. 2015, p. 192.

¹¹¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 124.

¹¹² *Ibidem*, p. 124.

A idealização, em todas as suas formas, de que o Direito possa ser algo passível de objetivação, claro e comensurável, é influência do paradigma liberal-individualista-normativista (paradigma racionalista), herança do Iluminismo e atualmente dominante, cujos pressupostos penetraram de tal forma o Direito como se fizessem, desde sempre, parte dele. No que interessa particularmente ao presente estudo, o racionalismo é responsável por alguns dogmas no Direito como, em suma, a possibilidade de juízos de certeza no Direito, enquanto perfeitamente determinável e previsível, e do desvelamento de uma verdade absoluta pelo método; o domínio absoluto da segurança sobre a justiça; a ilusão da neutralidade do juiz; o individualismo e a neutralidade do intérprete¹¹³.

O pensamento jurídico, por conseguinte, ainda se mantém refém de métodos e princípios das ciências lógico-experimentais ou das ciências da natureza; inaplicáveis as ciências do espírito como o Direito. “Se todo o Direito positivo fosse evidente por si só, ele seria supérfluo. As proposições jurídicas se diferenciam das matemáticas não só porque as primeiras não são exatas ou apodícticas”¹¹⁴.

O processo civil, mais especificamente, restou de tal forma contaminado por tais pressupostos, que o procedimento ordinário-plenário-declaratório (procedimento de maior incidência prática) erigiu-se como o instrumento capaz de abrigar os ideários do racionalismo. Com efeito, é construído nos moldes de um método das ciências experimentais, e obriga o jurista a percorrer todo o seu caminho fase-a-fase para só, ao final, ser capaz de proferir a sentença (suposta “verdade”) – observe-se a dificuldade do sistema processual civil de lidar com as liminares e entende-las como realmente capazes de gerar efeitos no mundo prático – ou seja, após uma cognição exauriente, em nome da segurança jurídica. Essa construção atende a

[...] necessidade iluminista de chegar-se à verdade absoluta e à Justiça perfeita, na pressuposição de que esse desiderato fosse, finalmente, alcançado no grau superior de jurisdição mediante o uso de fórmulas, tal como nas equações matemáticas, em que a “única” verdade deve aparecer¹¹⁵.

¹¹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 87-92.

¹¹⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 113.

¹¹⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 319.

O resultado necessário desta construção do procedimento processual como um método é o afastamento com caso concreto, aprofundando o “esquecimento do mundo”. Com efeito, “a sequência ‘fase a fase’ do procedimento tem justamente o condão de obnubilar a compreensão na medida em que vai paulatinamente afastando, com uma linguagem escrita e fria, o juiz das partes e do caso que se lhe apresenta”¹¹⁶.

A influência racionalista tem como consequência mais radical, indubitavelmente, o absoluto dualismo que se formou entre o mundo jurídico e o mundo social. Com efeito, as formulações puramente normativas do Direito foram separadas tão drasticamente da realidade social que ainda se perpetua uma falsa ideia de que o conhecimento no direito prescinde da experiência¹¹⁷. Encontra-se enraizada a separação entre o mundo jurídico, recheado de conceitos e proposições em-si-mesmas, e o mundo da vida¹¹⁸. Tal contexto culmina, nos dias atuais, com uma sistemática do Direito indiferente a problematidade, a temporalidade e a historicidade concretas.

Importante referir, nesse diapasão, que “o *apelo a algum tipo de vontade* sempre influenciou sobremaneira as formas de compreender a aplicação do direito, o que se dá, em um primeiro momento, a partir da busca pela *vontade* da legislação”¹¹⁹. Atualmente, essa pretensa “vontade” é buscada na consciência do juiz, cujas críticas já foram tecidas no subtítulo anterior, mas igualmente em pautas gerais previamente construídas por uma “vontade” alheia ao julgador, consequência da standardização já referida. O juiz, transvestido com a beca da objetividade absoluta, muitas vezes, aplica estas pautas acreditando estar agindo corretamente e de forma neutra, por estar aplicando um sentido já previamente construído no sistema processual.

Esse cenário decorre da própria formação jurídica pátria, que é marcada pela dogmática, sistematicidade, formalismo, racionalidade e abstração, resultando na

¹¹⁶ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 207.

¹¹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 92.

¹¹⁸ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade. Curitiba: Juruá, 2010, p. 29-30.

¹¹⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 57.

renegação da historicidade do Direito e no encobrimento da realidade, assim como no apego as “fórmulas consagradas” e à “imutabilidade das estruturas”¹²⁰. Ocorre que essa realidade imaginária criada num ilusório “mundo jurídico” não se sustenta frente à complexidade do mundo da vida, e tentar encaixar as resposta pré-fabricadas à diversidade dos casos concretos coloca em xeque o direito produzido democraticamente. Conforme referido anteriormente,

É prática recorrente – afinal, não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a mera menção de ementas de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se a tarefa de atribuição do sentido das leis aos tribunais, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colocam ementários para servirem de “pautas gerais”. Verbetes, enunciados, tentativas de conceptualizações; por tudo isso, as súmulas (vinculantes ou não) não deveriam causar surpresa nem estranheza. Elas sempre estiveram aí, no nosso imaginário¹²¹.

Estas pautas gerais, ou conceitos lexicográficos como denomina Lenio Streck¹²², supostamente contém um sentido em-si-mesmo com eficácia transcendente, passíveis de serem aplicados indistintamente aos casos concretos, resultado do estabelecimento de

[...] uma cultura jurídica standard, no interior da qual o operador do Direito vai trabalhar no seu cotidiano com soluções e conceitos lexicográficos, recheando, desse modo, suas petições, pareceres e sentenças com ementas jurisprudenciais, citadas, no mais das vezes, de forma descontextualizada, afora sua atemporalidade e a-historicidade¹²³.

Ora, trata-se, ao fim e ao cabo, de um retorno ao positivismo exegético - que proíbe a interpretação, confunde texto e norma, e separa fato e direito -, ao mero silogismo e subsunção, posto evidente que ocorre uma identidade entre o pressuposto aplicado e o resultado da aplicação. Afinal, “por mais que se negue tal circunstância, ocorre a subsunção, quando se busca “subsumir” o geral (norma ou

¹²⁰ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 125.

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 398.

¹²² Idem. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ainda a questão da discricionariedade positivista**. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 577.

¹²³ Idem. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 100.

hierarquias *prima facie*) ao caso concreto (ou vice-versa)”¹²⁴. Não existe, na atividade interpretativa que resulta na formação do ato decisório, primeiramente um momento de “identificação das “margens” ou “balizas” do que “diz” o Direito para que, num segundo momento, aí sim, já estabelecida a “margem de liberdade” do juiz, as suas “escolhas possíveis”, seja tomada a decisão (feita a “escolha”)”¹²⁵.

Nesse sentido, Lenio Streck apresenta uma importante crítica, referindo-se mais especificamente à súmula, mas que pode ser estendida às outras formas de pautas gerais:

[...] destituído de uma adequada compressão hermenêutica, a partir dos dois teoremas fundamentais, qualquer forma de vinculação sumular, por mais paradoxal que possa parecer reformará o positivismo, com a continuidade do caos decisionista. Ou seja, como súmulas são textos e como o positivismo interpreta textos sem coisas, qualquer tentativa de vinculação jurisprudencial/conceitual receberá uma adaptação darwiniana do senso comum teórico dos juristas. E tudo começa de novo...!¹²⁶.

Nada mais é do que uma reprodução de sentidos, advinda do equívoco do positivismo, que, em qualquer de suas vertentes, ignora a dimensão histórica e opera em uma racionalidade lógica-abstrata revestida por uma subsistência atemporal e a-histórica¹²⁷. Afinal, a reprodução traz a equivocada lógica de que o ser dos entes (casos concretos) pode ser extraído de um texto, deduzido por meio do dedutivismo-lógico (subsunção), ignorando-se que o “sentido do texto se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete. Não se percebe o texto primeiramente como “ser-objeto”¹²⁸, de forma que

Inseridos no sentido comum teórico, os juristas, sob o pretexto de “resolver problemas concretos”, estão, na realidade, escondendo, metafisicamente, o “caso concreto” atrás de um verbete (enunciado, súmula, etc.) que, além de tratar de matéria absolutamente diversa, não tem possibilidade – por uma

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 282.

¹²⁵ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 98.

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ainda a questão da discricionariedade positivista**. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 580-581.

¹²⁷ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 35.

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 281.

impossibilidade filosófica – de abarcar as diversas hipóteses de aplicação¹²⁹.

É um equívoco supor que “o direito existe inteiramente e em si no sistema das normas jurídicas independentemente da sua realização concreta”¹³⁰, como se fosse possível a mera aplicação ao particular (caso concreto) do geral-abstrato de pautas gerais. A atividade jurisdicional é muito mais complexa, uma vez que não se trata de mera subsunção de fórmulas prontas a casos concretos, mas requer uma efetiva compreensão-interpretação-aplicação e um respeito à diferença meramente ontológica entre matéria de fato e matéria de direito, tema que será melhor exposto no subtítulo 1.4 .

O esquecimento dessas premissas básicas abriria caminho para a substituição do juiz por sistemas automatizados; afinal, seria o intérprete dispensável; discussão a qual será ampliada no segundo capítulo. Os juristas, ao fim e ao cabo, são transformados “em *mitläufer jurídicos*”¹³¹, que, incapazes de criar o direito, reproduzem receitas de um direito sem sentido (e sem tempo) ou, pior, de um direito funcionalizado, instrumento do poder ou de governo”¹³². Nesse ínterim, é o sentido mesmo do Direito que passa a ser questionado e colocado em xeque, diante dessa situação problemática do Direito e do pensamento jurídico¹³³.

Paulo Ferreira da Cunha afirma que a justiça não estaria mais apenas usando venda para esconder seus defeitos, mas efetivamente vesga, porque se está diante de “uma justiça que realmente não sabe por onde talha, com sua espada”¹³⁴. Construiu-se uma visão objetivizada e linear do Direito, em muito fortalecida pelo positivismo, capaz de uma abstração que comprime a jurisdição a permanecer alienada da sociedade e nocivamente afastada da realidade social.

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 280.

¹³⁰ NEVES, António Castanheira. **Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Pontos de Vista, 2002, p. 26-27.

¹³¹ Essa expressão é cunhada por Angela Araujo da Silveira Espíndola, e quer significar “aquele que segue o comportamento da maioria”, com evidente remissão ao senso comum teórico dos juristas.

¹³² ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

¹³³ NEVES, António Castanheira. **Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Pontos de Vista, 2002. *Passim*.

¹³⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da. “Zaala” ou “a consciência do juiz”: reflexões de direito & literatura a propósito de um conto de António Arnaut. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 237-253, p. 248-249.

A justificativa mais substancial contra a aplicação indiscriminada das pautas gerais como se normas fossem concerne na impossibilidade de enquadrar casos absolutamente distintos sob o manto de uma mesma “super-norma”, premissa que é eivada de obviedade, mas é ignorada pela crescente ampliação dos modos como essas pautas gerais com sentido-em-si-mesmo manifestam-se. Observa-se a forma com que, normalmente, as ementas de jurisprudência, as súmulas dos Tribunais (em especial, as vinculantes), as decisões em recursos repetitivos e as repercussões gerais, são transformadas em *standard*, com caráter plenipotenciário; o qual comportaria todas as hipóteses de significação (sentido) e poderia ser extraído e aplicado indiscriminadamente ao caso concreto.

Dessa forma, achar-se-ia uma solução aparente para os casos concretos, sendo esta legitimada pelo caráter sacerdotal do magistrado que é herança do direito romano e da soberania do Poder Judiciário. No entanto, há que se entender, conforme já referido, que não há como negar que se trata de procedimentos acoplativos e de raciocínio dedutivo; afinal, “subsunção significa a admissão da existência de suficiências ônticas do texto jurídico”¹³⁵, no caso, das pautas gerais. Em verdade, não ultrapassa o caráter de “ficcionalização do mundo jurídica, como se a realidade social pudesse ser procustianamente aprisionada/moldada/explicada através de verbetes e exemplos com pretensões universalizantes”¹³⁶.

É impossível que um texto carregue um sentido pronto, afinal esse sentido somente desvela-se na facticidade (decorrente do mundo prático que desde sempre acompanha o homem) que está presente na pré-compreensão, da qual advém a condição de possibilidade que proporciona a resposta aos problemas concretos¹³⁷. Em pleno paradigma da intersubjetividade, permanece sendo ignorada a dupla estrutura da linguagem, ao “admitir raciocínios subsuntivos, como se fosse possível nos movermos a partir de raciocínios causais-explicativos para determinadas

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariiedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 578.

¹³⁶ Idem. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 99.

¹³⁷ Idem. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariiedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 577-578.

interpretações e elaboramos um outro tipo de raciocínio para outro tipo de questionamento”¹³⁸. Com efeito,

Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teórico-filosófica (ainda) chamam de “raciocínio subsuntivo” ou “raciocínio dedutivo”, nada mais é do que esse “paradoxo hermenêutico”, que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto porque compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde)¹³⁹.

Tal contexto aponta não só uma patente fragilidade dos sentidos como um apelo à repetição banalizada destes de forma ressignificada. A repetição não é sensível ao tempo e à história, o que a torna anti-hermenêutica, porque a dimensão do tempo na compreensão hermenêutica do Direito é fundamental. Esse modelo é um retorno do velho *the rule interpretative model*, ou seja, “modelo de decisão de casos concretos pela aplicação de valores ou regras gerais preestabelecidas e determinadas hermeneuticamente no seu sentido decisivo”¹⁴⁰, sob uma roupagem mais moderna.

Ignora-se que a generalidade da lei e a possibilidade de uma estabilidade no direito atemporal já se provaram um mito. A lei não tem eficácia transcendente, assim como não o tem as pautas gerais.

A lei da modernidade irá revestir-se de inviolabilidade e transcendência, qualidades essas que serão resguardadas pela existência normativa, geral e abstrata da lei. Por sua vez, e em consequência de suas características formalísticas e hierárquicas próprias, a lei moderna criou o seu próprio mundo, fazendo com que a realidade legal resultasse do efeito mágico de inovações de fórmulas processualísticas, que os sacerdotes da lei e os indivíduos aceitam e aderem miticamente¹⁴¹.

Tal modelo objetificante-reprodutivo perpetua a redução da atividade interpretativa a quase inexistência, e o magistrado, que antes era a “boca-da-lei”¹⁴²,

¹³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 283.

¹³⁹ Idem. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 575.

¹⁴⁰ NEVES, António Castanheira. **Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Pontos de Vista, 2002, p. 44.

¹⁴¹ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

¹⁴² Para um maior aprofundamento na crítica a esse modelo de juiz, chamado por François Ost de juiz jupiteriano, veja-se: ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e

agora poderia fazer jus a um novo epíteto, “boca-do-*standard*”. Trata-se da predominância do pensamento do normativismo, que perpetua um sistema normativo abstrato e logicamente elaborado e a hermenêutica jurídica tradicional, que sempre impôs “um saber de cunho reprodutivo e objetificante que separou o conhecimento da ação”¹⁴³. Desse modo:

O jurídico não é agora o mundo de soluções normativas para problemas práticos concretos, individualizados na sua problematidade concreto-material e nas suas circunstâncias históricas, que se procuram, todavia, integrar na unidade de uma ordem, para ser antes um sistema normativo prescrito, que já em si mesmo e previamente define a sua unidade, e que se propõe impor à realidade humano-social essa sua racionalidade normativa, antecipada e logicamente construída. A solução que haverá de corresponder aos problemas jurídicos concretos não é o resultado a construir através de uma ponderação e elaboração normativa problematicamente também concreta, mas uma conclusão a obter dedutivo-logicamente do sistema em que aqueles problemas se hão-de reconduzir (subsumir) mediante uma redução de *species* a *genus*, mediante uma redução sistemático-conceitual que vê nesses problemas tão-só casos particulares de aplicação de um abstracto geral¹⁴⁴.

É necessário proteger o sentido do Direito, o qual foi transformado “em uma “ciência” e “entificado”, sujeito aos princípios metodológicos das ciências duras, reduzido a um conjunto sistemático de conceitos, com pretensão de eternidade, desvinculado da História e do Homem”¹⁴⁵. Não é possível manter o distanciamento entre ser (sentido) e ente (caso concreto) no paradigma do Constituição Contemporâneo, pois seria perpetrar a ilusão de que o Direito não passa de um cálculo matemático dissociado da existência real, em prol de aceitar que ao “juiz, primeiro como observador e após como decisor, pertence o diálogo com a realidade do processo, a fim de perceber o que o caso diz a ele”¹⁴⁶.

oralidade. Curitiba: Juruá, 2010, p. 36 e OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, ano 4, n. 8, p. 100-130, 2007. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf. Acesso em: 25 jun. 2015.

¹⁴³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 348.

¹⁴⁴ NEVES, António Castanheira. **Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Pontos de Vista, 2002, p. 25.

¹⁴⁵ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

¹⁴⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 324.

Trata-se de encarar o Direito tal como é, sem atalhos, e impor ao julgador a assunção de responsabilidade de decidir e de ter consciência de sua situação hermenêutica enquanto intérprete. O objetivo do processo não pode ser a proteção de um dado preceito geral, mas, sim, o direito que o juiz desvela no caso concreto mediante o ato incidível de compreender-interpretar-aplicar. De ressaltar, ainda, que o *standard*, “a pretexto de “prestigiar o direito, fragiliza-o sobremodo a partir de discursos políticos, morais, econômicos”¹⁴⁷.

Ocorre que, atualmente, subsiste um grande obstáculo para a superação da, em muito generalizada, prática da reprodução do sentido, que se afigura no problema da “síndrome” da eficiência quantitativa¹⁴⁸, tendo em vista que um (forte) argumento que embasa a estandardização é a pretensa busca da celeridade processual, inconvenientemente garantida no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição. Nessa perspectiva, salienta-se que a eficiência quantitativa definir-se-ia em “termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância”¹⁴⁹.

A busca pela eficiência quantitativa é fortalecida pelo Conselho Nacional de Justiça, que lança regularmente planos de metas¹⁵⁰ a serem cumpridos pelos magistrados e, mais recentemente, disponibilizou em seu *site* o chamado processômetro¹⁵¹, que, além de contabilizar os processos em trâmite em todo o Brasil, contém gráficos da evolução do número de ações julgadas em todos os Tribunais do país. É inegável que, além da incessante pressão psicológica e a preocupação social, a magistratura enfrenta agora o fantasma das possíveis punições administrativas que poderão advir do descumprimento do programa idealizado pelo CNJ. Ademais, resta exposta publicamente a quantidade de

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 527.

¹⁴⁸ Na dissertação serão trabalhados com dois conceitos: primeiro, “eficiência quantitativa”, que se define em termos de velocidade dos resultados sem preocupação com a substância; segundo, “efetividade” (ou eficiência qualitativa), que seria aquela que depende da análise da qualidade do resultado. Esses conceitos foram retirados da obra: NUNES, Dierle. **Curso de direito processual civil**: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 64.

¹⁴⁹ NUNES, Dierle. **Curso de direito processual civil**: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 64.

¹⁵⁰ Um exemplo de plano de metas está disponível no endereço eletrônico:

<<http://www.cnj.jus.br/metasp-ensp/public/docs/glossario.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

¹⁵¹ O processômetro pode ser acessado no endereço eletrônico: <<http://www.cnj.jus.br/metasp-ensp/relatorio/chart>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

processos julgados pelo Judiciário, que poderá desencadear uma velada corrida entre os juízes e certamente intensificará a cobrança da sociedade.

O juiz torna-se “um administrador, um gestor do tempo mais do que um conhecedor do direito”¹⁵², pois é obrigado a evitar os efeitos colaterais da morosidade e da pressão social frente ao direito fundamental da duração razoável do processo. Nesse percurso, para tentar aumentar a celeridade processual, a saída encontrada geralmente vai ao encontro da expansão dos mecanismos de reprodução de sentido e, dessa forma, a protagonista do processo civil acaba prejudicada, qual seja, a decisão judicial. De fato, comprimido pela pressão das metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça e, em última análise, pelos anseios da sociedade, o julgador é compelido a encontrar uma solução para entregar a prestação jurisdicional cada vez mais freneticamente e em quantidade.

Contudo, “não só julgar espera-se da Justiça, mas também sua aproximação da sociedade, sua opinião, conciliação, redução das desigualdades, efetivação dos direitos fundamentais e cumprimento das promessas da democracia”¹⁵³. Certamente o cidadão almeja uma resposta célere do Judiciário, mas o objetivo primordial deve ser conceder decisões satisfatórias e satisfativas dos direitos, o que não pode ser representado pelos números do “processômetro”. Não é preciso grandes considerações acerca do sentido que o processo de aplicação do direito adquire frente ao Estado Democrático de Direito e à Constituição, para compreender a evidente incoerência que é a “medição” (ou qualquer outro nome que consiga se dar) da jurisdição por um “processômetro”.

Ademais, esse sentido do vivenciado modelo de Estado e do Constitucionalismo Contemporâneo impõe uma jurisdição qualitativa, realmente voltada para a necessidade de que sejam lapidadas decisões de qualidade e suficientemente fundamentadas, assim como que sejam comprometidas com uma reaproximação do direito material e do direito processual, em busca do ser da jurisdição (efetividade). Trata-se de verdadeiro redimensionamento do próprio perfil de jurisdição e da substancialização do direito à motivação das decisões, que o novo Código de Processo Civil almejou alcançar.

¹⁵² RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62.

¹⁵³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 261.

Nesse diapasão, feitas as condições apresentadas até o presente momento, é indispensável problematizar as novas questões processuais que exsurgem com o novo Código de Processo Civil, demonstrando a fragilidade de algumas alterações, uma vez que reproduzem o paradigma dominante do racionalismo, sem um “dar-se conta”. Restam ressaltados de críticas os avanços perpetrados pelo artigo 489, parágrafo §1º, já comentado.

A abordagem iniciar-se-á pelo novo incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), previsto entre os artigos 976 e 987 do novo Código de Processo Civil. A doutrina emergente sobre o tema aponta como motivos de sua criação atender aos dois objetivos do novo sistema, quais sejam: a) agilizar a prestação jurisdicional com qualidade, desafogando o Judiciário; b) gerar uniformidade na jurisprudência, dando sentido prático a isonomia e a segurança jurídica em termos de previsibilidade¹⁵⁴. Essa pretensa uniformização do entendimento acerca de determinada tese jurídica, em verdade, é ilusória, uma vez que marca, nada mais nada menos, a reprodução de sentido, já extensivamente criticada neste trabalho.

Observe-se que o Código trabalha com uma nova pauta geral, consistente em uma decisão (texto) acerca de certa tese jurídica, produzida por um órgão do segundo grau¹⁵⁵, que posteriormente será reproduzida pelos juízes singulares nos processos sob sua jurisdição. De fato, o artigo 985¹⁵⁶ assevera que a tese jurídica

¹⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1396.

¹⁵⁵ Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

¹⁵⁶ Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

estabelecida no IRDR "será aplicada" a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Trata-se da perpetuação do equívoco de cindir questão de fato e questão de direito, inclusive positivado no inciso I do artigo 976¹⁵⁷, inaugural do capítulo do IRDR, que assevera que o incidente poderá ser suscitado quando ocorrer uma repetição de processos que versem sobre uma mesma questão unicamente de direito. Desde muito antes do novo Código, Lenio Streck vem alertando que questão de direito (texto) e questão de fato (caso concreto) são incidíveis - entre fato e direito há apenas uma diferença ontológica -, pensá-los enquanto cindíveis é herança do dualismo que caracteriza o pensamento metafísico¹⁵⁸.

O novo Código, no ponto, ainda está preso no velho paradigma, tendo em vista que o IRDR traz a ilusória possibilidade de acoplar um sentido ao caso concreto, como se o sentido ficasse à disposição do intérprete e como se o processo de compreensão-interpretação-aplicação pudesse ser cindido, equívoco já extensivamente exposto nesta dissertação. Não há como separar questão de fato de questão de direito, tampouco é possível hermeneuticamente aplicar um sentido sem previamente haver compreensão e interpretação.

O texto é inseparável do seu sentido, que apenas se revela na interpretação/aplicação de algo da facticidade; de modo que a realidade social (mundo prático) não pode ser esquecida, sob pena de resultar em um não acontecer da singularidade do caso concreto. A seqüela disso é o ensurdecimento do "intérprete para a coisa de que fala a tradição, o que faz com que a atividade

¹⁵⁷ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 275.

interpretativa se transforme em um *habitus*, em uma atividade acrítica, como se a aplicação do direito fosse um mero exercício de dedução do universal ao empírico”. Não poderia ser mais atual a crítica de Ovídio Baptista:

A separação entre “direito” e “fato”, inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do ser e o do dever ser, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como ciência da compreensão, exista no “fato”, hermeneuticamente interpretado¹⁵⁹.

Portanto, continuar crendo na existência de uma “questão unicamente de direito” é decretar a morte do caso concreto. O fenômeno jurídico é composto, inseparavelmente, e assim sempre o foi, de fato e direito, afinal, é inegável que uma ação sempre discute o mundo fático. Dessa forma, não há um suposto desperdício da atividade jurisdicional ou o risco de decisões contraditórias, como refere a doutrina, quando se obriga o juiz a proferir uma decisão em cada processo, ou ainda, não seria submeter os magistrados à “burocracia” de decidir milhares de processos iguais¹⁶⁰, porque “cada caso é um caso” com suas peculiaridades e unicidades a exigir a compreensão-interpretação-aplicação correspondente.

Semelhante problemática é encontrada no artigo 932¹⁶¹ que fortalece as hipóteses em que as decisões colegiadas passam ao monocratismo, seguindo a

¹⁵⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 36.

¹⁶⁰ De todos: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1398.

¹⁶¹ Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

lógica do novo Código de promover a uniformização e estabilização da jurisprudência, a par de nutrir a aposta no sujeito-juiz-protagonista, conforme crítica já tecida no subtítulo precedente. O inciso III reproduz quase integralmente o início do artigo 557¹⁶², do velho Código; no entanto, o inciso IV e as alíneas ampliam a parte final do artigo para reverenciar as decisões proferidas nos julgamentos de recursos repetitivos, nos incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

O novo Código repete a permissão ao relator, singularmente, para negar provimento ao recurso quando este for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal. Ocorre que, muito embora a súmula tenha sido criada com o objetivo de combater os problemas da inefetividade e da morosidade, ela concerne em “rescaldo da cultura iluminista, como se o direito fosse tão demonstrável como um teorema matemático e não construído à luz do processo cultural. Por ser assim, funciona mais ou menos como o *quebra-cabeça* de Thomas Khun”¹⁶³.

Importante salientar que as súmulas, assim como as demais pautas gerais, em si mesmas, não constituem o real problema; este se revela no modo como comumente são trabalhadas, como álibi para a reprodução de sentidos. As súmulas,

VI - decidir o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;

VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso;

VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal.

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

¹⁶² Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília**, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

¹⁶³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 412.

usualmente, são confundidas com os precedentes da *common law*. No entanto, súmula não é precedente *stricto sensu*, em especial, porque: a) o texto não se confunde com a norma, uma coisa é criar o texto outra é concretizar a norma; b) a súmula tem a pretensão de generalidade e abstração, tal qual a lei; c) o precedente serve para resolver um caso passado, já a súmula é utilizada para resolver uma infinidade de casos futuros¹⁶⁴. Com efeito, a súmula vem sendo aplicada pelo método da subsunção, assim como as demais pautas gerais, separando matéria de fato e matéria de direito, conforme crítica anteriormente já tecida.

O inciso V, do mesmo dispositivo legal, por sua vez, amplia consideravelmente as hipóteses em que ao relator é facultado dar provimento ao recurso, em comparação com o artigo 557, § 1º-A, do velho Código. Nota-se que o relator, agora, poderá dar provimento ao recurso não apenas quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, mas também do próprio Tribunal julgador. Da mesma forma, ao relator é permitido acolher o recurso caso a decisão recorrida estiver em confronto com entendimento firmado em julgamento de recursos repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

O artigo 1.036¹⁶⁵, que introduz a temática dos recursos repetitivos no novo Código de Processo Civil, fortalece essa forma de processamento ao substituir a

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 395-399.

¹⁶⁵ Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir este requerimento caberá agravo, nos termos do art. 1.042.

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

palavra “quando” dos artigos 543-B e 543-C do velho Código por “sempre”; estabelecendo que, constatada uma multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, sempre serão submetidos ao processamento dos recursos repetitivos. Julgados os recursos representativos da controvérsia, o entendimento firmado será, em última análise, copiado e colado aos demais processos sobrestados, conforme artigo 1.039¹⁶⁶, da mesma forma que sob a vigência do Código anterior. Trata-se de mais um passo no sentido de transformar a decisão em um mercado varejista, que “vende” decisões à granel.

O instituto da repercussão geral dos recursos extraordinários, da mesma forma, restou revigorado sob a égide do novo Código, tendo em vista que o artigo 1.035, § 5^{o167} preceitua que o relator, diante do reconhecimento da repercussão

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

¹⁶⁶ Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada. Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

¹⁶⁷ Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II - tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos;

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º caberá agravo, nos termos do art. 1.042.

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

geral, deverá determinar o sobrestamento de todos os processos no país que versem sobre a mesma matéria. Eis novamente a cisão entre questão de fato e questão de direito.

Não se poderia deixar de destacar ainda o instituto da “improcedência liminar do pedido”, que autoriza o juiz a proferir uma sentença de mérito antes da citação do réu com base em pautas gerais. Analisam-se, para tanto, os incisos do artigo 332¹⁶⁸. Além disso, é possível o julgamento antecipado do mérito de forma procedente¹⁶⁹ baseando-se em uma pretensa desnecessidade de produção probatória que legitima o julgador a decidir sem nunca ter tido contato com as partes.

O novo Código, assim, perpetua o *establishment* e as possibilidades de decisões em “varejo”, além de ampliar o poder dos Tribunais em detrimento da jurisdição de primeiro grau. O reforço da jurisdição de primeiro grau é condição de

§ 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 10. Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessa, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal.

§ 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

¹⁶⁸ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

¹⁶⁹ Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

possibilidade para a conciliação entre eficiência quantitativa e qualitativa. O Direito sempre fica exposto a uma confirmação, a liminar pela sentença e, após, a sentença pelo acórdão dos Tribunais; afinal, raras são as sentenças que não são recorridas hoje em dia. É vital enxergar a realidade tal como se apresenta e superar o fetiche ilusório de que os Tribunais são capazes de desvelar a justiça perfeita.

Afinal, o segundo grau de jurisdição não é garantia de verdade e certeza, e “sempre se lhe atribui uma finalidade especulativa, isolando-a da ação, cortando seus vínculos com o real, como se assim ela não se tornasse inexplicável e inútil”¹⁷⁰. Adalberto Hommerding assevera, ironicamente, que “o primeiro grau é somente uma “fase de espera”: uma “antecâmara extenuante e penosa” para chegar por fim à fase de apelação, sendo esta, sim, um “juízo verdadeiro””¹⁷¹.

A questão fundamental é que a jurisdição de primeiro grau é a única que pratica (alguma) oralidade e que – salvo raras exceções em que se produz prova nos Tribunais recursais – colhe a prova. O magistrado que julga o caso sem ter produzido a prova, corre o risco de cair na perigosa cisão entre fato e direito,

[...] porquanto o intérprete do caso (o juiz) tem a (inviável) missão de interpretar (compreender) o fato a partir de um verdadeiro discurso previamente apresentado nos autos. Lembre-se que o magistrado naquela nova situação prática é um ser a-histórico na medida em que não participou do andamento do processo, não ouvindo partes, testemunhas, peritos, etc. [...] A questão está em que o juiz-instrutor, através da linguagem, é quem tem melhores condições de deslocar a legitimidade de suas conclusões (apostas textualmente sob o crivo do contraditório) ao momento derradeiro de colheita da prova em processo, missão praticamente inviável por quem não se faz/fez presente nesse contexto, que acabará tendo que reportar à sua consciência a verificar se “tal” elemento corresponde ou não às pretensões deduzidas no litígio, operando-se uma espécie de cotejo entre sua “adjudicação de sentidos” e o que restou apostado textualmente no processo, indo “pra além do texto” ao recorrer à sua subjetividade para descobrir os valores escondidos pelo mesmo¹⁷².

A única conclusão possível, diante do exposto, é que o novo Código de Processo Civil mantém as estruturas do velho paradigma e, mais, permanece preso ao círculo vicioso denunciado por Lenio Streck e já referido na presente dissertação.

¹⁷⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 310.

¹⁷¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 119.

¹⁷² ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade. Curitiba: Juruá, 2010, p. 92-93.

É sintomático que, identificadas complexidades no sistema, busque-se resolvê-las sempre por “mais do mesmo”, ou seja, com outros modelos pré-concebidos de interpretação¹⁷³. Embora venha sendo afirmado que o novo Código resta pautado na ideia da uniformização e estabilização da jurisprudência, em nome da isonomia e da segurança jurídica, em verdade, em muito fortalece e amplia as formas de reprodução de sentido, que permanecem promovendo a generalização e a fuga do mundo empírico.

Nesses institutos, que têm por objetivo encurtar os caminhos até a decisão judicial, o processo deixa de ser considerado um direito, para ser mero instrumento voltado à obtenção de fins, de forma que, se o juiz já conhece o fim (resultado) em que se quer chegar, não precisa transitar novamente pelo meio (compreender, interpretar e aplicar)¹⁷⁴. A motivação da decisão, por conseguinte, é feita posteriormente à tomada da decisão, apenas como álibi para fortalecê-la. Ao fim e ao cabo, trata-se da perpetuação da ideia de que é possível obter sentidos sem *applicatio*.

É necessário reforçar a obrigatoriedade de decisões judiciais que respeitem integralmente o DNA factual¹⁷⁵, com uma fundamentação, expressa e especificamente, delineada sobre as particularidades do caso concreto, em sua coerência e integralidade. O objetivo do processo deve ser a consecução de determinados fins, e não a busca desenfreada por resultados. Os dois subtítulos que seguem buscarão trazer algumas contribuições para o “acontecer” do ser da jurisdição.

1.3 O PAPEL VITAL DOS PRINCÍPIOS E A BLINDAGEM AOS DECISIONISMOS INTERPRETATIVOS.

O advento da Constituição de 1988, etapa do processo de redemocratização do Brasil, trouxe consigo os pressupostos do Constitucionalismo Contemporâneo e o modelo de Estado Democrático de Direito, que estão intimamente interligados. Desde que a Constituição passou a ser a “norma fundamental de nosso país, nada

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 397.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 526.

¹⁷⁵ Idem. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 103.

de tão significativo aconteceu no contexto político-jurídico brasileiro que possa ser comparado a este evento”¹⁷⁶. Conforme já referido, contudo, ainda há um longo caminho a ser percorrido até uma generalizada e efetiva compreensão do que significa o compromisso constitucional na prática jurídica.

Nesse diapasão, é importante inferir novamente que o Constitucionalismo Contemporâneo representa o redimensionamento da práxis político-jurídica em duas frentes: a) no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; b) no plano da teoria do direito¹⁷⁷. No interior da teoria do direito, ocorreu a reformulação da teoria das fontes (é reconhecida a força normativa da Constituição sobre todo sistema jurídico), da teoria da norma (os princípios adquirem normatividade) e da teoria da interpretação (redefinida para blindar a discricionariedades em sentido forte)¹⁷⁸.

No presente subtítulo e no seguinte, considerando os objetivos da presente dissertação, será abordado especialmente o redimensionamento das teorias da interpretação e da norma, por ser essencial e premente compreender o redimensionamento levado a efeito pelo Constitucionalismo Contemporâneo na aplicação do direito. No que tange à teoria das fontes, basta apenas lembrar que um dos pressupostos do Constitucionalismo Contemporâneo é o caráter normativo da Constituição e, assim, conseqüentemente, seu papel transformador da realidade pela imposição da concretização do texto da carta magna sobre todo o Estado.

Konrad Hesse infere que existem duas constituições, a real e a jurídica. A primeira é formada pelas forças políticas e sociais vigentes, e deve ser levada em consideração na aplicação da Constituição jurídica, a qual ressalta o caráter normativo do diploma e logra conferir forma e modificação à realidade¹⁷⁹. Trata-se, portanto, de assumir que do texto constitucional emana normatividade (a interpretação deve ser concretizadora), no sentido da chamada pretensão de eficácia, delineada por Konrad Hesse, que pressupõe que

¹⁷⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 277.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 37.

¹⁷⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 1991, p. 14-15.

[...] a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. [...] Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política social¹⁸⁰.

Adalberto Hommerding, comentando a teoria de Konrad Hesse, conclui que a “força que constitui a essência e a eficiência da Constituição reside, então, na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa”¹⁸¹, de forma que a concretização da Constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas de sua *praxis*, ou seja, só transformará a sociedade na *applicatio*. A prática jurídica, portanto, deve refletir o sentido constitucional.

Nesse sentido, é possível defender que uma baixa compreensão do Constitucionalismo Contemporâneo traz consigo diretamente os riscos prementes de uma constitucionalização simbólica. Segundo Marcelo Neves, a expressão “constitucionalização simbólica”, em sentido negativo, refere-se ao “fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada”¹⁸², ou seja, significa dizer que do texto constitucional não emanaria nenhuma normatividade (no sentido da pretensão de eficácia de Konrad Hesse).

O sentido positivo da expressão, por sua vez, remete-se a um papel fortemente ideológico da Constituição, que, ao mesmo tempo em que procura transmitir a “boa-fé” dos governantes ao positivar direitos fundamentais, tem o fim transversal de encobrir que a realização efetiva das disposições constitucionais somente seria possível com a transformação profunda da sociedade e, assim, acaba por bloquear os caminhos de transformação da sociedade¹⁸³. Embora seja indubitável que do texto constitucional brasileiro emana normatividade, o conceito de constitucionalização simbólica é importante para alertar que uma “baixa compreensão” “do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarreta uma “baixa aplicação”,

¹⁸⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 1991, p. 14-15.

¹⁸¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

¹⁸² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 91.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 95-98.

com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais sociais”¹⁸⁴. Nesse ponto, remete-se ao que já se trabalhou acerca dos direitos sociais.

Realmente, há um problema que Lenio Streck tem denominado de baixa constitucionalidade, a qual “torna obscuro os sentidos estabelecidos pelos preceitos constitucionais e não permite o “acontecer” da Constituição, que, na maioria das vezes, cede sua supremacia aos Códigos, como se ela (a Constituição) fosse uma “maligna influência””¹⁸⁵ no ordenamento jurídico. A compreensão da Constituição e de sua força normativa é condição de possibilidade para sua concretização, uma vez que deve ser o norte de toda e qualquer decisão.

Adalberto Hommerding, discorrendo sobre os óbices à efetividade da justiça, refere que

[...] decorrem, na sua maior parte, de uma inadequada compreensão/interpretação do sentido dos instrumentos processuais à luz da Constituição da República, encontrando fundamento, pois, na filosofia da consciência e na ideologia liberal-individualista, que se enraízam na cabeça dos juristas pátrios, e, por conseguinte, na situação de “baixa constitucionalidade” (Streck), decorrente do desconhecimento por parte dos “operadores do Direito” do sentido da Constituição e do que representam (deveriam representar) os instrumentos do Direito e do processo com tais paradigmas e ideologias faz com que se tenha de se defrontar com uma justiça não-efetiva, com uma jurisdição que não atende aos direitos e garantias fundamentais¹⁸⁶.

O risco de “constitucionalização simbólica” torna-se ainda mais presente quando se considera a crise em nível de Estado e no mundo que se está vivenciando, associada a um neoliberalismo avassalador, em um “contexto marcado pela desterritorialização, desregulamentação e desconstitucionalização, de tal modo que a própria Constituição tem sido vista (por alguns) como um entrave para os avanços da modernidade (mercado, economia, competitividade)”¹⁸⁷. Tal conjuntura torna-se preocupante frente aos riscos de um denominado “novo colonialismo”¹⁸⁸, ou

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 342.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 70.

¹⁸⁶ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 120.

¹⁸⁷ ESPINDOLA, Angela de Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Constituir a Constituição para a cidadania: A Compreensão e a Linguagem na Nova Crítica do Direito Afastando os *Mitlaufers* Jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar (coord.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista**. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 63-132, p. 66.

¹⁸⁸ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 5.

seja, o receio de que as decisões políticas do Estado não sejam pautadas pelas necessidades dos cidadãos e pelos mandamentos constitucionais, mais, sim, por forças externas e cada vez mais amorfas.

Com efeito, subsistem redes de interação que atravessam as fronteiras nacionais, muito mais ameaçadores que as guerras e as coerções diretas, que desafiam a autonomia dos Estados¹⁸⁹. Néstor García Canclini sustenta que na época do imperialismo havia um Davi frente a um Golias, que hoje se tornaram muitos e que se movem em grande velocidade pelas redes de um mercado polimorfo, fazendo com que decisões exponencialmente sejam ditadas por estruturas organizacionais e não pessoas¹⁹⁰.

A conjuntura é particularmente grave, considerando que o Estado foi transformado em administração, uma vez que a “economia de mercado, capitalista e globalizante, serviu-se dessa estrutura para “colonizar” a Política e o Direito, colocando-os a serviço de seus interesses”¹⁹¹. Um dos problemas enfrentados passa a ser o enfraquecimento do campo jurídico pela incidência demasiada de conteúdos morais, econômicos e políticos e seus critérios de tomada de decisões¹⁹². Tais predadores externos do direito, como denominado por Lenio Streck¹⁹³, quando expressos na fundamentação da decisão, caracterizam o ativismo judicial, já criticado anteriormente, pela sobreposição de outras esferas sobre o Direito.

Tal ocorrência é inaceitável, tendo em vista que com o Constitucionalismo Contemporâneo o direito adquire autonomia das dimensões com ele intercambiáveis, a qual deve ser entendida como “ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis”¹⁹⁴. Essa autonomia do direito, por conseguinte, exige maior responsabilidade e controle sobre as decisões judiciais, considerando o grau de fortalecimento do Judiciário e que não

¹⁸⁹ HELD, David. **La democracia y el orden global**. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona: Paidós, 1997, p. 271.

¹⁹⁰ GARCÍA CANCLINI, Néstor. **A globalização imaginada**. Tradução Sérgio Molina. São Paulo: Iluminuras, 2007, p. 25.

¹⁹¹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 145.

¹⁹² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 119.

¹⁹³ Segundo: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 119.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 369.

se pode considerar essa autonomia como a indeterminabilidade do direito produzido democraticamente¹⁹⁵.

Dessa forma, mais do que nunca, é importante refletir/discutir o constitucionalismo brasileiro e exigir sua plena observância na aplicação do direito, levando-se em consideração que, mesmo que o texto constitucional seja revolucionário e perpetue uma evolução se comparado ao Constitucionalismo existente anteriormente, o seu mero advento não garante transformações. Importante lembrar que recentemente, antes de 1988, o país, assim como outros países da América Latina, estava absorto na perspectiva do Direito reduzido à lei (herança do direito privado europeu), e comprometido com o positivismo jurídico, enquanto projeto epistemológico que atribui um caráter de cientificidade ao Direito¹⁹⁶.

A alteração é realmente profunda; destarte, é imprescindível “além de uma mudança que se opere no âmbito da institucionalidade (como o surgimento de um processo constituinte, por exemplo), a construção de um imaginário social que incorpore esses avanços, o que depende de uma postura reflexiva”¹⁹⁷. Portanto, o empenho em concretizar a Constituição precisa estar em consonância intelectual e afetiva com o sentimento que emana, de forma que a vontade da Constituição (Konrad Hesse) encontre o sentimento constitucional (Lucas Verdú). Trata-se de buscar compreender e atribuir sentido às modificações ocorridas¹⁹⁸.

Segundo Lucas Verdú, o sentimento constitucional auxilia a legitimar e socializar o funcionamento regular e harmônico do Estado, que é vital em países como o Brasil que não possuem uma ininterrupta tradição democrática, uma vez que “expressa emocionalmente, sem descartar sua racionalidade adjacente, a adesão ao desenho constitucional e aos direitos humanos”¹⁹⁹. E, nesse percurso, o Judiciário tem papel substancial e inafastável, pois, conforme preceitua Bolzan de Moraes, a jurisprudencialização da Constituição é inerente ao modelo de Constitucionalismo

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 370.

¹⁹⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 38-39.

¹⁹⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. *In*: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 277-278.

¹⁹⁸ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 76.

¹⁹⁹ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.173.

adotado e a jurisprudência constitucional tem o dever de constituir um espaço privilegiado de discussão do projeto constitucional²⁰⁰.

O cerne da questão, contudo, é que existe um problema do sentido do Direito e da aplicação do direito no caso concreto. Lenio Streck esclarece que a objetivização e a subjetividade, trabalhadas nos subtítulos anteriores, não são os inimigos substanciais da autonomia do direito e da democracia, mas, sim, as “condições *pelas* quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo”²⁰¹. Considerando a importância do Judiciário na atual quadra histórica, bem como que o processo é uma garantia constitucional no Estado Democrático de Direito, a decisão judicial é o ponto precípuo.

Partindo da pré-compreensão de que as decisões judiciais devem se fundar em regras e princípios - e não em eventuais preferências pessoais e fundamentos econômicos, teleológicos, políticos e morais, que soçobrem o jurídico -, bem como devem primar por uma perpetuação da efetividade da jurisdição, importante trabalhar primeiramente com a complexidade do tema princípios, que polemiza com outros temas correlatos como decisão judicial, fundamentação e discricionariedade. O primeiro passo é compreender que

[...] os princípios não são apenas objetos puramente subsistentes à disposição do conhecimento jurídico e à espera de serem descobertos. Quando se argumenta como princípios, aí já sempre se instaurou o sentido. Ou seja: quando tratamos do conceito de princípios, não experimentamos algo que se esgota com uma simples experiência empírica, mas há algo que desde sempre aconteceu neste encontro. Não ter isso em conta representa dar um passo em direção à objetificação²⁰².

A Constituição, por meio dos princípios, passa a canalizar para o seu âmbito o elemento do mundo prático²⁰³, quebrando, de uma vez por todas, com o dualismo entre mundo jurídico e mundo prático e instaurando um novo significado de princípio. Para atingir-se a compreensão desse novo significado, primeiramente, serão

²⁰⁰ MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 94.

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 517.

²⁰² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 48.

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 278.

expostos os três significados, por excelência, de princípios, quais sejam: princípios gerais do direito, princípios jurídico-epistemológicos e princípios pragmáticos-problemáticos.

Os princípios gerais do direito “surgiram dentro de um contexto jusnaturalista racionalista no qual o direito poderia ser conhecido e construído de maneira completa e sistemática pela razão”²⁰⁴, aplicados por meio da dedução. No entanto, o apogeu desse sentido de princípios, equiparados a valores (ranço neokantiano)²⁰⁵, ocorre no seio da cultura positivista, pois são tidos como condição de possibilidade para reafirmar a completude lógica-sistemática do positivismo e a suficiência ôntica da lei, uma vez que supririam eventuais lacunas existentes no sistema positivo do direito codificado²⁰⁶.

Os princípios seriam aplicados por dedução e cumpririam tal exigência de completude, de pelo menos duas formas: “em primeiro lugar, a plenitude normativa, sendo articulados para colmatar os espaços vazios do sistema em casos de lacunas; em segundo lugar, reduzindo eventuais contradições que pudessem surgir da interpretação abstrata das disposições normativas”²⁰⁷. Tal compreensão dos princípios entende que estes retiram o seu conteúdo da própria lei, ao vinculá-los às lacunas no sistema de regras, bem como traz o equívoco da separação entre direito e fato.

Dessa forma, conclui-se que os princípios gerais do direito, “mesmo provenientes de uma tradição do direito natural, foram adaptados ao positivismo jurídico, seja como axiologia imanente dos textos legais, ou ideais de justiça que permitiriam ao intérprete maior liberdade para dizer o direito”²⁰⁸. Tal concepção, portanto, encontra-se presa no problema do solipsismo judicial e reforça a possibilidade do juiz decidir como bem entender, caso não encontre uma resposta pronta na lei, e não pode mais ser aceita frente ao Constitucionalismo Contemporâneo.

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 40.

²⁰⁵ Para aprofundamento na crítica, consultar: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 517-518.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 50.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 51.

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 40.

Os princípios jurídico-epistemológicos, por sua vez, tem o intuito de organizar o estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada, possibilitando seu conhecimento de forma unitária e coerente²⁰⁹. Esse significado de princípio tem em comum com os princípios gerais do direito o fato de constituir um sentido antes daquilo com que se relacionam, ou seja, são percebidos de maneira puramente abstrata, de forma que “os princípios epistemológicos são o já conhecido de um ramo do direito; os princípios gerais do direito, o já conhecido de uma ordem jurídica sistemática”²¹⁰.

Um princípio epistemológico muito conhecido é o princípio da imputação, que, segundo Hans Kelsen, seria semelhante ao princípio da causalidade que rege as leis da natureza, com a diferença de que a ligação “dos elementos na proposição jurídica difere do da ligação dos elementos na lei natural devido à circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida por uma autoridade jurídica”²¹¹. Tal concepção de princípio, então, manifesta em seu conteúdo e em seu “método” um caráter matemático, tendo raízes na metafísica moderna e em seu modo matemático de “ver” o mundo²¹², e igualmente não pode mais ser aceito.

Os princípios pragmáticos ou problemáticos, diferentemente dos significados anteriores, não mais retratam o modo matemático e abstrato de pensar o Direito e, por consequência, colocam em crise os princípios gerais do direito e os princípios jurídico-epistemológicos. O foco desse significado é o momento concreto da aplicação, que tem normatividade (conteúdo deontológico), e pode ser resumido na caracterização dos princípios como “normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o direito’ em que o sistema jurídico cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade”²¹³.

Essa mudança substancial no significado dos princípios pode ser entendida por meio da tese da descontinuidade proposta por Lenio Streck, que argumenta que o novo significado decorre de uma revolução paradigmática, ocorrida no Direito, não

²⁰⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54.

²¹⁰ Ibidem, p. 55.

²¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 54.

²¹² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 57.

²¹³ Ibidem, p. 63.

sendo uma mera atualização dos princípios gerais do direito²¹⁴. Em verdade, promove verdadeira ruptura com os significados anteriores, na medida em que os princípios pragmáticos adquirem a condição de norma (caráter deontológico) e, rompendo com o positivismo, institucionalizam o mundo prático (circunstâncias do caso concreto) no direito e mantêm sua coerência e integridade. A institucionalização do mundo prático no direito “representa um ganho qualitativo para o direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem o dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma correta”²¹⁵, correlato ao direito fundamental de resposta correta.

Afinal, todo princípio (autêntico) aponta para a maximização da Constituição e para a harmonização/integração das normas constitucionais, além de ter o embrião da reconstrução histórico-institucional do direito²¹⁶. A partir disso, é pressuposto o dever dos juízes de buscar a resposta correta e que os princípios blindam a discricionariedade judicial, uma vez que eles conferem um limite à atividade jurisdicional ao passarem a serem obrigatórios na argumentação jurídica. Não somente isso, sua correta compreensão reforça a efetividade da jurisdição e o sentido da Constituição, diminuindo os riscos dos predadores externos do direito e da baixa constitucionalidade.

Entender os princípios desta maneira repercute, efetivamente, em admitir uma mudança radical na atividade jurisdicional dos juízes. Torna-se, assim, ainda mais nítida a íntima relação entre decisão judicial, princípios, caso concreto, fundamentação e blindagem à discricionariedade. Os princípios devem ser entendidos como padrões, que estão embebidos não somente em questões jurídicas, mas igualmente questões morais, uma vez que a normatividade dos princípios retira seu conteúdo da “convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade”²¹⁷, e isso deve aparecer na atividade interpretativa.

Os princípios (autênticos) são eminentemente constitucionais, porque “são *vivenciados* (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. É exatamente por esse motivo

²¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 57.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 538.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 57.

que tais princípios são elevados ao status de constitucionalidade”²¹⁸. O conteúdo deontológico dos princípios, portanto, deve ser compreendido e aplicado na decisão judicial, de forma que é condenável “tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”²¹⁹. A decisão deve ter uma fundamentação constitucionalmente adequada e principiologicamente justificada²²⁰.

Ocorre que a atual conjuntura revela uma demasiada proliferação de princípios, ou seja, uma principiologia *ad hoc* e sem limites, que confunde pontos de vista e *topoi* argumentativos à disposição do intérprete com princípios. Trata-se do fenômeno que foi nominado de panprincipiologismo, que, ao contrário dos princípios constitucionais, coloca em risco a autonomia do direito e ultrapassa os próprios limites semânticos do texto constitucional²²¹, assim como é provável que o princípio criado seja incompatível com o conjunto do ordenamento jurídico e da tradição. É possível afirmar que confere um reforço à ideia de completude do sistema, porque seria possível criar um princípio a partir de um grau zero de significado, quando ausente uma regra diretamente aplicável. É sabido que não existe grau zero, pois, conforme assevera Lenio Streck, a “facticidade de nossa existência mostra que sempre estamos situados *no meio*”²²².

Os princípios autênticos têm em sua essência o caráter institucional do Direito, sua historicidade, de forma que não é possível criá-los e nomeá-los livremente, conforme a vontade do intérprete, sob pena de serem inautênticos, atitude a qual se caracteriza claramente como ativismo judicial. Tal argumento é baseado na postura hermenêutica adotada nesta dissertação, que tem como sustentáculo as obras de Lenio Streck, que concebe a hermenêutica enquanto uma conjugação da hermenêutica filosófica e da teoria dworkiniana.

Importante esclarecer, nesse sentido, que na “teoria dworkiniana, os princípios assumem exatamente um caráter anti-discrecional e estão na base de sua

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

²²⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 159.

²²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 538.

²²² *Ibidem*, p. 545.

concepção da *resposta correta*²²³. Já a hermenêutica filosófica, a partir dos teoremas fundamentais heideggerianos (círculo hermenêutico e diferença ontológica), traz um reforço nesta direção, por constituírem-se uma blindagem aos relativismos²²⁴.

A hermenêutica filosófica e a teoria dworkiniana serão aprofundadas no subtítulo que segue, mas, por ora, importante ressaltar que Dworkin, por meio de sua distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio, fornece importantes argumentos em favor da atuação material do Judiciário na concretização dos direitos e ameniza a polêmica relação entre Direito e política. Lembrando que tal fortalecimento é condição de possibilidade para o “acontecer” da Constituição.

Os princípios favorecem o estabelecimento de um direito individual por descreverem direitos, assim como são essenciais para justificar determinadas formulações políticas²²⁵. Segundo Dworkin, o Legislativo, ao formular as leis, transforma questões de política em questões de princípio, por conseguinte, o juiz deverá decidir baseando-se nos princípios e não mais nos argumentos de política que originaram o direito²²⁶. Nesse sentido,

[...] o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais²²⁷.

Conclui-se, então, que, com o estabelecimento de um direito, os cidadãos possuem direitos morais contra o Estado²²⁸, e a sua efetivação passa a ser uma exigência de igualdade frente à Constituição. “Se está claro o que o legislativo lhes

²²³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62-63.

²²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 53.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 130-141.

²²⁶ *Ibidem*, p. 129-131.

²²⁷ *Idem*. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.

²²⁸ *Idem*. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 233.

concedeu, então também está claro o que elas têm direito moral de receber no tribunal”²²⁹.

Feitas essas considerações, cumpre salientar que os princípios, no sentido pragmático, surgem no interior da atividade interpretativa²³⁰, e projetam um sentido, a partir de sua história institucional, que é condição de possibilidade para a formação legítima da decisão judicial, portanto, devem estar presentes em toda e qualquer aplicação do direito²³¹. Contudo, somente é possível entender que um princípio faz parte da justificação de uma decisão quando é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas, formando uma verdadeira integridade de princípios. Isso porque

[...] num argumento de princípio, é necessário que se mostre como sua “aplicação” mantém uma coerência com o contexto global dos princípios que constituem uma comunidade (ou uma *comum-unidade* como insistimos aqui em chamar); [...] os princípios têm, desde sempre, um *caráter transcendental*, porque, diferentemente das regras, nos remetem a uma totalidade na qual, desde sempre, já estamos inseridos: nosso contexto de mundo, de vivências primárias que constituem a significatividade do mundo. [...] *transcendente* nos princípios, porque quando argumentamos com eles sempre ultrapassamos a pura objetividade em direção a um todo contextual coerentemente (re)construído, que, todavia, sempre se dá como pressuposto em todo processo interpretativo²³².

Na esteira de Motta²³³, a decisão, então, somente terá uma fundamentação convincente se alicerçada em argumentos de princípios, e com a devida explicitação da análise crítica da prova e da justificativa da interpretação do direito que o intérprete entendeu aplicável. A fundamentação, em última análise, é o resultado do modo-de-ser-no-mundo do intérprete, que levou a compreender daquele modo e este já-compreendido que deve ser explicitado na decisão, lembrando que o juiz só decide porque já encontrou o fundamento²³⁴. O juiz está “constrangido a procurar, no emaranhado de princípios contemplados na “sua” teoria, aquela resposta que melhor

²²⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 14.

²³⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 200.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 545.

²³² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 138.

²³³ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 156-157.

²³⁴ Ibidem, p. 158.

se harmonizasse (de maneira coerente e consistente) com a unidade do Direito”²³⁵. Assim,

Um juiz que segue a concepção do Estado de Direito centrada nos direitos tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras²³⁶.

Os princípios, assim, quando compreendido o seu significado pragmático, são responsáveis por operar um “fechamento interpretativo”, diminuindo os espaços de discricionariedade, afinal eles “(re)inserem a facticidade ao direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão particular com todo o ordenamento”²³⁷. Com efeito, “os princípios enquanto padrões de “moralidade institucionalizada”, normativamente compreendidos, assumem o papel de “fechar” a interpretação, de conduzi-la rumo à “correção” que sustentamos seja possível (e necessário) atingir”²³⁸.

Pensar diferentemente, que os princípios abrem a interpretação, seria por em xeque a autonomia do direito e reforçar a discricionariedade, pondo em risco a Constituição, ao desviar a compreensão do que seria realmente a prestação jurisdicional. O princípio, em verdade, é justamente “aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim instituída”²³⁹. Os princípios, a partir da revolução paradigmática em seu conceito, tornam-se verdadeira blindagem aos decisionismos interpretativos e, portanto, estão intimamente relacionados com o redimensionamento da teoria da interpretação.

Realmente, o princípio é deslocado da teoria abstrata para o âmbito prático, passando a ser problematizados diretamente na decisão judicial. Passa a ser

²³⁵ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 157.

²³⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 15.

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 58.

²³⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 159.

²³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 582.

exigível que, na singularidade de cada caso, como uma atitude prudente e razoável (a base das quais está o “cuidado”), que o intérprete reconheça que a “contextura” do direito material (e da ação material) exige que o direito processual dê respostas qualitativamente efetivas²⁴⁰.

Por fim, cumpre ainda alertar que não é mais possível perpetrar equívocos como que o “embate” entre regra e princípio resolve-se pelo “tudo ou nada” ou que os princípios são aplicados por meio da ponderação (somente seria possível se entendesse o princípio como um algo abstrato e que, assim, pode colidir), eminentemente vinculada ao solipsismo judicial conforme já referido, tampouco há “métodos” diferentes para aplicar um e outro. A distinção estrutural entre regras e princípios está na raiz do problema de comumente entender-se que os princípios são “cláusulas abertas” ou de “fechamento hermenêutico”²⁴¹.

Em verdade, entre princípios e regra há apenas uma diferença ontológica, há sempre um princípio atrás de uma regra (o princípio é a base das regras) e o princípio não pode ser aplicado sozinho, porque ele não existe sem a regra²⁴², e isto é uma condição de legitimidade democrática a ser respeitada na decisão judicial. Diante da insuficiência ôntica da regra para o caso, não é possível aplicar somente o princípio ou criar um novo princípio, tampouco é possível deixar a cargo do julgador dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”²⁴³.

Diante disso, é fundamental o conceito de norma, como o produto da interpretação de uma regra jurídica (texto), realizada a partir da materialidade principiológica e que se dá na *applicatio*. Essa materialidade principiológica decorre do fato de que os princípios

[...] são constituídos no interior de uma comunidade histórica que desde sempre é compreendida antecipadamente na historicidade do ser-aí. Todo princípio possibilita uma decisão – no sentido de abrir um espaço para que o juiz decida, *de forma correta*, a demanda que lhe é apresentada – mas, ao mesmo tempo, a *comum-unidade* dos princípios limita esta mesma decisão

²⁴⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 348.

²⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 548.

²⁴² *Ibidem*, p. 583.

²⁴³ Expressão utilizada diversas vezes por Lenio Streck na obra: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 583.

uma vez que impõe que ela seja tomada ao modo de padrões já estabelecidos e compreendidos historicamente²⁴⁴.

É possível perceber que a norma surge na prática interpretativa, sendo eminentemente de nível pragmático e não semântico. Texto e norma não são possíveis de ser compreendidos isoladamente, uma vez que “o texto só será compreendido na sua norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto. E não há textos “sem coisas””²⁴⁵. Nesse sentido,

*A norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto). O texto só ex-surge na sua “normação” [...] Essa operação ocorre graças à diferença ontológica. É ela que faz a diferença. Por isso, repito, é impossível negar a tradição, a facticidade e a historicidade, em que a fusão de horizontes é a condição de possibilidade dessa “normação”*²⁴⁶.

Não existe cisão entre texto e norma, perspectiva que abriria espaço ao subjetivismo, e tampouco há uma identificação, que resultaria em formalismo de cunho objetivista²⁴⁷. Entre texto e norma há, em verdade, uma diferença, que implica em reconhecer que os sentidos são temporais. Afinal, a significação do caso concreto (e não extração de sentido), ocorre a partir da facticidade em que está inserido o intérprete (enquanto ser-aí), justamente porque o caso concreto por ser uma categoria hermenêutica por se transfigurar no curso do tempo²⁴⁸.

Esse reconhecimento é condição de possibilidade para barrar que seja dito *qualquer coisa sobre qualquer coisa*, pois “o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como o querem as diversas formas de decisionismo”²⁴⁹. Sempre se partirá da regra e a partir do caso concreto, portanto, e o princípio promoverá, conjuntamente, um fechamento interpretativo, pois o

²⁴⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 205.

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 337.

²⁴⁶ Idem. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 279.

²⁴⁷ Idem. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 336.

²⁴⁸ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 238.

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 192.

intérprete está obrigado a “decidir de modo a não comprometer o todo conjuntural da comum-idade dos princípios constitucionais”²⁵⁰.

O processo, portanto, deve ser pensado sob a lente hermenêutica-filosófica, no “interior de uma filosofia construída enquanto atitude (interpretativa) hermenêutico-ontológica, rompendo com a objetificação do *iter* processual para auxiliar na satisfação dos direitos sociais”²⁵¹, e, para tanto, o redimensionamento da teoria da norma e da interpretação tem importância vital. Demonstrada a redefinição no Direito (que assume inexorável caráter hermenêutico) levada a efeito pelo Constitucionalismo Contemporâneo, em especial, no que tange à mudança radical na atividade jurisdicional, o subtítulo que segue se concentrará em trabalhar a, propriamente dita, teoria da decidibilidade do Constitucionalismo Contemporâneo.

1.4 A TEORIA DA DECIDIBILIDADE DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: O ROMANCE EM CADEIRA SOB O FILTRO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.

Atualmente, é inegável a assunção de um viés hermenêutico e transformador pelo Direito, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo. Assim, considerando que a prática do Direito é interpretativa, e interpretação é filosofia, a questão central da teoria jurídica concerne no dilema em torno de como se interpreta e aplica o Direito²⁵², no sentido de libertar-se da ilusão do objetivismo e do subjetivismo (reflexão realizada nos subtítulos 1.1. e 1.2.), que impregnam diversas concepções relativas à interpretação e a aplicação do Direito. O presente subtítulo intenta, nesse sentido, aprofundar a discussão do tema, a partir das considerações acerca da crise da jurisdição e do redimensionamento imposto pelo Constitucionalismo Contemporâneo e pelo Estado Democrático de Direito, acima delineadas.

A compreensão do Direito não pode estar alijada de seu contexto, qual seja do modelo de Estado Democrático de Direito e do Constitucionalismo

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 547.

²⁵¹ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 233-234.

²⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 574.

Contemporâneo, o qual, conforme já destacado, volta-se contra as arbitrariedades interpretativas. Ademais, confere-se autonomia ao direito, passando a ser entendido como uma dimensão autônoma em face das outras dimensões com ele intercambiáveis²⁵³. O Direito, com efeito, torna-se autônomo diante de uma Constituição forte e dirigente, não mais flexibilizável pela política, pela economia e pela moral, mas, sim, eminentemente hermenêutico e requer a aproximação da filosofia; algo que ainda se releva novo e requer uma profunda recepção na prática jurídica.

O Direito não está livre das pressões psicológicas e de ideologias, subsistindo muitos obstáculos ao próprio Judiciário para realizar seu papel de proteger a Constituição e realizar os direitos garantidos²⁵⁴. Portanto, é premente a compreensão do autêntico papel do Direito e do processo civil, e, em seu interior, da decisão judicial. Nesse sentido, o trabalho propõe-se a refletir a teoria da integridade de Dworkin sob o filtro da hermenêutica filosófica, buscando pressupostos que possam desvelar os horizontes de sentido de uma teoria da decidibilidade do Constitucionalismo Contemporâneo.

A simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica) é uma proposta lançada por Lenio Streck para explicitar a possibilidade de superação do “estado de natureza hermenêutico”, e que na presente dissertação será discutida sob o enfoque da teoria da decisão²⁵⁵. Afinal, considera-se essencial para o acontecer do Constitucionalismo Contemporâneo que a decisão seja pensada sob as lentes da hermenêutica filosófica.

Importante salientar, primeiramente, que o Direito necessita da intenção filosófica, cuja aproximação requer o desenvolvimento de uma postura crítico-reflexiva, que é condição de possibilidade para que ocorram mudanças no como se compreende os institutos e as instituições do Direito²⁵⁶. Trata-se de resgatar a

²⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 369.

²⁵⁴ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 125-126.

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *Passim*.

²⁵⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. *In*: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 278-279.

filosofia, a qual foi isolada do Direito pelo positivismo, em especial pela radicalização da proposta de Hans Kelsen, ao pregar que o “conhecimento jurídico deveria ser produzido independentemente do filósofo, sendo refém de um rígido formalismo extraído de seus próprios elementos (do sistema jurídico)”²⁵⁷.

A filosofia é condição de possibilidade para uma postura jurídica reflexiva e crítica, assim como fornece os instrumentos necessários para a compreensão dos sentidos. Afinal, a abertura para o pensamento crítico-filosófico permite ao intérprete pensar e questionar o senso comum teórico, questionando a legitimidade de alguns dogmas que não podem ser encarados como algo natural no Direito. Ademais, a filosofia hermenêutica, propriamente, une homem (sujeito) e mundo (objeto) de forma a romper com o esquema sujeito-objeto – e, conseqüentemente, com a ontologia da coisa e a filosofia da consciência – através do reconhecimento de que não há conhecimento dos entes sem que o ser-aí se relacione com o mundo²⁵⁸, a boa circularidade de que fala Ernildo Stein é condição de possibilidade²⁵⁹.

Isso porque Heidegger propõe uma mudança de paradigma e uma nova questão de método, para fazer frente ao dualismo, qual seja a metáfora do círculo hermenêutico (que se remete à geometria):

[...] em lugar da consciência propõe-se uma hermenêutica do ser-aí; em lugar da transparência propõe-se a inelutabilidade do ser histórico do dado; em lugar da teoria pura da tradição, introduz-se a descoberta da ideia da compreensão do ser-no-mundo, já sempre jogado no mundo e historicamente determinado; em lugar do ideal do pensamento puro da teoria tradicional, a ideia de uma práxis que antecipa toda divisão entre teoria e práxis e faz do conhecimento um modo derivado da constituição ontológica do ser-aí; o nó górdico da teoria tradicional do conhecimento é cortado com a eliminação da ideia de uma justificação ontológica possível²⁶⁰.

O “método”, em Heidegger, assume a feição de uma fenomenologia, em que “é na compreensão que se esboça a máxima do método fenomenológico, possuindo (a compreensão) uma estrutura em que se antecipa o sentido, compondo-se de aquisição prévia, vista prévia e antecipação, nascedouro da situação

²⁵⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 283.

²⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 544.

²⁵⁹ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 55-72.

²⁶⁰ Ibidem, p. 32.

hermenêutica²⁶¹. Por isso que se fala que a compreensão é uma fusão de horizontes, presumivelmente dados por si mesmos, que são o passado e o presente; o momento de realização da compreensão é um horizonte histórico, “não se prendendo na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recuperando no próprio horizonte compreensivo do presente”²⁶².

A proposta, dessa forma, não se resume a busca de respostas na consciência (subjetividade), tampouco em proposições (objetivismo). E, mais, conforme já referido, as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto não passam de falsas contraposições fundadas no esquema sujeito-objeto²⁶³. Assim, “a racionalidade que se inaugura e que se exerce a partir de Heidegger é prática: não já mais instância metatiorética justificando a teoria; a teoria é uma prática do ser-no-mundo. O estar-aí nasce de um outro paradigma”²⁶⁴. Situa-se na ontologia da finitude a analítica existencial, onde o método não renuncia a uma pretensão de totalidade própria da filosofia, de modo que método e objetos são pensados em uma unidade²⁶⁵.

Compreender essa conquista da filosofia hermenêutica é caminho necessário para a superação do abismo que se formou entre mundo jurídico e mundo dos fatos. Nesse diapasão, importante primeiramente referir que desde a Grécia Antiga um dos temas nucleares da reflexão filosófica era a questão do justo e do injusto, uma problematização do Direito que se operava em dois níveis: uma filosófica que era teórica e outra normativa que era prática²⁶⁶. Portanto, com o afastamento entre Direito e filosofia, conseqüentemente, fomentou-se a separação ente teoria e prática, fazendo com que o Direito perdesse sua dimensão prática (normativo-regulativa).

O abismo entre teoria e prática, impulsionado pela busca da autonomização científica e pela assimilação da doutrina positivas de Hans Kelsen, culminou em um Direito alheio à Filosofia, que coloca de lado a experiência concreta e cria a

²⁶¹ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 207.

²⁶² HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 124.

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 268.

²⁶⁴ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 27.

²⁶⁵ Ibidem, p. 33.

²⁶⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 283.

racionalidade dogmatizada²⁶⁷. A hermenêutica filosófica, frente a isso, traz as condições de possibilidade para superar essa alienação do Direito, ao se tratar de uma forma de pensamento voltada para o problema concreto e a dialeticidade. Reconhecer a estrutura do ser-aí e a circularidade hermenêutica, conseqüentemente, leva à compreensão de que o processo interpretativo é *applicatio*, e o direito é parte integrante do próprio caso, uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa²⁶⁸.

Feitas essas considerações acerca da importância do resgate da filosofia no direito, com mais compreensão, parte-se para uma aproximação entre a teoria da integridade de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica. Lenio Streck, ao apontar a imprescindibilidade dessa aproximação, formula a sua metáfora da resposta correta, para superar o atual estágio de “estado de natureza interpretativo”, o que vai ao encontro dos pressupostos constitucionais, pois a tese da resposta correta é essencial em um sistema “não avançado”²⁶⁹. Essa teoria da resposta correta guarda íntima relação com a

[...] hermenêutica de cariz heideggeriano-gadameriano, uma vez que não há método para se chegar “à” resposta correta. O que prepondera é justamente a condição de ser-no-mundo em que se localiza e age o intérprete, o que pressupõe a pré-compreensão da Constituição e do plano fático que se apresenta à jurisdição processual, até mesmo porque a compreensão, principalmente com Heidegger, é um “ver em torno”, e na fundamentação reside o “ter prévio”²⁷⁰.

O próprio Dworkin reconhece que pode haver casos sem nenhuma resposta correta, em que pese muito raros²⁷¹. Contudo, mesmo assim, é exigível que o juiz, ao exercer a função essencial da jurisdição, leve os direitos a sério e siga uma teoria minimamente coerente; afinal, resta compreender que o Direito é interpretativo,

²⁶⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 284.

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 278.

²⁶⁹ Idem. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ainda a questão da discricionariedade positivista**. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 579-580.

²⁷⁰ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 238.

²⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 215.

hermenêutico e filosófico, de modo que é capaz de revelar verdades hermenêuticas, que não se confundem com as verdades matemáticas²⁷².

Com efeito, a verdade hermenêutica movimenta-se por um particular sentido de historicidade e de temporalidade. É considerar que, frente a determinado caso concreto, haverá sempre um argumento mais forte em favor de um lado no debate jurídico²⁷³. Afinal, compreende-se que o caso concreto origina-se da riqueza do mundo da vida em sociedade, tornando mais verossímil falar em possibilidades e não em verdades, de forma que caberá ao julgador identificar qual seria a resposta adequada frente à singularidade apresentada²⁷⁴.

Submeter a possibilidade de respostas corretas a uma verificação, nesse sentido, seria promover um reforço ao racionalismo de Descartes, que há muito deveria ter sido abandonado. Assim,

Negar a possibilidade de que possa existir (sempre) – para cada caso – uma resposta conformada à Constituição – portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo) -, pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se mostra antiético ao caráter não-relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas. A admissão de múltiplas respostas também se coloca na contramão do acentuado grau de autonomização assumido pelo direito no interior do paradigma do Estado Democrático de Direito. [...] É possível dizer, sim, que *uma interpretação é correta e a outra é incorreta*. Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem²⁷⁵.

A questão central é que “não há nenhuma razão para deixar o caso nas mãos da “melhor capacidade de julgar” de algum juiz, de um “protagonista”, ao passo que há evidentes ganhos (democráticos, por certo) em dele exigir que argumente em favor de princípios”²⁷⁶. Realmente, esse é o ponto chave da metáfora da resposta correta, ou seja, ser uma blindagem à discricionariedade forte e exigir boas

²⁷² MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 90-91.

²⁷³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 215.

²⁷⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 227.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 575.

²⁷⁶ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 94.

respostas do Judiciário, enquanto um direito fundamental e missão imposta pelo Constitucionalismo Contemporâneo.

Para tanto, é fundamental entender a ideia de *integridade do Direito* de Ronald Dworkin, eixo nuclear de sua teoria substantiva e fruto da reconstrução institucional do direito. Dworkin faz uso da metáfora de um “romance em cadeira” para construir sua teoria da integridade, onde será buscada a interpretação que tornará a obra de arte melhor e mais significativa como um todo. Para entender basta imaginar:

[...] um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade [...] espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível²⁷⁷.

No ponto, importante lembrar que Dworkin apenas diferencia casos fáceis e casos difíceis para expor sua tese²⁷⁸. A cisão não faz sentido, uma vez que a facilidade ou a dificuldade não é uma propriedade do caso concreto em si, mas sim uma manifestação de como ele é absorvido pela estrutura da pré-compreensão do intérprete, conforme já referido no subtítulo 1.1. Com efeito,

[...] uma interpretação pode ser considerada como acertada ou correta quando (a necessidade da interpretação) desaparece, ou seja, quando fica “objetivada” (no sentido da hermenêutica filosófica) através do que venho denominando de “existenciais positivos”, em que não mais nos perguntamos sobre como (*etwas als etwas*) compreendemos algo ou por que interpretamos dessa maneira e não de outra, isto por que, simplesmente, o sentido se deu (manifestou-se), do mesmo modo como nos movemos no mundo através de “nossos acertos cotidianos”, conformados pelo nosso modo-prático-de-ser-no-mundo. É por tais razões que fica sem sentido separar/cindir a interpretação em *easy cases* e *hard cases*²⁷⁹.

Ressalta-se, ainda em relação à teoria da integração, que a interpretação deve respeitar duas dimensões: a) dimensão da adequação, na medida em que a

²⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 276.

²⁷⁸ Ibidem, p. 423-424.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 575-576.

interpretação deve ser compatível com o que foi decidido pelos juízes anteriores; b) encontrada mais de uma leitura possível, o juiz deve encontrar aquela que se amolda melhor à obra. Pensar no Direito como integridade exige “uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar”²⁸⁰. O juiz, ao mesmo tempo em que interpreta a tradição, inclui acréscimos a ela, como se fosse uma longa história literária que deve ser interpretada e continuada. Observe-se que, com isso, a teoria é antes fenomenológica que prescritiva, pois sustenta a prática e o modo-de-ser dos intérpretes do Direito²⁸¹.

É importante salientar que o juiz-intérprete não é totalmente livre, tampouco totalmente preso; é certo que tem uma série de decisões a tomar frente ao caso concreto, mas dentre essas não está a faculdade de afastar-se do “romance-em-execução”, porque deve elaborar o “romance” a partir do que se tem até então, buscando a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade²⁸². O modo certo de se construir o direito é com limites de sentido minimamente entificados, com grau de generalização suficiente para impedir arbitrariedades; ou seja, “sem exatidão, mas com respostas adequadas, fulcradas na reconstrução da cadeia de julgamentos anteriores e a opinião da doutrina acerca daquela espécie de caso”²⁸³.

A interpretação deve combinar elementos voltados tanto para o passado quanto para o futuro, ou seja, interpreta-se a prática jurídica contemporânea como um processo em desenvolvimento; de forma que as proposições jurídicas devem respeitar os princípios de justiça, equidade e devido processo legal, assim como observar tanto a prática jurídica quanto sua fonte de inspiração²⁸⁴. Essa compreensão da atividade interpretativa no Direito vai ao encontro da compreensão enquanto fusão de horizontes de Heidegger, mostrando que a ideia da integridade

²⁸⁰ DWORIKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 273.

²⁸¹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 97.

²⁸² DWORIKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 279-285.

²⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 401.

²⁸⁴ DWORIKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271-272.

do Direito, embora eminentemente jurídica por surgir das entranhas da teoria do Direito, somente se sustenta a partir da hermenêutica filosófica²⁸⁵.

A teoria da integridade sobreleva a importância de buscar a “interpretação tradicional” (no sentido autêntico do termo, hermeneuticamente falando)²⁸⁶. Trata-se da tradição autêntica, que não depende da vontade ou da discricionariedade (forte) do intérprete, ou seja, constitui um limitador independente e superior²⁸⁷. Afinal, ao fim e ao cabo, a integridade concerne no

[...] a integridade concerne no respeito à tradição (autêntica/legítima), circunstância que, no direito, assume especial especificidade: se queremos dizer algo sobre o texto (que nunca é algo abstrato, um mero conceito, uma pauta geral ou qualquer enunciado linguístico), temos de deixar que este nos diga algo (pense na jurisprudência, na doutrina, enfim, no modo de explicitação ôntico-proposicional das diversas manifestações do direito). E esse texto estará dependente de um fundamento de validade, que é a Constituição [...]²⁸⁸.

A teoria integrativa, assim, pode ser considerada como caminho possível para a superação da decisão entendida como resultado mecânico e subsuntivo da lei (ou de pautas gerais, conforme crítica já exposta), assim como é limitadora da subjetividade do intérprete-solipsista. Afinal, o sentido não é nem extraído objetivamente do que está posto, nem pode ser *qualquer coisa* retirada da consciência daquele que julga, ambas as posturas fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto, em verdade, a

[...] decisão judicial será, então, a resposta do “Direito” hermeneuticamente compreendido (complexa engrenagem, voltada à concretização justa de direitos, que envolve juiz da causa, partes, doutrina, demais juízes, etc.), e não simplesmente do “juiz”²⁸⁹.

A decisão, portanto, deve espelhar uma compreensão-interpretação-aplicação adequada do Direito, e ininterrupta da prática jurídica da comunidade. É imprescindível combater a equivocada visão de que o Direito é apenas o que os juízes acham que é, “um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se

²⁸⁵ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 37.

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 401.

²⁸⁷ Ibidem, p. 355.

²⁸⁸ Ibidem, p. 350.

²⁸⁹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 111.

dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade²⁹⁰. A decisão judicial, de modo algum, pode basear-se naquilo que o julgador, individualmente, considera como sendo o melhor resultado substantivo (subjetivismo).

Nesse diapasão, importante ressaltar que os enunciados, súmulas e demais pautas gerais não são um problema “em si”; o problema é o modo como são utilizadas massivamente na prática jurídica, por meio de mera reprodução (objetivismo). As pautas gerais podem contribuir, sim, para a aplicação do direito se forem vistas enquanto horizontes de sentido, uma vez que

[...] somente alcançará sentido diante de uma situação concreta ou de uma sucessão de casos concretos, mediante os quais devemos construir uma tradição de casos concretos que darão sentido aos (vazios) enunciados [...] o enunciado só existe (possui sentido) no caso concreto e este só possui existência naquilo que o enunciado (que lhe dá sentido). É por isso que a integridade na aplicação do direito significa reconstrução histórica da cadeia de casos interpretados/julgados (doutrina e jurisprudência) [...] A formação de significados de significantes depende de um existencial que é a temporalidade²⁹¹.

A lei, as palavras e as pautas gerais são importantes, pois elas consistem em um mínimo que “nos permite a comunicação e nosso “modo de ser” no mundo”²⁹². As leis, especificamente, precisam ser compreendidas de um modo que decorra a melhor interpretação do processo legislativo como um todo, uma vez que “numa comunidade de princípio, a legislação deve ser entendida, até onde for possível, como a expressão de um sistema coerente de princípios”²⁹³. Não só o texto da lei deve ser interpretado, como igualmente sua vida, o processo anterior a sua criação e sua aplicação prática posterior²⁹⁴.

Segundo Dworkin, não se trata de procurar o histórico legislativo original, mas, sim, deve interpretar-se “a história em movimento, porque o relato que ele deve tornar tão bom quanto possível é o relato inteiro através de sua decisão e para além dela. Não se emendam leis antiquadas para adaptar-se a novos tempos”²⁹⁵, que é o

²⁹⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 26.

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 399.

²⁹² Ibidem, p. 401.

²⁹³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 403.

²⁹⁴ Ibidem, p. 416.

²⁹⁵ Ibidem, p. 419.

que ocorre na metafísica teoria da intenção do locutor/legislador. O Legislativo deve ser tratado como um autor, e o juiz deve encarar-se como um autor posterior na cadeia do direito, assumindo o papel de um colaborador que continua a desenvolver essa cadeia²⁹⁶. É necessário que o juiz ajuste-se à lei e a explique.

A teoria de Dworkin, embora talvez nunca tenha pensado ou lido Heidegger nem Gadamer, está plenamente de acordo com a questão da temporalidade da teoria de Heidegger, ao considerar que a lei não pode ser interpretada unicamente sob o enfoque das intenções originais que determinaram sua criação, mas deve estar atento ao momento presente da decisão judicial²⁹⁷, de modo que

O argumento a partir da integridade textual também será sensível ao tempo, pois levará em consideração outras decisões que o Congresso e os tribunais tenham tomado nesse ínterim; se as mudanças de opinião pública, ou das circunstâncias econômicas e ecológicas, foram substanciais, as decisões políticas intervenientes terão sido feitas com um espírito diferente, de modo que uma interpretação que as englobe, e também à lei, tenderá a ser diferente de uma interpretação da qual só se exigisse adequação à lei²⁹⁸.

Pensar que o texto e as pautas gerais podem ser, pura e simplesmente, referência plenipotenciária para atribuição de sentido em um processo, significa perder a especificidade da situação concreta, impedindo que a unicidade do caso apareça. Os sentidos não são aplicáveis aos casos concretos ainda sem sentido, a atribuição de sentido só ocorre na relação entre fato e direito, ou seja, quando se interpreta/aplica um texto levando em consideração determinada situação fática.

Dessa forma, importante salientar novamente, o sentido do caso concreto não é passível de dedução a partir de categorias universais – lembra-se que a filosofia, inundada pela linguagem, superou o dedutivismo - sob pena de desconfigurá-lo, ao desconsiderar as circunstâncias do processo. E desconsiderar as particularidades do caso concreto para encaixá-lo em enunciados gerais denuncia a ainda forte resistência do racionalismo, ou seja, a fuga do mundo empírico para o normativo²⁹⁹. É como se o ente (caso concreto) pudesse existir sem o seu “sentido”³⁰⁰, uma vez

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 377.

²⁹⁷ Ibidem, p. 417.

²⁹⁸ Ibidem, p. 418.

²⁹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar** (tutelas de urgência). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 108.

³⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134-135.

que compreender os casos concretos por meio de conceitualizações nada mais faz do que, metafisicamente, esconder o caso concreto atrás de uma pauta geral (enunciado, súmula, entre outros)³⁰¹.

Conclui-se, assim, que a espontaneidade e a unicidade do caso concreto não têm seu sentido dependente da objetividade de uma “super-norma”, tampouco a partir do sujeito cognoscente. As questões do círculo hermenêutico e da diferença ontológica superam qualquer possibilidade da existência de grau(s) zero(s) de sentido, de forma que a verdade hermenêutica no Direito deve ser buscada na tradição autêntica. A verdade hermenêutica é desvelada no encontro entre a integridade do direito e a singularidade do caso concreto, enquanto único e irrepetível, uma vez que são as circunstâncias de cada processo que definirá em que termos a integridade e a coerência exurgirão³⁰². Decidir deve brotar do acontecer da facticidade do caso, o qual “trouxe a sua mensagem muito antes da compreensão de quem interpreta”³⁰³.

A prática interpretativa, portanto, deve partir do caso concreto, frente ao qual se buscará a regra (norma geral), apta para resolvê-lo, cuja normatividade concreta será dada com a incidência principiológica (reconstrução da história institucional)³⁰⁴, sendo importante aqui o que foi exposto no subtítulo anterior. Não por outra razão, Dworkin afirma que “uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos”³⁰⁵. Os princípios (autênticos e pragmáticos), ao colocarem o foco no momento concreto da aplicação, são o elo entre a decisão judicial e a integridade do direito, condição de possibilidade para a superação da separação entre mundo dos fatos e mundo normativo, assim como da arbitrariedade interpretativa.

Adverte-se, contudo, que sobrelevar o protagonismo do caso concreto na prática interpretativa do Direito, de forma alguma, pode resvalar em tirania deste ou em sua utilização como álibi para posturas de arbitrariedade interpretativa, pois, por

³⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 280.

³⁰² Ibidem, p. 401.

³⁰³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 226.

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 573.

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 60.

mais único que o caso seja, a integridade do direito não pode ser renegada sem justificativa. O caso concreto, afinal, não pode ser “significado a partir de um “isolamento de sentido”, como se ele fosse único e pudesse assim ser resolvido, sem estar integrado, de forma coerente, com outros casos, que também são concretos (aliás, um caso é sempre concreto, ou não é caso)”³⁰⁶.

É imperiosa, portanto,

[...] uma reconstrução integrativa do direito aplicável ao caso, que deve levar em conta a interpretação coerente com as regras, princípios e decisões judiciais preexistentes no cotidiano das práticas judiciárias – mormente aquelas mais condizentes com o contexto da sociedade em que se realiza o julgamento -, sendo vedado, portanto, que o juiz lance mão (exclusivamente) de princípios de conduta pessoal, sua visão própria de mundo etc. para concretizar a decisão. [...] o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto³⁰⁷.

A identificação do contexto em que se realiza o julgamento, com efeito, é fundamental para a construção da decisão judicial. Ronald Dworkin denomina essa identificação do contexto onde o intérprete está inserido de “etapa pré-interpretativa”. Cumpre esclarecer que não se trata de cindir o processo de atribuição de sentido, tendo em vista que sabido que é incindível o ato de compreender-interpretar-aplicar sentido, mas apenas de estabelecer o local de onde o intérprete fala, momento em que são identificadas “as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática”³⁰⁸. É importante estabelecer esse local de fala, não se esquecendo que se está inserido em um Estado Democrático de Direito e em um contexto jurídico onde a Constituição é topo normativo, e as consequências dessa posição devem ser investigadas.

Trata-se de, segundo Dworkin, identificar e distinguir o “romance”, para que o intérprete possa se ver como alguém que interpreta a prática, compartilhada pela comunidade interpretativa, e não inventa uma nova³⁰⁹.

O sentido, ao fim e ao cabo, resulta de todas as criações humanas, não apenas do que está escrito, e descobri-lo é uma tarefa hermenêutica a qual todos

³⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 278.

³⁰⁷ Ibidem, p. 281.

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 81.

³⁰⁹ Ibidem, p. 81-83.

estão submetidos³¹⁰. Dessa forma, “se o intérprete e os textos legais (os Códigos de Processo) têm cada qual seu próprio horizonte, a compreensão resulta da fusão de ambos. E a linguagem é a realidade fundamental. Através dela o intérprete traz à fala o que compreendeu”³¹¹.

Todo caso concreto submetido a juízo requer a resposta correta para aquela situação contenciosista, que, por sua vez, exige um processo de atribuição de sentido a partir do modo-de-ser do intérprete, da sua facticidade e da sua historicidade (*locus* da pré-compreensão), assim como da inserção deste na situação hermenêutica (caso concreto)³¹². A situação hermenêutica é ambiente onde o intérprete é “jogado no mundo para interpretar a partir do processo de fusão de horizontes, atribuindo sentido ao plano fático (caso concreto) que se lhe apresenta”³¹³.

É imprescindível, nesse sentido, a inserção do intérprete no contexto da controvérsia, pois é vital inserir, com base no que ensina a hermenêutica filosófica, a “interpretação num contexto – ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser – em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta”³¹⁴.

Daí a importância das provas produzidas nos autos, que são passíveis de tornar o julgador um ser-histórico frente ao caso concreto que irá interpretar, conforme já referido no subtítulo 1.2. Afinal, a busca pela resposta correta, em última análise, tanto em direito quanto em processo, é o desvelar da significação do caso, de forma que a inserção do intérprete nesse ambiente, através da linguagem e da condição de ser-no-mundo, é condição de possibilidade³¹⁵.

É necessário levar a sério as provas produzidas, assim como os argumentos e as teses das partes, numa verdadeira aproximação democrática entre juiz, partes,

³¹⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 225.

³¹¹ *Ibidem*, p. 225.

³¹² ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 234.

³¹³ *Ibidem*, p. 234.

³¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 270.

³¹⁵ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade. Curitiba: Juruá, 2010, p. 83.

caso concreto e direito. A democratização processual é fundamental para o fortalecimento da busca pela resposta correta, uma vez que diretamente fundada na no modo prático de ser-no-mundo e na integridade do direito³¹⁶, indo ao encontro de decisões legítimas, corretas (em relação à Constituição) e íntegras (no sentido dworkiniano). A democratização processual é a fase do processo própria do Constitucionalismo Contemporâneo, no interior do qual se busca resolver os problemas jurídicos por meio de um policentrismo processual, sobrelevando a importância de todos os envolvidos (partes, juiz, representantes processuais, Ministério Público)³¹⁷.

Nessa senda, é preciso otimizar o debate e o espaço-tempo processuais, gastando-os bem para que haja estabilidade, coerência e integridade decisória (art. 926)³¹⁸. As convicções pessoais do julgador na decisão não têm mais lugar, não fazendo mais sentido falar em livre convicção motivada, principalmente ante o advento do novo Código de Processo Civil.

O novo Código de Processo Civil preocupa-se com a questão da fundamentação das decisões, estabelecendo o que se pode chamar de “padrões mínimos” para considerar-se cumprido o disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, também ora consagrado no artigo 11 do novo Código de Processo Civil³¹⁹, frente ao qual não é o bastante uma fundamentação qualquer ou pseudomotivação. Apesar de lamentavelmente o § 1º ter deixado de fora as decisões monocráticas do relator, o parágrafo traz uma salutar exigência de maior cuidado, capricho e preocupação na fundamentação das decisões judiciais³²⁰.

São solicitados juízes responsáveis, que se assumam como intérpretes e primem por garantir a coerência e a integridade das decisões judiciais.

³¹⁶ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 243.

³¹⁷ NUNES, Dierle. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 58-59.

³¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 307.

³¹⁹ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

³²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil – lei 13.105/2015**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 6.

Entenda-se que o tal “juiz responsável” é aquele que se opõe, portanto, ao “juiz do sistema” (que tem por missão “declarar” as injustiças da lei), e que compartilha do pensamento que recupera a “função hermenêutica na compreensão de textos, sob o pressuposto epistemológico de que o texto carrega várias soluções jurídicas possíveis”, já que “texto e norma não são a mesma coisa”, e que, nesta direção, reentroniza “a Retórica como ciência da argumentação forense, que o pensamento linear dos geômetras do século XVII pretendeu eliminar do direito processual”³²¹.

Da mesma forma, requer-se um amplo debate e uma fundamentação substancial, “não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha”³²². Acredita-se que, com julgamentos mais consistentes, serão mais facilmente aceitos pelas partes e, conseqüentemente, os recursos serão menos necessários, uma das causas da morosidade judicial, porque os recursos multiplicam-se hoje aos milhares gerando um quadro de anarquia e instabilidade decisória.

Nesse caminho, do desvelamento de uma teoria da decidibilidade do Constitucionalismo Contemporâneo, é essencial a noção filosófica de temporalidade. Por meio dessa noção que é possível ratificar que no processo, a verdade não passa de uma fantasia que, aliás, impede o acontecer da singularidade do caso concreto, tendo em vista que é “justamente no “entre” que medeia a verdade e a não verdade que o verossímil surge viabilizando tomadas de decisões que entrelacem passado, presente e futuro na sumaridade”³²³. Conforme já referido, o juiz-intérprete justamente irá desvelar o sentido do caso concreto, o que implica o reconhecimento que o caso pode transfigurar-se ao longo do tempo.

Feitas essas considerações, é importante salientar que não só é necessário uma teoria da decisão coerente, na atual conjuntura do Constitucionalismo Contemporâneo, como também de decisões bem fundamentadas. A fundamentação das decisões, enquanto exposição dos termos da decisão, é uma garantia não só dos envolvidos contra eventual arbítrio ou discricionariedade, mas também de

³²¹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 145-146.

³²² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 302.

³²³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 227.

terceiros, porque toda e qualquer decisão fará parte da integridade do direito. Ressalta-se que fundamentação não se confunde com motivação, pois esta concerne na exposição do entendimento do juiz de forma solipsista³²⁴, que, sob o manto do livre convencimento motivado coloca em risco a validade, a eficiência e a legitimidade da decisão.

³²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC** – Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 305-308.

2 PROCESSO ELETRÔNICO E HERMENÊUTICA: O PROCESSO DIGITAL FRENTE AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NA SOCIEDADE EM REDE

A Internet na Era da Informação, denominação dada por Antonio Enrique Pérez Luño³²⁵, é equiparada à eletricidade na Era Industrial, na medida em que a base tecnológica possibilita distribuir a informação, formando verdadeiras redes de informação, diametralmente diferentes das redes formadas pelos homens até então³²⁶. Cada usuário da rede é um ponto em um sistema integrado universal, de modo que não seria mais possível falar em “aldeia global”, mas sim na realidade de uma “casa global”³²⁷, uma sociedade verdadeiramente em rede. O “engodo do “fim do espaço” de um pequeno planeta suspenso no éter eletrônico de nossos modernos meios de telecomunicação”³²⁸.

Essa conjuntura repercutiu em uma transição para um novo perfil de sociedade, a sociedade informática³²⁹, momento em que atividades econômicas, sociais, políticas e culturais estão sendo cada vez mais travadas no âmbito virtual, o qual apresenta um infinito de possibilidades³³⁰ e implicações. As grandes transformações são inegáveis, caminha-se para a virtualização de tudo. Contudo, cumpre desvelar seu significado, levando em consideração que a relação do homem com a técnica nem sempre foi marcada apenas por benefícios, tampouco esta foi empregada somente com objetivos pacíficos/benéficos.

A constatação leva a uma série de importantes inquietações quanto aos possíveis aspectos negativos decorrentes do uso da Internet, principalmente no que

³²⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Internet e lós derechos humanos. *In: Anuário Derecho y conocimiento*. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Vol. 2, 2002, p. 101-102. Disponível em: <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A05.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014, p. 101.

³²⁶ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 7.

³²⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Internet e lós derechos humanos. *In: Anuário Derecho y conocimiento*. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Vol. 2, 2002, p. 101-102. Disponível em: <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A05.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014, p. 103.

³²⁸ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 15.

³²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Internet e lós derechos humanos. *In: Anuário Derecho y conocimiento*. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Vol. 2, 2002, p. 101-102. Disponível em: <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A05.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014, p. 104.

³³⁰ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 8.

concerne aos avanços decisivos que essa proporciona às tecnologias de informação e comunicação, exponencialmente inseridas na vida cotidiana do homem. Antonio Enrique Pérez Luño alerta que as novas tecnologias de informação e comunicação (TIC`s) têm um profundo impacto sobre as relações sociais, de forma que é imprescindível empreender uma luta constante para que os desenvolvimentos tecnológicos não minem nem avancem à custa das liberdades e dos direitos fundamentais³³¹.

Não se trata, *prima facie*, de ir de encontro à modernidade e às novas tecnologias, em si inevitáveis e cada vez mais presentes na vida humana, mas de não fechar os olhos as suas implicações. Especialmente no Direito, porque, ao fim e ao cabo, este está inserido na realidade social e deve dar conta dela, condição de possibilidade para que os casos concretos que exsurtem possam ser pensados e trabalhados de forma adequada pelo Direito. Essa não é uma novidade para o Direito, ao passo que, durante toda a história humana o surgimento de uma nova tecnologia, ao tornar obsoletos alguns dilemas jurídicos e criar outros, força os sistemas jurídicos a encontrar respostas para os riscos e oportunidades que emergem³³².

No âmbito do Poder Judiciário, a informatização já se tornou um fenômeno irreversível com o processo eletrônico. Também não concerne em objetivo da presente dissertação pregar um retrocesso à máquina de escrever. A informatização, no entanto, em especial com o surgimento do processo virtual, não pode se dar de forma irrefletida, sendo necessário questionar o impacto sobre o debate judicial, a fundamentação das decisões judicial e, em especial, sobre a interpretação-compreensão-aplicação do direito, levando em consideração que a conjuntura revela ainda uma incompreensão das implicações do Constitucionalismo Contemporâneo.

Conforme exposto no capítulo anterior, a prática do direito tem revelado uma não recepção concreta dos pressupostos constitucionais e do modelo de Estado Democrático de Direito, mesmo no interior do novíssimo Código de Processo Civil. A prática interpretativa resta presa no círculo vicioso do paradigma subjetivista-

³³¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Internet e los derechos humanos. In: **Anuário Derecho y conocimiento**. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Vol. 2, 2002, p. 101-102. Disponível em: <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A05.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014, p. 101-102.

³³² LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27.

objetivista, conforme denunciado por Lenio Streck e trabalhado no subtítulo 1.1., ou seja, aprisionada ao esquema sujeito-objeto. Não obstante, conforme revelado anteriormente, subsistem uma série de avanços, principalmente com um crescente dar-se-conta de que o Constitucionalismo Contemporâneo requer uma nova teoria da decisão, ao impor o redimensionamento da teoria do Estado, da teoria da Constituição e da teoria do Direito.

Teoria da decisão que se revela na intersecção entre a hermenêutica filosófica e a teoria dworkiniana, de forma que a resposta correta é uma necessidade, que somente é possível quando o juiz se assume intérprete do caso concreto e respeita, de forma radical, a coerência e integridade do direito. Para a busca de decisões legítimas, corretas (em relação à Constituição) e íntegras (no sentido dworkiniano), o novo Código de Processo Civil, igualmente, trouxe alguns avanços e uma direta exigência de respeito aos casos concretos e ao direito à motivação das decisões.

Diante disso, intenta-se travar, neste capítulo, primeiramente, um debate mais profundo sobre a técnica e suas implicações, uma vez que não é possível desconsiderar o uso exponencial das novas tecnologias de informação e comunicação e os alertas de inúmeros autores sobre os seus riscos. Na sequência, de uma maneira mais consciente e crítica, a dissertação focará nas inquietações que surgem com a massiva inserção do processo eletrônico no Poder Judiciário, enquanto técnica, tentando compreender as implicações deste sobre o acontecer do Constitucionalismo Contemporâneo, e questionando em que medida o processo irá manter o já conquistado e avançar ou bloqueará esse acontecer.

É sabido que foi possível, por meio da informática, a descoberta de um novo modo de gerir os processos e administrar os cartórios judiciais, passando da informática documental à informática de gestão³³³. Tal gestão precisa ser compreendida e interpretada, em especial, em um momento histórico de pleno esgotamento do modo tradicional de se olhar para o Direito, crise que advém do fato de não ser mais possível justificar a atividade jurisdicional com base nos tradicionais

³³³ SERBENA, Cesar Antonio. **A próxima geração do processo eletrônico**. 14 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/a-proxima-geracao-do-processo-eletronico-2qpr9v9c6yy3iqk0xm3j7rnm6>>. Acesso em: 29 set. 2015.

esquemas de pensamento das teorias jurídicas do passado³³⁴, frente a uma sociedade exponencialmente mais complexa e, conseqüentemente, casos concretos mais polimorfos.

O atual contexto demonstra a necessidade do exsurgir de um novo paradigma e um novo modelo de pensamento, para reverter a perda do sentido da jurisdição e do próprio direito, ao mesmo tempo em que deve ter a preocupação de garantir a perpetuação das conquistas até então auferidas. Por essa razão, é imprescindível discutir o processo eletrônico, elucidando seus fundamentos, limites e a possibilidade de compreensão, objetivando-se, ao final, compreender o impacto do processo eletrônico no redesenhar da teoria da decidibilidade, a partir do redimensionamento perpetrado pelo Constitucionalismo Contemporâneo no processo civil, e também sobre os teoremas fundamentais heideggerianos.

2.1 O USO EXTENSIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC`S) E OS RISCOS DO USO DA TÉCNICA

O primeiro passo, a ser dado na discussão que se pretende travar no presente capítulo, é refletir criticamente acerca da exponencial inserção das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC`s), em todos os aspectos da vida do homem. Trata-se de etapa fundamental para que, no subtítulo seguinte, seja possível trabalhar com a inserção das TIC`s no sistema jurídico e, mais especificamente, com o processo eletrônico, sem ilusões. É inegável que as novas tecnologias concernem em uma técnica, e vêm sendo recepcionadas no cotidiano de forma acrítica e acelerada, de modo que se torna imprescindível uma reflexão, buscando-se a compreensão do significado da massiva consolidação das TIC`s e das implicações para o homem, assim como o sentido da própria Era Tecnológica.

A vida moderna em muito se diferencia do contexto da década de 60, quando começaram a surgir as tecnologias de comunicação e informação, as quais têm na internet o ponto decisivo para seu avanço e desenvolvimento exponencial. A introdução de novas tecnologias provoca, inexoravelmente, uma série de mutações nas práticas sociais, nas estruturas de comunicação e nas correspondentes formas

³³⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

de vida³³⁵. No mesmo sentido, infere Pérez Luño o impacto das novas tecnológicas pode ser sentido na esfera social, política e jurídica, assim como desencadeou um processo de transformação nos valores, princípios e direitos³³⁶, os quais requerem novas formas de tutela para sua salvaguarda.

A sucessão de novas tecnologias, em tão pouco tempo, afeta tanto as representações do ser humano quanto da sociedade, devido as novas possibilidades de comunicação entre os seres humanos no espaço e no tempo oferecidas pela tecnologia da informação e comunicação³³⁷. Pela primeira vez é possível estabelecer uma comunicação em escala planetária, sem limite de espaço, de pessoas ou de tempo, a chamada cibercidadania e a teledemocracia têm estabelecido novos horizontes dos direitos e oferecido novas formas de reforçar a participação nas sociedades democráticas³³⁸. Os mais otimistas dizem que somos a primeira geração de pessoas que existe em escala mundial e

Pouco a pouco, sem que tenhamos nos dado conta imediatamente, o mundo chegou às nossas mãos e fizemos dele nosso campo de ação. A envergadura de nossos atos aumentou até atingir a outra margem. Temos clientes, sócios ou amigos por toda parte. No mesmo movimento aprendemos progressivamente a maneira de nos dirigir a *todo o mundo*. Nossos compatriotas estão em toda a Terra. Nós começamos a construir a sociedade civil mundial³³⁹.

A par das novas possibilidades de atuação, conhecimento e comunicação, bem como seus inúmeros benefícios, contudo, exurgem uma série de inquietações, seja com os maus usos das novas tecnologias (pornografia infantil, neonazismo, terrorismo e segurança dos dados, por exemplo), mas principalmente com os perigos implícitos³⁴⁰. A grande ameaça é que, ao entrar em determinado ritmo, o progresso entra em um modo automático, impulsionado pela concorrência e pelo

³³⁵ ROSA, Harmut. Aceleración social: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada. **Revista Persona y Sociedad**, vol. XXV, nº 1, p. 9-49, 2011, p. 21.

³³⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Humanos em La Sociedad tecnológica**. Madri: Editorial Universitas, 2012, p. 9-13.

³³⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. **Résister, responsabiliser, anticiper**: ou comment humaniser la mondialisation. Paris: Seuil, 2013, p. 46.

³³⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Humanos em La Sociedad tecnológica**. Madri: Editorial Universitas, 2012, p. 22.

³³⁹ LÉVI, Pierre. **A conexão planetária**: o mercado, o ciberespaço, a consciência. Tradução Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Editora 34, 2001, p. 16.

³⁴⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Internet e los derechos humanos. In: **Anuário Derecho y conocimiento**. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Vol. 2, 2002, p. 101-102. Disponível em: <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A05.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014, p. 104.

mercado, impedindo uma verdadeira reflexão, enquanto se corre o risco de uma escravização criada pelas novas tecnologias, resultando em malefícios como a mercantilização do corpo e a globalização monotorizada³⁴¹.

Manuel Castells infere que a “sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias”³⁴², ou seja, as tecnologias de comunicação e informação são sensíveis aos efeitos dos usos sociais da própria tecnologia. Ocorre que, ao contrário do que pensa o otimismo do autor, a sociedade vem sendo absorvida pelo círculo vicioso da aceleração denunciado por Harmut Rosa, ou seja, ocorre independentemente da vontade do homem e o pressiona.

A causa está na convergência de um sistema de técnicas sobre o homem, corolário à própria evolução da técnica, ou seja, a tecnologia moderna é uma etapa evolutiva do processo da técnica. A técnica pode ser entendida como uma exigência de racionalização que se aplica sobre todos os setores da vida humana, a qual não pode ser confundida com a máquina, pois a mecanização é apenas um aspecto da técnica, e esta não incide apenas sobre a atividade produtiva³⁴³. Em verdade, a técnica

[...] cria o totalitarismo da operação, e faz que, em definitivo, não haja mais parte do homem indene, livre e independente da técnica. Essa convergência é a dos projetores, cada um com sua tonalidade, sua intensidade, sua direção específica, nenhum pretendendo ser o único a iluminar, cada um preenchendo sua função particular; o efeito real não pode ser apreciado do ponto de vista de cada projetor, mas do ponto de vista do objeto iluminado³⁴⁴.

Trata-se de um fenômeno global, inserido no paradigma contemporâneo de aceleração³⁴⁵. Paradigma que representa o referido círculo vicioso denunciado por

³⁴¹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Résister, responsabiliser, anticiper**: ou comment humaniser la mondialisation. Paris: Seuil, 2013, p. 7-8.

³⁴² CASTELLES, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. *In.*: CASTELLES, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A Sociedade em Rede Do Conhecimento à Ação Política**. Belém: Imprensa Nacional, 2005, p. 17-30. Disponível em: <http://biblio.ual.pt/Downloads/REDE.pdf>. Acesso em: 02 out. 2015, p. 17.

³⁴³ ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968, p. 2.

³⁴⁴ Ibidem, p. 401.

³⁴⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação**: Um “sexto continente” de liberdade perfeita ou controle perfeito? Revista Direitos Emergentes na sociedade global (REDESG), V. 1, N. 1, 2012, p. 173-219. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/6259/pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015, p. 175.

Harmut Rosa: a mudança social acelerada conduz a uma aceleração do ritmo de vida e esta, por conseguinte, requer novas formas de aceleração tecnológica para acelerar os processos da vida produtiva e cotidiana³⁴⁶. A sociedade da aceleração caracteriza-se, assim, por uma aceleração tecnológica simultaneamente ao aumento da escassez do tempo (aceleração do ritmo da vida), que cresce em ritmo mais célere do que as taxas de aceleração tecnológica³⁴⁷. O avanço da técnica aparece, então, como a solução para muitos dos problemas enfrentados pelo homem, aumentando tanto a comodidade quanto a produtividade.

O regime temporal rigoroso e estrito (invisível, despolitizado e indiscutido), ao qual as sociedades modernas vêm sendo submetidas, contudo, não é articulado em termos éticos, conforme bem salienta Jânia Saldanha³⁴⁸. O progresso tecnológico não especifica em quais critérios, quantitativa ou qualitativa, definiu os objetivos da humanidade³⁴⁹, enquanto está seriamente comprometido com a racionalização da técnica.

Heidegger, segundo Zimmerman, enxerga a tecnologia moderna não como um fenômeno recente, mas algo que teve início com o surgimento da metafísica às mãos de Platão, sendo os últimos quatro séculos de progressiva cegueira relativamente ao ser dos entes³⁵⁰. A tecnologia moderna representaria o estágio final da história do autovelamento do ser, que se caracteriza por um modo unidimensional de desvelar os entes como matéria-prima e induz a humanidade a se comportar de determinada maneira³⁵¹. Ainda de acordo com Zimmerman,

A essência da tecnologia, então, nada tinha de mecânica ou de técnica; acontecia antes que o mundo estava mobilizado em termos tecnológicos porque a própria humanidade se tinha tornado no primeiro instrumento requerido para desempenhar a última fase histórica da Vontade do Poder. De modo idêntico concluía Heidegger que a essência da tecnologia era o desvelamento de todos os entes como reservas disponíveis para realçarem a pura Vontade por Vontade³⁵².

³⁴⁶ ROSA, Harmut. Aceleración social: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada. **Revista Persona y Sociedad**, vol. XXV, nº 1, p. 9-49, 2011, p. 22.

³⁴⁷ Ibidem, p. 20-21.

³⁴⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Daumier, os tempos e os espaços da justiça no Século XXI**. 29 set. 2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/09/29/daumier-os-tempos-e-os-espacos-da-justica-seculo-xxi/>. Acesso: 06 jul. 2015. s.p.

³⁴⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Résister, responsabiliser, anticiper**: ou comment humaniser la mondialisation. Paris: Seuil, 2013, p. 51.

³⁵⁰ ZIMMERMAN, Michael E. **Confronto de Heidegger com a modernidade**: Tecnologia, política e arte. Tradução de João Sousa Ramos. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 79.

³⁵¹ Ibidem, p. 363.

³⁵² Ibidem, p. 101.

Em seu estágio final, ninguém consegue controlar o sistema, uma vez que a inovação técnica e o desenvolvimento industrial têm uma lógica e um propósito que transcende as intenções dos homens de carne e osso. O totalitarismo da técnica faz com que os valores tradicionais sejam substituídos por “considerações extensamente econômicas ou utilitaristas, que são cegas a preocupações pessoais, sociais, religiosas e ambientais; que a provável consequência do impulso tecnológico global é distópica em lugar de utópica”³⁵³.

A técnica moderna, assim, hoje pode ser vista enquanto representação antropológica-instrumental e pelo lado irresistível da dominação ilimitada³⁵⁴. No que concerne a essa segunda manifestação da técnica moderna, é importante alertar

[...] para o grito de alarme, lançado frequentemente até à pouco, a saber, que o percurso da técnica deve ser dominado, o seu ímpeto sempre mais forte para novas possibilidades de desenvolvimento submetido ao controle – este grito testemunha por si só a apreensão que se espalha. Ignora que se exprime na técnica uma exigência de que o homem não pode impedir o cumprimento, que pode ainda menos ver e dominar. Entretanto - e sobretudo isto é significativo -, estes gritos de alarme calam-se cada vez mais, o que não quer dizer que o homem controla seguramente a técnica. O silêncio traduz muito mais o fato de que face à reivindicação do poder pela técnica o homem se vê reduzido à perplexidade e à impotência, quer dizer, à necessidade de se conformar, pura e simplesmente - explícita ou implicitamente -, ao caráter irresistível da dominação tecnológica³⁵⁵.

A dominação da técnica não se manifesta apenas na sua aplicação, mas a própria técnica já tem nela mesma projetada os interesses de dominação; a técnica já é na sua imanência uma racionalidade ao dispor da dominação³⁵⁶. A atuação da técnica, contudo, é controlada e mantém um panorama perfeitamente edificante e tranquilizante, enquanto atinge o homem e sobre ele exerce uma influência precisa, calculada e eficaz, sem que sua incolumidade pareça atingida³⁵⁷. Tal constatação lembra a fábula “Revolução dos Bichos” de George Orwell, que bem retrata as fraquezas humanas e os caminhos tortuosos que são utilizados para convencer e oprimir, muitas vezes, tão imperceptíveis quanto devastadores.

³⁵³ ZIMMERMAN, Michael E. **Confronto de Heidegger com a modernidade: Tecnologia, política e arte**. Tradução de João Sousa Ramos. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 363-364.

³⁵⁴ HEIDEGGER, Martin. **Língua de tradição e língua técnica**. Tradução Mário Botas. Lisboa: Passagens, 1995, p. 14-29.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 27.

³⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 46-49.

³⁵⁷ ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968, p. 398.

A dominação, assim, tende a perder o seu caráter opressor e explorador e torna-se racional, ocultando o fato que atrás da ciência e da técnica, muitas vezes, existe o projeto de mundo de uma determinada classe³⁵⁸. Dessa forma, é possível afirmar que

As novas condições técnicas da comunicação e informação têm o potencial de permitir a ampliação do conhecimento sobre o planeta, a sociedade e o homem, em sua realidade intrínseca. Essas modernas técnicas, porém, são apropriadas por Estados e empresas, e utilizadas em prol de interesses particulares, de forma que o que se transmite à humanidade é, de fato, informação manipulada, que ao invés de esclarecer, confunde³⁵⁹.

É a técnica como ideologia, formatada de forma a tornar a aceitação algo massivo, incontestável e, claro, irracional. O rumo, ao que tudo indica, parece apontar

[...] para um projeto mundial, de natureza endocolonial. Basta observar: com o aumento do desemprego e da aculturação, o abandono das campanhas de alimentos para os guetos superpovoados e improdutivos, a pauperização galopante, nosso mundo pós-industrial já se parece muitíssimo com o velho mundo da colônia, enquanto não se chega a um estado pós-colonial do qual temos exemplos na África, na América Latina ou no Extremo-Oriente³⁶⁰.

A racionalização tecnológica confere legalidade à dominação e oculta-a, racionalização que ocorre a partir de baixo (existe uma permanente pressão adaptativa para que as formas tradicionais sujeitem-se cada vez mais às condições da racionalidade instrumental e estratégica) e a partir de cima (a imposição de novos critérios da racionalidade tecnológica exige novas formas de legitimação da dominação, que se apresentam como pretensão da ciência moderna em justificam-se e como críticas às ideologias)³⁶¹.

A propaganda em relação ao papel da técnica e da ciência funciona como ideologia, com o objetivo de despolitizar as massas e desenvolver uma força legitimadora da dominação, de modo que “a autocompreensão culturalmente

³⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 47-50.

³⁵⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação: Um “sexto continente” de liberdade perfeita ou controle perfeito?** Revista Direitos Emergentes na sociedade global (REDESG), V. 1, N. 1, 2012, p. 173-219. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/6259/pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015, p. 175.

³⁶⁰ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 57.

³⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 49-67.

determinada de um mundo social da vida é substituída pela autocoisificação dos homens, sob as categorias da acção racional dirigida a fim e do comportamento adaptativo”³⁶².

Nesse sentido, importante crítica é proferida por Paul Virilio³⁶³, quando afirma que nos anos de guerra a realidade era abolida, mas hoje não é necessário guerra para matar a realidade do mundo; o desenvolvimento tecnológico e industrial dissipou muito da capacidade de percepção do homem. Basta pensar na anestesia coletiva que acomete a sociedade moderna, a facilidade de desligar a alteridade e os sintomas agudos de paramnésia, mesmo diante das maiores catástrofes e tragédias da humanidade.

Realmente, subsiste uma “temível ameaça da cegueira, de uma cegueira coletiva da humanidade; a possibilidade inaudita de uma derrota dos fatos e, pois, de um descontrole de nossa relação com o real”³⁶⁴. Não por outras razões, Jacques Ellul afirma que se está diante da “marcha rumo ao inconsciente. E não é verdadeiro apenas no que se refere ao trabalho, mas todos os elementos humanos, também, na medida em que são envolvidos, recalcados pela técnica, tendem a transpor o limiar inferior da consciência”³⁶⁵.

As manchetes diárias dos telejornais e “furos de reportagem” facilitam o esquecimento do sofrimento do outro e a sensação de que está fora do alcance qualquer ação para mudar a realidade, porque logo sobrevêm novas notícias e o interesse imediatamente muda de foco. Com efeito, esses sintomas dos males da técnica sobre o homem já são físicos, basta pensar nos problemas de audição, visão e, principalmente, psicológicos.

Nesse domínio, o progresso age sobre nós à maneira do legista, violando em primeiro lugar cada orifício do corpo a ser autopsiado, como um prelúdio às brutais incursões que irão se seguir. Ele não apenas atinge os indivíduos, ele os penetra – empilha, acumula, condensa em cada um de nós o conjunto dos problemas sedimentares (visuais, sociais, psicomotores, afetivos, intelectuais, sexuais...) com que se acumulou, a cada inovação, com sua plethora de danos específicos³⁶⁶.

³⁶² HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 74.

³⁶³ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 41-42.

³⁶⁴ Ibidem, p. 110.

³⁶⁵ ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968, p. 413.

³⁶⁶ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 43.

O crescimento indefinido e incontinenti das aplicações da tecnologia resulta numa dispersão e inconsistência selvagem, uma verdadeira totalização da técnica sobre todos os aspectos da vida e da ação³⁶⁷. A totalização de tudo atende o desejo técnico, mas a ciência total do homem é o fim do homem, uma vez que gradualmente se busca substituir tudo que não for técnico para que todos os elementos da vida sejam relacionados com a técnica, ou essa seja seu meio³⁶⁸. O homem torna-se, progressivamente, um objeto da técnica, e o todo reconstruído é somente um vazio de sentido³⁶⁹.

Com efeito, ainda é possível afirmar que existe uma parte do homem submetida à técnica e outra reservada (vida interior, familiar e psíquica). Contudo, essa tensão/dilaceração, resultado do avanço da técnica, está cada vez mais difícil de suportar³⁷⁰. O que ainda no homem escapava da técnica passa a ser cada vez mais ordenado por técnicas invisíveis e implacáveis, fortalecidas pela persuasão individual (em geral pela publicidade), em busca de uma unificação do homem para que passe inteiramente a ser submetido ao poder técnico e objeto da técnica em todas as suas ações e seus pensamentos³⁷¹. A ironia é que a técnica, responsável por essa dilaceração do homem, é capaz de unificá-lo novamente, mas por meio de um mergulho total na técnica.

A vida social e a vida individual correm, portanto, o risco de ficarem sob o julgo de um juízo universal permanente, devido a uma vigilância continuada e inadvertida³⁷². Da mesma forma, crescem as ameaças de atentados contra os bens, os direitos e os interesses jurídicos, pelo potencial ilimitado de difusão e deslocalização das novas tecnologias, que põem em risco a intimidade, a imagem, a dignidade, a honra, a liberdade sexual, a propriedade intelectual, entre outros³⁷³. O desenrolar tecnológico gera novos fenômenos de agressão às liberdades e aos

³⁶⁷ ELLUL, Jacques. **Le Système Technicien**. Paris: Le Cherche Midi, 2004, p. 207-211.

³⁶⁸ Ibidem, p. 207-211.

³⁶⁹ Ibidem, p. 211.

³⁷⁰ Idem. **A técnica e o desafio do século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968, p. 421.

³⁷¹ Ibidem, p. 422.

³⁷² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012, p. 22.

³⁷³ Idem. Internet e los derechos humanos. In: **Anuário Derecho y conocimiento**. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Vol. 2, 2002, p. 101-102. Disponível em: <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A05.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014, p. 104-105.

direitos. Ruma-se à insignificação, à destemporalização, à desumanização e à desmaterização.

No entanto, ressalta-se novamente que o processo das técnicas evoluiu ao ponto de tornar imperceptível sua atuação. A técnica, por um lado, esforça-se em fazer coincidir o homem e a técnica, de modo a tornar suportável, e, por outro lado, busca fazer isso sem “esmagar” o homem a ponto de torná-lo um entrave ao seu desenvolvimento³⁷⁴. O controle individual e coletivo que se apresenta impede a erosão das suas práticas, enquanto a ingerência nas diversas esferas da vida torna-se cada vez mais extensa, implacável e difusa³⁷⁵. E as novas tecnologias proporcionam uma “forma mais acessível e também mais sofisticada de controle generalizado e acelerado por quem detém o poder político, econômico e *expertise* cibernética”³⁷⁶.

Realmente, cada indivíduo está exposto, desde seu nascimento, a uma conformação e controle de todas as etapas de sua vida, geograficamente, economicamente e biologicamente³⁷⁷. O processo da técnica se converteu em um dogma, fortalecendo um sistema de dominação onipotente, que não tolera qualquer atitude de oposição³⁷⁸. Jânia Saldanha entende o cenário como um “éden e risco de subserviência”, uma vez que, ao mesmo tempo em que se propagam as liberdades individuais e coletivas e o direito/dever de informação na Era Tecnológica, está-se em uma sociedade de vigilância permanente e ilimitada³⁷⁹ e, por óbvio, alienada.

³⁷⁴ SILVA, Júlia Lenzi; BARRIENTOS-PARRA, Jorge. Desmitificando para resignificar: a interação entre trabalho, lazer e técnicas do homem no pensamento de Jacques Ellul. *In.: Anais do IV Seminário Brasileiro sobre o pensamento de Jacques Ellul*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2011, p. 12.

³⁷⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Internet e lós derechos humanos. *In: Anuário Derecho y conocimiento*. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Vol. 2, 2002, p. 101-102. Disponível em: <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A05.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014, p. 23.

³⁷⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação**: Um “sexto continente” de liberdade perfeita ou controle perfeito? *Revista Direitos Emergentes na sociedade global (REDESG)*, V. 1, N. 1, 2012, p. 173-219. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/6259/pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015, p. 203.

³⁷⁷ ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968, p. 423.

³⁷⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Internet e lós derechos humanos. *In: Anuário Derecho y conocimiento*. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Vol. 2, 2002, p. 101-102. Disponível em: <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A05.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014, p. 117.

³⁷⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação**: Um “sexto continente” de liberdade perfeita ou controle perfeito? *Revista Direitos Emergentes na sociedade global (REDESG)*, V. 1, N. 1, 2012, p. 173-219. Disponível em:

Paul Virilio, ao questionar a possibilidade do homem de voltar-se contra essa convergência, ironiza, dizendo que é verdade “que abandonamos uma parte da população à própria sorte quando entramos no Ciber, mas a tecnologia é o nosso destino, a liberdade que os aparelhos de alta tecnologia nos dão é de poder dizer SIM a seu potencial”³⁸⁰. De fato, uma perda de liberdade comportamental, que acarreta que

[...] toda crítica da técnica desapareceu pouco a pouco e deslizamos inconscientemente da pura tecnologia para a tecnocultura e finalmente para o dogmatismo de uma tecnocultura totalitária em que todos se vêem pegos na armadilha, não mais de uma sociedade, de suas leis ou de seus interditos morais, sociais, culturais..., mas justamente daquilo que esses séculos de progresso fizeram de nós, de nosso próprio corpo³⁸¹.

Conclui-se, assim, que não há nada no ser humano que esteja isento da influência da técnica, tendo esta penetrado inclusive a arte moderna e o inconsciente humano, citando Jacques Ellul, como exemplo, o aparecimento do automóvel nos sonhos de determinadas tribos indígenas³⁸². As técnicas condicionam o comportamento do homem³⁸³, por meio de uma força muitas vezes oculta. O homem passa a ser objeto de análise, na medida em que o “objeto, o modo, a duração, a quantidade, o resultado, tudo, em todas as ações e em todos os sentimentos do homem, é contabilizado, esquematizado, racionalizado”³⁸⁴.

O processo de tecnicização de todas as parcelas da vida do homem, mesmo que este se oponha a ele ou a ele seja indiferente, é irreversível. O homem é impotente frente à técnica, que se coloca em curso como uma força pungente e perfeitamente neutra. O fato é que a técnica inferioriza o homem, o torna impotente, e continuará a condicionar seu comportamento, em especial, daqueles desenvolvidos pelo binômio homem-máquina (o homem perfeitamente integrado ao sistema), “no âmbito dos quais se constata o fato de que a máquina vem sendo

<<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/6259/pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015, p.199-200.

³⁸⁰ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 30.

³⁸¹ Ibidem, p. 44.

³⁸² ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968, p. 414.

³⁸³ Ibidem, p. 405.

³⁸⁴ Ibidem, p. 404.

adaptada ao Homem, porém, não a todos os homens, mas somente àqueles já foram previamente adaptados pelas técnicas”³⁸⁵.

Conforme preceitua Zimmerman, Heidegger concorda com Oswald Spengler quando este afirma que a tecnologia moderna é “como um *Geist* de Fausto, a manifestação moderna da Vontade de Poder. A atração pelo poder originada quando o homem ocidental concebeu o “pensamento monstruoso” de querer subjugar as próprias forças da natureza”³⁸⁶. A técnica, que antes proporcionava uma dominação cada vez mais eficaz da natureza, agora perpetua uma dominação cada vez mais eficiente do homem sobre o homem, não só mediante a tecnologia, mas como tecnologia³⁸⁷. Tal fato resta agravado ante o reconhecimento de que “a expropriação e a alienação do homem em relação ao mundo coincidem; e a era moderna, muito contra as intenções de todos os atores da peça, começou por alienar do mundo certas camadas da população”³⁸⁸.

Ademais, Paul Virilio afirma que a revolução técnica é uma tragédia do conhecimento, a confusão babeliana dos saberes individuais e coletivos, de modo que a internet é, ao mesmo tempo, a pior e a melhor coisa³⁸⁹. Com efeito, a informação, comprimida pelo tempo e o espaço, restou reduzida a um mero ponto; afinal, sua velocidade e efemeridade não propiciam tempo para a reflexão³⁹⁰. Identifica-se, desse modo, o paradoxo da sociedade da informação: a produção racional e intensiva do conhecimento tem resultado em uma incrível irracionalidade pela sobrecarga de informações, informação errônea e descontrolada³⁹¹.

Nesse contexto, “a revolução da informação real é igualmente a da desinformação virtual e, pois, da história que está sendo escrita”³⁹². A desinformação só é aproveitada pela economia e pela política³⁹³, de modo que as forças ocultas por

³⁸⁵ SILVA, Júlia Lenzi; BARRIENTOS-PARRA, Jorge. Desmitificando para resignificar: a interação entre trabalho, lazer e técnicas do homem no pensamento de Jacques Ellul. *In.*: **Anais do IV Seminário Brasileiro sobre o pensamento de Jacques Ellul**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2011, p. 16.

³⁸⁶ ZIMMERMAN, Michael E. **Confronto de Heidegger com a modernidade: Tecnologia, política e arte**. Tradução de João Sousa Ramos. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 76-77.

³⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 49.

³⁸⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 265.

³⁸⁹ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 105.

³⁹⁰ LASH, Scott. **Crítica de La Información**. Buenos Aires: Amorrortu, 2005, p. 21.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 23.

³⁹² VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 106.

³⁹³ *Ibidem*, p. 110.

detrás da técnica, também identificadas por Habermas³⁹⁴, dificultam a emancipação da sociedade. O poder, contudo, que antes se materializava apenas nas instituições, agora “passou a refletir um sistema relacional (que perpassa todas as relações sociais), o que exigiu ser o tema tratado de modo multidisciplinar, e não apenas como uma questão de Estado (isto é, institucional)”³⁹⁵.

Heidegger pergunta-se, frente a essa conjuntura, se a técnica não acaba por impor à língua a transformação em mera informação, retirando-lhe o caráter de intermediária entre o sujeito e o objeto e, sendo assim, torna-se uma ameaça à essência mais própria do homem e o modo como o homem relaciona-se com o mundo³⁹⁶. Afinal, o homem é o único ser capaz de palavra, é enquanto ser falante que o homem é homem, de modo que o título da obra de Heidegger (língua de tradição e língua de técnica) remete-se a uma oposição e uma ameaça ao homem³⁹⁷. Portanto,

A linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*, nela se representa *mundo*. Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar-aí do mundo é construído pela linguagem³⁹⁸.

A linguagem e o conteúdo da tradição não podem ser separados, uma vez que, sendo a linguagem o caminho para a compreensão, ela “não o é primeiramente como representante de um determinado tipo de língua (como o pesquisador de linguagem vê a língua), mas através do que se diz e se transmite nessa língua”³⁹⁹. O risco é real, pois, sem linguagem, o homem não é ser-no-mundo, não interpreta; sem linguagem, o ser não aparece como sentido, e somente se tem acesso a um conhecimento vulgar.

A compreensão, afinal, ocorre pela linguagem, de modo que “compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, o acesso a esse mundo só é possível

³⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 2001, p. 60-74.

³⁹⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. *In*: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 287.

³⁹⁶ HEIDEGGER, Martin. **Língua de tradição e língua técnica**. Tradução Mário Botas. Lisboa: Passagens, 1995, p. 33-38.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 30-42.

³⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 571.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 569.

pela linguagem. Heidegger externa muito bem essa ideia dizendo que a linguagem é a casa (morada) do ser⁴⁰⁰. Considerando que o projeto interpretativo depende sempre de um sujeito inserido no mundo e que se relaciona harmonicamente com o objeto, conclui-se que a técnica e suas implicações colocam em risco o projeto hermenêutico ao atingir frontalmente a temporalidade e a facticidade, bem como sufoca as possibilidades interpretativas.

Nesse percurso, importante inferir que o Direito não foge da totalização da técnica, enquanto parcela da vida humana que também sofre tecnização. Tudo é elucidado e transformado em esquema técnico⁴⁰¹. Para entender mais a fundo esse problema no Direito, é preciso compreender que a essência da técnica está ao nível da metafísica, ou seja, da separação entre ser e ente⁴⁰². E esse é o ponto crucial na inquietação de Heidegger em relação à linguagem. Conforme já referido, para Heidegger, a tecnologia moderna representaria o estágio final da história do autovelamento do ser⁴⁰³.

O velamento do ser decorre de não se pensar o próprio ser, devido a metafísica representar apenas o ente sob o ponto de vista do ente, de modo que, embora se refira ao ser, ela não esclarece a verdade sobre o ser e nem o põe em questão⁴⁰⁴. A metafísica produziu um “erro de direção, uma forma de desprendimento ou de deformação na manifestação do ser ou, o que dá no mesmo, uma justaposição da diferença ontológica entre ser e ente”⁴⁰⁵.

A metafísica moderna tem início com o nascimento do sujeito que dominará a modernidade, a subjetividade assujeitadora das coisas, paradigma que preceitua que os sentidos estão na mente (filosofia da consciência)⁴⁰⁶. É o princípio epocal

⁴⁰⁰ ESPINDOLA, Angela de Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Constituir a Constituição para a cidadania: A Compreensão e a Linguagem na Nova Crítica do Direito Afastando os *Mitlaufers* Jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar (coord.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 63-132, p. 97.

⁴⁰¹ SILVA, Júlia Lenzi; BARRIENTOS-PARRA, Jorge. Desmitificando para resignificar: a interação entre trabalho, lazer e técnicas do homem no pensamento de Jacques Ellul. In.: **Anais do IV Seminário Brasileiro sobre o pensamento de Jacques Ellul**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2011, p. 11.

⁴⁰² HEIDEGGER, Martin. **Língua de tradição e língua técnica**. Tradução Mário Botas. Lisboa: Passagens, 1995, p. 60.

⁴⁰³ ZIMMERMAN, Michael E. **Confronto de Heidegger com a modernidade**: Tecnologia, política e arte. Tradução de João Sousa Ramos. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 363.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 161.

⁴⁰⁵ HEIDEGGER, Martin. **Língua de tradição e língua técnica**. Tradução Mário Botas. Lisboa: Passagens, 1995, p. 59.

⁴⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 174.

cartesiano, esquema sujeito-objeto (dualismo cartesiano), ou seja, há um sujeito cognoscente diante de um objeto, estabelecendo de forma objetiva as condições de interpretação e aplicação, utilizando-se uma terceira coisa, a linguagem.

A mudança de paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, proporcionada pelo giro linguístico-ontológico que atingiu toda a estrutura do pensamento, rompeu com os paradigmas objetivista (metafísica clássica) e subjetivista (metafísica moderna), dando um duro golpe na metafísica⁴⁰⁷. A linguagem deixa de ser uma terceira coisa entre sujeito e objeto e passa a ser o meio pelo qual o homem tem mundo, ou seja, o estar-aí no mundo é constituído pela linguagem⁴⁰⁸.

O esforço de Heidegger dá-se justamente no sentido de “desconstruir a metafísica a partir da hermenêutica da facticidade, produzindo uma mudança fundamental na filosofia, deslocando o lugar da fundamentação no sujeito e na consciência para a concepção de mundo, de ser-no-mundo”⁴⁰⁹. O ser somente pode ser pensado “quando se parte da transcendentalidade do *Dasein*, isto é, quando se leva em consideração aquela dimensão em que misteriosamente o ser se revela no *Dasein*”⁴¹⁰.

No Direito, o esquema sujeito-objeto fundamenta o estado da arte representado pelo predomínio do positivismo e, com mais ênfase, o protagonismo do sujeito-intérprete, conforme já referido anteriormente. O positivismo auxiliou o encobrimento do mundo prático (facticidade) e a alienação da dimensão histórica do Direito, de modo que se torna mais claro o já defendido anteriormente, que o positivismo opera em uma racionalidade lógica-abstrata e fortalece os esquemas de reprodução de sentido e o afastamento do juiz-intérprete da realidade do caso concreto.

A ausência de um comportamento reflexivo acerca da realidade, no Direito, é problemática, sendo uma de suas consequências a obstacularização à transformação social pelo Direito, porque os “juristas não conseguem abandonar sua

⁴⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 565.

⁴⁰⁸ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 199.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 202.

⁴¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 162.

atitude teorizante a fim de se dedicarem à resolução dos problemas sociais⁴¹¹. O processo deveria ser movido tão e unicamente em função do homem, a função jurisdicional constrange os juízes a se inclinarem sobre a realidade da vida social, pois, ao fim e ao cabo, decidem casos envolvendo pessoas reais, em situações de problemas atuais da vida⁴¹². É necessário superar o positivismo para recolocar o Direito e o processo no campo das ciências hermenêuticas⁴¹³. A questão da superação do positivismo está diretamente envolvida com a decisão judicial a aplicação do direito.

Diante disso, conclui-se que o Direito, em meio à totalização da técnica, tem à sua frente grandes desafios no processo de compreensão-interpretação-aplicação do direito, que exigem grandes esforços do juiz-intérprete, principalmente ante a racionalização que se impõe em detrimento da justiça. Racionalização que tem em sua essência a imposição do desenvolvimento constante em prol da eficiência, tendo em vista as exigências de produtividade dos juízes, sem preocupação com a tradição do Direito.

Diante do exposto, é inconteste a necessidade de discutir o processo judicial eletrônico, enquanto técnica inserida no sistema jurídico para gerir mais eficientemente os processos. O uso das novas tecnologias na própria tramitação do processo levou à esperança de modernização do Judiciário, e de uma nova Justiça, mais ágil, rápida e eficiente⁴¹⁴.

A crescente implementação do processo eletrônico no Judiciário brasileiro, nesse sentido, vem envolta nas promessas de maior celeridade processual, acesso e transparência, mas em que medida não está comprometida com a racionalização da técnica e põe em risco o projeto hermenêutico e o acontecer do Constitucionalismo Contemporâneo? Essas questões que serão abordadas no subtítulo a seguir.

⁴¹¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 127.

⁴¹² Ibidem, 2007, p. 129.

⁴¹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 269.

⁴¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Asfor Rocha: "O processo eletrônico é o principal instrumento de combate à morosidade"**. 21 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias-gerais/3954-asfor-rocha-o-processo-eletro--principal-instrumento-de-combate-rosidade>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

2.2 A FILOSOFIA NA INVESTIGAÇÃO DOS FUNDAMENTOS E LIMITES DO PROCESSO ELETRÔNICO

Partindo da reflexão realizada acerca técnica e da premissa de que o processo judicial eletrônico também é uma técnica, importante aprofundar o exercício reflexivo em relação ao processo eletrônico, etapa do processo de modernização do Judiciário através do uso das novas tecnologias de informação e comunicação. A dissertação intenta, nesse sentido, desvelar os fundamentos e discutir a legitimidade do processo virtual. Afinal, sempre que se busca compreender o que seja algo, igualmente se está perguntando por seus fundamentos, aquilo que o sustenta⁴¹⁵.

É essencial perguntar-se acerca do sentido e do fundamento do processo eletrônico. Tal questão demanda, necessariamente, uma tomada de posição, que aqui se propõe a ser crítica e reflexiva, na medida em que o “pensamento crítico, próprio da filosofia, volta-se para a compreensão do motivo pelo qual determinadas coisas existem, isto é, para entender qual o fundamento para que determinadas criações persistam na conformação do mundo (jurídico)”⁴¹⁶.

O Brasil vem se mostrando receptivo ao uso das novas tecnologias de informação e comunicação para modernizar o Poder Público. A tecnologia foi incorporada ao processo sob o lema da otimização, capaz de proporcionar maior agilidade ao tramite da ação, vital diante do exponencial aumento das demandas e a cobrança constante de rapidez e eficácia sob o Judiciário. Nesse percurso, é possível citar uma sucessão de medidas até chegar a ele, como a utilização do meio eletrônico (*fac-símile*) para efetivar um ato processual⁴¹⁷, a transmissão de petições por meio do *fac-símile*⁴¹⁸, a intimação por qualquer meio idôneo de comunicação⁴¹⁹ e a recepção de petições por meio eletrônico⁴²⁰.

⁴¹⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 282.

⁴¹⁶ Ibidem, 2013, p. 286.

⁴¹⁷ BRASIL. Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 out. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

⁴¹⁸ BRASIL. Lei nº 9.800 de 26 de maio de 1999. Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 mai. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9800.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

O processo judicial eletrônico começou a ser implementado no ano de 2006, com a Lei nº 11.419/06⁴²¹, ápice da inserção do Judiciário na Era Digital, uma vez que possibilitou que o Judiciário criasse sistemas eletrônicos para a tramitação dos processos. O processo eletrônico pode ser conceituado como o “sistema de computador que permite a tramitação totalmente eletrônica de processos judiciais, via internet”⁴²², desde o ajuizamento, a todas as peças processuais (como as decisões e as petições das partes), bem como todas as comunicações eletrônicas, dos órgãos entre si e destes com os procuradores das partes.

Assim, “a informatização do processo faz parte do denominado *Pacote Republicano*, de reformas infraconstitucionais do processo, com o fim de garantir celeridade no conflito de interesses entre as partes”⁴²³. Efetivamente, a tecnologia tem muitas ferramentas a contribuir com o trâmite processual. O processo eletrônico, por óbvio, elimina boa parte das diligências que muitos denominam de *tempos mortos ou neutros*, uma vez que não diretamente relacionadas com o objetivo primordial, que é a prestação jurisdicional. Com efeito, dentre as muitas vantagens que o processo digital vem proporcionando, encontra-se a superação de atividades já arcaicas como juntar petição, numerar os autos, apor carimbo, dar processos em carga, entre outras.

O Conselho Nacional de Justiça tem apontado que isso repercute em uma acentuada celeridade processual, com a economia do tempo gasto em atividades burocrático-administrativa, tendo em vista que “cerca de 70% do tempo da tramitação dos processos na Justiça brasileira é gasto com atos cartorários, como

⁴¹⁹ BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

⁴²⁰ BRASIL. Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

⁴²¹ BRASIL. Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

⁴²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais amplia utilização do Sistema CNJ de processo Eletrônico**. 08 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias-gerais/4533-tribunal-de-justica-de-minas-gerais-amplia-utiliza-do-sistema-cnj-de-processo-eletronico>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

⁴²³ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: a informatização judicial no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 48.

autuações e juntadas, comunicações processuais, numeração, certificações, entre outros⁴²⁴. O potencial humano e o recurso “tempo”, antes gastos em atos meramente ordinatórios, agora podem ser realocados em torno da prestação jurisdicional, revertendo em benefícios diretamente aos jurisdicionados, que esperam muitos anos para que seu processo chegue ao fim.

Ademais, segundo alguns, tal quadro reverteria um panorama anterior de não-acesso, ao passo que o processo eletrônico

[...] que está definitivamente democratizando o acesso à Justiça, pois o cidadão que até então nunca viu o seu processo pode agora consultar os autos digitais na íntegra pela internet, mediante uma chave especial de consulta. Poderá ver a petição inicial que seu advogado elaborou e os documentos que a instruíram. Poderá ver a resposta da parte contrária com seus documentos e até repassar informações importantes para seu advogado com vistas a instruir sua argumentação. Poderá inclusive contribuir para uma solução mais rápida do litígio ou até se convencer, em qualquer momento, de que a conciliação é a melhor saída para o caso. Enfim, o autor (ou réu) passa a conhecer e a entender o seu processo e a constituir-se em litigante ativo na relação processual, e não mais um mero expectador na esperança de que um dia a sentença sairá. Não há, pois, mais nenhum reduto para que a Justiça fique escondida do cidadão.⁴²⁵

De acordo com a doutrina, a adoção do processo eletrônico representa uma garantia de efetividade e acesso aos mais necessitados, subvertendo a anterior lógica caritativa pelo qual era visto o acesso à Justiça dos mais necessitados⁴²⁶.

A doutrina vem afirmando, além do mais, que o processo eletrônico contribui para a ampliação do acesso à justiça, indo ao encontro da terceira onda de Cappelletti, que tem como um de seus focos os mecanismos e os procedimentos de solução de litígios⁴²⁷. A diminuição dos custos do processo e a ampliação dos meios de concretização das decisões judiciais, ainda, iriam ao encontro de um acesso à justiça materializado e ao princípio da igualdade⁴²⁸.

⁴²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cerca de 70% do tempo de tramitação do processo judicial é gasto com atos burocráticos**. 06 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias-gerais/10506-cerca-de-70-do-tempo-de-tramitacao-do-processo-judicial-gasto-com-atos-burocraticos>>. Acesso: 05 ago. 2015.

⁴²⁵ CONSULTOR JURÍDICO. **Maior beneficiado do processo eletrônico é o cidadão**. 16 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-16/segunda-leitura-maior-beneficiado-processo-eletronico-cidadao>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

⁴²⁶ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: a informatização judicial no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.19-21.

⁴²⁷ Ibidem, p.18-19.

⁴²⁸ ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL JÚNIOR, Silvério Nery. **Processo Judicial Eletrônico**: Comentários à Lei 11.419/06. Curitiba: Juruá, 2008, p. 40.

Tarcisio Teixeira refere vantagens, a exemplo da facilidade de identificar casos de prevenção, litispendência e coisa julgada; o acesso imediato aos autos de qualquer lugar; a economia de tempo gasto no transporte dos autos; a redução das distâncias, otimizando o cumprimento de cartas precatórias e rogatórias; o acesso simultâneo aos autos pelas partes, procuradores e serventuários da justiça; a maior segurança de não haver “perdas de processos” ou dificuldades em sua localização; entre outros⁴²⁹.

Com efeito, as novas tecnologias de informações e comunicação têm muito a oferecer, auxiliando o Direito a encontrar caminhos que tornem a prestação jurisdicional mais célere. O “comando da duração razoável tem no processo eletrônico, sim, uma grande ferramenta. Seja pela informatização de todo o processo, seja, ao menos, pelo aumento do uso de meios eletrônicos para a prática de atos processuais”⁴³⁰.

No entanto, é necessária, no mínimo, uma reflexão, acerca do fato de uma mesma técnica – digital – estar sendo usada em tantos meios diferentes e, muitas vezes, subvertendo sua lógica apenas às leis do mercado⁴³¹. É delicada e, *prima facie*, muito recente a relação que vem se estabelecendo entre Direito e tecnologia moderna, tornando ainda mais importantes as reflexões tecidas no subtítulo anterior, quando a técnica adentra um dos aspectos mais importantes da vida do homem, que é a justiça. No ponto, relembra-se que a totalização da técnica, sobre todas as parcelas da vida humana, tem como resultado a alienação. Como resultado tem-se a desmaterialização, a destemporalização e a desumanização⁴³².

É importante, desse modo, discutir em que medida o processo eletrônico irá afetar a decisão judicial, em especial no que concerne às conquistas já auferidas em termos de teoria da decisão, diante do risco de uma justiça carente de significação, desmaterializada, destemporalizada e desumanizada. Para tanto, primeiramente, infere-se que a evolução perpetrada pelo processo eletrônico certamente contribuirá para a celeridade processual, mas poderá, em muito, contribuir para agravar a

⁴²⁹ TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 359-360.

⁴³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 181.

⁴³¹ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 108.

⁴³² DELMAS-MARTY, Mireille. **Résister, responsabiliser, anticiper**: ou comment humaniser la mondialisation. Paris: Seuil, 2013, p. 50.

“síndrome” da eficiência quantitativa, que coloca em risco a teoria da decisão do Constitucionalismo Contemporâneo.

O intérprete-juiz torna-se, em meio à pressão que sobre ele paira, mais preocupado com desempenhos-limites do que com uma descoberta autêntica do Direito. É possível tomar de empréstimo o seguinte trecho, o qual faz alusão a chamada ciência dos extremos, mas que se encaixa perfeitamente ao atual cenário da prestação jurisdicional, pois ambas estão submetidas à aceleração da realidade: “‘Esportes radicais’, esportes extremos, aqueles em que se corre voluntariamente o risco de morte, sob o pretexto de se atingir um desempenho recorde”⁴³³.

No caso, o risco de morte incide sobre o Direito produzido democraticamente e os pressupostos da teoria da decisão do Constitucionalismo Contemporâneo. Todos se encontram presos nessa nova Babel eletrônica, criada sob o crivo das novas tecnologias e a aceleração da técnica, onde não se trata mais de conversar, escrever e pensar, mas de fazer tudo isso ao mesmo tempo, de forma cada vez mais rápida⁴³⁴ e irrefletida.

Assim, abre-se caminho para as decisões em varejo, criticadas no subtítulo 1.2., por desconsiderar-se o caráter essencial do direito: ser interpretativo. Lembrando que, conforme já exposto, reproduzir sentido não tem nada de produtivo, ignora o projeto hermenêutico de compreensão-interpretação-aplicação de sentido e gera decisões alienadas da facticidade por desconsiderar o caso concreto.

Há muito tem sido denunciado que o Judiciário vem perdendo seu caráter de “instituição”, passando a ser comparado com uma empresa, encarregada de solucionar conflitos, atendendo uma lógica empresarial de custo-benefício⁴³⁵. O Judiciário vem, assim, perdendo legitimidade enquanto Poder, devido as suas deficiências enquanto instância de resolução de conflitos e a incapacidade de muitos “juízes de compreender adequadamente o que significa o Estado Democrático de Direito e quais as implicações da Constituição no processo de aplicação do direito”⁴³⁶, que estão diretamente ligados aos direitos e garantias fundamentais.

⁴³³ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 10.

⁴³⁴ Ibidem, p. 73.

⁴³⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Franchising judicial ou de como a magistratura perdeu a dignidade por seu trabalho, vivo?** Disponível em:

<http://www.abdconst.com.br/revista3/alexandrerosa.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2015, p. 133.

⁴³⁶ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40.

A dificuldade de compreensão dos juízes decorre da crise de dupla face, em especial do paradigma racionalista, que “alimenta o pensamento linear dos juristas na contemporaneidade, constituindo-se o grande responsável pela absoluta fragilização do Estado, da Constituição e do próprio Direito”⁴³⁷. Essa dificuldade não só de compreender o Direito enquanto prática interpretativa e o redimensionamento sofrido pelo Direito com o Constitucionalismo Contemporâneo, quanto de superar um modo rotinizado e singelo de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, é “legitimada” pela dogmática jurídica, entendida como senso comum teórico (um saber não crítico-reflexivo), pois

[...] no contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, “suplicante e suplicado”, expressões estas que, convenhamos, deveriam envergonhar (sobremodo) a todos nós. *Mutatis mutandis*, isso significa dizer que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de “coisificação” (objetificação) das relações jurídicas⁴³⁸.

Diante dessa relação problemática do Direito com o real, de um Direito que “só sobrevive objetivando as coisas”⁴³⁹ e, por que não dizer, pessoas por meio dos epítetos de autor e réu, o que se poderá esperar da virtualização do processo, quando se parte do pressuposto de que a desmaterialização e a despersonalização são corolárias da virtualização? O processo eletrônico, ainda, manifesta-se como verdadeira revolução conceitual, onde tempo e espaço passam a ter concepções distintas nessa realidade virtual⁴⁴⁰, sendo possível falar em uma destemporalização.

Considerando que a hermenêutica filosófica, e seus conteúdos da facticidade e temporalidade, são fundamentais à teoria da decisão do Constitucionalismo Contemporâneo, conclui-se que o exurgir do processo eletrônico (e a desmaterialização, a destemporalização e a desumanização que vem consigo) pode

⁴³⁷ ESPINDOLA, Angela de Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Constituir a Constituição para a cidadania: A Compreensão e a Linguagem na Nova Crítica do Direito Afastando os *Mitlaufers* Jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar (coord.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 63-132, p. 66.

⁴³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 89.

⁴³⁹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 124.

⁴⁴⁰ ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL JÚNIOR, Silvério Nery. **Processo Judicial Eletrônico**: Comentários à Lei 11.419/06. Curitiba: Juruá, 2008, p. 40.

ser fatal para o recolocar do Direito e do processo no campo da hermenêutica, como quer Ovídio Baptista⁴⁴¹. Há o risco premente do esfacelamento do que já se conquistou em termos de teoria da decisão até o presente momento.

É necessário, ainda, discutir as “virtudes e os defeitos de uma justiça cada vez mais acelerada, cujo ritmo é extremamente facilitado pela expansão da adoção das tecnologias de informação e comunicação”⁴⁴², em especial frente à virtualização do processo. Afinal, subsistem sérias dúvidas se, em meio a essa irremediável voragem do tempo, há lugar para a justiça e há condição de possibilidade de uma adequada compreensão. Essa discussão é essencial e será aprofundada no subtítulo a seguir.

Por ora, necessário primeiramente refletir até que ponto o progresso tecnológico-científico vem sendo utilizado como ferramenta para a manutenção do sistema, tendo em vista a íntima relação que se revela entre poder e tecnologia⁴⁴³. Frente aos riscos que se apresentam *prima facie* com a virtualização do processo, certamente, o processo eletrônico tem, em alguma medida, como um dos fundamentos/objetivos implícitos a manutenção do mesmo processo e do mesmo modelo de jurisdição, ocultando a crise de dupla face pelo brilho das novas tecnologias e, por conseguinte, tem conteúdo ideológico.

Afinal, o processo eletrônico não é, de forma alguma, capaz de superar a crise paradigmática, e, assim, os graves problemas da excessiva subjetividade e objetividade na prestação jurisdicional. A ilusão do processo eletrônico como “panaceia” para todos os males do Judiciário deve ser extirpada.

É indiscutível que a ideologia é a matriz reguladora do visível e do invisível, e presente na “dialética do “velho” e do “novo”, quando um evento que anuncia uma dimensão ou época inteiramente novas é (des)apreendido como uma continuação do passado ou um retorno a ele”⁴⁴⁴. A inserção do processo eletrônico, assim como outras medidas paliativas já implementadas para reconquistar a credibilidade do

⁴⁴¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 269.

⁴⁴² SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Daumier, os tempos e os espaços da justiça no Século XXI**. 29 set. 2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/09/29/daumier-os-tempos-e-os-espacos-da-justica-seculo-xxi/>. Acesso: 06 jul. 2015. s.p.

⁴⁴³ CAMPOS, Walter de Oliveira. **Direito e Ideologia**. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, 2010, p. 187-204. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/191/190>>. Acesso em: 02 out. 2015, p. 189.

⁴⁴⁴ ZIZEK, Slavoj. **O espectro de uma ideologia (i)**. Disponível em: <<https://bibliotecasocialvirtual.files.wordpress.com/2010/06/slavoy-zizek-o-espectro-de-uma-ideologia.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015. p. 1.

Judiciário e acelerar a prestação jurisdicional, nada mais faz do que amenizar os efeitos da crise paradigmática sem, contudo, chegar a atingi-la.

Ressalta-se que, de forma alguma, pode-se deixar de considerar que essa crise paradigmática decorre do choque entre o velho modelo do direito (liberal-individualista-normativista) e o novo modelo (do Estado Democrático de Direito), que ainda não se consolidou⁴⁴⁵. Em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, do giro ontológico-linguístico e do novo constitucionalismo, não exurgiu um novo modelo de ensino que supere a cultura de *standarts* manualescos; a doutrina cada dia doutrina menos; a cultura estandartizada prolifera-se aliada a um fenômeno denominado de “neopentecostalismo” jurídico que vende a simplificação no Direito; o modelo de decisão continua preso às pautas gerais; e, ainda, não se tem a real dimensão da importância da motivação/justificação das decisões, que varia conforme a natureza da decisão, mas deve sempre ser realizada à luz das circunstâncias do caso concreto que se apresenta⁴⁴⁶.

Ademais, o conteúdo ideológico no processo eletrônico está fortemente incutido nas práticas de gestão administrativas da eficiência, que tem um grave custo democrático⁴⁴⁷. Não se pode esquecer que o processo eletrônico é técnica, e como tal impõe uma racionalização em prol da eficiência e facilita o controle exercido sobre o Judiciário, em nome da Boa Governança. Tal conjuntura é preocupante, uma vez que o controle que advém não apenas do Conselho Nacional de Justiça, mas também dos Tribunais, gera uma ingerência abusiva e implica na adoção eficientista da magistratura, numa verdadeira confusão do que seria realmente o “trabalho” do juiz-intérprete⁴⁴⁸.

O risco premente é que o que ainda restava de “trabalho jurisdicional vivo” se torne “trabalho jurisdicional objetivado”, que Leonardo Wandelli diferencia relacionando o primeiro com a fonte viva do valor (que reconhece as possibilidades criadoras do homem e resiste ao capital, sendo uma atividade produtiva e de

⁴⁴⁵ ESPINDOLA, Angela de Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Constituir a Constituição para a cidadania: A Compreensão e a Linguagem na Nova Crítica do Direito Afastando os *Mitlaufers* Jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar (coord.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 63-132, p. 107.

⁴⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 107-110.

⁴⁴⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Franchising judicial ou de como a magistratura perdeu a dignidade por seu trabalho, vivo?** Disponível em:

<http://www.abdconst.com.br/revista3/alexandrerosa.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2015, p. 133.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 134.

humanização do mundo), enquanto o segundo é uma determinação interna do capital, em que o trabalho se torna abstrato, alienado e objetivado⁴⁴⁹. Afinal, o juiz encontra-se diante de um considerável dilema: ou decide como deve decidir e demora mais tempo do que o sistema permite, ou “decide como já-está-decidido apaga seu nome da decisão, a saber, não faz diferença quem assina, pois qualquer um poderia assinar esta decisão (sic) sem enunciação”⁴⁵⁰.

Paulo Ferreira da Cunha, lembrando um conto intitulado “o juiz” de António Arnaut, colaciona trecho demasiadamente impactante, o qual retrata o cotidiano de muitos juízes:

Nem tempo tinha para espairecer o pensamento nas coisas simples da existência: ir ao cinema, ler um bom livro, conviver com a família e os amigos, fazer uma viagem ou mesmo deixar a mão profissional descansar uns minutos nos cabelos sedosos dos seus dois filhos. A função já era dificilmente suportável porquanto as regras do jogo perturbadas, e os ideais antigos se tornaram distantes. [...] A burocracia não contabiliza as decisões amadurecidas e rectas, mas apenas os processos findos, ainda que neles jazam os mais crassos erros. E ele sentia que essa frustração se insinuava em todas as paredes do seu ser, como salitre⁴⁵¹.

O processo eletrônico, enquanto técnica, impõe racionalização e eficiência e, portanto, adentra ignorando os fins, apenas preocupando-se com os meios. A técnica triunfa, enquanto “processo que se reduz a preparar continuamente os meios, sem nunca se preocupar com uma determinação dos fins”⁴⁵².

Nesse íterim,

Há que se criticar o atual modelo de processo eletrônico por ter sido criado prioritariamente de acordo com os imperativos técnicos, e não necessariamente dos suportes normativos do direito. O sistema deveria partir da lógica de funcionamento do processo e deveria responder aos anseios do usuário, e não dos técnicos⁴⁵³.

⁴⁴⁹ WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito ao trabalho como direito humano e fundamental:** elementos para sua fundamentação e concretização. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 200. Disponível em: <<http://revista.unibrasil.com.br/index.php/retdu/article/view/138/157>>. Acesso em: 07 set. 2015, p. 32-38.

⁴⁵⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Franchising judicial ou de como a magistratura perdeu a dignidade por seu trabalho, vivo?** Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/alexandrerosa.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2015, p. 135.

⁴⁵¹ CUNHA, Paulo Ferreira da. “Zaala” ou “a consciência do juiz”: reflexões de direito & literatura a propósito de um conto de António Arnaut. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 237-253, p. 247.

⁴⁵² HEIDEGGER, Martin. **Língua de tradição e língua técnica**. Tradução Mário Botas. Lisboa: Passagens, 1995, p. 28.

⁴⁵³ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 174.

Importante destacar a crítica de Jacques Ellul em relação à figura do “técnico”, ao afirmar que este estaria mais preocupado com resultados e não fins, e não se sente de modo algum culpado, afinal, sua técnica produz excelentes resultados⁴⁵⁴. Trata-se do totalitarismo da técnica que, conforme já referido no subtítulo anterior, substitui valores tradicionais por considerações preponderantemente econômicas ou utilitaristas, cegas ao humano⁴⁵⁵. No caso, fortalece-se a “coisificação” (objetificação) das relações jurídicas e se deixam de lado as conquistas já auferidas em termos de teoria da decisão.

Ocorre que não apenas o processo eletrônico é desenvolvido alheio às necessidades próprias da formação da decisão judicial, certamente por pessoas que desconhecem o Direito, como também acaba, muitas vezes, modificando o próprio procedimento consolidado. No entanto,

Não consideramos que a via eletrônica seja um tipo de procedimento, mas mesmo assim aceitamos que a via eletrônica possa ser utilizada em todos os procedimentos do CPC (comum e especiais) e também nos dos Juizados Especiais, desde que seja vista como uma técnica que se adeque ao procedimento legislativo, e NUNCA O CONTRÁRIO. É impensável que uma estrutura de debate processual de matriz constitucional fique previda por ajustes tecnológicos que descumprem seus comandos⁴⁵⁶.

É imprescindível, portanto, que o processo eletrônico adeque-se ao procedimento positivado, por maiores problemas que esse apresente, sob pena de uma inaceitável adaptação caso-a-caso do procedimento e, conseqüentemente, excesso de discricionariedade e arbitrariedade judicial. Nesse sentido, importante destacar que a celeridade processual, embora encontre no processo eletrônico um forte aliado diante da supressão dos trâmites administrativo-cartorários e do redirecionamento do recurso humano para atividades intelectuais⁴⁵⁷, o problema da morosidade processual nunca será superado com a manutenção do procedimento ordinário-plenário.

⁴⁵⁴ ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968, p. 399-401.

⁴⁵⁵ ZIMMERMAN, Michael E. **Confronto de Heidegger com a modernidade: Tecnologia, política e arte**. Tradução de João Sousa Ramos. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 363-364.

⁴⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 174.

⁴⁵⁷ TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 359.

Dessa forma, a “virtualização do processo judicial com sua proposta de aceleração do trâmite do procedimento não resolve o problema da morosidade processual, que tem sua origem, a bem da verdade, no rito ordinário-plenário-declaratório”⁴⁵⁸. O novo Código de Processo Civil, da mesma forma, em termos de procedimento, não realiza a revolução que dele era esperada, uma vez que não superou a crise do paradigma da ordinariedade.

Observe-se, nessa tangente, que o novo Código não mais fala em “procedimento ordinário”, termo há muito consolidado, aparentando ter superado a ordinariedade. Em seu lugar está o “procedimento comum”, que abole os procedimentos sumaríssimo e sumário⁴⁵⁹. Ocorre que o procedimento comum não deixou de ser o mesmo procedimento ordinário que se reproduz desde o processo romano do *ordo judiciorum privatorum*, e sempre pressupõe uma obrigação, que é a base de sua fórmula *obligatio + actio + litis contestatio + condemnatio*, e gera a *actio iudicati*⁴⁶⁰.

De fato, analisando o livro VI “da formação, da suspensão e da extinção do processo” (artigos 312 a 317) da parte geral e o livro I “do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença” (artigos 318 a 538), é possível afirmar que não se detecta mudanças substanciais e se perpetua a infeliz imposição da vala comum da ação condenatória a todos os tipos de direitos. O processo permanece, ao fim e ao cabo, preocupado com a segurança e a verdade, dogmas do racionalismo.

Embora se verifique uma salutar diminuição dos recursos, ainda permanece o mito de ter que se percorrer todas as fases (inclusive os recursos) para chegar-se a “decisão correta”. Uma ampla recorribilidade perpetua uma “cultura da desconfiança

⁴⁵⁸ ISAIA, Cristiano Becker; PUERARI, Adriano Farias. **O processo judicial eletrônico e as tradições (inautênticas) processuais**. Revista Direitos Emergentes na sociedade global (REDESG), V. 1, N. 1, 2012, p. 120-144. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/6259/pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015, p. 131.

⁴⁵⁹ Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.

Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

⁴⁶⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 132.

aos juízes de primeiro grau e vã esperança de que os julgadores colegiados, como é da prática da Jurisdição brasileira, tenham potencialidade de atingir a verdade”⁴⁶¹.

Nesse íterim, a legitimidade e a eficácia das decisões de primeiro grau aumentam com a restrição das possibilidades de interposição de recursos, valorizando, conseqüentemente, aquele que é o que mais tem contato com o caso concreto (juiz de primeira instância). O Judiciário deve estar plenamente comprometido com a concretização dos direitos prometidos na Constituição, o que corre riscos

[...] com a hipostasiação do processo de conhecimento sob o rito ordinário, [que] deixou o problema da satisfação dos direitos levados em juízo a um segundo plano, porquanto o que realmente interessa é o respeito ao preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais; da produção probatória exauriente, capaz, ao final, de viabilizar ao juiz o alcance da verdade, sonho racional-iluminista⁴⁶².

É importante inferir que, de maneira nenhuma, se está pregando a abolição dos ritos, pois isso geraria excesso de subjetividade do juiz. O que se procura elucidar é que o rito (e, principalmente, o processo) não pode ser transmudado em método, ao modo da filosofia tradicional, sob pena de perder seu sentido, uma vez que o processo interpretativo não pode ser aprisionado num método. O rito deve ser um auxiliar no processo de compreensão-interpretação-aplicação do direito, uma vez que “o rito indica um conjunto de práticas linguísticas que transferem para campo da previsibilidade um mundo cheio de símbolos, expectativas, experiências que geram a angústia da incerteza”⁴⁶³.

Em outras palavras, rito nada mais é uma prática social que visa dar previsibilidade e sentido para a complexidade da vida. O rito, portanto, deve ser o guia a conduzir o intérprete à compreensão do caso concreto, ou seja, como um “movimento em relação às coisas mesmas [...] essa concepção desestabiliza o

⁴⁶¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 315.

⁴⁶² ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 167.

⁴⁶³ SPENGLER, Fabiana Marion. O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as “dificuldades epidêmicas” do decidir. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117-139, p. 126.

pensamento ocidental que separou sujeito e objeto, trazendo a ideia de que, diante do intérprete, do hermeneuta, a relação sujeito-objeto se dá em circularidade”⁴⁶⁴.

Como está positivado, contudo, está muito longe de ser esse guia. Nos termos já referidos no subtítulo 1.1., o procedimento ordinário, por seu apego excessivo ao rito fase-a-fase, acaba promovendo o afastamento entre o juiz, as partes e o caso concreto. O procedimento ordinário, ademais, em muito tem contribuído para “aliviar” o processo do peso do direito material e da complexidade social, porque, ao afirmar-se como um ramo autônomo, exige que tudo se curve a sua metodologia e a sua técnica⁴⁶⁵.

Considerando um risco ainda maior de afastamento entre o juiz, as partes e o caso concreto, é imprescindível, mais do que nunca, valorizar as provas e o debate judicial. Lembrando que, conforme já referido, o juiz somente se insere na situação hermenêutica do processo, participando deste, ouvindo as partes, enfim, produzindo as provas, sob pena de ser um ser a-histórico. Um maior afastamento, aliado à desmaterialização e à destemporalização promovida pelo virtual, compromete a qualidade dos debates e das provas.

O modo como constituído o processo eletrônico, enquanto uma série de documentos esparsos e vagamente nominados, promove ainda mais a fragmentação do procedimento ordinário fase-a-fase e da produção probatória. Considerando que a compreensão-interpretação-aplicação é incindível, essa conjuntura, em especial a prova digital, põe em risco direto a relação entre juiz-partes e a prova, a qualidade dos debates judiciais e, conseqüentemente, das decisões proferidas. É necessário, portanto, levar a sério as provas produzidas, assim como o debate judicial com as partes, num verdadeiro policentrismo decisional, em prol do exurgir da fase processual da democratização.

Cabe, por fim, perguntar-se em que medida o processo eletrônico não pode vir a tornar-se um ônus a mais no acesso à justiça, uma vez que é preciso levar em consideração o contexto social-histórico-econômico em que está se dando a implementação do processo digital. O Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação (CETIC.BR), na pesquisa “TIC domicílios” de 2013, revela que apenas 51% da população usa a internet, sendo muito menor o

⁴⁶⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 229.

⁴⁶⁵ Ibidem, p.188-189.

percentual dos domicílios com acesso à internet⁴⁶⁶, que, associado ao desconhecimento quanto ao manuseio da tecnologia, é um dado alarmante diante do fato de que a exclusão digital amplia a exclusão social.

Corre-se o risco de um nefasto *apartheid* digital⁴⁶⁷ e de uma elitização do processo, na medida em que os que mais têm necessidade de auxílio do Estado para dirimir seus conflitos se encontram excluídos digitalmente ou marginalizados pela sociedade da informação, de forma que aqueles que possuem acesso à justiça terão maiores condições de se utilizar das vantagens do processo eletrônico⁴⁶⁸. De fato, o processo eletrônico poderá agravar o fosso que existe entre acesso e exclusão, uma vez que os sistemas na sociedade não serão capazes de suportar essa conjuntura mais complexa.

É inimaginável supor que, sem políticas públicas efetivas de inclusão digital, os cartórios judiciais – sem estrutura e pessoal para explicar aos jurisdicionados como se consulta o processo eletrônico - ou as Defensorias Públicas – que em todo país carecem de maiores investimentos públicos e não conseguem nem mesmo atender todos os que batem na sua porta – serão capazes de abraçar esse contingente. É indubitável que grande parcela da população será excluída, assim como acontece com inúmeras outras tecnologias de informação e comunicação.

Conforme já referido anteriormente, há plena ciência de que parte da população será abandonada com a “entrada no Ciber”⁴⁶⁹, mas isso é encarado como simples custo frente aos benefícios das novas tecnologias. O acesso à justiça é um direito constitucional e componente do núcleo da dignidade humana, que somente tem eficácia jurídica quando efetivado em três dimensões: primeiro, sob o ponto de vista jurídico; segundo, respeito ao espaço físico; e, por fim, o acesso à pretensão material e não somente a garantia do direito autônomo de ação⁴⁷⁰. No que tange ao segundo ponto, em especial, é suposto que o processo eletrônico trará retrocesso.

Desvelados os fundamentos e os limites do processo eletrônico, é fato que uma série de inquietações se apresenta. Apontaram-se, por ora, as principais

⁴⁶⁶ Dados retirados do site do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CETIC.BR). Disponível em: <http://www.cetic.br/media/analises/tic-domicilios-2013.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2015.

⁴⁶⁷ Expressão retirada de postagem no blog <<http://www.juslog.com.br/?p=683>>.

⁴⁶⁸ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: a informatização judicial no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 49-51.

⁴⁶⁹ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 30.

⁴⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 325.

preocupações, de modo que é importante aprofundá-las na sequência, para fins de embasar a suposição lançada, no sentido de que o processo eletrônico põe em risco o projeto hermenêutico e o acontecer do Constitucionalismo Contemporâneo.

2.3 O PROCESSO ELETRÔNICO DIANTE DOS TEOREMAS FUNDAMENTAIS HEIDEGGERIANOS (CÍRCULO HERMENÊUTICO E DIFERENÇA ONTOLÓGICA) E AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DO COMPREENDER.

O processo eletrônico, conforme se buscou demonstrar no subtítulo anterior, traz à tona a imprescindibilidade de discutir, de forma mais profunda, a questão do problema do conhecimento no Direito, que não se afasta da complexa questão do acesso do homem ao conhecimento das coisas. Afinal, o Direito e, mais especificamente, a decisão judicial, apresentam íntima e inafastável relação com essa questão filosófica.

O conhecimento no Direito não pode ser produzido independente da filosofia, sob pena de submeter-se somente a uma racionalidade excessivamente formalista e barrar a reflexão crítica. Somente o questionamento próprio da reflexão filosófica será capaz de mudar a forma de compreender (hoje imersa no subjetivismo e no objetivismo) e fornecerá os instrumentos necessários ao conhecimento do sentido da Constituição, dos institutos e instituições do Direito⁴⁷¹.

Conforme já referido, a ruptura paradigmática introduzida por Heidegger (giro linguístico-ontológico) proporcionou alterações radicais na compreensão da totalidade da estrutura do pensamento humano e, com isso, houve o rompimento com os paradigmas objetivos e subjetivos. É, enfim, o reconhecimento de que “as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto não passa(ra)m de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto”⁴⁷².

A ontologia fundamental de matriz heideggeriana traz seus dois teoremas fundamentais: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Pela estrutura circular da compreensão (círculo hermenêutico), a partir da temporalidade da

⁴⁷¹ BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 283-285.

⁴⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 560.

presença, se reconhece a possibilidade de um conhecimento mais originário a partir de uma visão prévia, a partir da coisa ela mesma⁴⁷³. Trata-se do reconhecimento de que o homem possui a estrutura prévia da compreensão, uma estrutura que o possibilita antecipar os sentidos, ou seja, compreender desde já o que se deseja interpretar (explicitação do compreendido)⁴⁷⁴.

Esse “compreender” é um modo de ser e, por isso, não é método, de forma que não faz sentido defender a utilização de método para a interpretação, porque aquele sempre chega tarde em face do reconhecimento do círculo hermenêutico. A metáfora do círculo hermenêutico é introduzida por Heidegger no lugar das metáforas da luz, das teorias da consciência e seus métodos, ou seja,

[...] em lugar da consciência põe-se uma hermenêutica do ser-aí; em lugar da transparência põe-se a inelutabilidade do ser histórico do dado; em lugar da teoria da pura tradição, introduz-se a descoberta da ideia da compreensão do ser-no-mundo, já sempre jogado no mundo e historicamente determinado; em lugar do ideal do pensamento puro da teoria tradicional, a ideia de uma práxis que antecipa toda divisão entre teoria e práxis e faz do conhecimento um modo derivado da constituição ontológica do ser-aí; o nó górdico da teoria tradicional do conhecimento é cortado com a eliminação da ideia de uma justificação ontológica possível⁴⁷⁵.

A diferença ontológica, por sua vez, trata-se do reconhecimento de que o sentido é um existencial do *Daisen*, uma vez que o ser é sempre o ser de um ente, sendo inaceitável que seja concebido como algo que pode ser “colado” sobre o ente e, portanto, impossível as subsunções e as deduções⁴⁷⁶. A interpretação é um constante reprojeter, que perfaz o momento de sentido, mas cuja antecipação só pode ser confirmada “nas coisas”⁴⁷⁷, sendo que

Vamos da representação às coisas mesmas; às coisas mesmas que se dão como “mundo” no horizonte do sentido constituído pela compreensão! Mas isto significava uma revolução no tratamento do conhecimento e que levou

⁴⁷³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 354-355.

⁴⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ainda a questão da discricionariedade positivista**. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 563-564.

⁴⁷⁵ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 32.

⁴⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ainda a questão da discricionariedade positivista**. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 564.

⁴⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 356.

Gadamer a dizer numa fórmula arcaizante: "Ser que pode ser compreendido é linguagem"⁴⁷⁸.

O problema hermenêutico reside na complexidade da tarefa de traduzir linguagem e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido⁴⁷⁹. Assim, "toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da espreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para "as coisas mesmas"⁴⁸⁰. Nesse sentido, é fundamental entender que a

[...] compreensão é sempre efetuada desde um contexto de fundo que sempre permanece parcialmente opaco. A opacidade da situação hermenêutica representa um limite, no duplo sentido de uma restrição e de um contorno que modela a singularidade, o conteúdo e até mesmo a forma da compreensão. Desse modo, a vida compreensiva movimenta-se num tecido de compromissos formados por conjuntos diferenciados e não explícitos de pressuposições práticas e teóricas⁴⁸¹.

A historicidade e a pré-compreensão são próprias da facticidade do homem, de forma que o conhecimento é próprio do homem, enquanto ser-no-mundo; e somente "a língua permite ao homem ser este ser vivente que ele é enquanto homem. É enquanto ser falante que o homem é homem"⁴⁸². Desse modo, a "presença pode, então, descobrir explicitamente o ente que lhe vem ao encontro no mundo circundante, saber algo a seu respeito, dele dispor, *ter* "mundo"⁴⁸³, de modo que

[...] a condição mundanal da existência humana culmina na condição social – converte-se sempre em condição social: o homem existe coexistindo. E daí também a conclusão: não há relação social ou socioabilidade sem o mundo. A relação social postula uma mediação pelo mundo – mediação esta que já se pode pensar ausente ou excluída na relação pessoal, na relação puramente pessoal⁴⁸⁴.

⁴⁷⁸ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre "Ser e Tempo"**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 28.

⁴⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 559.

⁴⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 355.

⁴⁸¹ REIS, Róbson Ramos dos. Historicidade e mudanças relacionais: os limites da compreensão. *In.*: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Espistemologia**: 50 anos de verdade e método. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 61.

⁴⁸² HEIDEGGER, Martin. **Língua de tradição e língua técnica**. Tradução Mário Botas. Lisboa: Passagens, 1995. P. 30.

⁴⁸³ Idem. **Ser e Tempo** – parte I. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 96.

⁴⁸⁴ NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. *In.*: RAMOS, Rui Manuel de Moura;

Essa revolução paradigmática na estrutura do pensamento humano impacta diretamente o Direito, que tem na filosofia condição de possibilidade para um conhecimento efetivo. Relembrando que o Direito é interpretativo, e interpretação é filosofia, sendo esta fundamental para compreender como se interpreta e aplica o Direito⁴⁸⁵. A autonomização científica do Direito em face da filosofia somente foi capaz de aprofundar o abismo entre teoria e prática, de forma que a compreensão do homem “passava a ser derivada de pontos de partida absolutos, evidências definitivas e deduções abstratas, que colocavam de lado a experiência concreta, criando uma racionalidade dogmatizada”⁴⁸⁶.

O conhecimento filosófico é essencial para entender a atividade jurisdicional na atual fase do Constitucionalismo Contemporâneo e de seu projeto hermenêutico, sendo pressuposto que a pré-compreensão de quem julga não foge dessa condição de estar jogado no mundo, o qual deve inserir-se na situação hermenêutica para compreender o que diz e o que pede a singularidade do caso que lhe é submetido a julgamento⁴⁸⁷. Importante, neste ponto, lembrar o que já foi dito sobre a essencialidade da compreensão efetiva do caso concreto submetido à jurisdição e da historicidade do Direito, para a interpretação e a aplicação do Direito.

A tarefa, que ora se apresenta, é perguntar-se acerca das possibilidades de compreensão do julgador no *locus* do processo eletrônico. Para tanto, primeiramente, parte-se da suposição de que a tecnologia mudou o modo como as coisas são compreendidas. O principal desafio à compreensão é o desaparecimento do espaço e do tempo para a reflexão no interior das novas tecnologias, que acarretam uma nova compreensão temporal;

[...] sus recuerdos son perturbados por la temporalidad moderna - la del tiempo newtoniano, la de la novela -, cuyo ritmo pone el ser del protagonista

ALMEIDA, Carlos Ferreira de; SANTOS, António Marques dos; VASCONCELOS, Pedro Pais de; PINHEIRO, Luís de Lima; BRITO, Maria Helena; VICENTE, Dário Moura. **Estudos em homenagem à professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. Coimbra: Almeida, 2002, p. 837-871, p. 843.

⁴⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito**: ainda a questão da discricionariedade positivista. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008, p. 574.

⁴⁸⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. *In*: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 284.

⁴⁸⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 229.

en brutal yuxtaposición con su propia mortalidad. Pero ¿qué pasa con el ser de este protagonista en una era después del tiempo, una era de velocidad, de experiencia de choque (*Chockerlebnis*)? ¿Qué pasa con el ser cuando hay poco tiempo para pensar? ¿Qué sucede cuando la muerte ya no se consigna en el reino de lo otro sino que ocupa el mismo plano inmanente de la tecnología y la cultura profana, en el cual el ser se convierte simplemente en otra terminal de la red, otro ente?⁴⁸⁸

Tal contexto tem uma de suas causas na vertigem da aceleração da realidade, geradora de uma despreocupação (ou até mesmo impossibilidade) com a necessidade de compreender verdadeiramente as coisas, de modo genuíno. Considerando que a circular da compreensão (círculo hermenêutico) dá-se a partir da temporalidade da presença do intérprete e da coisa ela mesma, a detemporalização promovida pela virtualização compromete a compreensão da coisa mesma (caso concreto) no interior do processo eletrônico.

O sequestro da temporalidade pela virtualização do processo, afinal, compromete a temporalidade da presença do intérprete, que facilmente apresentar-se-á como ser a-histórico diante do caso concreto. A objetivização do Direito, a coisificação do homem e a entificação do caso, assim, são consequências lógicas do processo virtual, enquanto técnica. A virtualização gera afastamento, em face do problema real da vida que é levado ao Judiciário, e a tela do computador permite a indiferença, em meio a uma sucessão de processos que se apresentam idênticos na classificação do sistema e de pessoas meramente transformadas nos epítetos autor e réu.

É sabido que os sistemas do Judiciário permitem facilmente a reprodução de modelos de decisão previamente formatados. O processo eletrônico não somente facilitará a automatização desse procedimento como, em determinada medida, irá agravar a perda da alteridade. Na tela do computador, nos processos listados para julgar, certamente tudo parecerá semelhante, e ao juiz será possível decidir sem ao menos saber o nome das partes. A indiferença e a tendência de tornar tudo homogêneo é algo próprio da sociedade excessivamente jogada nas novas tecnologias de informação e de comunicação e que sofreu a totalização da técnica.

⁴⁸⁸ Tradução livre. “suas memórias são perturbados pela temporalidade moderna - a do tempo newtoniano, o romance - cujo ritmo é colocado como o protagonista em brutal justaposição com a sua própria mortalidade. Mas o que passa com o ser deste protagonista na era após o tempo, uma era de velocidade, de experiência de choque (*Chockerlebnis*)? E o que passa com o ser quando há pouco tempo para pensar? O que acontece quando a morte já não está inscrita no reino do outro, mas ocupando o mesmo nível inerente da tecnologia e da cultura secular, no qual o ser torna-se simplesmente outro terminal na rede, outro ente?” (LASH, Scott. **Crítica de la información**. Buenos Aires: Amorrortu, 2005, p. 15).

Torna-se atual a preocupação de Heidegger relativamente ao modo tecnológico de compreender as coisas, tendo em vista que a tecnologia industrial surgiu em resultado do modo unidimensional de compreender o que é “ser” uma coisa, enquanto que, em verdade, o comportamento humano é moldado pela maneira como as coisas se manifestam a si próprias⁴⁸⁹. Afinal,

[...] as actividades humanas não são na sua maior parte auto-referenciais e autogeradoras, mas bem pelo contrário, guiadas e moldadas pela “interacção” histórica da linguagem e dos conceitos, que não está sob controlo humano. Esta interacção conceptual-linguística determina as categorias que moldam as possibilidades de conhecimento, de acção e de crenças humanas, em épocas históricas especificadas⁴⁹⁰.

Conforme Paul Virilio, a humanidade passou, sem o saber, a uma era do sem-sentido, uma história sem pé nem cabeça⁴⁹¹. É possível identificar que o vazio da “idade moderna” e da “sociedade de rebanho”, identificado por Heidegger em meio a uma sociedade alemã do século XVIII, seduzida pelo materialismo e pelo racionalismo pregado pela Revolução Francesa, ainda se mostra presente na sociedade atual. Pensa-se demasiadamente por meio de regras esquemáticas e as pessoas são vistas como átomos em uma sociedade insossa, em meio a uma racionalização promovida pela técnica que é avassaladora.

A ciência vem mergulhando num aventurismo tecnológico que desvirtua a realidade e, ao desviá-la, gera um fenómeno denominado por Paul Virilio de virtualização generalizada⁴⁹², pois é um saber que nega toda realidade prática. Tomam-se suas palavras quando disserta sobre uma máquina capaz de aplicar uma injeção letal no paciente em estado terminal quando este apertasse por duas vezes “sim” num intervalo de nove dias, o autor infere que a virtualização da ação é passível de ilusoriamente transferir a responsabilidade em todas as ações, mas no caso específico comentado “com a eutanásia ativa avançando dissimulada por trás de um procedimento cibernético de morte súbita”⁴⁹³.

Acredita-se que, da mesma forma, a virtualização do processo abrandará a responsabilidade dos juízes frente às suas decisões, aprofundando a ilusão de um

⁴⁸⁹ ZIMMERMAN, Michael E. **Confronto de Heidegger com a modernidade**: Tecnologia, política e arte. Tradução de João Sousa Ramos. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 29.

⁴⁹⁰ Ibidem, p. 28.

⁴⁹¹ VIRILIO, Paul. Tradução Luciano Vieira Machado. **A bomba informática**. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 85-86.

⁴⁹² Ibidem, p. 10.

⁴⁹³ Ibidem, p. 12.

mundo jurídico separado do mundo fático e aproveitando mais eficazmente a fuga da realidade. Algo que é muito perigoso, uma vez que não somente a democracia no Brasil é algo recente como o Constitucionalismo Contemporâneo ainda não “aconteceu”, pondo em risco o que já se conquistou.

Nesse sentido, resta, portanto, inferir que a “presença” no processo eletrônico não é suficiente para a inserção do intérprete-juiz na historicidade do caso concreto, ante o risco do virtual mascarar/confundir/afastar a realidade factual. Principalmente em meio a um grave problema que vem afetando o Direito, que é o perigoso esquecimento de seu caráter original, como produção fundada em uma energia e impulso criador, e do modo autêntico da prática interpretativa no Direito. Nesse sentido, “a actual situação problemática do direito, e do pensamento jurídico, justifica que recuemos e perguntarmo-nos radicalmente sobre o sentido do próprio direito”⁴⁹⁴.

É necessária a consolidação de um modo autêntico de trabalho (o trabalho jurisdicional vivo) e de produzir, que privilegie o “deixar-ser” das coisas ao resgatar a dimensão hermenêutica do Direito, uma vez que na era tecnológica as coisas têm sido produzidas sem significado, por meio de um modo de produzir mecânico e alienante. Assumir a dimensão hermenêutica do Direito significa resgatar o mundo prático (facticidade), encoberto pelo positivismo e pelos valores do perfil liberal de Estado⁴⁹⁵, e impedir que o fosso entre teoria e prática seja ainda mais aprofundado, agora pela virtualização.

No que tange especificamente à questão da teoria da decisão, trata-se de não perder as conquistas já alcançadas com o redimensionamento da teoria do Direito, ou seja, normatividade dos princípios, reconfiguração da teoria da interpretação e força normativa da Constituição. Cumpre esclarecer que a teoria não depende se o processo é eletrônico ou não, a inquietação é em relação ao acontecer da teoria na prática. A relação entre tecnologia e aceleração da realidade e a ampliação da pressão sobre os juizes é passível de comprometer a descoberta autêntica do Direito.

⁴⁹⁴ NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. *In.*: RAMOS, Rui Manuel de Moura; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; SANTOS, António Marques dos; VASCONCELOS, Pedro Pais de; PINHEIRO, Luís de Lima; BRITO, Maria Helena; VICENTE, Dário Moura. **Estudos em homenagem à professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. Coimbra: Almeida, 2002, p. 837-871, p. 837.

⁴⁹⁵ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

Afinal, o respeito pela unicidade do caso concreto (diretamente relacionada com a unicidade do ser humano) e ao *applicatio* não são compatíveis com a pressão por desempenhos-limites ou com a abstração das novas tecnologias. O juiz-intérprete deve tomar contato com o caso concreto, mas, mais especificamente, com as pessoas envolvidas, pois não se pode descurar de que o Direito serve para resolver conflitos que envolvem humanos, uma vez que a “existência humana no mesmo mundo é elementarmente uma existência de inter-subjetividade [...] a condição mundanal da existência humana culmina na condição social – converte-se sempre em condição social: o homem existe coexistindo”⁴⁹⁶.

Nesse sentido, importante tecer algumas considerações a respeito da chamada aceleração social, denunciada por Harmut Rosa. Segundo o autor, uma característica universal da modernidade é a aceleração da vida, da cultura e da história, ou, mais propriamente, de praticamente tudo, amor, política, trabalho, entretenimento⁴⁹⁷. A aceleração do ritmo da vida (essa sensação crescente de que o tempo tem passado mais rápido), mais propriamente, tem como uma das causas a aceleração tecnológica, em que pese *prima facie* pudesse pensar-se que o desenvolvimento tecnológico, ao diminuir o tempo necessário para realizar algumas atividades cotidianas, resultaria em um frear do ritmo da vida⁴⁹⁸.

Assim, Hannah Arendt entende que

Os homens vivem agora num total global e contínuo, no qual a noção de distância, inerente até mesmo à mais perfeita contiguidade de dois pontos, cedeu ante a furiosa arremetida da velocidade. A velocidade conquistou o espaço; e, ainda que este processo de conquista encontre seu limite na barreira inexpugnável da presença simultânea do mesmo corpo em dois lugares diferentes, eliminou a importância da distância, pois nenhuma parcela significativa da vida humana – anos, meses ou mesmo semanas – é agora necessária para que se atinja qualquer ponto da Terra⁴⁹⁹.

As pessoas sentem, exponencialmente, a forte pressão do tempo ou, melhor, da falta de tempo, em meio a uma hostil resolução digital e o processo de

⁴⁹⁶ NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. *In.*: RAMOS, Rui Manuel de Moura; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; SANTOS, António Marques dos; VASCONCELOS, Pedro Pais de; PINHEIRO, Luís de Lima; BRITO, Maria Helena; VICENTE, Dário Moura. **Estudos em homenagem à professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. Coimbra: Almeida, 2002, p. 837-871 p. 843.

⁴⁹⁷ ROSA, Harmut. Aceleración social: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada. **Revista Persona y Sociedad**, vol. XXV, nº 1, p. 9-49, 2011, p. 9-11.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁹⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 262.

globalização, que constituem uma nova onda da aceleração social⁵⁰⁰. Em última análise, é possível identificar uma quase imposição na sociedade moderna de assumir um ritmo frenético de vida, comprimindo as ações – por exemplo, em geral, as pessoas têm dormido menos horas por noite – e fazendo várias coisas ao mesmo tempo, que apresenta (nefastos) efeitos sobre a realidade social.

O Poder Judiciário tem sofrido os impactos dessa aceleração, “em nome de resultados em menor tempo, há que ser reconhecido que não é ator isolado, pois é conduta praticada no âmbito maior de um regime espaço-temporal que domina as sociedades contemporâneas”⁵⁰¹, conseqüentemente, o processo tornou-se permeável pela lógica da quantificação. O modelo de jurisdição que se forma, em muito, interessa ao neoliberalismo, tendo em vista que o “direito, submetido ao princípio da otimização global dos resultados que teria o seu critério na *cost-benefit-analysis* e não em axiológicas valorações da “justiça”, só teria sentido na perspectiva da eficiência econômica”⁵⁰².

Importante referir que Dierle Nunes, em meio à explicitação do surgimento do modelo processual da socialização do processo, acaba relatando um fator histórico que influenciou a incessante busca por produtividade e rentabilidade no Judiciário, quais sejam, as pressões do empresariado e do mercado por uma jurisdição célere e não correta⁵⁰³. Sob essa perspectiva de eficiência, o juiz foi transmutado em agente de alta *performance*, submetido ao cumprimento de metas e programas, em geral, impostos pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão que deveria estar preocupado em primeiro lugar com a qualidade das decisões judiciais prolatadas, não com a consecução de determinados patamares numéricos abstratos.

Cumpre ressaltar que o juiz da alta *performance*, ao mesmo tempo em que é submetido a uma maior cobrança, enfrenta uma explosão processual em meio a uma crise de Estado e o desencantamento da população com as promessas constitucionais. O exemplo por excelência, voltando à questão da judicialização da política e da efetivação de direitos sociais pelo Poder Judiciário, é a questão da

⁵⁰⁰ ROSA, Harmut. Aceleración social: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada. **Revista Persona y Sociedad**, vol. XXV, nº 1, p. 9-49, 2011, p. 19.

⁵⁰¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Daumier, os tempos e os espaços da justiça no Século XXI**. 29 set. 2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/09/29/daumier-os-tempos-e-os-espacos-da-justica-seculo-xxi/>. Acesso em: 06 jul. 2015, s.p..

⁵⁰² NEVES, António Castanheira. **Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Pontos de Vista, 2002, p. 45.

⁵⁰³ NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 85.

judicialização da saúde. Frente à negativa do fornecimento de medicamentos e de tratamento por parte do Poder Público, os cidadãos buscam na jurisdição a realização de seus direitos constitucionais, e acumulando-se diariamente mais e mais das chamadas ações declaratórias cumuladas com condenatórias em obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada nos cartórios judiciais.

A providência obrigatória, nesse cenário, seria um maior investimento em aparelhamento pessoal e material, o que, lamentavelmente, não vem tendo espaço nas políticas estatais. Agrava-se a chamada crise estrutural, uma das facetas da crise da jurisdição, conforme aponta Adalberto Hommerding, revelando uma clara impossibilidade física e temporal de satisfatoriamente prestar a jurisdição na velocidade imposta pela aceleração social⁵⁰⁴.

De fato, são inúmeros os relatórios que os juízes têm que preencher, por ordem do Conselho Nacional de Justiça, sob uma pretensa avaliação que não tem critérios públicos, em nome da “Boa Governança”⁵⁰⁵. As atividades dos magistrados, cada vez mais, são regidas por fichas técnicas e protocolos do CNJ, onde só ganha “bônus” aquele que joga as regras do jogo, o que transforma a atividade jurisdicional, conforme ironiza Alexandre Rosa, em uma verdadeira atividade de “franqueado jurisdicional”⁵⁰⁶. Mesmo que se reconheça a necessidade de algum tipo de controle/avaliação, este não pode se dar a ponto de uma pressão desmedida e inconsequente por resultados.

Ademais,

[...] a preocupação se potencializa quando se vislumbra que os *repeat players* (litigantes habituais), ao perceberem a tendência de fortalecimento do uso do direito jurisprudencial, articulam-se com finalidade de promoção de uma litigância estratégica perante os Tribunais (especialmente superiores) mediante o uso dos recursos (extraordinário e especial) e/ou dos *amicus curiae* com nítido intuito de forjar entendimentos-padrão passíveis de atender a seus interesses⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 100.

⁵⁰⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Franchising judicial ou de como a magistratura perdeu a dignidade por seu trabalho, vivo?** Disponível em:

<http://www.abdconst.com.br/revista3/alexandrerosa.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2015, p. 133.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 134.

⁵⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 301.

Por tal motivo, questiona-se se um sistema de justiça mais voltado para a “elevação da produtividade e para a redução do tempo dos processos e menos para a qualidade do conteúdo de suas decisões, não corre o risco de reduzir-se a ser uma justiça apenas do fluxo, da normalização”⁵⁰⁸. Com efeito, um resultado evidente de toda a pressão é a “homogeneização” das decisões, voluntariamente ou de modo forçado (Súmulas, Reclamações, Recusa recusal, etc.), com a transformação dos antigos juízes em meros gestores de unidades jurisdicionais⁵⁰⁹. O juiz resta transformado em um técnico e burocrata, à semelhança do padrão de justiça que exigia que o juiz se limitasse a aplicar a lei.

Nesse ínterim, “a pressa crescente é um sintoma da transmutação do mundo em números”⁵¹⁰. No entanto, não é possível esquecer que o tempo do processo jamais será o do instante, sendo impossível coincidir o “tempo judiciário” com o “tempo da economia” e o “tempo da política”⁵¹¹, ou mesmo o tempo da sociedade, comprimida pela aceleração social. A preocupação com a eficiência não pode sobrepujar-se ao conteúdo e a materialidade das ações, sob pena de o Direito perder sua legitimidade e sua autonomia, sendo transposto por soluções políticas e sociais consideradas mais adequadas, de modo que

Há que se buscar a inventividade do direito, não a partir um abstracionismo, mas sim a partir de uma inventividade substancialista do direito e do processo, visto que, se a normatividade só pode ser determinada realizando-se, faz-se necessária uma compreensão prática e não simplesmente uma compreensão dogmática ou lógica dessa normatividade. O resultado desta releitura será a abertura de espaço para um novo cenário, para um novo paradigma hermenêutico ou, quiçá, para a libertação do direito dos grilhões paradigmáticos, reconhecendo que o direito nasce do fato e não da lei, mas quem faz o parto não é o juiz solipsista, mas antes a Constituição. É preciso, no entanto, que estejamos dispostos a assumir o peso dessa escolha, suspendendo alguns prejuízos e desconfiando de algumas obviedades que se costumam reproduzir sem uma reflexão mais profunda. É preciso saber *sustentar* o peso das escolhas⁵¹².

⁵⁰⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Daumier, os tempos e os espaços da justiça no Século XXI**. 29 set. 2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/09/29/daumier-os-tempos-e-os-espacos-da-justica-seculo-xxi/>. Acesso em: 06 jul. 2015, s.p.

⁵⁰⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Franchising judicial ou de como a magistratura perdeu a dignidade por seu trabalho, vivo?** Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/alexandrerosa.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2015, p. 134.

⁵¹⁰ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 83.

⁵¹¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 258.

⁵¹² ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.

Nesse percurso, é necessário levantar a questão de que, no processo eletrônico, toda presença vira telepresença (presença à distância). O processo está telepresente 24 horas por dia, 7 dias por semana, conforme positivado no artigo 213, do CPC⁵¹³. Por óbvio, o processo eletrônico incorpora a aceleração e passa a impor o ritmo frenético da vida moderna na prática jurídica.

O horizonte artificial da tela de computador, ademais, repercute na perda despercebida da noção de espaço e de tempo. É uma realidade a ameaça de que o caso concreto torne-se ainda mais “abstrato” nesse *locus*, aprofundando a síndrome do processo de lidar com o Direito por meio de generalidades e de abstrações, perdendo-se as conquistas do Constitucionalismo Contemporâneo e da revolução paradigmática na filosofia.

Ademais, segundo Scott Lash, as redes são por definição descontínuas e não lineares, dificultando uma comunicação e um saber linear e contínuo; trata-se de um saber cujo *ethos* não é discursivo e sim informacional, e a vida já não é uma questão de sistemas orgânicos, mas de sistemas tecnológicos⁵¹⁴. Tal descontinuidade e tal abstração das redes podem, e muito, dificultar a inserção do julgador na historicidade do caso concreto, uma vez que tomará contato com o caso somente por meio de uma série de documentos dispersos na tela do computador.

Abrir ou não abrir um desses arquivos poderá afetar definitivamente a compreensão do caso a ser julgado e, conseqüentemente, a decisão judicial. Aceitar que o processo judicial possa ter várias alternativas possíveis seria o mesmo que possibilitar ao julgador deixar de aceitar a responsabilidade por suas escolhas. O juiz é constantemente chamado a fazer escolhas que podem alterar radicalmente o curso do processo e não pode eximir-se dessa responsabilidade, tampouco descurar que é seu dever estabelecer a resposta correta. Ao fim e ao cabo, tudo depende do juiz, o destino das vidas dos envolvidos pousa sobre os ombros do juiz, que, mesmo sob premente pressão, não pode se ver seduzido pelas pautas gerais em detrimento da descoberta autêntica do Direito.

⁵¹³ Art. 213. A prática eletrônica de ato processual pode ocorrer em qualquer horário até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia do prazo.

Parágrafo único. O horário vigente no juízo perante o qual o ato deve ser praticado será considerado para fins de atendimento do prazo.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

⁵¹⁴ LASH, Scott. **Crítica de La Información**. Buenos Aires: Amorrortu, 2005, p. 18.

O círculo hermenêutico e a diferença ontológica restam profundamente alterados no âmbito do processo eletrônico. Enfim, o caso concreto resta ainda mais abstrato, ou seja, entificado, perdendo-se a compreensão de que o ente não existe sem o seu sentido e facilitando as reproduções de sentido. Enquanto isso, ainda a objetivização do Direito e a coisificação do homem são facilitadas, pelo afastamento promovido pela virtualização.

O processo eletrônico não será capaz de satisfazer o que há muito a doutrina processual aponta como uma necessidade premente, que seria uma maior interligação entre direito material-constitucional e processual. Enfim, “a divisão entre mundo do direito material e do direito processual, como se fossem instâncias absolutamente separadas e o processo não tivesse nenhum compromisso ético, social e político em ser efetivo, tendo em vista o direito material envolvido”⁵¹⁵, em muito prejudica os direitos e perpetra o encobrimento da finalidade da jurisdição. Não existe um mundo do direito material e um mundo do direito processual, fato que poderá ser ainda mais encoberto pelo meio eletrônico.

A visão do direito processual como uma ciência autônoma começou a ser amadurecida a partir do conceito de relação judicial processual, cunhada por Oskar Von Bülow, que nada mais fez do que confirmar a tendência do direito processual para a abstração e a generalidade⁵¹⁶. Ocorre que

[...] a espécie de conhecimento fundada na ideia de *ser-no-mundo*, enquanto *ser-em* ligado à ideia de abertura, faz o *habitus dogmaticus* do processualista ser repensado para que seja reconhecida a importância do direito material na vida do processo e para as ações (e as sentenças de procedência) deixarem de ser tratadas de maneira uniforme, já que é justamente o que as particulariza que faz brotar a individualidade⁵¹⁷.

O afastamento entre procedimento e substância repercute na perda da importância das relações que ocorrem no mundo da vida, que só se tornariam relevantes se o juiz assim as considerasse. O grande vilão da abstração demasiada da ação processual é o procedimento ordinário, o qual se mantém hígido no

⁵¹⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 364.

⁵¹⁶ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 121.

⁵¹⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 364.

processo eletrônico. Combinada a abstração do procedimento e a desmaterialização promovida pela virtualização do processo, o abismo entre mundo fático (caso concreto) e mundo jurídico corre risco de tornar-se irreversível, tornando prejudicada a inserção do juiz-intérprete na situação hermenêutica.

Feitas essas considerações, é importante alertar que a alucinante busca de tornar tudo eletrônico, assim como a crescente tendência à abstração e generalidade do processo ao ser transferido ao *locus* eletrônico, vêm tornando propício falar-se na possibilidade do processo eletrônico vir a ser automatizado, substituindo o homem-juiz pela máquina. A substituição integral do juiz seria mais um passo, dentro tantos outros que o homem já traçou em outras áreas, na nefasta corrida às performances técnicas. Trata-se do emprego de técnicas de inteligência artificial na solução de problemas jurídicos:

Alcançada a etapa da informática de gestão, a etapa seguinte será a utilização de ferramentas da chamada informática decisória. Esta é uma disciplina que investiga como os sistemas computacionais podem auxiliar o processo de tomada de decisão e, em alguns casos, até tomar decisões de maneira autônoma. Neste terceiro grau de informatização, os sistemas jurídicos são ditos inteligentes, pois, em certo sentido, podem simular, imitar a inteligência humana e, através deste processo, decidir e alcançar uma resposta para certas questões. [...] Por meio de uma técnica de programação denominada redes neurais, é possível “ensinar” um computador para que proponha penas para alguns crimes a partir de certos padrões. Uma vez que o programa “aprendeu” a julgar, poderá, para casos semelhantes, empregar os mesmos padrões de julgamento. [...] Outra pesquisa que está atualmente sendo desenvolvida dentro do grupo é a simulação de um “conciliador virtual”. Um conciliador humano poderá treinar uma rede neural para propor soluções para demandas judiciais simples; uma vez que a rede aprendeu quais os parâmetros das conciliações, pode, de maneira autônoma, gerar propostas conciliatórias de maneira automática

⁵¹⁸

Edgar Morin afirma que o futuro é imprevisível, mas, examinando o caminho dos processos atuais, prevê três grandes eventualidades: o advento de uma sociedade-mundo, o advento das metamáquinas e o advento de uma meta-humanidade⁵¹⁹. No que tange ao advento das metamáquinas, é importante notar que a história das máquinas é de sua crescente autonomia, de modo que uma das

⁵¹⁸ SERBENA, Cesar Antonio. **A próxima geração do processo eletrônico**. 14 jun. 2012. Disponível em:

<<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/a-proxima-geracao-do-processo-eletronico-2qpr9v9c6yy3iqk0xm3j7rnm6>>. Acesso em: 29 set. 2015.

⁵¹⁹ MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. Tradução Juremir Machado da Silva. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. P. 244.

possibilidades é o desenvolvimento da inteligência artificial⁵²⁰. Já estariam em estudo a construção de programas que se assemelhem ao cérebro humano, mas sejam superiores a ele devido a superioridade no poder de cálculo. Nesse percurso, é importante salientar que “não se pode mais separar a WEB da evolução técnica que visa a substituir, nos próximos dez anos, a totalidade da informação analógica pela digitalização geral dos suportes de conhecimento”⁵²¹.

O automatismo, visto por muitos como “último sucedâneo que o progresso tecnológico oferece aos atos falhos de um conjunto social decididamente imaturo”⁵²², que não necessita de intervenções humanas, pode ocasionar um quadro perigoso de inconseqüências e irresponsabilidade generalizada. Se antes era possível jogar a responsabilidade sobre a lei e hoje é possível jogar a culpa em uma pretensa “uniformização da jurisprudência” e nas “pautas gerais”, no futuro, será possível colocar a culpa na informática decisória. É possível que a humanidade esteja a alguns passos do que Paul Virilio chama de consagrar-se uma sociedade deliberadamente imatura e de uma imbecilidade altamente tecnológica⁵²³.

A mitologia grega - como, por exemplo, o mito de Prometeu, o qual possibilitou ao homem ter o domínio de uma técnica que, até então, era privilégio apenas dos deuses - já tratava da obsessão do homem por superar suas deficiências naturais. Com efeito, é característico do ser humano intentar dominar sua própria impotência pelo uso das tecnologias, o sonho da realização total e do conhecimento humano infinito, de forma que é realmente algo tentador um computador que decida, auxiliando na tarefa sobre-humana de lidar com uma invencível demanda de processos. Assim, “o futuro admite, portanto, a possibilidade crescente de introdução dos atributos do ser vivo nas máquinas (ou seja, a auto-organização e autoprodução), de introdução dos atributos da inteligência humana na inteligência artificial”⁵²⁴.

No que tange à temática, trata-se de ver nessa informática decisória a possibilidade de superação dos limites do conhecimento humano e, por óbvio, o domínio do tempo. Ocorre que essa busca da simbiose total entre o humano e a

⁵²⁰ MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. Tradução Juremir Machado da Silva. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 245.

⁵²¹ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 108.

⁵²² Ibidem, p. 99.

⁵²³ Ibidem, p. 94-100.

⁵²⁴ MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. Tradução Juremir Machado da Silva. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 246.

tecnologia, não pode descurar de que a “justiça não é uma máquina formal, rigorosa e rigorista (ou não o deveria ser: e na verdade nunca é mesmo...) em que, uma vez introduzidos os dados de um lado, do outro sairá uma sentença única, como na ficção de Giovanni Papini”⁵²⁵. É importante, no ponto, lembrar a considerações feitas no subtítulo 2.1. em relação à técnica, uma vez que se trata de mais uma demonstração da avassaladora totalização da técnica.

Compreender, ademais, é uma característica apenas do humano, e a hermenêutica é o único caminho para essa compreensão, porque é condição de possibilidade para a compreensão das complexidades. Não se pode trocar a apreciação humana na oportunidade de decidir, a racionalidade humana é insubstituível. Somente o homem-intérprete pode atingir a compreensão do mundo, enquanto sujeito transcendental, a partir da interação empírica com as demais pessoas em sociedade (intersubjetividade).

Como aponta Michael Zimmerman, Heidegger demonstrou que “a estrutura transcendental da existência humana não podia nunca ser reduzida, ou compreendida, em termos de princípios de ciência natural. A existência humana, ensina ele, não pode ser objectivada”⁵²⁶. Dessa forma

Somos (aparentemente) os únicos seres vivos, na terra, que dispõem de um aparelho neurocerebral hipercomplexo, e os únicos que dispõem de uma linguagem de dupla articulação para comunicar-se, de indivíduo a indivíduo. Os únicos que dispõem da consciência⁵²⁷.

A possibilidade de decisão é um traço definidor da existência humana, o ser humano é o único agente capaz de perceber e refletir sobre o mundo ao seu redor. Segundo Heidegger, o homem é o único ser capaz de dar sentido, uma vez que “conhecer é um modo de ser da presença enquanto ser-no-mundo, isto é, que o conhecer tem seu fundamento ôntico nesta constituição ontológica”⁵²⁸, ou seja, “o conhecer em si mesmo se funda previamente num já-ser-junto-ao-mundo, no qual o

⁵²⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. “Zaala” ou “a consciência do juiz”: reflexões de direito & literatura a propósito de um conto de António Arnaut. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 237-253, p. 253.

⁵²⁶ ZIMMERMAN, Michael E. **Confronto de Heidegger com a modernidade: Tecnologia, política e arte**. Tradução de João Sousa Ramos. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 65.

⁵²⁷ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**. Tradução Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil LTDA, 2003, p. 36.

⁵²⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – Parte I. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. P. 100.

ser da pre-sença se constitui de modo essencial. Mas esse já-ser-junto-a não é, de início, apenas observar algo simplesmente dado”⁵²⁹.

É necessário demorar-se junto, interpelar, discutir, nas palavras de Heidegger, o algo como algo; o modo de ser-no-mundo não pode ser interpretado como um processo, sob pena de criar-se apenas representações de alguma coisa, as quais se conservam “dentro” e somente a partir daí se busca “concordá-las” com a realidade⁵³⁰. Assim, conclui-se que

[...] a pre-sença já está sempre “fora”, junto a um ente que lhe vem ao encontro no mundo já descoberto. E o deter-se determinante junto ao ente a ser conhecido não é uma espécie de abandono da esfera interna. De forma alguma. Nesse “estar fora”, junto ao objeto, a pre-sença está “dentro”, num sentido que deve ser entendido corretamente, ou seja, é ela mesma que, como ser-no-mundo, conhece. [...] Quando, em sua atividade de conhecer, a pre-sença percebe, conserva e mantém, ela, *como pre-sença, permanece fora*. [...] [Conhecer] é um modo da pre-sença fundado no ser-no-mundo. É por isso também que, como constituição fundamental, o ser-no-mundo requer uma interpretação *preliminar*⁵³¹.

Cumprir questionar se o que o futuro reserva é a plena integração entre homem e máquina; afinal, é importante lembrar que a “ideia do “homem de aço” continua a ter vasta aceitação apelativa: recorde-se, por exemplo, filmes recentes como *Robocop* e *O Exterminador*, que descrevem “super-homens cujo interior mecânico está instalado em carne macia”⁵³². Será que o mito do juiz-deus tornar-se-á enfim verdade? O progresso da técnica ruma nesse sentido.

Em última análise, trata-se de admitir os desafios da tomada de decisões e os problemas da hermenêutica, enquanto caminho para se chegar à compreensão-interpretação-aplicação do direito ao caso concreto, que advém do *locus* eletrônico, e com ele os perigos da destemporalização, da desmaterialização e da desumanização. É possível dizer que condições de possibilidade do compreender, e assim o acontecer de uma teoria da decisão do Constitucionalismo Contemporâneo com viés nitidamente hermenêutico, corre verdadeiro risco de morte. Aprofundar essa constatação será o objetivo do subtítulo que segue.

⁵²⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – Parte I. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 100.

⁵³⁰ Ibidem, p. 100-101.

⁵³¹ Ibidem, p. 101.

⁵³² VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999. P. 112.

2.4 AS AMEAÇAS À TEORIA DA DECIDIBILIDADE DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: A DESMATERIALIZAÇÃO E A DESUMANIZAÇÃO DO PROCESSO E OS PROBLEMAS PARA A DECISÃO E PARA OS DIREITOS

Inaugurar o último subtítulo da presente dissertação merece trazer a lume a indagação feita por Jânia Saldanha “não teria esse sujeito moderno – o individualismo possessivo – sido reduzido a uma coisa consumível e a sociedade de consumo contemporânea não seria a versão atual desse canibalismo, que além de reduzir corpos, reduz cabeças e mentes”?⁵³³, em referência as cenas dos canibais no livro “Robinson Crusoe” de Daniel Defoe. Um dos livros que melhor retrata a sociedade atual é “A festa da insignificância”, de Milan Kundera, que descreve personagens fascinados pelo seu próprio umbigo, sem conteúdo e sem objetivos, com acontecimentos e vidas que passam sem deixar nenhum resquício significativo.

É o desânimo com a modernidade, marca constante na obra de Kundera. Há muito que quase tudo acaba sendo mecanizado e transformado em quantidade suscetível de cálculo, retirando a substância “vida” contida nas pessoas e nas coisas, gerando uma conseqüente industrialização da vida. Nesse contexto, a sociedade moderna

[...] transformou-se numa sôfrega máquina de calcular que envenena o ambiente e nos força a ver tudo mecanicamente: “As pessoas já não vêem uma queda de água, sem transformá-la num pensamento que representa uma central elétrica. As pessoas não vêem o campo cheio de rebanhos a pastar, sem pensarem em avaliar na reserva de carne que representam, nenhum maravilhoso trabalho manual de um habitante nativo, sem o desejo de substituí-lo por um método técnico moderno de produzir o mesmo”⁵³⁴.

Segundo alerta Mireille Delmas-Marty⁵³⁵, há quem enfatize que a tecnologização, inclusive do próprio homem com a biotecnologia, equivale a uma redução da possibilidade e da diversidade, gerando uma incapacidade de mutação (emancipação) e o grave risco de desumanização. Ainda infere que os benefícios do homem “radicalmente transformado pela tecnologia” que se publiciza – como

⁵³³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Robinson Crusoe: Um mito despedaçado quando o sujeito torna-se mercadoria? *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 12.

⁵³⁴ SPENGLER, Oswald. *The Decline of the West*. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1928. *apud*. ZIMMERMAN, Michael E. **Confronto de Heidegger com a modernidade: Tecnologia, política e arte**. Tradução de João Sousa Ramos. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. P. 77.

⁵³⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Résister, responsabiliser, anticiper**: ou comment humaniser la mondialisation. Paris: Seuil, 2013, p. 50.

rejuvenescimento, aumento da inteligência, abolição do sofrimento, exploração do universo, enfim, as amplas liberdades de escolha como para as possibilidades de melhoria individual humana – em verdade, está colmatado pela desmaterialização e desumanização provocada pelo ciberespaço e as tecnologias virtuais.

O homem perde a sua individualidade e se torna tecnicizado, devido à orientação da técnica no sentido de adaptar o homem à máquina, e a massificação do homem contribui para o desaparecimento do que pode ser considerado um tipo normal de humanidade⁵³⁶. É homem-máquina⁵³⁷, perfeitamente integrado ao sistema da técnica e racionalizado, dominado pela técnica sem perceber devido ao fenômeno da alienação, resultado da técnica, que impede a emancipação:

Essa aproximação entre homem e máquina, contudo, propalada pelos teóricos da cibernética, nada mais fez do que, primeiro, alavancar o que veio a constituir-se depois de modo sub-reptício e totalitário: a Internet, mundo virtual que horizontaliza todas as relações, forma uma unidade múltipla e constrói um infinito de singularidades, cuja consequência mais severa é a perda da estima de si, uma vez que o indivíduo é reduzido à sincronização da sua consciência com a dos outros (DUFOUR, 2008, p. 90). Em segundo lugar, o surgimento do “ser informacional” ou do “sujeito informacional” ignora o quanto nisso está agregada uma alta dose de desconsideração com o que é essencialmente humano e desconsidera que a evolução da técnica deve estar sincronizada com os direitos humanos⁵³⁸.

Peréz Luño vai falar no homem-cibernético, que aceita o cotidiano completo de aparatos técnicos, e se encontra estabelecido, funcionalizado, institucionalizado, estruturado, que já deixou de ser um homem⁵³⁹. Na época técnica o homem é reduzido a sua composição animal, funcionário da técnica, sendo concentrado ou distribuído conforme as exigências desta⁵⁴⁰.

Surge uma “nova individualidade – forte -, isto é, coletivizada e dessujeitada, centrada na adaptabilidade plena dos indivíduos às redes midiáticas e comerciais

⁵³⁶ ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968, p. 416.

⁵³⁷ Ibidem, p. 425.

⁵³⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação**: Um “sexto continente” de liberdade perfeita ou controle perfeito? Revista Direitos Emergentes na sociedade global (REDESG), V. 1, N. 1, 2012, p. 173-219. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/6259/pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015, p. 180.

⁵³⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Internet e lós derechos humanos. In: **Anuário Derecho y conocimiento**. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Vol. 2, 2002, p. 101-102. Disponível em: <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A05.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014, p. 117.

⁵⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. **Língua de tradição e língua técnica**. Tradução Mário Botas. Lisboa: Passagens, 1995, p. 49-50.

que rompe inexoravelmente com a herança humanista⁵⁴¹. O comportamento adaptativo é próprio da técnica, e, em prol da homogeneização, as “diversidades entre os homens, culturais, nacionais, técnicas ou outras, já não têm valor são forçosamente uniformizadas pelo serviço da técnica”⁵⁴². Assim, Heidegger questiona se a cultura técnica, por conseguinte a própria técnica, contribui para a cultura humana ou, pelo contrário, a ameaça e a arruína. Ao que tudo indica, trata-se da segunda hipótese, que acontece cada vez de forma mais imperceptível.

O consumo compensa e disfarça a desumanização pela qual o homem tem passado, funcionando como espécie de publicidade de que fala Ellul⁵⁴³. A sociedade de consumo trata-se de uma emancipação da própria atividade laborativa, que faz com que tudo que não seja necessário seja classificado como lazer, inclusive a arte, de modo que o trabalho adquira íntima relação com a própria necessidade do consumo⁵⁴⁴. Giorgio Agamben vai dizer que, ao discorrer sobre o lugar do homem na modernidade:

No momento em que, na modernidade, toda atividade humana é reduzida à esfera da práxis, perde-se uma distinção central do pensamento grego, que entende *poiesis* e práxis como dois gêneros distintos: a finalidade da *poiesis* é produzir algo diferente da própria produção; a finalidade da práxis é ela própria, já que ela não cria algo para além de si mesma⁵⁴⁵.

O perigo que essa sociedade moderna, “deslumbrada ante a abundância de sua crescente fertilidade e presa ao suave funcionamento de um processo interminável, já não seria capaz de reconhecer a sua própria futilidade – a futilidade de uma vida que não se fixa nem se realiza em coisa alguma”⁵⁴⁶. É a sociedade fascinada pelo seu próprio umbigo, carente de significação.

⁵⁴¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação**: Um “sexto continente” de liberdade perfeita ou controle perfeito? Revista Direitos Emergentes na sociedade global (REDESG), V. 1, N. 1, 2012, p. 173-219. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/6259/pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015, p. 201.

⁵⁴² HEIDEGGER, Martin. **Língua de tradição e língua técnica**. Tradução Mário Botas. Lisboa: Passagens, 1995, p. 50.

⁵⁴³ ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968, p. 422.

⁵⁴⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 138-147.

⁵⁴⁵ AGAMBEN, Giorgio. **O homem sem conteúdo**. Tradução Cláudio Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013, p. 10-11.

⁵⁴⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 148.

Nesse sentido, importante trazer algumas constatações de Scott Lash em relação à chamada sociedade atual. Segundo o autor, a sociedade industrial tinha como consequência poder como exploração, enquanto a sociedade da informação depende do poder como exclusão⁵⁴⁷. Trata-se da exclusão digital, que acentua a exclusão social, já denunciada anteriormente em passagem de Paul Virilio. Não somente corre-se o risco de um nefasto *apartheid* digital⁵⁴⁸ e de uma elitização do processo, como consequência do advento do processo eletrônico, conforme já referido, como é premente de um agravamento da despersonalização do tratamento do processo e de entificação do caso, devido ao afastamento agravado pela virtualização.

Lembra-se que a jurisdição processual continua a tratar e resolver conflitos como se estes fossem travados entre sujeitos iguais, indo de encontro ao movimento constitucional contemporâneo⁵⁴⁹, assim como de encontro à própria realidade social que não se apresenta dessa forma. A par disso, a cultura global da informação foca sua atenção em uma nova autonomia dos objetos, afastando-se dos sujeitos, os quais já perderam o controle sobre o movimento das redes globais em meio a novas relações de produção e comunicação cada vez mais desorganizadas⁵⁵⁰. A despersonalização gera desumanização.

Fala-se muito em desterritorialização, e, no Direito, desconstitucionalização, onde “a própria Constituição tem sido vista (por alguns) como um entrave para os avanços da modernidade (mercado, economia, competitividade)”⁵⁵¹. Nesse percurso, tonar-se simples banalizar o humano, seus problemas e a unicidade do “seu caso concreto”, em meio a uma tendência de reduzir situações complexas às suas expressões mais simples para encaixá-las em *standard*. É sabido que, cada vez mais, as pessoas reivindicam decisões mais céleres, contudo, não se pode desconsiderar que esses clamores estão inseridos na “economia da urgência” que

⁵⁴⁷ LASH, Scott. **Crítica de La Información**. Buenos Aires: Amorrortu, 2005, p. 11-12.

⁵⁴⁸ Expressão retirada de postagem no site: <[www.http://www.juslog.com.br/?p=683](http://www.juslog.com.br/?p=683)>.

⁵⁴⁹ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012, 2012, p. 166.

⁵⁵⁰ LASH, Scott. **Crítica de La Información**. Buenos Aires: Amorrortu, 2005, p.12.

⁵⁵¹ ESPINDOLA, Angela de Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Constituir a Constituição para a cidadania: A Compreensão e a Linguagem na Nova Crítica do Direito Afastando os *Mitlaufers* Jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar (coord.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 63-132, p. 66.

qualifica as sociedades contemporâneas⁵⁵², e não podem ser álibi para sobrepujar a qualidade das decisões.

Essa economia da urgência é resultante das bases ideológicas lançadas pela tirania do dinheiro e pela tirania da informação, passando a definir as relações interpessoais e sociais por um acentuado caráter competitivo e violento e pelo regime da urgência⁵⁵³. A premência do tempo e a necessidade de eficiência a qualquer custo levam a uma epidêmica ausência de interpretação-compreensão do caso concreto e de ausência de fundamentação nas decisões judiciais. Assim, percebe-se que “não é difícil imaginar que a instituição da cultura da urgência/aceleração muito rapidamente tomou o lugar das preocupações com a qualidade, sem que fosse profundamente problematizada”⁵⁵⁴. Nessa linha de raciocínio,

Em um tempo em que o futuro parece ser estabelecido e conformado pelas leis do mercado e pela exigência da plena adaptabilidade às Tics e à gestão informacional, seria ingênuo não reconhecer no paradigma cibernético as características de um império que foi construído para facilitar as comunicações humanas e que na atualidade tem na lógica da aceleração – totalitária e alienante – a condição de sua subsistência⁵⁵⁵.

O ritmo veloz do tempo atual afeta todas as áreas da vida humana, e fortifica o perigo de que a tecnologia moderna torne o homem destituído de alma, em “um mundo que exclui progressivamente a pessoa do homem ao mesmo tempo em que inclui o homem despojado de si mesmo”⁵⁵⁶. Desse modo,

A aceleração tecnológica operou, em primeiro lugar, a transferência da escrita para a palavra falada – da carta e do livro para o telefone e o rádio... – e hoje é a palavra (o verbo) que logicamente parece diante da

⁵⁵² SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Daumier, os tempos e os espaços da justiça no Século XXI**. 29 set. 2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/09/29/daumier-os-tempos-e-os-espacos-da-justica-seculo-xxi/>. Acesso: 06 jul. 2015. s.p.

⁵⁵³ Idem. **Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação**: Um “sexto continente” de liberdade perfeita ou controle perfeito? Revista Direitos Emergentes na sociedade global (REDESG), V. 1, N. 1, 2012, p. 173-219. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/6259/pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015, p. 175.

⁵⁵⁴ Idem. **Daumier, os tempos e os espaços da justiça no Século XXI**. 29 set. 2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/09/29/daumier-os-tempos-e-os-espacos-da-justica-seculo-xxi/>. Acesso: 06 jul. 2015. s.p.

⁵⁵⁵ Idem. **Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação**: Um “sexto continente” de liberdade perfeita ou controle perfeito? Revista Direitos Emergentes na sociedade global (REDESG), V. 1, N. 1, 2012, p. 173-219. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/6259/pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015, p. 182.

⁵⁵⁶ ELLUL, Jacques. **A Técnica e o Desafio do Século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968, p. 414-415.

instantaneidade da imagem em tempo real. Com o iletrismo e o analfabetismo, delineia-se a época dos micros silenciosos, do telefone mudo, não mais em pane técnica, mas em pane de sociabilidade, porque logo não teremos mais nada a nos dizer, nem realmente tempo de dizer – pois, antes de tudo, não saberemos mais como fazer para escutar ou dizer alguma coisa, assim como já não sabemos bem o que escrever, apesar da revolução do faz, que deveria, por assim dizer, reativar a atividade epistolar⁵⁵⁷.

Vivencia-se uma sociedade exponencialmente mais complexa, que não pode mais ser vista pelo binóculo da binariedade matemática do certo e do errado, mas exige um transcender; assim como os “seus” casos concretos levados a juízo requerem uma minuciosa análise de suas particularidades. É evidente que há lides repetitivas; entretanto, toda situação fática requer uma análise individualizada e é isso que justifica a existência do Poder Judiciário. Seguir pelo caminho da reprodução de sentido fatalmente levará a um momento em que o padrão estabelecido em decisões anteriores subjugará o julgador, tornando-o um repetidor, que aderiu ao que Alexandre Morais da Rosa denominou de Franchising Judicial⁵⁵⁸.

Fabiana Marion Spengler, ao comentar a obra “As vespas”, do grego Arisófanis, peça teatral estreada em 422 a.C. que faz uma sátira do sistema judiciário grego da época, redimensiona a crítica para o cenário contemporâneo, uma vez que evidencia o “julgar de modo mecânico, possuindo como resultado sempre a condenação, sem que houvesse análise de provas e fundamentação para as sentenças. Por conseguinte, julgar era a função e condenar a regra/resultado”⁵⁵⁹. Em nota de rodapé a autora explica que julgar mecânico é aquele

[...] carente de reflexão e fundamentação, impulsionado apenas pela necessidade de atender as expectativas em termos de números, estatística, tabelas; um julgar no qual a eficiência do juiz é medida pela quantidade de suas decisões e nem sempre pela qualidade das mesmas. Exemplo desse julgar e do distanciamento cada vez maior entre o juiz e o jurisdicionado e entre a premência que se cobra do primeiro a decisão que responde ao segundo é o processo eletrônico⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 73-74.

⁵⁵⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Franchising judicial ou de como a magistratura perdeu a dignidade por seu trabalho, vivo?** Disponível em:

<http://www.abdconst.com.br/revista3/alexanderrosa.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2015.

⁵⁵⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as “dificuldades epidêmicas” do decidir. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117-139, p.132-133.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 132.

Portanto, para a autora, o processo eletrônico seria um exemplo de julgar mecânico, e responsável por um maior afastamento entre juiz e jurisdicionado. O processo eletrônico, com efeito, permitirá maior afastamento do juiz das coisas ditas “mundanas”, observando o desenrolar do caso concreto sem ser visto. A teleproximidade social não é capaz de suprir a necessidade de um Direito e de um processo conectado com o caso concreto, tampouco é capaz de inserir o intérprete na situação hermenêutica. Afinal, o ciberespaço e as tecnologias virtuais têm, por essência, produzir os efeitos da desmaterialização e da desencarnação⁵⁶¹.

Em contrapartida, o Direito “postula a relação de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa pela mediação (fruidora, repartidora ou funcional) do mundo”⁵⁶². O direito é expressão humana, e não pode perder esse caráter que lhe é inexorável, sob pena de perda do sentido. Assim, é imprescindível reconhecer que a existência humana no mesmo mundo é elementarmente uma existência de intersubjetividade. E intersubjetividade num sentido estrito, que não ficaria rigorosamente definido só com a relação *ad alterum* dos autores clássicos⁵⁶³, pois

[...] intersubjetividade refere a reciprocidade entre ambos, de tal modo que a situação ou o comportamento de um condiciona a situação e o comportamento do outro, sendo por isso a situação ou o comportamento de cada um função da do outro, numa correlatividade integrante e unitária. A intersubjetividade implica “um fazer compartilhado, isto é, o acto de alguém, enquanto está ou impedido ou permitido por outra pessoa, que põe estas duas pessoas como participantes dele e um acto conjunto de ambos”⁵⁶⁴.

Não se pode descurar de que o Direito é problematizado da perspectiva do homem pessoa, em um determinado caso concreto levado a juízo, e “acaba por ser exigido, pelo homem concreto que assume os acontecimentos práticos e convive na interação histórico-social – o homem que existe e convive humanamente, não obstante as suas várias e pirrónicas tentativas de dissolução críticas”⁵⁶⁵. Nessa

⁵⁶¹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Résister, responsabiliser, anticiper**: ou comment humaniser la mondialisation. Paris: Seuil, 2013, p. 77.

⁵⁶² NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. *In.*: RAMOS, Rui Manuel de Moura; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; SANTOS, António Marques dos; VASCONCELOS, Pedro Pais de; PINHEIRO, Luís de Lima; BRITO, Maria Helena; VICENTE, Dário Moura. **Estudos em homenagem à professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. Coimbra: Almeida, 2002. p. 837-871, p. 844.

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 842-843.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 843.

⁵⁶⁵ *Idem*. **Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Pontos de Vista, 2002, p. 20.

perspectiva, “o importante é antes a axiológica normatividade convocada pelo juízo prático em que o homem se reconheça assumido na sua identidade pessoal e infungível, enquanto sujeito de autonomia e correlativamente de responsabilidade”⁵⁶⁶. Nesse ínterim,

E se a realidade histórico-social, como realidade humano-prática, não se oferece fenomenologicamente desse modo, como um acervo de “factos” discretos, mas em unidades de acontecimentos práticos histórico-socialmente estruturados, em especificados casos prático-sociais, se portanto esse forma de ver a realidade traduz uma analítica decomposição dessas unidades e desses casos em elementos empíricos diferenciados, é isto assim porque era igualmente própria dos racionalismo moderno e epistemológico-positivista, em que o normativismo encontrou a possibilidade da sua explícita expressão, a dicotomia razão (lógica)-factos – dicotomia que o pensamento jurídico normativista se limitou a converter na sua dicotomia normas-factos⁵⁶⁷.

Por óbvio que a simples mudança dos calhamaços de papel e fios de barbante pela tela de um monitor não é a questão. A teoria da decisão independe se o processo é eletrônico o físico. O problema é o risco da desumanização, da desmaterialização e da destemporalização que advém conjuntamente com a virtualização, capaz de agravar os problemas que o Direito e o processo já enfrentam, e revigorar o senso comum teórico.

Nesse sentido, o processo eletrônico certamente agravará o quadro de um processo civil ainda fora de sintonia com a realidade social e destituído de substância, opaco e abstrato. Mesmo que “o sistema lute contra, já não é mais capaz de dar as respostas que os casos concretos impõem. Claro, os esforço para manter o sistema são inúmeros e oriundos de várias fontes”⁵⁶⁸. O novo Código de Processo Civil pode ser tido como mera reforma, auxiliando a empreitada de tentar melhorar o sistema processual sem, contudo, abandonar o velho paradigma; verdadeiro mecanismo de autopreservação paradigmática. As generalizações do paradigma em crise (ordinariedade), mantidas pela dogmática, devem ser revistas, juntamente com a cognição exauriente, o contraditório pleno, a coisa julgada e as ações totais.

⁵⁶⁶ NEVES, António Castanheira. **Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Pontos de Vista, 2002, p. 20-21.

⁵⁶⁷ Ibidem, p. 28-29.

⁵⁶⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição:** proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 367.

Assim “a abstração do direito processual da realidade dos direitos materiais chancela o afastamento entre ambos”⁵⁶⁹, assim como o encobrimento do ser do caso concreto, sendo que

[...] o problema reside na perversão e no definhamento da compreensão do ser pela humanidade, na era tecnológica. Na perspectiva de Heidegger, os campos de extermínio e as bombas de hidrogênio eram ambos sintomas do conceito da humanidade sobre si própria e sobre tudo o mais como matéria-prima para ser produzida e consumida, criada e destruída à vontade⁵⁷⁰.

A humanidade necessita passar por uma transformação, tornando-se capaz de compreender o ser dos entes para que o relacionamento do homem com a tecnologia não resulte na coisificação e alienação do humano. Da mesma que o homem faustiano se rebelou contra a natureza, assim também se rebela contra ele a sua máquina da tecnologia, “o senhor do mundo torna-se escravo da máquina, que o compele a ele, a nós e certamente a todos sem exceção, a prosseguir a direção do seu percurso, quer o saibamos que não, quer o queiramos que não”⁵⁷¹. A ausência dessa transformação pode resultar no homem-máquina, acoplamento onde

[...] há realmente a composição de um homem novo: pois insiste-se sempre na tendência atual da adaptação da máquina ao homem. É um grande progresso, sem dúvida alguma, que apresenta, no entanto, uma contraposição: supõe a adaptação perfeita desses homens a essa máquina. Homem atualmente está modificado; é a esse homem já adaptado que se procura adaptar o aparelho: a coisa se torna cada vez mais fácil⁵⁷².

A bomba informática⁵⁷³ é capaz de desintegrar a humanidade gerando desumanidade? É de se interrogar se a dignidade do homem está ainda a tempo de ser salva. Não se podem perder todas as conquistas lentas do Constitucionalismo, o

⁵⁶⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 348.

⁵⁷⁰ ZIMMERMAN, Michael E. **Confronto de Heidegger com a modernidade**: Tecnologia, política e arte. Tradução de João Sousa Ramos. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 97.

⁵⁷¹ SPENGLER, Oswald. *The Decline of the West*. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1928. *apud*.

ZIMMERMAN, Michael E. **Confronto de Heidegger com a modernidade**: Tecnologia, política e arte. Tradução de João Sousa Ramos. Lisboa: Instituto Piaget, 1990. P. 77.

⁵⁷² ELLUL, Jacques. **A Técnica e o Desafio do Século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968, p. 405.

⁵⁷³ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 65.

Direito deve resistir à desumanização, assim como assumir a responsabilidade com a humanização de todos os atores⁵⁷⁴.

A principal promessa do Estado Democrático de Direito é o acesso à justiça, sendo que, “na visão substancialista, a Jurisdição é a guardiã dos valores materiais positivados na Constituição”⁵⁷⁵. Dessa forma, é necessário primar por uma “jurisdição atenta à concretização dos princípios e garantias constitucionais, que ultrapasse os (pseudo) limites estabelecidos como fronteira entre a mera declaração de direitos (*juris-dicção*) e a sua realização”⁵⁷⁶. Necessário, portanto, reconhecer a função social da jurisdição e seu compromisso com a concretização dos direitos, de modo a compreender que o processo não se reduz a mero procedimento.

O “direito é necessariamente imperfeito, a procura de uma Justiça perfeita não passa de uma quimera”⁵⁷⁷, mas é possível exigir um Direito minimamente humano e, com base no Constitucionalismo Contemporâneo, que o direito revelado no caso concreto seja pautado em sua unicidade. Se o Direito perder seus laços com a justiça, perdeu sua alma⁵⁷⁸, e esse laço não pode ser mantido se o tratamento do processo for despersonalizado.

O ponto neural do processo, sob o manto do Constitucionalismo Contemporâneo e da tradição do Estado Democrático de Direito, é a prestação de uma jurisdicional coerente com a normatividade da Constituição e com a tradição jurídica (integridade do direito), assim como a reunião entre mundo jurídico e mundo dos fatos. Portanto, trata-se de reconhecer, antes de tudo, que somente o caso concreto (questão de fato) poderá ser capaz de determinar corretamente o direito material a ser aplicado e ser considerada realmente fundamentada (questão de direito). Afinal, o caso concreto será o parâmetro para uma resposta correta (adequada à Constituição).

⁵⁷⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Résister, responsabiliser, anticiper**: ou comment humaniser la mondialisation. Paris: Seuil, 2013.

⁵⁷⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariiedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 264.

⁵⁷⁶ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

⁵⁷⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariiedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011, p. 316.

⁵⁷⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 145.

Nesse caminho, verifica-se a essencialidade da facticidade, da temporalidade, assim como do respeito ao humano para teoria da decidibilidade do Constitucionalismo Contemporâneo. Ainda, constata-se que o processo eletrônico pode ser empecilho para o acontecer dessa teoria, da mesma forma que pode ser responsável pelo esfacelamento do que já se conquistou. Caso não venha a ocorrer uma transformação na compreensão, é possível dizer que condições de possibilidade do compreender, e assim o acontecer de uma teoria da decisão do Constitucionalismo Contemporâneo com viés nitidamente hermenêutico, correm verdadeiro risco de morte.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o contraponto entre a complexidade do tema (e os múltiplos ângulos em que a questão pode ser trabalhada) e os limites do trabalho proposto, entende-se possível retirar algumas conclusões, que de forma alguma podem ser pontuadas de finais. A presente pesquisa se propôs a responder ao seguinte questionamento: em que medida o processo civil de cariz eletrônico, ao ser concebido no bojo das novas tecnologias da informação e comunicação (TIC`s), coloca em risco o que já se conquistou em termos de teoria da decidibilidade, pautada nos pressupostos do Constitucionalismo Contemporâneo?

Para tanto, no primeiro capítulo buscou-se traçar os contornos do velho paradigma, imerso na crise de dupla face, que não consegue lidar com a conflituosidade e a complexidade de uma sociedade em rede, sendo incapaz de fornecer as resposta que esta sociedade solicita, bem como desencadeia verdadeiro estado de natureza interpretativo. Em um momento inicial trabalhou-se com o problema do paradigma da subjetividade e do ativismo judicial, traçando diferença significativa do que se chamou de judicialização da política, entendida como um comportamento do Judiciário próprio do Estado Democrático de direito e voltado para a concretização dos direitos prometido pela Constituição.

No segundo subtítulo, buscou-se expor o problema do paradigma objetivista no direito e o conseqüente *establishment* jurídico e as decisões em “varejo”, o qual se buscou demonstrar que não foge de um retorno ao positivismo exegético - que proíbe a interpretação, confunde texto e norma, e separa fato e direito - posto evidente que ocorre uma identidade entre o pressuposto aplicado e o resultado da aplicação, velando-se o caso concreto. Enfim, esse momento iniciou tentou demonstrar que os paradigmas da subjetividade e da objetividade não passam de posturas pautadas no esquema sujeito-objeto, em pleno paradigma da intersubjetividade, que desencadeiam uma pungente crise na prestação jurisdicional civil, que, diuturnamente, denuncia um direito processual civil anacrônico e uma incompreensão dos pressupostos do Constitucionalismo Contemporâneo.

Diante dessas constatações, no subtítulo seguinte foram expostas algumas conquistas do Constitucionalismo Contemporâneo, que representa o redimensionamento da práxis político-jurídica em duas frentes: a) no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; b) no

plano da teoria do direito. No interior da teoria do direito ocorreu a reformulação da teoria das fontes (é reconhecida a força normativa da Constituição sobre todo sistema jurídico), da teoria da norma (os princípios adquirem normatividade) e da teoria da interpretação (redefinida para blindar a discricionariedades em sentido forte).

O subtítulo 1.3. trabalho, especificamente com a reformulação da teoria da norma, demonstra o papel vital dos princípios - ao reinserirem a facticidade ao direito, e, portanto, deslocarem da teoria abstrata para o âmbito prático, passando a ser problematizados diretamente na decisão judicial – como verdadeira blindagem aos decisionismos. Tratou-se de passo essencial, para que no subtítulo 1.4. fosse possível trabalhar com os pressupostos fundamentais da teoria da decidibilidade do Constitucionalismo Contemporâneo, por meio de uma aproximação entre a teoria da integridade de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica.

Em resumo, foi possível afirmar que a prática interpretativa, portanto, deve partir do caso concreto, frente ao qual se buscará a regra (norma geral), apta para resolvê-lo, cuja normatividade concreta será dada com a incidência principiológica (reconstrução da história institucional). Todo caso concreto submetido a juízo requer a resposta correta para aquela situação contenciosa, que, por sua vez, exige um processo de atribuição de sentido a partir do modo-de-ser do intérprete, da sua facticidade e da sua historicidade (*locus* da pré-compreensão), assim como da inserção deste na situação hermenêutica (caso concreto).

O juiz-intérprete deve ser consciência dessa responsabilidade última que pesa sobre os seus ombros, assim como de sua obrigação de desvelar a resposta correta, para superar o atual estágio de “estado de natureza interpretativo”. O reconhecimento da possibilidade de desvelar respostas corretas no direito, assim como da necessidade de respeitar as repercussões na prática jurídica trazida pelo Constitucionalismo Contemporâneo e pelo modelo de Estado Democrático de Direito, é condição de possibilidade para barrar que seja dito *qualquer coisa sobre qualquer coisa*.

Feitas essas considerações, no segundo capítulo, buscou-se focar a atenção na exponencial inserção do processo eletrônico do Judiciário, como etapa de uma pretensa modernização que prometia mais celeridade e mais acesso, discutindo-o de uma forma crítica e reflexiva. Para tanto, no subtítulo 2.1. debate-se criticamente acerca da exponencial inserção das novas tecnologias de informação e

comunicação (TIC`s), em todos os aspectos da vida do homem, e os riscos do uso da técnica. Restou advertido que o totalitarismo da técnica, que converge sobre o homem, gera insignificação, destemporalização, desumanização, desmaterialização. Além disso, ao mesmo tempo em que se propagam as liberdades individuais e coletivas e o direito/dever de informação na Era Tecnológica, está-se em uma sociedade de vigilância permanente e ilimitada. Uma sociedade alienada e carente de significação.

A partir da constatação dos riscos inerentes ao uso extensivo da técnica e, ao mesmo tempo, de uma exponencial inserção do processo eletrônico (técnica), discutiu-se a legitimidade e os fundamentos da virtualização do processo. Constatou-se que o processo eletrônico propicia a manutenção do mesmo processo e do mesmo modelo de jurisdição, ocultando a crise de dupla face pelo brilho das novas tecnologias e, por conseguinte, tem conteúdo ideológico. Em especial, aprofunda os riscos de uma justiça carente de significação, desmaterializada, destemporalizada e desumanizada, por fortalecer e incrementar a alucinante busca de resultados quantitativos na prática jurisdicional. Desvelado os fundamentos e os limites do processo eletrônico, uma série de inquietações se apresenta.

O subtítulo 2.3., dessa forma, procurou responder algumas dessas inquietações, revelando que a virtualização do processo promove desmaterialização e destemporalização, conjuntamente à aceleração promovida pela técnica. O resultado não somente é o aprofundamento abismo entre mundo fático (caso concreto) e mundo jurídico, como principalmente dificulta a inserção do juiz-intérprete na situação hermenêutica, alterando substancialmente o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Resta a objetivização do Direito e a coisificação do homem, pelo afastamento promovido pela virtualização.

Nesse percurso, no subtítulo 2.4., buscou-se demonstrar que a conjuntura torna propício banalizar o humano, seus problemas e a unicidade do “seu caso concreto”, em meio a uma tendência de reduzir situações complexas às suas expressões mais simples para encaixá-las em *standard*. É sabido que, cada vez mais, as pessoas reivindicam decisões mais céleres, contudo, não se pode desconsiderar que esses clamores estão inseridos na “economia da urgência” que qualifica as sociedades contemporâneas.

A humanidade necessita passar por uma transformação, tornando-se capaz de compreender o ser dos entes para que o relacionamento do homem com a

tecnologia não resulte na coisificação e alienação do humano. Ausente essa compreensão é possível dizer que condições de possibilidade do compreender, e assim o acontecer de uma teoria da decisão do Constitucionalismo Contemporâneo com viés nitidamente hermenêutico, corre verdadeiro risco de morte.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **O homem sem conteúdo**. Tradução Cláudio Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.
- AGAMBEN, Giorgi. **Profanações**. Tradução Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: a informatização judicial no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL JÚNIOR, Silvério Nery. **Processo Judicial Eletrônico**: Comentários à Lei 11.419/06. Curitiba: Juruá, 2008.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.
- BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília**, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.
- BRASIL. Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 out. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.
- BRASIL. Lei nº 9.800 de 26 de maio de 1999. Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 mai. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9800.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

BRASIL. Lei n.º 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

CAMPOS, Walter de Oliveira. **Direito e Ideologia**. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, 2010, p. 187-204. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/191/190>>. Acesso em: 02 out. 2015.

CANCLINI, Néstor Garcia. **A globalização imaginada**. Tradução Sérgio Molina. São Paulo: Iluminuras, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade**. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CASTELLES, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. *In.*: CASTELLES, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A Sociedade em Rede Do Conhecimento à Ação Política**. Belém: Imprensa Nacional, 2005, p. 17-30. Disponível em: <http://biblio.ual.pt/Downloads/REDE.pdf>. Acesso em: 02 out. 2015.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Brasiliense, 1991. Disponível em: <<http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Livros/O%20QUE%20%C3%89%20IDEOL%20OGIA%20-Marilena%20Chaui.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Asfor Rocha: "O processo eletrônico é o principal instrumento de combate à morosidade"**. 21 de jun. 2007. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias-gerais/3954-asfor-rocha-o-processo-eletro--principal-instrumento-de-combate-rosidade>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cerca de 70% do tempo de tramitação do processo judicial é gasto com atos burocráticos**. 06 dez. 2010. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias-gerais/10506-cerca-de-70-do-tempo-de-tramitacao-do-processo-judicial-gasto-com-atos-burocraticos>>. Acesso: 05 ago. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais amplia utilização do Sistema CNJ de processo Eletrônico**. 08 abr. 2008.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias-gerais/4533-tribunal-de-justide-minas-gerais-amplia-utiliza-do-sistema-cnj-de-processo-eleto>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

CONSULTOR JURÍDICO. **Maior beneficiado do processo eletrônico é o cidadão**. 16 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-16/segunda-leitura-maior-beneficiado-processo-eletronico-cidadao>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

COUTO, Mia. **Os sete sapatos sujos**. Disponível em:

<<http://www.macua.org/miacouto/MiaCoutoISCTEM2005.htm>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

CROWE, Jonathan. A solidão do juiz. Tradução Pedro Maia Soares. **Revista Piauí**, Rio de Janeiro, v. 50, p. 68-70, nov., 2010.

CUNHA, Paulo Ferreira da. “Zaala” ou “a consciência do juiz”: reflexões de direito & literatura a propósito de um conto de António Arnaut. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 237-253.

DANTAS Fernando Antonio de Carvalho. **Os povos indígenas brasileiros e a “cidadania ativa”**. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 5 – Jacarezinho, 2005, p. 180-194. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/46/47>>. Acesso em: 02. dez. 2015.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Résister, responsabiliser, anticiper: ou comment humaniser la mondialisation**. Paris: Seuil, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELLUL, Jacques. **A Técnica e o Desafio do Século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

ELLUL, Jacques. **Le Système Technicien**. Paris: Le Cherche Midi, 2004.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015.

ESPINDOLA, Angela de Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Constituir a Constituição para a cidadania: A Compreensão e a Linguagem na Nova Crítica do Direito Afastando os *Mitlaufers* Jurídicos. *In.*: LUCAS, Douglas Cesar (coord.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 63-132.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. Disponível em: <<http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/FAORORaymundoOsDonosdoPoder.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. *In.*: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 71-89.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Língua de tradição e língua técnica**. Tradução Mário Botas. Lisboa: Passagens, 1995.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – Parte I. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

HELD, David. **La democracia y el orden global**. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona: Paidós, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade. Curitiba: Juruá, 2010.

ISAIA, Cristiano Becker; PUERARI, Adriano Farias. **O processo judicial eletrônico e as tradições (inautênticas) processuais**. Revista Direitos Emergentes na sociedade global (REDESG), V. 1, N. 1, 2012, p. 120-144. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/6259/pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASH, Scott. **Crítica de La Información**. Buenos Aires: Amorrortu, 2005.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÉVI, Pierre. **A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência**. Tradução Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Editora 34, 2001.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**. Tradução Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil LTDA, 2003.

MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. Tradução Juremir Machado da Silva. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. São José: Conceito Editorial, 2010.

NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. *In*.: RAMOS, Rui Manuel de Moura; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; SANTOS, António Marques dos; VASCONCELOS, Pedro Pais de; PINHEIRO, Luís de Lima; BRITO, Maria Helena; VICENTE, Dário Moura. **Estudos em homenagem à professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. Coimbra: Almeida, 2002. p. 837-871.

NEVES, António Castanheira. **Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Pontos de Vista, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUNES, Dierle. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Leandro Dias de. **A Ideologia do Desenvolvimento Sustentável: notas para reflexão**. Revista Tamoios - Julho / Dezembro 2005, Ano II, nº 02. Disponível em:
<http://www.unicamp.br/cemarx/ANAIS%20IV%20COLOQUIO/comunica%E7%F5es/GT3/gt3m1c3.pdf>. Acesso em: 25. nov. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre enseñanza del Derecho**, ano 4, n. 8, p. 100/130, 2007. Disponível em:
http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf. Acesso em: 25 jun. 2015.

PEDRON, Flávio Quinaud. A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther. **Revista da CEJ**, Brasília, ano XII, n. 41, p. 59/66, abr-jun, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Humanos em La Sociedad tecnológica**. Madri: Editorial Universitas, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Internet e lós derechos humanos. *In: Anuário Derecho y conocimiento*. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Vol. 2, 2002, p. 101-102. Disponível em:
<http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A05.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014.

REIS, Róbson Ramos dos. Historicidade e mudanças relacionais: os limites da compreensão. *In.*: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Espistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial. El Debate Hart Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. **Franchising judicial ou de como a magistratura perdeu a dignidade por seu trabalho, vivo?** Disponível em:
<http://www.abdconst.com.br/revista3/alexanderrosa.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2015.

ROSA, Harmut. Aceleración social: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada. **Revista Persona y Sociedad**, vol. XXV, nº 1, p. 9-49, 2011.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Charlot, os ONNI – objetos normativos não identificados e a “arte” de decidir por standards e indicadores**. 2014b. Disponível em: <http://justificando.com/2014/09/02/charlot-os-onni-objetos-normativos-nao-identificados-e-arte-de-decidir-por-standards-e-indicadores/>. Acesso em: 06 out. 2014.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Daumier, os tempos e os espaços da justiça no Século XXI**. 29 set. 2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/09/29/daumier-os-tempos-e-os-espacos-da-justica-seculo-xxi/>. Acesso em: 06 jul. 2015.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação**: Um “sexto continente” de liberdade perfeita ou controle perfeito? *Revista Direitos Emergentes na sociedade global (REDESG)*, V. 1, N. 1, 2012, p. 173-219. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/6259/pdf>. Acesso em: 15 out. 2015.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Robinson Crusoe: Um mito despedaçado quando o sujeito torna-se mercadoria? *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Direito e Literatura**: da realidade da ficção à ficção da realidade. São Paulo: Atlas, 2013.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 17 jun. 2015.

SERBENA, Cesar Antonio. Interfaces atuais entre a E-Justiça e a Q-Justiça no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, v. 21, n. 45, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100005&lng=pt&nrm=iso&tlng=en. Acesso em: 20 set. 2015.

SERBENA, Cesar Antonio. **A próxima geração do processo eletrônico**. 14 jun. 2012. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/a-proxima-geracao-do-processo-eletronico-2qpr9v9c6yy3iqk0xm3j7rnm6>. Acesso em: 29 set. 2015.

SILVA, Júlia Lenzi; BARRIENTOS-PARRA, Jorge. Desmitificando para resignificar: a interação entre trabalho, lazer e técnicas do homem no pensamento de Jacques

Ellul. *In.: Anais do IV Seminário Brasileiro sobre o pensamento de Jacques Ellul*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (tutelas de urgência)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as “dificuldades epidêmicas” do decidir. *In.:* STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 117-139.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positiva? **Revista NEJ**, v. 15, n.1, jan-abr, 2010, p. 158-173.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ainda a questão da discricionariedade positivista**. vol. LXXXIV. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, v. 4, n. 2, 2012, p. 185-192.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRINDADE, André Karam. O protagonismo judicial sob a perspectiva da literatura. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIAL. Sandra Regina Martini. Os sete sapatos sujos e o direito. *In.*: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Direito e Literatura**: da realidade da ficção à ficção da realidade. São Paulo: Atlas, 2013, p. 211-224.

VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito ao trabalho como direito humano e fundamental**: elementos para sua fundamentação e concretização. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 200. Disponível em: <<http://revista.unibrasil.com.br/index.php/retdu/article/view/138/157>>. Acesso em: 07 set. 2015.

ZIMMERMAN, Michael E. **Confronto de Heidegger com a modernidade**: Tecnologia, política e arte. Tradução de João Sousa Ramos. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

ZIZEK, Slavoj. **O espectro de uma ideologia (i)**. Disponível em: <<https://bibliotecasocialvirtual.files.wordpress.com/2010/06/slavoy-zizek-o-espectro-de-uma-ideologia.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015.