

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
NÍVEL MESTRADO

JULIA LAFAYETTE PEREIRA

**IMPLICAÇÕES DO DISCURSO EFICIENTISTA NEOLIBERAL NO
MOVIMENTO DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA:
A experiência dos Juizados Especiais Federais**

São Leopoldo

2013

JULIA LAFAYETTE PEREIRA

**IMPLICAÇÕES DO DISCURSO EFICIENTISTA NEOLIBERAL NO
MOVIMENTO DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA:
A experiência dos Juizados Especiais Federais**

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

Orientador: Prof. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

São Leopoldo

2013

P436i Pereira, Julia Lafayette

Implicações do discurso eficientista neoliberal no movimento de ampliação do acesso à justiça: a experiência dos Juizados Especiais Federais. / por Julia Lafayette Pereira -- 2013.

169 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.

Orientadora: Profa. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha.

1. Juizados Especiais Federais. 2. Neoliberalismo. 3. Acesso à justiça. 4. Teoria da decisão. I. Título. II. Saldanha, Jânia Maria Lopes.

CDU 347.994

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**IMPLICAÇÕES DO DISCURSO EFICIENTISTA NEOLIBERAL NO MOVIMENTO DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: a experiência dos juizados especiais federais**”, elaborada pela mestranda **Julia Lafayette Pereira**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 01 de abril de 2013.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

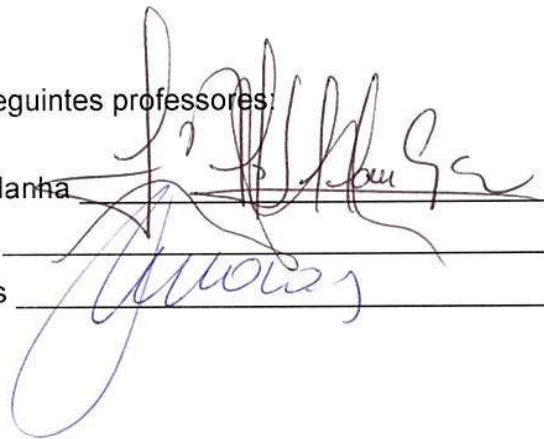
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

Membro: Dr. Alexandre Morais da Rosa

Membro: Dr. Jose Luis Bolzan de Morais



AGRADECIMENTOS

À minha família, especialmente aos meus pais - Waldir e Thereza - pelo amor incondicional e pelo incansável apoio; e aos meus irmãos - Cláudia, Lawrence, Maria Tereza, Walter e Paula - por me ensinarem tanto sobre a vida;

À Profa. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha, pela acolhida no âmbito do Programa de pós-graduação em direito da Unisinos, pela atenciosa orientação e pela confiança necessária à realização deste trabalho. Seus ensinamentos são uma fonte de inspiração para mim;

Ao Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes, pelo diálogo intenso – indispensável à condução da pesquisa - e pela confiança que teve em mim ao me acolher como bolsista no âmbito do Projeto CNJ Acadêmico;

Aos demais professores do Programa de pós-graduação em direito da Unisinos, cujos ensinamentos me permitiram olhar o direito a partir de diferentes perspectivas;

Ao Henrique, pelo amor e paciência e por ser minha companhia de todas as horas;

Aos amigos Fernando Hoffmam, Francisco Nunes Fernandes Neto e Marcelo Oliveira de Moura, pela amizade sincera e pelas discussões que também estão presentes nesta pesquisa;

Aos queridos amigos Daiane Moura de Aguiar, Felipe Mello, Thaís Salvadori Gracia e Victoria Fernandes Pereira, pela parceria e cumplicidade com que conduzimos as atividades dos grupos de pesquisa;

Aos amigos das turmas de mestrado em direito da Unisinos, em especial à Bruna Aspar Lima, Clarissa Tassinari, Danilo Pereira Lima, Elias Jacob de Menezes Neto, Roberta Lofrano Andrade e Rodolfo Souza, pela felicidade que me proporcionaram ao tê-los por perto;

À Vera Loebens e à Magdaline Macedo, que – em meio à burocracia necessária à gestão de um programa de pós-graduação – jamais deixaram de desempenhar suas atividades de maneira gentil e atenciosa.

Ao meu querido avô Paulo Lafayette

"[E]u careço de que o bom seja bom e o rúim ruím, que dum lado esteja o preto e do outro o branco, que o feio fique bem apartado do bonito e a alegria longe da tristeza! Quero os todos pastos demarcados... Como é que posso com este mundo? (...) este mundo é muito misturado."

João Guimarães Rosa

RESUMO

O cenário jurídico brasileiro contemporâneo vive o dilema entre a busca por eficiência e a busca por efetividade. A eficiência forja um modelo de justiça prioritariamente preocupado com a velocidade da prestação jurisdicional, enquanto a efetividade forja um modelo de justiça em que a principal preocupação consiste no cumprimento das garantias fundamentais constitucionais. O trabalho tem como objetivo problematizar a experiência dos Juizados Especiais Federais (JEFs) a partir deste paradoxo. Em face do aumento do número de conflitos, consequência do modelo econômico-jurídico neoliberal, o judiciário adota mecanismos capazes de absorver a crescente demanda por justiça. Para tanto, institui vias jurisdicionais alternativas, como os JEFs, além de outras medidas voltadas à informalização do judiciário. O procedimento dos juizados se diferencia daquele existente na justiça comum, principalmente, devido às seguintes características: informalidade, celeridade, simplicidade, oralidade e consenso, características que a doutrina, de modo acrítico, denomina como “princípios dos Juizados Especiais”. Estas características são consideradas positivamente por significativa parte da doutrina, pois perfilam um modelo de justiça mais próximo dos cidadãos. Contudo, deve-se fazer uma ressalva: a excessiva informalidade põe em risco a garantia ao devido processo, o que pode tornar o procedimento inconstitucional. O direito em geral, bem como o Poder Judiciário em especial, sofrem influxos (in)diretos do discurso efficientista neoliberal, devido à influência paranormativa exercida tanto pelos órgãos de fomento econômico (Banco Mundial), como pelos grupos formados por grandes empresas privadas. O Estado incorpora as recomendações provenientes destes atores para que as leis e a justiça não sejam um obstáculo aos investimentos econômicos. Um exemplo disso é a Emenda Constitucional 45/2004, que adere às recomendações contidas no Documento Técnico 319 S de autoria do Banco Mundial. O modelo de justiça neoliberal exige que o judiciário seja eficiente, produtivo e previsível para que os atores econômicos possam adotar um comportamento estratégico e seus interesses não sejam obstaculizados pela burocracia judiciária. Desse modo, a preocupação com a eficiência se sobrepõe à preocupação com a qualidade (efetividade) da prestação jurisdicional. Estas tendências são significativamente perceptíveis no âmbito dos JEFs. Quando os juízes interpretam os “princípios dos Juizados Especiais” por um viés efficientista, o procedimento é informalizado para consagrar um modelo de justiça pautado pelo mercado e não para concretizar um modelo de justiça de proximidade, voltado à efetivação dos direitos constitucionais. A compreensão dos princípios a partir da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, do direito como integridade de Ronald Dworkin e da teoria da decisão judicial de Lenio Streck impede uma interpretação pragmático-efficientista do procedimento dos JEFs, assim como desmitifica a ideia de que os critérios dos Juizados podem ser considerados princípios. A partir destas aproximações, os critérios dos juizados não podem ser aplicados de modo discricionário e devem assumir a condição de textos jurídicos, cujos sentidos serão determinados de acordo com o caso concreto em análise, conjuntamente com as práticas jurídicas adotadas pela comunidade, de modo que o conjunto de práticas jurídicas forme um todo coerente. Este é o caminho para a democratização do acesso qualificado à justiça, comprometido com respostas constitucionalmente adequadas.

Palavras-chave: Juizados Especiais Federais, neoliberalismo, acesso à justiça, teoria da decisão

ABSTRACT

The Brazilian contemporary legal scenario is going through the dilemma of being efficient or effective. Efficiency forges a model of justice which is primarily concerned with the promptness of adjudication, while effectiveness forges a model of justice in which the main concern is the fulfillment of constitutional fundamental rights. This study aims to problematize the experience of Special Federal Courts (SFCs) considering this paradox. With the increasing number of conflicts, which are a consequence of the neoliberal economical-jurisdictional model, the legal system has adopted mechanisms that are able to absorb the growing demand for justice. In order to cope with this context, it has instituted alternative legal means such as the SFCs, besides other measures, aiming at the informalization of the legal system. The procedure of these SFCs is different from that in common justice mainly due to the characteristics of informality, celerity, simplicity, orality and consensus which the doctrine, uncritically, denominates as “principles of the Special Courts”. These characteristics are positively considered by a significant part of the doctrine since they profile a model of justice more identified with citizens. However, it should be noted that excessive formality can put the right to the due process under risk, making the procedure unconstitutional. Law, in general, as well as the Judiciary, in special, suffer (in)direct inflows of the neoliberal efficiency discourse due to the pararegulatory influence made either by the economic fostering institutions (World Bank) and the groups made up of important private companies. The government incorporates the recommendations proposed by these institutions and groups so that the laws and legal system do not become an obstacle to economic investments. An example of this is the Constitutional Amendment 45/2004, which follows the recommendations of the Technical Paper 319 S by the World Bank. The neoliberal legal model demands efficiency, productivity and predictability from the judiciary so that the economic actors can adopt a strategic behavior and that their interests do not suffer any obstacles by the judiciary bureaucracy. Therefore, the concern with efficiency overlaps the concern with the effectiveness of adjudication. These tendencies are significantly perceptible in the scope of SFCs. When judges interpret the “principles of Special Courts” through an efficiency perspective, the procedure is informalized to acclaim a model of justice based on the market and not on a model of proximity justice concerned with the promotion of constitutional rights. The understanding of the principles from philosophical hermeneutics by Hans-Georg Gadamer, of law as integrity by Ronald Dworkin and the theory of judicial decision by Lenio Streck impedes a pragmatic- efficiency procedure of the SFCs, as well as demystifies the idea that the criteria of courts can be considered principles. Through these approaches, the criteria of courts cannot be applied in a discretionary manner and should assume the condition of legal texts whose meanings are determined according to the case under analysis along with legal practices adopted by the community so that the set of legal practices is coherent. This is the way for the democratization of a qualified access to justice committed with obtaining answers that are constitutionally appropriate.

Keywords: Special Federal Courts, neoliberalism, access to justice; theory of judicial decision.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: UMA INSTITUIÇÃO JURÍDICA PENSADA COMO INSTÂNCIA DE ARBITRAGEM DAS REGRAS DO JOGO ECONÔMICO-POLÍTICO NEOLIBERAL OU UMA INSTÂNCIA COMPROMETIDA COM A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA?	14
1.1 “SOCIEDADE EMPRESARIAL E SOCIEDADE JUDICIÁRIA”: UM NOVO MODELO DE AÇÃO GOVERNAMENTAL	43
1.2 RELATIVIZAÇÃO DAS CONQUISTAS DA MODERNIDADE POR MEIO DA “ECONOMIZAÇÃO” DO DIREITO E DA JUSTIÇA: A INFLUÊNCIA PARANORMATIVA DOS ATORES PRIVADOS E ÓRGÃOS DE FOMENTO (BANCO MUNDIAL).....	61
2 O PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS RELATIVIZA A GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DEVIDO PROCESSO, OU SOB OUTRA PERSPECTIVA, POSSIBILITA UM MODELO DE JUSTIÇA DE PROXIMIDADE? 87	
2.1 A NECESSÁRIA RECUPERAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO COMO RESPOSTA A UMA JUSTIÇA REDUZIDA AO FLUXO	102
2.2 A NECESSÁRIA COMPREENSÃO HERMENÊUTICO-FENOMENOLÓGICA DO PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A OBTENÇÃO DE RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	154
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	160

INTRODUÇÃO



“*Me pregunto si la vida moderna no estará teniendo más de moderna que de vida*”. O questionamento de Mafalda, de Quino, parece ser pertinente para apresentar o presente trabalho. Mafalda, ao andar pelas ruas, observa algumas características que simbolizam a vida moderna, o que a leva a se perguntar se a vida moderna, pelo fato de ser demasiado moderna em certos aspectos, oprime o que nela há de vida. O cenário jurídico contemporâneo, em especial o Poder Judiciário brasileiro, vive hoje o mesmo dilema.

Por um lado, há uma demanda para que o Poder Judiciário se modernize, de modo a torná-lo mais eficiente. Por outro, ele deve ser capaz de efetivar garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos. Nesse contexto, o Poder Judiciário se encontra diante de uma desafiadora tarefa: compatibilizar a busca pela eficiência e a busca pela efetividade.

Toma-se emprestado o conceito de eficiência dado pela economia, por Gaiger (2009, p. 169), que a define como o “grau de efetividade dos meios empregados, em um dado processo, para alcançar-se um objetivo ou gerar o resultado visado; em suma, concerne à relação entre meios e fins”. Conforme o autor, o conceito de eficiência ditado pela economia capitalista, que o presente trabalho trará à discussão, relaciona-se à exigência de otimizar a relação custo/benefício, por ser tal relação determinante para a taxa de lucro dos negócios. A eficiência deve ser compreendida como “o equacionamento de variáveis reduzidas ao plano econômico”, apesar de comportar elementos que transcendam esta esfera, ou possuam outra natureza. Nesse sentido, o termo eficiência forjado pelo capitalismo considera apenas utilitariamente os benefícios sociais gerados por uma ação econômica determinada, como, por exemplo, a valorização do ser humano. Gaiger afirma que o fato de as ações econômicas se

guiarem pelo preceito da rentabilidade máxima é responsável por gerar, em grande medida, as principais características negativas do modelo econômico capitalista.

Definido o conceito de eficiência dentro dos moldes da economia capitalista, nesse momento, o trabalho se restringe a afirmar que o direito não está imune às práticas guiadas por este preceito da rentabilidade máxima, uma vez que estão presentes nos mais diversos setores que importam ao direito: reformas da legislação, prestação jurisdicional, busca por novas vias jurisdicionais alternativas, devendo-se mencionar aqui os Juizados Especiais. Em especial, os Juizados Especiais Federais, cuja experiência o trabalho se propõe a realizar um estudo aprofundado.

A efetividade, por outro lado, deve ser contextualizada com os movimentos constitucionalistas que se iniciam no pós-Segunda Guerra Mundial, em que a preocupação com a concretização dos direitos dos cidadãos se faz presente de forma mais acentuada que anteriormente. Com base nisso, a efetividade se opõe à eficiência capitalista na medida em que a preocupação com a valorização do ser humano, com a concretização dos direitos constitucionalmente assegurados, não são considerados utilitariamente. A efetividade tem como fim estas preocupações, de modo que suas práticas estão voltadas para a realização de tais direitos.

Nesse contexto, se a busca pela ampliação do acesso à justiça é parte dos compromissos assumidos pela Constituição Federal brasileira de 1988, direcionado à transformação da realidade, por outro lado, tal objetivo também compõe a pauta da agenda econômica (neoliberal).

Em meio a estas questões, instituem-se vias (jurisdicionais) alternativas no Poder Judiciário brasileiro, direcionadas à solução de controvérsias mediante procedimentos que se pretendem mais informais que aqueles correspondentes às vias tradicionais. Em um primeiro momento, e como experiência histórica mais expressiva, têm-se os Juizados de pequenas causas, instituídos pela Lei 7.244/84. Em um segundo momento, instituem-se os Juizados Especiais Estaduais pela Lei 9.099/95, e, em um terceiro momento, os Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei 10.259/01. As duas últimas experiências são as que estão em vigor no cenário jurídico brasileiro.

Nessa perspectiva, de um lado, a instituição dos Juizados é legitimada por um discurso marcado pela preocupação com a efetividade do direito à cidadania, uma vez que o acesso à justiça oportuniza que os cidadãos tenham direito a reivindicar os seus direitos pela via judiciária. De outro lado, o discurso efficientista (neoliberal) ressalta a importância da informalização do acesso à justiça por meio destas vias jurisdicionais alternativas devido à redução do peso burocrático representado por elas, o que favorece o saudável desenvolvimento da economia de mercado e torna o país mais atrativo aos investimentos econômicos internos e externos.

Desse modo, o trabalho não tem como objetivo questionar se os Juizados Especiais, em geral, e os Juizados Especiais Federais, em particular, são bons ou maus em si. Propõe-se, no entanto, questionar se o modo como estas experiências têm se desenvolvido promovem a democratização do acesso qualificado à justiça, ou, em sentido contrário, restringem-se a promover os interesses econômicos, de modo a prestar uma justiça comprometida com os valores ditados pelo neoliberalismo: eficiência, previsibilidade, padronização e produtividade.

Contextualiza-se a ampliação do acesso à justiça resgatando a tira reproduzida acima. Desse modo, assim como Mafalda, o presente trabalho indaga se o procedimento dos Juizados - por ser demasiado moderno, ao se pautar pela informalidade, celeridade, simplicidade, oralidade, consensualidade - traz como consequência a exclusão daquilo que torna sua existência constitucional: a democratização do acesso qualificado à justiça, mediante a aproximação com o caso concreto, com os cidadãos e os seus direitos mais básicos. Ou seja, com o que nele há de vida.

Feito tal questionamento, o trabalho busca responder o seguinte problema: em que medida uma compreensão a partir da fenomenologia hermenêutica e do direito como integridade acerca do procedimento dos Juizados Especiais Federais é condição de possibilidade para que esta via não se torne uma instituição apenas a serviço dos valores neoliberais como eficiência, previsibilidade e padronização, e sim comprometida com a democratização do acesso qualificado à justiça, direcionada a respostas constitucionalmente adequadas?

Para tanto, a pesquisa será conduzida pelo “método” hermenêutico-fenomenológico. Emprega-se a palavra método entre aspas para diferenciá-la de método. A palavra “método” aponta para a fenomenologia “enquanto um como e um modo de filosofar” (TOMAZ DE

OLIVEIRA, 2008, p. 36). Já, quando se menciona método, sem aspas, reporta-se ao sentido produzido no interior da modernidade, responsável por conferir a esta palavra a ideia de segurança e certeza, características próprias do pensamento matemático moderno. Nesse sentido, ao se referir à palavra método, está-se a tratar do sentido de método conferido pelo pensamento moderno, consistente em uma fórmula previamente determinada acabada e definitiva. Nesse caso, se perseguidas corretamente estas fórmulas, chegar-se-á com certeza e segurança ao resultado pretendido (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 37).

Já o “método” – enquanto fenomenologia – é provisório e precário, impassível de uma total apreensão e domínio. Como menciona Tomaz de Oliveira (2008, p. 41), “Redução, Destruição e Construção são elementos do ‘método’ fenomenológico-hermenêutico”¹. O “método” fenomenológico-hermenêutico possibilita o estudo crítico acerca da estrutura e funcionamento dos Juizados Especiais Federais ao permitir o resgate da sua tradição mediante os processos de redução, destruição e construção. Desse modo, será possível o desvelamento de uma série de encobrimentos sedimentados no senso comum teórico dos juristas² acerca dos modelos de justiça informal – e dos Juizados Especiais Federais em especial - que, não raro, os apreendem de modo descritivo analítico. Para tanto, não se pretende limitar o rumo da pesquisa por meio de um método previamente selecionado, como se o ponto de chegada já houvesse sido estruturado.

O trabalho está dividido em dois capítulos. No primeiro capítulo, busca-se situar os Juizados Especiais Federais sob uma dupla perspectiva: Juizados enquanto uma via jurisdicional alternativa direcionada a arbitrar as regras do jogo econômico-político neoliberal, ou, por outro lado, uma via comprometida com a democratização do acesso à

¹ Explicando-se, em poucas linhas, o processo de redução consiste no deslocamento do olhar “do ente em direção ao ser”. Mediante este deslocamento, torna-se possível a manifestação daquilo que está oculto no que se mostra, como explica Tomaz de Oliveira (2008, p. 39). O processo de destruição consiste em um elemento fenomenológico que possibilita um olhar para a tradição orientado para o “desentranhamento das possibilidades que nela permanecem enrijecidas”. Isto é, permite-se perceber possibilidades que ficaram inexploradas em razão de encobrimentos. Já o processo de construção pertence, na verdade, ao processo de destruição, pois a “repetição da tradição com a conseqüente supressão de encobrimentos linguísticos não representa uma pura negação dela”. Conforme Tomaz de Oliveira (2008, p. 41), o processo de destruição permite a construção de novos projetos mediante uma apropriação positiva do passado.

² A expressão “senso comum teórico dos juristas” consiste em um neologismo criado por Warat que diz respeito às “condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito”. O “senso comum teórico dos juristas” está presente nas atividades cotidianas desempenhadas por eles, tanto práticas, teóricas, como acadêmicas. A expressão remete à “constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação” (WARAT, 1994, p. 13).

justiça. No segundo capítulo, é o procedimento dos Juizados Especiais que é colocado em questão. Desse modo, ele é também submetido a um duplo questionamento: o procedimento permite que a garantia ao devido processo seja flexibilizada diante da preocupação com o fluxo, ou – por outro lado – o procedimento oportuniza a realização de uma justiça de proximidade.

Embora os questionamentos remetam a uma visão dualista acerca dos Juizados Especiais Federais, deve-se esclarecer, de antemão, que esta perspectiva dual é adotada exclusivamente com o intuito de problematizar o estudo dos Juizados. Contudo, ao fim de cada capítulo, não se pretende optar por um ou outro posicionamento, conforme os títulos podem sugerir.

Com base em um primeiro projeto que se faz acerca do presente trabalho, sujeito a provas ao longo da pesquisa, arrisca-se a dizer que, ao fim de cada capítulo, poder-se-á perceber características que tornam a experiência dos Juizados contraditória em muitos aspectos, o que impedirá concluir que os Juizados apenas democratizam o acesso à justiça e concretizam um modelo de justiça de proximidade, ou, por outro lado, apenas atuam como uma instância direcionada a arbitrar as regras do jogo econômico-político neoliberal e a flexibilizar a garantia ao devido processo.

Esta dissertação é resultado parcial da pesquisa realizada no âmbito do projeto de pesquisa “Juizados Especiais, Turmas Recursais e Turmas de Uniformização da Justiça Federal: os 10 anos de Juizados Especiais Federais e os principais problemas no processo de revisão das decisões judiciais”, desenvolvida em parceria com os Programas de pós-graduação em direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e da Universidade do Vale do Itajaí, sob os auspícios da Capes/CNJ Acadêmico.

1 JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: UMA INSTITUIÇÃO JURÍDICA PENSADA COMO INSTÂNCIA DE ARBITRAGEM DAS REGRAS DO JOGO ECONÔMICO-POLÍTICO NEOLIBERAL OU UMA INSTÂNCIA COMPROMETIDA COM A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA?

A preocupação com o acesso à justiça centra-se no objetivo de possibilitar que o indivíduo tenha os seus conflitos resolvidos de modo pacífico. Conforme a concepção clássica do conceito de cidadania, o direito de acesso à justiça compõe o rol dos direitos civis do cidadão. Nesse sentido, instituída a Constituição Federal brasileira de 1988, tal direito passa a ser condição para a efetividade dos demais direitos, pois – se não há a possibilidade de reivindicar direitos de cidadania ao Estado – a garantia formal dos mesmos se torna insuficiente (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 11).

Cappelletti e Garth (1998, p. 11) afirmam que o “direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação”. Contudo, embora o acesso efetivo à justiça seja reconhecido como direito social básico nas sociedades modernas, o conceito de “efetividade” é ainda vago.

Assim sendo, a efetividade perfeita poderia ser compreendida como uma completa “igualdade de armas” entre os indivíduos envolvidos no mesmo litígio. Por esta expressão, entende-se que há uma garantia de que a conclusão da disputa dependa apenas dos méritos jurídicos de cada parte, de modo que as diferenças estranhas ao Direito sejam irrelevantes para a afirmação e efetivação dos direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 15). Sabe-se que a completa supressão de tais diferenças constitui objetivo utópico, conforme explicam Cappelletti e Garth, desse modo, deve-se saber até onde se deve avançar em direção a este objetivo e a que custo.

Para tanto, os autores identificam os obstáculos a serem enfrentados para a democratização do acesso à justiça. O primeiro deles seria a despesa com custas judiciais, tendo em vista que a resolução formal dos litígios exige significativa soma de dinheiro das partes, em razão de honorários advocatícios, ônus sucumbenciais e demais custas judiciais. O segundo envolve uma preocupação com as pequenas causas, isto é, aquelas que envolvem uma soma relativamente pequena de dinheiro. O judiciário apresenta um obstáculo a este tipo

de demanda, pois a soma das custas judiciais exigida para a solução da demanda, muitas vezes, supera aquela correspondente ao montante da controvérsia.

O terceiro diz respeito ao tempo. A excessiva delonga para a solução judicial das controvérsias pode trazer efeitos devastadores às partes. O crescente aumento da soma das custas processuais pode pressionar as partes mais pobres a abandonar suas causas ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles que teriam direito. Por isso, é necessário que a prestação jurisdicional ocorra em “um prazo razoável” (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 21).

Da mesma forma, há obstáculos que dizem respeito às possibilidades das partes. Isto quer dizer que algumas espécies de litigantes gozam de vantagens estratégicas, seja por possuírem mais recursos financeiros, seja por terem maior aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa. Ainda, há que se considerar a diferença entre litigantes “eventuais” e litigantes “habituais”, distinção baseada na “frequência de encontros com o sistema judicial” (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 21-25).

Nesse contexto, despertada a reflexão em torno do acesso efetivo à Justiça em meados dos anos 60, os países do mundo ocidental apresentaram três posicionamentos básicos, reconhecidos como “ondas”, ou soluções, para a democratização do acesso à justiça. A primeira delas consistiu na concessão de assistência judiciária aos pobres. A segunda “onda” correspondeu à representação dos direitos difusos e a terceira e mais importante para o desenvolvimento da pesquisa correspondeu à necessidade de reformas mais amplas.

Ademais dos programas de assistência judiciária direcionados a possibilitar que pessoas pobres tivessem acesso a advogados e se tornassem conscientes dos seus direitos, bem como da criação de mecanismos aptos a representar direitos difusos dos consumidores, preservacionistas e do público em geral, o novo enfoque conferido ao acesso à justiça era ainda mais abrangente (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 67).

A terceira “onda” teve como foco o “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”. Desse modo, aliado à possibilidade de contratar mais facilmente advogados e à regulamentação dos novos direitos, necessitava-se de novos mecanismos procedimentais que

tornassem os direitos exequíveis, o que levou a uma “nova meditação sobre o sistema de suprimimento – o sistema judiciário” (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 70).

Incentivou-se, portanto, a exploração de variadas reformas, entre elas: a alteração nas formas de procedimento, mudanças nas estruturas dos tribunais ou a criação de novos tribunais, a utilização de pessoas leigas e de paraprofissionais, aliados aos juízes e defensores. Ainda, estimulou-se modificação nos direitos substantivos, com o objetivo de evitar litígios ou permitir a utilização de mecanismos privados ou informais para a solução das controvérsias (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 71).

Conforme Cunha (2008, p. 9), os Juizados Especiais Federais estão englobados por este conjunto de reformas que tem como intuito informalizar o acesso à justiça. Segundo a mesma autora, os estudos sobre democracia nos países latino-americanos indicam que a limitação do exercício de direitos por parte dos cidadãos compromete “o processo de democratização em todos os níveis da sociedade”.

Embora, nos países latino-americanos, os direitos sejam formalmente assegurados, “as deficiências relacionadas à aplicação da lei, às relações das burocracias que afetam os cidadãos comuns, ao acesso ao Judiciário e a processos justos e à legalidade” comprometem o reconhecimento de um país como democrático, ainda que apenas uma pequena parcela da população ou apenas aquela parcela correspondente às áreas periféricas sofram os mencionados obstáculos (CUNHA, 2008, p. 9). Com base nisso, era imperativo que os países latino-americanos vivenciassem as respectivas “ondas” de acesso à justiça descritas por Cappelletti e Garth, condições para a realização da democracia material.

a) Acesso à justiça e realização do cenário democrático

Tendo-se em vista que a sociedade brasileira vivencia um “caso de capitalismo retardatário e de democracia política incipiente”, a crescente presença do direito e das suas instituições representa muito mais do que uma iniciativa de regular “um ambiente social marcado pela desregulação e pela anomia”. Representa, na verdade, um avanço da agenda igualitária em um país que “não conheceu as instituições de liberdade”. Por isso, a expansão do direito não toma o lugar da República, dos partidos e do associativismo, ou seja, ele não atua como um “substitutivo” (VIANNA et al., 1999, p. 150).

Conforme explica Santos (2011, p. 21), durante a maior parte do século XX, o judiciário não foi uma instituição de destaque na agenda política latino-americana. Nesse período, os juízes – tal como no modelo europeu – estavam reduzidos a figuras inanimadas destinadas à mera aplicação da lei. O modelo de organização dos Estados latino-americanos estava baseado no fortalecimento do poder executivo e da sua burocracia, de modo que o judiciário estava restrito a uma parte do aparato burocrático e incapaz de conter “a expansão do Estado e seus mecanismos reguladores” (SANTOS, 2011, p. 21).

Já no período de 1950 a 1960, que compreendeu a política de substituição de importações e o Estado desenvolvimentista, o judiciário não foi considerado um meio capaz de contribuir para a superação do subdesenvolvimento. Inclusive, as elites governantes evitavam interferências na legislação a fim de que os novos modos de produção não fossem prejudicados. Os movimentos pertencentes à esquerda revolucionária, igualmente, não viam o judiciário como um importante pilar capaz de promover justiça social.

Entre as décadas de 1970 e 1980, os regimes autoritários inibiram a atuação do judiciário para que ele não interferisse em suas práticas repressivas. Desse modo, foi no final da década de 1980 que o judiciário ganhou maior espaço, não só nos países latino-americanos, como também europeus, africanos e asiáticos. O judiciário não teve sua importância acentuada para favorecer forças políticas conservadoras e progressistas. Tal instituição, nesse período, concentrou-se em desenvolver um “entendimento mais amplo e profundo do controle de legalidade”, apostando na constitucionalização das leis ordinárias como estratégia hermenêutica para maior efetivação dos direitos dos cidadãos³ (SANTOS, 2011, p. 22).

³ No período pós-Segunda Guerra Mundial, as atenções se voltam para o momento da aplicação do Direito, pois – em meio às duras consequências de uma grande guerra – a Europa tinha de se reestruturar nos mais diversos aspectos: social, econômico e político. E, como observa Tomaz de Oliveira (2008, p. 58), tal desafio exigiu que o Direito fosse revisado, uma vez que sua reformulação também era requisito para tornar possível certas mudanças. Era necessário romper com os regimes totalitários anteriormente vigentes. O modo como estava estruturado o processo legislativo, amparado em um exacerbado formalismo, permitia que a estrita observância do procedimento imposto à criação de leis fosse o bastante para que as mesmas pudessem ser aplicadas, o que possibilitou todas as atrocidades cometidas por estes regimes (TASSINARI, 2012, p. 29). A busca por um modelo de justiça capaz de garantir direitos fundamentais constitucionalmente assegurados tornava-se, então, imperativa. Logo, de um Estado Legislativo de Direito, rumava-se para um Estado Constitucional de Direito (FERRAJOLI, 2007, p. 71-89.). Nesse período, o Direito continental vivenciou uma intensificação da atividade judiciária no tecido social e o surgimento de um “constitucionalismo dirigente”, principalmente na Alemanha e na Itália, com a instituição de Tribunais Constitucionais *ad hoc* direcionados a fiscalizar a constitucionalidade das leis. Com isso, surgiram novos modelos teórico-metodológicos, sendo importante observar que, nesse momento, esta experiência de intensificação judiciária já havia sido vivenciada pelos Estados Unidos, com a adoção do controle de constitucionalidade (*judicial review*), em 1803. Contudo, “os países continentais e, por influência, os

O direito passa a ocupar um espaço que antes estava vazio, ele se põe no lugar deles, não constituindo isto uma solução necessariamente permanente. Desse modo, “a intervenção normativa e a constituição de uma esfera pública vinculada direta ou indiretamente ao Judiciário” – como nos Juizados Especiais – possibilita que os indivíduos, antes alheios à participação na república, tenham um espaço para o exercício das virtudes cívicas (VIANNA et al., 1999, p. 153).

O regime militar não trouxe como consequência apenas uma “nova onda expansiva do capitalismo nacional”. Ele deixou uma verdadeira “lesão no tecido social”, no que diz respeito à sociabilidade e à capacidade associativa da população, o que retarda o processo de superação de um individualismo perverso responsável por impedir a passagem do “indivíduo ao cidadão” (VIANNA et al., 1999, p. 153).

Dessa forma, passado o período autoritário, buscou-se a recuperação dos direitos civis e, por isso, os procedimentos e instituições passaram a ser “mobilizados em favor da agregação e da solidarização social”. Assim, a expansão do direito surgiu como dupla inspiração: ao mesmo tempo em que ocupou “um vazio deixado pela crise das ideologias, da família, do Estado, e do sistema de representação”, também pôs o direito “a serviço da construção da cidadania e da animação da vida republicana” (VIANNA et al., 1999, p. 153).

b) Acesso à justiça e concretização da cidadania

da América Latina, como o Brasil, eram fechados para o que era produzido na tradição anglo-saxã”, imersos em tradição formalista de aplicação do Direito (TASSINARI, 2012, p. 28). No Brasil, o crescimento da atividade judiciária se deu depois de instituída a Constituição de 1988, momento em que se rompeu com a ditadura militar. Tal conjuntura propiciou “o desenvolvimento da ideia de concretização de direitos aos cidadãos” (TASSINARI, 2012, p. 15). Ao vivenciar estas gradativas transformações institucionais, o sentido do direito até então dominante e a sua relação com o comportamento humano concreto são questionados pelos juristas. Acentuou-se a busca por um modelo de Direito que excedesse um “sistema cerrado, construído abstratamente a partir de modelos epistemológicos fundados na subjetividade e modelos conforme os padrões matemáticos de conhecimento” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 58), lançando-se um olhar para a materialidade/substancialidade do Direito. Nessa quadra, procurava-se afirmar a autonomia do Direito e diferenciá-lo da política não apenas objetivo-formalmente, mas sim axiológico-materialmente, pois se percebeu a fragilidade da crença positivista de que a especificidade do jurídico era garantida por processos lógico-formais. Assim, o problema não dizia mais respeito apenas à questão da legitimidade política do direito quanto à criação-constituição do direito, ou do direito-lei, pois passou a dizer respeito ao problema do fundamento-validade constitutivo do direito enquanto direito. Esse contexto propiciou a diferenciação do direito da lei, de modo que ele passa a ser compreendido a partir de elementos distintos da lei (CASTANHEIRA NEVES, 2003, p.104). Segundo Tomaz de Oliveira (2008, p. 59), “a afirmação dos conceitos de ‘direitos fundamentais’, das chamadas ‘cláusulas gerais’, dos ‘enunciados abertos’ e, evidentemente, dos ‘princípios’” passam a integrar a normatividade e são reconhecidos apesar da lei ou independentemente dela.

No que concerne à efetivação dos direitos civis em terras brasileiras, pode-se dizer que - ademais da ausência de segurança individual satisfatória e da ausência de preservação da integridade física dos cidadãos – a garantia de acesso à justiça ainda constitui um importante obstáculo à efetivação da cidadania (CARVALHO, 2012, p. 210), não sendo demais dizer que o Poder Judiciário é acessível a apenas uma pequena parcela da população. Grande parte dos cidadãos brasileiros, ou desconhecem os seus direitos, ou não tem a mínima condição de fazê-los valer por meio de mecanismos judiciais, seja devido aos custos, seja devido à demora dos processos judiciais (CARVALHO, 2012, p. 214).

Carvalho (2012, p. 215) afirma que apenas uma parcela da população pode contar com a proteção da lei, mesmo nos grandes centros urbanos. Assim, o autor divide a população em três grandes classes. A primeira corresponderia à parcela privilegiada – a dos “doutores” – que estão acima da lei e que, munidos de significativas somas de dinheiro e de prestígio social, efetivam os seus direitos. Tal parcela é composta por “empresários, banqueiros, grandes proprietários rurais e urbanos, políticos, profissionais liberais, altos funcionários” e que tem importantes vínculos nos negócios, no governo e no judiciário, de forma que, para eles, a lei funciona. Contudo, funciona apenas para beneficiá-los.

Baixando-se no escalão da pirâmide social, encontram-se os “cidadãos simples”, correspondentes aos “trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos funcionários, os pequenos proprietários urbanos e rurais”. Os “cidadãos simples” nem sempre estão cientes dos seus direitos e, quando estão, muitas vezes não tem acesso aos órgãos e autoridades capazes de efetivá-los, nem recursos para cobrir as despesas de eventuais demandas judiciais. Dessa forma, “ficam à mercê da polícia e de outros agentes da lei que definem na prática que direitos serão ou não respeitados”. Para os “cidadãos simples”, tanto o Código Civil, como o Código Penal, são válidos, porém são aplicados de modo parcial e incerto (CARVALHO, 2012, p. 216).

Chega-se por fim à base da pirâmide social, ou seja, àqueles denominados como “elementos”, conforme a linguagem policial. Esta parcela corresponde à grande população marginal das grandes cidades: “trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos” (CARVALHO, 2012, p. 216). Com segurança, pode-se dizer que sua participação como membros da comunidade nacional ocorre apenas nominalmente. Este grupo desconhece os

seus direitos civis e os tem, sistematicamente, desrespeitados pelos cidadãos, pelo governo e pela polícia⁴.

Como consequência dessa conjuntura, “não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis”, e – em razão de suas experiências – preferem evitar contato com agentes da lei, pois o contato com eles normalmente lhes gera prejuízos. Muitos dos “elementos” desafiam a lei ou rumam para a criminalidade e, para eles, apenas o Código Penal é válido (CARVALHO, 2012, p. 217).

De acordo com o exposto, o acesso qualificado à justiça parece estar restrito aos “doutores”, de modo que os esforços direcionados à criação de espaços que facilitem e ampliem o acesso ao Judiciário são extremamente relevantes para a construção de uma democracia substancial⁵ no Brasil. Desse modo, a experiência dos juizados especiais constitui importante exemplo de ampliação do acesso à justiça aos cidadãos, sendo uma importante via alternativa capaz de solucionar conflitos e, dessa forma, contribuir para a efetivação do texto constitucional e, sobretudo, da cidadania ampliada.

⁴ Neves (2011, p. 175) menciona que predominam Constituições nominalistas nos países periféricos: ou seja, há “a falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional em conexão com a relevância simbólica dele no discurso constitucionalista do poder (constitucionalização simbólica)”. Dessa forma, a Constituição não é um “horizonte normativo-jurídico” para o sistema político. De modo semelhante à Carvalho, ele refere que a população divide-se entre “sobrecidadãos” e “subcidadãos”: os primeiros usam ou rejeitam a Constituição conforme lhes for politicamente conveniente, já para os segundos, a Constituição mais “consiste em um complexo de restrições corporificadas nos órgãos e agentes estatais”, do que uma forma de concretizar direitos fundamentais.

⁵ A conotação “substancial” é colocada pelos direitos fundamentais ao Estado de direito e à democracia constitucional. Eles são substanciais porque não se referem à “forma” (ao quem e ao como), mas, sim, à “substância”, ou ao “conteúdo” (ao que coisa) das decisões. Referem-se às normas prescritas além da, ou contra a vontade das maiorias. Os direitos fundamentais devem ser compreendidos como “aqueles de liberdade que impõem proibições”, bem como “aqueles sociais que impõem obrigações ao legislador” (FERRAJOLI, 2011, p. 26). Assim, a democracia substancial se opõe aquela concepção recorrente de que a democracia consiste em um sistema político fundado em regras que asseguram as imposições ditadas pela maioria. Em outras palavras, o caráter “substancial” da democracia é dado pelos direitos fundamentais, uma vez que eles prescrevem aquilo que está na esfera do indecível, ou seja, que não podem ser contrariados pela vontade das maiorias, pela imposição de interesses econômicos, ou por conveniências políticas. De acordo com Streck, a discussão do constitucionalismo implica em um paradoxo, pois – no contexto moderno contemporâneo - ao mesmo tempo em que a constituição nasce com o intuito de conter o poder absoluto do rei – ela, igualmente, não deixa de ser um aparato contra a vontade das maiorias: é no “encontro dos caminhos contraditórios entre si” que se delinea este paradoxo inerente ao constitucionalismo (STRECK, 2009b, p. 17). Nesse sentido, Streck argumenta que se a democracia for sinônimo de vontade das maiorias, então o constitucionalismo é antidemocrático, pois ele retira da maioria o direito de deliberar a respeito de certas matérias. Há correntes de pensamento, cuja preocupação é a de que o contramajoritarismo paralisa a democracia. Por outro lado, muitos se preocupam com o fato de que, diante da convivência com a vontade das maiorias, a Constituição seja arrastada aos tempos de Rosseau (STRECK, 2009b, p. 18-19), quando não havia direitos e liberdades senão motivadas pela vontade geral (BRITO, 1995, p. 40).

Nesse contexto, os Juizados surgem – ao menos aparentemente - como uma alternativa de justiça popular, democrática e participativa, almejando uma metodologia não-adversarial de solução de conflitos, amparada na conciliação e na arbitragem, sem, no entanto, comprometer as vias tradicionais de prestação jurisdicional. Entre os novos sujeitos processuais que surgem com os Juizados, como o juiz leigo, o conciliador, o árbitro, busca-se a realização de um “maior intercâmbio social”, aproximando as bases populares da Justiça, que outrora encontravam uma restrita possibilidade de acesso nos modelos de justiça tradicionais (ABREU, 2008, p. 26).

c) Ampliação do acesso à justiça no Brasil: recuperando a história dos Juizados de pequenas causas.

Desse modo, diz-se que a experiência dos Juizados surge apenas *aparentemente* comprometida com a democratização do acesso à justiça porque se desconfia do que está por detrás deste discurso comprometido com os Direitos Humanos. Nesse momento, torna-se necessário recuperar a história do surgimento dos Juizados de Pequenas Causas, não motivado por uma simples necessidade de se fazer uma linha do tempo evolutiva que culmine com o momento de criação dos Juizados Especiais Federais, mas sim porque a recuperação desta experiência a partir da fenomenologia hermenêutica permite uma apropriação positiva da tradição, desde que orientada ao desentranhamento das possibilidades que nessa tradição permanecem enrijecidas.

Conforme Cunha (2008, p. 15), o Poder Executivo assumiu o protagonismo na condução do processo de criação e implementação do sistema. O Ministério da Desburocratização, coordenado pelo Ministro Hélio Beltrão e João Geraldo Piquet Carneiro, estava incumbido da tarefa de realizar o Programa Nacional de Desburocratização criado pelo governo federal em 1979, programa dentro do qual os Juizados de pequenas causas foram concebidos.

Nas palavras do coordenador, João Geraldo Piquet Carneiro (1982b), o Programa Nacional de Desburocratização tinha por objetivo, como o próprio título do texto diz, “Desburocratizar e Desestatizar”. Neste artigo, datado de 1982, Carneiro afirma ter ocorrido, nas últimas décadas, um crescimento acelerado de empresas estatais e de suas subsidiárias, fenômeno que atribuiu como estatização. Àquela época, havia 350 empresas controladas pelo Governo Federal, sendo que 250 delas atuando em atividades industriais e comerciais.

Considerando isso, ressaltou que o que importava não era o número absoluto de empresas estatais, mas sim o fato de muitas delas estarem atuando em áreas tradicionalmente reservadas ao setor privado. Dessa forma, o crescimento do Estado mediante empresas controladas pelo Governo deveria ser combatido. Tal objetivo estava compreendido como uma necessidade de desestatização.

Contudo, segundo Carneiro (1982b), a estatização não estava restrita ao crescimento do Estado empresário: a causa estrutural mais profunda encontrava-se no excessivo intervencionismo do Estado, responsável por fazer com que a atividade empresarial dependesse “de uma miríade de regulamentos, concessões, autorizações, controles cruzados, certidões negativas e assim por diante”. Dessa forma, para Carneiro, a burocratização da economia era, sem dúvida, “o lado mais insidioso da estatização”.

De um lado, havia o aumento acelerado no número de empresas controladas pelo Governo. De outro, a burocracia estatal comprometia o desenvolvimento da livre empresa. Tal conjuntura culminou com a elaboração do Programa Nacional de Desburocratização, cujo objetivo era a redução do “peso burocrático da Administração sobre as empresas e a excessiva regulamentação da atividade econômica, no pressuposto de que a função da empresa é produzir e vender e não cumprir exigências legais e burocráticas”.

Ao lado disso, foi também criada uma Comissão Especial de Desestatização direcionada a conter a criação indiscriminada de empresas estatais, promovendo a solução dos casos em que fosse recomendável a transferência do controle de empresas estatais para o setor privado. Dessa forma, transcreve-se relevante passagem do artigo em que Carneiro argumenta que o movimento de desburocratizar e desestatizar

não implica na condenação apriorística e sumária do papel reservado ao Estado no campo econômico. Ao contrário, as empresas estatais tiveram e continuarão a ter função relevante nos setores diretamente ligados à segurança nacional; na exploração de monopólio dos Estados nas áreas de operação da infra-estrutura social e econômica básica (sem atrativos para a empresa privada) ou de produção de insumos estratégicos (essenciais para a viabilização do setor privado); bem como naqueles setores em que seja imprescindível a manutenção do controle nacional do processo de desenvolvimento. Em síntese, tudo o que se pretende é conter a presença ou a interferência desnecessária do Estado na atividade econômica, seja como regulador, seja como empresário (CARNEIRO, 1982b).

Por fim, Carneiro (1982b) argumenta que “a redução da presença física e regulatória do Governo na ordem econômica” propicia o aperfeiçoamento do controle administrativo e financeiro do Estado. E mais que isto: possibilita o controle político do desempenho funcional da burocracia governamental. Em poucas palavras, o processo de desestatização e desburocratização torna a estrutura administrativa estatal mais transparente, de maneira que possa ser controlável.

Como ficará melhor esclarecido adiante, à luz dos aportes teóricos de Foucault, Chevallier, Garapon, entre outros autores, percebe-se um forte traço neoliberal no Projeto levado a cabo pelo Ministério da Desburocratização. As passagens dos artigos de autoria dos coordenadores do Ministério da Desburocratização não deixam dúvidas de que as reformas estão direcionadas à promoção dos interesses do mercado. Por um lado, busca-se a desestatização de empresas em setores economicamente atraentes para o mercado. Por outro, ele deve estar presente nos setores de base, menos rentáveis, de modo a dar as condições necessárias para que empresas privadas possam funcionar.

Em linhas gerais, cabe ao Estado atuar dentro dos limites indispensáveis ao saudável desenvolvimento da economia. Isto é, cabe a ele dar as condições para que o jogo do mercado aconteça. Por isso, não se pode dizer que o Estado deva bater em retirada para ceder espaço à economia. Ele permanece presente e é importante para ela, pois cabe a ele atuar de modo a dar as condições sem as quais a economia não sobrevive. O que se pode dizer, na verdade, é que há um esvaziamento da autonomia do Estado no processo de tomada de decisões. Ele passa a agir de acordo com os interesses econômicos. E isso será desenvolvido de modo mais profundo ao longo do trabalho.

Alia-se ao processo de desestatização, a busca pela desburocratização. Assim, o Ministério da Desburocratização põe em pauta a adoção de mudanças nas leis direcionadas a reduzir o peso burocrático para as empresas, a fim de tornar o país mais atrativo economicamente. Observa-se a necessidade de que a estrutura administrativa estatal seja mais transparente, de modo a permitir que os atores econômicos possam avaliar o “custo-país” e se conduzir de acordo com interesses estratégicos.

Conforme Estrada de Moraes (1982), Secretário-Geral do Ministério da Previdência e Assistência Social no período de 1982-1983, o Programa Nacional de Desburocratização, entre outros objetivos mencionados acima, buscava também tomar conhecimento dos assuntos

do cidadão comum, compreendido como “usuário típico dos serviços públicos”. Para tanto, era necessário desenvolver uma metodologia adequada capaz identificar “as aspirações do homem comum em matéria de desburocratização”.

Em meio a cartas enviadas pela população ao Ministro Hélio Beltrão e circulares enviadas a associações e entidades de classe pedindo sugestões, a solução foi, ao fim, “relacionar, cronologicamente, a partir dos dados já disponíveis, os principais problemas de natureza burocrática que mais poderiam afetar a vida de um cidadão, desde o seu nascimento até a sua morte”⁶ (ESTRADA DE MORAES, 1982).

Estrada de Moraes explica que embora o Programa Nacional de Desburocratização estivesse compreendido pelo Poder Executivo, decidiu-se que o levantamento das informações não seria restrito aos problemas enfrentados no Poder Executivo, campo de atuação direta do Programa de Desburocratização. Tal decisão justificava-se pelo fato de o cidadão comum ter pouca ou nenhuma compreensão dos três níveis da Federação e da independência dos poderes.

Diante da desassistência judiciária aos cidadãos, o Judiciário, na qualidade de prestador de serviços, passa a fazer parte do Programa Nacional de Desburocratização. Nesta condição, considera-se dever dele prestar serviços de modo *rápido, barato e eficiente* (CUNHA, 2008, p. 16). Assim, a desburocratização se dirige a três pontos principais: reaparelhamento humano e material da justiça (1), criação de juizados especiais (2), revisão de conceitos tradicionais e descentralização da competência para legislar sobre material processual e organização judiciária, a fim de possibilitar que o sistema judicial se adequasse às especificidades regionais (3) (CARNEIRO, 1982a).

Nesse momento, percebe-se a preocupação do Ministério da Desburocratização com os cidadãos. No entanto, o judiciário é encarado como um prestador de serviços, e seu dever é prestá-los de modo “*rápido, barato e eficiente*”. Ou seja, o escopo de ampliar o acesso à justiça parecia estar mais orientado a uma justiça de fluxo e pouco dispendiosa do que a uma justiça de qualidade: como se estas três características fossem suficientes para a promoção da cidadania e da efetivação de direitos por meio do acesso à justiça.

⁶ Conforme Estrada de Moraes, “uma tentativa no mesmo sentido já fora feita, aliás, durante a gestão do Ministro Hélio Beltrão no Ministério do Planejamento, por ocasião da implantação da Reforma Administrativa Federal. Naquela época, entretanto, não foi possível concluir o trabalho. E, agora, doze anos depois, os dados então apurados já estavam quase todos superados”.

Dando-se atenção especial ao processo de criação dos Juizados Especiais, foco deste trabalho, o Secretário Executivo do Programa Nacional de Desburocratização – João Piquet Carneiro - vai à cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos, para conhecer experiências internacionais no tratamento de conflitos de baixo valor econômico. Lá, estabeleceu contato com o *Small Claims Court*, que chamou sua atenção pelo fato da corte julgar um número expressivo de processos de modo rápido, barato e informal (CUNHA, 2008, p. 16-17).

O Juizado de Pequenas Causas nova-iorquino, instituído no ano de 1934, surgiu com a finalidade de julgar causas inferiores a 50 dólares. Era reconhecido, na sua origem, como a “corte do pobre” (*poor man’s court*), conforme explica Carneiro (1982a). Destarte, a via foi criada para dar conta do crescente congestionamento nos Tribunais e foi, gradativamente, assumindo papel fundamental para o judiciário norte-americano e para a cidade de Nova Iorque em especial.

Nesse contexto, com a ampliação do conceito de “pequena causa” os juizados continuaram a crescer em importância e passaram a ser reconhecidos como a “corte do homem comum” (*common man’s court*). A essa época, a corte compreendia causas de valor de até 1.000 dólares e cerca da metade das demandas versavam sobre infrações havidas na relação entre consumidores, no polo ativo, e comerciantes, fabricantes e prestadores de serviços no polo passivo (CARNEIRO, 1982a). Tal cenário refletia as mudanças ocorridas na ordem econômica e social.

A estrutura de cada um destes juizados era composta por um juiz togado, assistido por “diversos árbitros escolhidos entre advogados com ampla experiência profissional”. O rito era simples, informal e basicamente oral. O juiz ou o árbitro faziam as anotações mais relevantes em uma ficha de registro e a conciliação era a todo tempo estimulada pelo árbitro. Uma significativa parte dos litígios era resolvida sem a intervenção do juiz (CUNHA, 2008, p. 17).

Contudo, Carneiro (1982a) reconhecia que “a assimilação de institutos jurídicos e de sistemas judiciários estrangeiros é tarefa complexa, nem sempre viável em face das peculiaridades culturais, políticas e econômicas de cada povo”. Diante disso, o Poder Executivo impõe uma agenda de discussão para refletir a possibilidade de instituição dos Juizados de pequenas causas no Brasil com base na experiência nova-iorquina. Participaram do debate a Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – Ajuris, a Associação Paulista dos Magistrados – Apamagis. Participaram da elaboração do texto do anteprojeto de lei sobre

juizados os Ministérios Públicos de São Paulo e do Rio de Janeiro, além da Procuradoria do Estado de São Paulo (CUNHA, 2008, p. 18).

Conforme expõe Cunha (2008, p. 18), em 1981, é instituída uma comissão para discutir o anteprojeto de lei dos juizados a partir de um documento elaborado pelo Ministério da Desburocratização. Presidida por João Piquet Carneiro, a comissão também era integrada por Kazuo Watanabe e Cândido Rangel Dinamarco - Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo; pelo juiz de Direito de São Paulo, Caetano Lagrasta Neto; por Ada Pellegrini Grinover - Procuradora do Estado de São Paulo e pelo Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo, Paulo Salvador Frontini.

Conforme a mesma autora:

se, por parte do Ministério da Desburocratização, a criação dos juizados de pequenas causas tinha a ver com a melhoria na prestação dos serviços pelo Judiciário, por outra, os juristas que integravam a comissão, a quem foi encaminhado o texto do anteprojeto de lei, entre eles integrantes da magistratura, viam neste instrumento a oportunidade de transformar a imagem do Judiciário e da Justiça brasileira, de aproximá-lo da comunidade e de garantir o seu lugar como o lócus de solução dos conflitos sociais (CUNHA, 2008, p. 20).

No entanto, o Anteprojeto de lei foi fortemente criticado por parte dos advogados e por membros de outras carreiras jurídicas, uma vez que chegou praticamente finalizado para a comissão, incumbida de elaborar o texto a partir do documento elaborado pelo Ministério da Desburocratização. Em 1983, o Projeto de Lei 1.950/1983 sobre juizados de pequenas causas foi encaminhado ao Congresso Nacional. O seu texto era resultado das discussões desenvolvidas no Programa Nacional de Desburocratização e de acréscimos de ordem processual realizados pelos processualistas que participaram da comissão formada em 1981. Conforme elucida Cunha (2008, p. 39), o Projeto passou pelo Congresso Nacional sem haver sofrido grandes alterações e foram instituídos pela Lei 7.244/84 (CUNHA, 2008, p. 39).

Nesse sentido, a instituição dos Juizados de Pequenas Causas não foi fruto de uma movimentação que partiu de juristas, uma vez que eles deram sua contribuição apenas na etapa final do projeto. A presença do Executivo, representado pelo Ministério da Desburocratização, foi determinante para sua existência, o que leva a crer que os Juizados,

pelo menos na sua experiência mais primitiva (Juizados de pequenas causas), surgem dentro de um Projeto de Desburocratização de cunho fortemente neoliberal.

Não se quer fazer crer que os Juizados, por esses motivos, são incapazes de promover o acesso qualificado à justiça. Contudo, deve-se dizer que os Juizados Especiais Estaduais e, mais tarde, os Juizados Especiais Federais, estão de certa forma vinculados a este contexto que lhes deu origem, pois são fruto da experiência paradigmática proposta nos Juizados de pequenas causas. A própria observação das Leis 7.244/84 e da Lei 9.099/95, a qual aderem os Juizados Especiais Federais no que com a Lei 10.259/01 não conflitar, não deixam dúvidas disso diante das suas semelhanças.

d) Criação dos Juizados Especiais

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais - previstos no artigo 98, inciso I da Constituição Federal e instituídos pela Lei 9.099/95 - reuniram algumas experiências destas jurisdições estaduais, reconhecidas como Juizados de Pequenas Causas, instituídos pela Lei 7.244/84, previstos no artigo 24, inciso X da Constituição Federal⁷ (SALDANHA; BOLZAN DE MORAIS, 2012, p. 121-151).

Os Juizados Especiais Federais tiveram de aguardar reforma constitucional para serem previstos, o que ocorreu com a Emenda Constitucional 22/99. Nela, o artigo 98 da Constituição foi alterado e passou a estabelecer que lei federal dispusesse acerca da criação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, o que culminou com a Lei 10.259/01, instituindo os Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais.

Diferentemente do projeto de lei dos Juizados Especiais na esfera estadual, o projeto de lei dos Juizados Especiais Federais partiu da magistratura federal. Dessa forma, Cunha (2008, p. 57-58) elucida que o Projeto de lei proposto pelo Poder Executivo já havia sido significativamente debatido pelos operadores do direito antes de chegar ao Congresso Nacional.

Após a aprovação da emenda constitucional, os juízes federais, apoiados pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ), reuniram-se em torno da Associação dos Juízes Federais

⁷ Tendo-se em vista serem ambos os Juizados previstos em diferentes dispositivos constitucionais, há que se ter em mente que eles não são a mesma coisa, ainda que se insiram como meios alternativos judiciais.

(Ajufe) para elaborarem o anteprojeto de lei dos Juizados Especiais Federais. O STJ instituiu, em 2000, uma comissão direcionada a pesquisar sobre a possibilidade de instituição dos Juizados Especiais Federais, contando com a realização de entrevistas a diversos juízes federais a fim de levantar problemas vivenciados por eles na prática e, a partir disso, refletir o melhor modo de conferir operacionalidade aos futuros juizados (CUNHA, 2008, p. 57).

Assim, ao fim deste período, havia dois anteprojetos de lei: um elaborado pela Ajufe e outro pelo STJ. Realizaram-se, na sequência, encontros entre Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça para elaboração de texto conjunto, baseado no consenso entre ambos. Depois desta etapa, o Conselho da Justiça Federal, em janeiro de 2001, enviou anteprojeto de lei ao Executivo. Após análise do documento por parte de uma comissão interministerial, o presidente da República encaminhou o projeto para o Congresso Nacional, que o aprovou em junho do mesmo ano (CUNHA, 2008, p. 59).

Conforme argumenta Saldanha e Bolzan de Moraes (2012, p. 129), “se o processo comum ordinário caracteriza-se pelo desenvolvimento em fases bem separadas, com predomínio da palavra escrita, a promessa dos Juizados Especiais foi toda outra”. Com o objetivo de dar vazão a um conjunto de litígios antes represados, esta via alternativa de acesso à justiça teve o seu procedimento guiado pelos seguintes critérios, conforme versa o artigo 2º da Lei 9.099/95: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, de modo a buscar, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

e) Ampliação do acesso à justiça no contexto da judicialização das relações sociais

Nesse contexto, considerando que o quadro político brasileiro volta-se à concretização de uma democracia substancial, o direito, os procedimentos e instituições estatais direcionam-se à promoção da agregação e da solidarização social, buscando construir um espaço propício ao exercício de uma pedagogia para o civismo. Nesse sentido, os Juizados de pequenas causas e, mais tarde, os Juizados Especiais, tornam-se um dos requisitos para a afirmação de uma cidadania plena (ABREU, 2008, p. 35).

A constitucionalização dos Juizados Especiais, segundo Abreu (2008, p. 33), além de representar a democratização do acesso à justiça, expande a capacidade do Judiciário de “intervir institucionalmente no plano da sociabilidade”. Pode-se inserir a ampliação da capacidade de intervenção do Judiciário no fenômeno da judicialização das relações sociais,

uma vez que a invasão do direito nos poderes republicanos, no mundo contemporâneo, não se restringe à regulação da esfera política propriamente dita, como também à sociabilidade e às práticas sociais, até mesmo aquelas que eram consideradas como de natureza privada (ABREU, 2008, p. 87).

No Brasil, ainda que o Estado-providência não tenha densidade, a Constituição de 1988 ampliou o rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos de terceira geração, o que gerou expectativas nos cidadãos de verem os seus direitos efetivados. Além disso, a Constituição ampliou a legitimidade para a propositura de ações, como as ações diretas de inconstitucionalidade, “a possibilidade de as associações interporem ações em nome dos seus associados, a consagração da autonomia do Ministério Público e a opção por um modelo público de assistência jurídica e promoção do acesso à justiça” (SANTOS, 2011, p. 25). Desse modo, diante do descumprimento das promessas constitucionais por parte dos sistemas da administração, os cidadãos passaram a recorrer às vias judiciais para alcançar seus direitos, de modo que o sistema judicial é convocado a substituir o sistema da administração pública, que deveria ter realizado as prestações sociais (SANTOS, 2011, p. 26).

Como argumenta Tassinari (2012, p.22), “a judicialização apresenta-se como uma *questão social*”, e independe da vontade do órgão julgante. Ou seja, este fenômeno passa pela ampliação do reconhecimento de direitos, a incapacidade do Estado em efetivá-los, o que gera, como consequência, um incremento do número de litígios, característico de uma sociedade de massas.

Conforme explica Tassinari (2012, p. 43), a judicialização pode ser analisada por duas perspectivas, uma social e outra política, uma vez que “ela emerge tanto de um contexto social de exigência de direitos, bem como de um arranjo político de desídia na implementação destes fora da jurisdição, questões que se imbricam mutuamente”.

Dessa forma, vivencia-se, no cenário contemporâneo, o deslocamento da legitimidade do Estado do Poder Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário, ainda que este deslocamento seja gradual e em alguns países ocorra de modo mais rápido que em outros. Sendo assim, as expectativas concernentes ao cumprimento de direitos e garantias se voltam para o judiciário, de forma que – aos olhos dos cidadãos - ele passa a ser o solucionador dos problemas que o sistema político foi incapaz de resolver (SANTOS, 2011, p. 30).

Só que a expectativa dos cidadãos de que o judiciário resolva todos os problemas é ela própria “uma fonte de problemas” conforme explicita Santos, uma vez que isso gera em torno de três questões: “a questão da legitimidade, a questão da capacidade e a questão da independência” (SANTOS, 2011, p. 30), sem falar na frustração gerada nos cidadãos, ao ver que o judiciário é incapaz de atender as suas elevadas expectativas.

A diminuição da judicialização das relações sociais não depende de medidas adotadas apenas pelo Judiciário. Todos os poderes constituídos devem conjuntamente adotar medidas visando o cumprimento e implementação das promessas constitucionais e, com isso, a diminuição da litigiosidade (TASSINARI, 2012, p. 22)⁸.

g) Juizados Especiais e a razão burocrática

Desse modo, a judicialização da política e das relações sociais em geral, ao mesmo tempo em que prestigia o Poder Judiciário ao estimular discussões vitais para o país, também expõe a incapacidade das outras esferas para solucionarem os seus conflitos. Destarte, tais conflitos, ao serem canalizados para o Judiciário, tornam-no moroso diante da excessiva litigiosidade (LIMBERGER, 2010, p. 217).

Como menciona Limberger ao centrar-se na discussão do direito à saúde, a sociedade brasileira e os poderes públicos são pouco comprometidos com o cumprimento espontâneo dos direitos. Inclusive, não raro, a aposta dos poderes públicos é justamente no seu descumprimento, uma vez que poucas pessoas reclamam a efetivação dos mesmos, e – quando se queixam – a solução muitas vezes é tardia.

⁸ Tassinari (2012, p. 43-44), na sua obra “Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário” diferencia judicialização da política de ativismo judicial, delimitando os marcos conceituais que distanciam os dois modos de compreender a atuação jurisdicional: “(...) à distinção do que se compreende por ativismo judicial, a judicialização não é resultado da atuação de juízes e tribunais, mas ocorre independente disso, de modo contingencial, porque necessária à provocação das instâncias judiciais. Por sua vez, o ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica. Trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício das suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se inexorável (...). Em suma, pode-se afirmar que o ativismo judicial é um problema de teoria do direito. Mais precisamente de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para a interpretação do direito. Vale dizer: é a interpretação um ato de vontade do intérprete ou o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se opera constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação?”

Conforme Limberger (2010, p. 218), o direito à saúde foi alvo de maior debate acadêmico e representou um crescimento em termos de demanda na esfera judicial, motivadas, sobretudo, pela vultosa quantidade de usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) e sua respectiva incapacidade de suprir a demanda existente⁹. Considerando-se a realidade dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, observa-se que as demandas previdenciárias representam uma elevada fração do número de litígios em trâmite nesta via jurisdicional alternativa¹⁰. Na seção judiciária do Rio Grande do Sul, dos 21 Juizados Especiais Federais exclusivos¹¹ existentes, sete são destinados a causas previdenciárias e doze destinados a causas cíveis e previdenciárias. Os outros dois restantes são destinados exclusivamente a causas cíveis. Dos 30 Juizados Especiais Federais adjuntos, dois são exclusivamente destinados a causas previdenciárias, um para causas cíveis e previdenciárias, um para causas criminais previdenciárias e oito possuem competência plena. O restante é destinado a causas cíveis (cinco), causas cíveis e criminais (dois) e causas criminais apenas (onze).

Na seção judiciária de Santa Catarina, dos dez JEFs exclusivos, três são destinados à esfera previdenciária e seis, às esferas cíveis e previdenciárias, enquanto o único restante é destinado exclusivamente à esfera cível. Dos 23 JEFs adjuntos, três são destinados à esfera previdenciária e oito possuem competência plena. Os demais são destinados exclusivamente à esfera cível (três), cível e criminal (um) e criminal (oito).

Já na seção judiciária do Paraná, dos treze JEFs exclusivos, oito são destinados a causas previdenciárias, três a causas cíveis e previdenciárias e um a causas cíveis e outro possui competência plena. Já, dos 27 JEFs adjuntos existentes, quatro são destinados à esfera previdenciária, dois a esfera cível e previdenciária e nove possuem competência plena. Os restantes são destinados à esfera cível (quatro) e cível e criminal (quatro).

⁹ De acordo com Limberger (2010, p. 218), “cerca de 180 milhões de brasileiros são potenciais usuários do sistema. Destes, 2/3 dependem exclusivamente do SUS, quais sejam 118 milhões de pessoas. Estas vultosas cifras estatísticas evidenciam a necessidade de critérios claros para atendimento das demandas existentes e a incorporação de novas tecnologias, na área médica que pautarão novas demandas”.

¹⁰ Os dados a seguir foram disponibilizados pela Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região.

¹¹ Conforme o *caput* artigo 18 da Lei 10.259/2001, “os Juizados Especiais serão instalados por decisão do Tribunal Regional Federal”, devendo-se observar que, no prazo de seis meses, a contar da publicação desta Lei, deveriam ser instalados os Juizados Especiais nas capitais dos Estados e no Distrito Federal, artigo 19 da Lei 10.250/2001. De acordo com o parágrafo único do artigo 18, os Juizados Especiais Adjuntos devem ser instalados “nas localidades cujo movimento forense não justifique a existência de Juizado Especial, cabendo ao Tribunal designar a Vara onde funcionará”. Já, o parágrafo único do artigo 19 versa que “na capital dos Estados, no Distrito Federal e em outras cidades onde for necessário, neste último caso, por decisão do Tribunal Regional Federal, serão instalados Juizados com competência exclusiva para ações previdenciárias”.

Em síntese, dos 44 JEFs exclusivos da 4ª Região, 18 são destinados a causas previdenciárias, 21 destinados a causas cíveis e previdenciárias e um possui competência plena. Já no que concerne aos JEFs adjuntos, dos 80 existentes, nove são destinados a causas previdenciárias, três destinados a causas cíveis e previdenciárias e 25 possuem competência plena. Ou seja, percebe-se a necessidade de um elevado número de JEFs cuja competência englobe demandas previdenciárias.

A previsão do parágrafo único do artigo 19 da lei 10.259/2001 - consistente na possibilidade de se instalar Juizados Especiais com competência exclusiva para ações previdenciárias mediante decisão do Tribunal Regional Federal - justifica-se porque facilita o acesso à justiça aos beneficiários e segurados da Previdência Social, cujas demandas exigem solução urgente, em razão do caráter alimentar destes benefícios (ALVIM, 2011, p. 125).

Considerando isso, assim como Limberger (2010, p. 218) questiona se as estruturas burocráticas aperfeiçoam/democratizam as políticas públicas de saúde e a sua implementação pelo Poder Judiciário, cabe fazer a mesma pergunta com relação às políticas públicas de previdência social. A judicialização das questões previdenciárias ocorre, em grande medida, devido à incapacidade dos órgãos previdenciários em resolver suas controvérsias extrajudicialmente, e uma destas causas pode estar na ausência de autonomia dos procuradores do INSS para conciliarem com os segurados, herança do perfil imperial de Estado. Com base nas lições de Spengler, pode-se dizer que o Executivo – incluindo-se o INSS – foram organizados para atuar dentro de limites estruturais, tecnológicos, pragmáticos e metodológicos que os tornam incapazes de abarcar a complexidade das controvérsias que lhes ocorrem (SPENGLER, 2009, p. 65).

Reconhecendo-se o relacionamento burocrático pelo seu perfil hierárquico, piramidal, vertical e não horizontal, a burocracia, por um lado, pode ser uma forma de obstaculizar as prestações sociais ao submeter o cidadão a um labirinto burocrático kafkaniano, em que os funcionários são meros cumpridores de regras e estão incapacitados de considerar circunstâncias individuais. Por outro lado, sabe-se que a burocracia é necessária, na medida em que ela evita arbitrariedades e tiranias por parte do Executivo.

Desse modo, como bem observa Espindola, a burocracia, compreendida como uma técnica, não pode ser considerada nem boa nem má em si (ESPINDOLA, 2008, p.110-111).

Além disso, não pode ser evitada. Importa, portanto, identificar eventuais patologias ou disfunções na sua estrutura que impeçam a efetivação dos direitos dos cidadãos.

Espindola (2010, p. 218) contrapõe dois referenciais teóricos para pensar o conceito de burocracia: o conceito de burocracia de Max Weber e o conceito de burocracia de Hannah Arendt. Conforme Weber (1997, p. 176), o quadro administrativo burocrático está composto, no seu tipo mais puro, por funcionários individuais, os quais são pessoalmente livres e adstritos aos deveres objetivos do seu cargo. São submetidos a uma rigorosa hierarquia, com competências rigorosamente fixadas por contrato. São contratados de acordo com qualificação profissional que fundamente sua nomeação, ou por provas ou diploma que certifique sua qualificação. E, dentre outras características, trabalham com completa separação dos meios administrativos e sem apropriação do cargo. Assim, munidos de objetividade-neutralidade e de uma estrutura burocrática, o funcionário burocrático presta serviços de forma técnica e alheia às influências de cunho político-partidário.

Se, para Weber, a patologia do modelo burocrático se identifica com a excessiva rigidez (FISS, 2004, p. 175), Hannah Arendt, por outro lado, preocupa-se com a moralidade daqueles que agem dentro da estrutura burocrática (ESPINDOLA, 2008, p. p.113). Para Hannah Arendt, a estrutura burocrática provoca um distanciamento por parte do ser humano, de modo que “a pessoa faça parte de uma engrenagem e cumpra ordens sem questioná-las, isentando-se, assim de qualquer responsabilidade com relação ao resultado final de determinada ação”¹². Ela ocasiona o isolamento do indivíduo em relação ao todo, ou seja, ele

¹² A título de exemplo, este é o caso de Otto Adolf Eichmann, levado a julgamento na Corte Distrital de Jerusalém em 11 de abril de 1961, acusado de cometer crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra durante o período nazista, especialmente durante o período da Segunda Guerra Mundial (ARENDR, 1999, p. 32). Diante destas acusações, Eichmann argumentava que as mencionadas acusações estavam erradas, pois ele nunca havia matado ninguém. Segundo o acusado, ele poderia apenas ser acusado de assistir à aniquilação dos judeus. A acusação afirmava que ele agira de modo consciente, circunstância que ele não negava. Acusava-o também de haver agido por “motivos baixos” e consciente da natureza criminosa dos seus feitos. No que diz respeito a sua consciência, Eichmann esclareceu que apenas tinha consciência pesada quando não desempenhava as funções que lhe haviam ordenado: “embarcar milhões de homens, mulheres e crianças para a morte, com grande aplicação e o mais meticuloso cuidado” (ARENDR, 1999, p. 37). Inclusive, o acusado afirmava que, “pessoalmente”, ele não tinha nada contra os judeus, reportando-se a fatos passados de sua vida em que havia se relacionado bem com os judeus. A partir do exemplo, percebe-se que Eichmann, imerso na burocracia do regime nazista, não era capaz de reconhecer sua responsabilidade pela morte de milhões de judeus, ainda que assumisse abertamente a atividade por ele desempenhada: embarcar homens, mulheres e crianças rumo aos campos de concentração. Por isso, deve-se conferir consistência à crítica à burocracia realizada por Arendt, pois Eichmann, ao atuar como engrenagem do sistema, não se sentia responsável pelo resultado final da sua ação. Ele apenas cumpria as ordens que lhe eram direcionadas, sem questioná-las, conforme se depreende da passagem em que relatou que apenas tinha peso na consciência quando não desempenhava as atividades para as quais era designado. Destarte, não fazia parte das suas

perde “a noção de conjunto, fazendo com que dissocie a sua responsabilidade no resultado final do processo” (ARENDDT, 1999).

Como bem observa Espindola (2008, p. 113), se, em Weber, “a burocratização é a norma pela norma, em Arendt, a burocratização é a norma por ninguém”, uma vez que ela cria um vazio de pensamento e a banalidade do mal.

Correndo-se o risco de toda crítica, os Juizados Especiais Federais parecem sofrer as consequências das patologias burocráticas do INSS apontados por Max Weber e Hannah Arendt. Os funcionários desta autarquia, submetidos a uma excessiva rigidez hierárquica, possuem poderes extremamente restritos para realizar acordos com os seus segurados. Ao funcionarem como uma mera engrenagem do sistema, sua responsabilidade se esvaece, pois perdem a noção de conjunto. Diante da impossibilidade de os segurados resolverem os seus conflitos extrajudicialmente, os JEFs tornam-se uma importante via para absorver estes conflitos. E, ainda, importa dizer que a restrita autonomia dos procuradores ainda se repete no momento da conciliação na esfera judicial.

O excessivo número de litígios previdenciários nos Juizados Especiais Federais deriva de uma ainda incipiente cultura voltada à resolução consensual no tratamento das demandas. Diante dos aspectos multifacetários existentes nas relações sociais atuais, é necessário que o Judiciário não opere somente mediante o mecanismo de um terceiro estranho às partes (juiz). A conciliação consiste em uma importante alternativa rumo a uma mudança paradigmática, dirigida à resolução consensual dos conflitos (SPENGLER, 2009, p. 65).

Esta conduta reforça a responsabilidade dos procuradores e dos juízes, pois ao desempenharem a tarefa de conciliar, passam a encarar o conflito em toda sua complexidade e de modo comprometido com os direitos e garantias dos cidadãos. Desse modo, suas atividades já não são mais exercidas de modo automático, fragmentado e, por isso, desinteressado. A desburocratização do processo, desde que não violado o devido processo legal, evita que a burocracia atue negativamente na sociedade, conforme descreve Arendt.

preocupações e nem de suas responsabilidades o futuro reservado aos judeus após chegarem ao seu destino, ainda que ele não tivesse nenhum motivo “pessoal” para lhes desejar o mal. Mesmo que Eichmann fosse acusado por cumplicidade nos assassinatos e se declarasse culpado, ele provavelmente ainda teceria importantes ressalvas, pois o que ele fizera era crime apenas retrospectivamente. O acusado “sempre fora um cidadão respeitador das leis”, uma vez que sempre executou as ordens de Hitler – detentoras de “força de lei” no Terceiro Reich - da melhor forma que pôde (ARENDDT, 1999, p. 35).

De acordo com Alvim (2011, p. 39), a conciliação deve ser compreendida

como uma mera forma de *desarmar* e *apaziguar* espíritos contraditórios, em benefício deles próprios e da paz social. Quando se tem uma conciliação bem conduzida, os contendores saem da audiência dispostos a cumprir o acordo, deixando para trás as mágoas alimentadoras de novos conflitos; quando se tem uma conciliação mal conduzida, não só os contendores se mostram predispostos a não cumprir o acordo, como saem dela imbuídos do propósito de na primeira oportunidade conduzir o seu adversário às barras do tribunal.

Nesse contexto, é necessário delimitar teoricamente a conciliação. Conforme Bolzan de Moraes e Spengler (2008, p. 126), a mediação e a conciliação fazem parte dos modelos autônomos de solução dos conflitos. Tais modelos buscam oportunizar a aproximação dos oponentes com vistas à “(re)elaboração da situação conflitiva” sem que tal situação venha prévia e formalmente delimitada por uma norma jurídica. Ou seja, os conflitos não são resolvidos mediante intervenção externa do Estado-Juiz ou do árbitro, responsável por impor uma sentença¹³.

Os modelos autônomos de solução de controvérsias visam oportunizar que as partes confrontem pretensões, interesses, dúvidas, perplexidades a fim de que cheguem a uma solução consensuada. O processo é mediado por um terceiro, “cujo papel é o de facilitar intercâmbios, e não o de ditar a resposta (sentença)” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 126). Nesse contexto, a conciliação se apresenta como uma possibilidade de se chegar voluntariamente a um acordo, mediado por um terceiro que atua de forma oficiosa e

¹³ Os tradicionais métodos de tratamento de controvérsias dividem-se em métodos heterônomos e métodos autônomos de solução de controvérsias. Aos primeiros, vinculam-se “o da jurisdição estatal, onde o Estado-Juiz decide coercitivamente a lide, e a arbitragem – retomada pela Lei 9.307/96 – na qual a um terceiro – árbitro ou tribunal arbitral -, escolhido pelas partes, é atribuída a incumbência de apontar o tratamento para o conflito que as (des)june”. Dessa forma, tanto a jurisdição estatal, como a arbitral são reconhecidas como heterônomas porque atribuem a um terceiro o “poder de dizer/ditar a solução/resposta”, ou por meio do monopólio público-estatal, ou por meio da designação privada. E esta é a diferença crucial entre ambas: a jurisdição estatal se materializa como uma atribuição do Estado, a que os sujeitos da lide estão submetidos, de modo que passarão por um procedimento que obedeça às regras de competência expressas nas leis processuais. Na arbitragem, por outro lado, as partes escolhem o indivíduo ou tribunal (arbitral) a que se sujeitarão, cabendo a este terceiro ditar a resposta para o conflito (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 125-126). As formas autônomas de solução de conflitos serão explicadas no corpo do texto.

desestruturada. O conciliador tem como responsabilidade dirigir o diálogo, sem, contudo, assumir uma postura ativa¹⁴.

A Procuradoria Federal Especializada – INSS, inserida no Projeto de Redução das Demandas Judiciais, apresenta o Manual de Conciliação¹⁵, de 2009. Esta iniciativa parte da assunção de uma postura proativa por parte do INSS, no sentido de reduzir o número de demandas e de aprimorar o controle da legalidade na concessão judicial dos benefícios. Conforme disposto no manual, a busca pela solução consensual dos conflitos objetiva reconstruir uma “relação deteriorada e acirrada pela existência de uma contenda, traduzida em uma demanda judicial”.

Nesse sentido, para o INSS, o principal objetivo da conciliação é reduzir os prejuízos de uma eventual condenação. Ademais, a conciliação traz benefícios à parte autora e ao Poder Judiciário. Para a parte autora, diante da possibilidade de implantação ou revisão imediata dos benefícios devidos, diminui-se o tempo para resolver o conflito. No âmbito do Poder Judiciário, haverá redução do montante de demandas represadas, além da diminuição do número de audiências e de julgamentos de recursos nas Turmas Recursais e Tribunais.

Assim sendo, o INSS deixa de ser considerado um réu que dificulta a solução dos conflitos, atuando deliberadamente contra os fatos e o Direito, e passa a ser visto com confiança e respeito pelo Poder Judiciário e pela sociedade em geral. Tal conduta caminha para uma revolução paradigmática, pois o INSS abandona sua condição de litigante habitual ao assumir uma postura consensual.

Contudo, embora a procuradoria federal especializada – INSS venha reunindo esforços para assumir esta nova postura, tal mudança ainda não é uma realidade, a julgar pelo elevado número de JEFs especializados em causas previdenciárias. Ainda, não se pode ignorar a ausência de uma cultura conciliatória no Poder Judiciário, em geral, como também nos Juizados Especiais Federais, em sentido restrito. Esta conjuntura aponta um dos problemas vivenciados pelas vias jurisdicionais alternativas no cenário atual.

¹⁴ A mediação, por sua vez, consiste em um procedimento em que não há adversários, de modo que cabe a um terceiro neutro ajudar as partes a se encontrarem, buscando-se um resultado que seja mutuamente aceitável. A atuação do mediador é estruturada, com vistas a facilitar a comunicação entre os envolvidos (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 126-127).

¹⁵ O Manual de Conciliação está disponível em: <<http://www.espacosaude.org.br/site/wp-content/uploads/Manual-de-Concilia%C3%A7%C3%A3%E2%80%8Bo-da-Procurador%E2%80%8Bia-Federal-Especializ%E2%80%8Bada-INSS.pdf>>. Aceso em: 10/01/2013.

f) Juizados Especiais e morosidade

Ainda assim, a existência dos Juizados Especiais como um canal de aproximação da população com o judiciário através de “procedimentos informais, rápidos e com custos mais baixos para a solução dos conflitos sociais” pode ser um importante meio para a realização material do regime democrático. A solução dos conflitos de modo célere e orientado à construção de respostas consensualmente elaboradas constitui uma importante via para a realização da cidadania.

Contudo, há que se perguntar se os critérios acima mencionados - também denominados pela doutrina como princípios informadores dos Juizados Especiais - vêm sendo interpretados/aplicados apenas para atender a uma demanda por eficiência; ou se por outro lado, são interpretados/aplicados buscando a prestação jurisdicional efetiva, de modo a simplificar o acesso à justiça aos cidadãos e a efetivar as garantias constitucionalmente asseguradas.

Considerando os impactos negativos causados pela morosidade na resolução dos conflitos, a busca pela celeridade, em uma primeira análise superficial, torna-se o critério mais adequado para avaliar o desempenho do sistema de justiça. No entanto, é preciso cuidado. Nem sempre a celeridade está diretamente e imediatamente relacionada à qualidade e eficácia do funcionamento dos tribunais (SANTOS, 2011, p. 41).

Se, por um lado, busca-se a diminuição dos atrasos na prestação jurisdicional, por outro, é preciso saber que tal objetivo é muito diferente de uma “eliminação pura e irracional” destes atrasos (SANTOS, 2011, p. 41). Com base nisso, deve-se fazer a distinção entre morosidade sistêmica e morosidade ativa. A primeira delas é originada pela sobrecarga de trabalhos, pela excessiva burocracia, pelo positivismo e pelo legalismo, conforme explica Santos (2011, p. 42).

Já a morosidade ativa refere-se às “situações de processo ‘na gaveta’”, pois, diante de conflitos de interesse, os envolvidos e responsáveis se utilizam de todos os tipos de mecanismos protelatórios que estejam ao seu alcance. Desse modo, resta claro que tais atrasos pouco têm a ver com a burocracia, mas sim com a ausência dela, compreendendo-a como eficaz e independente, no sentido weberiano do termo. (SANTOS, 2011, p. 47-48).

Contra a morosidade sistêmica, no Brasil, podem-se verificar diversos projetos direcionados a sua redução, como a instituição de metas¹⁶ pelo Conselho Nacional de Justiça, o “Movimento pela Conciliação”¹⁷, bem como as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional número 45, cujo conteúdo vem marcado pela preocupação com a eficiência. Desse modo, faz-se necessário acompanhar tais projetos para saber se estão sendo eficazes ou se, ao contrário, tem ocasionado efeitos perversos. Conforme Santos (2011, p. 43), embora os projetos apresentem reformas rumo a uma justiça mais rápida, isto não quer dizer que ela se torne mais cidadã. A revolução democrática da justiça requer não apenas celeridade (quantidade da justiça), como também responsabilidade social (qualidade da justiça).

Ost (2001, p. 364) atenta para os múltiplos efeitos ocasionados pela urgência. Primeiramente, a urgência possibilita a transferência de competência, como do legislador e do juízo para o executivo, por exemplo. Em segundo lugar, a urgência justifica a simplificação dos procedimentos, a abreviação dos prazos e a possibilidade de contornar as formas, bastando unir à instrução acelerada e simplificada dos processos de recursos, ao caráter executório das decisões tomadas pelo juiz de urgência. Em terceiro, a urgência ocasiona mudança nas competências clássicas, criando-se outras que, se não fosse o seu caráter de circunstância excepcional, teria, em outros tempos, sua ilegalidade constatada.

Nesse sentido, se, outrora, a urgência era remédio para períodos de crise, em que as medidas eram destinadas a preservar um direito, temporizar um interesse, vigendo pelo tempo necessário para regressar à situação de normalidade, hoje – das medidas de conservação – passamos às medidas de execução, assumindo as mesmas um caráter definitivo, assunto que será discutido ao longo do trabalho.

Por último, ainda há que se mencionar o quarto efeito, reconhecido por Ost (2001, p. 365) como o de abrandamento da norma. Este efeito possibilita ajustes à legalidade, tanto em termos processuais como substanciais. Os textos que regulamentam medidas de urgência são aplicados na prática sem critérios de rigor: as interpretações judiciais são flexíveis, os textos estão sujeitos a incessantes modificações e a práticas normativas extensivas. Em linhas gerais, “tudo se passa como se, uma vez afrouxado o torno da juridicidade e consagrados diversos tipos de poderes especiais, o não-direito penetrasse precipitadamente nas instruções e

¹⁶ Para conhecimento do Programa de Metas instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, acessar: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>.

¹⁷ Para maior aprofundamento acerca do Movimento pela Conciliação, acessar: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/artigo_01.pdf>.

comportamentos” (OST, 2001, p. 365), circunstância que se agrava diante da ampliação dos poderes do juiz presente nos Juizados Especiais, em que cabe ao juiz conduzir o procedimento da forma como lhe pareça mais adequada, com base nos critérios norteadores desta via (celeridade, oralidade, simplicidade, informalidade, entre outros).

Não se duvida de que a celeridade é um fator para qualidade da prestação jurisdicional. Sabe-se, por vezes, que a lentidão excessiva também é sinal de impotência e de má-fé, como mencionado anteriormente a respeito da morosidade ativa. Com base nisso, a urgência não deixa de consistir em uma importante medida!

Contudo, deve-se priorizar um modelo de justiça cidadã, de maneira que uma justiça rápida não possa ser um valor por si só. Inclusive, como explica Santos (2011, p. 44), “a justiça tende a ser tendencialmente rápida para aqueles que sabem que previsivelmente a interpretação do direito vai no sentido que favorece os seus interesses”.

Talvez, tenha razão Ost (2001, p. 36) quando questiona se “apreender o instante”, hoje, deveria significar “dar tempo ao tempo”. É preciso saber se, diante da aceleração e de uma mudança radicalizada, deveríamos, por outro lado, assumir que a “verdadeira alternativa” seria a “capacidade para a lentidão”. Em outras palavras: “contra a tirania da urgência e a cultura da impaciência, seria preciso então recordar que a democracia, sobretudo associativa, dá tempo ao tempo – o tempo da informação, o da concertação, o da deliberação virtualmente infinita” (OST, 2001, p. 36).

Como bem desenvolve Ost (2001, p. 36), em oposição às limitações administrativas de um executivo comprometido com expedientes e contrariamente às súmulas de uma justiça moldada pela mídia, é preciso resgatar a importância da “democracia contínua”. Isto é, precisa-se resistir às tentações da “justiça-espectáculo” e da “democracia-plebiscitária”, seja concentrando na importância da construção do diálogo entre os cidadãos em períodos que transcendem àqueles destinados às eleições, seja reforçando as virtudes do processo: lento porque amparado no diálogo.

Além disso, deve-se reforçar a importância dos controles de legalidade, bem como de constitucionalidade, com o objetivo de revelar que a eficácia não é o único princípio a guiar as ações públicas. Em linhas gerais, pode-se dizer que “ser hoje inactual, no sentido em que

Nietzsche o entendia – isto é, intempestivo e criador, livre em suma - é reivindicar o direito à lentidão” (OST, 2001, p. 37).

Desse modo, “uma interpretação inovadora, contra a rotina, mas socialmente mais responsável, pode exigir um tempo adicional de estudo e de reflexão” (SANTOS, 2011, p. 44). Nesse sentido, como será retomado ao longo da pesquisa, os critérios de qualidade e de quantidade, para serem conciliados, necessitam de reformas legislativas, de organização e de gestão que superem o paradigma do Estado-empresário, isto é, aquele que submete a “administração pública a critérios de eficiência, eficácia, criatividade, competitividade e serviços próprios do mundo empresarial” (SANTOS, 2011, p. 46).

g) Principais inquietações

Nesse momento, faz-se, então, oportuno explicitar as principais inquietações que permeiam este trabalho no que diz respeito à instituição das vias jurisdicionais alternativas.

Por um lado, há uma corrente teórica encabeçada por autores como Luiz Werneck Vianna e José Murilo de Carvalho, que reconhece como democratização do acesso à justiça a popularização da justiça, de modo que um maior número de pessoas possa acessá-la. Ainda, para esta corrente, a participação da comunidade na solução dos conflitos judiciais também representa uma das formas de ampliação do acesso à justiça.

Nesse contexto, “os juizados especiais, ao utilizarem métodos informais e mais rápidos baseados na oralidade e na economia processual, fazem parte do processo de democratização do sistema de justiça que teve início com a emergência dos direitos difusos” (CUNHA, 2008, p. 11). Ademais disso, os autores que se vinculam a este posicionamento compreendem a participação da comunidade mediante juízes leigos e conciliadores como um incremento dos mecanismos de participação democrática.

Por outro lado, outros autores que seguem os estudos de Boaventura de Sousa Santos acreditam que as mudanças no ordenamento jurídico são pontuais e estão comprometidas com a recuperação da imagem dos Poderes Legislativo e Judiciário, tendo em vista o cenário de crise destas instituições frente à inefetividade dos direitos constitucionalmente assegurados. Argumentam que os Juizados Especiais fazem parte de um projeto de auto-reforma do Judiciário, sem mobilização da sociedade civil e sem o Judiciário haver vivenciado as duas “ondas” anteriores, que precedem a de ampliação do acesso à justiça (CUNHA, 2008, p. 12).

Dessa forma, tal conjuntura explicaria o motivo pelo qual os Juizados Especiais “estariam ‘contaminados’ pelos mesmos problemas que afetam o juízo comum, sem representar uma verdadeira ampliação do acesso à justiça” (CUNHA, 2008, p. 12). Argumenta-se que eles surgem para atender a uma demanda por modernização e descentralização do Judiciário, guiado pela crise da justiça nos anos 80. Nessa esteira, se as áreas tradicionais e formais do campo jurídico não tiverem o seu acesso ampliado e continuarem sujeitas a uma burocracia extremamente morosa e à violência, não terá ocorrido a democratização do acesso à justiça. Nesse contexto, esta garantia não terá correspondência com a realidade do judiciário brasileiro e constituirá apenas uma ilusão (CUNHA, 2008, p. 12).

Há outra vertente, representada por Kim Economides, que acredita que a informalização da justiça busca o “barateamento” dos serviços jurídicos, tendo em vista o crescimento desenfreado dos litígios no cenário democrático¹⁸. Tal situação estaria presente não só nos países em desenvolvimento, mas em grande parte das democracias ocidentais, incluindo aquelas pertencentes aos países economicamente mais desenvolvidos. Nesse contexto, a presente pesquisa busca inserir o estudo dos Juizados Especiais Federais nesta discussão, cujo projeto de lei nasceu dentro da magistratura federal (ECONOMIDES, 1997, 1-17).

Tendo em vista os problemas que esta esfera jurisdicional tem enfrentado diante do desmesurado aumento das demandas, o afogamento da sua complexa cadeia recursal, bem como seu excessivo congestionamento – em um panorama geral – percebe-se nos Juizados Especiais Federais uma ausência de cultura de Juizados propriamente dita¹⁹, pautada por uma

¹⁸ Segundo Economides (1997), “a principal determinante da política governamental parece ser a busca de novos meios de reduzir os custos da oferta de serviços jurídicos que, na maioria dos países, vêm crescendo descontroladamente”. Desse modo, o autor afirma que, na Inglaterra e no País de Gales, por exemplo, as despesas com assistência jurídica cresceram exponencialmente, conjuntura que estimulou a busca por serviços judiciais alternativos, justiça informal e resolução alternativa dos conflitos, entre outros meios direcionados à redução de despesas. Em razão do objetivo primordial das reformas de acesso à justiça estarem direcionadas ao “barateamento” da prestação jurisdicional, Economides questiona se elas não estão, por isso, condenadas ao fracasso, bem como questiona se são irrelevantes para a busca de concepções mais profundas de justiça.

¹⁹ A crítica relativa à ausência de “cultura de Juizados” propriamente dita também se relaciona ao forte apego à cultura de procedimento ordinário nesta via jurisdicional alternativa. Por não haver um aprofundamento referente à função conciliatória, como será visto ao longo do trabalho, colabora-se para que haja um maior número de processos tramitando na via recursal. Nesse contexto, há o desvirtuamento dos propósitos dos Juizados, cujo mote é realizar uma prestação jurisdicional de modo mais próximo aos cidadãos. Com base nos ensinamentos de Baptista da Silva (2006, p. 239-242), os recursos reforçam o viés autoritário do procedimento ordinário, pois – no ponto mais elevado da escala - o sistema político abre mão dos recursos, enquanto os magistrados situados nas

compreensão constitucional dos critérios que tornam o procedimento uma experiência singular: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, de modo a buscar, sempre que possível a conciliação ou a transação.

Pelo que se depreende da Exposição de Motivos²⁰ da lei que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, a instituição dos JEFs está direcionada a “simplificar o exame dos processos de menor expressão econômica, facilitando o acesso à justiça e o ressarcimento das partes menos favorecidas nas disputas contra a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais”. Simplificando-se o rito, os litígios poderão ser solucionados rapidamente, “sem a necessidade de precatórios para a quitação de eventuais débitos”.

De acordo com a Exposição de Motivos, na esfera penal, tramitarão nos JEFs infrações de menor potencial ofensivo: aqueles crimes cuja pena máxima privativa de liberdade correspondente não seja superior a dois anos, ou corresponda a pena de multa. Ao descrever os aspectos positivos da lei, a Exposição de Motivos afirma que a iniciativa facilitará a tramitação das causas previdenciárias, e contribuirá para desafogar a Justiça Federal tanto de primeiro, como de segundo grau e “propiciará o atendimento da enorme demanda reprimida dos cidadãos”, impossibilitados de recorrer à justiça diante de fatores como custos elevados e morosidade decorrente do elevado número de processos em tramitação.

Embora se reconheça a importância da motivação que ensejou a criação dos JEFs - podendo ser ela 1) descongestionamento da Justiça Federal 2) a busca pela restauração da imagem do Poder Legislativo e Judiciário diante do descumprimento de direitos constitucionalmente assegurados, 3) redução dos custos dos serviços jurídicos para o Estado – deve-se ter em mente que os JEFs podem ser um relevante meio de ampliação do acesso qualificado à justiça, desde que suas leis e procedimentos sejam corretamente

instâncias inferiores - que participaram da instrução probatória e tem, por isso, melhores condições de analisar os pormenores do caso concreto - são privados do poder decisório e infernizados por uma extensa cadeia recursal. Se Baptista da Silva direcionou estas críticas ao procedimento ordinário, elas parecem ser ainda mais pertinentes para os JEFs, cujo procedimento deve se pautar pela informalidade, celeridade, simplicidade, oralidade, consensualidade – interpretados e aplicados à luz dos preceitos constitucionais. Como bem observa Baptista da Silva (2006, p. 242), embora aqueles que lidam com o direito saibam que os recursos são uma das principais causas referentes à morosidade da prestação jurisdicional, “ninguém parece estar disposto a revisá-los”, circunstância que se torna ainda mais delicada ao se estar diante dos JEFs.

²⁰ Para maior aprofundamento, consultar:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=65230>

interpretados/aplicados à luz dos preceitos constitucionais, e não visando pura e exclusivamente a eficiência.

Se, de um lado, suas (reais) motivações podem explicar o relativo insucesso desta experiência, por outro lado, deve-se saber que tal insucesso pode ter o seu destino mudado. Contudo, antes, necessário é haver uma adequada compreensão do modo como deve funcionar esta via jurisdicional alternativa, bem como, um estudo crítico da estrutura e funcionamento dos Juizados Especiais Federais, questionando-se, a todo tempo, se tal esfera jurisdicional tem se pautado pela democratização do acesso qualificado à justiça e à efetivação da Carta Constitucional de 1988 ou se isto faz parte apenas do seu discurso aparente, que acoberta o fato de os JEFs estarem entregues ao eficientismo neoliberal. E, para que tal questionamento seja esclarecido, antes, faz-se necessário saber o que o trabalho compreende como modelo econômico-jurídico neoliberal.

1.1 “SOCIEDADE EMPRESARIAL E SOCIEDADE JUDICIÁRIA”: UM NOVO MODELO DE AÇÃO GOVERNAMENTAL

Quando nos perguntamos acerca do neoliberalismo contemporâneo, identificamos, geralmente, três tipos de resposta (FOUCAULT, 2008, p. 179). A primeira delas parte do ponto de vista econômico e refere que o neoliberalismo nada mais é do que a “reativação de velhas teorias econômicas já surradas”. A segunda resposta parte do ponto de vista sociológico, cuja abordagem define o neoliberalismo como um fenômeno que instaura na sociedade relações estritamente mercantis. A terceira, e última, é aquela que parte do ponto de vista político, e afirma que o neoliberalismo consiste em uma “intervenção generalizada e ativa do Estado”, sendo tal intervenção “tanto mais pesada quanto mais insidiosa e quanto mais se mascarar sob os aspectos do neoliberalismo” (FOUCAULT, 2008, p. 179-180).

Considerando tais respostas, Foucault (2008, p. 180) argumenta que elas fazem parecer que o neoliberalismo é absolutamente nada. E, se não fazem com que ele pareça absolutamente nada, fazem ao menos parecer que ele é “a mesma coisa de sempre”, só que piorada. Explicando-se melhor, o neoliberalismo seria um “Adam Smith apenas um pouco reativado”, de acordo com a primeira resposta; ou a mesma sociedade mercantil cujo livro I do Capital havia transcrito e denunciado, de acordo com a segunda resposta; ou a

“generalização do poder de Estado, isto é, a Soljenitsin em escala planetária”, de acordo com a terceira resposta (FOUCAULT, 2008, p. 180).

Tendo em vista as três matrizes críticas analíticas acima mencionadas - representadas sinteticamente por “Adam Smith, Marx, Soljenitsin, *laissez-faire*, sociedade mercantil e sociedade do espetáculo, universo concentracionário e Gulag” - Foucault (2008, p. 180) elucida que abordar o neoliberalismo a partir de tais perspectivas, simplesmente repete as críticas que vem sendo feitas nos “últimos duzentos, cem, dez anos”. Por isso, na obra Nascimento da Biopolítica, o intento de Foucault (2008, p. 180) é demonstrar que o neoliberalismo está distante de ser absolutamente nada. Ele certamente é alguma coisa, e alguma coisa diferente destas outras coisas ora descritas.

Se for importante fazer análises históricas, consistentes em reconstruir certas práticas, formas de certas instituições, que se deram em um momento específico e em uma localidade determinada, isto não quer dizer que o que foi, é o mesmo que é agora. Ou seja, não se pode “laminar o presente numa forma reconhecida do passado, mas que valeria no presente” (FOUCAULT, 2008, p. 181). Conforme explica Foucault, “o problema é deixar agir o saber do passado sobre a experiência e a prática do presente” (FOUCAULT, 2008, p. 180-181). É de acordo com este pensamento que se deve distinguir o neoliberalismo das críticas feitas a partir de “matrizes históricas pura e simplesmente transpostas”.

O problema do neoliberalismo, portanto, não é o mesmo problema do liberalismo em Adam Smith do século XVIII, cuja preocupação era saber como em “uma sociedade política já dada, era possível recortar, arranjar um espaço livre que seria o do mercado” (FOUCAULT, 2008, p. 181). Segundo Avelãs Nunes (2011, p. 6), Adam Smith acreditava que a economia acontecia conforme *leis naturais*, tais quais as leis naturais da Física. Com base nisso, afirmava que a vida econômica fluiria harmoniosamente desde que se deixasse que ela percorresse o seu curso natural, isto é, desde que ela não sofresse intervenções.

No neoliberalismo, busca-se saber “como se pode regular o exercício global do poder político com base nos princípios de uma economia de mercado” - desafio que se distancia radicalmente daquele próprio ao do liberalismo do século XVIII. Para que isso fosse possível, ou seja, para que os neoliberais pudessem descobrir até que ponto os princípios formais próprios da economia de mercado podiam indexar uma arte geral de governar, o liberalismo clássico teve de passar por alterações (FOUCAULT, 2008, p. 180).

Desse modo, entre a política do *laissez-faire* e a política neoliberal há uma mutação importantíssima: o que importa não é deixar a economia livre, o que realmente importa é até onde os poderes de informação políticos e sociais da economia de mercado vão poder se estender. Nessa perspectiva, os neoliberais alemães realizam certo número de deslocamentos, de transformações e inversões da doutrina liberal tradicional, para que seja possível afirmar que a economia de mercado tenha o poder de enformar o Estado e reformar a sociedade (FOUCAULT, 2008, p. 160).

No liberalismo do século XVIII, o princípio do mercado era a troca: uma troca livre entre os parceiros que “estabelecem por sua própria troca uma equivalência entre dois valores”. Limitava-se o Estado para que então fosse possível que a equivalência dos preços fosse factualmente uma equivalência, alcançando-se, desse modo, um mercado válido. Demandava-se do Estado apenas que ele atuasse na produção, com intuito de que a propriedade privada dos meios de produção fosse assegurada.

Para os neoliberais, no entanto, o essencial do mercado reside na concorrência, o que, segundo Foucault (2008, p. 161), não passa de uma simples evolução do pensamento da doutrina e da teoria liberais no decorrer do século XIX. Em praticamente toda teoria liberal do fim do século XIX, admite-se que o essencial está na concorrência, ou seja, na desigualdade e não na igualdade. A partir daí, é a concorrência/monopólio que constituirá a espinha dorsal da teoria da economia de mercado.

Mas afinal, o que é a concorrência? Foucault (2008, p. 163) responde que ela “não é de modo algum um dado natural. A concorrência é um *eîdos*. A concorrência é um princípio de formalização. A concorrência possui uma lógica interna, tem sua estrutura própria”. Desse modo, ela só ocorre se a sua lógica for observada, pois ela consiste em um “jogo formal de desigualdades”, e não em um jogo natural dos instintos e dos comportamentos, como explica Foucault.

Como uma estrutura formal não acontece naturalmente sem um certo número de condições, a concorrência, como jogo formal, só aparecerá e produzirá os seus efeitos mediante uma preparação cuidadosa e artificialmente preparada e nisto consiste o ponto fulcral, bem ilustrado com a seguinte passagem:

não haverá o jogo do mercado, que se deve deixar livre, e, depois, a área em que o Estado começará a intervir, já que precisamente o mercado, ou antes a concorrência pura, que é a própria essência do mercado, só pode aparecer se for produzida, e produzida por uma governamentalidade ativa (FOUCAULT, 2008, p. 164-165).

Para alcançar-se a almejada concorrência, vai haver uma “justaposição total dos mecanismos do mercado indexados à concorrência e da política governamental” e o governo acompanhará do início ao fim a economia de mercado. A política social, de cunho permanente e multiforme, não será contra a economia de mercado: ela será condição de possibilidade para que o mecanismo formal da concorrência aconteça, isto é, para que “a regulação que o mercado concorrencial deve assegurar possa se dar corretamente”, de modo que os efeitos negativos inerentes a uma ausência de concorrência sejam impedidos (FOUCAULT, 2008, p. 222). Desse modo, o Estado se torna uma peça chave, senão como agente direto, como complemento, sócio e, sobretudo, como um elemento catalizador e promotor dos interesses do mercado (EZCURRA, 2007, p. 88).

O governo neoliberal deve ser, portanto, extremamente vigilante e ativo e atuar de dois modos diversos: mediante ações reguladoras e ações ordenadoras. O principal objetivo da primeira delas seria a estabilidade dos preços. Isto é, embora os preços possam variar, deve haver o controle da inflação. Tendo em vista ser este o principal objetivo das ações reguladoras, observa-se que todos os demais objetivos que não digam respeito à busca pela estabilidade dos preços são relegados a segundo plano e aparecem “a título, de certo modo, adjacente”, nas palavras de Foucault (2008, p. 189-190).

Considerando isto, quaisquer outros objetivos que versem, por exemplo, sobre a manutenção do poder aquisitivo, a manutenção do pleno emprego, ou o equilíbrio da balança de pagamentos sempre constituirão questões não prioritárias. Conforme Foucault (2008, p. 191), “não se deve, de maneira nenhuma, numa situação de desemprego, qualquer que seja a taxa de desemprego, intervir diretamente ou em primeiro lugar sobre o desemprego”, pois o pleno emprego não consiste em um ideal político e econômico a ser perseguido independentemente das circunstâncias. Avelãs Nunes (2011, p. 129) aponta que o ideário neoliberal não tem por objetivo a redução das desigualdades em nome de ideais como a equidade e a justiça. Inclusive, as políticas sociais cujos escopos são a realização da justiça distributiva são sempre mal recepcionadas, uma vez que são interpretadas como “atentatórias à liberdade individual”.

Explicado o que são as ações reguladoras, cabe agora esclarecer o que são as ações ordenadoras. Tais ações são aquelas que intervêm nas condições do mercado, mas nas condições de cunho mais geral, mais estrutural e mais fundamental – de maneira que o modo de atuação das ações ordenadoras seja significativamente diferente daquele das ações reguladoras. Antes de explicar no que consistem as ações ordenadoras, é preciso sempre se ter em mente que - embora o mercado seja um regulador econômico e social geral - isto “não quer dizer, entretanto, que ele é um dado natural que pode ser encontrado na base da sociedade” (FOUCAULT, 2008, p. 192).

Destarte, o mercado consiste em “uma espécie de mecanismo sutil muito seguro”, desde que funcione bem e não seja perturbado. É por isto que a principal preocupação da intervenção governamental, no que concerne às ações ordenadoras, centra-se nas condições para a existência do mercado, a que os neoliberais alemães denominam como “moldura”, (FOUCAULT, 2008, p. 192). Mas o que é uma política de “moldura”? Foucault narra um ilustrativo exemplo sobre o problema da agricultura europeia em meados de 1952, sendo importante trazê-lo, ainda que de modo sintético, objetivando compreender o modo como ocorre este tipo de ação governamental. Depois, será trazido um exemplo pertinente à pesquisa.

Conforme explica Foucault (2008, p. 192), a maioria das agriculturas europeias, por volta de 1952, a bem da verdade, “nunca foram integradas normalmente, completamente, exaustivamente à economia de mercado”. Isto ocorreu em razão das proteções aduaneiras, que - sob o ponto de vista da existência de diferentes técnicas entre as regiões e, inclusive, pela insuficiência técnica – tornaram-se essenciais. Segundo o autor, estas diferenças e insuficiências técnicas estavam umbilicalmente ligadas ao problema da superpopulação. Por isso, a inserção de aperfeiçoamentos técnicos não era recomendável, uma vez que tornaria ociosa uma significativa parcela da população que vivia no campo.

Desse modo, caso se quisesse, definitivamente, integrar a agricultura à economia de mercado, seria necessário agir sobre dados não diretamente econômicos, mas indispensáveis a uma eventual economia de mercado. Nesse contexto, a intervenção não consistiria em atuar sobre os preços, por exemplo, dado diretamente econômico. Seria preciso atuar na “moldura”. Diante da expectativa de inserção integral da agricultura na economia de mercado, caberia à política de “moldura” atuar sobre a população, pois ela era extremamente numerosa. Uma

possível saída para este problema seria realizar intervenções que estimulassem a migração das pessoas.

Como menciona Foucault (2008, p. 193), também seria necessário intervir na técnica, de modo a aperfeiçoá-la, disponibilizando adubos de maior qualidade, melhores ferramentas, um curso de formação para os agricultores, entre outras medidas. Seria necessário atuar sobre o regime jurídico das terras, de modo a regulamentar o arrendamento de terras, a instituição de sociedades por ação na agricultura, etc. Mais que isso, seria de considerável importância modificar a alocação dos solos, sua extensão, o modo de exploração dos recursos disponíveis.

Mediante este exemplo, observa-se que - embora estas ações não estejam diretamente relacionadas à economia, ou seja, não estejam englobadas por “mecanismos específicos do mercado” - elas se tornam condição de possibilidade para que a agricultura funcione no mercado. Nesse sentido, segundo Foucault (2008, p. 193), “a ideia não era: dado o estado de coisas, como encontrar o sistema econômico capaz de levar em conta os dados básicos próprios da agricultura europeia?”.

Pergunta-se de outra forma: considerando-se que o processo de regulação econômico-jurídico tem de ser o mercado, de que modo é possível “modificar essas bases materiais, culturais, técnicas, jurídicas que estão dadas na Europa?”. Ou seja, atua-se na “moldura” para que o mercado possa intervir, pois, lembre-se: o mercado não é um dado natural. A partir deste exemplo, observa-se que a atuação governamental ocorre discretamente nos “processos econômicos propriamente ditos”, enquanto que a atuação governamental englobada por ações não estritamente econômicas, ou seja, aquelas que ocorrem na “moldura”, no âmbito social (demografia, dados técnicos, jurídicos, educacionais), são maciças (FOUCAULT, 2008, p. 193-194).

Para o que interessa a este trabalho, torna-se oportuno referir, neste momento, o Programa Nacional de Desburocratização, cujo viés neoliberal já foi afirmado no início do primeiro capítulo. Este Programa, também responsável por motivar a criação dos Juizados de pequenas causas, consiste em um exemplo de ação ordenadora, tal qual o exemplo trazido por Foucault. Os documentos anteriormente discutidos de autoria dos coordenadores do Programa defendem a necessidade de se desestatizar o país em favor da iniciativa privada. Contudo, as empresas estatais devem permanecer presentes nos setores de base, pois as empresas privadas necessitam dos seus serviços. Por outro lado, deve-se desburocratizar e desregulamentar, pois

a excessiva burocracia e a excessiva quantidade de regulamentos afastam os investimentos, de modo a tornar o país pouco atrativo. Por fim, o judiciário - compreendido como um prestador de serviços - deve atuar de modo rápido, barato e eficiente, objetivo que, não por acaso, deu origem ao anteprojeto dos Juizados de pequenas causas. Vê-se aqui uma intervenção maciça do Estado na “moldura”, ou seja, nas condições que permitam o bom funcionamento do mercado.

Destarte, parece que a pergunta feita acima é também oportuna para este caso: considerando o processo de regulação econômico-jurídico do mercado, de que modo é possível modificar as bases jurídicas e estatais no Brasil para que se adequem a este processo? Ou melhor: considerando que o modelo econômico-jurídico neoliberal somente funciona amparado nos valores previsibilidade, eficiência, transparência e segurança, de que modo é possível alterar as bases jurídicas que estão dadas? E esta pergunta parece ser uma constante no contexto brasileiro, diante do Programa de Metas estabelecido pelo CNJ, o Movimento pela Conciliação, a Emenda 45, e, por fim, os Juizados Especiais Federais. Tais projetos têm como objetivo transformar a realidade de modo a dar normatividade à Constituição. Contudo, diante da permanência dos problemas os quais tais projetos se propunham a resolver, talvez seja oportuno questionar se há outros objetivos encobertos sob o manto da busca por uma justiça mais célere (como se a morosidade fosse o único problema da justiça). Estas questões serão trabalhadas mais detalhadamente ao longo da pesquisa. Cabe aqui somente gerar esta inquietação no leitor.

Dando-se continuidade, outro aspecto a ser destacado no neoliberalismo, é aquele que diz respeito à política social. Em uma economia cujo modelo é o de bem-estar, a política social faz o contraponto aos “processos econômicos selvagens” que trazem como consequência, entre outras, a acentuação das desigualdades sociais. Desse modo, a política social no estado de bem-estar busca “a socialização de certos elementos de consumo”, como consumo médico e cultural, por exemplo, de modo que é instituída uma política de subvenção à família como forma de transferir elementos de renda aos menos favorecidos. Igualmente, na economia de bem-estar, quanto maior for o crescimento econômico, mais atuante deve ser a política social, atuando esta como uma recompensa, uma compensação (FOUCAULT, 2008, p. 195).

Contudo, as características da política social do estado de bem-estar são fortemente questionadas pelos neoliberais. Para eles, uma política social que esteja integrada à política

econômica não deve existir como um contrapeso aos processos econômicos e ser uma recompensa aos efeitos gerados por tais processos. E mais: “a igualização, a relativa igualização, a repartição do acesso de cada um dos bens de consumo não pode em caso algum constituir um objetivo” (FOUCAULT, 2008, p. 195).

Desse modo, a retração do Estado Providência não é nenhuma surpresa. O neoliberalismo demanda um rearranjo organizacional na forma estatal, de modo que o Estado entra em conflito com ele mesmo. De um lado, há uma construção legislativa comprometida com deveres prestacionais, de outro, há uma disputa pela sua concretização. Em um primeiro momento, o embate ocorre administrativamente, no Executivo, em que a busca por concretização das promessas se contrapõem às reformas do Estado e de “gestão” de recursos. Em um segundo momento, o embate ocorre no judiciário, onde a insatisfação na realização dos direitos se contrapõe aos limites da jurisdição (BOLZAN DE MORAIS, 2010, p. 157). O novo modelo econômico político-neoliberal não tem como pressuposto a inclusão social, de modo que os direitos prestacionais tendem a ser constantemente inefetivados e desregulamentados (o que certamente ocasionará um maior número de litígios).

Se o mecanismo do mercado é a concorrência, o que equivale a dizer que ela funciona por meio de um “jogo de diferenciações”, a busca pela igualização constitui um ideal contrário ao sistema, pois se não há diferença, a concorrência é inviabilizada. Inclusive, a transferência de renda é vista com cuidado, pois se pode tirar parte da renda que seria destinada à poupança, ou aos investimentos. A única transferência de renda admissível é aquela correspondente aos rendimentos altos e que, de qualquer modo, seriam destinados ao consumo, ou ao sobreconsumo, como menciona Foucault (2008, p. 196). Assim, tal parte seria transferida àqueles que “seja por razões de desvantagem definitiva, seja por razões de vicissitudes compartilhadas, se acham num estado de subconsumo”.

Ezcurra (2007, p. 102) afirma que as políticas sociais adquirem um perfil próprio no modelo de Estado neoliberal. Elas não são apenas estrategicamente reformuladas, como também bastante realçadas, e são em boa parte arquitetadas pelo Banco Mundial. Segundo o Banco Mundial, o crescimento econômico por si e o crescimento intensivo do trabalho são insuficientes para a diminuição da pobreza, de modo que os setores pobres necessitam de intervenções cujo escopo seja distributivo. Contudo, a flexibilização das leis trabalhistas e a ofensiva do capital contra o trabalho contradizem estes objetivos. Por um lado, quer-se redirecionar as prestações sociais, mas não a partir do mercado de trabalho (que inclusive

anda no sentido inverso). Assim, a distribuição fica restrita à ação pública estatal e a apenas algumas prestações (educação, saúde básicas), que se tornam o canal exclusivo para a redução das desigualdades econômicas. Assim, há apenas uma “*transferencia secundaria del ingreso; o sea, intervenciones que no inciden en el proceso de producción, deliberadamente excluido como cauce de reasignación (primaria)*” (EZCURRA, 2007, p. 101-102).

Segundo Ezcurra, as políticas sociais neoliberais se erigem no que ela denomina como “*focalización*”, vocábulo bastante difundido na América Latina durante os anos 90. Este termo alude basicamente ao fato de as prestações sociais previstas pelo Estado procederem a uma seleção e a uma redução do número de destinatários, de modo a restringir o número de beneficiários. A redução do número de beneficiários permite uma redução na concentração de fundos destinados a estas pessoas, o que, por consequência, permite a queda dos custos fiscais. Dessa forma, a “*focalización*” tende a deslocar as prestações sociais, antes consistentes em esquemas universais de proteção dirigidos ao conjunto da população para redistribuir de uma forma agudamente mais restrita em termos não só de número de beneficiários, como também de recursos, o que responde a uma racionalidade fiscal (EZCURRA, 2007, p. 103).

Contudo, como bem observa a mesma autora, esta atualização das prestações sociais omite e encobre o fato de que, na América Latina, um vasto volume de pessoas é castigado por estes ajustes, volume que excede em muito as frações catalogadas como pobres.

É por isto que Foucault (2008, p. 197) refere que o intuito desta transferência de renda não é manter o poder aquisitivo dos cidadãos, mas sim assegurar um “mínimo vital” para aqueles que de forma passageira ou definitiva não podem assegurar sua subsistência. O que ocorre é a “transferência marginal do máximo ao mínimo”, pois não há nenhuma expectativa de se alcançar uma média entre as rendas. Para que o Estado de direito funcione na ordem econômica, as leis na ordem econômica devem ser eminentemente formais. Desse modo, não é dever do Estado estabelecer planos orientados a uma opção econômica global. Em linhas gerais, é o que Avelãs Nunes (2011, p. 134) identifica como a “morte da política econômica”.

Não haverá, portanto, uma socialização da renda e do consumo, mas uma privatização, pois se buscará uma “capitalização mais generalizada possível de todas as classes sociais, que terá por instrumento o seguro individual e mútuo, que terá por instrumento enfim a propriedade privada”. Cada um, individualmente, ou mediante uma sociedade de ajuda mútua,

deve possuir renda suficiente capaz de permitir que cada um arque com os seus próprios riscos (doenças, acidentes, desemprego, etc.). Em poucas linhas, isto é o que os neoliberais alemães denominam de “política social individual”. Conforme explicita Foucault (2008, p. 198), não há uma “cobertura social dos riscos”, mas um espaço econômico no qual cada um assume e enfrenta os seus próprios riscos.

Os neoliberais ignoram a cultura democrática e igualitária, em termos substanciais, do Estado Contemporâneo, isto é, uma cultura que se identifica não apenas com a afirmação da liberdade civil e política, mas – sobretudo – com a redução das desigualdades entre os indivíduos economicamente e socialmente (AVELÃS NUNES, 2011, p. 131). É uma espécie de retorno ao mito individualista, que atribui aos indivíduos o dever de organizar a vida de modo que possa assumir individualmente os “riscos da existência”, e acautelar sua própria sobrevivência. Este pensamento se distancia fortemente do estado de bem-estar, cujos sistemas públicos de segurança social foram construídos com base no ideal de libertar os cidadãos das necessidades e dos riscos (AVELÃS NUNES, 2011, p. 131).

Diante desta conjuntura, Avelãs Nunes (2011, p.118) refere que o combate à inflação constitui a única política econômica bem fundamentada, pois ela afeta o mecanismo dos preços relativos e põe em causa o funcionamento do “livre” mercado e a “racionalidade” das economias capitalistas. Com o objetivo político de se alcançar a estabilidade dos preços, os outros objetivos próprios de uma política econômica (que não a neoliberal) são postos em segundo plano, para não dizer que nem ao menos são lembrados. E os cidadãos têm os seus direitos desassistidos.

As medidas próprias de uma política keynesiana, constituintes da essência do estado social - como crescimento econômico, pleno emprego, desenvolvimento regional equilibrado, redistribuição do rendimento e justiça social -, e que objetivam conciliar capitalismo e democracia restam sacrificadas. Os monetaristas reconhecem na inflação um fenômeno exclusivamente monetário, resultado de um aumento da quantidade de moeda em circulação em maior medida do que aquela em que aumenta a produção (AVELÃS NUNES, 2011, p. 119). Nessa perspectiva, a inflação deve ser controlada mediante a diminuição da quantidade

de moeda em circulação, o que, inevitavelmente, acarretará a contração da atividade econômica e, conseqüentemente, o aumento do desemprego²¹.

Contudo, como se vivessem ainda no século XVIII, os neoliberais acreditam que a partir desta situação ocorra uma diminuição dos valores salariais, o que possibilitará aumento do lucro das empresas. Esta conjuntura possibilitará o aumento nos investimentos privados e, em seguida, o “relançamento da economia”. Assim, haverá a ampliação das oportunidades de emprego. Diante disto, o que se constata na política neoliberal é que a economia está entregue às leis do mercado e é refratária a qualquer mecanismo de salvaguarda dos direitos sociais (AVELÃS NUNES, 2011, p. 119). Não é de se surpreender, portanto, o elevado número de pessoas que recorrem ao judiciário em busca dos seus direitos.

Definitivamente, os sistemas sociais implantados pelo Estado de bem-estar, ou Estado Providência entram em crise no cenário pós-moderno, mesmo que tais sistemas tenham sido idealizados de maneira diferente: nos de perfil “liberal”, a exemplo dos Estados Unidos, os mecanismos do mercado exercem o principal papel, de maneira que a proteção é destinada apenas àqueles mais desprotegidos. Já o modelo “assegurativo”, a exemplo da Alemanha e da França, a proteção social é, essencialmente, destinada ao trabalho assalariado. Quanto ao modelo “universalista”, presente nos países escandinavos, o modelo assume uma dimensão redistributivista, pois o financiamento é instituído progressivamente (CHEVALLIER, 2009, p. 77).

Como dito, independentemente do fato de os modelos de seguridade social serem originários de diferentes concepções, certo é que todos eles tiveram o seu equilíbrio perturbado devido a uma série de problemas, como a explosão das despesas, a elevação do desemprego e da pobreza, a aparição de estados estáveis de exclusão, entre outros (CHEVALLIER, 2009, p. 77).

²¹Segundo Canotilho (2002, p. 31-32), “fala-se (e teoriza-se a este propósito) de um ‘estado economizado’ e de um ‘estado dispensador de serviços’. Como o próprio adjectivo insinua o ‘estado economizado’ é um ‘estado economizador’ segundo os paradigmas de racionalidade económico-privada. O Estado Social deve sujeitar-se a uma terapia adequada. Há que substituir, em primeiro lugar, o *big government* do estado de bem estar por um estado ‘reduzido’ e ‘elegante’. Para isso ser possível, os inúmeros serviços e administração estatais, caros e insuficientes, devem ser substituídos por esquemas privados empresariais. Mais do que isso. Os próprios instrumentos de direcção e organização económico-privados revelam operacionalidade suficiente para serem introduzidos na máquina estatal”.

Na Europa, a crise do Estado Providência teve início quando um conjunto de medidas foi instituído na expectativa de romper com a estagnação econômica. No Reino Unido, em 1979, Margaret Thatcher chegou ao poder prometendo modificar uma “nação anestesiada por 30 anos de *Welfare State*” (CHEVALLIER, 2009, p. 30). Nos Estados Unidos, Ronald Reagan assume o poder no final de 1980. Para ele, as intervenções e regulamentações governamentais eram excessivas, desordenadas e ineficazes, reconhecendo nelas o motivo de todas as dificuldades pelas quais os Estados Unidos passavam.

Conforme elucidada Chevallier (2009, p. 30), este movimento se expandiu pelos países ocidentais, incluindo a França, país cuja esquerda, segundo o autor, havia tentado arremeter o modelo do Estado Providência em 1981. Nem mesmo a Suécia deixou de ver o modelo social-democrata enfraquecer. O movimento de retração do Estado Providência perdurou na década seguinte em todos estes países. Contudo, Chevallier (2009, p. 30) argumenta que o contexto ideológico mudou, pois o movimento ultraliberal - responsável por fazer crer que a não intervenção do Estado fosse a solução de todos os males - foi superado. O mesmo autor afirma que hoje a totalidade dos países liberais reconhece ser indispensável o papel do Estado. Conforme o autor, “a adaptação do Estado-Providência permanece inscrita nas prioridades políticas, qualquer que seja a maioria no poder” (CHEVALLIER, 2009, p. 30). Desse modo, observa-se que tal problema deriva de uma crise estrutural, pois ele é permanente, independentemente da conjuntura política de cada país.

Nesse sentido, a bem da verdade, só há uma política fundamental: o crescimento econômico. É por meio do crescimento econômico que os indivíduos alcançarão uma renda razoável, de maneira que eles serão capazes de obter o seguro de vida individual, o acesso à propriedade privada, a capitalização individual ou familiar, conforme exemplifica o Foucault. São estas as características das políticas neoliberais que ora vem sendo implantadas: uma política social privatizada.

Conforme Foucault (2008, p. 199), o neoliberalismo se diferencia das políticas de bem-estar porque tais políticas procuram corrigir os efeitos destruidores do mercado. Ou seja, no estado de bem-estar, a política social é um contraponto à economia. Contudo, no neoliberalismo, o governo não tem por função corrigir os efeitos danosos da economia. O governo neoliberal atua profundamente e extensivamente na sociedade para que os mecanismos da concorrência possam atuar como reguladores. Ou seja, não se trata de um governo econômico, consistente em um governo que deve respeitar as leis econômicas, trata-

se de um “governo de sociedade”, cujo escopo é “a constituição de um regulador de mercado geral da sociedade”. Assim sendo, o objeto sob intervenção governamental é o ambiente social.

Diante destas informações, é importante saber que não se procura instituir uma sociedade regulada pela troca, ou, se quiser, uma sociedade regulada pelo valor e pela forma mercantil, denominada como sociedade de massa, sociedade do espetáculo, sociedade da velocidade. Para Foucault (2008, p. 201), não é de uma sociedade mercantil que se está a tratar, mas sim de uma sociedade cujo princípio regulador é a concorrência, cujos mecanismos devem ter “o máximo de superfície e de espessura possível” e que devem ocupar o maior volume possível na sociedade (FOUCAULT, 2008, p. 201).

A sociedade de supermercado é substituída pela sociedade empresarial. O *homo economicus* é então revisitado, não sendo mais o homem da troca e do consumo - mas sim o homem da empresa e da produção. Nesse contexto, não há o retorno ao *laissez-faire*. Contudo, pode-se dizer que há o retorno à ética social da empresa, bem ilustrado por Röpke, ainda em 1950²².

Röpke explicita como objetivo da política econômica alemã “o deslocamento do centro de gravidade da ação governamental para baixo”, estimulando-se, entre outras coisas, o acesso à propriedade privada no lugar dos “gigantismos urbanos”; a mudança dos grandes subúrbios para cidades de porte médio; a cultura em pequenas propriedades; a reestruturação das comunidades a partir de comunidades naturais, etc. (FOUCAULT, 2008, p. 201-202).

²² Foucault (2008, p. 201-202) menciona que “se há algo parecido com o retorno na política neoliberal, não é certamente o retorno ao *laissez-faire*, certamente não é o retorno a uma sociedade mercantil como a que Marx denunciava no início do livro I do *Capital*. Procura-se voltar, isso sim, a uma espécie de ética social da empresa, de que Weber, Sombart, Schumpeter procuraram fazer a história política, cultural e econômica. Mais concretamente, digamos assim, em 1950 Röpke escreveu um texto que se chama *Orientação da política econômica alemã* e foi publicado com prefácio de Adenauer. Röpke, nesse texto, nessa carta, diz que o objetivo da ação governamental, o alvo final, o objetivo último, é o quê? Pois bem, diz ele – e enumero os diferentes objetivos estabelecidos: primeiro, permitir a cada um, na medida do possível, o acesso à propriedade privada; segundo, redução dos gigantismos urbanos; substituição da política dos grandes subúrbios por uma política de cidades medianas, substituição da política e da economia dos grandes conjuntos por uma política e uma economia de casas individuais, incentivo às pequenas unidades de cultivo e criação no campo, desenvolvimento do que ele chama de indústrias não-proletárias, isto é, o artesanato e o pequeno comércio; terceiro, descentralização dos locais de moradia, de produção e de gestão, correção dos efeitos de especialização e divisão do trabalho, reconstrução orgânica da sociedade a partir das comunidades naturais, das famílias e das vizinhanças; enfim, de um modo geral, organização, adequação e controle de todos os efeitos ambientais que podem ser produzidos, ou pela coabitação de pessoas, ou pelo desenvolvimento de empresas e dos membros de produção”.

Para Foucault (2008, p. 202-203), o deslocamento da ação governamental para baixo não quer dizer um retorno rosseauiano à natureza, de modo que o indivíduo se relacionaria mais proximamente à natureza. Esse retorno trata “de constituir uma trama social na qual as unidades teriam necessariamente a forma de empresa”. Foucault questiona se uma propriedade individual não é senão uma empresa e questiona o mesmo a respeito da casa individual, das pequenas comunidades de vizinhança e daí por diante. Não serão todas elas empresas? Considerando isto, ele identifica a multiplicação das formas “empresa” na sociedade, mesmo que tais empresas não sejam concentradas por grandes empresas em escala nacional e internacional, nem grandes empresas como o Estado.

Esse é o objetivo do neoliberalismo: multiplicar a forma “empresa” no seio da sociedade, tornando o mercado e a concorrência o “poder enformador da sociedade” (FOUCAULT, 2008, 203). Por isso, é importante se ter em mente que a ação governamental programada pelos neoliberais alemães e hoje presente na maior parte dos países capitalistas, não se identifica com aquela “sociedade uniformizadora, de massa, de consumo”, ou “sombartiana”, como elucida Foucault (2008, p. 203). Quem critica isto, deve saber que não está criticando a ação governamental presente na política atual na maior parte dos países capitalistas, mas sim aquela própria dos anos 20 aos 60.

Trata-se de uma etapa superada, uma vez que a programação da ação governamental atual não visa obter uma sociedade indexada na mercadoria e na uniformidade da mercadoria. É preciso saber que o que ela visa é uma sociedade indexada na multiplicidade e na diferenciação de empresas (FOUCAULT, 2008, 204). Esta é a primeira consequência. A segunda, e extremamente importante para o desenvolvimento do presente trabalho, consiste nas profundas modificações por que passam as leis e as instituições jurídicas diante desta conjuntura. Foucault (2008, p. 204) afirma que há um vínculo privilegiado entre a sociedade indexada na forma empresa e uma sociedade cuja instituição judiciária é o principal serviço público.

Tal afirmação se justifica porque na medida em que a forma empresa é multiplicada, na medida em que se multiplicam coisas como uma empresa, e na medida em que a ação governamental é obrigada a permitir que as empresas ajam livremente, mais se multiplicam as “superfícies de atrito entre cada uma dessas empresas”, e, por consequência, o número de contenciosos. Nessa linha de raciocínio, extremamente maior é a demanda por uma arbitragem jurídica. E é por isso que Foucault afirma que “sociedade judiciária e sociedade

indexada à empresa, sociedade indexada à empresa e sociedade enquadrada por uma multiplicidade de instituições judiciárias são as duas faces de um mesmo fenômeno” (FOUCAULT, 2008, p. 203).

De um lado, há a formalização da sociedade com base no modelo da empresa. De outro, surge a necessidade de redefinição da instituição jurídica e das regras de direito para que seja possível que a sociedade seja regulada a partir e em função da economia concorrencial de mercado. Foucault (2008, p. 224) argumenta que, hoje, compreende-se melhor que os clássicos a respeito do que é uma economia verdadeiramente liberal. Ela é uma economia “submetida a uma dupla arbitragem: à arbitragem espontânea dos consumidores, que partilham os bens e os serviços que lhes são oferecidos no mercado ao sabor das suas conveniências, pelo plebiscito dos preços, e à arbitragem concertada do Estado”. Nesta última, a concertação deve estar orientada à liberdade, à lealdade e à eficiência do mercado.

Para os neoliberais alemães, o jurídico não é uma consequência do econômico. Isto é, ele não é uma superestrutura derivada da infraestrutura do econômico. O jurídico não é uma simples expressão, ou instrumento da economia. A relação entre economia e direito não consiste em uma simples servidão do jurídico ao econômico, como se o jurídico prestasse serviços à economia. Foucault (2008, p. 225) argumenta que “o jurídico enforma o econômico, econômico esse que não seria o que é sem o jurídico”.

Assim, mais correto seria falar de uma ordem econômico-jurídica e não de uma ordem do infra, correspondente ao econômico, e uma ordem do super, correspondente a uma ordem jurídico-política, como se esta fosse consequência daquela. Desse modo, o econômico não seria um conjunto de processos “a que viria se somar um direito que seria, em relação a esses processos, mais ou menos adaptado ou mais ou menos retardatário”. Filiando-se ao mesmo pensamento de Max Weber, os neoliberais centram-se nas relações de produção, e não nos meios de produção.

O econômico, na verdade, é compreendido como um conjunto de relações reguladas, e, portanto, não constitui um processo mecânico ou natural que possa ser separado das regulamentações, quaisquer que sejam as fontes das mesmas (prescrições religiosas, regulamentações corporativas, ou leis) – a não ser que se realize uma abstração feita posteriormente, uma “abstração formalizante” (FOUCAULT, 2008, 225-226).

Os ordoliberalis, ou neoliberais alemães, portanto, compreendem o econômico como um conjunto de atividades – atividades reguladas. Trata-se do que Foucault (2008, p. 226) denomina de uma compreensão amparada em uma perspectiva fenomenológica, diferente da perspectiva weberiana de “sistema”. Identifica-se como sistema “um conjunto complexo que compreende processos econômicos”, a análise de tais processos parte de uma análise propriamente econômica, ou seja, de uma teoria pura e de formalização, como a da formalização dos mecanismos da concorrência.

Contudo, Foucault (2008, p. 226) explica que os processos econômicos só ocorrem na história se houver uma “moldura institucional e regras positivas” que lhes sejam condição de possibilidade. Desse modo, é importante levar-se em conta que o processo econômico está sempre relacionado ao conjunto institucional, ao conjunto jurídico, que não é pura e simplesmente retardatário ou ajustado ao processo econômico. Pelo contrário, conjunto institucional, ou conjunto jurídico, fazem corpo com o processo econômico, de modo a formar um “conjunto de práticas econômicas reguladas” (FOUCAULT, 2008, p. 230). Para tanto, em caso de se querer inventar um novo capitalismo, deve-se intervir no conjunto econômico institucional. Logo, quando o trabalho sugere que há relação entre o modelo neoliberal de governar e as reformas que ora o Poder Judiciário vem enfrentando, é porque o econômico não pode ser o que é sem o jurídico. Mas como se deve nele intervir?

De acordo com a seguinte passagem, “é evidente que não vai ser do lado das leis do mercado, que não vai ser no próprio mercado, já que por definição, como mostra a teoria econômica, o mercado deve agir de tal modo que seus mecanismos puros sejam em si reguladores do conjunto”. Considerando isto, altera-se as instituições, para propiciar que as leis do mercado funcionem como o “princípio de regulação econômica geral” e, por derradeiro, “o princípio da regulação social”. O que ocorrerá, portanto, será uma intervenção mínima no econômico e, por outro lado, uma intervenção máxima no jurídico (FOUCAULT, 2008, p. 230).

Desse modo, o questionamento a ser feito é o seguinte: de que maneira será possível introduzir um conjunto de correções e inovações institucionais que possibilitarão uma ordem social regulada com base na economia de mercado? De acordo com os neoliberais, a inovação institucional a ser aplicada à economia é, segundo a tradição alemã, o *Rechtsstaat*, e, segundo a tradição inglesa, o *Rule of Law*. Isto é, Estado de direito ou reinado da lei, como explica Foucault.

Mas o que significa aplicar o princípio do Estado de direito na economia? Significa “*grosso modo*, que não poderá haver intervenções legais do Estado na ordem econômica a não ser que essas intervenções legais adquiram a forma, e adquiram somente a forma, da introdução de princípios formais. Não há outra legislação econômica senão a formal” (FOUCAULT, 2008, p. 236).

Portanto, as intervenções legais devem ser formais. A aplicação dos princípios do Estado de direito na economia, ou a legislação econômica formal significa o oposto da existência de um plano econômico, ou seja, de uma planificação. Entende-se por plano econômico algo que tenha uma finalidade determinada, podendo ser, dentre outras possibilidades: a busca pelo crescimento econômico, a busca por um consumo determinado, ou o objetivo de diminuir os abismos existentes entre as classes sociais. Ou seja: consiste em “fins econômicos precisos e definidos”.

Pode-se, em face de um plano econômico, introduzir mudanças, correções, suspensões de medidas ou medidas alternativas sempre que o poder público – imbuído do papel de tomar decisões econômicas – pense ser necessário. Em um plano econômico, o Estado cumpre o papel de “tomador de decisões”: é quem tem o poder de dominar o conjunto dos processos econômicos, de modo que é ele o “sujeito universal de saber da ordem na economia” (FOUCAULT, 2008, p. 237).

Contudo, caso se queira que o Estado de direito funcione na ordem econômica, as leis na ordem econômica devem ser eminentemente formais. Não é dever do Estado estabelecer planos orientados a uma opção econômica global, cabe a ele somente dizer às pessoas o que devem e o que não devem fazer. Ainda, uma lei deve respeitar a ordem econômica à luz do Estado de Direito, por isso, deve ser criada *a priori* na forma de regras fixas e não deve ser passível de correção diante dos efeitos dela decorrentes. Da mesma forma, tais normas consistirão em molduras, dentro das quais os agentes econômicos poderão decidir livremente, cientes de que aquele quadro legal fixado não será alterado.

Em virtude de estas leis serem tão obrigatórias aos outros, como – sobretudo – ao Estado, por meio delas deve ser possível prever exatamente como o poder público se comportará (FOUCAULT, 2004, p. 237). A partir disso, percebe-se que este modelo de Estado de direito exclui um sujeito universal de saber econômico “que poderia, de certo modo, pairar acima do conjunto dos processos, definir fins para eles e substituir esta ou aquela

categoria de agentes para tomar esta ou aquela decisão”. (FOUCAULT, 2004, p. 238). Para eles, o Estado deve ser cego aos rumos da economia. Nesse sentido,

o *Rule of Law* e o Estado de direito formalizam a ação do governo como um prestador de regras para um jogo econômico em que os únicos parceiros e os únicos agentes reais devem ser os indivíduos ou, digamos, se preferirem, as empresas. Um jogo de empresas regulado no interior de uma moldura jurídico-institucional garantida pelo Estado: é essa a forma geral do que deve ser o quadro institucional de um capitalismo renovado (FOUCAULT, 2004, p. 238).

Diferentemente de plano econômico, em que os recursos sociais são geridos de modo a se atingir um objetivo determinado pelo governo, no *Rule of Law*, define-se a moldura mais racional possível dentro da qual os indivíduos exercerão suas atividades e se comportarão de acordo com os próprios planos de vida, de acordo com os seus planos pessoais. Desse modo, pressupõe-se que o Estado observará a lei e intervirá nos processos econômicos estritamente dentro dos limites circunscritos por ela. Se esta condição for observada pelo Estado, será possível “aparecer algo que é uma ordem econômica”. A ordem econômica será a consequência da regulação estatal e, ao mesmo tempo, o princípio que informa e motiva esta regulação (FOUCAULT, 2008, p. 238).

Segundo Foucault (2008, p. 240), considerando-se que o sistema de leis passa a se identificar com as regras de um jogo para “um jogo em que cada um tem o mando na parte que lhe toca”, o judiciário passa a assumir essencial importância, já não sendo mais um mero aplicador da lei. Na medida em que a lei permite que os indivíduos se comportem como querem, estimulando que assumam o comportamento de uma livre empresa, maior será a superfície de atrito entre as diferentes unidades “empresa”. A principal consequência disto será, portanto, o aumento do número de conflitos.

Assim, “enquanto a regulação econômica se dá espontaneamente, pelas propriedades formais da concorrência”, como mencionado na introdução da primeira parte deste trabalho, exige-se, em contrapartida, a regulação social dos conflitos originados por irregularidades nos comportamentos, ou por “danos provocados uns aos outros”. Para isso, será necessário o intervencionismo do judiciário, cuja função será arbitrar as regras do jogo (FOUCAULT, 2008, p. 240-241).

Os indivíduos são libertados e deslocados da condição de “funcionários de um plano econômico” para que possam jogar o seu próprio jogo. Só que, na medida em que se libertam os sujeitos econômicos, o número de juízes também precisa multiplicar. Ou seja, as instâncias judiciárias, ou as instâncias de arbitragem, deverão crescer proporcionalmente ao número com que cresce a dinâmica das empresas. Como menciona Foucault (2008, p. 241) “problema de saber – mas essa é uma questão de organização – se essas arbitragens deverão se inscrever efetivamente no interior de instituições judiciárias preexistentes ou, ao contrário, se será necessário criar outras”. No contexto brasileiro, a criação de vias jurisdicionais alternativas, como os Juizados Especiais, e demais reformas voltadas a tornar a justiça eficiente são alguns dos mecanismos direcionados a absorver a crescente demanda.

Convém observar que no cenário neoliberal os órgãos da economia delegam ao judiciário - muito mais que antes - missões e decisões que antes eram de competência administrativa. As intervenções do poder público se formalizam e as intervenções administrativas recuam, tendo em vista a ausência de um plano econômico. Tornando-se as leis cada vez mais formais, aumenta o número de conflitos, como explicado anteriormente. Desse modo, “a justiça tende a se tornar um serviço público onipresente” (FOUCAULT, 2008, p. 241).

1.2 RELATIVIZAÇÃO DAS CONQUISTAS DA MODERNIDADE POR MEIO DA “ECONOMIZAÇÃO” DO DIREITO E DA JUSTIÇA: A INFLUÊNCIA PARANORMATIVA DOS ATORES PRIVADOS E ÓRGÃOS DE FOMENTO (BANCO MUNDIAL)

Nesta linha de raciocínio, Chevallier (2009, p. 160) explica que a concepção tradicional de normatividade passa por mudanças, pois de um “direito regulamentar” clássico, caracterizado por ser “abstrato, geral e desencarnado”, ele passa a ser adaptável ao plano concreto e mais próximo aos indivíduos e ao contexto social que ele regulamenta. Na medida em que o direito convencional é ampliado, os destinatários das regulamentações são “cada vez frequentemente mais associados aos processos de elaboração das normas e os modos de comando tradicionais são substituídos por procedimentos informais de influência e persuasão” (CHEVALLIER, 2009, p. 160).

Como consequência desta nova conjuntura, o procedimento contratual experimenta um incontestável crescimento. O fenômeno da “contratualização” bem ilustra a passagem de um “direito de comando” a um direito repousado em um “acordo de vontades”, abrindo-se caminho para uma nova cultura de negociação, em que o contrato assume maior importância. Porém, a forma atual de contrato passa a ter pouca relação com a sua forma clássica, de modo que “o termo ‘contrato’ remete menos a uma realidade jurídica exata do que invoca um novo estilo de relações, fundado sobre o diálogo e a procura do consenso, mais que sobre a autoridade” (CHEVALLIER, 2009, p. 161).

A contratualização da ação pública assegura maior eficácia na sua atuação, uma vez que se obtém a colaboração de diversos atores sociais e, ao mesmo tempo, assegura a coordenação das iniciativas acordadas pelo conjunto destes atores. Diante da impossibilidade do Estado impor a sua vontade, ele passa a ter de reconhecer um espaço de autonomia aos atores sociais com os quais ele tem de negociar, de maneira que surgem novos instrumentos convencionais que substituem as “técnicas unilaterais clássicas”. Estes novos instrumentos aparecem sob uma nova denominação, reconhecida como uma “governamentalidade cooperativa”, conforme explica Chevallier (2009, p. 161).

Atribui-se ao Estado o papel de “regulador” na economia e cabe a ele atuar pela via da contratualização. Por esta via, o Estado não mais discute com os outros atores sociais – tais como as empresas – pressupondo uma diferença hierárquica na qual ele é superior. Não! Estado e empresas discutem em pé de igualdade e aquele deve sempre estar disposto a negociar e a se esforçar para obter a colaboração das empresas, pois o acordo delas nunca é pressuposto. Chegado ao acordo de vontades, redige-se o contrato. Nele, Estado e empresa tem os seus compromissos registrados (CHEVALLIER, 2009, p. 161).

Na pós-modernidade, a observância das regras jurídicas pressupõe o consenso dos destinatários. Isto é, os destinatários devem ser partes integrantes desta elaboração, de modo que a participação dos mesmos na elaboração das regras passa a ser condição de legitimidade das mesmas. Desse modo, “a uma legitimidade intrínseca, fundada sobre a representação do direito como encarnação da Razão, sucede uma *legitimidade procedimental*, atestada por seus modos de elaboração”. Destarte, é a passagem por diferentes vias de comunicação, fruto de uma discussão entre os destinatários que conferirá “racionalidade” à norma (CHEVALLIER, 2009, p. 164).

Nesse contexto, há uma constante consulta aos grupos de interesses, em que os porta-vozes representantes dos interesses sociais se encontram associados aos processos normativos. Conforme explica Chevallier (2009, p. 164), se essa intervenção é “indireta e oficiosa em matéria legislativa (*lobbyng*)”, em matéria regulamentar ela é extremamente organizada. Assim, os pareceres consultivos são requisitados anteriormente às decisões. Os mecanismos da “administração consultiva” permitem mecanismos mais flexíveis de “concertação”, sendo as normas regulamentares fruto de uma elaboração conjunta.

Harvey (2007, p. 58) observa que a partir da década de 1970, as empresas privadas modificaram o modo de atuação, pois reprimiram os seus instintos competitivos e passaram a atuar como classe, em prol de uma ação conjunta e colaborativa no campo da legislação. Desse modo, em lugar de concentrarem esforços direcionados a obter favores especiais para si, a principal estratégia política nos negócios se tornou o interesse comum em barrar medidas legislativas comprometidas com a proteção ao consumidor, reformas da lei trabalhista e medidas legais favoráveis ao campo dos impostos e proteção contra monopólios. Pode-se incluir também aqui, o estímulo à criação de vias jurisdicionais alternativas, informalização do judiciário e meios alternativos de solução de conflitos (inclusive, os interesses defendidos pelas classes dos grupos empresariais, mais uma vez, justificam o conseqüente aumento do número de conflitos).

Com isso, não é demais dizer que o Estado atua por meio da contratualização não só na economia como também em regiões que excedem largamente o campo econômico, mas que também são alvos da intervenção pública, como meio ambiente, cultura, ações sociais, etc. A contratualização tem se infiltrado nas esferas tipicamente estatais, como na esfera penal, em que a *plea-bargaining*²³ vem ganhando cada vez mais espaço²⁴, bem como nas vias jurisdicionais alternativas, por meio do consenso (acordo) entre as partes.

²³ Garapon (2008a, p. 52) explica que a *plea bargain* ou a *plea bargaining* consiste em uma negociação na qual procurador e acusado entram em um acordo: o acusado se declara culpado por uma infração menor e o procurador concede uma pena menos severa ou desiste das demais acusações feitas contra o réu. O acordo ocorre mediante um processo bastante informal, registrado em uma convenção escrita que deverá ser homologada pelo juiz em uma audiência pública. O advogado da parte e o procurador negociam uma pena inferior àquela prescrita na lei e, em troca, o acusado renuncia ao processo com júri, bem como renuncia aos direitos de defesa inerentes a este processo. Garapon (2008a, p. 55) tece severas críticas a *plea bargaining* ao afirmar que o maior “escândalo” deste procedimento consiste nas consequências que ele traz aos inocentes. Diante do medo dos riscos de uma pena mais severa - fruto de eventuais imprevistos ocorridos no processo que podem acarretar uma eventual condenação - muitos dos inocentes preferem reconhecer a culpa. Para tanto, aceitam o *deal* de pena reduzida para evitar que se lancem a um processo incerto. Diante disso, Garapon argumenta que “a condenação de inocentes contando com o seu consentimento é

Nesse sentido, a utilização da via contratual constitui uma possibilidade para que se estabeleça uma cooperação entre múltiplos atores, dentro ou fora do Estado, cujas racionalidades são bastante diferentes. A contratualização passa a ser vista como uma nova técnica de “governança”, que substitui o tão bem conhecido método do “governo”, de caráter unilateral e coercitivo. Assim, “a ação pública torna-se o produto de interações entre atores múltiplos, públicos e privados”, em que – mediante o contrato – conciliam-se estratégias e harmonizam-se os interesses (CHEVALLIER, 2009, p. 163). Este novo método de “governança” se desenvolve local, nacional e internacionalmente e os contratos são estabelecidos com organizações de diversas naturezas, assumindo as empresas um importante papel. Como será visto adiante, esse novo modo de governar gera inúmeras consequências

moralmente inaceitável e socialmente perigosa”, sendo tal situação o espelho da desconfiança nos sistemas de justiça e no direito processual penal por parte dos cidadãos, sobretudo por aqueles acusados inocentes, que teriam todas as razões para não reconhecerem a culpa. Contudo, ainda que o “modelo de direitos” tenha a sua importância reconhecida, o movimento *law and economics* ou “direito e economia” constitui a principal referência teórica para amparar a *plea bargaining*. Tal movimento consiste em uma “corrente doutrinária multidisciplinar que tenta apreender as instituições jurídicas com a ajuda da análise econômica. Para a teoria econômica do direito, são os critérios da escolha racional e da eficiência econômica que explicam o comportamento de todo ator em seus contratos jurídicos” (GARAPON, 2008a, p. 56-57). Desse modo, toda a esfera jurídica passa a ser analisada segundo a lógica do contrato, pois este passa a ser o melhor instrumento propiciador do “*optimum* de Pareto”, que nada mais é do que a possibilidade de ambas ou pelo menos uma das partes terem sua situação melhorada em virtude do contrato, desde que nenhuma delas seja prejudicada. A *law and economics* considera os direitos como títulos dos quais os cidadãos podem dispor livremente objetivando melhorar a sua situação, seja trocando, seja vendendo-os. Diante disso, cabe ao Estado permitir a maior autonomia contratual possível, evitando-se, assim, “toda restrição indevida trazida do exterior em relação à capacidade de cada um no sentido de alienar seus títulos e seus outros recursos”. À luz desta corrente teórica, no processo penal, o acusado “tem o direito de declarar-se não culpado e de desfrutar de um processo na devida e boa forma”. Da mesma forma, o procurador tem pleno direito de exigir a pena máxima, pois o interesse do mesmo consiste em maximizar condenações. Como explica Garapon (2008a, p. 56), dependendo das circunstâncias, as partes podem valorizar mais o título do outro em detrimento do seu. Neste caso, acusado e promotor podem acertar um *deal* em que o promotor cede o seu direito de requerer a pena máxima e o acusado cede o seu direito de ir a processo constituído por júri. Mediante tal acordo, o acusado evita o risco de ser condenado a uma pena pesada e o procurador evita o risco de ter de assumir um processo custoso e lento, que possa culminar com a absolvição do acusado. Logo, o contrato, em que ambos cedem um pouco, transforma-se no melhor modo de repartir os custos entre eles. Realizado o *deal*, “o ministério público pode obter o nível de excelência de sanção penal pelo menor custo em vista de liberar seus limitados recursos para outras questões”, tendo uma repercussão mais positiva perante a opinião pública, pois as audiências a serem realizadas estarão reservadas às questões difíceis, tendo estas maior visibilidade. (GARAPON, 2008a, p. 57-58). Para Garapon (2008a, p. 56), “o direito ao processo e os direitos de defesa, reunidos sob a bandeira do *due process of law*, são absolutos e inalienáveis”, de modo que os indivíduos não podem negociá-los dispondo livremente dos mesmos, ainda que isto se transforme em benefícios para o titular do direito. “A presunção de inocência e os direitos de defesa, que constituem o eixo de todo processo penal, não têm preço e não podem ser trocados por uma promessa de maior utilidade ou bem-estar coletivo”.

²⁴ Chevallier (2009, p. 161) faz ressalvas a este modelo ao dizer que a utilização desta técnica processual pelo poder público tem pouco a ver com a forma clássica de contrato. Embora se esteja diante de contratos “formais”, o que ocorre, muitas vezes, são contratos “forçados”, construídos a partir de relações extremamente assimétricas e que contrariam o “interesse” dos parceiros privados, ainda que se pressuponha que o acordo tenha sido alcançado partindo de relações “equilibradas” e mediante uma relação de “confiança”. Para Chevallier (2009, p. 162), “o contrato aparece, desse modo, como um instrumento pelo qual atores públicos procuram atingir os seus objetivos”.

para o Poder Judiciário, incluindo a criação de instâncias direcionadas a ampliação do acesso ao judiciário (embora isso não signifique, necessariamente, acesso à justiça).

Como explica Garapon (2008b, p. 6), a justiça “muda de lugar o ponto de vista a partir do qual é endereçado o direito”. Se antes ele era destinado ao poder ou ao interesse público em geral, hoje ele é destinado ao sujeito destinatário das regras. O Estado não é o “árbitro” da qualidade da justiça, pois este papel passa a ser exercido pelos consumidores do direito. Os relatórios de autoria do Banco Mundial, por exemplo, avaliam a lei geral de acordo com os interesses privados.

Nessa perspectiva, os instrumentos jurídicos são colocados a serviço do investidor, de modo que os direitos nacionais são comparados de acordo com a sua competitividade. Assim, os indicadores comparativos procuram identificar as vantagens para os destinatários (investidores), lembrando-se que o contencioso é considerado um “entrave e um custo”, conforme explica Garapon (2008b, p. 6). Nesse contexto, a busca pela informalização da justiça é sempre uma opção que merece atenção.

Fazendo eco às lições de Foucault discutidas acima, o direito não mais se apresenta como um “quadro formal” em que há a predominância do interesse geral, ou que - por meio da efetivação das suas garantias – permite a neutralização do desequilíbrio entre as partes, protegendo os hipossuficientes, por exemplo, entre eles os trabalhadores e os consumidores. Nessa nova fase, o direito se torna um mero destrinchador de interesses contraditórios. O objetivo central é reduzir custos de casos legais onerosos por meio de serviços jurídicos alternativos, de modo que eventuais melhorias no acesso à justiça aos cidadãos são consideradas positivas, porém secundárias (ECONOMIDES, 1997, p. 1-16).

Exige-se que o Estado incorpore o *modus operandi* da empresa privada com fins lucrativos. Assim, em lugar da mobilização ativa e passiva dos cidadãos, o Estado passa a confiar nos mecanismos econômicos do mercado. Só que dessa conjuntura emerge um problema crucial, como bem revela Hobsbawm (2007, p. 105): “o ideal de soberania do mercado não é um complemento à democracia liberal, e sim uma alternativa a ela”.

O ideal de soberania do mercado constitui uma alternativa a todos os outros tipos de política: pauta-se por uma soma de escolhas, racionais ou não, de indivíduos que decidem de acordo com suas preferências pessoais. Tal mecanismo ignora a necessidade de decisões

políticas, consistentes naquelas orientadas para interesses comuns ou de um determinado grupo (HOBSBAWN, 2007, p. 106). A revelação dos interesses dos consumidores, medidos pelo mercado - ou, mais precisamente, pelas pesquisas de mercado - tornaram-se meios mais eficientes do que o defasado método de contar votos nas eleições. Os próprios estudos acerca do Poder Judiciário, hoje, são direcionados a conhecer o que os “consumidores dos serviços judiciários” pesam acerca dele. Para usar um exemplo aqui citado, além do relatório de autoria do Banco Mundial, aponta-se a pesquisa realizada pelo Ministério da Desburocratização, anterior à criação dos Juizados de pequenas causas.

Considerando isto, “a participação no mercado substitui a participação na política” e “o consumidor toma o lugar do cidadão” (HOBSBAWN, 2007, p. 106). Diante disso, permanece a seguinte pergunta: tal escolha se coaduna com um sistema político liberal e democrático?

É certo que o Estado, como organização democrática, está vinculado às exigências próprias de uma democracia, seus controles públicos, limites procedimentais e, sobretudo, aos direitos e garantias cidadãs. No entanto, outras limitações emergem no presente Estado Contemporâneo além daquelas que delineiam o Estado Constitucional. O Estado Moderno - “tradicionalmente centro único e autônomo de poder”, “protagonista na arena internacional” e “ator supremo” no âmbito do seu espaço territorial - está em crise, como evidencia Bolzan de Moraes (2011, p. 21).

Nesse cenário, Garapon (2008b, p. 6-7) avalia que a justiça neoliberal aborda o direito do seu exterior e adota o ponto de vista dos consumidores do direito, “para os quais o direito é apenas uma informação que eles devem considerar ao tomar suas decisões”. Nesse sentido, embora – no contexto nacional - o direito seja uma “condição de cidadania”, de modo que o direito dos investidores é contrastado com o direito dos trabalhadores, situados ambos na mesma esfera jurídica, no contexto globalizado, as razões do investimento são exclusivamente econômicas, por isso, direitos sociais, investidores e trabalhadores não partilham o mesmo espaço político (GARAPON, 2008b, p. 7).

Garapon (2008b, p. 7-8) elucida que – no cenário mundializado – os diversos sistemas jurídicos concorrem entre si, cabendo aos litigantes a escolha da jurisdição que lhes seja mais favorável. Rosa (2011a, p. 59) irá dizer que a importância dada às questões econômicas no mundo atual redefine a forma com que campos até então complementares interagem, quais sejam: direito e economia.

Se antes direito e economia constituíam campos autônomos, de modo que dialogavam “desde seus pressupostos e características” nos aspectos em que havia demanda recíproca, no cenário contemporâneo, a forma como estes campos interagem modificou substancialmente. Direito e economia não mais interagem eventualmente nos pontos em que, conforme dito, há uma demanda recíproca. De acordo com Rosa (2011a, p. 59), presencia-se, hoje, uma incontestável “proeminência economicista em face do discurso jurídico”, de modo que já não é inapropriado dizer que, diante da mundialização do neoliberalismo, “o Direito foi transformado em instrumento econômico”²⁵.

Conforme explicita Rosa (2011a, p. 61), no Brasil, o sistema jurídico é um dos fatores que impedem o crescimento econômico. Em outras palavras, pelo viés neoliberal, os sistemas jurídicos são um obstáculo ao bem-estar do mercado, tendo-se em vista o alto “custo-país”, que pode ser compreendido como todos aqueles custos que excedem aqueles dispensados à transação. Assim sendo, o Poder Judiciário brasileiro é considerado ineficiente na garantia dos dogmas (neoliberais) de propriedade privada e contrato, instituições indispensáveis ao bom funcionamento do mercado.

Atribui-se ao sistema jurídico a responsabilidade pela estagnação econômica, ou – ao menos – responsabiliza-se o mesmo por ser um dos causadores da estagnação econômica. Por

²⁵ Rosa, assim, apresenta a teoria da Análise Econômica do Direito (AED), consistente em um movimento metodológico originário da Universidade de Chicago em meados de 1960 e representado por professores como Ronald Coase, Richard A. Posner (Universidade de Chicago) e Guido Calabresi (Universidade de Yale). A AED não constitui um todo coerente, uma vez que possui diversas escolas e orientações. Contudo, todas elas apresentam o mesmo pressuposto, consistente na “implementação de um ponto de vista econômico no trato das questões que eram eminentemente jurídicas”. Transbordando os limites circunscritos pelo Direito da Concorrência para infiltrar-se em outros - como “propriedade, contratos, responsabilidade civil e contratual, direito penal, processo (civil e penal), direito administrativo, direito constitucional, direito de família, infância e juventude, dentre outros” - a AED “ganha fôlego” em razão de três fatores. O primeiro deles consiste no fato de seus teóricos haverem desenvolvido um estatuto teórico específico. O segundo fator se traduz na “proeminência do discurso neoliberal”. O terceiro consiste no “imbricamento de tradições do civil law e do common law” (ROSA, 2011a, p. 59-60). A AED não só adota a teoria do liberalismo econômico, como também reflete a ciência jurídica partindo-se do pressuposto de que ela possui estrutura semelhante à da ciência econômica. Por isso, a AED analisa o direito a partir de uma teoria econômica, buscando resgatá-lo do seu estágio pré-científico. Para esta corrente, o Direito, no estágio em que se encontra, não tem sido capaz de responder às novas demandas surgidas diante da crise do Estado de Bem-Estar Social. Para tanto, necessário é o desenvolvimento de uma investigação do Direito mediante “princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico”, almejando uma verdadeira ciência jurídica racional e positiva (ROSA, 2011a, p. 59-60). Segundo Rosa (2011a, p. 61), a *Law and Economics* analisa o Direito a partir de dois enfoques. Primeiramente, avalia a repercussão da norma jurídica no comportamento dos agentes econômicos, investigando as decisões tomadas pelos mesmos e o seu bem-estar, observando-se que os critérios destes agentes são econômicos, pois se orientam pela maximização de riquezas. Em segundo lugar, avalia a repercussão das normas jurídicas, ou seja, o ganho obtido com elas em face do bem-estar social. De modo sintético, “partindo da racionalidade individual e do bem estar social – maximização de riqueza -, busca responder a dois questionamentos: a) quais os impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições; b) quais as melhores normas” (ROSA, 2011a, p.61).

isso, exige-se que ele seja redefinido de acordo com a nova ordem mundial. Assim, as normas legais, os limites da intervenção do Estado e, até mesmo, a Constituição devem ser revisadas.

Partindo-se de uma matriz neoliberal, defende-se a revisão da Constituição porque esta, instituída na segunda metade do século passado, assume um papel compromissório voltado à efetivação do Estado de Bem-Estar Social. Diante dela, ao Estado cabe realizar programas de “redistribuição de riquezas, mitigação da pobreza, relativização da propriedade privada (função social, reforma agrária, etc.) e valorização da autonomia da vontade nos contratos (proteção ao consumidor, vedação de cláusulas abusivas)”. Em sentido amplo, cabe ao Estado efetivar Direitos Fundamentais (ROSA, 2011a, p. 62).

Contudo, o constitucionalismo é apontado como um dos fatores que repelem o crescimento econômico, e, por isso, o país adota o receituário neoliberal, capaz de torná-lo eficiente. Conforme as diretrizes contidas no receituário mencionado, o alto custo relativo à garantia da propriedade privada e ao contrato são fatores que tornam o país menos atrativo economicamente, dentro da lógica do custo-benefício (ROSA, 2011a, p. 62).

Dessa forma, “a batizada luta pela estabilidade econômica, guindada à condição de grau-zero (Barthes) implica na manipulação do conceito para que se entenda como uma unidade de desígnios, em nome de todos, apagando as diferenças políticas e sociais” (ROSA, 2011a, p. 63). Rosa esclarece que a internacionalização de um “mercado sem fronteiras” determina que os países tenham os sistemas de justiça uniformizados com base na lógica do custo-benefício, a fim de torná-los competitivos. Em outras palavras, o mercado mundial exige regras claras em todos os territórios, até mesmo os territórios nacionais. Este seria um dos motivos do imbricamento entre *civil law* e *common law* (ROSA, 2011a, p. 63).

Reconhece-se que o neoliberalismo adota uma postura pragmática com relação aos direitos constitucionalmente assegurados, tendo-se em vista que eles são constantemente relativizados, desregulamentados, descumpridos, diante da ilusão de um futuro melhor. Ou seja, no neoliberalismo, os direitos não possuem força ou fundamento independente dos rumos da economia, pois são constantemente sacrificados para que ela sobreviva. Dessa forma, o direito é rearticulado internamente mediante uma “intervenção externa (e decisiva) da economia” (ROSA, 2011a, p. 64).

Nesse sentido, contrariamente a uma *concepção monista* do Direito - em que o Estado é “a fonte exclusiva da normatividade jurídica”, e as normas jurídicas formam uma ordem

única, harmônica, coerente, integrada e monolítica - no cenário contemporâneo, a regulação jurídica é fruto da participação de atores diversos, situados em espaços jurídicos também diversos. Malgrado jurisprudência e a doutrina constituam poderosos agentes de unificação, colmatando permanentemente as lacunas, a verdade é que “a ordem estatal jamais conseguiu reconduzir a si e a condensar a integralidade dos fenômenos jurídicos: ele sempre foi tomado de surpresa e entrou em colapso” (CHEVALLIER, 2009, p. 144).

Ainda que tardiamente, a concepção monista foi superada e as ordens jurídicas formadas em outros lugares, por atores diversos do Estado, não mais se relacionam com o Direito estatal pelo princípio da hierarquia (CHEVALLIER, 2009, p. 144). Contudo, isto não significa que a existência de múltiplas fontes de Direito impeça que haja um princípio de ordem entre elas. Há o estabelecimento de relações entre as fontes normativas quando o campo de intervenção das mesmas se superpõe ou coincidem em alguma medida, de modo que seja possível um “pluralismo ordenado”: um dos traços da paisagem jurídica contemporânea (CHEVALLIER, 2009, p. 154).

Ele se traduz tanto por uma “coordenação por entrecruzamentos”, ou seja, sofrendo influências cruzadas (reduzindo-se, por exemplo, as divergências jurisprudenciais mediante um diálogo entre juízes de diferentes nações), como por uma “harmonização por reaproximação” estabelecida a partir de referencial comum, ou, ainda, por uma “unificação por hibridização”, consistente na combinação de vários sistemas jurídicos.

Destarte, a difusão dos “princípios comuns” por espaços jurídicos diversos torna possível uma organização coerente, de maneira que as regras jurídicas constituirão as “portas” e os princípios diretores constituirão as pontes que ligarão “territórios normativos diversos” e “regulações diversas”, geralmente criadas segundo lógicas próprias. A existência de uma “interlegalidade horizontal” entre legislações diversas, cujas especificidades lhes são próprias, e de uma “internormatividade” dentre os espaços jurídicos, possibilita uma espécie de “harmonização suave entre os diferentes pontos de produção do direito” (CHEVALLIER, 2009, p. 158).

Diante da emergência desses princípios, pode-se antever a produção de um “direito comum pluralista”, construído por sucessivos ajustamentos e pela incorporação de diversas

culturas jurídicas do mundo²⁶. Contudo, e para o que interessa a este trabalho, pode-se observar o fenômeno da hegemonia jurídica nestas situações, pois

a extensão contínua de um fundo comum de regras e de princípios não é apenas a expressão de uma interdependência crescente entre os Estados, ilustrada por uma comunhão sempre maior de valores; é também o produto de mecanismos mais difusos de imposição (CHEVALLIER, 2009, p. 159).

A hegemonia jurídica é reflexo da desigualdade que preside as relações entre os Estados. Logo, as potências que possuem mais condições de atuar no cenário internacional, isto é, aquelas que dispõem de mais recursos, tem mais condições de impor o seu “sistema de valores, o seu modelo de organização política e também a sua concepção do direito”, como explica Chevallier (2009, p. 159). Desse modo, mediante a “força de atração intrínseca” que exercem, as potências fazem pressões bastante concretas com o intuito de influenciar o conteúdo do direito de outros sistemas jurídicos.

Sendo assim, quanto maior for a dependência, maior a vulnerabilidade diante de pressões e influências exteriores e, com isso, a permeabilidade do sistema jurídico. Os dispositivos de auxílio constituem um bom exemplo, pois as instituições financeiras condicionam a prestação de ajuda financeira a um conjunto de imposições de ordem institucional e a “transposição de *standards* jurídicos dominantes”. Nessa conjuntura, as instituições financeiras internacionais se tornaram os principais agentes difusores de um determinado modelo jurídico, tudo isso para atender a exigência de *good governance* (CHEVALLIER, 2009, p. 159).

Garapon (2008b, p. 1-2) exemplifica mudanças instituídas no cenário jurídico francês, como a aplicação do relatório LOLF à justiça, a generalização do tratamento em tempo real dos processos penais, a introdução do *plea bargaining* na França e a multiplicação de alternativas de julgamento. A partir destes exemplos, menciona que todos estes elementos, “longe de serem periféricos” e “aparentemente distantes”, desenharam contornos de um novo modelo de justiça.

²⁶ Para um maior aprofundamento no tema consultar “DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004” e “DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Tradução: Fauzi Hassan Choukr. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Nesse contexto, “tais inovações não têm, portanto, nada de uma fantasia autoritária ou de uma novidade eleitoral”. Para Garapon (2008b, p. 2) elas são o “apogeu da modernidade”, ou uma “revolução” em relação ao posicionamento dos juristas mais conservadores. Os contornos do novo modelo de justiça que está em construção são guiados pelos seguintes valores: eficiência, transparência, responsabilidade ou liberdade – valores não compartilhados pelos juristas clássicos.

Segundo o mesmo autor, “nesse novo modelo de justiça neoliberal, as justificativas clássicas do ato de julgar se consideram ultrapassadas por três novos critérios, exteriores ao perímetro tradicionalmente reconhecido à justiça”. O primeiro deles é aquele que “abre a frente de todos os outros”: a eficiência. O segundo é o respeito às escolhas do jurisdicionado, de modo que o centro de gravidade da justiça é deslocado em direção a ele, considerado um ator racional. O último é a segurança, que “confere a tudo uma referência substancial, pronta para homogeneizar processos judiciais” (GARAPON, 2008b, p. 2).

Tais diretrizes, portanto, submetem o direito a influxos diretos provenientes da economia, o que traz como consequência a desregulamentação de garantias constitucionais. Se este fenômeno também se faz presente nos países centrais, a verdade é que ele ocorre de modo ainda mais devastador nos países periféricos. A vulnerabilidade das suas economias, a ausência de maturidade das instituições democráticas e a não ocupação efetiva dos espaços reservados ao exercício da cidadania tornam estes países extremamente frágeis diante das imposições neoliberais. O direito não consegue fazer uma filtragem constitucional destas diretrizes, com vistas à preservação da sua autonomia.

Marcelo Neves, na obra “Constitucionalização Simbólica”, desenvolve com maior profundidade o que ora foi afirmado. Nesse momento, deve-se mencionar que, embora o trabalho se filie a matriz teórica da fenomenologia hermenêutica, a teoria de Neves permite uma adequada compreensão acerca dos problemas históricos que os países periféricos enfrentam na busca pela autonomia do direito em face de outros poderes: economia, política e demais imposições ao sistema, como a imposição de práticas judiciárias adotadas pelos países hegemônicos (o que explica o imbricamento entre *civil* e *common law*). É com o objetivo de ilustrar este panorama que o trabalho se reporta à teoria de Neves para, em um momento seguinte, discutir o impacto do relatório 319 S nos países periféricos.

Partindo do conceito luhmanniano de positivação ou de positividade do direito, Neves explica que, na sociedade moderna, deve-se entender por positivação o fato de o direito ser posto por decisões e ser permanentemente alterado. Ademais, “a positividade indica que o direito é um sistema autodeterminado ou fechado operacionalmente” (NEVES, 2011, p. 69). Com isso, o surgimento da Constituição no sentido moderno está associado ao processo histórico de positivação, ao processo em que há a “diferenciação interna do direito constitucional no sistema jurídico”²⁷.

Entendendo-se por positividade a característica de o direito autodeterminar-se, isto significa que ele está, portanto, excluído de qualquer “supradeterminação direta” de outros sistemas sociais, como política, economia, ciência, entre outros. Em outras palavras, isto quer dizer que a capacidade de autodeterminar-se está relacionada ao fato de um sistema não sofrer influência direta de outros, isto é, de modo não mediatizado por critérios intra-sistêmicos. Diante disso, pode-se dizer que sistema jurídico, sistema político e sistema econômico se relacionam de modo “horizontal-funcional” e não de modo “vertical-hierárquico”.

Na medida em que argumentos políticos e morais não são mais válidos perante toda sociedade, o sistema jurídico necessita de critérios internos tanto para a “aplicação jurídica concreta”, como para o “estabelecimento de normas jurídicas gerais”, ou seja, para a legislação, de modo mais abrangente. Dessa forma, Neves (2011, p. 79) explica que a Constituição substitui apoios externos, ou seja, ela substitui argumentos políticos e morais, por exemplo.

Diante de uma sociedade complexa e contingente, em que não há uma moral contudística compartilhada de modo generalizado e válida em todas as esferas sociais, “a inexistência de uma Constituição juridicamente diferenciada conduz à manipulação política arbitrária do direito, o que impede sua positivação”. Assim, Neves (2011, p. 70) contrapõem uma legislação ilimitada - responsável por gerar a alopoiese²⁸ da reprodução da comunicação

²⁷ Neves (2011, p. 69) explica que “as representações morais válidas para todos os âmbitos da sociedade, legitimadoras de uma ordem política soberana de dominação, perderam seu significado e sua função sociais”. Nessa esteira, as “decisões aplicadoras e estatuintes de direito” não mais poderiam ser legitimadas por estas representações morais.

²⁸ Neves (2011, p. 142) denomina este fenômeno como alopoiese do direito, consistente em uma negação da autonomia operacional do direito. O vocábulo é derivado etimologicamente “do grego állos (“um outro”, “diferente”) + poiésis (“produção”, “criação”), a palavra designa a (re)produção do sistema, por critérios, programas e códigos do seu ambiente”.

jurídica – à “forma interna de hierarquização através da validade supralegal do direito constitucional”²⁹.

A Constituição fecha o sistema jurídico. Ela regula este domínio ao mesmo tempo em que nele reaparece. Ou seja, mediante o seu reingresso no sistema, ela constitui o sistema jurídico como fechado operacionalmente. O fato de ela existir permite que a influência do sistema político e econômico no direito seja mediatizado por normas jurídicas. Nesse contexto, “o sistema jurídico ganha com isso critérios para a aplicação do código “lícito/ilícito” ao procedimento legislativo”.

Dessa forma, o direito constitucional impõe limites à capacidade de aprendizado do direito positivo, ou seja, ele limita a capacidade de auto-reciclagem do direito, de forma que ele não perca a sua autonomia operacional. O direito constitucional é um limite sistêmico-interno para a abertura cognitiva (capacidade de aprendizado) do direito positivo. No caso de não haver uma “regulação estritamente jurídica da capacidade de aprendizado ou reciclagem do sistema jurídico”, o direito positivo pode ser submetido a influências não mediatizadas pelos próprios mecanismos jurídico-sistêmicos, podendo o direito sofrer influências diretas de outros sistemas sociais, como político e econômico (NEVES, 2011, p. 72).

Neves (2011, p. 65) explica que “a Constituição na acepção moderna é fator e produto da diferenciação funcional entre direito e política como subsistemas da sociedade”. O movimento de constitucionalização corresponde à autonomização de ambos os subsistemas, ou seja, ao processo de diferenciação. Nesse sentido, a Constituição é compreendida como um “acoplamento estrutural” entre direito e política³⁰.

²⁹ Conforme o constitucionalista, isso não tem significação apenas técnico-jurídica. Não se trata de vários planos isolados em relação a outros, mas sim de “hierarquias entrelaçadas” (“tangled hierarchies”): a validade e o sentido do direito constitucional dependem da atividade legislativa e da aplicação concreta do direito. A hierarquização interna “Constituição/lei” atua como condição de reprodução autopoietica do direito moderno; serve, portanto, ao seu fechamento normativo, operacional (NEVES, 2011, p. 70).

³⁰ Explicando melhor, a Constituição é fruto de uma interpenetração entre dois sistemas sociais autônomos. De acordo com Neves (2011, p. 66), o mencionado “acoplamento estrutural” não resulta de uma relação qualquer entre direito e poder. No caso de sociedades pré-modernas e Estados autocráticos contemporâneos, há uma relação de hierarquia entre direito e poder, de modo que o político se sobrepõe ao jurídico. “Em linguagem da teoria dos sistemas, isso significa a subordinação explícita do código-diferença ‘lícito/ilícito’ ao código-diferença ‘poder/não-poder’”. Considerando a Constituição como “acoplamento estrutural”, as interferências da política no direito que não forem mediatizadas por mecanismos estritamente jurídicos são ignorados, e vice-versa. A autonomia de ambos os sistemas é condição de possibilidade a este “acoplamento estrutural” (NEVES, 2011, p. 67).

Destarte, a Constituição exerce uma função “descarregante” para o direito positivo da hipercomplexa sociedade moderna. A Constituição “impede que o sistema jurídico seja bloqueado pelas mais diversas e incompatíveis expectativas de comportamento que se desenvolvem no seu ambiente”. Para que isto seja possível, o “princípio da não-identificação” deve estar presente, de maneira que a Constituição não se identifique com concepções de caráter abrangentes e totais, como concepções religiosas, morais, filosóficas, ideológicas e econômicas³¹ (NEVES, 2011, p. 72-73).

A Constituição é um obstáculo ao “perigo da desdiferenciação” ao se manifestar positivamente e mantendo-se como uma ordem diferenciada de comunicação, especialmente evitando a “politização” e a “economização”. A concepção de Estado de bem-estar busca exercer função compensatória e distributiva, pois para que os direitos fundamentais clássicos (de caráter liberal-democrático) sejam minimamente efetivados, é necessário que haja a efetivação dos “direitos fundamentais sociais” (NEVES, 2011, p. 76)³².

Portanto, considerando a sociedade hipercomplexa atual como o cenário de múltiplas expectativas e interesses conflitantes, “o direito só poderá exercer satisfatoriamente sua função de congruente generalização de expectativas normativas de comportamento” enquanto houver a efetivação em patamar constitucional dos princípios da diferenciação funcional e da inclusão, o que possibilita a concretização dos direitos fundamentais – liberdade civil que permite a participação política - e sociais – Estado de bem-estar (NEVES, 2011, p. 78).

Conforme explica o autor, está-se diante da constitucionalização simbólica quando há uma “ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição” (NEVES, 2011, p. 92). Programa normativo

³¹Neves (2011, p. 74) esclarece que a Constituição no sentido moderno exerce uma função em sentido estrito na sociedade. Nessa perspectiva, o autor reconhece a supercomplexidade da sociedade moderna e a dissolução dos critérios de orientação das expectativas relativos à totalidade do social. Dessa forma, não há um sistema social supremo. Diante desta conjuntura, os direitos fundamentais exercem importante papel ao propiciarem o “desenvolvimento de comunicações em diversos níveis diferenciados” (grifei).

³² O Estado de bem-estar pode ser compreendido amparado no princípio sociológico da inclusão. Nas palavras de Neves (2011, p. 76), compreende-se como inclusão a “inserção de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade”. Conforme aumenta a inclusão, desaparecem os grupos marginalizados que não participam da vida social. Com base nesta interpretação, pode-se entender por exclusão “a manutenção persistente da marginalidade”. Interpretando este conceito em face da sociedade contemporânea, poder-se-ia dizer que ele descreve situações em que há uma significativa parcela da população que necessita das prestações dos diversos sistemas sociais, porém que a elas não tem acesso. Ou seja, pode-se caracterizar esta parcela da população como pertencente ao rol dos subintegrados.

– dados linguísticos – e o seu âmbito de domínio – dados reais – não estão suficientemente integrados.

De acordo com a perspectiva orientada pela teoria dos sistemas,

os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação aos fatores do ambiente. Ao contrário, no caso da constitucionalização simbólica ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do “mundo da vida”, de tal maneira que, no plano constitucional, ao código “lícito/ilícito” sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais (NEVES, 2011, p. 93).

Quando as situações de constitucionalismo simbólico imperam, os órgãos estatais não se orientam pelos dispositivos constitucionais. Eles se orientam no sentido de socavá-la de modo a se desviarem de suas finalidades ou se evadirem dos compromissos por ela afirmados. Nessa perspectiva, ela é sistematicamente e casuisticamente violada. Há um conflito entre o texto constitucional - cuja expectativa é a de incluir – e a realidade constitucional existente – que exclui o público. Deste conflito, resulta a ausência de normatividade constitucional, ou – para dizer o mínimo – há apenas uma normatividade constitucional restrita, “não generalizada nas dimensões temporal, social e material” (NEVES, 2011, p. 94).

Dessa forma, dispositivos constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, separação dos poderes, eleição democrática, igualdade perante a lei, são violados por práticas que deveriam supostamente estar orientadas para a concretização da Constituição. Esta violação ocorre principalmente levando em conta o critério “generalização”, uma vez que estes dispositivos são filtrados a partir de critérios particularistas – e excludentes, portanto – de natureza política e econômica, por exemplo. Isto se opõe ao objetivo incluído proclamado pelo texto constitucional (NEVES, 2011, p. 101). Com base no que foi retratado acima, deve-se dizer que o movimento de ampliação do acesso ao judiciário, fortemente comprometido com interesses particularistas do poder econômico e político (redução de custos com a prestação jurisdicional), trata-se de um caso de “constitucionalismo simbólico”, uma vez que a informalização e as novas vias são justificadas por um discurso compromissado com a concretização da Constituição.

Orientado por injunções diretas originárias do mundo exterior (ambiente) o sistema perde sua identidade, pois se desdiferencia do ambiente. Nestes casos há sobreposição dos códigos “ter/não-ter”, “poder/não-poder” sobre o “lícito/ilícito”, de forma que o sistema jurídico não realiza mais uma “releitura” dos determinantes ambientais, como explica Neves (2011, p. 146). Diante disto, não se está a negar que o direito não sofra influências do ambiente. Sabe-se que há um condicionamento de todo sistema autopoietico pelo seu ambiente, incluído o jurídico. Contudo, o fenômeno da alopoiese do direito trata de uma “‘comutação’ ou de uma ‘digitalização’ dos fatores externos pelo código e o critério do respectivo sistema” – jurídico.

Neves (2011, p. 170) afirma que “a constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico é um problema fundamentalmente da modernidade periférica”. E ao utilizar o modelo “centro/periferia” refere-se à existência de uma profunda desigualdade inter-regional presente na sociedade moderna. Esta desigualdade se reflete nos diversos sistemas sociais, sobretudo no político e no jurídico dos Estados. Dessa forma, a terminologia “centro/periferia” constitui um exemplo típico-ideal, sabendo-se que eles não são encontrados de modo puro na realidade social. O modelo “centro/periferia” constitui, portanto, um esquema de interpretação centrado nos elementos mais essenciais à discussão, não se ignorando, porém, que este esquema pode ser aplicado em vários níveis.

Nesse sentido, Neves (2011, p. 171) defende que em algumas regiões estatalmente delimitadas – países periféricos – “não houve de maneira nenhuma a efetivação adequada da autonomia sistêmica e acordo com o princípio da diferenciação funcional”. Segundo o autor, não houve também a consolidação de uma esfera pública cuja cidadania tenha sido generalizadamente instituída, diferentemente de outros países estatalmente organizados, como os países centrais, onde estas características são verificadas pelo menos aparentemente³³.

³³ Bercovici também presta relevante contribuição para este assunto ao preocupar-se com o estudo da especificidade da Teoria do Estado e da Constituição na periferia do capitalismo. Nesse sentido, o jurista atenta para o perigo de interpretações e críticas acerca de questões constitucionais e pertinentes ao Estado amparadas em um simples transplante dos modelos europeus e norte-americanos, que não levam em conta as características próprias das sociedades periféricas, incluindo-se o Brasil em especial e a América Latina em geral (BERCOVICI, 2004, p. 263). Conforme Bercovici (2004, p. 264), o “dilema constitucional” brasileiro não consiste na dicotomia existente entre Constituição e realidade, em que o Poder Judiciário será o agente capaz de concretizar a Constituição de 1988 porque efetivará os dispositivos legais segundo uma interpretação constitucional ou porque exercerá o controle de constitucionalidade. Bercovici elucida que, no caso de ser este o “dilema constitucional” em *terrae brasíllis*, isto significa que não se está lidando “de maneira satisfatória com os problemas políticos, sociais e econômicos inerentes à nova ordem constitucional em um país periférico como o Brasil”. Vinculado à matriz teórica da hermenêutica filosófica e da filosofia hermenêutica, Streck (2009b, p. 32) também se preocupa em desenvolver um

Nesse contexto, como será visto, os países periféricos são frequentemente alvo de pesquisas que não só os avaliam como oferecem recomendações de alteração no sistema normativo e de justiça no geral, que, não raro, são acatadas pelos países diante de pressões hegemônicas não só externas, como internas. Não se esquecendo de que estas pesquisas sempre vêm aparentemente compromissadas com a realização da democracia.

Bercovici (2004, p. 289) contrapõe o estado de exceção econômico na periferia do capitalismo à normalidade dos países centrais. Contudo, Neves versa que - embora o problema da constitucionalização simbólica seja uma preocupação específica da modernidade periférica - ele não deixa de questionar se os países centrais estão livres deste problema. Reportando-se a palavra-chave equívoca “globalização”, Neves (2011, p. 191) aponta que a hipertrofia do código econômico começa a trazer consequências negativas aos códigos políticos e jurídicos dos países centrais, de modo que as Constituições destes países podem perder a sua força normativa, atrofiando – como tem ocorrido – as prestações do estado de bem-estar. Esta tendência pode ser compreendida como uma possível “periferização paradoxal do centro”³⁴, consequência do neoliberalismo sem fronteiras...

Bercovici afirma que o modelo econômico neoliberal e a “globalização” apenas confirmam a inadequação da teoria constitucional brasileira, uma vez que as soluções apontadas estão situadas entre o instrumentalismo constitucional - consistente na crença de que basta que a solução esteja prevista na Constituição, ou que a solução está no Poder Judiciário, “o salvador” – ou na invocação de “concepções processuais e reducionistas de Constituição” (BERCOVICI, 2004, 264-265).

O pensamento jurídico positivista absolutiza soluções constitucionais históricas do liberalismo, transformando-as em atemporais, e, portanto, adequadas a contextos históricos bastante diversos daqueles que originaram tais soluções. Com base nisso, Bercovici (2004, p.

constitucionalismo adequado a países de modernidade tardia e afirma que a Constituição deve ser mantida em sua perspectiva dirigente e compromissória. Ao atribuir este papel à Constituição, possibilita-se a introdução do republicanismo na esfera pública, em oposição “ao patrimonialismo e à carência de uma esfera pública suficientemente desenvolvida” – características presentes nos países de modernidade tardia, ou periféricos.

³⁴ Com base nisso, não restam dúvidas de que o livre mercado livre global comprometeu a existência do Estado do Bem-Estar Social, constituindo tal realidade uma das faces da crise do Estado. “É por isso que, para a maior parte daqueles que vive dos salários provenientes dos seus empregos nos velhos ‘países desenvolvidos’, o começo do século XXI oferece um quadro sombrio, para não dizer sinistro” (HOBSBAWN, 2007, p. 11-12). Com as mesmas qualificações, existe um imenso número de trabalhadores de outros países dispostos a exercer as mesmas tarefas a apenas uma pequena fração dos salários pagos no Ocidente, isso sem contar com a pressão do grande “exército de reserva de trabalhadores” imigrantes dentro dos próprios países desenvolvidos, egressos das “aldeias das grandes zonas globais de pobreza” (HOBSBAWN, 2007, p. 11-12).

265) observa que não se deve fechar os olhos para a realidade constitucional, devendo-se pensar a Teoria da Constituição “na lógica das situações concretas históricas de cada país”. Esta forma de compreensão possibilita que o direito constitucional recupere as categorias de espaço e tempo e tome “dimensões concretas e históricas”. É nesse sentido que se torna importante abordar o constitucionalismo e a autonomia do direito a partir de autores que a estudam considerando realidades periféricas.

Canotilho (2001, p. 154) também considera que a constituição só assume um sentido teórico-prático quando se considera a situação constitucional concreta, ou seja, “como historicamente existente em um determinado país”. Por outro lado, ao se fazer uma “destilação” teórica, abstraindo-se as contingências e a historicidade da realidade, a recondução a uma ideia de constituição ideal, inevitavelmente, irá se deparar com “desvios” resultantes da “colocação do texto constitucional na lógica da situação” (CANOTILHO, 2001, p. 154).

Ainda que a distinção entre centro e periferia decorra de circunstâncias econômicas, o problema pressupõe a existência de Estados. Nesse contexto, desde o surgimento dos estados periféricos há uma falta de autonomia nos sistemas político e jurídico, constantemente bloqueados por injunções externas de outros sistemas, o que impede a autonomia operacional dos sistemas. As injunções derivadas do sistema econômico são as mais representativas desta conjuntura. Assim, os mecanismos de filtragem seletiva do direito positivo, como princípios da legalidade, da constitucionalidade etc. e do sistema político, como eleições livres, secretas e universais, organizações partidárias etc. não funcionam de forma adequada em face das pressões exercidas pelo código binário de preferência “ter/não-ter”.

Há sistematicamente “injunções particularistas da dominação econômica” atuando ostensivamente em relação à legalidade no plano jurídico e no procedimento. Nos países periféricos, o que se percebe é uma “ingerência ilícita sistemática do poder *sobre* o direito”. (NEVES, 2011, p. 174).

Explicando de outro modo, o exercício da soberania estatal é permanentemente bloqueado pelos interesses privados, de modo que – tem razão Bercovici (2004, p. 269) – quando argumenta que a conquista e a ampliação da cidadania, no Brasil, exige o “fortalecimento da soberania do Estado perante os interesses privados e pela integração igualitária da população na sociedade”. Conforme pensa José Murilo de Carvalho, a ampliação do acesso à justiça pode ser um dos meios para o exercício da cidadania via

judiciário, uma vez que ela não é historicamente expressiva na esfera legislativa e política e, por isso, ocuparia um espaço vazio³⁵.

Em linhas gerais, deve-se construir uma reflexão mais aprofundada acerca dos Estados periféricos, pois a soberania destes é prejudicada tanto em âmbito interno, como em âmbito externo. Bercovici (2004, p. 271) menciona que os Estados periféricos possuem “núcleos de poder interno cujas decisões são orientadas para o exterior”. Assim, grande parte das decisões tomadas pelos Estados é influenciada por interesses externos. Inclusive, a autoridade pública, muitas vezes, é mais contestada internamente do que externamente. Nesse sentido, o Estado tem a sua soberania bloqueada, seja por fatores externos, seja pelo poder privado e pelo poder econômico internos (BERCOVICI, 2004, p. 271-272).

As diretrizes do Banco Mundial confirmam o comentário de Bercovici. Se, por um lado, são originárias de interesses externos, por outro, a adesão às suas diretrizes ocorre em âmbito interno, por meio de reformas legislativas. Tais reformas são direcionadas a melhorar a imagem do país frente aos interesses externos, ainda que não deixem de privilegiar um pequeno grupo de empresários internos, cujo posicionamento é o mesmo dos órgãos de fomento. Neste caso, o sistema jurídico é contestado mais externamente do que internamente, devendo-se mencionar, ainda, que os estudos do Banco Mundial são prioritariamente direcionados aos países periféricos, em especial aos da América Latina e do Caribe.

Há um “decisionismo de emergência”, destinado a salvar os mercados, ao mesmo tempo em que os poderes constitucionais estão em funcionamento. O Estado é subordinado ao mercado e o direito interno precisa ser adaptável às exigências do capital financeiro, de modo que se exige uma crescente flexibilidade no direito capaz de reduzir o espaço para a soberania popular. Como Foucault, Bercovici (2004, p. 289) afirma que “a razão de mercado, e a assim chamada ‘governabilidade’, passam a ser a nova razão de Estado”.

³⁵ Diante da constatação de que “a modernidade não possui a mesma face em todas as partes do mundo”, é relevante saber que “a sua face mais desbotada” – a que corresponde aos países que se desenvolveram nos rastros da expansão do movimento capitalista, na qual o Brasil está incluído – antes se relaciona “com a ‘ausência’ do que com a ‘presença’ de uma organização social e de uma tradição moral ou religiosa” apta a resistir aos impactos modernizantes das práticas institucionais importadas como “modelos prontos” (MOREIRA, 2010, p. 26). De acordo com Moreira (2010, p. 26), os direitos não são dados, porém sim construídos no âmbito de uma comunidade política. Consequentemente, a garantia do acesso à justiça passa a ser o “direito a ter direitos”, pois - ante sua inexistência – não há a necessária igualdade que possibilite o acesso ao espaço público. E, segundo o autor, o “locus”, para a normatização de tais direitos, é a Constituição, que os protege e os afirma por meio do Estado.

O Documento Técnico número 319 S intitulado “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – elementos para reforma”, de 1996, cuja autoria é do Banco Mundial, constitui um exemplo de que o judiciário brasileiro não tem sido excluído da influência paranormativa destes órgãos de fomento. O Documento foi elaborado pela Unidade de Modernização do Setor Público do Departamento Técnico para América Latina e Região do Caribe, que tem por intuito proporcionar suporte e orientação aos projetos de reformas do judiciário na região. Desse modo, o relatório foi elaborado com o objetivo de condensar as diferentes experiências da região, como um meio de auxiliar futuras reformas do judiciário.

Neste documento, o Banco Mundial reconhece-se como o “novo participante na reforma do Judiciário”, uma vez que desenvolve inúmeros projetos que, àquela data, ainda estavam em preparo ou já estavam em desenvolvimento (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 55). Consta no relatório que - de acordo com as experiências do Banco Mundial proporcionadas pelos seus projetos – demonstrou-se a “necessidade em definir os elementos de um programa global de reforma do Judiciário, o qual pode ser adaptado às situações específicas de cada país”. Assim sendo, o órgão atribui-se o papel de desenvolver abordagens coerentes nos projetos para o setor judiciário, pois o pedido de auxílio nos processos de reformas tem se ampliado por parte dos governos de todo o mundo, incluindo o Brasil.

No prefácio do Documento Técnico 319, menciona-se que “os países da América Latina e Caribe passam por um período de grandes mudanças e ajustes”, de modo que tais modificações impõem a necessidade de que o papel do Estado seja repensado. Segundo o relatório, “observa-se uma maior confiança no mercado e no setor privado, atuando o estado como um facilitador e regulador das atividades de desenvolvimento no setor privado” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 7). Contudo, o Documento elucida que, mesmo diante desta conjuntura, as instituições públicas da região não tem respondido de forma eficiente a tais mudanças. Em seguida, refere que o engajamento - tanto por parte dos governos, como por parte do Banco (mediante incentivos) – deve estar orientado ao desenvolvimento de instituições que “possam assegurar maior eficiência, autonomia funcional e qualidade dos serviços prestados”.

Inserido no rol de instituições públicas do Estado, o relatório enuncia que o Poder Judiciário deve proporcionar a resolução dos conflitos de modo transparente e igualitário aos cidadãos, aos agentes econômicos e ao Estado. Considerando isto, o Documento refere que “existe uma necessidade de reformas para aprimorar a qualidade e eficiência da Justiça,

fomentando um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 7). Dessa forma, o Documento Técnico propõe um programa de reforma direcionado à solução dos principais fatores que afetam a qualidade dos serviços, sua morosidade, bem como a natureza monopolística da prestação jurisdicional (BANCO MUNDIAL, 1996, p.8).

Ainda, o relatório aponta alguns aspectos econômicos e legais como “as raízes da ineficiência e injustiça do sistema”, concentrando-se em discutir elementos básicos garantidores de uma reforma rumo ao processo eficiente e justo. Dentre a lista não exaustiva de medidas, deve-se incluir medidas aptas a

assegurar a independência do judiciário através de alterações no seu orçamento, nomeações de juízes, sistema disciplinar que aprimore a administração das cortes de justiça através do gerenciamento adequado de processos e reformas na administração das unidades judiciárias; adoção de reformas processuais; mecanismos alternativos de resolução de conflitos; ampliação do acesso da população a justiça; incorporação de questões de gênero no processo da reforma; redefinição e/ou expansão do ensino jurídico e programas de treinamento para estudantes, advogados e juízes (BANCO MUNDIAL, 1996, p.8).

Conforme menciona o Banco Mundial, levando-se em conta o prosseguimento do desenvolvimento econômico nos países latino-americanos e na região do Caribe, a reforma judiciária tem assumido significativa importância, tendo em vista que o Poder Judiciário tem como função “ordenar as relações sociais e solver conflitos entre os diversos atores sociais” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 10). Contudo, ele argumenta que o poder judiciário não tem sido capaz de resolver os conflitos de forma *previsível e eficaz*, garantindo os *direitos individuais* e os de *propriedade*. De acordo com o Documento Técnico, “a instituição em análise tem se demonstrado incapaz em satisfazer as demandas do setor privado e da população em geral, especialmente as de baixa renda” (BANCO MUNDIAL, 1996, p.10). Vê-se aqui interesses privados e sintomas da política de “focalização”, abordada por Ezcurra.

Diante da conjuntura ora exposta, o Banco Mundial refere que o “intuito das reformas é promover o desenvolvimento econômico”, sendo a reforma do Judiciário parte de uma remodelação do papel do Estado na sociedade, uma vez que – sem um efetivo reforço, sem uma definição da interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade – o desenvolvimento econômico não pode continuar. Como explicita o Banco Mundial, “a reforma do Judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas”,

bem como o aprimoramento do acesso à justiça, “*que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado*” (grifei).

O relatório menciona ser necessária a instituição de um sistema de *avaliação* capaz de permitir o *monitoramento da atividade judicial* pelos próprios membros do judiciário, bem como pelo público em geral. Esta medida se coaduna com um fator que, segundo o Banco Mundial, é recorrentemente esquecido: a transparência. Em seguida, elucida que para o mercado funcionar - no caso o mercado são os serviços judiciais, como o relatório assim especifica – devem ser disponibilizadas informações suficientes aos potenciais usuários dos serviços (judiciais). Em decorrência disso, para que o Judiciário seja independente, o sistema de nomeação dos juízes, por exemplo, deve ser transparente e baseado no merecimento (BANCO MUNDIAL, 2008, p. 23).

No tópico destinado à análise dos códigos de processo, consta no relatório que, em alguns casos, a simples implementação dos procedimentos já presentes nos códigos de processo pode ser suficiente, quando – por exemplo – existe uma regulamentação sobre prazos que é sistematicamente ignorada. Contudo, em outros casos, uma reforma processual pode ser necessária. Para tanto, os procedimentos que inviabilizam a eficiência das Cortes devem ser identificados (BANCO MUNDIAL, 2008, p. 37).

Em terras brasileiras, “82% dos magistrados indicaram que o excesso de formalidades processuais é a causa de uma administração da justiça ineficiente”, assim como “73% dos juízes entrevistados citaram o grande volume de recursos como a principal causa da morosidade” (BANCO MUNDIAL, 2008, p. 37). De acordo com o Banco Mundial (2008, p. 37), a imposição de pressupostos recursais poderia ser uma pertinente medida para reduzir a morosidade do judiciário.

Preocupado com a ampliação do acesso à justiça àqueles que necessitam utilizar as Cortes de justiça por razões legítimas, o relatório aponta possíveis soluções para a diminuição das barreiras que dificultam o acesso, tais como a redução dos custos da litigância, programas de assistência jurídica e criação de formas alternativas de resolução de conflitos, menos onerosas. Os juizados de pequenas causas, destinados a julgar casos até determinados valores, são também considerados uma opção para a redução dos acúmulos processuais nas Cortes Superiores, pois alia a ampliação do acesso à justiça à diminuição da morosidade, principalmente nas áreas urbanas onde esta é mais grave.

Primeiramente, o trabalho faz uma análise descritiva deste relatório, bem como dos ideais que orbitam em torno dos interesses deste organismo paranormativo. Contudo, no segundo capítulo, será feita uma análise aprofundada destas diretrizes, contextualizando-as com o impacto que elas têm no sistema normativo brasileiro e no Poder Judiciário.

Quanto aos valores que orbitam o documento, refere-se aqui a preocupação em atender uma demanda por eficiência, que surgiu como reação à explosão das demandas nos anos 1980. Garapon (2008b, p. 2-3) menciona que a massificação dos litígios, combinada com a recusa da lentidão no andamento dos processos, obrigou “a justiça a se repensar em termos de fluxo”. Contudo, embora ela tenha que responder quantitativamente a crescente demanda por seus serviços, suas respostas devem ser personalizadas, ou – “sob medida”, para usar a expressão de Garapon.

Nesse contexto, o autor francês menciona que a padronização seria um dos requisitos para uma justiça eficiente, sendo as técnicas de gerenciamento nada menos que o “império da padronização”. A primeira medida administrativa seria, portanto, a padronização das atividades. Apresentadas de modo homogêneo, elas possibilitam uma condução estratégica. Desse modo, esta busca por homogeneização permite que a justiça seja universalizada, como as atividades humanas e a busca pela uniformização dos contenciosos seria um bom exemplo.

Conforme Garapon (2008b, p. 3), se o neoliberalismo tem como principal pilar a concorrência, ainda que artificialmente produzida, sendo ela considerada a “reguladora mais eficiente das atividades humanas e a melhor mediadora da coexistência”, as reformas atuais evidenciam que é este o caminho atualmente trilhado no cenário jurídico brasileiro. Nessa discussão, é inevitável não recorrer a Foucault (2008, p. 222), pois, segundo este autor, uma “sociedade regulada a partir e em função da economia concorrencial de mercado” necessita que a instituição jurídica e as regras de direito sejam redefinidas.

Considerando esta conjuntura, “parece que a questão não é tanto de saber se a justiça tem bem julgado, mas se ela eficientemente vem evacuando o fluxo de litígios que a ela estão sendo submetidos”. Garapon (2008b, p. 4) afirma que a eficiência redefine a justiça, sendo ela parte da imensa empresa prestadora de serviços que tem se tornado o Estado. Nesse sentido, o autor observa a potencial perversidade de uma excessiva valorização dos números, uma vez que isto pode tornar “toda avaliação da justiça pautada por aquilo que é mensurável, pelo tempo e pelo dinheiro”, desconsiderando-se aquilo que não se pode medir. Dessa forma, o que

não pode ser apreciado por análise quantitativa torna-se “não apurável” e relegado a segundo plano.

Diante da concorrência, os menos favorecidos perdem influência neste “jogo” e correm, até mesmo, o risco de desaparecer. Como menciona o mesmo autor, “o juiz nacional fica dividido entre a estrita aplicação do direito e a aplicação do direito somada ao risco de colocar um setor econômico inteiro em dificuldades, ao neutralizar sua competitividade” (GARAPON, 2008b, p. 8).

É por isso que eficiência e concorrência parecem ser os novos parasitas nos julgamentos. Na medida em que “parâmetros estrangeiros” são incluídos na motivação dos juízes, as informações sobre investimentos passam a contar para a motivação do juiz, de modo que são obrigados a considerar questões externas ao processo, a fim de não prejudicar um investimento que possa ser determinante para a sobrevivência de determinado segmento econômico. Portanto, não é mais suficiente que o juiz compare pontos de vista, avalie as pretensões dos rivais e avalie os méritos de cada causa de acordo com os princípios do direito. É necessário mais que isso: ao juiz cabe avaliar os casos sob o ponto de vista econômico-jurídico.

Assim, retornando-se sucintamente ao exposto acima, este cotejo ocorre na perspectiva Macro: organização e administração da Justiça, como visto acima, e Micro, ou seja, na decisão judicial em sentido estrito. Na perspectiva Macro, o conflito vai além de uma simples modificação do critério – do jurídico para o econômico – para também abranger o conflito entre tradições jurídicas e filosóficas diversas - *civil law e common law*: buscando-se, então, a unificação do discurso (ROSA, 2011a, p. 63).

Nesse sentido, percebem-se ajustes estruturais no Poder Judiciário – como a inclusão de formas alternativas de resolução de conflitos (mediação e arbitragem) e também de vias jurisdicionais alternativas, pois os Juizados Especiais surgem inspirados na Corte de Pequenas Causas nova-iorquina. Por outro lado, vive-se o “*pragmatic turn*”, responsável por refundar a Teoria da Decisão Judicial pelo critério da “maximização da riqueza”.

Para que seja possível falar em “*pragmatic turn*”, antes se faz necessário esclarecer o que se entende por pragmatismo à luz dos ensinamentos de Dworkin. Embora o pragmatismo não exclua uma teoria capaz de tornar uma comunidade melhor, ele também não leva a sério pretensões juridicamente tuteladas. Nesse sentido, as posturas pragmáticas rejeitam algo que

outras concepções de direito aceitam, isto é, o fato de as pessoas terem os seus direitos claramente definidos independentemente daquilo que seria melhor para o futuro da sociedade. O pragmatismo não assegura que os direitos instituídos irão prevalecer, caso - em determinado momento - eles não sejam convenientes para a sociedade. Dessa forma, no pragmatismo, aquilo que reconhecemos como direitos atribuídos a uma pessoa apenas auxiliam um futuro melhor, eles são apenas instrumentos construídos em prol de um fim. Contudo, tais direitos “não possuem força ou fundamento independentes”³⁶(DWORKIN, 2007, p. 195).

Adota-se uma postura pragmático-eficientista, portanto, de modo que o pragmatismo irá concentrar esforços na construção de uma comunidade melhor pautando-se pelo critério da eficiência (termo delimitado na introdução do presente trabalho). Com base nisso, Rosa (2011a, p. 63) analisa a influência do discurso efficientista no sistema judicial na perspectiva macro e na perspectiva micro. A primeira refere-se à “organização e administração da Justiça, especificamente no plano Legislativo e Organizacional do Ordenamento Jurídico (pluralista)”. A segunda diz respeito à “decisão judicial *stricto sensu*, inserida no contexto do discurso jurídico”. Ambas as perspectivas serão discutidas no decorrer desta pesquisa.

Deve-se ressaltar que, em oposição a uma realidade permeada pela ausência de normatividade da Constituição - o discurso político dos órgãos paranormativos, que mais tarde são reproduzidos pelos Estados - são retoricamente constitucionalistas, pois o que há, na verdade, é uma realidade constitucional desjuridificante. Dessa forma, emprega-se o termo simbólico porque embora o Estado pareça estar comprometido com os valores

³⁶Dworkin, na obra *Uma Questão de Princípio*, também discute a visão utilitarista, que parte de uma visão pragmática bastante em voga na contemporaneidade. Nesse contexto, os utilitaristas concordam que a definição de um estado como democrático consiste em um conjunto de processos que descrevem quem pode votar, como estabelecer os distritos de votação, e assim por diante. Mas eles argumentariam que os processos democráticos são justos porque têm mais probabilidade que outros de produzir decisões substantivas que maximizem a utilidade. Qualquer outra questão sobre qual dos processos alternativos constitui a melhor concepção de democracia deve, portanto, ser submetida ao teste da utilidade a longo prazo, isto é, ao teste dos resultados (DWORKIN, 2005, p. 84). Dworkin (2005, p. 95) defende que o utilitarismo puro é errado e que as pessoas têm direitos que estão acima da “maximização da utilidade irrestrita” e das decisões majoritárias que servem a esta utilidade irrestrita. O autor sustenta que direitos criados por cláusulas de devido processo legal e igualdade, perante a lei da Constituição, implicam no direito a não ver legislações que contrariem ou restrinjam tais direitos serem aprovadas por certas razões: “não direitos a que a legislação não seja aprovada com certas consequências” (DWORKIN, p. 95). Desse modo, caso se acredite que a legislação trata todas as pessoas como iguais quando pesa somente as perspectivas utilitárias, sem fazer nenhuma distinção entre os indivíduos, então se usará um argumento utilitário puro. Por outro lado, caso se rejeite esta concepção utilitarista de tratar todos como iguais e se “suponha que as pessoas não são tratadas como iguais a menos que as decisões legislativas respeitem certos direitos fundamentais”, então tal consideração deve ser levada em conta quando se questionar se um processo político realmente oferece igualdade de poder político (DWORKIN, 2005, p. 92).

constitucionalmente assegurados, tais valores parecem não se realizar apenas por conta do “subdesenvolvimento” da sociedade (NEVES, 2011, p. 176).

Com base nisso, Bercovici defende que o Estado deve ser fortalecido para que então seja possível resistir aos efeitos perversos da “globalização”, condição para que os desequilíbrios provocados por este fenômeno sejam superados e, assim, seja possível sair do cenário de crise. Isso implicaria em uma estratégia oposta àquela que vem “entusiasmando as elites intelectuais, políticas e empresariais brasileiras” (BERCOVICI, 2004, p. 276). Ou seja, necessário seria um Estado nacional que fosse responsável por assumir o comando estratégico direcionado à construção de “cenários e trajetórias de crescimento”.

Este caminho não poderá ser trilhado sem uma rearticulação entre Estado, capital privado e trabalhadores, cabendo àquele o dever de cumprir os seus velhos compromissos. Para tanto, o Estado deve andar na contramão da economia neoliberal, de modo que o Estado seja forte, porém não extenso e autoritário, como o Estado desenvolvimentista. Em oposição às diretrizes neoliberais, o Estado deveria ser o “sustentáculo fundamental das estratégias empresariais de conquistas de novos mercados, além de fazê-lo promotor ativo de políticas de proteção social e requalificação da mão-de-obra trabalhadora” (BERCOVICI, 2004, p. 277).

Mediante um Estado autônomo e democrático, capaz de fazer frente aos interesses particulares de setores privilegiados ou aos interesses externos de diversas ordens, o Estado poderia traçar um modelo estratégico de desenvolvimento, consoante com a promoção de políticas sociais e com o avanço da cidadania social, de modo a incluir populações até hoje permanentemente marginalizadas (BERCOVICI, 2004, p. 277). Um caminho para isto, certamente poderia ser a democratização do acesso à justiça.

2 O PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS RELATIVIZA A GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DEVIDO PROCESSO, OU SOB OUTRA PERSPECTIVA, POSSIBILITA UM MODELO DE JUSTIÇA DE PROXIMIDADE?

Conforme o artigo 2º da Lei 9.099/95, o processo nos Juizados Especiais “orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. Embora a lei os tenha denominado como critérios, a verdade é que a doutrina, inadvertidamente, também os reconhece como princípios norteadores do procedimento instituído pelos Juizados Especiais, tanto Estaduais como Federais.

Abreu (2008, p. 191) elucida que a Lei 7.244/84, que remonta às origens dos Juizados Especiais Estaduais e Federais, combina dois regimes tradicionais de resolução de conflitos. De um lado, tem-se um mecanismo extrajudicial de composição de conflitos (conciliação e arbitragem) e, de outro, a solução jurisdicional em sentido estrito (prestação jurisdicional específica). Buscou-se com isso, trazer uma ótica coexistencial à solução do conflito mediante a adoção de mecanismos populares, como as vias alternativas, podendo-se mencionar, entre tais vias, a conciliação, a arbitragem, a participação do juiz privado (juiz leigo), aos moldes do que propunha Cappelletti (Abreu, 2008, p. 191).

Sob uma perspectiva constitucional, tais mecanismos possibilitam a realização de uma “justiça de proximidade”. Esta expressão guarda, neste trabalho, o sentido dado por Rosanvallon (2010, p. 238), consistente em um modelo de justiça direcionado à superação da discriminação e ao estabelecimento de uma sociedade mais democrática: ideais que assumem crescente importância em sociedades multiculturais e constituem a matriz de um tipo de relação em que os indivíduos e as instituições possam se reconhecer mutuamente.

Dessa forma, a busca por proximidade, aliada à imparcialidade, dá maior sensibilidade à noção tradicional de igualdade de direitos, fundamento da vida em conjunto. A atenção à particularidade encontra-se na encruzilhada da vida social contemporânea, uma vez que valoriza a auto-estima dos cidadãos e a sensação de reconhecimento (ROSANVALLON, 2010, p. 238). Para tornar isso possível, foi necessário um cambio na postura institucional, direcionado à adoção de mecanismos que efetivamente aproximassem os cidadãos do Judiciário.

Dessa forma, o legislador reuniu experiências brasileiras históricas e exemplos de experiências alienígenas ao instituir a conciliação nos juizados de pequenas causas. Usada como mecanismo de pacificação social, ela permite que as pessoas sejam obrigadas a cumprir o que elas mesmas decidiram mediante um acordo.

Cunha (2008, p. 49) elucida que a conciliação não só abre espaço para que a figura do conciliador ingresse no sistema jurídico, como também confere ao juiz maior poder de controle no processo. Com base nisso, a autora atenta para dois importantes desafios cujos modos de implementação determinariam o sucesso ou insucesso dos juizados: de um lado, o modo de seleção dos conciliadores, de outro, o treinamento dos juízes para atuarem no novo sistema, uma vez que eles teriam não só maiores problemas de controle do processo, como também contato com as partes sem intermediários - os advogados.

Isso porque a conciliação realizada não só pelos conciliadores, mas também pelos juízes, não pode ser exercida de forma mecânica e artificial, realizada apenas para cumprir o rito. Deve-se ter em mente que a resolução do conflito pela via conciliatória é uma oportunidade para satisfazer a ambas as partes, diferentemente do que ocorre ao fim de uma sentença ou de um acórdão, em que há vencedor e vencido (ALVIM, 2011, p. 39-40).

Há também outro ponto a ser considerado: o modo como os conciliadores são selecionados. De acordo com a segunda parte do artigo 18, caput, da Lei 10.259/2001, “o juiz presidente do Juizado designará os conciliadores pelo período de dois anos, admitida a recondução”. Em seguida, o mesmo artigo versa que “o exercício das funções de conciliador será gratuito, assegurados os direitos e prerrogativas do jurado”. Alvim, além de questionar a constitucionalidade das prerrogativas asseguradas ao jurado e, por consequência, ao conciliador³⁷, também dirige críticas a não previsão expressa de remuneração dos

³⁷ De acordo com o artigo 439 do Código de Processo Penal (CPP), “o exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e

conciliadores, repetindo a lei o mesmo erro dos juzados especiais estaduais. Igualmente, Alvim dirige críticas ao artigo 7º da Lei 9.099/95, pois segundo este dispositivo, os conciliadores serão recrutados, preferentemente, entre os bacharéis em Direito.

No entanto, para este autor, a competência do conciliador deve residir muito mais na sua capacidade de persuasão do que no seu conhecimento jurídico. Nesse momento, mais importante é saber exercer o diálogo, de modo que as partes sintam-se confiantes para chegarem ao acordo amigável³⁸. Considerando isso, não se despreza a importância do conhecimento jurídico, mas – nesse momento - o que verdadeiramente importa é a sua capacidade de intermediar o conflito.

assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo”. Já o artigo 440 do mesmo Código versa que é direito do jurado, “na condição do artigo 439, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária”. Contudo, questiona-se a constitucionalidade de ambos os artigos do Código de Processo Penal. Quanto à presunção de idoneidade moral, sabe-se que a mesma não deriva simplesmente da condição de jurado, mas presume-se que toda pessoa é moralmente idônea, até que se prove o contrário (ALVIM, 2011, p. 41). De igual modo, o artigo 440 colide com o artigo 37, inciso XXI da Constituição, onde afirma que, na licitação pública, é assegurado igualdade de condições a todos os concorrentes. Uma lei ordinária, promulgada antes mesmo da Constituição, não pode “estabelecer ‘preferências’, em igualdade de condições, porquanto, fazendo-o, quebra a igualdade constitucionalmente assegurada” (ALVIM, 2011, p. 41). Dessa forma, resta o direito à prisão especial em caso de crime comum para o conciliador, até que sobrevenha sentença definitiva. Conforme Alvim (2011, p. 40-41), esta é a única vantagem que tem amparo constitucional, ademais da presunção de idoneidade moral, que nem sempre deriva do artigo 439 do CPP.

³⁸ Cunha (2008, p. 103), ao realizar uma pesquisa nos Juizado Especial Cível Central de São Paulo, elucidou que os conciliadores eram selecionados mediante uma prova cujas perguntas versavam sobre do sistema dos juzados especiais. Dessa forma, os candidatos que acertassem duas das três questões da prova estavam habilitados a exercer a tarefa de conciliadores. Ou seja, não existia qualquer preparo para tal tarefa. Os conciliadores trabalhavam uma vez por semana das 13 às 17h, período em que eram realizadas as audiências, formando um sistema de rodízio. Segundo Cunha (2011, p. 104), os conciliadores eram, em grande parte, estudantes de Direito, de modo que viam o ofício como um modo de compensar as horas complementares exigidas para a tarefa de bacharel em Direito, a possibilidade de ter contato com os processos, com o Poder Judiciário e adquirir certificado que lhes pudessem colocar em vantagem em um futuro concurso para as carreiras públicas. Nesse sentido, percebia-se não haver comprometimento. Muitos deles eram alunos do primeiro ou segundo ano da faculdade, sendo um significativo número deles estudantes de faculdades mal avaliadas pelo Ministério da Educação. A maioria possuía pouca ou nenhuma experiência profissional e mantinha-se no cargo em média por seis meses, período necessário para adquirir o certificado. Cunha (2011, p. 105), ao acompanhar as audiências de conciliação ocorridas no Juizado Especial Cível Central, percebeu que eram as partes e os advogados que conduziam os trabalhos, decidindo ou não sobre a possibilidade da realização de acordo. Os conciliadores não intermediavam a discussão, raramente intervindo para encaminhar as partes para a conciliação. Muitos deles desconheciam o processo, e não compreendiam o que estava sendo reclamado ou pedido. Assim, duas intervenções, não raro, restringiam-se a explicar às partes os procedimentos da audiência, questionar se já haviam conversado anteriormente e se existia alguma proposta de acordo. Em caso de não haver a conciliação, marcavam a data para a audiência de instrução e julgamento. Destarte, não interviam acerca no conteúdo e nos limites do acordo, e apenas esclareciam as alternativas para efetuar o pagamento e dúvidas acerca da execução do acordo.

Além disso, Alvim lembra que a função conciliatória não se esgota na figura do conciliador, pois ela deve ser novamente tentada pelo juiz togado, conforme o artigo 22 da Lei 9.099/95, aplicável aos JEFs³⁹.

Nunes (2011, p. 173), discute em sua obra intitulada “Processo Jurisdicional Democrático” o projeto intitulado “Movimento pela Conciliação”, também conhecido pela expressão “Conciliar é Legal”, lançado em 23 de agosto de 2006 pela ministra Ellen Gracie Northfleet, então presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça⁴⁰. Tal projeto visa alterar a cultura de litigiosidade e solucionar os conflitos mediante a construção de acordos.

Em entrevista ao Correio Braziliense, publicada no dia 03 de dezembro de 2007, a Ministra Ellen Gracie informa que entre a data do dia da entrevista ao sábado seguinte, os tribunais estaduais, federais e do Trabalho realizariam 221.286 audiências de conciliação, nas quais seriam solucionadas definitivamente demandas que aquele tempo congestionavam o sistema e representavam uma frustração de expectativas para as partes envolvidas nos litígios. Conforme a ministra,

a implementação da Conciliação como prática permanente é simples. Não demanda grandes gastos nem providências complicadas. Prescinde da construção de prédios e da contratação de pessoal. Não depende da edição de leis e não exclui a garantia constitucional de acesso à Justiça⁴¹.

A ministra Ellen Gracie, no decorrer da entrevista, afirma que a população brasileira necessita de uma justiça mais acessível, efetiva, simples e informal, de forma que a conciliação se revela um importante meio para atingir tais anseios. Como refere a ministra, “sentar para conversar, antes ou depois de proposta uma ação judicial, pode fazer toda a diferença”.

³⁹ Nunes (2011, p. 247) apresenta uma relevante preocupação quando menciona que, quando não se assegura defesa técnica ao cidadão, ele é visto como um mero cliente de serviços. Nesse contexto, ao não ser subsidiado com auxílio técnico, está – muitas vezes – impossibilitado de elaborar o seu pedido, de modo que o juiz tem de se tornar, de certa forma, “advogado” da parte hipossuficiente. É por isso que o autor tem reservas quanto à disponibilidade de constituir ou não advogado nestas vias jurisdicionais alternativas.

⁴⁰ Para maior aprofundamento acerca do que consiste o Movimento pela Conciliação, acessar: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/artigo_01.pdf> .

⁴¹ A entrevista com a Ministra Ellen Gracie Northfleet pode ser acessada em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/conversar_faz_diferenca.pdf> .

Com base nisso, pode-se dizer que conciliar é mesmo um importante meio para solucionar conflitos sob uma perspectiva socializadora. Contudo, a conciliação só pode estar adjetivada como “legal” quando propicia que as partes conciliem exercendo a autonomia privada e quando as peculiaridades do caso sejam levadas em consideração. Nesse contexto, a conciliação não pode ser encarada como a única alternativa existente para a solução rápida do conflito e nem pode ser imposta coativamente pelo juiz ao ameaçar a parte de uma futura decisão desfavorável caso ela não aceite o acordo (NUNES, 2011, p. 173).

Nesse sentido, a conciliação pode ser benéfica, desde que não seja um espaço em que a parte mais desfavorecida seja constrangida “a renunciar ao direito ou a se submeter a transações iníquas ou abusivas”. Nunes (2011, p. 173-174) comenta o posicionamento de Owen Fiss acerca da experiência norte-americana de *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, cuja construção teórica tem a contribuir sobremaneira para o aprofundamento do assunto.

Fiss (2004, p. 124-125) afirma que, historicamente, os mecanismos nos quais se baseiam a *ADR* pressupunham “igualdade relativa entre as partes litigantes”. Nessa esteira, o acordo é compreendido como uma antecipação do resultado da sentença e é estabelecido por preferência das partes.

Contudo, não se pode ignorar que o acordo também seja resultado da capacidade que as partes têm de financiar o processo judicial, sendo pertinente observar que esta igualdade não é o que geralmente ocorre (FISS, 2004, p. 126). Desse modo, diversas demandas não compreendem um litígio entre dois vizinhos, por exemplo, mas sim um litígio envolvendo um empregado e uma grande corporação, um consumidor e uma grande empresa, um segurado e o INSS, por exemplo. Com base nisso, Fiss (2004, p. 126) afirma que tal diferença irá contaminar o processo de conciliação, pois a pressuposição de que as partes partiriam de uma situação equivalente não poderá vigorar.

O autor descreve situações em que a disparidade de recursos pode influenciar no acordo: em uma primeira hipótese, a parte com menos recursos poderá ter menos condições de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio. Como consequência, isso a deixaria em desvantagem no momento da negociação.

Em uma segunda hipótese, a parte mais desfavorecida pode necessitar com urgência do dinheiro da indenização que pleiteia. Diante disso, pode ser induzida ao acordo pela parte contrária, de forma que ela aceita o acordo por valor inferior ao que provavelmente teria

direito, caso aguardasse o julgamento. Há ainda uma terceira hipótese, já referida, em que uma das partes aceita o acordo porque o juiz ameaça decidir de modo desfavorável a ela caso não o aceite e prefira se submeter ao processo.

Como bem explicita Fiss (2004, p. 143-144), em síntese, as partes geralmente querem a sua indenização com urgência. Contudo, por vezes, uma delas, encontrando-se em uma situação extremamente desfavorável, pode ser explorada pela parte mais rica, de forma que sucumbe ao acordo mesmo sabendo que poderia ter conseguido valor mais alto se esperasse pelo julgamento.

Para evitar estas situações, a promoção de meios alternativos de soluções de conflitos deve priorizar a qualidade em detrimento da quantidade, a fim de que as garantias processuais constitucionais não sejam asseguradas apenas formalmente. Conforme retrata Nunes (2011, p. 174), em alguns casos, os acordos são impostos coercitivamente, mesmo que sejam inexecutáveis ou estejam em desacordo com a ordem jurídica. Busca-se a solução imediata ou instantânea do caso, visando, na maior parte das vezes, atender a demanda neoliberal por produtividade, como discutido anteriormente.

Para evitar situações em que a parte mais desfavorecida renuncie a quase integralidade dos seus direitos tendo em vista uma necessidade imediata, a “conciliação endoprocessual” deve ser construída a partir de um diálogo em que a autonomia privada das partes seja materialmente respeitada. Além disso, não basta que a autonomia seja respeitada, pois o acordo deve estar ainda consoante com os preceitos constitucionais. “Acordos inexecutáveis e anti-sociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos ‘resolvidos’ ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional” devem ser repudiados (NUNES, 2011, p. 74).

Dessa forma, não se desconhece a importância da conciliação como mecanismo apto a propiciar a realização da justiça restaurativa e coexistencial. Não se ignora a sua potencial capacidade de descongestionar o Poder Judiciário, nem, muito menos, de mudar a cultura dos operadores do direito e dos cidadãos em geral, focados na litigiosidade. Contudo, diante das situações descritas por Fiss, deve-se tomar cuidado para que projetos como o Movimento pela Conciliação, bem como as conciliações realizadas nos Juizados Especiais não se ajustem a uma “lógica funcionalista e perversa”, permitindo que não só o conciliador, mas, sobretudo o juiz, adote estrategicamente a conciliação para atender a uma demanda por produtividade.

Um aspecto que merece ser analisado criticamente refere-se ao respeito à autonomia dos sujeitos, ou das partes, aceito de modo irrefletido por muitos, embora possa trazer consequências adversas e incompatíveis com os preceitos constitucionais. José Renato Nalini, corregedor geral da Justiça em São Paulo, afirma ser a favor das fórmulas extra-judiciais de soluções de conflitos, pois permitem que a pessoa exerça a sua autonomia na construção de uma resposta para o caso. Partindo-se dessa premissa, Nalini versa que, eticamente, a solução negociada é muito superior à solução imposta por decisão judicial porque o sujeito exerce a sua autonomia, ele não é objeto do processo. Nos mecanismos alternativos de resolução dos conflitos, o sujeito não perde o “controle da sua própria história”, como ocorre quando, ao se submeter ao processo judicial, conta a sua história a um profissional com capacidade postulatória, que muitas vezes a “reduz a uma peça escrita que nem sempre é inteligível”⁴².

Garapon discute a questão da autonomia da vontade, ou da possibilidade das partes terem o “controle da sua própria história” de modo, no mínimo, menos ingênuo, ao contextualizar esta questão com as mudanças que a agenda neoliberal impõe rumo a um modelo de justiça mais eficiente. Segundo Garapon (2008b, p. 10), a justiça neoliberal busca multiplicar as vias para que o sujeito se conduza como ator racional, sendo a transação – ou seja, o acordo entre as partes - a forma otimizada de justiça. Neste novo modelo de justiça, o consentimento dos interesses expulsa qualquer desconfiança, pois a garantia de liberdade do sujeito preenche os requisitos do processo imparcial. A explosão da via conciliatória se justifica a partir da ideia de que ninguém melhor que o próprio interessado para conhecer os seus interesses.

Diante disso, quem não escolhe a via conciliatória terá de suportar as consequências do processo, não só de dinheiro, como de tempo. A busca pela justiça informal – mais humana e menos formalista - ganha espaço, de modo que há um deslocamento das salas de audiência para o gabinete do juiz. Mas, no ímpeto de superar o excesso de representação nos rituais judiciários e torná-la mais acessível aos cidadãos, a justiça informal gera outro problema: a total ausência de representação (GARAPON, 2000, p. 255). O processo de conciliação nos Juizados Especiais corre o risco de seguir o mesmo rumo, diante de uma excessiva informalidade.

⁴² A entrevista de José Renato Nalini pode ser acessada em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-25/entrevista-jose-renato-nalini-corregedor-geral-justica-sao-paulo>>

Economides (1997, p. 1-16) também atenta para este problema ao dizer que a resolução das disputas não corresponde necessariamente à efetivação do acesso à justiça. Podem-se oferecer meios para que os cidadãos solucionem seus litígios pacificamente, de modo que eles inclusive saiam satisfeitos com as soluções. Contudo, em algumas situações, o resultado alcançado permanece aquém daquele que seria obtido se os direitos legais fossem exercidos por meio do sistema judiciário formal. Por isso, Economides ressalta que há um real perigo na tendência para o informalismo judicial, uma vez que esta tendência pode implicar na negação dos “valores, da importância e da significação histórica do formalismo da justiça”.

Se o espetáculo oferecido pelos rituais formais, onde é “preciso chorar com comoção, avançar com grandes argumentos”, impede a compreensão sutil do processo e o conhecimento apurado acerca do perfil do sujeito a ser julgado, para a justiça de gabinete, não há melhor juiz para a parte do que a própria parte, ou – de modo mais ilustrativo – “não há melhor juiz para o casal do que o próprio casal”. É como se o conhecimento da realidade fosse o que exclusivamente importa ao julgamento, ou ao acordo. Neste processo, há uma desconfiança do direito em relação a ele mesmo, pois a justiça confere mais crédito à “‘naturalidade’ das relações sociais” do que às próprias categorias jurídicas – vistas como artificiais (GARAPON, 2000, p. 265).

Na expectativa de interferir o menos possível na esfera individual do cidadão, a fim de não desestruturá-lo psicologicamente pela via do judiciário, o direito tende a ser desnaturado pela psicologia. Dessa forma, os princípios de justiça e as ficções de direito cedem espaço à “normalização dos costumes”, pretensamente fundados nas ciências humanas. Nesse sentido, já não haverá critérios objetivos para analisar se uma decisão é boa: ela “só o é se for aceite e aplicada”, seguindo uma dinâmica semelhante a do mercado, em que os produtos são considerados bons ou ruins conforme o volume de vendas (GARAPON, 2000, p. 266).

É como se a justiça de gabinete, ao “superar a distinção entre juízo da realidade da ciência e o juízo de valor do direito”, impusesse aquele sobre este, de modo que, ao “dizer o fato”- ou ao modificá-lo - o direito se torna dispensável. Isto não seria, na verdade, “desprezar totalmente o sentido do julgamento?”. Não é pensar que os fatos contém em si a sua própria regulação? Como explica Garapon (2000, p. 267), os sentidos não são imediatos, mas sim fruto de uma interpretação. Em caso de acreditar-se que eles são imediatos, cair-se-á na “ilusão da auto-regulação”. Conforme o mesmo autor, “há sempre uma sentença, mesmo quando ela não é proferida” (GARAPON, 2000, p. 267).

Pode-se provar isto com base em Warat (1994, p. 46-47), quando, ao fazer uma análise da retórica dos fatos, o autor afirma que em certas práticas judiciais não há qualquer discrepância com relação à existência dos fatos. Contudo, isto muitas vezes não é o bastante para a superação do conflito, pois pode subsistir desacordo quanto ao modo como os fatos são valorados/interpretados. Por isso, deve-se tomar cuidado com a ilusão metafísica de que as respostas emergem exclusivamente dos fatos. A ilusão da auto-regulação oportuniza que os fatos sejam valorados dissimuladamente, sob o manto de uma comprovação empírica, de forma que a suposta verificação é posteriormente incluída como uma característica definitiva da questão que está em discussão, como se as respostas emanassem dos fatos! Em caso de as partes não questionarem esta “pretensa logicidade”, poderão chegar a acordos induzidos e, até mesmo destrutivos, sem nem mesmo se darem conta.

Para encobrir a vinculação à determinada ideologia, apela-se à “coisificação” do juízo de valor, afirmando-se retoricamente que uma determinada conclusão pode ser facilmente comprovada por apreciação empírica (WARAT, 1994, p. 47). Quanto mais dissimulada for a decisão, ou seja, quanto menos mostrar os critérios e raciocínios que possibilitaram a sua construção, mais opressiva ela será. Deve-se mencionar, igualmente, a importância da identificação do autor da decisão, pois – do contrário – nenhum e todos serão responsáveis pela mesma. Assim, ver-se-á a “progressão do implícito”, que anda em sentido contrário ao do direito, que exige um processo de formulação (GARAPON, 2000, p. 267). Diante disso, Garapon irá dizer que não será de se surpreender que os juízes deixem de compreender o sentido da sua profissão, o que é uma consequência do processo de dessimbolização e desinstitucionalização.

Como diria Dufour (2005, p. 197), no cenário neoliberal, a preocupação central é dar as condições para que as mercadorias circulem. Por consequência, toda instituição que venha afirmar suas referências culturais e morais entre o indivíduo e o mercado são mal vindas. Para o autor, o novo capitalismo soube muito bem como tirar proveito da contestação e conseguiu transgredir uma série de proibições munindo-se de um discurso de “perfume libertário” ao promover a autonomia dos indivíduos e ao ampliar indefinidamente a tolerância em todas as esferas da sociedade, incluindo no Direito. Em um primeiro momento, não parece sedutora a ideia de que o judiciário, tradicionalmente reconhecido como autoritário, torne-se tolerante e permita que o indivíduo tenha liberdade para decidir o desfecho do seu processo? E como fica o sentido da prestação jurisdicional?

O novo capitalismo – neoliberal – promove o que Dufour denomina como desinstitucionalização. Não basta “menos Estado”, é preciso “menos de tudo o que poderia enterrar a circulação da mercadoria”⁴³. Desse modo, a desinstitucionalização traz como consequência a dessimbolização dos indivíduos. Este processo - quando alcança o seu limite absoluto – impede que o sujeito se encaminhe de acordo com uma “função simbólica encarregada da relação e da busca do sentido” (DUFOUR, 2005, p. 198). Nesse contexto, retoma-se o que foi sugerido por Garapon ao dizer que não será de se surpreender que, em meio a tanta tolerância, os juízes esqueçam o sentido da sua profissão: o de trazer a justiça para o caso concreto com base em garantias constitucionalmente asseguradas, de modo a impedir que tudo se torne negociável.

Embora o processo de dessimbolização nunca chegue ao limite absoluto, é certo que quando a relação de sentido se esvaece, ela ocorre em detrimento do que é próprio da humanidade – a discursividade – e favorece a relação de forças. O novo capitalismo visa a dessimbolização do homem, de modo a desvencilhá-lo dos seus referenciais culturais, históricos. Desse modo, “a lógica neoliberal produz sujeitos que, funcionando precisamente na lei do mais forte, ainda reforçam essa lógica” (DUFOUR, 2005, p. 198).

Nesse passo, a justiça informal, dotada de leis flexíveis ou que podem ser flexibilizadas pelos atores da justiça, pode confundir os lugares, os momentos, os atores e os fatos. Diante da possibilidade de uma total ausência de ritual, o Direito Público fica em perigo, pois – sem os seus símbolos – ele perde o norte e se torna inseguro. Das salas de audiência para os gabinetes, a mudança pode ser radical, uma vez que os referenciais se tornam turvos. A noção tradicional de instância, com o respectivo espaço para o contraditório e para a publicidade, a diferença entre Ministério Público e tribunal, os marcos temporais da instrução, da sentença e da execução perdem a clareza, confundem-se (GARAPON, 2000, p. 268).

Nessa esteira, o Estado impede “a publicidade que o rito judiciário dá a sua intervenção autoritária” na vida do justiciável e prioriza a discricionariedade do gabinete, acreditando que o relaxamento do formalismo da justiça poderá melhorar a situação do justiciável. Contudo, o relaxamento do formalismo, muitas vezes, propicia um controle ainda maior do

⁴³ Isso sem olvidar que o termo “menos Estado” refere-se muito mais a uma diminuição da sua autonomia para tomar decisões quanto ao futuro da Economia, das prestações sociais, etc., do que a ideia de que ele é desnecessário e ruma ao gradativo desaparecimento. Essas são as lições de Foucault já trazidas na primeira parte do presente trabalho.

justiciável. Como questiona Garapon, “não será melhor pedir a um acusado que represente a comédia do que invadir o seu jardim secreto?”. Ou, não será melhor permitir que as partes decidam o seu próprio caso do que o juiz decidi-lo? (GARAPON, 2000, p. 268-269).

Em outras palavras, tal mudança não poderia ser ainda mais violenta do que decidir o caso contra a vontade das partes? Talvez seja preferível uma regra mais veemente e identificável a uma regra mais suave, porém dissimulada. É por isso que Garapon, ao lembrar Foucault, afirma que ele, “melhor do que ninguém, apercebeu-se do risco de controlo social dos sujeitos implícito no franqueamento das formalidades do direito, sob a forma aparentemente mais suave, mas mais pernicioso do controlo social” (GARAPON, 2000, p. 269). Diante disso, a conciliação, bem como a autonomia das vontades, não pode ser analisada ingenuamente.

Nesse contexto, a informalização do judiciário gera inquietações de três ordens distintas: ao provocar o desaparecimento das referências simbólicas, ela gera angústia, ao mesmo tempo em que surge o medo de um vazio moral. Ainda, ao desaparecer a diferença entre foro público e foro privado, o Estado pode submeter os seus cidadãos a uma tutela suave. Estes são os riscos de uma “justiça sem palco”, para usar a expressão de Garapon. Se, por um lado, a excessiva representação prejudica a realização do direito - e da justiça, em sentido mais amplo - a ausência de representação coloca a democracia em risco.

Desse modo, não se pode aceitar de modo acrítico o posicionamento de Nalini ao afirmar que as vias alternativas de solução de conflitos são superiores à via comum simplesmente porque possibilitam que as partes exerçam a autonomia de vontade. As partes têm melhores condições de escolherem seus destinos do que os juízes? Elas têm melhores condições de apreciar a situação fática simplesmente pelo fato de terem feito parte dela? No cenário neoliberal, a crença na “autonomia da vontade” é elevada à condição de mito. De acordo com Warat (1994, p. 104),

o mito vai se identificando com a ideologia política: é que o processo mitológico sempre coloca suas crenças a serviço de uma ideologia. Barthes, coincidindo com este entendimento afirma que através do mito consegue-se transformar a história em ideologia. Por conseguinte, a significação mítica seria vista como reiterada afirmação periférica de um modelo axiológico geral.

Assim, o mito funciona como um “produto significativamente congelado de valores” capaz de exercer um papel socializador. Dessa forma, ele esvazia o real e pacifica as consciências, de modo que os homens aceitam situações que lhes foram impostas socialmente. Os valores reproduzidos pela ideologia neoliberal – entre eles, o respeito à autonomia das vontades – formam o mencionado “produto significativamente congelado de valores” mencionado por Warat, de tal forma que os homens passam a venerar e aceitar formas de poder que reproduzam estas situações, sem questioná-las, como também se posiciona Dufour.

Seguindo esse raciocínio, as vias alternativas de solução de controvérsias (incluindo-se, aqui, a via jurisdicional alternativa representada pelos Juizados Especiais) seriam aceitáveis e recomendáveis porque capazes de realizar os seguintes valores: eficiência, transparência e respeito à autonomia da vontade. Ou seja, tais valores, intrinsecamente vinculados à ideologia neoliberal, são elevados à condição de mito, de modo que, ao formarem um “produto significativamente congelado de valores” exercem uma função socializante, pois além de não serem questionados enquanto tais, ainda justificam toda e qualquer reforma que esteja a serviço deles próprios.

Segundo Warat, o processo mítico opera “a simbolização de um conjunto de apreciações valorativas e finalidades nem sempre racionalizáveis como projeção de tendências e conflitos não solucionados” (WARAT, 1994, p. 105). Nesse contexto, ao se justificar a instituição de vias alternativas de solução de conflitos com base nos valores acima elencados, deixa-se de questionar se tais métodos têm, de fato, condições de solucionar o problema do acesso qualificado à justiça, de forma a realizar a justiça de proximidade, tal qual idealizado por Cappelletti e Garth em meados dos anos 60.

Warat afirma que essa aparente neutralidade e despolarização caracterizadora do mito não impede que se reconheça nele o fundamento da racionalidade moderna: impessoal e anônima, que atua como lei universal e abstrai ou nega os emissores da mensagem, obrigatoriamente pertencentes a um certo grupo ou setor social. Estas características permanecem presentes na face hipermoderna da pós-modernidade, que, segundo Chevalier, “leva ao extremo certas dimensões presentes na modernidade”. Dessa forma, os valores ora descritos, como eficiência, transparência, responsabilidade e liberdade, tipicamente hipermodernos, carregam consigo a força da evidência e se substituem aos princípios da justiça clássica, provocando a laicização das instituições. E os emissores deste discurso nem sempre são lembrados: agências multilaterais como o Banco Mundial, Fundo Monetário

Internacional (FMI), Organização Mundial do Comércio, com o apoio de empresas e bancos privados (SALDANHA, 2010a, p. 84).

A cultura de conciliação, presente Juizados Especiais, bem como os outros métodos alternativos de resolução de conflitos não podem ser contextualizados desconsiderando-se a conjuntura retratada acima. As justificativas usadas para legitimar estes métodos, fortemente amparadas nos valores neoliberais da eficiência, transparência, acessibilidade, autonomia da vontade dos sujeitos (respeito aos contratos/acordos), dentre outros, muito antes de contribuir para uma justiça de proximidade, podem contribuir para modelos que vilipendiam a garantia constitucional ao devido processo, uma vez que o seu compromisso com os Direitos Humanos é apenas retórico.

Nesse sentido, não se está a afirmar que as vias jurisdicionais alternativas não contribuem para a realização da justiça de proximidade, ou que impedem a garantia constitucional ao processo. Pelo contrário! Acredita-se que tais vias alternativas podem ser um importante meio capaz de democratizar o acesso qualificado à justiça, bem como descongestionar o Judiciário. Contudo, há que se perguntar em que condições elas são capazes de resolver o problema do acesso à justiça, pois a sua simples instituição não resolve o problema. Como visto, em certos aspectos, pode até mesmo piorá-lo.

Dessa forma, deve-se lutar contra a dessimbolização do sentido do Direito nos procedimentos de justiça informal. No contexto dos Juizados Especiais, uma das formas de fazer frente ao processo de dessimbolização é resgatar a importância da conciliação como uma oportunidade para trazer justiça ao caso concreto, de modo a restituir a paz social e promover o exercício da cidadania via acesso à justiça. Desse modo, tanto o juiz, como o conciliador não podem conduzir o processo de conciliação de modo adversarial, apenas preocupados com o cumprimento de um mero requisito do rito processual, pois a rivalidade entre as partes retarda qualquer possibilidade de acordo e o procedimento informal perde o sentido.

A conciliação pode ser - metaforicamente - compreendida como o relacionamento entre duas reservas selvagens, descritas por Warat, em que ambas se encontram diante da possibilidade do amor. Conforme o autor, o encontro amoroso é o momento em que duas reservas selvagens desarmadas se revelam uma à outra. Nesse momento, “um novo mundo é criado, inscrito um dever de diferenças no tempo” em que ambas vivenciam um processo de transformação. O encontro amoroso implica na aproximação de duas reservas selvagens

carregadas de passado, que – diante da possibilidade do amor – resistem a se desarmar, tendem a crescer e a se fortificar (WARAT, 2000, p. 109).

No início do caminho que conduz ao amor, os encontros são periféricos e as reservas selvagens não interagem, apenas observam a distância. É somente quando a relação cresce em intensidade e intimidade que as reservas selvagens se permitem uma aproximação, de modo a se encontrarem. Na medida em que as reservas passam a se encontrar cada vez mais, torna-se possível reconhecer no relacionamento o início de um amor. Antes disso, os encontros periféricos não passam de um encontro entre conhecidos.

Warat explica que o conhecimento da periferia, muitas vezes, torna a reserva selvagem ainda mais desconhecida, uma vez que a periferia é o último limite que nos separa do mundo, de modo que constitui uma região altamente perigosa, onde os mais diversos tipos de contrabandos e defraudações são possíveis.

Conforme Warat,

para amar é preciso encontrar o outro em sua reserva selvagem. Algo duro, que não é fácil, obriga cada parceiro a passar por uma revolução que o transforme, porque se queres encontrar a alguém em tua reserva, terá que permitir que essa pessoa chegue a tua reserva. Tua reserva selvagem terá que voltar a se desarmar, terá que ficar absolutamente desarmada. Algo que traz muito risco (WARAT, 2000, p. 110).

Reconhece-se, no relacionamento amoroso descrito por Warat, o processo de conciliação, uma vez que tal processo enseja a aproximação entre duas partes, ou entre duas reservas selvagens, carregadas de histórias, motivações e interesses. A busca pela realização de acordo demanda que as partes se desarmem, desprendam-se da totalidade dos seus interesses, de modo que cedam em alguns aspectos e permitam-se uma transformação - tal como no encontro amoroso. Quando a conciliação não é bem conduzida, as partes, ou as reservas selvagens, fortificam-se ainda mais e se tornam irredutíveis. Com isso, a possibilidade de acordo está fadada ao insucesso.

O conciliador deve conduzir o diálogo de modo a trazer a tona o que está encoberto no que é dito pelas partes, a fim de que se dêem conta do que estão dizendo e reavaliem suas pré-compreensões, modificando-as, ou não (sempre com autonomia, pois essa é uma condição

para que a relação não deteriore). O conciliador não deve desprezar os silêncios, pois as partes também se mostram através dele.

Esse é o caminho para que a conciliação seja efetiva, ainda que a realização do acordo seja algo incerto e não possa ser imposto. E tal processo demanda tempo. Demanda um intervalo de tempo cuja duração é sem dúvida menor do que a duração correspondente a tramitação de um processo até o seu trânsito em julgado. Contudo, este tempo não pode estar cego pela busca por eficiência, pois nele não há espaço para o que há de humano no processo. Ele deve ser pautado por justiça, constitucionalizado, comprometido com a efetivação das garantias fundamentais.

É por isso que a pré-cognição judicial - tornada um meio para a solução em massa de casos - deve ser discutida e polemizada. É o caso dos mutirões de conciliação⁴⁴ focados em conflitos específicos. Embora as “semanas de conciliação” realizem um elevado número de acordos e descongestionem o Poder Judiciário, deve-se questionar se tal prestação jurisdicional também se realiza em termos de qualidade, e não só de quantidade. Desse modo, em caso de demandas homogêneas, em que predomine matéria de direito e não de fato, e desde que esta última possa ser provada por documentos, tal prática pode ser extremamente recomendável. Contudo, os “mutirões” não devem ser acriticamente recomendáveis para todo e qualquer assunto, cujo nível de complexidade, muitas vezes, exige espaço de tempo maior para análise.

⁴⁴ Conforme noticiado pela Ministra Ellen Gracie em entrevista ao Correio Braziliense ao discutir o Projeto “Conciliar é Legal”, publicada no dia 03 de dezembro de 2007 “os tribunais, conscientes das vantagens do método, realizaram mutirões focados em conflitos específicos. Vale a pena constatar alguns resultados. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região solucionou 90% dos processos de desapropriação relativos à duplicação da BR-101, com pagamento imediato aos proprietários das terras. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região promoveu semana de conciliação dos processos envolvendo idosos, em respeito a sua garantia legal de precedência. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais propiciou a conclusão de acordos em 93% dos casos de pagamentos de precatórios devidos por 16 dos municípios mineiros. No Tribunal de Justiça do Distrito Federal, para o mesmo tipo de pendências o percentual foi ainda mais elevado. Não são, porém, apenas as querelas com o Poder Público que se prestam à conciliação. Os débitos com o sistema de financiamento da habitação têm encontrado na conciliação via de solução rápida e satisfatória, com elevado índice de acordos. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região desenvolveu trabalho de conciliação junto à Caixa Econômica Federal, a Empresa Gestora de Ativos (Emgea) e mutuários do Sistema Federal de Habitação (SFH). O êxito da iniciativa possibilitou a entrega de certificados de baixa de hipoteca de imóveis do SFH. O Tribunal de Justiça de São Paulo dispõe de um setor especializado para viabilizar o acordo em causas simples que seriam da competência das varas cíveis, tais como cobranças, despejos por falta de pagamento, reparação de danos por acidente de trânsito, antes mesmo que se transformem em processos judiciais”. <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/conversar_faz_diferenca.pdf>

Nas metas gerais para 2013 de autoria do Conselho Nacional de Justiça, todos os segmentos da justiça devem julgar mais processos de conhecimento do que distribuídos neste mesmo ano. Até 31 de dezembro de 2013, devem ser julgados pelo menos 50% dos processos distribuídos em 2010 nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais Federais. Espera-se que do objetivo de cumprir tal meta não decorra a asfixia da realidade presente nos casos concretos, mediante a adoção de mutirões e demais procedimentos estritamente comprometidos em responder a uma demanda quantitativa por prestação jurisdicional - pelo Poder Judiciário, em geral, e pelos juízes, que devem atender critérios estabelecidos de produtividade (SALDANHA, 2010b, p. 685).

Para que isso não ocorra, defende-se uma compreensão hermenêutico-constitucional dos procedimentos instituídos por tais vias alternativas, dando-se especial atenção aquele instituído pelos JEFs. Acredita-se que a mudança de compreensão acerca destes procedimentos é condição de possibilidade para evitar que sejam reduzidos a meros facilitadores dos interesses neoliberais do mercado – em que a substância cede à função.

2.1 A NECESSÁRIA RECUPERAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO COMO RESPOSTA A UMA JUSTIÇA REDUZIDA AO FLUXO

Na visão de Garapon, (2008b, p. 12), o modelo neoliberal de governo estimula a “radicalização do trabalho da justiça como instrumento de controle”, mas dissimula o seu poder mediante a “escolha de interesses”. Assim, o controle não é mais realizado explicitamente, mas sim a partir da liberdade. O Estado exige que os sujeitos sejam responsáveis e, para tanto, amplia o leque de escolhas. Contudo, o Estado reduz a liberdade do ato de escolha.

Este modelo de governo reconquista a confiança dos cidadãos ao instituir mecanismos de democratização do acesso à justiça, entre eles as vias alternativas de solução de conflitos. Contudo, tais mudanças são uma via de mão dupla, pois – ao mesmo tempo em que democratizam o acesso – reforçam o controle do Estado sobre os indivíduos por meio da liberdade (de escolha). Nas palavras de Garapon (2008b, p. 12) “fazer falar se tornou uma nova técnica de controlar os corpos”.

Os juízes também não ficam imunes a tal mecanismo de controle, uma vez que são obrigados a elaborar relatórios sobre eles mesmos. Assim, os magistrados não são mais avaliados por suas decisões, mas sim por suas “próprias palavras” (GARAPON, 2008b, p. 12). Preocupado em atender a demanda por celeridade, Nalini, instituído no cargo de corregedor geral da Justiça de São Paulo, explica que “os juízes são obrigados a fazer planilhas, e todo mês, mandar relatórios das atividades”. O corregedor, preocupado com a eficiência, elabora um ranking de produtividade dos juízes com base nos relatórios e telefona para aqueles que apresentaram resultados piores, procurando saber se estão passando por algum tipo de problema.

Como ele mesmo afirma, “hoje há metas para decisões”, e os juízes que justificadamente não as cumprirem recebem auxílio-sentença formado por juízes que se dispõem a ajudar os seus pares. Por outro lado, aqueles que não as cumprem injustificadamente, deverão responder processo administrativo disciplinar por falta de produtividade. Como explica Nalini, essa produtividade é relativa, pois há juízes que são muito rápidos, decidem com facilidade, são concisos e objetivos. Todavia, há também aqueles juízes preocupados em elaborar decisões com sofisticação e erudição, pois acreditam que a decisão deve ser muito ponderada.

O corregedor afirma que a eficiência, presente no artigo 37 da Constituição Federal, também contemplou o Poder Judiciário. Por isso, para uma demanda massiva, necessário é um produtor massivo de decisões, de modo que eventuais aperfeiçoamentos devem ser deixados para instâncias superiores. Segundo Nalini os juízes devem ser “menos perfeccionistas e mais obreiros”.

Contudo, os Juizados Especiais representam uma proposta de aproximar o cidadão do Judiciário mediante um processo que priorize a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual, a celeridade, tendo como norte a realização da conciliação ou da transação. Como mencionado anteriormente, a celeridade (ou eficiência) não podem ser buscadas a qualquer custo, a ponto de violar a garantia constitucional dos cidadãos ao devido processo. O juiz deve dispensar o tempo necessário para que lhe seja possível conhecer o caso concreto, debater com as partes, estabelecer um diálogo que, embora deva ser acessível, não seja banal, dispensável, e confuso (porque não estruturado).

Contudo, conforme se depreende das metas elaboradas pela Comissão Nacional de Metas, criada pelo Conselho Nacional de Justiça, constata-se que o Poder Judiciário vem

sendo submetido a uma reestruturação cujo objetivo é tornar o Judiciário capaz de dar respostas rápidas. Movidos por tal objetivo, a preocupação com a qualidade já não importa tanto, como se fosse “melhor um fim horroroso do que um horror sem fim”.

Nessa esteira, os juízes assumem uma dupla tarefa: cumprir o dever de garantia ao devido processo e serem eficientes, acima de tudo. Entretanto, a exigência de produtividade é, muitas vezes, incompatível com a prestação jurisdicional de qualidade. No processo de conciliação, presente nos Juizados, o juiz deve adotar uma postura performativa, ou seja, direcionada “ao entendimento e à aplicação normativa do direito”. (NUNES, 2011, p. 175).

Só que muitos juízes, pressionados pelo tempo e pelo temor de uma eventual sanção disciplinar por baixa produtividade, atuam não só na conciliação (fase fundamental desta via), como em todo o *interim* processual, visando apenas o resultado, seja ele qual for, uma vez que estão prioritariamente interessados em obter melhores resultados no plano estatístico de casos “resolvidos”.

A Emenda Constitucional 45 (EC-45), de 2004, aderiu fortemente às diretrizes do Banco Mundial e introduziu, no artigo 93, II, c da CF, dispositivo que estabelece que a promoção por merecimento dos juízes será aferida “conforme o desempenho e pelos critérios de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”. Ainda, o artigo 93, II, e, penaliza os juízes que não respeitarem os prazos legais.

Dessa forma, entre outras funções, cabe ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também instituído pela EC-45, zelar pela autonomia do Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, mediante a expedição de atos normativos, recomendações e julgamento de processos disciplinares. Além disso, o CNJ é também responsável pela elaboração de planejamento estratégico para o Poder Judiciário. Para tanto, estabelece planos de metas e programas de avaliação institucional, todos direcionados a dar eficiência aos serviços judiciais. Os resultados devem ser comprovados mediante relatório estatístico sobre movimentação processual, a ser elaborado semestralmente⁴⁵. Os Juizados Especiais Federais não estão imunes às alterações sob comento, pois esta via não só está submetida às metas estabelecidas pelo CNJ, como também os juízes que nele atuam são constantemente avaliados por critérios de produtividade.

⁴⁵ Para mais informações acerca do Conselho Nacional de Justiça, acessar: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>.

Ao lado do controle dos magistrados mediante a elaboração de relatórios, como mencionado por Nalini, percebe-se também o controle dos mesmos mediante mecanismos comprometidos com a “construção de consenso”. Constrói-se uma espécie de manual de “boas práticas” direcionados a definir “*standards* de comportamento” para os profissionais. Os guias de “boas práticas” estabelecem maneiras de procedimento para a aplicação de regras, que – embora não sejam obrigatórios – são fortemente recomendados. Tanto é assim que os magistrados que os seguem estão sob proteção em caso de serem processados por questões disciplinares, como se os manuais fossem uma espécie de álibi capaz de livrá-los de responsabilidade (GARAPON, 2008b, p. 5).

Este é o caso de “tabelamento” de penas, “tabelamento” de valores quanto à reparação pecuniária na esfera cível e demais guias de gestão judiciária ou manuais de “boas práticas”, cujo objetivo é racionalizar as decisões dos juízes mediante regras “*de enforcement*”⁴⁶, como menciona Garapon, à luz dos ensinamentos de Foucault⁴⁷. As inovações trazidas pela EC-45 também caminham nesse sentido: súmula vinculante, repercussão geral do recurso extraordinário e especial e súmula impeditiva de recursos (SALDANHA, 2010a, p. 85).

Os juízes dos JEFs, da mesma forma, não estão imunes ao processo de racionalização das suas decisões, uma vez que as controvérsias de sua competência também estão subjugadas pela exigência de previsibilidade, diante da preocupação com a uniformização dos entendimentos⁴⁸ e a sujeição às súmulas⁴⁹ da Turma Nacional de Uniformização (TNU), do

⁴⁶ Conforme Foucault (2008, p. 347-348), costuma-se traduzir a palavra *enforcement* como “reforço” da lei, mas conforme o autor, ela não quer dizer isso. “O *enforcement of law* é mais que a aplicação da lei, na medida em que reforço significaria que ela é demasiado fraca e que é necessário acrescentar um pequeno suplemento ou torná-la mais severa. O *enforcement of law* é o conjunto de instrumentos postos em prática para dar a esse ato de interdição, em que consiste a formulação da lei, realidade social, realidade política, etc”.

⁴⁷ Faz-se, aqui, referência a uma passagem da obra de Bauman para fazer um contraponto com a questão do tabelamento de penas e tabelamento de reparações civis, que colocam tanto os magistrados como as partes diante de um “poder de escolha” cujo perfume libertário é apenas ilusório, pois – se por um lado – o indivíduo tem diante dele certo número de opções, deve-se lembrar de que não há a possibilidade dele “influenciar o conjunto de opções disponível para escolha: não há outras alternativas possíveis, pois todas as possibilidades realistas e aconselháveis já foram pré-selecionadas, pré-certificadas e prescritas” (BAUMAN, 2008, p. 110).

⁴⁸ Nos Juizados Especiais Federais, conforme o artigo 14 da Lei 10.259, caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. Nesse sentido, de acordo com os parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo, o pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador, já o pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal. Ainda, conforme o parágrafo quarto do mesmo artigo, quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material,

STJ e do STF. No caso dos pedidos de uniformização, os processos são submetidos a excessivas delongas que ocasionam o próprio desvirtuamento de uma importante proposta dos Juizados, prestação jurisdicional mais rápida do que a da Justiça Comum.

No processo neoliberal, o modo como se aplica a regra se torna mais importante do que a regra em si, de modo que se retira o contraste entre a sofisticação do texto jurídico, por um lado, e a possibilidade do juiz interpretá-lo, dentro dos limites hermenêuticos e à luz do caso concreto, por outro. Considerando isso, as mudanças, em termos de política pública, por um lado, respondem a uma nova demanda de justiça, criando-se vias alternativas (jurisdicionais, ou não) e, por outro, instituem um novo modo de controlar os juízes. Em vista disso, as reformas não podem ser analisadas ignorando-se esta dupla perspectiva (GARAPON, 2008b, p.13).

E não se pode ignorar esta dupla perspectiva – nova demanda de justiça e nova forma de controlar os juízes - porque estas reformas confluem para um mesmo ponto: a promoção dos interesses mercadológicos. Veja-se:

O *homo oeconomicus* do neoliberalismo - compreendido como aquele que aceita a realidade, aquele que invariavelmente responde às modificações sistemáticas introduzidas artificialmente no meio, e que é manejável, portanto – passa a assumir o comportamento da livre-empresa (FOUCAULT, 2008, p. 369). Na medida em que o *homo oeconomicus* passa a atuar como uma empresa, aumenta a superfície de atrito entre estas mencionadas empresas, e,

contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

⁴⁹ A resolução n. 002 de 4 de setembro de 2008, que dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, regula as súmulas elaboradas por esta Turma no Título IV, Capítulo I, cujos artigos são transcritos: Art. 38. A jurisprudência firmada pela Turma Nacional de Uniformização será compendiada na Súmula da Turma. Parágrafo único. Poderá ser objeto de súmula o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros da Turma, cabendo ao relator propor-lhe o enunciado. Art. 39. Os enunciados da súmula, datados e numerados, com indicação do assunto, do teor do enunciado, da legislação pertinente e dos julgados que lhe deram suporte serão publicados três vezes no Diário da Justiça, em datas próximas, e divulgados no Portal da Justiça Federal. Art. 40. Os enunciados da súmula prevalecem sobre jurisprudência anterior, aplicando-se a casos não definitivamente julgados, e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno. § 1º Durante o julgamento do incidente de uniformização, qualquer dos membros poderá propor a revisão da jurisprudência compendiada na súmula, caso a maioria dos presentes admita a proposta de revisão, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário. § 2º A alteração ou o cancelamento do enunciado da súmula serão deliberados por maioria absoluta dos membros da Turma Nacional de Uniformização. § 3º Ficarão vagos, com a nota correspondente, para efeito de eventual restabelecimento, os números referentes aos enunciados que a Turma Nacional de Uniformização cancelar ou alterar, tomando os que forem modificados novos números da série. § 4º A Secretaria da Turma Nacional adotará as providências necessárias à ampla e imediata divulgação da alteração ou cancelamento do enunciado da súmula. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/hcd_rescjf22-2008_0.pdf>.

com isso, multiplicam-se o número de conflitos. Nessa esteira, maior é a demanda por arbitragem, de modo que se faz necessário criar novas instâncias judiciárias, ou instâncias de arbitragem para arbitrar as regras do jogo.

Ao mesmo tempo, a economia neoliberal trabalha com os valores previsibilidade e certeza, de forma que cabe aos Estados cumprir esta exigência - condição para que as empresas se conduzam estrategicamente e o país seja atrativo economicamente. Assim, o controle do conteúdo das decisões judiciais mediante a padronização das decisões dos juízes, bem como a exigência de que sejam rápidos e produtivos, constituem a outra face do modelo neoliberal de justiça. É por isso que, ao lado da ampliação do acesso à justiça, há também um novo modo de controlar os juízes.

Os órgãos de fomento econômico, entre eles Banco Mundial, por meio dos seus relatórios não deixam dúvidas do que se está a dizer. Conforme explica Saldanha (2010a, p. 84), a influência destes relatórios sobre o Poder Judiciário ocorre em dois níveis “a) institucional – o Poder Judiciário deve ser enquadrado num processo de modernização e; b) individual – os juízes são construtores de consenso”.

A busca por eficiência pelo Poder Judiciário brasileiro repete-se no artigo 5º, inciso LXXVIII, CF, também incluída pela EC-45, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Como afirma Rosa (2011a, p. 66), “o condicionamento mercadológico opera uma impossibilidade de crítica impulsionada pela velocidade da intervenção: instantânea”. E, com base nessa afirmação, o autor menciona que se deve resistir a uma ingênua aderência a tais processos de aceleração, uma vez que eles impõem, no campo jurídico, “padrões, procedimentos cada vez mais uniformes”. Este é o caso da súmula vinculante, súmula de repercussão geral do recurso extraordinário e especial, súmula impeditiva de recursos, súmulas do STJ, incidentes de uniformização. Tais mecanismos são os carros-chefes do discurso da eficiência e permitem “atender, com folga, à demanda de velocidade total”.

Nesse contexto, como bem observa Rosa (2011a, p. 66), a decisão judicial é não só balizada como também banalizada pelos Tribunais Superiores, pois ao imporem o seu entendimento, tornam-se a matriz destas decisões. Dessa forma, as decisões das instâncias inferiores tornam-se meras reproduções. “A velocidade, como meio, precisa, na lógica neoliberal, ser reduzida, suprimida, no agora: já.” Tornam-se “decisões relâmpagos”.

Se, por um lado, parece óbvio que o processo clássico recebeu influxos capazes de torná-lo mais veloz, a verdade é que, por outro lado, vive-se hoje um padrão de velocidade que obsta o encontro com o caso concreto. Se, outrora, o processo possibilitava a construção de verdades intersubjetivas, hoje ele se torna um transtorno que precisa ser superado em nome da eficiência (ROSA, 2011a, p. 66). E, enquanto uns pretendem abreviar o seu tempo, outros – mais aflitos – acabam por eliminá-lo. Os Juizados Especiais Federais - que poderiam andar em sentido contrário ao destas mudanças, por supostamente consistirem em uma via disposta ao diálogo informal com as partes – termina por ceder às pressões hegemônicas neoliberais.

A lógica neoliberal desconsidera a importância de certo distanciamento temporal em relação aos fatos, o que permite cautela e prudência para se balizar a intervenção judicial. Por outro lado, prioriza um judiciário que estabeleça “‘um canal de compreensão’ que demonstre a sua utilidade para os olhos do público”⁵⁰ (GARAPON, 2008b, p. 07). Assim, o público deve receber respostas imediatas do Judiciário, para que seja, então, considerado eficiente. Daí também decorre valores como transparência e credibilidade, defendidos nos relatórios.

Com isso, há supressão do caso concreto e a permanência do paradigma metafísico essencialista, pois as súmulas não fazem outra coisa senão consagrar o “mito do dado”. Isto é, diante de um caso paradigmático, acredita-se que dele se pode retirar a sua essência, a sua substância, que se transporta para a mente do intérprete. A partir disso, o intérprete formula um conceito acerca daquela coisa (do caso), e o transforma em um enunciado sumular. Dessa forma, toda vez que se fala sobre esta coisa, esta passa a existir como um conceito de caráter universal, o que “ocorre mediante uma abstração: da essência para a universalidade” (STRECK, 2009a, p. 27).

Dessa forma, a súmula funciona como algo que é “dado a nossa mente”, o que também ocorre para além delas, podendo-se mencionar os diversos mecanismos que atuam por meio de enunciados capazes de condicionar a interpretação do sujeito que está diante do caso concreto, como, por exemplo, os demais tabelamentos e manuais de boas práticas carregados de “conceitos *prêt-à-pôrters*”, ou “prontos para levar/vestir”, tentado trazer a expressão para o

⁵⁰ Garapon (1998, p. 78) tem uma contribuição teórica muito importante no que se refere à influência da mídia na estrutura simbólica da justiça, pois sua influência pode trazer como consequência verdadeiros casos de atentado às liberdades públicas. Como refere o autor, o símbolo requer distância. Contudo, a mídia desconsidera as três distâncias essenciais à justiça: “a delimitação dum espaço protegido, o tempo diferido do processo e a qualidade oficial dos actores deste drama social”. Segundo Garapon, “eles distorcem o quadro judicial, paralisam o tempo e desacreditam a autoridade”. E, o Judiciário, bem como os juízes, passam a adotar comportamentos capazes de serem bem vistos aos olhos do público. Contudo, o público não está limitado pela ordem simbólica da justiça.

português. Nesse sentido, o sujeito fica assujeitado pelo “dado”, cujo caráter passa a ser universal (STRECK, 2009a, p. 27).

Contudo, como bem observa Rosa (2011b, p. 130), “entre a decisão que serve de paradigma e a decisão tomada com base na primeira há um fosso de sentido preenchido pelo imaginário de uma analogia ingênua”. A decisão tomada com base em um caso paradigmático é transformada em um signo simbólico, cuja aplicação é, muitas vezes, imaginária, pois ela passa a ser a resposta de todo e qualquer caso, ainda que este esteja marcado por peculiaridades que o diferencie significativamente daquele primeiro.

É nesse momento que se torna oportuno mostrar a importância do círculo hermenêutico no processo de compreensão/interpretação do Direito. Como explica Gadamer, o processo de construção está previamente dirigido por uma expectativa de sentido que provém de um contexto anterior (pré-compreensão), pois o intérprete nunca parte de um grau zero ao interpretar. E tal expectativa deve ser corrigida quando o texto, ou o caso, assim o exija. Desse modo, a expectativa sofre uma outra determinação e, simultaneamente, o texto, ou o caso, se conjuga na unidade de um pensamento, a partir de uma outra expectativa de sentido (GADAMER, 2010, p. 72).

Nesse contexto, percebe-se que “o movimento da compreensão transcorre sempre do todo para a parte e, desta, de volta para o todo”. Gadamer invoca os ensinamentos de Heidegger sobre a estrutura circular da compreensão e afirma que o círculo hermenêutico esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que somente pode ser apreendida de forma autêntica quando a interpretação houver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar levar por uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia, muito menos por conceitos ingênuos ou “chutes”. A interpretação deve, portanto, na elaboração da posição prévia, da visão prévia e da concepção prévia, garantir o tema científico a partir das coisas elas mesmas. Desse modo, a interpretação correta exige que o intérprete deva “guardar-se da arbitrariedade dos ‘chutes’ e do caráter limitado de hábitos mentais inadvertidos, de maneira a voltar-se ‘para as coisas elas mesmas’” (GADAMER, 2010, p. 74-75).

Com base nos ensinamentos de Gadamer e Heidegger, torna-se possível perceber que a aplicação dos enunciados em geral são mecanismos que se revelam completamente anti-hermenêuticos. Ao se ter apenas conhecimento do enunciado formado a partir do caso paradigmático, mas não do caso em si, a compreensão/interpretação do enunciado se torna

inautêntica, uma vez que não se atém à coisa mesma⁵¹ (o caso), de modo que o sujeito não se precavê contra a arbitrariedade das suas ideias. Dessa forma, quando o intérprete se encontra diante de outro caso que, em um primeiro momento, pareça ser passível da aplicação do enunciado, ele já está impossibilitado de avaliar se a aplicação é pertinente, ou não, pois não tem condições de avaliar a semelhança entre os casos. E tal impossibilidade ocorre quando a tal tarefa o aplicador se propõe, pois – em meio à demanda por produtividade – as decisões precisam ser dadas instantaneamente, de modo que o caso, não raro, não é nem mesmo analisado.

A situação também se torna crítica quando, para ser eficiente, fundamenta-se exclusivamente com base em verbetes e ementas, como se eles fossem capazes de abarcar a substância do caso, sua complexidade. O que ocorre, nesse contexto, é que a relação da ementa com o caso sob apreciação se torna arbitrária. Em linhas gerais, a contingência do caso, sua especificidade, resta ignorada pela imposição do “já-dito”. É por isso que Rosa (2011b, p. 129) irá dizer que o “paraíso da funcionalidade” impede uma reflexão constante por parte do sujeito, pois não há tempo para isso. A “nova economia simbólica do Poder Judiciário” impõe respostas antes mesmo que o sujeito formule as perguntas, e, não satisfeito, proíbe-o de que decida de modo contrário. A justiça neoliberal substitui a reflexão pelo argumento da autoridade e impõe um “sentido aparentemente estático e paradoxalmente cambiante”.

E esse cenário se revela paradoxal porque, se de um lado, os enunciados tentam “congelar” sentidos de forma a tornar a atividade jurisdicional estática, reduzida ao dever de reproduzir enunciados originários dos tribunais superiores; por outro lado, os próprios enunciados tem uma durabilidade efêmera⁵². Nesse contexto, Rosa compara os enunciados à

⁵¹ Segundo Gadamer, tão logo a “coisa mesma” desperte os primeiros elementos compreensíveis, o intérprete já faz o primeiro esboço do projeto, conferindo uma significação a todo texto. No entanto, os primeiros elementos significativos somente vêm a lume se o intérprete se entregar a leitura do “texto” ou da “coisa mesma” de modo minimamente interessado. Nesse sentido, na medida em que o intérprete faz progressos na decifração do objeto ou na leitura do texto, o seu primeiro projeto começa a sofrer gradualmente modificações, de forma que o projeto será constantemente revisado. Nesse sentido, o autor afirma que sem uma revisão do primeiro projeto, não há elementos para que se possa constituir uma nova base de significado. Destarte, projetos discordantes permanecem ambicionando construir uma unidade de significação até que ocorra essa “primeira” interpretação, que propicia uma renovação do projeto em bases mais adequadas à “coisa mesma”. Quem se deixa levar apenas pelas suas concepções preliminares corre o risco de que suas antecipações não correspondam ao que a “coisa mesma” realmente é (GADAMER, 2003, p. 61).

⁵² Nesse sentido, necessário é saber “os limites da desconstrução que permanece prisioneira do sistema que a desconstrói”, bem como reconhecer que para um problema humano, necessária é uma resposta culturalmente humana (SALDANHA, ESPINDOLA, ISAIA, 2010b, p 167). É, em razão disso, que a hermenêutica filosófica cumpre um papel central, pois possibilita uma reconciliação entre razão

moda, pois – ainda que eles não façam o menor sentido sob o ponto de vista da fenomenologia hermenêutica - “estão na moda”, e, assim como ela, estão em constante mudança. Só que esta mudança é aleatória, não está vinculada à tradição, pois é uma questão de escolha.

Ao girar em torno da moda, o direito perde suas referências, sua racionalidade, e “gira por gostos, caprichos, questões estéticas e econômicas”! Como oportunamente observa Rosa (2011b, p. 130) desvinculado da tradição, o indivíduo se torna suscetível aos discursos da eficiência e do pragmatismo. E, para estar na moda, transforma-se em um devorador de informativos que trazem os últimos entendimentos. Tudo pela padronização, afinal de contas, na ausência dela, não há como se conduzir estrategicamente.

Ost (2001, p. 366) não pestaneja ao atentar para os perigos da urgência e da busca por eficácia, uma vez ambas justificam (pragmaticamente) a imposição de textos sem um prévio exame real, sem que se reserve espaço para que a oposição se manifeste, sem que haja o tempo reservado à discussão. Não raro, as súmulas e demais enunciados, fixam entendimentos contrários à lei ordinária (para não dizer que, por vezes, contrariam os próprios preceitos constitucionais). Nessa conjuntura, esquece-se completamente de que o verdadeiro objetivo dos procedimentos legalmente/constitucionalmente instituídos é justamente atrasar a tomada de decisão, a fim de que todos os “pontos de vista e paixões se arrefeçam”, sejam discutidos.

Por isso, os procedimentos jurisdicionais e as leis (e não só eles, pois há também os legislativos) não podem ser contornados por súmulas e demais enunciados que descaracterizam o procedimento, em franca oposição à garantia ao devido processo constitucional.

As mudanças adotadas com urgência, feitas – muitas vezes - em reação às dilações anteriores, impedem uma reflexão profunda, capaz de formular as verdadeiras alternativas. Diante disso, logo se percebe que as mudanças, recentemente adotadas, não solucionam o problema, e, por isso, são imediatamente substituídas. Nesse passo, o Direito é atacado por duas frentes: “não contente em suavizar as arestas da juridicidade, a urgência opõe-se além disso a qualquer reforma séria; não contente em destruir a ordem jurídica, a urgência impede sua reconstrução” (OST, 2001, p. 366). E, assim, vê-se uma interminável profusão de informativos contendo os últimos entendimentos, mecanismos hábeis para que se escape

prática e razão teórica, de modo que não mais se faça um estudo do Direito “filtrado” do mundo vivido, ou seja, dissociado dos atuais problemas da (pós) modernidade.

momentaneamente dos problemas, sem, contudo, resolver suas dificuldades. Nessa conjuntura, o indivíduo – dessimbolizado - migra de um entendimento para outro constantemente e acriticamente para, além de ser produtivo, estar na última moda.

Conforme Dufour (2005, p. 199-200) o novo capitalismo projeta a dessimbolização do indivíduo, consequência do pragmatismo, do utilitarismo e do “realismo” contemporâneos. Segundo ele, a dessimbolização “retira a gordura” das trocas funcionais para que a carga simbólica não pese sobre estas mencionadas trocas. Desse modo, o processo de dessimbolização busca livrar a troca concreta daquilo que a excede, uma vez que a troca humana “está inserida num conjunto de regras cujo princípio não é real, reenvia a ‘valores’ postulados”.

Esses valores provêm da cultura, onde estão compreendidos os princípios morais, cânones estéticos e modelos de verdade, que podem divergir ou se chocar com outros valores. Como bem lembra o mesmo autor, a perseguição dos ideais de “fluidez, de transparência, de circulação e de renovação” próprios do neoliberalismo não se conciliam facilmente com o peso histórico dos valores culturais.

Nesse contexto, o homem adjetivado como “liberal” consiste naquele homem desprendido de valores, pois tudo aquilo que se relaciona a uma esfera transcendente de princípios e de ideais são desprezados pelo novo capitalismo, uma vez que não podem ser convertidos em mercadorias e serviços (DUFOUR, 2005, p. 200). Em um universo integralmente mercantil, “os valores (morais) não tem valor (mercadológico)”, inclusive porque o apego a estes valores pode ser uma resistência à propaganda, ou aos últimos entendimentos provenientes dos tribunais superiores.

Dessa forma, os juristas e aqueles que cotidianamente lidam com o Direito devem possuir um “espírito ‘livre’ de todo aprisionamento cultural”. O novo capitalismo forja um “novo homem” psicotizante, não sujeito à culpabilidade e incapaz de desenvolver o senso crítico, pois os referenciais simbólicos estão cada vez mais turvos. Com isso, percebe-se que o novo capitalismo não põe apenas em perigo o nosso “ter cultural”, mas sim o nosso ser (DUFOUR, 2005, p. 2008). Diante disso, Dufour (2005, p. 209) questiona:

o que fazer, então, diante da morte programada do sujeito moderno? Eu não vejo nenhuma outra alternativa a não ser tentar protegê-lo como uma espécie ameaçada, com a esperança de dias eventualmente melhores, com o risco de fazê-lo entrar

clandestinamente, fazendo-o reencontrar a prática revigorante das redes de resistência.

O conto XII da *Odisseia*, narrado por Homero, pode ser uma importante metáfora para que se compreenda a importância de se afirmar a autonomia da Constituição como uma forma de resistência à funcionalização do Direito. No conto, Ulisses passa por uma série de provações ao regressar a Ítaca. Em uma destas provações, Ulisses deverá resistir ao “canto das sereias”. Conhecidas por seus cantos melódiosos, “cuja harmonia adormenta e fascina os que as escutam”, Ulisses é aconselhado a prender-se a um mastro com os pés e mãos atados, e a ensurdecer os seus marinheiros colocando cera nos seus ouvidos, para que resistam ao canto das mulheres-peixe, sob pena de, em caso de não resistirem, nunca mais voltarem, juntando-se aos ossos e carnes humanos que próximos a elas se depositam aos montes.

Ulisses, sabendo que não resistiria ao canto das sereias, assim procedeu. Amarrou-se ao mastro, ensurdeceu seus marinheiros e pediu-lhes que não o desacorrentassem ainda que por isso implorasse. Ost (2011, p. 266) relaciona a lenda ao problema moderno de direito constitucional, pois ambos têm em comum a ideia de automanietação, ou autorrestrição. Ulisses acorrenta-se ao mastro e ordena que os seus marinheiros coloquem cera nos ouvidos por fidelidade a um princípio que julga superior: prosseguir o seu caminho e não sucumbir ao feitiço das sereias. Os autores das Constituições, do mesmo modo, não adotam mecanismos constitucionais capazes de resistir a maiorias circunstanciais e a paixões populares em benefício de princípios considerados mais fundamentais em que se assenta a vida coletiva? As Constituições não exercem a mesma função das correntes que impediram Ulisses de ceder a um encanto passageiro?

Dentro dos propósitos do presente trabalho, a Constituição não poderia ser uma forma de acorrentar aqueles que, tal como Ulisses, são seduzidos por uma onda neoconservadora cujos valores centrais residem na eficiência custo-benefício? (EZCURRA, 2007, p. 52).

Em tempos de neoliberalismo, a Constituição deve exercer o mesmo papel das correntes que amarraram Ulisses e o impediram de ceder ao canto das sereias. Ela deve acorrentar aqueles que, seduzidos pelos valores mercadológicos, impõem reformas legislativas, decisões judiciais, súmulas, enunciados, técnicas de gestão e gerenciamento em franca oposição àqueles valores que consideramos mais fundamentais para uma vida coletiva, presentes na Constituição.

Contra os desejos passageiros, representados por valores cujo fim decisivo é a rentabilidade e a competitividade dos mercados – deve-se preservar a autonomia do Direito sob pelas amarras da Constituição. Este é o caminho para a luta contra a relativização das garantias constitucionais e contra um Estado cada vez mais claudicante no que diz respeito à busca por efetivação da Democracia substancial, isto é, uma Democracia comprometida com a concretização dos direitos constitucionalmente assegurados.

2.2 A NECESSÁRIA COMPREENSÃO HERMENÊUTICO-FENOMENOLÓGICA DO PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A OBTENÇÃO DE RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS

A partir do que foi exposto no subcapítulo anterior, viu-se que o Poder Legislativo aderiu às recomendações de órgãos paranormativos no que diz respeito à exigência de previsibilidade na prestação jurisdicional. Para tanto, instituiu a súmula vinculante, de repercussão geral do recurso extraordinário e especial e súmula impeditiva de recursos. No âmbito dos JEFs, há também os pedidos de uniformização, cuja finalidade nada mais é do que padronizar a prestação jurisdicional também nesta via alternativa.

Por outro lado, ainda que a concepção neoliberal da busca por padronização seja incontestável na atualidade brasileira, há quem defenda o exercício da função social do processo por parte do juiz, como a escola instrumentalista, que será discutida a seguir. Nesse sentido, simultaneamente à acentuação de mecanismos capazes de controlar os juízes e prever e racionalizar suas decisões há, por outro lado, o estímulo ao protagonismo judicial e ao poder criativo do juiz⁵³.

⁵³ Estas características decorrem da passagem do Estado Liberal para o Social, momento em que o Estado assume o compromisso de atuar positivamente para a efetivação da cidadania por meio de prestações positivas direcionadas a proporcionar um mínimo de renda aos cidadãos, alimentação, saúde, ensino, entre outros (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 53). A jurisdição não fica imune a estas mudanças, de modo que ela também passa a assumir o papel de transformar a realidade. Assim, um novo modelo de juiz é forjado: se antes ele estava restrito às tradicionais funções de proteção e repressão, ele passa, diante da mudança de perfil do Estado, a ter de se

Diante disso, uma conclusão é certa: vive-se uma crise paradigmática. De um lado, acredita-se que a objetividade do texto se sobrepõe a do intérprete, o que nos remete a um “paraíso dos conceitos do formalismo”, em que a lei vale tudo, não só a lei como as súmulas e demais enunciados. Por outro lado, defende-se posturas subjetivistas, de modo que o intérprete (sujeito) se sobrepõe ao texto. É a conhecida crença de que a lei “é apenas a ponta do iceberg” e cabe ao intérprete descobrir os valores que estão nela submersos (STRECK, 2009b, p. 191-192).

Ambos os posicionamentos encontram-se vinculados a posturas metafísicas, e, por isso, permanecem assentados na separação entre sujeito e objeto. No caso da uniformização de entendimentos mediante a definição de conceitos, reconhecidos como súmulas ou enunciados, a cultura jurídica permanece, ainda, vinculada ao paradigma objetivista próprio da metafísica clássica, o que remete a ideia de que o texto (essência) contém o significado. Em outras palavras, é como se o significado já estivesse contido dentro do texto, de modo que cabe ao intérprete extraí-lo, como se nele houvesse um sentido intrínseco (STECK; ABOUD, 2013, p. 49).

Embora o trabalho não se proponha a realizar um esforço teórico acerca dos modelos metafísicos e de seus principais teóricos, cabe, neste momento, adentrar no paradigma metafísico clássico, ainda que de modo não aprofundado, para que seja possível perceber a vinculação desta concepção acerca dos enunciados e súmulas com este paradigma. Nesse sentido, vinculado ao paradigma essencialista, tanto Aristóteles, como Platão, concebem um papel secundário à linguagem. Como observa Streck, para Platão, os objetos são conhecidos diretamente em si, sem mediação linguística, de modo que a linguagem é apenas instrumento, pois o conhecimento do real independe dela. Desse modo, “a linguagem é secundária em relação ao conhecimento do real. A linguagem é vista como não constitutiva da experiência humana do real”. Ela é posterior e assume uma função designativa: “designar com sons o intelectualmente percebido sem ela” (STRECK, 2011, p. 155).

comprometer com a efetivação dos programas sociais. Como esclarece Isaia, a atividade jurisdicional termina por ir além do dever de promover e efetivar as políticas públicas sociais, pois o juiz deixa de se orientar pela legislação e passa a assumir um papel “criativo”, diante da acentuação do seu poder discricionário, justificado pela tentativa de implementar as políticas público-promocionais firmadas pelo Estado. Tal postura qualifica o Judiciário como ativista e o leva a um verdadeiro dilema: “permanecer fiel à função tradicional e limitada do reproducionismo legal-positivo ou elevar-se ao nível dos outros poderes a fim de se tornar um terceiro gigante”. Como observa Isaia, o Judiciário adotou a segunda opção, motivado pelo perfil social do modelo de Estado. Nesse sentido, os juízes se transformaram em controladores não apenas “da atividade do mundo privado-individual como também dos poderes políticos” (ISAIA, 2010, p. 40-42).

Para Aristóteles, a linguagem não se manifesta nas coisas, mas as significa. Diferentemente de Platão, Aristóteles defende que palavra e objeto não são a mesma coisa, o que existe entre elas é uma relação de significação. Segundo o autor, as palavras não se assemelham às coisas, ou as imitam, elas têm um sentido porque o objeto a que se referem tem uma essência. “É a essência das coisas que confere às palavras a possibilidade de sentido. (...) é porque as coisas têm uma essência que as palavras têm sentido”. Desse modo, sua preocupação se volta à adequação entre linguagem e ser (STRECK, 2011 p. 158).

Para além das divergências teóricas entre o idealismo platônico e o realismo aristotélico, importa - para este trabalho – esclarecer que Platão e Aristóteles convergem em um ponto fundamental: “seja qual for a sua sede ou o seu lugar de origem, a verdade está enquanto tal preservada da corrupção e da mudança para sempre” (STRECK, 2011, p. 159).

Segundo Stein (2002, p. 32-33), ambos os teóricos reduziram o ser ao ente, deixando de compreender o ser como algo mais-além em relação ao ente, e, em decorrência disso, tornaram o ser imutável e paralisado. Nesse sentido, Streck (2011, p. 162-163) afirma que:

é possível afirmar que a concepção central do pensamento metafísico ocidental pressupõe um conhecimento visto como um processo de adequação do olhar ao objeto, buscando a similitude entre pensamento e coisa, desvendando a essência própria das coisas. Em consequência, a verdade caracteriza-se exatamente pela correspondência entre o intelecto e a coisa visada, como a fórmula aristotélica e a medieval. A linguagem é apenas o mecanismo que comunica/transporta conceitos verdadeiros.

O paradigma metafísico clássico constrói um modelo de sujeito assujeitado pelo objeto, de modo que os juristas – ainda imersos neste paradigma - continuam a pensar que o texto traz uma essência capaz de dizer o seu “real significado”. Tais características estão presentes na equivocada compreensão que os juristas têm acerca dos enunciados, das ementas, pois acreditam que a formulação de um enunciado/conceito autonomiza a faticidade (do caso, ou do apanhado de casos) que lhe deu origem. É como se houvesse uma isomorfia entre texto e realidade, de forma que o conhecimento da “coisa mesma” – do qual parte o conceito – possa ser ignorado. Contudo, como bem observa Streck (2009b, p. 349-350), não há clareza que dispense interpretação.

Conforme o mesmo autor, as súmulas, os enunciados e as ementas, tanto mais vinculam quanto mais estiverem fundamentados os motivos pelos quais são aplicadas. O

intérprete/aplicador não pode elevá-los à condição de enunciados assertóricos, ou seja, enunciados auto-subsistentes de sentido, e aplicá-los de modo não fundamentado. Deve-se contextualizar a sua aplicação, de modo a mostrar o que o caso em análise tem em comum com aquele ou aqueles que motivaram a formulação do dito enunciado. Para lembrar o que foi mencionado anteriormente à luz dos ensinamentos de Heidegger e Gadamer, é preciso voltar-se a coisa mesma, o que exige uma postura hermenêutica. Caso o intérprete assim não proceda - afinal de contas, a aceleração da prestação jurisdicional imposta pelos órgãos supervisores não lhes permite tal conduta - ele estará vinculado ao velho paradigma metafísico objetivista e, jogado na inautenticidade, aplicará os enunciados arbitrariamente.

Como observam Streck e Abboud (2013, p. 51), a visão tradicional acerca das súmulas⁵⁴ nega o acesso hermenêutico, pois, conforme essa visão, as súmulas devem ser aplicadas por subsunção de fatos a previsões normativas (súmulas), acreditando-se que tais previsões estariam aptas a resolver diversos casos idênticos através de um simples silogismo. A favor da sua aplicação, a visão tradicional alega que ela possibilita tratar os jurisdicionados de modo igualitário – isonômico – ignorando-se, contudo, o caso concreto e suas peculiaridades, o que exigiria uma “perspectivação histórico-social”, uma análise dos institutos dogmáticos à luz da principiologia (constitucional).

⁵⁴ Torna-se oportuno mencionar, neste momento, que há profundas diferenças entre “a súmula vinculante instituída em nosso ordenamento por meio da EC 45 e o regime de precedentes do *common law*. Assim, a súmula vinculante está positivada no art. 103-A da CF, que poderá ser proferida de ofício ou por provocação do STF, que passará a ter efeito vinculante após sua publicação. A súmula vinculante passa a valer a partir de sua publicação, ou seja, sua constituição tem por objetivo o futuro, e não necessariamente a consagração da jurisprudência. A primeira distinção é a forma como os dois institutos ingressaram em cada sistema jurídico, no *common law*, a força do precedente reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício. Causa espécie, pois, o estabelecimento, no Brasil, da obrigatoriedade da obediência ao ‘precedente sumular’ por intermédio da emenda constitucional em um sistema jurídico filiado à família romano-germânica. Por outro lado, lembremos com Harold Berman, que a regra do *stare decisis* do *common Law*, é fruto de evolução histórica, tal como outros institutos desse sistema jurídico são oriundos de um modelo de procedimento informal, não escrito e livre. Esses institutos e modelos de procedimento existem na mente dos cidadãos e na consciência da comunidade. Daí afirmamos que eles apresentam a peculiaridade da tradição jurídica da *common law*, cuja história única e irrepetível permitiu a estruturação de sistema jurídico distinto ao do *civil law*. Enfatizando-a, Neil Mac Cormick Robert S. Summers admitem que o corpo de precedentes de determinado ordenamento jurídico constitui o melhor acúmulo possível do conhecimento jurídico acerca do passado. A súmula vinculante (brasileira), ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico, e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum tribunal. No fundo, pode-se dizer que as súmulas, no modo como são vistas no imaginário jurídico, são ‘conceitos sem coisas’” (STRECK; ABOUD, 2013, p. 61-62). Para maior aprofundamento, recomenda-se a obra: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Esta obra irá mostrar detalhadamente os desdobramentos decorrentes da distinção entre súmulas vinculantes e precedentes judiciais na *práxis* jurídica brasileira sob uma perspectiva hermenêutica e preocupada com a construção de uma teoria da decisão constitucionalmente adequada.

Diante disso, não se poderia negar a relação que Arthur Kauffmann faz do juiz com o computador, pois – munido de súmulas e enunciados – o juiz pode aplicar mecanicamente o princípio da igualdade, desprezando a situação concreta, a individualidade e reforçando um modelo de juiz cego à individualidade, à pessoa, tal qual o computador o que permite um direito a-histórico e impessoal (STRECK, ABOUD, 2013, p. 55-56).

A adoção desta postura traz como consequência a confirmação de uma justiça de fluxo, não pautada por momentos de justiça, pois submete a prestação jurisdicional a uma racionalidade que desconhece os direitos constitucionalmente assegurados. É necessário lembrar, mais uma vez, que a adoção das súmulas vinculantes e demais enunciados direcionados a uniformizar os entendimentos, são, em grande medida, introduzidos pela EC-45, que, como visto, recepciona as exigências de *good governance* de organismos paranormativos (Banco Mundial) (ROSA, 2011a, p. 140).

Como já discutido, as agências de *Bretton Woods* (Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial) impõem ajustes estruturais aos países devedores (EZCURRA, 2007, p. 13-15), e – por meio de relatórios (Documento 319 S) – insidiosamente condicionam reformas nos sistemas jurídicos e de justiça pensadas sob o ponto de vista econômico – EC-45. Desse modo, o Estado, ao recepcionar as recomendações, adere à linha do “consumidor-eficiência”, com o fito de tornar o país mais atrativo economicamente (redução do “custo-país”).

Quando aqueles que lidam com o direito confundem “efetividade (fins) com eficiência (meios), grudando falsamente os significantes como sinônimos” na expectativa de tornar a realidade melhor, caem na armadilha do discurso efficientista neoliberal (ROSA, 2011a, p. 140). Ao aplicarem as súmulas de modo descontextualizado (e arbitrário, portanto), partindo-se de uma conduta vinculada ao paradigma metafísico clássico, os operadores do Direito nada mais fazem do que confirmar os interesses neoliberais de previsibilidade, produtividade, eficiência e padronização, em prejuízo de uma resposta constitucionalmente adequada. Quando os juristas não colocam em questão o próprio alcance democrático destas reformas, diante dos influxos dos interesses econômicos no sistema jurídico - condicionados por um poder (Banco Mundial) sem controle, nem nacional, nem cidadão - é contra a Democracia e contra os Direitos Fundamentais que estão atuando.

Aqueles cuja atuação se faz presente no âmbito dos JEFs também estão compreendidos neste paradigma. Embora a celeridade integre os pressupostos do procedimento instituído nesta via, a equivocada interpretação/aplicação de enunciados e

súmulas, anula a democratização do acesso qualificado à justiça por meio da justiça informal, ainda que tal modo de aplicação venha justificado pelo objetivo de resolver os conflitos de modo célere.

Deve-se lembrar que, conforme o artigo 40 da Resolução n. 002 de 4 de setembro de 2008 - que dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais - os enunciados e súmulas elaborados pela TNU “prevalecem sobre jurisprudência anterior, aplicando-se a casos não definitivamente julgados”. Percebe-se o caráter vinculante dado a estas súmulas e enunciados, o que confere a elas, dentro dos limites de competência dos Juizados Especiais, força de lei. Desse modo, assim como Streck e Abboud (2013, p. 60) questionam a constitucionalidade do caráter vinculante das súmulas do STF em face do princípio constitucional da legalidade – artigo 5º, II, CF – cabe fazer a mesma pergunta com relação às súmulas e enunciados de autoria da TNU. É admissível que o judiciário decida questões jurídicas com base em institutos originários exclusivamente do Poder Judiciário? Em um sistema de *civil law*, em que há previsão expressa acerca do princípio da legalidade, o Judiciário pode decidir amparando-se nos seus próprios atos? Parece que não.

Por outro lado, como mencionado no início deste subcapítulo, a *práxis* jurídica também convive com o estímulo à adoção de posturas discricionárias e ativistas. Defende o aumento da sensibilidade e da criatividade do juiz na aplicação do direito e estimula o “sadio protagonismo judicial”. Para parte da doutrina, a Constituição é o que os juízes dizem que ela é, de modo que ela seria nada mais do que um “ato jurisprudencial”, portanto.

Estas posturas não superam a separação entre sujeito e objeto, uma vez que estão vinculadas ao modelo metafísico moderno. Se, na metafísica clássica, o sujeito é assujeitado pelo objeto, nesta, os objetos passam a ser assujeitados pela subjetividade do intérprete. Mais uma vez, torna-se oportuno mencionar que o trabalho não pretende adentrar nos pormenores acerca do paradigma metafísico, de maneira que se propõe a discutir os seus aspectos principais apenas na medida em que se tornam indispensáveis ao desenvolvimento deste trabalho.

Como menciona Streck, é efetivamente em René Descartes que inicia a metafísica moderna⁵⁵. Em Descartes, o “‘sujeito’, o *subjectum*, está situado na outra ponta da relação

⁵⁵ “Essa questão fica mais clara se se fizer um esboço dos princípios que fundamentaram cada período histórico, que em Heidegger são chamados de ‘princípios epocais’. Assim, pode-se dizer que

cognoscitiva”, de modo que ocorre uma mudança do modelo essencialista do esquema sujeito-objeto para o modelo da subjetividade assujeitadora das coisas. Nesse paradigma, os sentidos não se encontram mais nos objetos, pois passam a estar na mente do sujeito. Os objetos são assujeitados pela subjetividade do intérprete – filosofia da consciência.

Na metafísica moderna, “a questão acerca do verdadeiro se torna a questão acerca do uso seguro, assegurado e auto-assegurador da *ratio*”. A verdade é assegurada pelo método. O uso do método, além de consagrar a subjetividade, confere certeza, de modo que a verdade se torna indubitável⁵⁶. Assim, percebe-se que o paradigma da filosofia da consciência centra-se na concepção da linguagem como instrumento para a transmissão dos pensamentos adquiridos em uma etapa pré-linguística, sem se pensar na linguagem como condição de possibilidade para o conhecimento dos objetos. Este modelo, portanto, transformou o essencialismo do esquema sujeito-objeto antes vigente, pois deslocou a posição cimeira da essência dos objetos para a mente do sujeito, assujeitando o objeto.

Como bem observa Streck (2011, p. 136), imersos no paradigma metafísico moderno, uma série de juristas trabalha na busca de métodos de interpretação que possibilitem identificar as várias possibilidades contidas na norma, podendo-se mencionar, entre outros métodos, o gramatical ou literal, lógico, sistemático, histórico e sociológico ou teleológico. Desse modo, os métodos interpretativos ou técnicas de interpretação atuam como instrumentos, ou mecanismos rigorosos necessários ao conhecimento científico do direito. Streck reporta-se, então, às principais fórmulas de significação elaboradas pelos diferentes métodos interpretativos descritos por Warat (1994, p. 89):

a) remissão aos usos acadêmicos da linguagem (*método gramatical*); b) apelo ao espírito do legislador (*método exegético*); c) apelo ao espírito do povo; apelo à necessidade (*método histórico*); d) explicitação dos componentes sistemáticos e lógicos do direito positivo (*método dogmático*); e) análise de outros sistemas jurídicos (*método comparativo*); f) idealização sistêmica do real em busca da

tudo se inicia com o *eidos* platônico, e na sequência a *ousia* aristotélica, acrescida da vontade divina em Tomás de Aquino (*ens creatum*), terminando, desse modo, o período que podemos denominar de metafísica clássica. A virada em direção à superação do essencialismo, do universalismo, embora tenha esse componente nominalista inegável (pode-se dizer, inclusive, que o positivismo jurídico inicia com o nominalismo de Ockham), passa pela ruptura com o realismo (...). (STRECK, 2011, p. 174).

⁵⁶ Conforme Streck (2011, p. 174), esse é o princípio epocal cartersiano, denominado cogito; e, na sequência, o eu transcendental kantiano, o absoluto hegeliano e o ápice da metafísica moderna: a vontade do poder (*Wille Zur Macht*) de Nietzsche, onde o traço fundamental da realidade é a vontade do poder. E toda correção deve ser ajustada em relação à vontade do poder”.

adaptabilidade social (*método da escola científica francesa*); g) análise sistêmica dos fatos (*método do positivismo sociológico*); h) interpretação a partir da busca da certeza decisória (*método da escola de direito livre*); i) interpretação a partir dos fins (*método teleológico*); j) análise linguística a partir dos contextos de uso (*método do positivismo fático*); l) compreensão valorativa da conduta através da análise empírico dialética (*egologia*); m) produção de conclusões dialéticas a partir de lugares (*método tópico-retórico*)

Segundo Warat (1994, p. 89-90), os métodos acima transcritos desempenham uma função mítica na reflexão sobre os métodos de interpretação, pois não cumprem as funções sistemáticas, hermenêuticas e de garantia que o pensamento jus-filosófico clássico requer. As funções que estes métodos verdadeiramente desempenham são: mítica, pois consolidam crenças jurídicas (1); e redefinitória, pois funcionam como um “relato”, sem, no entanto, exercer uma função explicativa, ainda que “mantenham a aparência e gerem a ilusão de funcionar como tal”⁵⁷.

Sua principal função é conduzir a interpretação do direito positivo por meio de métodos que flexibilizem as normas presentes no ordenamento jurídico. Desse modo, os métodos interpretativos não demonstram a verdade da afirmação, eles apenas criam um “efeito de verdade”, ou seja, criam algo que se pode considerar como verdadeiro. Warat explica que estes métodos de interpretação da lei “constituem um conjunto de princípios e conceitos que funcionam como diretrizes retóricas para o raciocínio do jurista”. Inclusive, Warat afirma que os métodos vão ainda além, pois – ao lado da produção dogmática – os métodos de interpretação são prescrições para os órgãos, uma vez que devem ser compreendidas como normas de direito positivo dirigidas àqueles (WARAT, 1994, p. 87-88).

Segundo Warat (1994, p. 91), os métodos interpretativos têm a função de configurar uma específica ideologia para o direito a partir de um conjunto de crenças, de modo que o método teleológico, por exemplo, “reitera a crença numa ordem protetora e não discriminatória em relação aos súditos”. A escola instrumentalista, que tem Cândido Rangel Dinamarco como um dos seus expoentes, ao considerar o processo como um instrumento

⁵⁷ Warat (1994, p. 88) afirma que os métodos de interpretação são um alibi teórico que permitem a emergência de crenças que norteiam a aplicação do direito. Dessa forma, sob uma aparente reflexão científica eles criam fórmulas interpretativas que veiculam “uma representação imaginária sobre o papel do direito na sociedade; ocultam as relações existentes entre decisões jurisprudenciais e problemática dominante; apresentam-se como verdades derivadas dos fatos, das normas, ou de diretrizes éticas que conformam o pensamento jurídico; legitimam a neutralidade dos juristas e os elevam à condição de cientistas. Contudo, estes métodos nada mais fazem do que confirmar representações que estão sedimentadas no senso comum teórico dos juristas.

direcionado a fins, vincula-se ao método interpretativo teleológico. Dinamarco (2008, p. 177), na obra “A Instrumentalidade do Processo”, não deixa dúvidas acerca da veracidade desta afirmação quando esclarece que “a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos”.

A *instrumentalidade do processo* consiste, hoje, em uma corrente teórica bastante difundida na comunidade jurídica brasileira, cujos postulados estão presentes no Projeto de Lei 8.046/10 do Novo Código de Processo Civil, podendo-se mencionar, entre eles, a instrumentalidade das formas, a flexibilização da técnica processual e o ativismo judicial (ABBOUD; TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008 p.27-70). Também é importante lembrar que, conforme mencionado no trabalho, Cândido Rangel Dinamarco foi um dos integrantes da comissão de elaboração do anteprojeto de lei dos Juizados de pequenas causas.

Nesse sentido, Dinamarco (2008, p. 178) menciona que a problemática teleológica da jurisdição não pode ser encarada com pretensão à universalidade e à eternidade. Conforme o autor, a jurisdição, como expressão do poder, deve estar direcionada à realização dos fins do Estado. Desse modo, levando-se em conta que as diretrizes políticas do Estado estão em constante mudança, como a própria história nos permite perceber, os objetivos que movem a prestação jurisdicional se modificam de acordo com os novos rumos políticos, no espaço e no tempo. Assim, o processualista argumenta que as perspectivas tradicionais de definição teleológica acerca da jurisdição permaneceram restritas ao plano jurídico, uma vez que se concentraram na “mecânica do direito”, e ignoraram a verdadeira função jurisdicional, que é, sobretudo, política⁵⁸.

Dessa forma, o autor afirma que, em caso de se tomar padrões exclusivamente jurídicos, talvez seja possível encontrar fórmulas universais e definitivas. Contudo, isto se torna absolutamente inviável diante da “grande premissa metodológica da processualística moderna”, qual seja, dar um enfoque instrumentalista e teleológico ao processo, compreendido como um “sistema aberto e dependente, legitimado pela aptidão”, cujo dever é o de prestar serviços à comunidade” (DINAMARCO, 2008, p. 178-179).

⁵⁸ Dinamarco (2008, p. 230) discute que só figurativamente cabe falar em vontade da lei, ou do direito, fazendo referência às normas gerais e abstratas compreendidas no plano das fontes de direito. Segundo o autor, as normas gerais e abstratas consistem, no máximo, na “vontade expressa pelo Estado e positivada nas leis, dirigida a todos e a nenhum em particular, como receita para a atribuição de bens, para a conduta e cooperação entre as pessoas, para a organização social”.

Dinamarco (2008, p. 179) dá continuidade ao seu raciocínio e afirma que isto não significa que o enfoque externo ao sistema seja suficiente, pois isso seria conduzir à esterilidade as especulações. Portanto, “definidos os objetivos e traçados os rumos, com as grandes premissas metodológicas assentadas nele, depois vem a tarefa da dogmática, que corresponde à penetração no interior do sistema”, agora sim com os aportes necessários para aprimorá-lo tecnicamente.

Percebe-se que a teoria instrumentalista de Dinamarco é legatária do positivismo normativista kelseniano.

Para Kelsen, o direito a ser aplicado nada mais é do que uma moldura, de modo que - dentro dos limites circunscritos pela lei - existem várias possibilidades de aplicação. Todo ato que pertença ao espaço definido pela moldura, ou seja, que preencha qualquer “sentido possível” dentro da moldura, ou do quadro, será considerado conforme o Direito. Nesse contexto, o autor explica que, ao se entender por interpretação “a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar”, cabe à interpretação jurídica a determinação das várias possibilidades de sentido que existem dentro do quadro, ou moldura (KELSEN, 2009, p. 390).

Por isso, Kelsen afirma que a interpretação de uma lei não conduz, necessariamente, a uma única solução, sendo tal solução a única correta. A interpretação, possivelmente, conduzirá a várias soluções. Na medida em que todas elas sejam aferidas da lei a aplicar, elas têm o mesmo valor, embora somente uma delas torne-se direito positivo no ato do órgão aplicador do direito, ou do tribunal, mais precisamente⁵⁹.

Ir além da fixação da moldura dentro da qual o ato a ser aplicado tem de se manter, excede o campo de conhecimento do direito positivo. A atividade cognoscitiva que vai além da identificação da moldura, que passe para o campo da criação jurídica, pode ter incidência nas normas de moral, normas de justiça, juízos de valor sociais que, geralmente, são reconhecidos por expressões como bem comum, interesse do Estado, progresso, entre outros (KELSEN, 2009, p. 393).

⁵⁹ Nessa esteira, para Kelsen, a circunstância de uma decisão judicial estar fundada na lei significa nada mais do que tal decisão estar contida na moldura da lei. Portanto, ela não é “a norma individual”, mas “uma das normas individuais” possíveis dentro das possibilidades situadas no interior dos limites da moldura (KELSEN, 2009, p. 390-391). Kelsen explica que “a questão de saber qual é – dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a solução ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo” (KELSEN, 2009, p. 392). Esse problema não diz respeito à teoria do Direito, mas sim à política do Direito .

Por acreditar em uma moral relativista, Kelsen relega as questões práticas ao momento de aplicação do Direito, de modo que não as aborda na sua Teoria Pura do Direito. Nesse sentido, diante da inexistência de uma moral única, ou “a” Moral, devido ao fato de cada sociedade possuir uma concepção particular acerca do tema, Kelsen acredita na impossibilidade de se analisar cientificamente o mundo prático, o caso concreto, de modo que cabe ao aplicador do direito escolher livremente uma dentre as possibilidades compreendidas dentro da moldura da norma jurídica guiando-se por critérios extra-jurídicos, como valores morais, sociais, políticos, econômicos, entre outros. Inclusive, Kelsen admite que se decida fora da “moldura”, ou seja, mediante a criação de uma norma individual para o caso concreto sem que haja norma geral que a predetermine – tudo isto, em virtude de política jurídica.

Percebe-se uma acentuada semelhança entre Kelsen e Dinamarco no momento de aplicação do direito ao caso concreto. Ambos os autores acreditam que a norma jurídica permite uma série de interpretações e argumentam que caberá ao aplicador escolher uma dentre as possibilidades existentes a partir de um enfoque externo ao sistema jurídico. Nesse sentido, enquanto, para Kelsen, este momento não pertence ao estudo científico do direito, Dinamarco, por outro lado, propõe-se a realizá-lo dentro dos limites da ciência jurídica, munindo-se do *método teleológico*.

Com base em Warat, pode-se dizer que a grande inovação da teoria instrumentalista de Dinamarco é criar um “efeito de verdade” por meio do seu método teleológico de interpretação da lei, baseada em um conjunto de princípios que são diretrizes retóricas para o raciocínio do jurista.

Para Dinamarco (2008, p. 231), os textos normativos - abstratos e genéricos –versam sobre situações normais e previsíveis, de modo que as hipóteses fáticas reguladas são claras. Contudo, segundo o autor, a realidade da vida é, muitas vezes, mais complexa do que as previsões normativas, e, por isso, o juiz necessita de muita sensibilidade para identificar os fatos e enquadrá-los nas categorias jurídicas, assim como também necessita de sensibilidade precisa e atual para determinar o significado da lei.

Se, por um lado, Dinamarco supera o positivismo exegético, correspondente ao conhecido modelo do “juiz boca-da-lei”, ele, por outro lado, deita raízes no positivismo normativista kelseniano, ainda vinculado ao esquema metafísico moderno. Em Kelsen, o encontro da resposta para o caso, é uma questão reservada à política jurídica, de forma que o juiz (sujeito) assujeitará a lei - dirá o que ela é - com base nos seus valores morais, políticos,

econômicos e sociais. Em Dinamarco, o sujeito (intérprete e aplicador da lei) assujeitará o objeto (sistema jurídico), mediante o método teleológico. Como afirmado acima, na metafísica, a questão acerca do verdadeiro se torna uma questão acerca do uso seguro, assegurado e auto-segurador da razão – proporcionada pelo método.

Nesse sentido, para Dinamarco, o grande desafio do juiz ao sentenciar consiste no correto enquadramento jurídico e na correta interpretação dos textos legais à luz dos *grandes princípios* e das *exigências sociais* do seu tempo. Para tanto, as convicções sócio-políticas do juiz devem refletir os anseios da sociedade, pois o juiz apegado a um “exagerado liberalismo exegético”, indiferente aos valores da sociedade, tende a decidir injustamente (DINAMARCO, 2008, p. 231)⁶⁰. Para ele, assumir uma *postura instrumentalista* significa perceber que a ciência processual é permeável aos problemas jurídicos, sociais e políticos do seu tempo. Assim, a instrumentalidade constitui “o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual”.

Em tempos de neoliberalismo, direcionar a atividade jurisdicional de acordo com os fins políticos do Estado pode significar uma afronta aos direitos constitucionalmente assegurados. Ao abrir o sistema jurídico aos valores sociais, políticos e das maiorias, o autor oportuniza a infiltração de forças hegemônicas no processo, de modo que ele passe a ser um instrumento direcionado à concretização dos valores impostos por um Estado, cuja finalidade, hoje, vem sendo cumprir a agenda neoliberal. Como observa Warat (1994, p. 87), os métodos interpretativos acima transcritos – no qual o teleológico está incluído - adotam um posicionamento ingênuo com relação ao tipo de justiça que as decisões procuram e, muito antes de consistir em um método capaz de conter a arbitrariedade judicial, eles nada mais fazem do que perpetuar um poder de dominação (WARAT, 1994, p. 92).

⁶⁰ Para Dinamarco (2008, p. 233), o juiz tem o dever de decidir conforme as “escolhas da sociedade”, ele nega que tal postura corresponda ao exercício de uma função criativa do direito. Para ele, tal posicionamento só seria aceitável se o direito fosse esvaziado de qualquer valor axiológico e desvinculado da sociedade, reduzido a um simples preceito positivado, cuja interpretação a ser dada pelo juiz fosse livre. Desse modo, quando forem possíveis duas respostas à luz do texto legal, Dinamarco (2008, p. 235) afirma que o juiz deve optar por aquela que melhor realize o seu senso de justiça. Contudo, isto não quer dizer que ele possa contrariar os desígnios positivados pelo Estado pela via adequada, mesmo que seja para corrigir situações que, na sua opinião, parecem ser desequilibradas (a menos em situações extraordinárias). Assim, Dinamarco (2008, p. 236), de modo sintético, expõe que, embora o juiz no Estado Moderno não assuma uma postura passiva, de mero expectador, sua atuação possui limites estabelecidos pelo sistema de legalidade. Para Dinamarco (2008, p. 236), no momento em que o juiz adota um comportamento menos ortodoxo e menos apegado à letra da lei, os fatos são endereçados a um resultado que seria outro caso as inovações não fossem postas em prática, isto é, as atitudes instrumentalistas. Mas, ter mais consciência dos objetivos e ser menos apegado às formas e ao texto jurídico, não o exclui do compromisso com a efetivação do *due process of law*.

Ao condicionar o processo ao método teleológico, permite-se que o processo seja conduzido como um instrumento comprometido com os seguintes valores: eficiência, padronização e previsibilidade, principalmente diante da oportunidade de o juiz aliar estes fins ao seu ao objetivo pessoal de ficar bem posicionado no *ranking* de produtividade, ao qual o CNJ os submete constantemente. Nesse sentido, o processo, assim como o direito como um todo, torna-se um instrumento orientado para as causas eficientes, ou a serviço de teleologias “que o convocam e o condicionam” (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 30-31).

Nunes vincula a escola instrumentalista à corrente socialista de processo. Assim, se, por um lado, o liberalismo processual corresponde ao “domínio das partes sobre um procedimento escrito e governado amplamente pelo princípio dispositivo”, o socialismo processual, por outro lado, ao garantir o protagonismo e o ativismo judicial, almeja um procedimento oral, concentrado e com “inúmeras mitigações e flexibilizações do princípio dispositivo”. Conforme esta vertente, cabe ao juiz realizar uma “engenharia social solitária” ao aplicar (ou criar) a lei buscando compensar as desigualdades sociais entre as partes⁶¹ (NUNES, 2011, p. 175).

Contudo, Nunes argumenta que – no Estado de feições neoliberais - o juiz não lança mão da oralidade com vistas a possibilitar uma melhor análise do caso, nem – muito menos – realiza intervenções a partir do processo direcionadas a combater modelos nada socializantes, como o discurso do mercado e a política de juros abusivos praticados pelas instituições financeiras (NUNES, 2011, p. 175).

Segundo o autor, defende-se um modelo processual que, se por um lado, reforça o papel da jurisdição e estimula o ativismo judicial, por outro, não assegura condições institucionais para que a perspectiva socializante seja exercida (NUNES, 2011, p. 159). Dessa forma, o aumento dos poderes do juiz, ainda que justificado por um discurso aparentemente comprometido com a democratização do processo (e do acesso à justiça, portanto), não representa riscos aos interesses econômicos e políticos do mercado⁶². Com base nisso, o que

⁶¹ De acordo com Dinamarco (2008, p. 347), como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos. Assim transparece a realidade de norma correspondente ao momento presente. (...). Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade.

⁶² Como mencionado anteriormente no caso específico da conciliação, os juízes, em lugar de abrir espaço ao diálogo a fim de que as especificidades do caso sejam apreciadas, utilizam de seus amplos poderes para violar garantias constitucionais do processo, buscando atender a exigência do processo eficiente e a demanda individual por produtividade.

se percebe, no contexto brasileiro, é que as concepções socializadoras do processo evoluem para uma concepção pseudo-social (neoliberal). Isto é, o que ocorre, não raro, é que os juízes utilizam os seus amplos poderes tanto em seu próprio benefício (para atender a demanda por produtividade), assim como em benefício do Poder Judiciário como um todo (gestão de custos, metas do CNJ). Por isso, a expressão “pseudo-social (neoliberal)” parece ser bastante adequada.

Nos Juizados Especiais Federais, a lei do procedimento estimula a ampliação dos poderes do juiz para conduzir o processo. Na Exposição de Motivos da Lei 7.244 de 1984, encaminhada ao presidente da República, a ampliação dos poderes do juiz constituía um dos princípios fundamentais do anteprojeto. De acordo com este documento o juiz poderia

dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica, ainda que não expressas em qualquer ato material do processo. Além disso, desde que atendidos os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, ao juiz foram conferidos poderes para dar a cada caso a solução que reputar mais justa e equânime.

Observa-se a presença destas diretrizes no artigo 4º da Lei 7.244/84, que, mais tarde, são reproduzidas pela Lei 9.099/95, no artigo 5º, em que “o Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”, e no artigo 6º, em que caberá ao juiz adotar “em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”. Embora tal dispositivo não esteja compreendido na lei dos JEFs, esta via também o segue, pois o artigo 1º da Lei 10.259/01 versa que se aplica aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, no que não conflitar com esta lei, o disposto na Lei 9.099/95.

Nesse contexto, argumenta-se que a situação dos Juizados pode ser ainda mais crítica porque os juízes – legitimados (por lei) a conduzirem o processo da forma como acharem mais adequada - podem acelerar o processo visando exclusivamente atender a uma demanda pessoal e institucional por produtividade. Tal situação pode ser potencializada quando o intérprete/aplicador eleva os critérios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade a categoria de princípios e os interpreta a partir de um viés pragmático-eficientista, como se fosse possível interpretá-los partindo-se de um grau zero de significação. Ao longo do trabalho, buscar-se-á mostrar que a categoria de princípios,

conferida a estes critérios (assim denominados por lei), não persiste partindo-se de uma compreensão/interpretação dos princípios que parta da fenomenologia hermenêutica e do direito como integridade de Dworkin.

Se os esquemas metafísicos não forem superados pela doutrina jurídica, os critérios acima mencionados, ao serem interpretados pragmaticamente, podem tornar o procedimento dos Juizados um instrumento em potencial para a promoção dos interesses econômicos neoliberais, uma vez que – elevados à hierarquia de princípios – os critérios atuam como verdadeiros álibis teóricos aptos a legitimar a flexibilização de fases processuais instituídas não só legalmente, como também constitucionalmente. Esta flexibilização, voltada a busca por eficiência, nem sempre se traduz em uma efetiva prestação jurisdicional em termos de qualidade. Tal situação coloca os supostos princípios dos Juizados em franca oposição à garantia ao devido processo, presente no art. 5º, inciso LIV, da CF-88. Um exemplo disso poderia ser o indeferimento da produção de provas com base no “princípio da celeridade”, por exemplo.

Nesse contexto, a permanência de teorias vinculadas à metafísica permite que os valores neoliberais se infiltrem na decisão (perspectiva micro), bem como no Poder Judiciário e no Direito (perspectiva macro). Se, de um lado, esquema metafísico objetivista ainda se faz presente no direito por meio dos mecanismos de uniformização da prestação jurisdicional, de outro, o esquema metafísico subjetivista se faz presente por meio do estímulo a posturas discricionárias por parte do juiz, que podem facilmente terminar em “decisionismos e arbitrariedades interpretativas” (ISAIA, 2010, p. 42).

Considerando que a escola instrumentalista de processo exige que o juiz atente para os objetivos sociais, políticos e econômicos do Estado – importados para o Direito com a denominação de princípios gerais de direito, ou “grandes princípios”, para usar a expressão de Dinamarco - não é nenhum exagero concluir que a postura discricionária do juiz torna o processo permeável aos valores neoliberais. Principalmente, quando se leva em conta que os instrumentos que avaliam o seu desempenho, estimulam-no a agir de acordo com padrões de eficiência, não de efetividade.

A convivência com posturas metafísicas permite a “mercadificação” do judiciário. Em outras palavras, permite que o mercado se torne o “guia apropriado – uma ética – para todas as ações humanas”, inclusive aquelas direcionadas à realização do direito. O neoliberalismo atribui um preço ao direito, ao judiciário e às decisões judiciais, ainda que eles não tenham

sido concebidos como mercadorias. Harvey afirma que o objetivo central da teoria neoliberal consiste em construir mercados coerentes para a terra, o trabalho e o dinheiro, coisas que obviamente não são mercadorias. Assim, a descrição deles como mercadorias é fictícia, e não pode funcionar sem as ficções (HARVEY, 2011, p. 178-180). O direito, a atividade jurisdicional e a decisão, a partir de uma primeira aproximação, também não consistem em mercadorias, por isso, torna-se necessário uma descrição fictícia acerca deles, de modo que possam ser compreendidos e interpretados como mercadorias.

Os relatórios produzidos pelo Banco Mundial, as metas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça, os critérios para promoção de juízes, os mutirões de conciliação permitem que se construa um mercado coerente para o direito mediante ficções. Desse modo, se o sentido do direito, no passado, aludia às categorias do bem, do justo e da validade (axiológica material), hoje, ele tem o seu sentido deslocado para as categorias do útil, da funcionalidade, da eficiência e da *performance* (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 35). A produção destas ficções - intrinsecamente vinculadas ao capitalismo neoliberal - causa um indescritível prejuízo ao cenário democrático, uma vez que não reconhece “as complexas realidades que nelas se ocultam” (HARVEY, 2011, p. 180).

Os sistemas de justiça são “mercadificados” no momento em que os atores econômicos os avaliam a partir dos entraves e dos custos que apresentam para os investimentos. Segundo Rosa (2009, p. 47), o Brasil é acusado de apresentar obstáculos ao crescimento econômico, uma vez que exige elevada soma de dinheiro para o *contractual enforcement* e o *contractual repudiation*, o que ilustra uma conjuntura desfavorável ao bem-estar do mercado sob uma perspectiva neoliberal. O “*custo país*” – reconhecido como todos os custos acrescidos à transação - aponta que o Poder Judiciário brasileiro é ineficiente na garantia dos seguintes dogmas: propriedade privada e contratos, elementos centrais para o bom funcionamento do mercado. Percebe-se aqui uma descrição fictícia do direito como mercadoria, ainda que as consequências desta ficção tragam consequências bastante reais para o cenário jurídico contemporâneo brasileiro.

Desse modo, o enfoque “instrumentalista” do processo, por admitir escopos metajurídicos, permite que o juiz se pautar por referências nem mesmo contidas no direito legislado. O aperfeiçoamento do sistema se vê dependente das “boas escolhas dos juízes” (MOTTA, 2010, p. 199). Diante disso, corre-se o risco de que suas escolhas tomem rumos antidemocráticos e, além disso, reproduzam o modelo de dominação neoliberal. Por isso, a

confiança nas escolhas do julgador consiste em uma crença ingênua, para dizer o mínimo, pois não há como controlá-las.

Como defende Streck (2010b, p. 97), a “resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do ‘princípio democrático’ – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da ‘verdade real’”, circunstâncias responsáveis por encobrir a subjetividade assujeitadora do juiz. Por outro lado, o julgador não pode ter o seu poder controlado mediante a obrigação de decidir conforme enunciados e guias de boas práticas (escolhidos pelos tribunais superiores), pois obrigá-los a isso é destitui-los da responsabilidade por suas decisões. Quando as respostas estão previamente determinadas, ignora-se a aplicação do direito à luz do caso concreto. No caso dos Juizados Especiais, esta imposição deturpa o que há de mais importante no seu procedimento: aproximar o juiz das partes, construindo-se uma “justiça de proximidade”.

Os dualismos metafísicos, porque presentes no âmago de teorias vinculadas ao positivismo, não serão superados de outra forma que não seja a partir de um paradigma que proponha a descontinuidade com o vigente⁶³ e não dissocie a razão teórica (abstrata) da razão prática (cotidiana, histórica). Desse modo, é na filosofia da linguagem que se rompe com a filosofia da consciência. Na filosofia da consciência, o conhecimento do mundo não acontece pela linguagem, mas sim a partir de uma instância pré-lingüística: a linguagem serve apenas como instrumento para traduzir o conhecimento já adquirido. Já na filosofia da linguagem, ela assume importância central, uma vez que passa a ser condição de possibilidade para o conhecimento (STRECK, 2009a, p. 145).

Nesse contexto, a concepção de que o conhecimento pode ser adquirido diretamente, sem intermédio da linguagem, é abandonado, e passa-se a acreditar na impossibilidade de se colocar fora da linguagem (STRECK, 2009a, p. 164). Em outras palavras, na filosofia da linguagem, a realidade só pode ser apreendida a partir de uma descrição lingüística. Gadamer (2002, p. 216) menciona que a ideia de que toda a compreensão é linguagem parece bastante provocativa, pois basta que nós observemos ao nosso redor as nossas próprias experiências

⁶³ Nesse sentido, Streck (2009b, p. 394): “como contraponto, proponho a “tese de descontinuidade” – que penso ser a mais adequada – pela qual se entende que os princípios constitucionais instituem o *mundo prático* no direito (...) e essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem um dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma correta. Trata-se do dever da resposta correta, correlato ao dever de resposta correta que venho defendendo”.

para que nos deparemos com uma série de exemplos que parecem nos dizer o contrário. Contudo, Gadamer (2002, p. 217) questiona:

mas o que dizer de outros fenômenos apontados pela própria linguagem como, por exemplo, ‘o assombro que nos deixa estupefatos’, ou o ‘assombro que nos deixa mudos?’ Podemos dizer que são fenômenos que nos deixam sem fala. Diante deles a linguagem nos falta porque brilham com tamanha grandeza diante de nossos olhos admirados, que não haveria palavras suficientes para apreendê-los. Mas não seria muita ousadia querer afirmar ainda que o ficar sem fala seria uma forma de estrutura da linguagem? Não será uma tal afirmação mais um dogmatismo absurdo de filósofos que sempre de novo insistem e teimam em virar de cabeça para baixo as coisas que estão bem como estão? Mas ficar sem fala não significa querer *tanto* dizer alguma coisa que nem se sabe por onde começar? A *negação* da linguagem testemunha sua *capacidade* de buscar expressão para *tudo*. Ademais, dizer que alguém fica sem fala é propriamente um modo de dizer – e um modo tal que com ele estamos apenas começando a dizer, e não finalizando.

Nesse contexto, o intento de Platão “de ir da aparência à natureza intrínseca da realidade é vã”, pois há sempre uma barreira entre nós e a natureza. Há um véu de aparências, produzido pela interação do sujeito e do objeto, entre os órgãos sensoriais e a mente do indivíduo e o modo como as coisas se dão em si mesmas (STRECK, 2009a, p. 164-165). Daí se pode dizer que as súmulas e enunciados não são normas prontas, ou acabadas. Tal entendimento obstaculiza o acesso hermenêutico.

Para Herder e Humboldt, esta barreira é constituída pela linguagem, uma vez que a linguagem pode conferir características aos objetos que não lhe são intrínsecas, ao contrário do que queria fazer crer o essencialismo platônico. Ambos defendem que as coisas somente podem ser compreendidas quando em relação com outras coisas. Dessa forma, a tese de que os órgãos sensoriais possibilitam a apreensão da essência das coisas é irreal, pois eles mesmos podem manipular o objeto (STRECK, 2009a, p. 164-165). Nesse sentido, as posturas antimetafísicas⁶⁴ convergem no sentido de que a linguagem é uma construção social e esta convergência é relevante na medida em que a linguagem, por ser socialmente construída, reflete os anseios da comunidade, das necessidades sociais desta. Por isso, o “nosso conhecimento é conhecimento a partir de descrições que resultam adequadas para nossos propósitos sociais correntes” (STRECK, 2009a, p. 164).

⁶⁴ Entre as posturas antimetafísicas, destacam-se a existencialista, a desconstrucionista, a holista, a pragmática, a pós-estruturalista, a pós-modernista e a hermenêutica.

Wittgenstein, na sua segunda fase, pensando proximamente a Heidegger, afirma que o ser só se dá na linguagem. Assim, nega as essências e a relação natural entre nome e objeto. Em linhas gerais, nega a exatidão da linguagem e assume a indeterminação desta. Argumenta que o ideal de exatidão é impossível, uma vez que os sentidos se dão de acordo com o espaço intersubjetivo e no seu contexto socioprático. Para este autor, as palavras são ambíguas e, por isso, não tem um sentido definitivo, sendo, assim, um equívoco da filosofia dar sentido a expressões isolando-as do contexto em que foram proferidas (STRECK, 2009a, p. 170-171).

A filosofia da linguagem parte das seguintes premissas: a) o conhecimento ocorre na linguagem, tendo, inclusive o discurso científico, natureza lingüística; b) o mundo surge a partir da linguagem, pois é por meio dela que desvelamos o mundo, vendo-o enquanto mundo; c) é na linguagem que o sujeito surge, aparece e ocorre, porque fala, comunica-se e é compreendido em uma comunidade de usuários; d) a linguagem não tem um papel somente representativo, declarativo, demonstrativo, mas também realizador, uma vez que conecta a linguagem à prática e vice-versa; e) ela dá sentido, em virtude de trazer consigo componentes significativos para uma determinada comunidade de usuários, além de possibilitar a existência de outros mundos quando dá novos sentidos (STRECK, 2009a, p. 177-178).

Desse modo, rompe-se com os dualismos metafísicos que cindem sujeito e objeto: nega-se a entificação do conhecimento, assim como a subjetividade assujeitadora. O Direito passa à intersubjetividade, esquema sujeito-sujeito, a partir de uma linguagem que ocorre através de um discurso intersubjetivamente válido. Nestes termos, não se busca as verdades eternas, atemporais, como queria a metafísica, uma vez que o Direito assume sua finitude (STRECK, 2009a, p. 180).

Nesse sentido, a viragem lingüística ontológica não é a morte do sujeito, mas sim a morte do sujeito desvinculado da sua condição de ser-no-mundo movendo-se arbitrariamente a partir de um grau zero de significação. Assim, a linguagem - vista como totalidade, pois é ela que permite o acesso ao mundo (enquanto mundo) - passa a exercer papel fundamental na filosofia⁶⁵.

⁶⁵ “Então, se não existe acesso às coisas sem a mediação do significado, não podemos compreender as coisas sem que tenhamos um modo de compreender que acompanha qualquer tipo de proposição e este modo de compreender é exatamente este como que sustenta a estrutura fundamental do enunciado assertórico algo enquanto algo, algo como algo. Esta expressão revela que não temos acesso aos objetos assim como eles são, mas sempre de um ponto de vista, a partir de uma clivagem, a cadeira enquanto cadeira, a árvore enquanto árvore. Isto é mediação do significado.” (STRECK, 2009a, p. 179).

De acordo com Stein (1996, p. 36), “na filosofia hermenêutica, a ideia de representação, a ideia de consciência, a ideia de sujeito que pensa tal e tal coisa retrocede ao segundo plano ou desaparece”. Desse modo, o que emerge é um universo de metáforas, conforme denominado pelo autor, provenientes da tradição histórica ou literária. Nesse norte, trabalha-se com a ideia de que o sentido nem sempre é verdadeiro, mas já é dado ao indivíduo pertencente a uma comunidade, e a partir desse universo de sentido, ele se move. Por exemplo: dizer que a árvore é de ferro, pode não ser uma afirmação verdadeira, mas nela há sentido.

Rompe-se com verdades absolutas, tanto matemáticas como teleológicas, e o universo da verdade passa a ser estabelecido conforme certos padrões finitos, formando uma espécie de “reino do meio”, como afirma Stein. Com isso, importante é a seguinte passagem da sua obra, quando versa a respeito da dificuldade de se entender o universo de metáforas para aqueles ainda vinculados ao paradigma metafísico:

foi uma conquista muito dura, porque a linguagem ou era chamada imperfeita por não ser uma linguagem do saber absoluto, da verdade absoluta – ou então imperfeita por não ser uma linguagem logicamente estabelecida conforme padrões de contexto de referência, fechados, etc, com base num universo de axiomas que poderiam ser apresentados como ponto de partida seguro da verdade (STEIN, 1996, p. 37).

Dessa maneira, supera-se o universo das ontologias, estas entendidas como teorias que conferem sentido definitivo às coisas. No universo hermenêutico e das teorias do sentido, não se trabalha com realidades ontológicas, de acordo com um mundo ideal, irreal, mas sim com as realidades fáticas e históricas inerentes a uma determinada cultura (STEIN, 1996, p. 39). Para a hermenêutica, não há proposição feita a partir do vácuo, pois o sujeito está sempre mergulhado em suas condições históricas e culturais, não há como se distanciar disso. Sendo assim, não existe proposição que não seja passível de interpretação (STEIN, 1996, p. 43).

Em decorrência do surgimento de interpretações diversas, é necessário que se esclareçam as razões pelas quais se diverge, demonstrando os caminhos, ou seja, os métodos que levam às diferentes interpretações. Nessa baila, tendo-se em vista que existirão caminhos (métodos) diversos, surge a concepção da não existência de apenas um método para mostrar a verdade, mas sim de vários.

Citando a obra *Verdade e Método* de Gadamer, Stein expõe que o autor busca a verdade não pelo método - destacando, entre eles, o método indutivo e o dedutivo. Gadamer argumenta que o nível da experiência da arte, o nível do conhecimento histórico e o nível da linguagem constituem três verdades não dadas pelo método lógico-semântico/analítico. Dessa forma, Stein explicita que a obra se trata, na verdade, de *verdade contra o método*, em que tal questão é tratada a partir da perspectiva hermenêutico-filosófica (STEIN, 1996, p. 44).

Nesse passo, Gadamer, utilizando-se principalmente dos ensinamentos do segundo Heidegger, “pretende liberar a hermenêutica da alienação estética e histórica” (STRECK, 2009a, p. 195). Heidegger afirma que, na estrutura do homem, existe o elemento da compreensão, que engloba o seu modo de ser-no-mundo – *Dasein* ou estar-aí (STEIN, 1996, p. 45). É a partir desse elemento de compreensão que ele constrói tudo aquilo que chama de interpretação.

Com base nisso, constata-se que nenhuma interpretação poderá estar desvinculada do modo de ser-no-mundo do intérprete, nenhuma interpretação partirá do vácuo. Em síntese, “há uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação” e, por isso, o intérprete não estabelece uma relação subjetiva individual com o objeto. Contrariamente, ele interpreta a partir de um contexto intersubjetivo, do seu modo de ser-no-mundo.

Destarte, o sentido do ser de um ente já é dado na pré-compreensão. Heidegger afirma que o *Dasein* constitui a condição de possibilidade para se descobrir o ente que está inserido no mundo, “no modo de ser da prestabilidade. Daí que para o estar-aí, ser-no-mundo equivale a ter originariamente intimidade com uma totalidade de significados” (STRECK, 2009a, p. 198).

Segundo Stein (2008, p. 115), no momento em que “Heidegger introduz um ente privilegiado, o *Dasein*, aparece um novo nível de problematização do ser”. Assim, o *ser* não consiste em algo isolado a ser conhecido, pois ele passa a ser uma condição essencial que possibilita o conhecimento humano. Ao *Dasein* é possível conhecer o *ser*, e, só por isso, acessar os entes, portanto. De acordo com Stein (2008, p. 115), a possibilidade de o *Dasein* compreender o ser é o que torna possível o conhecimento. Se não o pudesse, tudo permaneceria opaco. Compreendendo os entes pelo ser, o *Dasein* também se compreende como ente. Mais que isso: compreende o ser porque compreende a si mesmo e se compreende porque compreende o ser.

Não se estabelece, pois, uma relação direta com o objeto em que o homem lhe dá um significado e uma função. Contrariamente, o homem já possui, na sua totalidade de significados, na sua pré-compreensão, os seus pré-juízos que o guiam na descoberta das coisas. Nesse sentido, Streck (2009a, p. 201) argumenta que o estar-aí já está sempre em relação com o mundo, por isso, não há motivos para a distinção entre sujeito e objeto.

Com isso:

o fundamento do compreender é o próprio homem. Compreender é uma estrutura do *Dasein*, é uma estrutura do *ser-aí*, é uma estrutura do homem, e que é preciso entender a estrutura do compreender. Na medida em que o compreender se explicita, ele é interpretado. De tal maneira que o interpretar é expor, é o desdobrar das próprias possibilidades. Desse modo, para Heidegger, *o ser humano é um ser para possibilidades, e, portanto, um ver a compreensão como uma estrutura antecipadora.*

Na hermenêutica filosófica, o compreender só se dá a partir do ser-no-mundo, assim como o acesso ao mundo, só se dá pela linguagem. Na hermenêutica-filosófica, o ser do ente se manifestará como fenômeno da pré-compreensão. Superado o paradigma metafísico, o ser não é mais o ente, abandona-se a entificação do ser, como constantemente criticou Heidegger (STRECK, 2009a, p. 126). Nesse sentido, a hermenêutica heideggeriana leva “o ser do ente a se manifestar como fenômeno, sendo a ontologia (fundamental) a interrogação explícita e teórica pelo sentido do ser”.

A ontologia estará preocupada com o sentido dos entes, o que se opõe à metafísica clássica e moderna, que tratava o ente como ente (a-histórico, transcendental), sem se pensar no ser como sentido do ente. Com isso, esclarece-se a questão que o homem não acessa os objetos puros em si, pois consegue acessá-los somente no momento que lhes dá uma função, um sentido. Desse modo, não se encontra a verdade pelo método, e sim pela clareira do ser, que desvela o ente, nas expressões de Heidegger⁶⁶. No desvelamento do ente, desvela-se o ser (STRECK, 2009a, p. 205-206).

⁶⁶ “Verdade será, assim, des-velamento, des-ocultação (*alétheia* = isto aí que foi arrancado da ocultação). O des-velamento do ser é o que primariamente possibilita o grau de revelação do ente. A verdade (descoberta) deve sempre ser arrancada primeiramente dos entes. *O ente é retirado de velamento. Esse des-velamento ocorre na clareira do ser.* A proposição é verdadeira significa deixar ver o ente em seu ser e estar des-coberto” (STRECK, 2009a, p. 205-206).

Versando acerca da compreensão fenomenológica de Heidegger, Stein explica que o autor se lança aos fenômenos, às coisas mesmas, desvelando como elas se mostram. No entanto, esclarece que tal compreensão não retorna às coisas mesmas como coisa em si, ele não mais descreve a essência, porém sim a existência do ser (STEIN, 2002, p. 180). “A compreensão do ser nos leva a um caminho de duas mãos: o ser é, pela compreensão, a possibilidade de acesso ao ente, pois sem compreensão não há ente” (STEIN, 2008, p. 115-116). Só é possível acessar os entes porque o *Dasein* compreende o ser, e não em razão de algum fundamento que permita o conhecimento dos entes.

Compreende-se que o ser sempre será o ser de um ente, assim como o ente será descoberto, des-velado na surgência do ser, com base no ser-no-mundo. Assim sendo, verdade ôntica e ontológica remetem uma a outra diferentemente: ao ente em seu ser e ao ser do ente, conforme explica Streck (2009a, p. 206). Segundo Stein (2002, p. 180), “o aí (*Da*) será a essência do ser-aí, mas esse, modalizado pela compreensão do ser”. Segundo Stein (2008, p. 116):

o *Dasein*, pela compreensão, inaugura uma circularidade. Ela, todavia, não é simples circularidade (no conhecimento, na lógica), mas uma circularidade que se dá pela compreensão. É, portanto, uma circularidade hermenêutica. O ser não funda o ente, nem qualquer ente funda o ser. A recíproca relação entre ser e ente somente se dá porque há o *Dasein* – isto é, porque há compreensão.

Heidegger, assim, desloca a “fenomenologia da consciência” para a “fenomenologia do *Dasein*”, o que significou mais que uma mudança de objeto, mas sim uma transformação do conceito de fenomenologia, com isso, fundando a fenomenologia hermenêutica (STEIN, 2002, p. 184).

Tendo-se em vista que interpretar é dar sentido, importa sempre ter-se em mente que a atribuição de sentido ocorre através da compreensão, fruto do nosso modo de ser-no-mundo⁶⁷.

⁶⁷ Conforme Gadamer (2003, p. 19), “A interpretação, tal como hoje a entendemos, se aplica não apenas aos textos e à tradição oral, mas a tudo que nos é transmitido pela história: desse modo, falamos, por exemplo, da interpretação de um evento histórico ou ainda da interpretação de expressões espirituais e gestuais, da interpretação de um comportamento etc. Em todos esses casos, o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o “verdadeiro” significado que se encontra escondido. Essa generalização da interpretação remonta a Nietzsche. Segundo ele, todos os enunciados provenientes da razão são suscetíveis de interpretação

A partir disso, contata-se que os sentidos não flutuam sobre os entes, nem estão encarcerados nos objetos, como querem os modelos da subjetividade assujeitadora ou o modelo essencialista, respectivamente⁶⁸.

Por isso, é preciso saber que não há um sentido escondido dentro de uma norma/texto como querem as teorias metafísicas. Ao se interpretar o texto, ele já estará compreendido e compreender só se faz a partir do modo de ser-no-mundo de quem o interpreta. Destarte, os textos/normas não contêm um sentido já dado, prévio: sempre será criado um novo sentido para quem os lê, considerando-se o intérprete como alguém inserido em um contexto histórico e cultural determinado (STRECK, 2009a, p. 235-236).

Dessa forma, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e das suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com um(a) *hermé(nêu)tica* tradicional objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. *Com (ess)a (nova) compreensão hermenêutica do Direito recupera-se o sentido possível-de-um-determinado-texto, e não a re-construção do texto advindo de um significante-primordial-fundante* (STRECK, 2009a, p. 235-236).

Texto e norma não são a mesma coisa: o texto (ente) aparecerá para o intérprete já na condição de norma (ser), momento em que dará um sentido ao texto. Em outras palavras: a norma é resultado da interpretação do texto, a norma é o significado que o texto vem a assumir diante do processo compreensivo. Nesse sentido, o que é uma súmula senão um texto?

Se a norma é resultado da interpretação, então ela não pode ser concebida como algo abstrato e anterior à decisão judicial, ela é o “resultado da interpretação judicial, consubstanciada, em regra, no dispositivo da sentença” (STRECK; ABOUD, 2013, p. 52). O

posto que o seu sentido verdadeiro ou real nos chega sempre mascarado ou deformado por ideologias”.

⁶⁸ De acordo com Stein, “a objetificação olharia apenas o aspecto do desvelamento e esse numa perspectiva de um sujeito que se situa diante de um objeto. Nessa relação, tanto a coisa, como o evento ou a pessoa, passam a ser simplesmente objetos da representação do sujeito”. Nesse sentido, o autor segue dizendo que tanto a coisa, como o evento ou a pessoa são vistos pelo sujeito somente sob o seu prisma, simplesmente como objetos representados pelo sujeito. Desse modo, o “acontecer, o apresenta-se, ou ainda o vir-ao-encontro com seu modo de ser” é negado, encoberto ou totalmente ignorado. Esconde-se o ser, que impede, portanto, a diferença ontológica (STEIN, 2002, p. 191).

texto do dispositivo da sentença consubstanciou o resultado da interpretação do texto normativo à luz do caso concreto.

Desse modo, quando o dispositivo da sentença passa a valer para casos futuros, já não há mais a norma em si. O enunciado dará origem a novas interpretações em face dos novos casos concretos. É por isso que Streck e Abboud afirmam que as súmulas vinculantes consistem em um claro exemplo de enunciados normativos pelo STF. E isso também ocorre no âmbito específico dos JEFs com a criação de súmulas por parte da TNU. Ao vincularem os casos ainda não julgados, presencia-se mais um exemplo da criação de enunciados normativos por parte do Judiciário, ainda que a vigência destes últimos se restrinja aos limites dos JEFs.

A atribuição de efeitos vinculantes às súmulas não pode ser vista de modo ingênuo, pois isso significa definir previamente “os limites do sentido do texto, bem como o próprio sentido desses limites”, o que obsta a interpretação e, com isso, a consideração da singularidade e especificidade do caso sob apreciação (STRECK; ABOUD, 2013, p. 54-55).

Dessa forma, não se pode crer que as súmulas e demais enunciados, por serem abstratas e *pro futuro* podem ser aplicadas de modo entificado, a partir de deduções e subsunções. Formuladas com o intuito de direcionar a solução de casos futuros, elas devem ser consideradas textos passíveis de serem “normados” a partir do caso concreto e dos preceitos constitucionais. Com isso, a ideia de que as súmulas transformam “casos difíceis”⁶⁹ (por exigirem excessiva interpretação) em “casos fáceis” (passíveis de serem solucionados de forma automática), consiste em um equívoco hermenêutico (STRECK; ABOUD, 2013, p. 55). Pensar que elas são capazes de resolver uniformemente milhares de processos de uma só vez consiste em uma atitude arbitrária por parte do julgador, o que só tem a contribuir para um modelo de justiça voltado para critérios de eficiência.

Nesse sentido, o “mínimo é’ da súmula”, consiste no dever de o juiz buscar o DNA das aplicações anteriores, em busca da “interpretação tradicional” (considerada no sentido autêntico). Ou seja, cabe ao juiz buscar o DNA das aplicações anteriores para que lhe seja possível saber em que condições o enunciado foi formulado, ou seja, quais circunstâncias do(s) caso(s) concreto(s) anterior(es) condicionaram a decisão que passou a vigor como enunciado. A (re)construção do significado do enunciado sumular deve ser feita mediante

⁶⁹ Na concepção positivista, os casos fáceis são solucionáveis pelo critério da subsunção, contentando-se com a suficiência ôntica. Já os casos difíceis exigem um “ir além”, uma vez que “os fatos e as normas relevantes permitem mais de uma solução pelo sistema composto por regras e princípios” (ISAIA, 2008, p. 272). Na nota de rodapé 47, explica-se mais detalhadamente a compreensão que Dworkin tem acerca dos “casos difíceis”.

uma fundamentação que resgate, que leve em conta, as peculiaridades dos casos anteriores e, ao mesmo tempo, explique as semelhanças e diferenças que apresentam em relação ao caso futuro. É o que Streck e Abboud (2013, p. 58) denominam como *accountability* hermenêutico – essencial ao Estado Democrático de Direito. Este dever serve para a aplicação de todo e qualquer enunciado sumular: desde os de autoria do STF aos de autoria da TNU⁷⁰.

⁷⁰ Para além desta crítica, deve-se também mencionar que os enunciados sumulares reforçam o perfil autoritário de jurisdição presente no procedimento ordinário, veementemente denunciado por Baptista da Silva (2006, p. 239-242). Assim como os recursos, as súmulas - se não anulam - diminuem substancialmente a legitimidade dos juízes que participaram da instrução probatória e que mantiveram contato com as partes: situação que – quando reproduzida no âmbito dos JEFs - contraria o ideal de justiça de proximidade. Baptista da Silva (2009, p. 91), ao dirigir críticas ao procedimento ordinário, atrelado ao Paradigma Racionalista, afirma que perdemos a “visão do bosque. Vemos apenas as árvores e estamos ofuscados pela sua grandiosidade”. O autor assume que existem problemas localizados, os quais ele reconhece como “problemas funcionais”, mas que consistem em questões administrativas não decorrentes do seu funcionamento enquanto sistema. Isto é, os problemas não são consequência de uma “disfunção estrutural ou sistemática”. O procedimento ordinário funciona bem considerando os pressupostos imaginados por aqueles que o conceberam: segurança e certeza. Desse modo, o autor afirma que os problemas da justiça são estruturais. Em outras palavras, o que Baptista Silva quer dizer é que o procedimento ordinário não foi concebido para ser célere. Contudo, este não é o caso dos Juizados Especiais: o procedimento desta via se propõe a construir o edifício processual a partir de diferentes bases estruturais. No entanto, a mudança estrutural é de certo modo artificial, pois não houve mudança na cultura. E diz-se isso porque o senso comum teórico dos juristas permanece defendendo que a solução para os problemas vivenciados pelos JEFs, como a elevada taxa de congestionamento nas Turmas Recursais, está na adoção de enunciados de caráter vinculante. A Taxa de Congestionamento nas Turmas Recursais da 4ª Região é de 75,3% em 2011. Em 2010, esta Taxa era de 64,7%. Por outro lado, a Taxa de Congestionamento no 2º grau na Justiça Federal comum, em 2011, é de 43,6%, enquanto em 2010, esta Taxa era de 44,1%. A Taxa de Congestionamento no 2º Grau da Justiça Federal diminuiu de um ano para outro, contrariamente a taxa de congestionamento nas Turmas Recursais. Ainda, cabe mencionar que o congestionamento nas Turmas Recursais é muito superior a do 2º Grau. Repete-se, assim, a mesma solução pensada para a Justiça Comum (súmulas). Todavia, estas medidas resolvem o problema apenas de modo imediato, não em caráter definitivo, tanto é assim que, a partir dos gráficos disponibilizados pelo Relatório Justiça em Números pelo CNJ, não se percebe uma diminuição da Taxa de Congestionamento no âmbito das Turmas Recursais (esta Taxa relaciona o número de processos baixados com o número de processos novos e pendentes). Escapa-se momentaneamente dos problemas sem resolver suas dificuldades (OST, 2001, p. 367). A mudança estrutural na cultura dos JEFs exige o aprofundamento da atividade conciliatória, esta sim coerente com o propósito dos JEFs. Nesse contexto, se há uma exigência neoliberal por produtividade, previsibilidade e eficiência, o senso comum teórico dos juristas, ainda imerso no Paradigma Racionalista, confirma as soluções apontadas (formulação de enunciados) e atendem, mesmo irrefletidamente, os interesses neoliberais. Desse modo, as soluções adotadas nos JEFs são as mesmas destinadas a “salvar” a via comum dos seus problemas de congestionamento e morosidade. A fenomenologia hermenêutica pode ser um importante caminho rumo à mudança na cultura, pois - antes de se aderir às reformas – deve-se voltar à “coisa mesma” e questionar se as mudanças sugeridas atendem àquilo a que os JEFs se propõem. Em outras palavras: as súmulas são compatíveis com os propósitos dos Juizados Especiais? Elas são coerentes com as motivações que legitimam – constitucionalmente – o seu procedimento? Parece que não. Ainda, cabe fazer uma última ressalva: defender que a instituição de súmulas não soluciona os problemas vivenciados pelos JEFs, não significa assumir a possibilidade de múltiplas respostas (corretas) no direito em face de casos cujas peculiaridades levariam a uma mesma resposta. Assumir a indeterminação do direito e negar esquemas matemáticos, não implica em desincumbir os juízes do dever de serem coerentes e de buscarem o DNA do caso concreto. Os dados referentes ao Relatório Justiça em Números podem estar disponíveis em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em 3 de fevereiro de 2013.

O giro lingüístico-ontológico não somente (re)questiona o modo de aplicação das súmulas, enunciados, ementas e princípios, como também (re)questiona as posturas discricionárias dos juízes, o protagonismo exercido pelos mesmos na condução do processo e o ativismo judicial, portanto. E abordar este assunto é essencial para o presente trabalho na medida em que, como mencionado acima, a ausência de limites (hermenêuticos) à atuação do julgador permite que ele se conduza por critérios pragmático-eficientistas, o que tona a democratização do acesso à justiça esvaziada do seu sentido de transformação da realidade social, pautada pela concretização de direitos constitucionalmente assegurados.

Nesse sentido, antes de tudo, é preciso saber que, na vigência do Estado Democrático e da Constituição de 1988, o intérprete não poderá dizer qualquer coisa sobre o texto, solipsisticamente, como se ele pudesse partir de um grau zero de significação⁷¹. Para lembrar a metáfora do canto da sereia anteriormente trazida, é preciso acorrentar o juiz, assim como Ulisses, de modo que não lhe seja possível ceder à lógica mercadológica neoliberal. A Constituição, o caso concreto, os limites semânticos do texto, bem como o respeito à tradição

⁷¹ Warat (1995, p. 323) afirma que o paradigma positivista permite encobrimentos discursivos e privações significativas, em virtude de o modelo - puramente científico - excluir da linguagem do direito o sentido histórico e o sentido político. Nesse sentido, explica que esta pretensão científica, influenciada pelo ideal de neutralidade e de constituir-se em um saber auto-fundado - imune às mudanças políticas e às diferenças culturais - institucionaliza as transgressões sociais e o saber litúrgico que delas se tenham (WARAT, 1995, p. 321-322). Assim, recorre a Barthes, e expõe que o direito, conforme o modelo positivista, é construído a partir do "grau zero de razão", de modo que, exclui-se do direito o papel da política na transformação da sociedade, da cotidianidade, em outras palavras, pois objetifica a realidade. Por outro lado, restringe-o apenas às condições transcendentais e metodológicas, como as únicas garantidoras da racionalidade jurídica (WARAT, 1995, p. 321-322). Destarte, Warat explicita que a reivindicação exclusiva das possibilidades transcendentais e abstratas e o desprezo da existência histórica é o que distorce a racionalidade jurídica. Refere, em razão disso, que tal modelo é autoritário, uma vez que impõe aos valores do futuro o determinismo racional, de modo a não se permitir que novas e diferentes aspirações, surgidas da cotidianidade, sejam consideradas de forma a contribuir para a racionalidade jurídica. Nesse contexto, explica que, em razão de os juristas estarem sempre comprometidos com esta racionalidade, a cotidianidade será sempre suprimida por eles, o que desencadeará um processo permanente no qual a racionalidade positivista sempre irá imperar. Em virtude disso, o futuro sempre repetirá o presente, uma vez que a racionalidade será a mesma - vazia, abstrata, deslocada da realidade. Isso resultará no que o modelo racional autoritário visa: um direito perenemente uniforme e coerente (WARAT, 1995, p. 324). É no autoritarismo da razão abstrata e vazia, em última análise, que os antagonismos sociais se desintegram, de modo a consolidar um modelo de direito unitário. Ademais, ressalta-se que, nesse contexto de direito uniforme e mitológico (porque abstrato), a prática jurídica, por consequência, homogeneiza os conflitos jurídicos, uma vez que as especificidades do caso concreto devem ser desconsideradas. O mundo vivido - que, por outro lado, parte do grau histórico - não cabe na razão analítica, uma vez que - utilizando-se as expressões kelsenianas - esta razão compreende apenas o dever-ser e despreza o ser, em nome da cientificidade. Stein (2002, p. 67-68), versando acerca desta questão, afirma que Heidegger discute a necessidade de se atentar para o acontecer das coisas, com o intuito de evitar a objetificação destas, pois "quando objetivamos, tornamos tudo comum". Por isso, o importante é preservar o acontecer de cada coisa, evitando-se a supressão da singularidade dando espaço a uma indevida generalização - multiplicação dos desertos.

são condições para que se possa limitar a atividade jurisdicional, evitando-se que o juiz se conduza arbitrariamente no desempenho da sua função.

Desse modo, conforme explica Streck (2010b, p. 97-98), existe uma diferença entre decisão e escolha: “a escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância”. Segundo o mesmo autor, no direito, a discricionariedade (que leva à arbitrariedade) corresponde à palavra escolha, uma vez que o juiz poderá, dentre as possibilidades, discricionariamente resolver os “casos difíceis” ⁷², isto é, aqueles que – a primeira vista - apresentam mais de uma possibilidade de solução.

A decisão, por outro lado, parte do “*comprometimento com algo que se antecipa*”. No caso da decisão judicial, o que se antecipa é a “*a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito*”, sendo relevante mencionar que esta construção não corresponde à soma de diversas partes, pois consiste em uma compreensão do todo, o que possibilita a interpretação mais adequada do direito.

Ronald Dworkin – ao construir uma teoria direcionada à superação do positivismo e do pragmatismo – reconhece que “o Direito é um conjunto de práticas sociais que devem ser interpretadas” (TASSINARI, 2012, p. 85). Desse modo, a interpretação do direito, para Dworkin, “significa ver o direito como um corpo de doutrina integrado e coerente” (GUEST, 2010, p. 27).

Através da sua teoria sobre a interpretação do direito, Dworkin busca a superação do positivismo e do pragmatismo. Destarte, embora esteja muito distante de ser pioneiro a se

⁷² Conforme explica Dworkin (2010, p. 127-128), “o positivismo jurídico oferece uma teoria acerca dos casos difíceis”. Eles ocorrem em situações em que a regra de direito, instituída previamente por uma instituição, não é clara diante de um caso específico, de modo que o juiz terá o “poder discricionário” para decidir o caso de uma forma ou de outra. Segundo o autor, nestes casos, o juiz redige sua opinião em uma linguagem que procura dar a entender que uma das partes tinha um direito preexistente de ganhar a causa. Contudo, Dworkin afirma que esta ideia não passa de uma ficção. O que ocorre, nestas situações, é que o juiz “legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”. Dworkin se opõe a esta teoria da decisão, pois – segundo ele - quando parece não haver nenhuma regra que regule o caso, o juiz, ainda assim, tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novas regras para aplicá-las retroativamente. E, a partir disso, Dworkin já avisa de antemão que sua teoria não consistirá em instrumento mecânico capaz de demonstrar quais direitos tem as partes nos casos difíceis. A sua teoria pressupõe que os juristas irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, tanto quanto divergem os cidadãos e os políticos acerca dos direitos políticos. Percebe-se que Dworkin aceita a indeterminação do direito, embora isso não queira dizer que o direito não tenha objetividade. Tal assunto será melhor desenvolvido ao longo do trabalho.

preocupar com a questão da interpretação, ele a aborda de modo inovador, pois sua teoria irá “refletir diretamente na atuação dos juízes e tribunais” (TASSINARI, 2012, p. 85-86).

Nesse contexto, a interpretação no direito, em Dworkin, excede aquela correspondente ao reconhecimento da ambiguidade das palavras, identificado por Hebert Hart, ou da textura aberta do texto jurídico, identificado por Kelsen, ambos inseridos no paradigma positivista. Nessa esteira, conforme explica Tassinari (2012, p. 86), a inovação na proposta de Dworkin está amparada em dois pontos: “primeiro, no entendimento de que a própria ideia de interpretação é interpretativa; segundo, no fato de que considerar o Direito como prática interpretativa traduz uma intencionalidade e finalidade”. Essa afirmação se tornará mais compreensível ao longo deste subcapítulo.

Dworkin reconhece a existência da objetividade na interpretação jurídica, embora isto não queira dizer que a objetividade exclua a dimensão interpretativa do direito. Desse modo, a objetividade atua como um limite: seja reconhecendo uma prática social compartilhada (nível do ajuste), seja construindo a melhor interpretação (nível da justificação).

Nesse contexto, o autor reconhece a importância da objetividade no Direito, pois – na ausência dela – tudo não passaria de uma questão de gosto, e não de julgamento. Em caso de tudo ser uma questão de gosto, então que sentido haveria em debater e discutir? É por isso que a distinção entre questão de gosto e questão de julgamento é extremamente importante para possibilitar o estabelecimento de um espaço de discussão cujo objetivo seja a busca pela melhor interpretação (TASSINARI, 2012, p. 87).

“Quando alguém faz um julgamento, não o faz pensando estar errado, mas pensando em acertar, o que não acontece com a questão de gosto”. Assim, a existência da objetividade no direito, para Dworkin, refere-se à possibilidade de se buscar as respostas melhores (ou corretas). E, conforme explica Tassinari (2012, p. 87), tal busca somente é possível porque sabemos o que são interpretações ruins.

Considerando-se, portanto, a melhor decisão como um processo de construção, Dworkin faz um contraponto com a obra de arte. Segundo ele, a melhor forma de interpretar uma obra de arte é colocá-la sob a sua melhor luz, ou seja, a melhor interpretação é a que mostre a obra na sua melhor forma – o que ele denomina como hipótese estética. De acordo com Guest (2010, p. 31-32), a ideia de fazer de algo “o melhor” deve ser aplicada ao direito. “Colocar uma coisa sob sua melhor luz” implica em assumir que a “coisa” tem um propósito e

que deve ser examinada de modo tão compreensivo quanto seja possível, a fim de se encontrar a “melhor maneira de enxergá-la”⁷³. Dworkin reconhece que existem outras formas de interpretar ações e eventos, contudo, no que se refere ao direito, esta é uma forma comum, ou paradigmática⁷⁴ de interpretá-lo.

Nesse sentido, o direito também possui uma hipótese estética, a que Dworkin denomina como hipótese política. Mediante a construção e reconstrução de conceitos, buscar-se-á a melhor interpretação, ou seja, aquela que melhor se afine com a finalidade do direito, isto é, a uma teoria substantiva da política e da justiça (TASSINARI, 2012, p. 89). Assim, o intérprete realiza a interpretação do direito com um propósito. Contudo, isto não lhe autoriza a fazer da sua prática o que ele bem deseja, pois “a história ou a forma de um objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis”, de modo que a interpretação construtiva implica em uma relação entre propósito e objeto, o que remete ao círculo hermenêutico.

Por isso, a decisão jurídica não pode depender de escolhas. A decisão parte de um compromisso assumido pelo julgador, pré-compreendido, conforme afirma Streck (2010b, p. 98). E tal compromisso passa pela história institucional do direito, de modo que os princípios são “pistas” para esta reconstrução. Nesse sentido, o caso deve ser contextualizado dentro de uma busca pela integridade do direito, pois a decisão não pode partir de um grau zero de sentido.

Desse modo, o direito como integridade não se coaduna com um modelo interpretativo próprio do convencionalismo, em que a busca de soluções para os casos presentes é determinada pelas soluções dadas aos casos passados que versaram sobre a mesma questão. O direito como integridade não obriga o juiz a dar uma resposta idêntica a do caso anterior, nem

⁷³ Guest (2010, p. 32) afirma que a ideia de “melhor” pode gerar dúvida em algumas pessoas, “mas isso seria errado. Trata-se simplesmente do fato de que nós entendemos o que são interpretações ruins (‘Hamlet é uma peça sobre maneiras cortesãs’, por exemplo, ou ‘A Quinta Sinfonia de Beethoven consiste de algumas notas boas e desprezíveis, mas não muito mais do que isso’), e que boas interpretações devem ser preferidas a interpretações desse tipo. Uma objeção comum é aquela segundo a qual algumas vezes nós devemos tentar colocar as coisas não sob sua melhor luz, mas sob uma luz pior, ou até mesmo sob a pior das luzes. Algumas vezes, nós podemos pensar que a forma sensível de retratar algo é pintar o seu pior retrato possível. Mas não há nada na ideia da melhor interpretação da ascensão de Adolf Hitler, por exemplo, que nos obrigue a mostrá-lo como moralmente bom. Pintar o melhor retrato possível dele é compatível com mostrá-lo como o pior monstro possível. No sentido exigido de ‘melhor’, a melhor interpretação de Hitler não seria atingida pela supressão de fatos, ou só por enxergar os eventos a partir de seu ponto de vista, ou por restringir a interpretação apenas aos materiais históricos dos arquivos de seus funcionários”.

⁷⁴ Guest (2010, p. 29) expõe que, para Dworkin, os paradigmas do direito “são as descrições incontroversas dos entendimentos-padrão do direito. Eles são paradigmas em razão de sua aceitação incontroversa, de forma a fazer dos desvios erros evidentes. Por outro lado, eles não são *incontrovertíveis* (*incontrovertible*), dado o argumento apropriado. Eles não são inteiramente, ou “conceitualmente”, distintos, portanto, da interpretação”.

mesmo impõe a ele o dever de se reportar ao repertório de decisões parlamentares que tenham versado sobre o mesmo assunto para que, descoberta a interpretação do legislativo, aplique-a ao caso.

Por outro lado, o direito como integridade também não assume uma postura cética com relação ao passado, como no pragmatismo. O pragmatismo nega que as decisões políticas do passado exerçam qualquer tipo de influência para justificar “o uso ou não do poder coercitivo do Estado”. Segundo Dworkin (2007, p. 175), o pragmatismo justifica o exercício do poder coercitivo com base em alguma outra virtude contemporânea ao próprio momento da decisão (que, por óbvio, não a tradição), como por exemplo, na eficiência e na justiça. Desse modo, no pragmatismo, o julgador não está obrigado a guardar qualquer relação de coerência entre a sua decisão e as decisões legislativas e judiciais anteriores. Acredita-se que a coerência não “contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual”. Os juízes devem se libertar da “mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência”. Em outras palavras, o pragmatismo estimula que os juízes decidam conforme os seus próprios pontos de vista (DWORKIN, 2007, p. 185-186).

Desse modo, o direito como integridade defende que “as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado como para o futuro” (DWORKIN, 2007, p. 271). Logo, a prática jurídica contemporânea é interpretada como uma política em processo de desenvolvimento, o que, mais uma vez, nos remete à condição do *Ser-aí* do intérprete própria da hermenêutica filosófica. O passado do *Ser-aí* não faz parte do passado do ente, ele sempre se faz presente e lhe antecipa, por isso, as possibilidades do *Ser-aí* estão condicionadas por aquilo que de alguma forma ele já é⁷⁵ (ABBOUD; TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p.27-70). Nesse sentido, o futuro do *Ser-aí* não é um projeto livre, uma vez que, forjado pela sua historicidade, o futuro do *Ser-aí* só pode ser aquilo que ele já foi. Desse modo, não há como compartimentar passado e futuro e, como bem observa Dworkin (2007, p. 271), o direito como integridade considera inútil “a questão de saber se os juízes descobrem ou inventam o direito”. Conforme Dworkin, os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas ao mesmo tempo.

⁷⁵ Assim, “esse ter que ser o que já é, HEIDEGGER denomina estar-jogado no mundo, ao passo que sua existência, enquanto possibilidade, se denomina estar lançado. No seu ter que ser, ou estar-jogado no mundo, o *Ser-aí* se encontra já sempre imerso em uma tradição, embora disso ele não seja necessariamente consciente. Esse ser histórico que atravessa o *Ser-aí* por todos os lados é o que propriamente designa sua *historicidade*”. Aquilo que o *Ser-aí* pode ser é aquilo que ele já foi, de modo que o futuro não consiste em um projeto livre, consiste em um projeto jogado (ABBOUD; TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008 p.27-70).

O princípio judiciário da integridade estimula que os juízes devam interpretar direitos e deveres legais partindo-se do pressuposto de que foram criados por um único autor: a comunidade personificada, construída com base em uma concepção coerente de justiça e de equidade. Nesse sentido, as proposições jurídicas só podem ser consideradas verdadeiras se derivarem dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que ofereçam “a melhor interpretação da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 272).

Desse modo, reconhece-se que o direito como integridade é mais “inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo e o pragmatismo”, e é essa característica que lhe possibilita superar os esquemas metafísicos. O modelo do convencionalismo e o modelo do pragmatismo se oferecem *como* interpretações. Ambos os modelos buscam mostrar o direito na sua melhor luz, e suas conclusões pós-interpretativas apresentam estilos e “programas *de* interpretação” diferentes para a deliberação judicial. Contudo, tais “programas *de* interpretação” **não** lançam o juiz a novos exames interpretativos acerca da doutrina jurídica. Eles não trazem a razão prática para a teoria do direito.

Se o convencionalismo obriga o juiz a recorrer a repertórios jurídicos e a registros parlamentares anteriores para que lhe seja possível encontrar a resposta para o caso, esta teoria, no entanto, não dá conta dos problemas interpretativos que podem decorrer deste processo. O juiz, por exemplo, pode ter de interpretar o texto de um documento com o objetivo de saber quais convenções jurídicas se constroem a partir dele (DWORKIN, 2007, p. 272). Contudo, ao adotar este modelo, ele não interpretará o documento legislativo como um todo.

O mesmo ocorre com o pragmatismo. A partir deste modelo, o juiz é estimulado a pensar de modo instrumental acerca das melhores regras para o futuro. Tal modelo pode levar o juiz a ter que interpretar questões que extrapolem a matéria jurídica, como a melhor concepção de bem-estar-comunitário. Nesse sentido, o juiz não irá pensar a prática jurídica na sua totalidade (DWORKIN, 2007, p. 273). Esta postura permite que ele decida de acordo com critérios de eficiência, por exemplo, sem que sua decisão sofra nenhum tipo de constrangimento pelo direito como integridade e pelo dever de coerência baseado em uma comunidade de princípios e na história de casos decididos.

Desse modo, o juiz poderá flexibilizar o direito à produção de uma importante prova no processo – o que integra o direito ao devido processo - tendo em vista que o judiciário precisa cumprir uma meta com relação ao número de casos decididos. Ou seja, os direitos

constitucionalmente garantidos não são independentes, não têm autonomia. Eles são condicionados pelos fins.

É nesse ponto em que o direito como integridade se apresenta como um modelo de superação de posturas metafísicas. O direito como integridade “é tanto o produto da interpretação abrangente da prática interpretativa, quanto sua fonte de inspiração”. Ele se apresenta como um modelo não só contingentemente interpretativo, mas, sobretudo, essencialmente interpretativo. Nos “casos difíceis”, ainda que os juízes acreditem já haverem interpretado com sucesso, mais uma vez, eles devem continuar interpretando o material a partir do direito como integridade de Dworkin. Este modelo se faz presente na origem e na continuidade das interpretações que recomenda (DWORKIN, 2007, p. 273).

Dworkin supera a discricionariedade judicial que o positivismo delega ao juiz para que ele solucione os “casos difíceis”: ela é substituída pelos argumentos de princípio, que fundamentarão e justificarão a decisão. Em oposição às teorias positivistas, Dworkin enfrenta a indeterminação do direito e se ocupa dos limites da interpretação e dos limites dos juízes no ato de decidir, o que alberga uma “complexa relação entre os meios institucionais - Constituição, leis, precedentes – o caso concreto e o contexto de moralidade política de uma comunidade” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 180).

Nesse contexto, partindo-se de uma concepção de direito como integridade, o juiz deve pôr a prova a sua interpretação acerca de qualquer parte “da vasta rede de estruturas e decisões políticas da sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo” (DWORKIN, 2007, p. 294). Nesse sentido, o mesmo autor faz uma crítica à divisão do direito em partes distintas (Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Administrativo, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Juizados Especiais, entre outros) o que reconhece como um costume dominante da prática jurídica. Isso traz consequências para a formulação dos argumentos jurídicos e judiciais, uma vez que eles passam a respeitar estas divisões.

Segundo Dworkin, a compartimentalização do direito é algo conveniente tanto para o convencionalismo como para o pragmatismo, embora de formas diferentes. Se, por um lado, a compartimentalização favorece o convencionalismo, pois tais divisões mantêm o respeito a uma prática decorrente da tradição, a permanência destas divisões, por outro lado, fornece uma oportunidade para que um pragmático manipule estas mencionadas divisões para dizer suas “nobres mentiras” (DWORKIN, 2007, p. 301). Nesse contexto, ele poderá dizer que a

sua nova doutrina não necessita ser coerente com relação às decisões do passado porque elas pertencem a outro ramo do direito.

A compreensão da crítica acerca da compartimentalização dos ramos do direito – responsável por colocar os Juizados Especiais como um ramo autônomo – bem como a conscientização de que tal prática deve ser superada, é condição de possibilidade para uma compreensão hermenêutico-fenomenológica do procedimento dos Juizados Especiais Federais, bem como para a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas.

A autonomização desta via jurisdicional alternativa – cujas principais características que a distingue das demais são a informalidade, oralidade, simplicidade, economia processual e celeridade – permite que o procedimento seja aplicado pragmaticamente, de modo não vinculado à Constituição e ao Estado Democrático de Direito. O risco de que isso ocorra é potencializado quando os critérios deste procedimento são elevados a condição de princípios, o que enseja uma conjuntura favorável a adoção de decisões pragmáticas, fundamentadas nos (supostos) “princípios informadores dos Juizados”. Nesse sentido, eles passam a atuar como verdadeiras “capas de sentido” capazes de encobrir a discricionariedade/arbitrariedade por parte do juiz: muitas vezes mais preocupado com a sua produtividade do que com a realização da cidadania.

Nesse sentido, a partir dos aportes da fenomenologia hermenêutica e da direito como integridade de Dworkin, o trabalho se propõe a desmitificar a categoria de princípios conferida aos critérios presentes na lei dos Juizados Especiais, pois uma correta compreensão dos mesmos contribuirá para a não compartimentalização dos Juizados como ramo autônomo, o que trará como consequência uma visão constitucional acerca do procedimento informal, de modo que ele não sofra influxos do discurso eficientista.

Nessa esteira, com base nos ensinamentos de Tomaz de Oliveira, a classificação dos critérios presentes no artigo 2º da Lei 9.099 como “princípios norteadores dos Juizados especiais”, apenas persiste caso se permaneça vinculado ao paradigma metafísico. Imerso neste paradigma, os critérios, responsáveis por conferir características singulares ao procedimento dos Juizados com relação à via comum, seriam reconhecidos como princípios epistemológicos, uma vez que teriam a função de orientar o “estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada”, ou seja, de um ramo específico do direito. Nesse contexto, os “princípios informadores dos Juizados” seriam algo dado previamente, por

antecipação, a fim de possibilitar o estudo unitário e coerente desta via alternativa (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 54).

Desse modo, enquanto os princípios gerais do direito⁷⁶ teriam como função suprimir eventuais lacunas, os princípios epistemológicos orientariam o estudo de um determinado ramo do direito (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 54). Conforme Tomaz de Oliveira, ambos guardam uma semelhança, uma vez que mantêm a estrutura de algo conhecido por antecipação. Se “os princípios epistemológicos são o já conhecido de um ramo do direito; os princípios gerais do direito são o já conhecido de uma ordem jurídica sistemática”. Ademais, tanto um como outro são conhecidos de modo deslocado da lógica da situação, ou do contexto prático, pois são formados abstratamente, de modo axiomático-dedutivo.

Nesse contexto, o caráter matemático⁷⁷ dos princípios epistemológicos não constitui um projeto apenas científico, mas metafísico, sobretudo. A partir deles torna-se evidente o “modo matemático de se pensar o Direito” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 59). Nestes modelos os princípios são conhecidos na sistematicidade do direito, ou seja, eles são conhecidos levando em consideração apenas o plano teórico, de modo que os princípios epistemológicos se distinguem dos princípios gerais do direito porque - enquanto estes estão por ser descobertos, ou seja, estão presentes apenas de modo latente – aqueles são previamente definidos.

⁷⁶ “Segundo Tomaz de Oliveira, os princípios gerais do direito aparecem como reminiscências do projeto jusnaturalista” no período positivista, que aquela época estava em ascensão. Assim, os princípios gerais do direito são forjados como “figuras capazes de suprimir as eventuais lacunas existentes no sistema positivo do direito codificado para lhe preservar a completude lógico-sistemática conquistada racionalmente” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 50). Os princípios gerais de direito atuam de forma teórica e metodológica, de modo que tornam possível o cumprimento de duas exigências necessárias à “completude axiomático-dedutiva do sistema”: por um lado, possibilitam a plenitude normativa, pois colmatam os espaços vazios do sistema em caso de lacunas, por outro, reduzem eventuais contradições que podem “surgir da interpretação abstrata das disposições normativas do sistema jurídico codificado” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 51).

⁷⁷ Isso os caracteriza como matemáticos, não só pelo método, como também pelo conteúdo. Matemático, aqui, guarda o sentido dado pelos gregos, consistente naquilo que é conhecido antecipadamente pelo homem quando ele “contempla ou lida com as coisas”. Pode-se compreender tal afirmação a partir de exemplos simples como o que a criança tem de criança ou o que o papel tem de papel. O mesmo ocorre com os princípios epistemológicos. Ao lidarmos com um ramo do direito, já conhecemos os seus princípios “informadores” antecipadamente, o que possibilita que ordenemos logicamente e sistematicamente um ramo do direito, podendo dizer o que ele é. Tomaz de Oliveira (2008, p. 57), traz um ilustrativo exemplo de Heidegger que facilita a compreensão do que se está a dizer. É como se, ao olharmos para uma mesa com três maçãs, reconheçêssemos nela três maçãs. Mas isto só é possível porque já conhecemos o número três, a tríade. É algo matemático, previamente conhecido. E não é matemático apenas porque é um número, pois, de acordo com Heidegger, convencionou-se nomear como matemático o que é próprio aos números porque os números são o que há de mais conhecido entre o matemático. Contudo, a essência do que é matemático não é determinada pelo número.

Contudo, no momento em que o Direito recepciona o giro linguístico-ontológico, não se pode mais falar em “um sentido que não esteja atravessado pelo ser-aí”. E, por isso, mais uma vez, reforça-se a impossibilidade de se considerar o grau-zero de sentido, como se fosse possível excluir a dimensão histórica no interior da qual estamos imersos. Partindo-se da diferença ontológica como vetor de racionalidade, Streck constrói a tese de que “os princípios são responsáveis pela introdução do ‘mundo prático’ no direito” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 220-221).

Conforme Tomaz de Oliveira (2008, p. 221), o fato de eles introduzirem o “mundo prático” no direito permite que questões como a liberdade, a interpretação, bem como outros problemas que se relacionam à condição humana sejam discutidos no âmbito do discurso jurídico, de modo que tais questões não são mais excluídas do direito e reservadas à política jurídica, ou à subjetividade do intérprete (poder discricionário). Nesse contexto, os princípios (constitucionais) terão um profundo enraizamento ontológico, naquele sentido conferido pela fenomenologia hermenêutica, pois estarão comprometidos com o modo de ser-no-mundo do homem, sendo impossível excluí-lo da faticidade. Desse modo, o fio condutor dos princípios é a diferença ontológica, e é por meio dela que será possível a introdução do mundo prático no direito (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 221).

Os princípios (constitucionais) irão “cotidianizar” o direito, serão “pura significatividade e desabstratalização” (STRECK, 2009b, p.518). Esta afirmação contraria as teorias positivistas, pois - para tais teorias - os princípios possibilitam a “abertura interpretativa das regras”, ou do sistema jurídico como um todo, na medida em que as regras são enunciados ‘fechados’ e não permitem uma ‘expansão interpretativa’ (sic) enquanto que os princípios seriam enunciados ‘abertos’ (sic). Desse modo, os princípios possibilitariam a discricionariedade do intérprete.

Partindo-se de uma aproximação hermenêutico-fenomenológica, será possível perceber que são as regras, na verdade, que “abrem a interpretação”, uma vez compreendem inúmeros casos possíveis - sem compreender nenhum singularmente. Em outras palavras: as regras possuem caráter universalizante e abstrato, pois abarcam inúmeras possibilidades. A hipótese normativa “os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados”, compreendem inúmeras situações, de modo que o enunciado apenas torna possível saber como os casos deste tipo devem ser tratados. Desse modo, os princípios deverão “fechar” a interpretação da regra, pois são eles que irão trazer a

singularidade do caso à regra: circunstâncias fáticas presentes em uma determinada situação, os valores instituídos na Constituição, os precedentes. Isto possibilitará a individualização da *applicatio*, ou seja, o encontro da melhor resposta, do sentido do texto para o caso específico. O encontro da norma, pois⁷⁸.

Diante disso, não há por que dissociar as regras dos princípios, como fazem as teorias ainda vinculadas ao paradigma do esquema sujeito-objeto: os princípios, na verdade, estão encobertos pelas regras e é a partir delas que emergem. Toda regra tem por detrás de si princípios que a legitimam, que trazem o mundo prático a ela, possibilitando o “fechamento” interpretativo da mesma. Nesse contexto, as regras têm a porosidade que permitem a surgência dos princípios. Assim, entender, por exemplo, que o princípio da razoável duração do processo significa que o procedimento deva ser conduzido de modo a não ser submetido a excessivas delongas, não significa que este conceito tenha autonomia por si só. Este preceito constitucional só terá o seu sentido determinado à luz do caso concreto, com a lei e com base em um todo coerente que pode ser reconhecido como uma comunidade de princípios: nisto consiste a compreensão fenomenológica dos princípios. Em poucas palavras, quer-se dizer que ele não pode ser invocado sem que haja uma fundamentação.

Dizer que existem princípios sem regras equivale a dizer que existem normas sem textos (STRECK, 2009b, p. 523). Os princípios, portanto, não são “capas de sentido” ou enunciados abstratos, como defendem as teorias de cariz metafísico. Os princípios devolvem a ontologicidade às regras, através de uma interpretação que deve estar compromissada com a “materialidade principiológica” da Constituição, legada pela historicidade da tradição⁷⁹.

A partir do exposto, percebe-se que aquilo que o senso comum teórico dos juristas inadvertidamente reconhece como “princípios norteadores dos Juizados” não persiste à luz da diferença ontológica. No paradigma da fenomenologia hermenêutica, os critérios presentes no

⁷⁸ Nesse contexto, entende-se que “o princípio é um elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Insisto: hermeneuticamente, pela impossibilidade de cindir interpretação e aplicação e em face da antecipação de sentido que sempre é condição de possibilidade para que se compreenda, torna-se impossível ‘isolar’ a regra do princípio, isto é, é impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor (isto não é, ‘criação’ da hermenêutica; os princípios constitucionais são o cerne do constitucionalismo contemporâneo)” (STRECK, 2009b, p. 523).

⁷⁹ Os princípios possuem uma história institucional, de forma que não podem ser criados *ad hoc* pelos juízes, o que ensejou o fenômeno do panprincipiologismo, tão criticado por Streck: “a institucionalização de um princípio demanda a constituição de uma tradição” (STRECK, 2009b, p. 530). Daí se constata a importância do giro ontológico-lingüístico para o Direito, pois os princípios não são vistos mais como enunciados abstratos a serem usados de acordo com a discricionariedade do intérprete. Antes de tudo, eles assumem o compromisso com a faticidade, responsável por constituir uma tradição.

artigo 2º da Lei 9.099 devem ser compreendidos/interpretados como textos, passíveis de serem “normados” à luz da comunidade de princípios, do caso concreto, dos precedentes. Os princípios não são dados previamente.

Quando, por exemplo, o critério da informalidade não sofrer o constrangimento imposto por uma comunidade de princípios, incluindo-se aqui a garantia ao devido processo – prevista constitucionalmente – ele poderá ser interpretado pragmaticamente com base em critérios efficientistas, o que poderá tornar o procedimento inconstitucional. Os procedimentos dos Juizados não podem ser flexibilizados pelos juízes “princípio da informalidade”, por exemplo, como se a simples menção do mesmo tornasse a decisão legítima. Os critérios dos Juizados, bem como o procedimento como um todo, não podem ser autonomizados de modo que não sofram um constrangimento hermenêutico e do direito como integridade de Dworkin.

Conforme Tomaz de Oliveira (2008, p. 232):

uma comum-unidade de princípios pressupõe uma coerência em suas decisões que devem ser justificadas num contexto de princípios. Essa justificação sempre se dá neste contexto de princípios e nunca em um princípio apenas, de forma isolada e autoritariamente determinada, mas sim a partir de uma fundamentação na qual apareça em que medida essa decisão pública se legitima perante a comum-unidade de princípios. Essa, em linhas gerais, a chamada *integridade no direito* que, se aceita pelo julgador, deverá permitir a *única resposta correta* para o caso a ser decidido.

O direito como integridade tem uma visão mais complexa de todos os ramos do direito, pois o princípio adjudicativo da integridade exige que os juízes tornem a lei coerente como um todo, na medida em que seja possível fazê-lo. Como bem observa Dworkin (2007, p. 301), esta tarefa poderia ter maior êxito caso os intérpretes ignorassem os limites acadêmicos e procedessem a uma mudança radical em alguns segmentos do direito, de modo a torná-los mais compatíveis em princípio com outros. Nesse sentido, o procedimento dos Juizados Especiais deve ser interpretado à luz do direito como integridade, à luz de uma comunidade de princípios, coerente com “o imenso catálogo principiológico abarcado pela Constituição do Brasil”, responsável por institucionalizar a moral no direito (STRECK, 2010b, p. 100).

Os juízes que se guiam pelo ideal interpretativo do direito como integridade de Dworkin devem buscar uma resposta para o caso concreto coerente com um conjunto de

princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, buscando “a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 305).

Assim, da mesma forma como concluem Streck e Tomaz de Oliveira com os aportes da fenomenologia hermenêutica, Dworkin, na sua teoria, também afirma que os princípios não são materializáveis previamente em um texto ou em um enunciado originário de um precedente, lei ou até mesmo da Constituição, pois “o argumento de princípio remete à totalidade de significados destes instrumentos jurídicos” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 216). Daí a impossibilidade de se dizer que existem os “princípios informadores dos Juizados”.

Caso esta prática de compartimentalização não seja superada, não será de surpreender que os Juizados transformem-se em um braço do novo modelo de justiça preconizado pelo neoliberalismo, em que cabe ao Judiciário prestar serviços de modo rápido, barato, eficiente, em prejuízo da concretização de direitos e garantias constitucionalmente asseguradas, consideradas meras externalidades, cuja concretização não faz parte dos seus objetivos.

Nesse sentido, enquanto Gadamer concentra esforços em superar as posturas metafísicas a partir da tradição, trazendo as ideias do círculo hermenêutico e da diferença ontológica, Dworkin procura superá-las a partir da ideia de coerência e integridade no Direito. Pode-se dizer que ambos os autores assumem posturas antimetafísicas/antidiscricionárias, pois reconciliam teoria e prática, de modo que a interpretação do direito não está separada do momento da aplicação. As teorias trazem a razão prática para dentro da teoria. Tanto os aportes teóricos de Gadamer, como os de Dworkin, possibilitam a distinção entre boas e más decisões, baseado no que se entende por prejuízos autênticos ou legítimos e não autênticos ou ilegítimos. Além disso, os dois autores impõem limites à atividade jurisdicional, mediante constrangimentos exercidos pela tradição e pela integridade, o que também vale para os juízes pertencentes às últimas instâncias, uma vez que estão submetidos aos “constrangimentos epistemológicos”, ou “censuras significativas” exercidas pela tradição e pela integridade (STRECK, 2010b, 100).

Se o giro linguístico-ontológico permitiu a superação do método, que permitia a manipulação da “certeza” e situava a linguagem como uma terceira coisa entre sujeito e objeto, o “*linguistic turn*” move o sujeito para um contexto de intersubjetividade, no qual será feito um controle hermenêutico no interior da linguagem. Desse modo, ele não poderá “dizer

qualquer coisa sobre qualquer coisa”. O sujeito terá de interpretar o texto à luz “do vetor de sentido” assumido pelo constitucionalismo surgido no século XX.

Por tudo isso, cabe ainda mencionar que a recepção da tese de Dworkin em terras brasileiras não pode ser considerada um transplante simplista de uma sofisticada teoria originária do *common law* para a *civil law*. Inclusive, Streck refere que a “discussão direito-moral” no contexto brasileiro assume significativa vantagem diante do amplo catálogo de princípios presentes na Constituição Federal de 1988, responsáveis por institucionalizar a moral no direito. Este amplo catálogo principiológico reforça a autonomia do direito (STRECK, 2010b, p. 100).

O que verdadeiramente está em questão é a busca pela superação de teses convencionalistas e pragmatistas mediante o compromisso com a integridade do direito e com uma aplicação coerente do mesmo. Nesse sentido, a resposta correta, isto é, adequada à Constituição (e não à consciência do intérprete), não permite decisões *ad hoc*, como se o direito pudesse ser aplicado a partir de um grau zero de significação. Única resposta correta e resposta constitucionalmente adequada se referem uma à outra. A primeira traz a ideia de que não se pode admitir múltiplas respostas corretas (ou constitucionalmente adequadas), uma vez que a coerência e a integridade são comprometidas. Por outro lado, apesar de única, a resposta não será definitiva, pois a hermenêutica não acredita em respostas absolutas, mas sim corretas para um contexto determinado.

A aceitação da integridade como ideal político implica em querer que a comunidade política seja tratada como uma comunidade de princípios. Contudo, os cidadãos de uma comunidade de princípios não se preocupam exclusivamente em estarem sujeitos a princípios comuns, como se o ideal de uniformidade lhes bastasse. Eles desejam ser guiados segundo os melhores princípios comuns que a política possa lhes proporcionar. A integridade, portanto, é diferente da justiça e da equidade, embora ela só faça sentido para pessoas que queiram justiça e equidade. Na ausência de limites objetivos à discricionariedade judicial – propiciadas pela recepção do giro-linguístico no direito e do direito como integridade - abre-se espaço para que posturas eficientistas vinculadas à promoção do modelo econômico neoliberal penetrem no direito, e nos Juizados Especiais, portanto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, o presente trabalho teve como objetivo inserir os Juizados Especiais Federais dentro de um contexto mais amplo de crise vivido pelo Poder Judiciário entre a busca por eficiência e a busca por efetividade. O termo eficiência, neste trabalho, foi compreendido à luz das consequências mais negativas geradas pelo modelo econômico (neoliberal) capitalista, em que a concretização de direitos constitucionalmente assegurados é considerado algo positivo, contudo, não prioritário, pois – antes de tudo - as atividades econômicas devem ser rentáveis. O termo efetividade foi compreendido à luz das posturas constitucionalistas surgidas no pós-Segunda Guerra Mundial, momento em que a doutrina jurídica assumiu um compromisso de viés substancial com a realização dos preceitos fundamentais.

Assim, em uma perspectiva mais restrita, colocou-se a busca pela ampliação do acesso à justiça neste paradoxo (eficiência e efetividade). Se, por um lado, tal objetivo permite o acesso à justiça por parte dos cidadãos, de modo que ele tenha seus direitos assegurados – por outro - a ampliação do acesso nem sempre vem acompanhada de uma prestação jurisdicional qualitativa. Isto é, a garantia de “acesso ao judiciário” não quer dizer necessariamente “acesso à justiça”.

Na primeira parte do trabalho, recorreu-se aos ensinamentos de Bryan Garth e Cappelletti para referir que a criação de novas formas de procedimento, mudanças nas estruturas dos tribunais, informalização da justiça, adoção de mecanismos privados para a solução das controvérsias, corresponde à terceira onda rumo à democratização do acesso à justiça. Os Juizados Especiais Federais, inseridos nesta onda, surgem – ao menos aparentemente – como proposta de atender à demanda reprimida de acesso à justiça, bem como dar vazão aos litígios que tramitavam na Justiça Federal - Exposição de Motivos da Lei 10.251/01.

O aumento do número de pessoas que acorrem ao Judiciário é fruto de um amplo catálogo de direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 – que incumbe o Estado de realizá-los mediante prestações positivas - concomitante com a sua incapacidade de cumpri-los, fenômeno conhecido como judicialização da política. Este fenômeno, como visto, está relacionado de modo mais profundo com o modelo econômico-jurídico neoliberal.

Para que a afirmação acima pudesse ter sido feita, o trabalho resgatou os aportes teóricos de Michel Foucault. Primeiramente, foi necessário definir o que se deve entender por

neoliberalismo, a fim de evitar que o trabalho se conduzisse por uma crítica ao neoliberalismo que partisse de uma compreensão equivocada do mesmo, ao dizer, por exemplo, que ele nada mais é do que uma acentuação do liberalismo, ou a redução das relações humanas a relações estritamente mercantis, ou uma intervenção generalizada por parte do Estado. Como visto, o neoliberalismo consiste em uma arte de governar guiada pela economia e é em função dela que ele atua.

Tendo em vista que o modelo econômico neoliberal atua por meio da concorrência e considerando que o mecanismo da concorrência só ocorre mediante uma série de condições artificialmente produzidas, caberá ao Estado torná-las possíveis. Em poucas linhas, ocorre o seguinte: a Economia indica, o Estado executa. E, conforme mencionado, o direito não fica imune à governamentalidade ativa do Estado forjada pelo neoliberalismo.

Para que o mecanismo da concorrência ocorra e a economia se desenvolva, torna-se necessário reduzir custos, caso contrário: o país não será atrativo e a economia entrará em colapso. Reduzem-se as prestações positivas por parte do Estado, o que o coloca em franca contradição, pois a CF-88 arroga para ele o compromisso de efetivação das garantias sociais. Como consequência, tem-se o aumento do número de demandas.

Ao mesmo tempo, o Estado deve se desregulamentar, pois uma criteriosa regulamentação dos direitos trabalhistas, do meio ambiente, da saúde e, até mesmo, do modo como se deve conduzir a prestação jurisdicional - visando à concretização da garantia ao devido processo - são vistos como custos para os grandes empresários, o que torna, mais uma vez, o país pouco atrativo. Assim, um novo modelo de indivíduo é forjado, pois ele precisa ser o gestor dos seus próprios riscos - o Estado não irá ampará-lo. No momento em que os indivíduos assumem o comportamento da empresa e passam a agir conforme os seus próprios interesses há, mais uma vez, o aumento do número de conflitos.

E alguém deverá arbitrar as regras do jogo. Para solucionar estes problemas, são instituídos meios alternativos de solução de conflitos, vias jurisdicionais alternativas, reformas rumo a informalização do Judiciário: os Juizados Especiais Federais são um exemplo.

Este raciocínio, retomado de forma breve, justifica a pertinência da pergunta presente no primeiro capítulo: “Juizados Especiais Federais: uma instituição pensada como instância de arbitragem das regras do jogo econômico-jurídico neoliberal ou uma instância comprometida com a democratização do acesso à justiça?”. Para responder esta pergunta resgatou-se a história da experiência dos Juizados de pequenas causas, procurando-se desvelar

possibilidades encobertas na história desta primeira experiência, na qual os Juizados Especiais Estaduais e Federais estão baseados.

De acordo com a análise de artigos e documentos de autoria dos membros do Ministério da Desburocratização, esfera dentro da qual os Juizados de pequenas causas foram concebidos, a proposta inicial era a de prestar serviços jurídicos de forma rápida, barata e eficiente. Além disso, também com base nos documentos, foi possível perceber um forte viés neoliberal no Programa Nacional de Desburocratização, pois os objetivos de desburocratizar e desestatizar estavam direcionados à promoção dos investimentos econômicos. Assim, se por um lado, o discurso envolvendo a instituição de vias jurisdicionais, no âmbito deste programa, estava baseado na democratização do acesso à justiça, de modo a torná-la mais acessível, menos burocrática e menos custosa, por outro lado, não se percebeu uma discussão mais aprofundada com relação à valorização do ser humano, envolvendo uma rediscussão da própria cultura dos juízes, principalmente no que se refere à atividade conciliatória.

Como referido, não se quis com isso dizer que a experiência dos Juizados de pequenas causas, inspiradora dos JEEs e JEFs, não possa ser considerada positiva. Estas últimas experiências ora vigentes têm plenas condições de oportunizarem um modelo de justiça de proximidade, desde que não sejam reduzidas à função de desempenhar uma atividade jurisdicional a serviço do mercado, ou seja, desde que não se pautem pelo discurso da eficiência.

E, conforme exposto no trabalho, o discurso eficientista neoliberal vem se infiltrando insidiosamente no direito e no senso comum teórico dos juristas, de modo que a preocupação com a celeridade, buscada a todo custo, exclui a possibilidade de que a justiça dê “tempo ao tempo”. A aceleração da prestação jurisdicional, nesse contexto, impossibilita o encontro com o caso concreto e o diálogo intersubjetivo, direcionado a respostas constitucionalmente adequadas, seja pela via da conciliação, seja pela via da decisão judicial.

A presença do discurso eficientista foi contextualizada com a atuação dos órgãos de fomento, como o Banco Mundial. Por meio do Documento Técnico 319 S, este organismo realizou estudos acerca dos sistemas de justiça e da estrutura legislativa de países periféricos, cujos diagnósticos consistem em recomendações voltadas para a garantia da propriedade privada e do cumprimento dos contratos. Para tornar isto possível, o Poder Judiciário deve ser eficiente, padronizado, previsível, acessível e transparente. Ou seja, ele deve oferecer as condições para que os atores econômicos (incluindo aqui o indivíduo-empresa) se conduzam estrategicamente. A Emenda Constitucional número 45 recepciona, em grande medida, as diretrizes originárias do Banco Mundial: institui súmulas, controle da atividade jurisdicional

mediante critérios de produtividade, ampliação do acesso à justiça, mencionando-se, nesse momento, apenas algumas das mudanças anteriormente discutidas.

Como mencionado, aliado à ampliação do acesso à justiça, institui-se um novo mecanismo de controle dos juízes, momento em que eles passam a ser avaliados por relatórios e não por suas decisões: os Juizados Especiais Federais, como parte do Poder Judiciário, também estão compreendidos neste processo. Nesse contexto, a pergunta presente no segundo capítulo: “o procedimento dos Juizados Especiais Federais relativiza a garantia constitucional ao devido processo, ou sob outra perspectiva, possibilita um modelo de justiça de proximidade?” é pertinente devido à circunstância de que o aumento dos poderes do juiz, a imposição de súmulas por parte do TNU, bem como os pedidos de uniformização no âmbito desta esfera jurisdicional, tornam o encontro com o caso concreto inviável sob determinados aspectos.

Por um lado, diante da exigência por produtividade, os amplos poderes do juiz são canalizados para a relativização das fases do procedimento com o fito de torná-los mais rápidos, como estratégia para obter maior número de casos decididos. Por outro lado, a imposição das súmulas, bem como os pedidos direcionados à uniformização dos entendimentos desvirtuam, um modelo de justiça voltado para o encontro com o caso concreto, momento em que se deve reservar tempo para o exercício do diálogo. Aplicam-se automaticamente as súmulas, sem se dizer os motivos que as tornam pertinentes para a solução do caso apreciado.

Conforme analisado, o reforço de uma cultura voltada à conciliação, que passe pelo preparo dos magistrados e conciliadores para tanto, consiste em elemento central para que esta via construa um modelo de justiça de proximidade e se afaste do modelo de procedimento ordinário. Deve-se lembrar de que o consenso deve guardar relação com uma comunidade de princípios, ou seja, deve buscar respostas adequadas à Constituição, pois o simples respeito à autonomia das vontades não, necessariamente, implica em uma resposta constitucional. A justiça informal não pode excluir a “função simbólica” da justiça.

A condução do trabalho teve como fio condutor a proposta de compreensão do procedimento dos JEFs à luz da fenomenologia hermenêutica. Com isso, o trabalho questionou o modo as súmulas do TNU são aplicadas, bem como a própria constitucionalidade do caráter vinculante das mesmas. Com isso, não se quis dizer que a uniformidade é negativa. Na perspectiva hermenêutica adotada pelo trabalho, a uniformidade permite que a prestação jurisdicional seja coerente e observe à tradição. Contudo, as decisões não podem ser “pré-dadas”, proferidas automaticamente, em prejuízo das peculiaridades do

caso concreto. Isso nada mais faz do que confirmar um modelo de justiça eficientista. Nesse sentido, a aplicação da súmula deve ser fundamentada, de modo que se explique o porquê dela ser aplicável ao caso *in decedendo*.

Desenvolveu-se uma compreensão hermenêutico-fenomenológica dos critérios responsáveis por conferir as principais características do procedimento dos Juizados Especiais Federais: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. A equivocada compreensão dos mesmos como “princípios informadores dos juizados” somado à discricionabilidade judicial, permite que os supostos princípios sejam invocados pragmaticamente e de modo descontextualizado com uma comunidade de princípios, o que dá espaço a interpretações pragmático-eficientistas acerca dos mesmos.

A partir de uma compreensão hermenêutica dos princípios, aliada ao direito como integridade de Dworkin, foi possível desconstruir a ideia de que os critérios informadores dos Juizados são princípios. Nessa esteira, os critérios, ao serem compreendidos como textos legais, devem ser interpretados à luz de uma comunidade de princípios, passando por um “constrangimento hermenêutico”. Esta conclusão impede que eles sejam invocados como se fossem auto-subsistentes de sentido. A comunidade de princípios exige que os textos sejam normados de modo coerente com a garantia ao devido processo, com o direito ao contraditório e com o direito à produção de provas, por exemplo. Desse modo, o intérprete não pode atribuir sentidos ao texto arbitrariamente, ele deve atribuir um sentido que seja coerente com o conjunto das práticas jurídicas adotadas pela comunidade, de modo que ela forme um todo coerente.

O trabalho respondeu, portanto, a problemática central: em que medida uma compreensão a partir da fenomenologia hermenêutica e do direito como integridade acerca do procedimento dos Juizados Especiais Federais é condição de possibilidade para que esta via não se torne uma instituição apenas a serviço dos valores neoliberais como eficiência, previsibilidade e padronização, e sim comprometida com a democratização do acesso qualificado à justiça, direcionada a respostas constitucionalmente adequadas?

Deve-se, por último, lembrar de que o procedimento dos Juizados não pode ser compartimentalizado como um ramo autônomo do estudo do direito. Fazer isto é desincumbido do dever de guardar coerência com outros ramos do direito, como direito constitucional, direito processual civil e direito processual penal. Os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade não podem ser considerados como princípios norteadores de uma disciplina autônoma, desconectada da ideia de direito como um todo. Quando não se observa a coerência e a tradição, o procedimento é interpretado

pragmaticamente e, diante da exigência por produtividade, a busca de melhores respostas pode se voltar para critérios exclusivamente eficientistas. A defesa da compreensão hermenêutica na perspectiva adotada neste trabalho é condição de possibilidade para que os Juizados não sejam funcionalizados como instrumento para fins mercadológicos, mas sim direcionado à ampliação do acesso qualificado à justiça e à busca por respostas constitucionalmente adequadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo:** projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Revista de processo, São Paulo : R. dos Tribunais v.33, n.166, 2008.

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais:** o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. Ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

ALVIM, J.E. Carreira. **Juizados Especiais Federais Cíveis. Lei 10.259, de 12.07.2001.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AVELÃS NUNES, António José. **As voltas que o mundo dá...: Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social.** 1.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

BANCO MUNDIAL. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe:** elementos para uma reforma. Tradução: Sandro Eduardo Sarda. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/62139809/Documento-Tecnico-319-Banco-Mundial>>. Acesso em 30 de abril em 2012.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Da função à estrutura. In: Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:** Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

_____. **Processo e Ideologia:** o Paradigma Racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para O Consumo:** a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na periferia do capitalismo: breves indagações críticas. In: AVELÃS NUNES, Antônio José; COUTINHO, Jacinto Nelson de (Orgs.). **Diálogos Constitucionais:** Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial (Espaço-temporal) dos Direitos Humanos**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. O estado constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. *In*: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** – Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2011.

_____; Nascimento, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRITTO, José de Souza. Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático. *In*: **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional** – Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **O Estado adjetivado e a Teoria da Constituição**. *In*: Revista da Procuradoria-geral do Estado do Rio Grande do Sul. v. 25 n. 56, de 2002. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/download.asp?nomeArq=revista_pge_56.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. 1.ed. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. **A “Justiça do Pobre”**. 1982a. Instituto Hélio Beltrão. Disponível em: <http://np3.brainternp.com.br/upload/ihb/arquivo/bibl_justica.pdf>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2013.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. **Desburocratizar e Desestatizar**. 1982b. Instituto Hélio Beltrão. Disponível em: <http://np3.brainternp.com.br/upload/ihb/arquivo/bibl_desestatizar.pdf>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2013.

CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil**: longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto Global da Crise da Filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **O direito hoje e com que sentido? : o problema actual da autonomia do direito.** Lisboa: Piaget, 2002.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno.** Tradução: Marçal Justen Filho. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum.** Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Três Desafios para um Direito Mundial.** Tradução: Fauzi Hassan Choukr. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal.** Tradução: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

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

_____. **O Império do Direito.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”:** epistemología *versus* metodología?. Tradução: Paulo Martins Garchet. 1997. Disponível em: <<http://www.comunidadessegura.org/files/lendoasondasdomovimentodeacessoajusticaepistemologiaversusmetodologiakimeconomides.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2012.

ELSTER, Jon. **Ulises Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições.** Tradução: Cláudia Sant’Ana Martins. 1.ed. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função?** (Ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito?) 2008. 305 f. Tese de Doutorado (Doutor em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2008.

ESTRADA DE MORAES, Guilherme Duque. **O “Projeto Cidadão”**. 1982. Instituto Hélio Beltrão. Disponível em: <http://np3.brainternp.com.br/upload/ihb/arquivo/bibl_projeto_cidadao.pdf>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2013.

EZCURRA, Ana María. **¿Qué es el Neoliberalismo? : Evolución y límites de un modelo excluyente**. 1. ed. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2007.

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

_____. **Por uma teoria do direito e dos bens fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil**: Estudos norte-americanos sobre a jurisdição, constituição e sociedade. Tradução: Carlos Alberto Salles (Coord.); Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Tradução: Eduardo Brandão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução: Paulo César Duque Estrada. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

_____. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 10.ed. Petrópolis, Vozes, 2008.

_____. **Verdade e Método II**. Tradução: Enio Paulo Giachini. 5. ed. : Bragança: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2010.

GAIGER, Luiz Inácio. Eficiência. In: CATTANI, Antonio David; LAVILLE, Jean-Louis; GAIGER, Luiz Inácio; HESPANHA, Pedro. **Dicionário Internacional da Outra Economia**. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2009

GARAPON, Antoine. **Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada**. Tradução: Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008a.

_____. **Um novo modelo de justiça: eficiência, atores racionais, segurança**. Tradução: Jânia Maria Lopes Saldanha. In: Revista *Espirit*, n. 349, novembro de 2008b.

_____. **Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Tradução: Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

_____. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luis Carlos Borges. 1.ed. Rio de Janeiro: Campus, 2010.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: histórias e implicações**. Tradução: Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. 1.ed. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOBSBAWN, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. Tradução: José Viegas. 5.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. **O direito processual e o problema do decisionismo jurisdicional: da subsunção à integridade no direito**. In: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 3, n. 3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 30 de novembro de 2012.

_____. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Campinas: Conceito Editorial, 2010.

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

NALINI, José Renato. **“A sociedade pede juízes obreiros e não gênios”**. 2012. Entrevista. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-25/entrevista-jose-renato-nalini-corregedor-geral-justica-sao-paulo>>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law & Economics**. 2.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011a.

_____. O hiato entre a Hermenêutica Filosófica e a Decisão Judicial. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.]

_____. O (re)pensar da crise jurisdicional diante do engodo efficientista: o direito e a economia em discussão. . In: SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des)caminhos da Jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

ROSANVALLON, Pierre. **La Legitimidad Democrática: imparcialidade, reflexividad y proximidade**. Barcelona: Paidós, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Análises iniciais sobre a cultura da eficiência e o desafio de institucionalização dos Juizados Especiais Federais no Brasil: a dupla face do acesso à justiça. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo

(org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** – Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

_____. **A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade.** *In:* STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** – Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2010a.

_____. **A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro.** *In:* Estudios Constitucionales, v. 8, n. 2 de 2010b. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82015660020>>. Acesso em 26 de janeiro de 2012.

_____. **Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF.** *In:* STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** – Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

_____; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; ISAIA, Cristiano Becker. **Interrogações sobre Princípios Processuais Previstos no Projeto de Novo Código de Processo Civil.** *In:* BARROS, Flaviane Magalhães de; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Coord.). **Reformas do Processo Civil: perspectivas constitucionais.** Belo Horizonte: Fórum, ISBN: 978-85-7700-404-1.

_____. **Substancialização e efetividade do direito processual - a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC.** 1.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política.** 3.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. **A crise da Jurisdição e a necessidade de superação da cultura jurídica atual: uma análise necessária.** *In:* SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des)caminhos da Jurisdição.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica.** 1. ed. EDIPUCRS: Porto alegre, 1996.

_____. **Diferença e Metafísica - ensaios sobre a desconstrução**. 2.ed. Unijuí:Ijuí, 2008.

_____. **Pensar é pensar a diferença – filosofia e conhecimento empírico**. 1. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica nos 20 anos de Constituição: condições e possibilidades para a obtenção de respostas corretas. *In*: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** – Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS, 2009a.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Prefácio**. *In*: MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Campinas: Conceito Editorial, 2010a.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b.

_____; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e americana**. 2012. 141 f. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2 ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000.

_____. **Introdução Geral ao Direito I – Interpretação da lei. Temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. **Introdução Geral ao Direito II – A Epistemologia Jurídica da Modernidade.**
Porto Alegre: Fabris, 1995.

WEBER, Max. **Economía y sociedad:** esbozo de sociología comprensiva. Tradução: José Medina Echavarría, et al. 2 Ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.