



***LINGUAGEM, DISTINÇÃO E SENTENÇAS:
EXPECTATIVAS PROCEDIMENTALISTAS DE DECISÕES JURÍDICAS NO BRASIL***

***LINGUAGEM, DISTINÇÃO E SENTENÇAS:
EXPECTATIVAS PROCEDIMENTALISTAS DE DECISÕES JURÍDICAS NO BRASIL***

***LANGUAGE, DISTINCTION AND SENTENCES:
PROCEDURAL EXPECTATIONS OF LEGAL DECISIONS IN BRAZIL***

Daniel Edson Alves e Silva

Pouso Alegre – MG

2017

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Daniel Edson Alves e Silva (2018): "Linguagem, distinção e sentenças: expectativas procedimentalistas de decisões jurídicas no Brasil", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (abril 2018). En línea: [//www.eumed.net/rev/caribe/2018/04/deciso-es-juridicas-brasil.html](http://www.eumed.net/rev/caribe/2018/04/deciso-es-juridicas-brasil.html)

RESUMO

Este artigo analisará os mecanismos que levam a construção das decisões jurídicas na pós-positividade, voltando especial atenção a problemática que se desenvolve no Brasil de hoje, qual seja; a relação entre a estrita observância às peculiaridades dos casos concretos entre discursos de justificação e discursos de aplicação. Será a decisão judicial uma atitude solipsista baralhada em justificativas perfunctórias ou o resultado de uma correta resposta a ser encontrada sob uma hermenêutica comprometida com a Constituição? De modo analítico buscará explicitar as novas exigências de justificação das decisões jurídicas com uma expectativa procedimentalista.

Palavras-chave: Pós-positivismo; argumentação jurídica; hermenêutica; discricionariedade; decisões; linguagem.

ABSTRACT

This article will analyse the mechanisms that lead to the construction of the legal decisions in the post positivity, emphasizing the problematic that is developed in Brazil in the present day, what is the relation between the observance of the peculiarities of the concrete cases between discourses of justification and of application. Will the judicial decision be a solipsistic attitude shuffel into perfunctory justifications or will it be a result of a correct answer to be found under a hermeneutics committed to the Constitution? In an analytical way will seek to explain the new requirements of justification of legal decisions with a procedural expectation.

Keywords: Post-positivist; legal questioning; hermeutics; discretion; decisions; language.

INTRODUÇÃO

O objetivo nevrálgico do trabalho que ora se inicia é a promoção da discussão crítica sobre o processo de linguagem da construção das decisões jurídicas no Brasil. De forma reflexiva esta pesquisa apresentará considerações acerca do que devemos esperar das sentenças na pós-positividade. Investigando ao longo desta pesquisa se a realidade fática está desbussolada (ou não); (eventualmente) prestando continência à discursos que talvez não coadunem com a realidade social do mundo da vida hodiernamente '*in terrae brasílis*'. Será que de fato a comunidade jurídica está velejando por caminhos que ampliam a Democracia, a efetividade dos Direitos (fundamentais, sociais, trabalhistas, individuais, coletivos, etc) e uma melhor aproximação da Justiça nos vereditos do poder judiciário?

As decisões jurídicas na pós-positividade estão sendo feitas em estrita observância às peculiaridades dos casos concretos ou são construídas como forma de argumentação-justificativa em um processo de mecanização das sentenças, evitando o aprofundamento dos debates e busca mais rica pela melhor resposta. A final de contas, o que a sociedade brasileira deve esperar de seus Tribunais?

A linguagem é fidedignamente confiável ao procedimento adotado para se chegar a um resultado que seja honesto ao término do processo? Entre discursos de justificação e discursos de aplicação, o que querem anunciar as sentenças na atualidade; a esperança de tempos melhores ou preparação das pessoas para a derrota do Judiciário face a (im)possibilidade de satisfazer todas as pretensões expostas. Logo, questionável será se de fato o processo é a melhor alternativa para a sociedade?

A pesquisa que ora se inicia atuará de forma analítica, partindo de uma perspectiva procedimentalista investigará os processos de linguagem que estão envoltos à autoconstrução do Direito e sua consubstanciação enquanto procedimento (processo). Historicamente a vida em comunidade impôs ao indivíduo o trabalho de interpretar!

Concedendo aos princípios força normativa, o procedimentalismo discursivo de Harbemas e Klaus Gunther, surge após o fracasso filosófico dos positivismos, tentando aproximar o Direito da ética, enaltecendo valores, regras e os direitos fundamentais. Neste caminho o '*status quo*' vem sendo relativamente mantido por meio das decisões jurídicas que são proferidas no Brasil. País que vive em mazelas, apresentando o maior índice de concentração de renda do mundo¹ sendo que quase 30% (trinta por cento) de toda a riqueza está nas mãos de apenas 1% (um por cento da população), de modo que a figura do '*homo sacer*'² ainda é vivaz nas ruas de suas metrópoles.

Os problemas sociais estão cada vez mais buscando respostas dentro do Judiciário, todavia, não será um risco esperar que os Tribunais sejam os 'salvadores' da pátria? Observando que Judiciário também está se esmorecendo frente aos tantos problemas que lhe são diariamente depositados, para que ao final das lides, uma honesta decisão seja prolatada.

Naturalmente, as pessoas são conduzidas ao engano, já que não possuem preparação adequada ao longo da vida para lidarem adequadamente com os múltiplos discursos que coexistem na era pós-positivista. Também, não são devidamente educadas para conviverem com a ideia da verdade objetiva, já que parte de um processo detém sua verdade e sua concepção acerca da moral empregada ao longo da discussão para se chegar a um resultado. Portanto, o Direito deve ser guiado pela razão prática e não pelo 'decisionismo'. Também deve ser observado entre discursos de aplicação e de justificação que a norma jurídica deve ser aplicada à luz do melhor argumento, obtendo como resposta, a que for mais adequada às aspirações da Constituição Federal para o processo civilizatório no Brasil pós-1988.

Na atualidade, os indivíduos estão se tornando solitários, solipsistas e carentes de (afeto, orientação, espiritualidade), e o sistema jurídico não deve se encurvar aos argumentos éticos, religiosos, morais e políticos como sendo o melhor na aplicação da norma jurídica, sob pena de esta conferindo aos magistrados poderes para decidirem em consonância com o seu convencimento pessoal.

A princípio o pós-positivismo caminha para uma direção contrária, e não há dúvidas de que o processo com suas fragilidades, burocracia e imperfeições é o que temos de mais seguro, e talvez, embora não seja o melhor caminho para solucionar os problemas das pessoas no mundo da vida, e

¹ BORGES, Rodolfo. Brasil tem maior concentração de renda do mundo entre o 1% (um por cento) mais rico. Pesquisa comparativa liderada por Thomas Piketty aponta que 27,8% (vinte e sete vírgula oito por cento) da riqueza nacional está em poucas mãos. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/13/internacional/1513193348_895757.html>. Acessado em 21/07/2017.

² AGABEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo/SP. Boitempo, 2004. '*Homo sacer*' é um conceito cunhado por Giorgio Agamben, filósofo italiano cuja produção se concentra nas relações contínuas entre filosofia, ética, estética, lógica, literatura, poesia, política e o meio jurídico, compreendendo-as como áreas implicadas umas nas outras e indiferentes.

ainda menos a sentença (que vem de sentir), é o que foi possível até o presente, evidenciando a premente necessidade de evolução.

Aceitando como concreto a ideia de que o Direito é uma expectativa normativa, seu interprete encontra-se envolto a um sistema baralhado por pensamentos e influências das mais diversas escolas ao longo de sua construção no tempo; fenomenológicas, estruturalistas, hermenêuticas, existencialistas, discursivas, linguísticas, psicanalíticas, epistemológicas, desconstrutivistas, entre outras. Os discursos em nosso país no campo do Direito, principalmente os anseios da Constituição dirigente direcionam esforços e proclamam dias de vida tranquila para todos. Enquanto ciência, o Direito se banha em tais expectativas, porém, até onde será a esta linguagem particular fidedignamente confiável e acertada?

Em síntese, todas as respostas estão de alguma forma corretas sob a ótica da lógica (Direito). Logo, é na argumentação jurídica que buscamos a fundamentação das decisões. Porém, será que os códigos foram verdadeiramente compreendidos em suas essências? Terão conseguido os julgadores e os Tribunais compreenderem verdadeiramente a real vontade dos legisladores no instante de criação das Leis? A final, as incertezas que derivam do Direito, encontra soluções nas sentenças por ele ditadas, tomando como espeque os mais diversos princípios que engendram uma bolha especulativa em torno das decisões na contemporaneidade.

Em outras palavras, estarão os operadores do Direito preparados para fazer uma interpretação pura daquilo que está determinado, ou em última análise tudo é visto e resolvido conforme a inteligência individual daquele que julga, tomando como base sua particular perspectiva hermenêutica, levando-se de forma mecânica o procedimento independente de qualidade, voltado apenas para a máxima quantidade de resoluções (acertadas ou não)?

Nesse delineamento, objetiva-se ao investigar se as decisões jurídicas na pós-positividade estão sendo elaboradas em estrita observância às peculiaridades dos casos concretos ou se estão sendo apresentadas como argumentação-justificativa em uma perspectiva zetética de honestidade do Judiciário brasileiro. O processo e a sentença são o melhor caminho para os brasileiros, ou é preciso (re)pensar melhores alternativas, o que de forma paradoxal, incrementa a autonomia do Judiciário e sua interdependência para ditar as sentenças, no modo como as encontra ao término de um processo complexo de linguagem e distinção. A final, coisas são feitas com palavras, já que comunicar é a principal atividade exercida pelo ser humano em sociedade.

2. O QUE ESPERAR DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS?

Na observação de Jeremy Waldron³ não há nada sobre legislatura ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente comparável à discussão da decisão judicial. Também neste sentido, Michel Pechêux

“Nesse espaço de necessidade equivocada, misturando coisas e pessoas, processos técnicos e decisões morais, modo de emprego e escolhas políticas, toda conversa (desde o simples pedido de informação até a discussão, o debate, o confronto) é suscetível de colocar em jogo uma bipolarização lógica das proposições enunciáveis com, de vez em quando, o sentimento insidioso de uma simplificação unívoca, eventualmente moral, para si mesmo e/ou para os outros.”⁴

O que então deve ser esperado das decisões dos juízes e Tribunais brasileiros? O professor Rafael Simioni citando Habermas alerta que “o poder Judiciário, ao encarregar-se também da tarefa de desenvolver e concretizar o direito, tem que poder também justificar-se perante foros ampliados de crítica jurídica.”⁵ Ora, a multiplicidade de exegeses e hermenêuticas se tornou tão plural quanto o estereótipo da própria coletividade do povo brasileiro. Deste modo, inarredável se torna a possibilidade de que consensos sejam possíveis em todos os casos (fáceis e difíceis) ou em nenhum deles, partindo da distinção que cada qual terá na linguagem do procedimento adotado e percorrido.

Fazer com que a uma mesma decisão seja mutuamente aceita, e também compartilhada em ocorrências semelhantes que envolvem a norma problemática positivada é um desafio latente no exercício da faculdade de julgar, principalmente no procedimento da construção das decisões judiciais. Na visão de Klaus Gunther “a verdade é possibilitada por regras, como franqueza ou reconhecimento da repartição de encargos argumentativos. Como processo, a final, argumentações buscam alcançar um consenso racionalmente motivado entre os participantes.”⁶

As exortações e anseios continuam à mingua de concretude e de alguma forma o homem se perde ante tantas Leis, códigos e regras de conduta que lhe são apresentadas. Portando não deve ele esperar ‘certezas’ por parte dos Tribunais, mas sim compreender que o sentido das coisas está na linguagem, adequando suas perspectivas ao modo funcional do Estado.

A sociedade brasileira é tenuamente dividida em castas, e a exploração do indivíduo pelo por seu semelhante continua vivaz (evidenciando que a ânsia constitucional ainda não passa de uma promessa).

³ WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. São Paulo/SP. Martins Fontes, 2003.

⁴ PÊCHEUX, Michel. O Discurso – Estrutura ou acontecimento. Campinas/SP. Pontes, 2008, pg. 33.

⁵ SIMIONI, Rafael. Direito e Racionalidade Comunicativa. A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas. Juruá, 2007, pg 185.

⁶ GUNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação. São Paulo/SP. Landy, 2004, pg. 76.

Em última análise, o poder não se curva ao império do sistema jurídico. A esfera pública; cujo nascimento começou com a criação da imprensa (tipografia), e hoje se apresenta em múltiplas mídias e também nas redes sociais, é uma fonte poderosa de criação do comando, e tal conflito produz múltiplos problemas cujas soluções estão sendo proclamadas pelo próprio Direito através de um complexo processo de linguagem e distinção. Sobre o tema Habermas explicita

“Fazer com que o poder seja submetido ao direito, para assim ordenar seu uso sensato, é concretamente a função da política. O que deve prevalecer não é o direito do mais forte, e sim a força do direito. Poder a serviço da ordem e do direito é o pólo oposto à violência entendida como um poder que age sem direito e contra o direito. Por isso, é importante para toda e qualquer sociedade superar a desconfiança em relação ao direito e à ordem, porque só assim é possível evitar o arbítrio e viver a liberdade de forma compartilhada por todos.”⁷

O poder judiciário historicamente apresenta-se como sendo uma grande esperança às pessoas mais vulneráveis frente às inúmeras mazelas oriundas do fracasso parcial da Constituição dirigente (quase três décadas após sua promulgação). Neste momento em que o positivismo é aperfeiçoado, mais confiança lhe é dedicada.

É preciso que a comunidade jurídica, a começar nas academias, volte então a refletir sobre o porvir das decisões em uma democracia deliberativa, incorporando a participação da sociedade civil no comando das ações executivas, e também permitindo o reconhecimento de sua opinião e vontade nas ações do Legislativo e do Judiciário, em suas deliberações. Nas lições de Ingeborg Maus

“Apesar dos contínuos processos de juridicização, as normas jurídicas são praticamente desconhecidas nesses campos sociais e por isso não teriam consequências para a vivência imediata dos indivíduos. Eles dirigem-se efetivamente aos aparatos do Estado, apesar de todas as estratégias em contrário por parte da jurisprudência e da metodologia jurídica.”⁸

Seria ingênuo negar que o Estado tem seus próprios interesses, e seus Tribunais sobrevivem unicamente com os recursos que o primeiro lhe oferta. Nesta linha de racínio, até onde será possível de fato; uma (im)parcialidade dos julgadores quando forem sentenciar assuntos que versem sobre as omissões e erros da administração pública que os sustenta?

⁷ HABERMAS, Jürgen, RATZINGER, Joseph. *Dialética da Secularização: sobre razão e religião*. São Paulo/SP. Ideias, 2013, pg. 65.

⁸ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque.

Entre outros tantos, a frenética mecanização das decisões é um problema que merece atenção especial na atualizada (evitando assim situações ainda mais radicais no futuro). Quiçá devido ao número elevado e auto reprodutivo de ações que tramitam nos fóruns e Tribunais deste país, a serem analisadas e movimentados por poucos servidores, a sociedade civil esteja face um sincretismo processual em escala industrial comprometendo a efetividade daquilo que é decidido (ao término dos trâmites processuais).

Muitos dos operadores do Direito, estão afirmando que as peculiaridades dos casos concretos estão sendo cada vez menos observadas. Esta falha funestamente germina em insatisfação por parte daqueles que batem às portas do Judiciário (que encontra-se cada vez mais sobrecarregado⁹), não obstante o número de sentenças e decisões ter aumentado em 11,4% (onze vírgula quatro por cento) em 2016.¹⁰

Outro ponto que também merece consideração é a não possibilidade de se estancar Direito e Política como se fossem realidades distintas. O primeiro de certa forma um fruto do segundo a servir-lhe de frenagem e até mesmo a direcioná-lo na condução da sociedade civil e na resolução dos problemas coletivos e individuais no mundo da vida. Sobre o tema, encontramos em Habermas aduz que

“Graças a uma grande realização civilizatória, o Estado constitucional democrático consegue agir como um domesticador jurídico do poder político, com base na soberania de sujeitos reconhecidos por um direito internacional; ao passo que um estado de “cidadania-mundial” coloca esta independência dos Estados nacionais em banho-maria. Será que o universalismo do iluminismo não se choca aqui com o sentido próprio de um poder político no qual está indelevelmente inscrito o impulso para a auto afirmação de uma comunidade particular? Este é o aguilhão realista fincado na carne da política dos direitos humanos.”¹¹

Factualmente, o que ocorre em relação às ciências e às potências não é o mesmo em relação às disposições de caráter. Todavia, não é possível afirmar veemente que este pensamento é uniforme entre os julgadores, as Câmaras, Turmas e Tribunais que estão hodiernamente construindo os vereditos no Brasil. Considerando então que interpretar é uma realidade que envolve a todos (enquanto seres

⁹ Dados do Relatório Justiça em Números 2015 revelam que dos 99,7 milhões de processos que tramitaram no Judiciário brasileiro no ano de 2014, 91,9 milhões encontravam-se no primeiro grau, o que corresponde a 92% do total. Disponível em <www.cnj.jus.br>. Acessado em 15 de setembro de 2017. Acessado em 15/09/2017.

¹⁰ CIEGLINSKI, Thaís. Número de sentenças e decisões aumentou 11,4% em 2016. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em <www.cnj.jus.br>. Acessado em 15/09/2017.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. Era das Transições. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro/RJ. Tempo Brasileiro, 2003, pg. 45.

pensantes, formados e formadores de opinião), a melhor resposta (interpretação hermenêutica) continua apresentando-se como uma equação cujas variáveis são imprevisíveis à luz dos vários entendimentos possíveis, todavia, entre as muitas possibilidades é preciso concluir de alguma forma e a chave está na solução mais adequada constitucionalmente, não por uma questão de certeza, mas sim pelo viés do menor risco.

3. QUAL SERÁ A MELHOR ARGUMENTAÇÃO (ENTRE DISCURSOS DE JUSTIFICAÇÃO E DISCURSOS DE APLICAÇÃO)?

A palavra é a maior força do homem, sua expressão se dá pelas mais diversas e imagináveis formas e também pela distinção. Historicamente o '*homo faber*' já há milhares de anos registrava por meio de pinturas nas cavernas acontecimentos importantes em sua comunidade. A capacidade de fabricar segundo Hannah Arendt também serve como distinção das outras atividades humanas, de modo que o '*homo faber*' produz o mundo por meio de seu trabalho.¹²

Entender o presente sem incorrer no risco de se fazer um estudo anacrônico exige que o pesquisador tenha um conhecimento prévio do contexto no qual está inserido. Somente desta forma é possível verdadeiramente saber a razão de as coisas serem como o são no presente. Porém, a realidade é fruto de decisões tomadas após discursos e debates sobre o melhor argumento, ou então é o resultado de consensos derivados da ação comunicativa nos mundos; objetivo, subjetivo e social. Nas palavras de Klaus Gunther

“A verdade é possibilitada por regras, como franqueza ou reconhecimento da repartição de encargos argumentativos. Como processo, afinal, argumentações buscam alcançar um consenso racionalmente motivado entre os participantes. Devem reinar condições gerais de simetria que excluam qualquer coação, exceto a do melhor argumento.”¹³

A sociedade ainda está muito distante de obter a qualidade esperada das decisões nos fóruns e Tribunais. Os anseios sociais continuam à mingua de maiores considerações no que tange ao procedimento decisório a também a efetividade do que é decidido.

¹² SOUZA, Vinicius Silva. *O homo faber* segundo Hannah Arendt. Dissertação apresentada à UNB, para conclusão do programa de mestrado em Filosofia. 2013. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14051/1/2013_ViniciusSilvaSouza.pdf>. Acessado em 21/12/2017.

¹³ GUNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação. São Paulo/SP. Landy, 2004, pg. 76.

O ordenamento jurídico deve institucionalizar o sistema de direitos de modo a assegurar participação no processo legislativo em condições de equidade. Igual participação significa que o processo democrático deve proporcionar o debate público de todos os temas e aceitar contribuições, razões e informações.¹⁴ A multiplicidade de opiniões é uma garantia constitucional e característica própria ao Estado Democrático de Direito.

Percebe-se então que há uma (in)certeza e (in)segurança na atmosfera pátria, sobre estar a sociedade brasileira jornadaando ou caminhando rumo à outra realidade impensada que possibilite eventualmente o uso racional do domínio transformador da realidade social, efetivando as promessas da Constituição/1988 e dirimindo as várias injustiças de toda forma. Todavia, já no presente é possível afirmar que argumentos morais, éticos, religiosos, políticos e de outras naturezas não devem ser vistos como o melhor argumento jurídico no discurso de aplicação.¹⁵ Assim uma confiança no método torna-se mais apetecível, de modo que seu resultado é realmente entendido linguisticamente e efetivado no mundo da vida.

Embora não haja uma definição para qual rota foi traçada, é comumente aceito que as palavras possuem força própria enquanto processo linguístico e transformam os indivíduos e as sociedades, construindo assim por meio da linguagem a realidade que os cerca. A racionalidade é o sistema operante da sociedade. Para Habermas a ação comunicativa surge com a interação entre os sujeitos, que estabelecem relações interpessoais, voltadas a uma compreensão sobre a situação na qual estão inseridos e sobre os respectivos planos de ação coordenando suas atitudes não por decisões a serem impostas, mas pelo entendimento.¹⁶

Em síntese, o que realmente importa é o funcionamento organicista da comunidade, sem desvios, todavia, o foco da atenção está em garantias e estruturas legais enquanto já são percebidas falhas nas engrenagens deste sistema que desvela a inutilidade parcimônia considerável da eficácia real de todo o trabalho engendrado pelos servidores do judiciário e operadores do Direito. Novamente, nas palavras de Klaus Gunther

“A validade de normas dependerá de que as consequências e os efeitos colaterais da sua observância, sob circunstâncias inalteradas para os interesses

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democratico de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trota, 1998, pg. 646.

¹⁵ ALVARENGA, Luiz Carlos. Discurso de justificação versus discurso de aplicação: em busca de uma interpretação coerente do direito. Disponível em <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Luiz%20Carlos%20Alvarenga.pdf>>. Acessado em 08/10/2017.

¹⁶ PINTO, José Marcelino de Rezende. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X1995000100007>. Acessado em 08/10/2017.

de cada um individualmente, sejam aceitas por todos os implicados conjuntamente. Esse princípio moral somente poderá ser aplicado como regra de argumentação em discursos, nos quais a potencial generalização dos interesses se extra na aceitabilidade das razões, apresentadas por participantes de direitos iguais.”¹⁷

Um das características dos dias atuais é o fato de os consensos serem passageiros e a exatidão é quase sempre relativizada de modo que há uma perene desconfiança do método, do procedimento e até mesmo dos próprios códigos de linguagem. A dúvida enlaça o observador que tenta por meio da distinção encontrar o melhor argumento, todavia a resposta mais sensata será em todos os casos, como já dito neste artigo; a que for mais adequada constitucionalmente, não devendo prevalecer à luz dos casos concretos, fundamentos de outras naturezas por mais nobres ou bem intencionados que possam parecer a olho nu.

Entre discursos de argumentação e discursos de justificação baralham-se as múltiplas opiniões que convivem em uma democracia deliberativa, como é o caso deste país. Enquanto o primeiro consiste em processo ‘democrático’ de construção da norma jurídica, o segundo revela o agir comunicativo (atuar orientado para o entendimento mútuo), racional, na medida em que se aplica o discurso. O professor Simioni mencionando o pensamento de Habermas explicita que

“Com a distinção entre discursos de aplicação, de Klaus Gunther, Habermas observa que o problema da colisão de direitos não é um problema de colisão de princípios, mas sim, de escolha da norma adequada a uma situação concreta. Todas as normas vigentes são naturalmente indeterminadas. Então o problema dos hard cases ocorre quando, para uma mesma situação exista a possibilidade de aplicação de normas contraditórias e com a mesma pretensão de validade.”¹⁸

Não apenas o Brasil, mas o mundo de certa forma também segue em direção ignota, engendrando nas pessoas perspectivas multifárias, e neste caminhar; novos sujeitos, conjecturas jurídicas e desafios aparecem a cada momento para a criação de consensos, e outras possibilidades de resposta que evitem o processo e principalmente a decisão judicial.

A linguagem adquire nova roupagem na pós-positividade e os textos já não dizem exatamente o que neles aparentemente está contido, como se ali estivesse esboçada uma verdade pura e inarredável, na leitura literal de suas palavras ornadas. Deverá então a comunidade apostar sua confiança em princípios morais e na boa vontade humana? Há que se revirar Kant em uma análise do Direito contemporâneo? A final, o pan-principialismo no qual o ordenamento jurídico brasileiro está imerso acaba por imiscuir ‘princípio’ e ‘norma’ como se fossem a mesma coisa e acabam por se baralhar ainda

¹⁷ *Ibidem*, pg. 365.

¹⁸ SIMIONI, Rafael. *Ob. cit.*, pg. 190.

mais na fundamentação jurídica dos pareceres, despachos e conclusões, ferindo os ideais compromissários, dirigentes e democráticos da Constituição da República, impossibilitando até mesmo a concretização de direitos fundamentais, em um jogo solipsista e irresponsável no qual os julgadores camuflam suas vontades pessoais em 'princípios'.¹⁹

Entre outras várias controvérsias (que podem ser objeto de novas pesquisas e discussões acadêmicas), seguindo perspectiva exposta neste artigo, a concretização da 'Justiça' deve ser a meta final do Judiciário em todas as hipóteses, e por vezes acaba se perdendo em suas fundamentações tergiversas e desprovidas de amparo constitucional. Este compromisso deve se fazer presente nas delicadas e comuns situações em que a leitura fria, e a hermenêutica pura (sem as referências apropriadas), criam conflitos com a própria essência do correto, tornando-se refém de interpretações subjetivas que são adotadas como espeque na 'melhor argumentação'. Todavia, no ventre desta angústia paroxística, o que impede que tal amparo se dê moldado em conformidade com convicção pessoal daquele que julga (enquanto ser humano formado de opiniões, preconceitos, referências, e distinção própria)?

Este desequilíbrio é latente, na leitura de Lenio Streck

“À evidência, o Judiciário e as demais instâncias de administração da justiça são atingidas diretamente por essa crise. Com efeito, o sistema de administração da justiça (...) consegue enfrentar, de forma mais ou menos eficiente, os problemas que se apresentam rotinizados, sob a forma de problemas estandardizados. Quando, porém, surgem questões macrossociais, transindividuais, e que envolvem as ditas 'normas programáticas' constitucionais, tais instâncias, mormente o Judiciário, procuram, nas brumas do senso comum teórico dos juristas, interpretações despistadoras, tornando inócuo/ineficaz o texto constitucional.”²⁰

Não há dúvidas de que é possível uma melhor qualidade nos debates, elevando o nível e a natureza dos argumentos a fim de fazer uma melhor apuração, atuando na contramão da mecanização das decisões que se tornou o Judiciário no Brasil de hoje.

A jurisdição não é o melhor caminho para se concluir e estabilizar os conflitos existentes no mundo da vida. Todavia, considerando que não há alternativa diversa socialmente aceitável em

¹⁹ WEBBER, Suelen da Silva. O Panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. ISSN 1982-0496. Disponível em <file:///C:/Users/user/Downloads/368-906-1-PB.pdf>. Acessado em 21/12/2017.

²⁰ STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica (em)Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre/RS. Livraria do Advogado, 2014, pg. 115.

substituição total ao processo judicial, no modo como é concebido atualmente, imperioso torna-se sopesar todos os argumentos, calculando os que não estejam ligados ao Direito (principalmente à inclinação constitucional) e também os que derivem de convicções pessoais motivadas por valores intrínsecos aos próprios julgadores. Assim, aplicando a mais correta decisão encontrada (honestamente, dentro respeitando todas as nuances do procedimento) litígio por litígio, em outras palavras; a decisão mais acertada será aquela que for mais apropriada constitucionalmente à luz dos casos concretos, sejam eles difíceis ou fáceis, estejam envoltos em conflitos de princípios e normas (ou não).

4. A SENTENÇA É SEMPRE A MELHOR RESPOSTA?

Deverá o indivíduo continuar apostando suas esperanças nas decisões judiciais? Explorando ainda mais a indagação, na visão de Luhmann *“independientemente de cuál sea el concepto de sociedad que uno desee utilizar, no existe absolutamente ninguna duda de que en las circunstancias actuales existe solamente un sistema social, a saber: la sociedad mundial”*²¹ A busca por efetividade das proteções positivadas realmente protegerá o homem dos outros e de si mesmo?

A apropriação do discurso de certas categorias de sujeitos é uma realidade em todas as esferas da comunicação e também dentro da ciência do Direito. Considerando as influências que contribuem na etiquetagem consensual da ‘moral’ em um país como o Brasil; as sentenças indistintamente quase sempre apresentam sinais da subsunção ao ritual da linguagem. Nas lições de Gadamer

“É claro que a linguagem, ainda que nela o que se tem em mente esteja subordinado à generalidade de um significado prévio das palavras, não deve ser pensada como a combinação desses atos em virtude dos quais algo particular é subordinado em cada caso sob um conceito geral. Quem fala, ou seja, quem faz uso dos significados comuns das palavras está de tal modo voltado para o aspecto particular da intuição objetiva que tudo que diz participa da particularidade das circunstâncias que tem diante de si.”²²

Considerando então que todos estão potencialmente aptos a oferecer interpretações ao texto, múltiplos discursos hão de conviver paralelamente engendrando um complexo estágio de conflitos. Estes enfrentamentos não possuem outro objetivo na maioria das vezes senão o descredenciamento da ideia contrária, em uma guerra de todos contra todos, pelo reconhecimento do melhor argumento (independentemente de sua natureza).

²¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. (México). Herder, 2005, pg. 648.

²² GADAMER, Hans-Georg. *Ob. cit*, pg. 553.

Filosoficamente, o ser existe e tem consciência de tal existência, todavia não consegue dominar as exortações que lhe chegam por menores ou maiores que sejam. Distinção e signos acabam por limitar as possibilidades ao longo do procedimento e mesmo fadados a interpretar nem sempre se consegue compreender bem o sinal do que é decidido e nem mesmo como aquilo fora concluído.

Deste modo, há um fomento a crescente padronização das peças e dos atos judiciais. O mundo da vida se torna um fenômeno cada vez mais frágil e até mesmo inseguro. Nas lições de Heidegger

“Em primeiro lugar, deve-se tornar visível o ser no mundo, no tocante a seu momento estrutural ‘mundo’. O cumprimento desta tarefa parece tão fácil e trivial que sempre se acredita poder prescindir dela. O que poderia significar descrever o ‘mundo’ como fenômeno? Seria deixar e fazer ver o que se mostra no ‘ente’ dentro do mundo. O primeiro passo consistiria, então, em elencar tudo o que se dá no mundo [...] O que, porém se procura é o ser. Em sentido fenomenológico, determinou-se a estrutura formal de ‘fenômeno’ como o que se mostra enquanto ser e estrutura ontológica.”²³

O ser titular de Direitos e obrigações individuais e coletivas, encontra-se envolto em um universo de possibilidades, portanto esforça no limite de sua capacidade intelectual para fazer corretas distinções. Assim é imprescindível que o indivíduo esteja sempre reverente às regras vigentes na sociedade na qual está inserido, pois de nada adianta entender para não obedecer, ou ainda pior, entender para desobedecer adrede com o menor risco dentro das possibilidades preconcebidas no ordenamento jurídico.

A crença na justa decisão é um limbo que separa a civilização da barbárie. Novamente nas palavras de Gadamer “o homem se caracteriza pela ruptura com o imediato e o natural, vocação que lhe é atribuída pelo aspecto espiritual e racional de sua natureza. Segundo esse aspecto, ele não é por natureza o que deve ser razão pela qual tem necessidade de formação.”²⁴ Observando então que a sentença é uma imposição, esta não parece ser o melhor caminho a ser trilhado, já que o desenvolvimento em sociedade, propicia outras oportunidades, como por exemplo; os consensos.

Ao que parece, as interlocuções são as chaves que abrem o campo do Direito, enquanto os princípios são vetores que devem servir como ferramentas a fecharem o entendimento (quando necessário e pertinente). Não poderia então a expressão que se obtém por meio do diálogo servir para a

²³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Bragança Paulista/SP. Vozes, 2005, pg. 103.

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Ob. cit*, pg. 47.

formação de maiores concordâncias em uma perspectiva de retomada da moral kantiana, na constelação pós-nacional brasileira? A final, não há melhor decisão do que aquela deliberada pelos próprios envolvidos, dentro daquilo que é moralmente aceito no Brasil e dirigido pela Constituição Federal (1988), sem imposições, incompreensões e medos. Na visão de Juan Capella

*"El análisis del derecho, em su forma más abstracta o general, tiene por objeto su fundamental aspecto lingüístico. El derecho se expresa necesariamente por meio del lenguaje. Por supuesto, su estudio no se puede realizar fecundamente solo a través de este componente lingüístico suyo. Muy contrario: los contenidos materiales son el quid del derecho, y el jurista necesita una formación cuidadosa para comprender esa problemática material."*²⁵

Falar a língua do outro neste período de transformações radicais é algo que vai muito além de simples traduções, interpretações e distinções. A ontologia das decisões adquire novas limitações e probabilidades, portanto, não parece adequado afirmar que ela seja a melhor alternativa, ao contrário, ao que parece ela se desvela como uma trilha de fragilidades, incertezas e insatisfações para se chegar a um resultado obscuro e enigmático (em muitas das vezes).

Consequentemente, parece claro que não deve o indivíduo confiar totalmente na busca da sentença judicial, mas sim, buscar formas alternativas de soluções dos conflitos, principalmente o consenso deliberativo. Neste entendimento, várias ações que estão nos fóruns e Tribunais (e que nunca tiveram sequer uma oportunidade honesta de diálogo entre as partes que momentaneamente não conseguem discutir amistosamente seus problemas) podem ser solucionadas, salvaguardando o Judiciário e restabelecendo gradualmente a confiança da sociedade civil na 'Justiça' estatal.

5. PÓS-POSITIVISMO PROCEDIMENTALISTA E A POSSIBILIDADE DE DECISÕES MAIS ACERTADAS E INTERPRETAÇÕES MENOS EQUIVOCADAS

Do pandectismo ao pan-principiologismo atual, há uma constante tentativa de aperfeiçoamento do 'positivismo jurídico'. Sabendo que o conhecimento humano não é exato, mas se firma em hipóteses, não há como distinguir os signos de seus significados, portanto, não há sinais lógicos de que as decisões serão mais ou menos acertadas no futuro próximo, pois sempre haverá a sensibilidade humana com suas paixões, fraquezas e vícios a se imiscuir na honesta e mais fidedigna resposta constitucional para cada caso. Nas lições de Castanheira Neves

²⁵ CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de Análises Jurídico*. Madrid (Espanha). Trotta, 2008, pg. 11.

“o certo é que os fracassos humanos não científicos e técnicos, estes cada vez mais exponenciados da totalitária perspectivação científico-técnica e funcional dessa nova existência, não suscita só a reponderação crítica da racionalidade que vai pressuposta nessa perspectivação, impor ainda pelos seus resultados tão fortemente inumanos e já hoje ignoráveis, pelo próprio mundo vazio que afinal produziu e impôs ao homem que se reconheça não poder ser essa a última palavra que devemos aceitar, havendo antes que lhe procurar indispensáveis alternativas.”²⁶

Enquanto o Direito é uma ciência em constante construção, desenvolvendo-se e pode ser desconstruído a qualquer momento, a ‘Justiça’ é uma experiência do impossível que não cessa de ser perseguida ainda que com os mais sucessivos fracassos humanos tanto neste país quanto no resto do mundo. Importante então, consolidar a distinção de que Direito não é ‘Justiça’, mas apenas um método de cálculo linguístico onde se espera mensurar o imensurável e apresentar um decente resultado no final do mecanismo (após sua regular tramitação).

Os pós-positivismos, em especial o procedimentalista, são de certa forma uma resposta à certas críticas, construindo outros pontos de discussão que tornem possível o nascimento de melhores decisões adequando-as às conformidades da leitura do Direito enquanto ciência pura e aplicada. Na leitura dos procuradores do município de Brasília/DF; Ricardo Vieira e Guilherme Pereira

“O positivismo não mais foi capaz de construir uma resposta lógica para as questões jurídicas contemporâneas, principalmente as mais complexas ou difíceis. A justiça, e, por muitos momentos esquecida, não mais pode ser deixada para segundo plano. A sociedade exigiu a compatibilização da segurança jurídica (ponto forte do positivismo jurídico) com a justiça (ponto de busca incessante do pós-positivismo, sem o esquecimento daquela).”²⁷

Esmiuçando ainda mais a temática, não há como anunciar sinceramente que a comunidade jurídica se encontra em uma rota de interpretações menos equivocadas. A mutação constitucional e do ordenamento jurídico em geral, está acontecendo em velocidade (in)acompanhável, portanto, mesmo os julgadores mais dedicados sempre poderão se estar perdidos e suas decisões continuarem a se apresentar na forma de uma hipérbole ininterpretável ou mesmo anacrônica. Nas lições de Juan Capella

²⁶ NEVES, Castanheira A. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa (Portugal), Instituto Piaget, 2002, pgs. 48/49.

²⁷ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>. Acessado em 15 de setembro de 2017.

“interpretar consiste em estabelecer uma relación lo más unívoca posible entre series de signos y series de significados. El derecho se expresa em um lenguaje común y solo parcialmente tecnificado. Las reconstrucciones de los hechos se expresan em el lenguaje común.”

Os fenômenos da natureza estão ligados entre si e são regidos por relações de causalidade, o que se pode esperar é que os frutos da ‘Justiça’ continuaram a causar revolta aos ‘injustiçados’, gerando outras contendas de forma espiral. Fafina citando o pensamento de Lévy-Bruhl leciona que

“Se as normas jurídicas estão submetidas a um certo determinismo, mais frouxo talvez, porém não menos real que aquele que rege os fenômenos da natureza, o direito pode ser objeto de uma investigação científica. Partindo desta premissa, o orientando-pesquisador deve atentar-se a buscar a verdade ou as noções prevalentes sobre o problema delimitado.”²⁸

Sendo assim, não há certezas de decisões mais acertadas e interpretações menos desacertadas, tudo em última análise dependerá do esforço dos operadores do Direito para enxergarem qual é a decisão mais acertada a luz dos ditames constitucionais e em respeito cego ao procedimento com todas as suas particularidades. A moral kantiana, é um norte a ser pensado numa perspectiva de convivência tolerável entre concidadãos capazes de distinguir o bem do mal, o justo do desmerecido. Deste modo, começam a se libertar da prisão que advém da servidão unicamente à mandados de otimização e se abrem a novas possibilidades anteriormente inimagináveis.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste artigo, se confirmam as hipóteses anteriormente imaginadas. Os discursos da atualidade no campo das decisões jurídicas, exaltam direitos fundamentais por um lado e os estão massacrando por outro, baralhando-os em interpretações de princípios que nem sempre possuem de fato força normativa ou misturando convicções pessoais naquilo que é de fato jurídico.

A decisão judicial, em última análise é uma decisão do impossível! O Estado Democrático de Direito – EDD, é uma ideia avessa à discricionariedade que impera(va), todavia, estará a comunidade brasileira liberta do ‘decido conforme minha consciência’? A comunicação é uma garantia de democracia, deste modo, entre discursos de justificação e de aplicação, a respostada deverá ser sempre a que melhor

²⁸ SOUZA, Fafina Vilela. Orientações Propedêuticas sobre projetos de pesquisa na graduação da FDSM. Disponível em <https://www.fdsm.edu.br/graduacao/arquivos/nucleo_de_monografia/orientacoes_propedeuticas.pdf>. Acessado em 03/03/2017.

coadunar com a semântica constitucional, independente de qual possam parecer importantes argumentos de outras naturezas.

Não há como esperar que os Tribunais se transformem em 'salvadores da pátria'. Os dias atuais exigem uma reorientação do pensamento de forma coletiva. É preciso enxergar a sociedade como um todo orgânico no qual cada um está inserido e desempenha funções em um complexo processo de linguagem, distinção e comunicação ininterrompível. Não há mínimos indícios de que as decisões serão mais acertadas e as interpretações menos falseadas, enquanto este mecanismo for conduzido por homens (falhos em sua própria essência) que não consigam separar suas convicções pessoais da vontade da Lei, ou que baralhem princípios, normas e outras formas de raciocínio em uma mistura de conhecimentos impuros ao universo do Direito, ou valorativamente inadequados.

Os pós-positivismos, especialmente os procedimentalistas, já apresentam um entendimento de que o processo com suas fragilidades, burocracias e imperfeições não é o melhor caminho, menos ainda a sentença que é uma determinação compulsória. Logo, o diálogo a fim de se formarem consensos se desvela como uma alternativa, para tanto, uma revolução tanto no estudo do Direito no Brasil quanto na sua aplicabilidade se faz necessária.

Em última análise, qualquer mudança efetiva no procedimento comum adotado no Brasil atual, dependerá da forma como os operadores do Direito proporão a solução dos conflitos. É imprescindível que as massas de tecnocratas se transforme em engenheiros do Direito, e ofereçam nossas possibilidades de soluções deliberativas aos casos difíceis e fáceis a fim de que os próprios envolvidos possam uniformizar suas linguagens à linguagem fidedigna ao raciocínio processual brasileiro.

REFERÊNCIAS

- AGABEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo/SP. Boitempo, 2004.
- ALVARENGA, Luiz Carlos. *Discurso de justificação versus discurso de aplicação: em busca de uma interpretação coerente do direito*. Disponível em <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Luiz%20Carlos%20Alvarenga.pdf>>. Acessado em 08/10/2017.
- BORGES, Rodolfo. Brasil tem maior concentração de renda do mundo entre o 1% (um por cento) mais rico. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/13/internacional/1513193348_895757.html>. Acessado em 21/12/2017.
- CIEGLINSKI, Thaís. *Número de sentenças e decisões aumentou 11,4% em 2016*. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em <www.cnj.jus.br>. Acessado em 15/09/2017.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de Análisis Jurídico*. 5ª edição. Madrid (Espanha). Trotta, 2008.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 19ª edição. São Paulo/SP. Perspectiva, 2004.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional*. Disponível em

- <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>. Acessado em 15 de setembro de 2017.
- FOUCAULT, Michel. *O que é o Iluminismo? “Qu’est-ce que Les Lumières?”* Magazine Littéraire, nr 207, mai 1984, páginas 35-39.
- _____, *A Ordem do Discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22ª edição. São Paulo/SP. Loyola, 2012.
- _____, *Microfísica do Poder* – 14ª edição. Rio de Janeiro/RJ. Graal, 1999.
- GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo/SP. Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro/RJ. Tempo Brasileiro, 2003.
- _____, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democratico de derecho em términos de teoría del discurso*. Madrid: Trota, 1998
- _____, e RATZINGER, Joseph. *Dialética da Secularização: sobre razão e religião*. 5ª reimpressão. São Paulo/SP. Ideias&letras, 2013.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Macia Sá Cavalcante Shuback. 14ª edição. Bragança Paulista/SP. Vozes, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. (México). Herder, 2007.
- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acessado em 20/01/2017.
- NEVES, Castanheira A. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa (Portugal), Instituto Piaget, 2002.
- PÊCHEUX, Michel. *O Discurso – Estrutura ou acontecimento*. Tradução de Eni Puccinelli Orlandi. 5ª edição. Campinas/SP. Pontes, 2008.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Poder e autopoiese da política em Niklas Luhmann*. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume27/08.pdf>>. Acessado em 04/10/2016.
- _____, *Direito e Racionalidade Comunicativa. A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas*. 1ª edição. Curitiba/PR. Juruá, 2007.
- PINTO, José Marcelino de Rezende. *A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X1995000100007>. Acessado em 08/10/2017.
- SOUZA, Fabina Vilela. *Orientações Propedêuticas sobre projetos de pesquisa na graduação da FDSM*. Disponível em <https://www.fdsu.edu.br/graduacao/arquivos/nucleo_de_monografia/orientacoes_propedeuticas.pdf>. Acessado em 03/03/2017.
- SOUZA, Vinicius Silva. *O homo faber segundo Hannah Arendt*. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14051/1/2013_ViniciusSilvaSouza.pdf>. Acessado em 21/12/2017.
- STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica (em)Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª edição. Porto Alegre/RS. Livraria do Advogado, 2014.
- WEBBER, Suelen da Silva. *O Panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais*. ISSN 1982-0496.

Disponível em <file:///C:/Users/user/Downloads/368-906-1-PB.pdf>. Acessado em 21/12/2017.