



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO

**O JUDICIÁRIO CONSULTIVO COMO CORREÇÃO DE UMA ANOMALIA
SISTÊMICA E COMO INSTRUMENTO REDUTOR DA COMPLEXIDADE.**

BRASÍLIA

2022

GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO

**O JUDICIÁRIO CONSULTIVO COMO CORREÇÃO DE UMA ANOMALIA
SISTÊMICA E COMO INSTRUMENTO REDUTOR DA COMPLEXIDADE.**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do Prof. Georges Abboud e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Georges Abboud

BRASÍLIA

2022

GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO

**O JUDICIÁRIO CONSULTIVO COMO CORREÇÃO DE UMA ANOMALIA
SISTÊMICA E COMO INSTRUMENTO REDUTOR DA COMPLEXIDADE.**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do Prof. Georges Abboud e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

Defesa em ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Georges Abboud

Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Interno

Prof^a. Dr^a. Claudia Queda de Toledo

Instituição Toledo de Ensino - ITE

Membro Externo

Prof. Dr. Ulisses Schwarz Viana

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Interno

Prof. Dr. Luiz Guilherme Pennacchi Dellore

Instituto Presbiteriano Mackenzie

Membro Externo

Dedico este trabalho à Alessandra,
amor da minha vida, e a meus filhos
João Marcelo e Miguel, que ao
nascerem tornaram o meu mundo
um lugar melhor pra se viver.

AGRADECIMENTO

Agradeço a toda minha Família, por ter suportado minhas sucessivas ausências enquanto me dedicava à elaboração deste trabalho.

A minha Mãe, que com sua sabedoria intuitiva me ensinou que podemos aprender à todo momento, com tudo e com todos.

A meu Pai, que me ensinou que a educação é o verdadeiro agente transformador de uma realidade social.

Aos colegas da pós *stricto sensu* do IDP, que compartilharam muitas horas de aulas e ótimos almoços aos sábados. Aos amigos da primeira e segunda turmas de doutorado, que tanto me ensinaram e que sem pedir licença fizeram morada em meu coração. Valeu Acacio, Anamaria, Boson, Cleopas, Evande, Fabiano, Favetti, Hugo, João, Jordana, Lais, Leandro, Leo, Marcus, Pablo, Tagore, Thais, Vanessa e Victor.

Aos Professores do PPGD do IDP, cujos ensinamentos me proporcionaram sucessivas aquisições evolutivas.

Ao Professor Ulisses Schwarz, por ter despertado em mim a curiosidade acadêmica para a obra de Luhmann e por sua ilimitada generosidade acadêmica.

Aos Professores Cláudia Toledo e Luiz Guilherme Dellore, pelo incentivo, por acreditarem nesta pesquisa e pela grande generosidade intelectual e emocional.

Ao Professor Georges Abboud, não apenas pela orientação, permanente disponibilidade e ilimitada generosidade acadêmica, mas em especial pela paciência e compreensão diante dos sucessivos desafios profissionais que eu tive que enfrentar no período da pesquisa.

A CAIXA Econômica Federal, por estimular a formação de seus empregados.

Só sei que nada sei.
Sócrates

RESUMO

A presente tese de doutorado objetiva propor a existência de uma fissura no Sistema do Direito, gerada pela anomalia operativa advinda da ausência de dimensão consultiva no Subsistema do Judiciário. A pesquisa pressupõe que todo o Sistema do Direito funciona em duas dimensões, uma consultiva e outra contenciosa, à exceção do Judiciário, que é a *ultima ratio* do Sistema do Direito. A realidade da prestação jurisdicional no contexto de uma sociedade de massas e no contexto tecnológico do século XXI, adiciona complexidade ao problema, fazendo com que ao não haver a consolidação prévia do direito pelo Judiciário, nasça a indefinição do código direito/não direito, previsto na Teoria dos Sistemas de Luhmann, que é o marco teórico desta pesquisa. Para a comprovação da hipótese, a pesquisa foca na investigação dogmática, centrada na revisão bibliográfica, a fim de apresentar um diálogo entre as teorias do direito e dos sistemas, através de uma abordagem ainda não explorada sobre a temática. Adicionalmente, a pesquisa relaciona a ausência de dimensão consultiva no Judiciário com a demora nos julgamentos, com a sensação de insegurança jurídica e com a constante mutação da jurisprudência, demonstrando, a partir de dados do Conselho Nacional de Justiça, que o desequilíbrio entre o ingresso de novos processos e o julgamento dos antigos aumenta ano a ano. Ao final, a pesquisa entrega uma proposta de modelo de funcionamento do Judiciário consultivo, aderente à legislação processual brasileira.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas. Teoria do Direito. Judiciário consultivo. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The present doctoral thesis aims to propose the existence of a fissure in the Law System, generated by the operative anomaly arising from the absence of an advisory dimension in the Judiciary Subsystem. The research assumes that the entire Law System works in two dimensions, one advisory and the other contentious, with the exception of the Judiciary, which is the *ultima ratio* of the Law System. The reality of judicial Courts in the context of a mass society and in the technological context of the 21st century, adds complexity to the problem, causing that, when there is no prior consolidation of the law by the Judiciary, the lack of definition of the law/non-law code, foreseen in Luhmann's Systems Theory, which is the theoretical framework of this research. To prove the hypothesis, the research focuses on dogmatic investigation, centered on the literature review, in order to present a dialogue between the theories of law and systems, through an approach not yet explored on the subject. Additionally, the research relates the absence of a advisory dimension in the Judiciary with the delay in judgments, with the feeling of legal uncertainty and with the constant mutation of jurisprudence, demonstrating, based on data from the Conselho Nacional de Justiça, that the imbalance between the entry of new cases and the judgment of old ones increases year by year. In the end, the research delivers a proposal for a model of functioning of the advisory judiciary, adhering to the Brazilian procedural legislation.

Keywords: Systems Theory. Theory of Law. Advisory Judiciary. Legal certainty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1 O <i>LOCUS</i> SISTÊMICO DO SUBSISTEMA DO JUDICIÁRIO	20
1.1 O direito na Teoria dos Sistemas	20
1.2 O Sistema do Direito frente aos desafios do século XXI	33
1.3 A dupla dimensão do Sistema do Direito	41
1.4 O Poder Judiciário enquanto Subsistema operativo	57
2. FUNDAMENTOS E DESAFIOS NA ESTRUTURA ATUAL DO SISTEMA DO DIREITO	65
2.1 O direito como pretensão de correção	65
2.2 Compreendendo a alternativa hermenêutica	74
2.3 A linguagem e o ativismo na dimensão operativa do Sistema	86
2.4 Sobre as leis que "pegam" e as leis que "não pegam"	98
2.5 O direito processual e sua tradição contenciosa	109
3 ENTENDENDO A FISSURA NO SISTEMA	119
3.1 A irritação sistêmica advinda do tempo de duração do processo	119
3.2 O neoconstitucionalismo e a constituição em branco	133
3.3 Repensando a argumentação jurídica na atualidade	148
3.4 O papel do Subsistema do Judiciário e a unidade na diferença entre consultivo e contencioso	159
4 UM MODELO DE JUDICIÁRIO CONSULTIVO	167
4.1 Expectativas para o judiciário consultivo	167
4.1.1 O que esperar do Judiciário consultivo	167
4.1.2 Efetivação de direitos fundamentais	171
4.1.3 Eficiência do Estado	178
4.2 Uma estrutura possível	187
4.2.1 Experiências no Direito comparado	187
4.2.2 Aderência ao Subsistema Processual brasileiro	193

4.2.3	Esboço de um procedimento possível	200
4.2.3.1	As Turmas julgadoras e sua competência	200
4.2.3.2	Os legitimados, a submissão e a seleção de consultas	205
4.2.3.3	Julgamento e sistema recursal	207
4.2.3.4	Consolidação da jurisprudência	210
4.2.3.5	Efeitos da decisão, tutela de urgência e modulação	211
5	Síntese conclusiva	216
	Referências bibliográficas	233

INTRODUÇÃO

A pergunta que motiva, ordena e orienta o presente trabalho é: a ausência de dimensão consultiva no Subsistema do Judiciário constitui uma anomalia sistêmica?

Nossa hipótese de pesquisa, portanto, parte da intuição de que todo o Sistema operativo do direito, público ou privado, acadêmico, institucional, corporativo, autônomo, etc., seria dividido e funcionaria em duas dimensões, uma consultiva e outra contenciosa.

No âmbito acadêmico esta dicotomia também estaria presente, na medida em que o estudo do direito processual é autônomo e dedicado exclusivamente às questões contenciosas, sejam judiciais ou administrativas. A vocação exclusivamente contenciosa e a independência do direito processual são de tal envergadura, que sua aplicação pode, por exemplo, gerar um resultado que será diverso daquele previsto pelo direito material para o caso.

Ocorre que apesar desta aparente realidade operativa, que estaria presente em todo o sistema jurídico, o mesmo não ocorre no âmbito do Judiciário. Logo no maior expoente do sistema, na *ultima ratio* da definição do direito aplicável às sociedades democráticas e que reconhecem, inspiradas na proposição clássica de Montesquieu¹, a independência e harmonia entre os três poderes estatais, não se verificaria instância similar.

Por outro lado, não se ignora a profunda diferença existente entre uma mera característica operativa e uma anomalia sistêmica. Portanto, delimitar os contornos que demonstrem se tratar, de fato, de uma fratura no sistema será um elemento central da investigação que orienta o presente estudo.

A hipótese que se apresenta é, em essência, estudar uma forma inédita de encarar o Subsistema do Judiciário e de o contextualizar, enquanto Subsistema do Sistema do Direito, à demanda social que se impõe.

Partindo das premissas concretas de que a definição sobre o que é lícito ou ilícito é um monopólio do Estado, exercido através do Subsistema do Judiciário na avaliação de casos concretos, e de que a dialética jurídica cada vez mais finca

¹ MONTESQUIEU, Barão de la Brède e de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

bases no terreno arenoso da argumentação advinda dos Tribunais, a busca social por uma precisa compreensão do código direito ou não-direito nos parece legítima e também parece dialogar com o anseio básico por segurança jurídica.

No momento em que tal possibilidade inexistente, isto é, no momento em que não se oportuniza a submissão prévia ao Subsistema constituído pelo Judiciário, cria-se a possibilidade de que qualquer agir aparentemente lícito tenha o potencial de ser considerado não-direito sob a égide de um processo judicial.

Tal incerteza, portanto, pode demonstrar a existência de uma lacuna no Subsistema mais importante no Sistema do Direito.

Não seria razoável admitir que a definição sobre o código direito ou não direito só viesse a ocorrer após a conduta social ter se materializado, salvo na específica atuação contenciosa. É da natureza da relação contenciosa que a definição ocorra *a posteriori*, e isso ocorre por se tratar de hipóteses de exceção, ou seja, de hipóteses onde a divergência - seja entre partes ou entre uma parte e sua compreensão da adequação do fato à norma - for inconciliável.

Ocorre que na atualidade o Subsistema do Judiciário não é chamado para dirimir apenas hipóteses de exceção, de contencioso propriamente ditas. A participação do Judiciário em temas onde não há um consenso social, e onde muitas vezes sequer há consenso no parlamento, altera sua atuação original.

Tal alteração faz com que se torne relevante investigar se tal atuação possa prosseguir ocorrendo apenas posteriormente à disseminação de determinada conduta social, ou se para a solução dessa aparente contingência sistêmica, uma atuação prévia, consultiva, se imporia.

Portanto, a pesquisa quer investigar se aqui reside o cerne da fratura que impede o correto funcionamento do Sistema do Direito, do qual o Judiciário integra.

A fratura que inviabiliza a adequada locomoção do corpo, outrora nascido para funcionar harmonicamente, pode explicar a perda de eficiência, a morosidade da prestação jurisdicional, a coexistência de pronunciamentos antagônicos, a consolidação de diferentes direitos para situações idênticas e, de forma potencialmente letal para o organismo, explicar a sensação de ausência de segurança jurídica, tão em voga nos discursos sobre esta temática.

Assim, o estudo também se propõe a investigar se o direito, aqui considerado na perspectiva luhmanniana como um Sistema operativo, deveria entregar para a

sociedade a possibilidade de acionar o Subsistema do Judiciário previamente à existência de um litígio.

Neste sentido, parece-nos razoável e instigante mergulhar fundo na racionalidade que subsidia a ausência de faceta consultiva no Judiciário, de molde a compreender - e eventualmente desafiar - a compreensão de que a atividade julgadora só pode ser realizada no âmbito de um conflito de interesses formalmente constituído entre partes.

Portanto, a óbvia crítica que poderia questionar a pesquisa logo de início, nos parece que seria a afirmação de que o estudo se resumiria, em última análise, a um simples método prévio de consolidação da jurisprudência.

Ainda em nível introdutório, a resposta que podemos apresentar é que a atuação consultiva do Subsistema do Judiciário, na forma aqui investigada, pouco se assemelha à atuação contenciosa. Não se trata de propor que o processo judicial apenas ganhe novo nome, nova roupagem, ou que o juiz deixe de “sentenciar”, passando a simplesmente “opinar” sobre as questões que lhe forem submetidas.

Se a pesquisa dogmática demonstrar, a partir do diálogo entre a Teoria do Direito e a Teoria dos Sistemas, que é razoável propor que a ausência de dimensão consultiva no Judiciário constitui uma anomalia sistêmica e que enquanto contingência precisa ser tratada, o modelo de Judiciário consultivo que se pretende apresentar constituirá uma alternativa de correção para o problema.

Além disso, se a proposta for sólida o suficiente, estaremos diante de uma mudança ontológica da atuação do Judiciário, na medida em que agrega uma dimensão até o momento ignorada pelos Tribunais e que, conseqüentemente, diferirá da forma como a jurisprudência se consolida (ou não se consolida) no Brasil atualmente.

Vale dizer, portanto, que integra os limites da presente pesquisa saber se a ausência de dimensão consultiva no Judiciário se trata de uma verdadeira anomalia no Sistema do Direito e se, para além de uma mera irritação sistêmica autopoiética, ela contribuiria para um déficit de eficiência na prestação jurisdicional.

Estando assim delimitada a hipótese de pesquisa e a indagação dela advinda, sobrevêm três obstáculos iniciais que pretendemos superar, ora sintetizados na forma de perguntas derivadas: Qual o interesse em descobrir a resposta? Há relevância acadêmica? Há aplicação prática?

Ainda que diante de tais obstáculos poderosos, nossa intuição continua apontando para a oportunidade da pesquisa. A essência do presente trabalho pretende ser uma investigação no espectro de um diálogo entre a Teoria do Direito e a Teoria dos Sistemas. As bases nas quais o estudo será desenvolvido visam refletir sobre a adequação de uma realidade operativa de um Subsistema, em cotejo com a fundação que estrutura o próprio Sistema do Direito como um todo.

A relevância acadêmica, portanto, nos parece presente na medida em que a pesquisa pretende enveredar por caminhos e atalhos ainda não explorados pela Teoria do Direito sobre a Teoria dos Sistemas de Luhmann.

Acreditamos que somente por isso já teríamos elementos para intuir uma possível utilidade da investigação apresentada no presente trabalho, em especial pelo fomento ao debate e para a reflexão acadêmica. Todavia, a expectativa é de que a pesquisa possa ir mais além e que traga consigo uma oportunidade ainda maior, ou seja, que traga a oportunidade de que suas reflexões tenham o potencial de sugerir a revisão de procedimentos hoje existentes, culminando talvez, enfim, e certamente após a contribuição advinda da esperada crítica acadêmica, com uma alternativa de funcionamento para o Subsistema do Judiciário.

Para o alcance da finalidade almejada com o presente trabalho, teremos a dogmática jurídica como o eixo orientativo do estudo, o que faz com que a metodologia utilizada, portanto, seja principalmente a revisão bibliográfica, com a consequente racionalização crítica da literatura nacional e estrangeira.

Ocasionalmente haverá a análise de dados que demonstrem o comportamento da jurisprudência sobre determinado ponto específico, ou mesmo que demonstrem em números o estado de eficiência em que se encontra o Subsistema do Judiciário brasileiro na atualidade. Nas oportunidades em que tais dados forem apresentados, a fonte será o repositório oficial do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

Superada a fase inicial de apresentação do trabalho, vale elucidar, ainda em sede de considerações introdutórias, qual o percurso que a pesquisa trilhará para que sejamos capazes de entregar um resultado que demonstre consistência metodológica, aprofundamento adequado da literatura relacionada e racionalidade compatível com o nível de doutoramento.

Indo direto ao ponto, vale esclarecer que a pesquisa está dividida em cinco capítulos, sendo quase integralmente dedicados à investigação dogmática. Em algumas oportunidades utilizaremos dados empíricos como suporte à alguns tópicos da argumentação neles inserida, como mencionado anteriormente. O trabalho se encerrará no capítulo cinco, que será integralmente dedicado para a apresentação da conclusão final.

Evitando a narrativa “manualística”, o texto em si não pretende esgotar pedagogicamente as teorias sobre as quais a pesquisa se manifestará, salvo naqueles aspectos em que o aprofundamento for essencial para o estabelecimento das bases dogmáticas nas quais a presente proposta buscará fundamento.

No mesmo sentido, a crítica ao funcionamento do Judiciário pela opção de apenas operar na dimensão contenciosa, não tem a pretensão de esgotar a identificação de pontos de melhoria e nem de apontar todas as vantagens da dimensão consultiva. O objetivo será, assim como ao juiz não é imposto enfrentar todos os argumentos deduzidos pela parte, trazer elementos que demonstrem que o funcionamento apenas na dimensão contenciosa gera problemas e que há pontos nos quais a dimensão consultiva poderá ser uma alternativa de eficiência.

Assim, o primeiro capítulo pretende investigar se a realidade operativa do Sistema do Direito é um todo indivisível, ou se de fato, como intuímos, ele opera em duas dimensões, sendo uma contenciosa e a outra consultiva. A mesma investigação será replicada para o Subsistema do Judiciário, considerado na pesquisa como um Subsistema operativo do Sistema do Direito.

E daí advém a provocação do título, que sugere uma nova reflexão sobre o *locus* sistêmico do Subsistema do Judiciário. Para a entrega da tarefa, portanto, nos propomos a utilizar a ótica da Teoria dos Sistemas de Luhmann, mas não hermeticamente circunscrita à inteligência do professor, na medida em que as reflexões serão apresentadas em perspectiva, considerando o contexto brasileiro atual, em especial os desafios e a velocidade tecnológica que impõem sua marca no presente século XXI.

A investigação dogmática, portanto, partirá do diálogo entre o papel do Subsistema do Judiciário, considerado em sua autorreferencialidade autopoietica, e as expectativas sociais que se supõe razoáveis quanto a atuação desta instituição estatal.

Com efeito, a dimensão contenciosa é muito conhecida pela sociedade em geral, ainda que a compreensão técnica esteja sequestrada pelos doutores da lei. Da forma mais simples que podemos descrever, diríamos que a compreensão social, portanto, residiria no entendimento de que ao Judiciário compete decidir quem tem razão quando houver uma divergência entre pessoas ou instituições.

A despeito das naturais críticas a um órgão estatal lento e quase indecifrável em suas idiosincrasias autorreferenciais para a sociedade leiga, não há como negar que exista alguma medida de aceitação social para o Subsistema do Judiciário. De fato, é de se considerar que parcela da sociedade acredita no Subsistema, independente do resultado dos julgamentos.

Ainda que se pondere que o elemento volitivo social possa estar viciado, diante da coercibilidade imanente do Subsistema do Judiciário, ainda assim não nos parece absurdo considerar que exista uma medida de confiança no sistema, uma medida de confiança no procedimento.

Ocorre que na conformação atual o Judiciário somente se dedica aos conflitos de interesses. O direito, na perspectiva atual, só merece apreciação do Estado-Juiz se estiver no bojo de uma discussão em concreto.

Por outro lado, a dimensão do consultivo é muito mais presente na regulação da vida em sociedade. Toda a relação entre o particular e o poder público ou, em outras palavras, tudo aquilo que pode ou não pode ser feito e, mais, como pode ou como não pode ser feito, foi previamente definido por uma manifestação jurídica em nível consultivo. De forma similar, grande parte das decisões de empresas e instituições no âmbito corporativo privado, foram previamente lastreadas por uma decisão jurídica consultiva.

Com isso, queremos propor que numa perspectiva de bom senso, podemos concluir que no Sistema do Direito como um todo a atuação contenciosa é apenas residual, quando comparada ao espectro de interações que o Sistema do Direito tem com outros Sistemas Sociais. Com isso, não se pretende, em nenhuma medida, reduzir a importância da atuação do Judiciário enquanto instância contenciosa. Não se trata disso.

O ponto que se quer investigar, advém da intuição de que ao se dedicar apenas à dimensão contenciosa, o Judiciário perde a oportunidade de atuar de forma mais abrangente e eficiente e, o que é ainda pior, perde a oportunidade de

evitar que questões comezinhas sejam submetidas à sua apreciação, contribuindo para o assoberbamento das Cortes.

E ao perder essa oportunidade, perderia sintonia com os anseios sociais típicos dos tempos atuais, colocando em risco a sua própria operatividade. Há décadas que a impaciência e a frustração sociais quanto ao tempo de resposta do Subsistema do Judiciário são pauta nas discussões sobre o tema. Hoje, num contexto de sociedade conectada nas redes e de expectativas por respostas que não se espera mais que venham de forma célere, mas sim imediatamente, a capacidade do Subsistema do Judiciário de assegurar o reconhecimento da importância do seu papel no seio da sociedade fica em xeque.

A constatação conclusiva que se antevê para o capítulo, portanto, é que a inexistência de dimensão consultiva no Subsistema do Judiciário constitui uma anomalia sistêmica.

O segundo capítulo será dedicado ao aprofundamento da base dogmática de Teoria do Direito que compõe o sistema jurídico brasileiro, dando enfoque para as propostas aparentemente mais difundidas na atualidade.

Diante da miríade de interpretações que se vê presente na literatura nacional, aliada à multiplicidade de aplicações implementadas pelo Judiciário contencioso, acreditamos que para o atingimento dos fins colimados pela pesquisa e, ainda mais importante, para que haja uma racionalidade linear na exposição da tese, faz-se necessário estabelecer não somente a base de Teoria do Direito que nos referenda, mas, ainda mais importante, deixar clara qual é a compreensão que adotaremos destes elementos teóricos.

Trata-se de opção metodológica, de molde a delimitar o recorte dogmático que será a base da racionalidade de Teoria do Direito, que será utilizada nesta proposta de tese para dialogar com a Teoria dos Sistemas. O objetivo central, portanto, é situar o leitor, numa espécie de bússola crítica de Teoria do Direito, a fim de superarmos questionamentos não abrangidos pelo segmento decotado.

Assim, o capítulo iniciará *an passant* com as reflexões de filosofia do direito sobre dever ou não a moral integrar o conceito de direito e se o direito necessariamente teria uma pretensão de correção. A toda evidência, a opção inicial

do capítulo é se ancorar na proposta de Alexy², fazendo a necessária digressão à perspectiva kantiana³ do ponto.

“*Importa como os juízes decidem os casos*”⁴. A lucidez pragmática de Dworkin, chamando a atenção para atividade jurisdicional como o centro para a compreensão do direito, é o ponto seguinte da sedimentação deste segundo capítulo.

Neste ponto, a pesquisa utilizará a perspectiva dworkiana, em especial sua visão do direito como uma prática interpretativa, como algo em permanente construção - ou seja, como uma interpretação construtiva de uma prática social realizada pelo Judiciário - para promover o diálogo com a realidade brasileira, de um país de tradição *civil law* e que vive a multiplicidade de atores na formação do direito, desde as discussões no âmbito de um parlamento plural, até o relacionamento da sociedade com o direito constituído.

Neste contexto, o ceticismo de Waldron⁵ quanto a importância do parlamento e a relevância da proposição de Hart⁶ quanto à norma de reconhecimento, serão temas abordados enquanto contrapontos necessários, sem descurar, entretanto, de nossa opção metodológica por este específico pragmatismo dworkiano. Trata-se, na proposta da pesquisa, de um passo adiante na compreensão da Teoria do Direito que hoje se pratica neste lado do atlântico sul.

O passo seguinte residirá no reconhecimento da linguagem como o *medium* universal, na inteligência de Gadamer⁷, em especial sua superação do binômio compreensão-interpretação, trazendo a aplicação para dentro do processo hermenêutico, que agora passa a ser considerado como um processo unitário. Reconhece o filósofo, enfim, a existência de uma tensão entre o texto da lei e o sentido que gera a sua aplicação concreta, no instante em que é interpretada.

² ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 3-5.

³ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008, p. 79.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Fontana Press. London. 1986, p. 1.

⁵ WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Ed. Cambridge University Press. United States, New York. 1999.

⁶ HART, Herbert L.A. *The concept of law*. Clarendon Law Series. Great Britain. 1991, p. 97-107.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev.Trad. Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 559-567.

Para que haja uma compreensão ampla da proposta de Gadamer, faz-se necessária uma contextualização sobre a preocupação de Heidegger em demonstrar que a realidade não será apenas uma compreensão entre tantas outras possíveis, mas sim, e tão somente, uma única e que será a definidora da essência do ente⁸.

E essa discussão filosófica dialoga com o presente trabalho, na medida em que a ameaça de uma discricionariedade desmedida no âmbito do Judiciário contencioso é fantasma que assombra o cotidiano dos Tribunais e que, em última análise, culmina por enfraquecer a própria autonomia do direito. A proposta da hermenêutica jurídica, em última análise, é alcançar a resposta correta pra cada caso, sendo este um ponto relevante para as reflexões desta pesquisa.

Ademais, trata-se de mais uma incorporação da filosofia que vem sendo utilizada para referendar alternativas discursivas hábeis a ordenar a atuação do Judiciário contencioso. Não há como ignorar sua importância para a pesquisa que se apresenta, portanto.

Acreditamos que o desafio que se apresenta para a argumentação jurídica, na perspectiva hermenêutica, portanto, é ter uma metodologia discursiva hábil a não descurar da facticidade e da historicidade, num modelo que seja replicável e escalável.

E neste ponto retomamos o pragmatismo que se precisa ter em mente quando se pretende analisar uma teoria jurídica no contexto de uma teoria social, para darmos um passo adiante e trazer para o estudo as contribuições tipicamente brasileiras de Streck⁹, evoluídas na proposta de Abboud¹⁰.

Caminhando para a finalização do capítulo, não há como ignorar que os limites, as fronteiras de atuação do Judiciário contencioso são delimitadas pelo direito processual. Assim, o direito processual não apenas delimita a atuação, como em alguma medida garante que haja o funcionamento ordenado da dinâmica contenciosa.

Daí a importância de sua abordagem em uma pesquisa que se propõe a investigar tanto a existência de uma eventual bidimensionalidade do Sistema do

⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Bragança Paulista: Vozes, 2011, p. 270.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 327-403.

¹⁰ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. [livro eletrônico]. 3ª. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 158.

Direito, como a oportunidade de se pensar na atuação do Judiciário em sede consultiva.

Por este motivo a pesquisa chama a atenção para a possibilidade de que o Judiciário consultivo não esteja submetido ao hermetismo do direito processual.

Não é objeto do recorte criticar o direito processual brasileiro, mas, apenas e tão somente, apontar uma constatação fática, ou seja, a de que no julgamento de um caso concreto as possibilidades de aplicação do direito material podem ser reduzidas, diante do necessário respeito às regras processuais, como por exemplo, as hipóteses de preclusão.

Ora, dentro do processo a busca pela “verdade”, que é elemento gerador de profundas reflexões nas ciências humanas, necessita se submeter a critérios formais que em nada dialogam com a fenomenologia. Nos autos, a verdade que é “material”, ou seja, a que de fato corresponde ao “real”, somente existirá se coincidir com aquela que é chamada de “processual”, ou seja, aquela que puder ser demonstrada de acordo com o espectro de possibilidades de prova descrito pelo Estatuto Processual.

Pretendemos investigar, neste diapasão, se uma instância consultiva do Judiciário poderia ir além do formalismo processual, possibilitando uma análise técnica sem enfrentar obstáculos e impedimentos advindos do procedimento adotado ou do estágio do processo.

Assim, no segundo capítulo a pesquisa espera delimitar adequada e precisamente um recorte de Teoria do Direito e o utilizar num diálogo com a Teoria dos Sistemas. Em outras palavras, o que se espera construir em nosso esforço de pesquisa será a legitimação teórico-dogmática para o Judiciário consultivo.

Na sequência iniciaremos o capítulo três, cujo desafio da pesquisa será apontar aspectos de complexidade teórico-dogmática que refletem na atividade de aplicação do direito e, conseqüentemente, no próprio Subsistema do Judiciário, a fim de investigar se a alternativa do Judiciário consultivo traz em si a possibilidade de ser um contributo para a redução desta mesma complexidade.

Portanto, pretenderemos investigar teoricamente se o Judiciário promove uma anomalia no Sistema do Direito ao não operar na dimensão consultiva e se esta anomalia geraria uma irritação sistêmica, em especial quanto à entrega de jurisdição em prazo razoável. Em outras palavras, a pesquisa quer saber se a ausência da

dimensão consultiva no Judiciário contribui negativamente para o seu funcionamento enquanto o Subsistema mais importante do Sistema do Direito.

Abre-se aqui uma janela para investigar a relação entre as dimensões contenciosa e consultiva, como um paralelo à unidade da diferença proposta na Teoria dos Sistemas, possibilitando, enfim, propor que a dimensão consultiva seria a vocacionada para a preservação da autorreferencialidade do Sistema do Direito. Além disso, abrir-se-ia a possibilidade para que o contencioso admitisse a influência do Ambiente para a solução de casos concretos, sem que assim contaminasse a binariedade própria do Sistema.

Torna-se pertinente, no espectro questionador da pesquisa, portanto, uma reflexão sobre o papel do direito como regulador da sociedade, de acordo com seus próprios parâmetros autorreferenciais. A investigação busca refletir, neste sentido, se hoje a Teoria do Direito indica um modelo no qual o Sistema do Direito ditará a dimensão do ser, ou se ditará a dimensão do dever ser para a sociedade. Em outras palavras, o ponto busca dialogar com a Teoria dos Sistemas para refletir sobre a dualidade entre a perspectiva na qual o Direito serviria para garantir o padrão de conduta que fosse ditado pela própria sociedade (pelo Ambiente) ou, em outra direção, se o Direito ditaria um padrão de conduta autorreferencialmente idealizado.

Mergulhando um pouco mais fundo na seara teórica que investigará a ideia do Judiciário consultivo, a pesquisa proporá que as teorias da argumentação jurídica modificaram o *locus* hermenêutico do direito. Neste sentido, escorados em De Giorgi, sustentaremos que apesar do discurso corrente apontar para a manutenção do fundamento de validade do direito na constituição, a realidade prática sugeriria que sua matriz de significado residiria numa rasa retórica lastreada em princípios, fazendo com que estes se transformassem em meros vazios semânticos ao dispor do discurso discricionário de ocasião.

Neste sentido, não são raras as hipóteses nas quais é a fundamentação na utilização do princípio que lhe confere conteúdo. Porém, este conteúdo não lhe é próprio e sim atribuído. Isso quer dizer que a cada nova argumentação, cada nova criação de sentido, o princípio significará algo diferente. E se cada vez que o princípio for utilizado ele puder significar algo diferente, exurgirá o risco de mal uso, no sentido de poder ser o princípio utilizado como um manto semântico que encobre os verdadeiros fundamentos da decisão.

A pesquisa quer saber se o julgamento da matéria de direito em tese, possibilitaria que o Judiciário tivesse uma definição sobre a incidência, significado e extensão de determinado princípio ao caso concreto, evitando que os jurisdicionados ficassem expostos à miríade de interpretações diversas que hoje são a realidade da entrega dos Tribunais.

Daí o trabalho pretender propor que estamos diante de uma oportunidade de mutação na aplicação dos princípios, ao transformá-los de vazios semânticos em direito constituído.

A hipótese que se quer investigar aqui, é a de que a possibilidade de decidir “*em tese*” possibilitaria dirimir a questão de direito previamente à judicialização, restando ao contencioso, neste sentido, analisar os contornos do caso concreto, tendo por superada a matéria de direito que, no sistema atual, somente é analisada pelos Tribunais Superiores após anos de tramitação simultânea de um sem número de ações judiciais.

Ainda na hipótese, temos que o vazio semântico aqui apontado não deve ser encarado como um buraco negro, no qual o nada guarda morada, tragando toda a luz a sua volta. Aqui, o vazio metafórico melhor dialoga com a tela em branco, na qual o artista do direito nela imprimirá as matizes e os contornos que melhor se adequarem - ao menos em sua perspectiva - ao caso concreto.

No final do dia, entretanto, a tela em branco nada mais será do que o bem da vida que se submeteu à avaliação do Estado-juiz e, portanto, não se poderia admitir serenamente que a cada pintor incumbirá um viés ao desvelar a verdade, que será constituída a partir da consolidação do provimento jurisdicional definitivo.

Se a pesquisa obtiver confirmações teóricas, neste particular, o *locus* da unidade da diferença entre o Judiciário consultivo e o Judiciário contencioso, portanto, residiria na prestação efetiva da jurisdição, na criação de um senso comum de segurança jurídica, culminando com a desejada distribuição da justiça.

Trata-se o capítulo, portanto, de um mergulho em busca da redução de uma complexidade que fora gerada contingencialmente no interior do próprio Subsistema do Judiciário.

A entrega almejada no capítulo três, neste sentido, será a demonstração de que o Judiciário contencioso não é capaz de ser eficiente em todas as oportunidades

nas quais o Estado-Juiz é chamado a atuar e que o Judiciário consultivo tem a capacidade de preencher algumas destas lacunas.

Se as respostas encontradas na presente investigação indicarem um espectro de possibilidade que referende a intuição que é a sua gênese, daremos início ao capítulo quatro, que pretende tratar especificamente da proposta de um Judiciário consultivo.

Inicialmente o foco será considerar os aspectos macro dos objetivos almejados, apresentando uma estrutura que faça sentido dentro dos contextos analisados, em especial em face da própria perspectiva autorreferencial do direito.

Como tudo é contingência, talvez o Judiciário consultivo seja a contingência para corrigir a anomalia sistêmica intuitivamente apontada e que cuja existência a esta altura a pesquisa terá reconhecido ao menos como uma possibilidade.

Inaugura-se o capítulo, portanto, dedicando-se à investigação sobre os limites e as possibilidades desse Judiciário consultivo que se pretende descrever. Dentro do espectro de possibilidades, encontra-se a capacidade de consolidar o entendimento sobre determinada matéria, antes que centenas, milhares de processos individuais sejam submetidos ao Judiciário contencioso.

Neste sentido, chega a ser quixotesco empreender a tarefa de extrair o “posicionamento consolidado da Corte”. A prática do operador de direito demonstra que a edição de verbetes da súmula de jurisprudência dos Tribunais contenciosos, apesar de ser uma prática muito positiva, atende apenas de forma muito tímida ao objetivo de pacificar entendimento nos Colegiados.

Se a pesquisa tiver logrado êxito em demonstrar que o discurso ocupou o lugar da legislação e que os princípios de direito se tornaram vazios semânticos, a consolidação da jurisprudência será uma meta quase inexecutável. Inexecutável porque cada caso comportará um discurso, uma aplicação de princípio diversa.

De toda forma, este não seria o principal problema no campo da segurança jurídica que o Judiciário consultivo enfrentaria. A questão central, neste particular, é que quando o processo é iniciado, o conflito já se instalou. Não parece absurdo, porém, presumir empiricamente que o conflito se instala, com muita frequência, sempre que não há clareza sobre qual o direito aplicável ao caso.

O contencioso, portanto, sempre é posterior. O contencioso resolve, mas não evita. O contencioso é o medicamento para uma doença instalada enquanto o

Judiciário consultivo é a proposta de prevenção para uma grave doença. Neste sentido, o contencioso está tanto para o AZT, quanto o Judiciário consultivo está para o preservativo.

Uma complexidade inserta no âmbito da dinâmica dos Tribunais é a necessidade de que casos similares sejam julgados de forma similar e que a interpretação da lei seja apenas uma. Não há novidade alguma em propor que a questão de fundo para a solução ou mitigação desta complexidade é a entrega de segurança jurídica. Por outro lado, a segurança jurídica costuma ser apresentada com o viés de busca de que todas as decisões obedeçam ao mesmo padrão de racionalidade e que entreguem, ao final, decisões idênticas para casos idênticos e diferentes, para casos diversos.

Da forma como a pesquisa enxerga a complexidade do Sistema, não haveria como considerar possível alcançar um padrão de resposta jurisdicional, no âmbito de um país continental, que possui um sistema Judiciário com dezenas de milhares de julgadores e que, diariamente, decidem centenas de milhares de processos, que somados aos demais que aguardam decisão foram propostos por milhões de pessoas, com cada um trazendo um viés de individualidade.

A particular complexidade deste ponto, ao menos na forma como a presente pesquisa quer investigar, sugere solução de outro matiz. A consolidação de julgamentos em tese, sobre matérias de direito específicas, propiciaria que todos os processos futuros que versassem sobre o mesmo tema tivessem a atenção devida e centrada nos pontos que os tornam especiais. Ao julgador de um processo individual, cuja matéria de direito já tiver sido apreciada em nível consultivo, restará interpretar no que aquele caso é aderente ou diferente do arquétipo decidido em tese.

O esforço hermenêutico, hoje exercido simultaneamente por vários julgadores país adentro, não será necessário para as demandas desta natureza, possibilitando que as demais recebam a atenção dedicada que merecem.

Em que pese nos parecer que a opção consultiva concentrada seja um redutor de complexidade, o que se conclui inicialmente pela obviedade de que porções menores do Sistema são menos complexas do que o Sistema em sua completude, não há como negar que a proposta se insere no contexto do próprio Subsistema do Judiciário, fazendo com que daí derive o interesse da pesquisa em

investigar se não foram as próprias contingências autorreferenciais do Judiciário que contribuíram para o recrudescimento de parte destes problemas.

Neste ponto, a pesquisa analisará dados empíricos, em especial os produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, acerca dos números que envolvem a atuação do Subsistema do Judiciário no Brasil. A verificação inicial já realizada revela alguns dados muito esclarecedores, nos legitimando a concluir introdutoriamente que não existirá alternativa viável, se esta considerar o aumento da estrutura do Subsistema do Judiciário, diante das possibilidades materiais do Estado brasileiro.

Ora, se é verdade que quanto maior for o Subsistema do Judiciário, melhores condições ele terá de contribuir para a efetivação de direitos, mais verdade será que o Estado possui limites econômicos, e, até mesmo, limites de razoabilidade, para o tamanho da sua estrutura.

Nas últimas décadas o Subsistema do Judiciário, em suas facetas estadual, federal, trabalhista, etc., cresceu, se tornou mais produtivo, dirimiu um número considerável de litígios, mas, ainda assim, não foi capaz de convencer plenamente a sociedade de que é uma estrutura eficiente e que gera valor tanto para o próprio Sistema, como para o Ambiente.

Segundo números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, somente no ano de 2017 foram ajuizadas quase 30 Milhões de novos processos judiciais, sendo que cerca de 84% de todos os litígios iniciados em 2017 se concentraram entre as Justiças Estadual e Federal, ou seja, processos comuns. Os números desta introdução permanecem os mesmos de sua coleta inicial, que é contemporânea ao ingresso no programa de doutorado do IDP e no capítulo próprio serão atualizados. Lá verificaremos, portanto, se a intuição introdutória se confirmou, a partir do agravamento dos números, ou se se mostrou equivocada, diante uma possível curva positiva de eficiência.

Assim, quando consideramos a quantidade desses processos que ainda estavam em análise no ano de 2019 (80 Milhões), fica evidente que o funil é a alegoria mais adequada para representar esta constatação.

Isto porque o CNJ identificou que “[...] a série histórica da taxa de congestionamento [...] aponta valores relativamente estáveis ao longo dos anos,

com decréscimo em 2017”¹¹. Em outras palavras, o que podemos afirmar é que a capacidade de julgamento dos Tribunais é ainda inferior ao volume de novos ajuizamentos, fazendo com que a equação não alcance saldo zero e gerando o indicativo de que em algum momento no futuro o sistema venha a colapsar.

E por falar em estrutura, o mesmo relatório do CNJ indicou que para o financiamento necessário para a manutenção de todo o Subsistema do Judiciário no Brasil, foram consumidos pouco mais de R\$ 90 Bilhões de reais, apenas no ano de 2017. Deste total, cerca de 74% destes recursos foram consumidos pelas Justiças Estadual e Federal, mais os Tribunais Superiores.

E todos estes recursos foram utilizados para resolver questões que poderiam nem sequer ter ocorrido ou que poderiam ter sido resolvidas poucos dias depois de seu início, caso houvesse uma dimensão consultiva que previamente houvesse decidido a hipótese de direito subjacente a cada uma destas lides. Veja-se, neste sentido, que o relatório 2018, base 2017, do CNJ, informa que na Justiça Federal o assunto mais demandado foi “*Direito Previdenciário: Benefícios em Espécie/Auxílio-Doença Previdenciário*”. No âmbito dos Tribunais Superiores o assunto mais demandado foi “*Direito Civil: Obrigações / Espécies de Contratos*” e os dados estatísticos do Superior Tribunal de Justiça - STJ¹² revelam que o assunto mais recorrente nos últimos 5 anos foi “*Contratos Bancários*”.

Por outro lado, e ao contrário do que possa parecer ao crítico mais açodado, a pesquisa pretende demonstrar que a criação da instância consultiva no âmbito do Judiciário não significaria maior asoberbamento das Cortes Superiores. A proposta visa estruturar um rol de requisitos com pretensão de resolver ou minimizar o problema, como, por exemplo, a necessidade de que as consultas submetidas passassem por um filtro de admissibilidade, possibilitando a rejeição daquelas que não se revestissem dos elementos que as legitimassem a apreciação.

A atuação prática das Turmas consultivas poderia equacionar questões envolvendo relações entre o Poder Público e os Particulares, como, por exemplo, a definição sobre se determinada conduta configuraria ou não uma hipótese de incidência tributária. Poderia, outrossim, dirimir querelas entre Instituições Privadas e

¹¹ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em 06 jan. 2019, p. 135.

¹² Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório estatístico 2017*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>>, acesso em 30/10/2018.

a Sociedade em geral, como a definição se determinada cláusula em um contrato de adesão estaria adequada à proteção do consumidor. Poderia, inclusive, resolver questões operacionais de funcionamento do Estado que tenham como matéria de fundo a entrega de um direito fundamental descrito na constituição, como, por exemplo, traçar os contornos objetivos para o fornecimento de medicamentos em situações de urgência.

Além disso, o Judiciário poderia efetivar seu papel constitucional de integrante do Estado, entregando as respostas que a sociedade aguarda, neste particular. A judicialização da política, que é questão tão debatida tanto na sociedade em geral, quanto na academia, poderia ser melhor endereçada, inclusive numa perspectiva mais harmônica, se realizada no campo da consulta sobre o direito em tese.

Tratam-se de meros exemplos da miríade de possibilidades de atuação mais eficiente do Subsistema do Judiciário. Através destes meros exemplos, a pesquisa pretenderá demonstrar a possibilidade de evitar a judicialização de massa, permitindo uma atuação mais efetiva do Judiciário, corrigindo, em última análise, a anomalia sistêmica hoje existente.

De forma um pouco mais profunda, a perspectiva macro que se pretende apresentar é o potencial que o Judiciário consultivo tem de estabelecer teses jurídicas, sem a natural contaminação pelas vicissitudes e idiossincrasias de situações pontuais que se apresentam no bojo de um caso concreto.

Na sequência, o capítulo evoluirá a proposta, mas agora tendo por foco a perspectiva micro da proposta.

Portanto, aqui a pesquisa tratará da estrutura do Judiciário consultivo em si e de sua organização na forma de turmas dedicadas ao trabalho consultivo nos Tribunais superiores. Também haverá espaço para a descrição de como as atividades deverão se desenrolar, como, por exemplo, a ausência de votos individuais, a fim de que a pacificação do entendimento comece na própria Corte, bem como a definição de alguns critérios para a seleção das consultas que serão respondidas, dentre outros.

Na sequência, o capítulo evoluirá a proposta, mas agora tendo por foco a sua perspectiva micro, o que significa que a pesquisa tratará da estrutura do Judiciário consultivo em si e de sua organização na forma de turmas dedicadas ao trabalho consultivo nos Tribunais Superiores. Também haverá espaço para a descrição de

como as atividades deverão se desenrolar, como, por exemplo, a ausência de votos individuais, a fim de que a pacificação do entendimento comece na própria Corte, bem como a definição de alguns critérios para a seleção das consultas que serão respondidas, dentre outros.

Prosseguindo, a pesquisa analisará modelos de estruturas consultivas existentes em Órgãos e Instituições julgadoras no Brasil, bem como no âmbito do direito comparado, a fim de contextualizar e demonstrar como já haveria um Ambiente propício e maduro para o experimento de um Judiciário consultivo. Na sequência, a interação será com o direito processual, a fim de demonstrar coerência e aderência ao sistema Judiciário brasileiro.

Assim, o texto será estruturado para enfatizar as quatro dimensões nas quais a alternativa do Judiciário consultivo pode trazer benefícios para o sistema Judiciário: segurança jurídica, efetivação dos direitos fundamentais, eficiência do Estado propriamente dita e a ordenação do diálogo harmônico entre os poderes.

Nesta construção teórico-hipotética, a proposta não pretenderá subtrair parcela de independência dos julgadores, mas sim inserir ferramentas que lhes permitam analisar os processos amiúde. Ao invés de gerir grandes estruturas de Varas e Secretarias, que mais se assemelham a uma atividade mecanizada, pré-ordenada a aglomerar e pasteurizar a resposta estatal, a proposta visa dar instrumento para que o Subsistema do Judiciário, continuando a ser a *ultima ratio* do Sistema do Direito, atue melhor.

E com este viés argumentativo a pesquisa rumará para as suas conclusões. Ao final do trabalho, portanto, a síntese conclusiva encerrará o conteúdo material do objeto da presente investigação, a qual apresentaremos com a pretensão de que esteja adequada para aprovação em nível de doutoramento.

A expectativa da pesquisa é que neste ponto já tenhamos conseguido demonstrar que o Judiciário consultivo se trata de um modelo possível, permitindo uma síntese conclusiva da integralidade do estudo.

Todavia, ainda que tenhamos logrado êxito em demonstrar a hipótese proposta, ou seja, ainda que tenhamos conseguido demonstrar tanto a existência de uma dimensão consultiva no Subsistema do Judiciário, como apresentar formalmente um esboço de sua estrutura, ainda assim não seria suficiente para satisfazer plenamente aos objetivos aos quais nos propomos.

Isso porque, retomando os três primeiros capítulos do trabalho, nosso foco central é a proposição de que há elementos, a partir de um diálogo entre a Teoria do Direito e a Teoria dos Sistemas, que nos permitem concluir pela existência de uma fissura no Sistema do Direito e que esta fissura seria de tal ordem que se imporia uma contingência como resposta à anomalia sistêmica identificada.

Ainda mais longe do que isso, teremos alcançado os objetivos se a pesquisa tiver tido sucesso em sugerir de forma estruturada que os problemas atuais submetidos ao Subsistema do Judiciário não poderiam ser resolvidos exclusivamente com a racionalidade autorreferencial do mundo do direito.

Como já dito, a proposta desta pesquisa não tem a pretensão de resolver integralmente o problema, mas sim de propor uma alternativa de melhoria ao funcionamento do Sistema. Trata-se de uma proposta de avanço. Nada mais, nada menos.

Sendo assim, parece-nos que o trabalho terá sido exitoso se entregar consistência o suficiente para estimular o debate em âmbito acadêmico, trazendo reflexões que mereçam ser enfrentadas, a fim de contribuir para a evolução da pesquisa sobre o tema.

CAPÍTULO 1

O LOCUS SISTÊMICO DO SUBSISTEMA DO JUDICIÁRIO

1.1 O direito na Teoria dos Sistemas

Nosso objetivo neste tópico será delimitar o recorte da compreensão acadêmica que se dedica a pesquisar o direito enquanto sistema, de molde a estabelecer o marco teórico que orientará a proposta de tese aqui apresentada.

Em que pese a pesquisa manter o diálogo aberto com teorias reconhecidamente relevantes no campo da filosofia e da Teoria do Direito, em especial para o contexto da pesquisa no Brasil, é confesso o objetivo de centrar foco na proposta da Teoria dos Sistemas autorreferenciais de Luhmann¹³.

Por outro lado, a problematização da teoria sociológica de Luhmann seria proposta que suplantaria em muito o nosso objetivo, na medida em que há obras e pesquisadores especificamente dedicados a esta temática, não havendo razão para o alongamento de uma narrativa que se constituiria em uma espécie de tergiversamento do objetivo da pesquisa.

Ademais, vale o destaque de que no texto que ora se inicia, não se pretenderá aprofundar em elementos ou aspectos de teorias que dialoguem apenas tangencialmente com o objetivo central da pesquisa. O aprofundamento se verificará presente, portanto, apenas nos pontos que compõem a base fundante da presente proposta de tese, evitando assim a chamada "tentação manualística".

Nossa pretensão para o presente tópico, portanto, é demonstrar ser razoável admitir a existência de um Sistema do Direito, apresentando, adicionalmente, os marcos da teoria luhmanniana que serão utilizados como o esteio racional que suportará a presente proposta de tese.

Luhmann apresenta o delineamento da Teoria dos Sistemas Autorreferenciais, na medida em que propõe que existem sistemas que se relacionam internamente, de modo diferente com que se relacionam com o Ambiente a sua volta¹⁴.

¹³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. São Paulo: Vozes, 2016, p. 29.

¹⁴ *Ibidem*, p. 29-30.

Logo de princípio vale pontuar que na Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais, os conceitos de sistema, complexidade, autorreferência e sentido, têm papel de destaque e são fundamentais para uma compreensão da proposta em si.

Também vale dizer que a exploração do marco teórico focará, em especial, naquilo em que a sociologia dialoga com o direito e que, portanto, quando mergulhos mais profundos forem necessários, eles focarão apenas na ciência do direito, limitando-se a tangenciar a inteligência sociológica.

Para uma melhor familiarização com a Teoria dos Sistemas de Luhmann é preciso ter em mente alguns pontos centrais mencionados por Bednarz¹⁵.

O primeiro deles é que a Teoria dos Sistemas sociais advém de um diálogo externo à sociologia, na medida em que foi a partir dos estudos biológicos de Maturana e Varela¹⁶ que alguns elementos chave foram propostos por Luhmann. Além disso, a Teoria dos Sistemas traz a mesma pretensão de universalidade¹⁷ antes vista em Parsons¹⁸.

Tal pretensão de universalidade não significa que a proposta luhmanniana se arvorava em ser a grande teoria sobre a sociedade, mas sim que trazia em si a pretensão de ser uma teoria que abordasse adequadamente todos os aspectos que deveriam ser objeto de análise para uma teoria social¹⁹.

Segundo Klein²⁰, a pretensão de universalidade em Luhmann se escora no papel central que a autorreferência tem para sua proposta e adiciona complexidade, obtendo com isso uma mudança de paradigma, na medida em que sai da dicotomia sistema e Ambiente e propõe a perspectiva de todo e parte.

Se a pretensão de universalidade adiciona complexidade, a autorreferência, por si mesma, a reduz. Isso porque Luhmann²¹ inova ao focar na relação interna

¹⁵ BEDNARZ, John. *Translator's introduction*. In: LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Translated by John Bednarz, Jr. Cambridge: The University of Chicago Press. 1989, p. viii.

¹⁶ MATURANA, Humberto R. VARELA, Francisco J. *Autopoiesis and cognition - the realizations of the living*. Holland: D. Reidel Publishing Company, 1980.

¹⁷ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 32.

¹⁸ PARSONS, Talcott. *The social system*. London: Routledge. e-book 2005.

¹⁹ BEDNARZ, op. cit., p. viii.

²⁰ KLEIN, Stefan. *Niklas Luhmann, Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. In *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 29, n. 3. São Paulo. 2017, p. 349.

²¹ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 58-59.

entre os elementos constitutivos do sistema, propondo, por conseguinte, que a relação entre estes elementos exige seleções, promovendo uma redução autosseletiva da complexidade.

Também por isso propomos a oportunidade de melhoria para o funcionamento do subsistema do Judiciário, haja vista que em que pese acreditarmos que o diálogo entre os elementos componentes do subsistema deveriam atuar de molde a autosseletivamente reduzir a complexidade, parece-nos que isso não estaria sendo efetivado.

Além disso, a questão da dupla contingência é ponto central na Teoria de Luhmann²² e ele a desenvolve a partir da proposta clássica, na qual a dupla contingência é uma condição básica na dinâmica do agir social. Em outras palavras, na interação entre dois atores, cada um trará a sua contingência, ou seja, o amálgama de seus interesses e intenções.

Luhmann²³ evolui a compreensão e, introduzindo a dimensão do sentido, propõe que a questão da dupla contingência estará sempre virtualmente presente e, indo ainda mais longe, considera que não basta a *“facticidade do encontro”* para que a questão da dupla contingência se verifique. Na verdade, só se alcança a dupla contingência quando os sistemas são encarados como *“possibilidades infinitamente abertas à determinação de sentido, as quais evitam o acesso do exterior”*.

Digno de nota que, sob este olhar, a contingência não se confunde com o possível em geral, com o imponderável, mas sim que usa o mundo dado como pressuposto, ou seja, que considera a realidade para acreditar que aquilo possa ser realizado de outro modo. Daí Luhmann dizer que a realidade, neste contexto, *“é pressuposta no conceito de contingência como condição primeira e insubstituível”*²⁴.

A fratura no Sistema do Direito que pretendemos demonstrar com o presente estudo, também guarda fundamento dogmático na proposta de Luhmann para a dupla contingência.

Isso ocorre na medida em que Luhmann propõe que os sistemas sociais surgem porque os interlocutores reciprocamente experimentam a dupla contingência

²² Ibidem, p. 127.

²³ Ibidem, p. 127-129.

²⁴ Ibidem, p. 129-130.

e, assim, a indeterminabilidade para ambos confere sentido e forma a estrutura do sistema, que, assim, surge²⁵.

Vale aqui chamar a atenção para o tratamento que Luhmann também dá a dupla contingência no contexto de sistemas altamente complexos e, por conseguinte, não totalmente transparentes quando reciprocamente considerados. Luhmann²⁶ as nomina como “*black boxes*” e propõe que mesmo sendo reciprocamente opacas, também reciprocamente pressuporão determinabilidade em sua relação, ou seja, possibilitarão uma recíproca observação, gerando, assim, a dupla contingência.

Bachur²⁷ expõe o ponto de forma mais clara, quando afirma inexistir a possibilidade de que os sistemas se comuniquem, que interajam, diretamente, posto que o Ambiente sempre será o amálgama relacional entre eles. Daí ser a dupla contingência uma questão puramente hipotética, ou seja, ela ocorreria apenas se a relação entre os sistemas fosse direta e não como é o que ocorre, operasse na forma sistema/Ambiente.

O passo naturalmente seguinte, será que nessa relação entre as *black boxes* se estabeleça uma dimensão de transparência, na medida em que no âmbito das suposições se estabelecerá uma certeza da realidade. Por fim, a partir das certezas estabelecidas, identifica-se uma ordem emergente, condicionada à complexidade dos sistemas que a estabeleceram, sendo esta ordem sinônimo de sistema social para Luhmann²⁸.

No contexto da dupla contingência, portanto, as expectativas adquirem valor estrutural para a fundação de sistemas emergentes, dentro de um tipo específico de realidade²⁹.

Parece-nos ser exatamente a hipótese ora desenvolvida, na medida em que o subsistema do Judiciário contencioso, absorto em suas próprias contingências, indica ignorar as contingências do Ambiente e dos outros sistemas, que grosseiramente reunidas passaram a ser nominadas de “insegurança jurídica”.

²⁵ Ibidem, p. 131.

²⁶ Ibidem, p. 132-133.

²⁷ BACHUR, João Paulo *A Teoria dos Sistemas sociais de Niklas Luhmann*. In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 36, n. 2: 77-94, jul./dez. 2020, p. 87.

²⁸ LUHMANN, 2016, *Sistemas sociais*, p. 133.

²⁹ Ibidem, p. 134.

Sendo assim, na proposta da presente pesquisa o Judiciário contencioso, imerso em seus próprios desafios e ancorado em relações individuais, deixa de interagir com a contingência do Ambiente e dos demais sistemas. Ao "abrir mão" da dupla contingência, rompe-se, como visto, com um pressuposto para a criação do sistema.

A pergunta que poderia surgir seria como esclarecer que a dupla contingência seria uma resposta ou, em outras palavras, como adicionar contingência poderia resolver o problema?

Na ótica da Teoria dos Sistemas Autorreferenciais, a consequência das contingências dos atores simultaneamente observadores e observados é o alcance de uma unidade, da unidade da diferença, de uma unidade circularmente fechada. Tal unidade constituirá uma nova realidade correspondente, como fruto do próprio círculo autorreferencial (*"eu faço o que tu queres, se tu fizeres o que eu quero"*)³⁰.

E por constituir essa unidade, por ser fruto da dupla contingência, não pertence e nem pode ser apropriada por apenas um dos atores. Consiste, a toda evidência, portanto, não apenas como síntese da relação de cada ator com o Ambiente, mas em essência como um sistema social emergente³¹. No caso deste trabalho, propomos que o mesmo fenômeno deve ocorrer entre o subsistema do Judiciário e o Ambiente/demais sistemas, exurgindo desta dupla contingência o Judiciário consultivo, como unidade da diferença.

Não se ignora que no contexto de uma situação de dupla contingência, haverá consequências no comportamento do sistema, vez que submetido a encarar inúmeras perspectivas (*ultraperspectiva*) novas, gerando um processo interno que Luhmann nomina como *"autocatalítico"*. Isso significa que partindo de si próprio o sistema inicia a construção de novas estruturas, agora norteadas pela perspectiva que se formou a partir das perspectivas anteriormente enfrentadas em sede de dupla contingência³².

A dupla contingência somente opera, vale aqui dizer, com base na autorreferência dos atores em questão. Luhmann identifica uma autorreferência basal, presente em todos os elementos formadores do sistema e uma

³⁰ Ibidem, p. 141.

³¹ Ibidem, p. 143.

³² Ibidem, p. 143-144.

autorreferência social, fazendo com que ela seja atribuída a um sistema social, se for o caso. Entender isso é importante para compreender que todos os problemas eventualmente advindos da dupla contingência se conecta com estas duas dimensões de autorreferência³³.

Sempre que houver um número de elementos diferente de insignificante, surge a necessidade de implementação de algum critério de seletividade. Luhmann os apresenta sob dois pontos de vista, primeiro enxergando um cenário no qual as *“interconexões entre seleções são incorporadas na seleção individual”* e um segundo no qual as *“interconexões entre seleções também podem ser selecionadas”*³⁴.

Em linhas gerais, os sistemas só se formam em relação a um Ambiente muito mais complexo e os processos autorreferenciais se relacionam internamente ao próprio sistema. Assim, a seleção que recorta um acontecimento advindo da dupla contingência, produz um conceito de si mesmo como interno ao sistema e justamente por isso ele é orientado ao Ambiente. Quando a dupla contingência delimitar a seleção, sua execução (o processo seletivo) sempre se ordenará pela diferença entre o sistema e o Ambiente. As seleções, portanto, sempre são reduções de uma relação entre o sistema e o Ambiente e, portanto, representam uma unidade, ou seja, a unidade da diferença entre sistema e Ambiente³⁵.

A atuação exclusivamente contenciosa do subsistema operacional do Judiciário, portanto, seria a causa primeira da fratura no Sistema do Direito, na forma como a pesquisa a encara.

Viana destaca que a a teoria geral de Luhmann deve ser analisada levando em consideração o clima cultural dominante nas décadas de 1960 e 1970, estando presente na sua concepção de sistema e de estrutura do pensamento as teorias sobre cibernética e conceitos de auto-organização e recursividade³⁶. E é exatamente na interpretação cibernética da relação entre sistema e Ambiente que se identifica o segundo ponto central.

³³ Ibidem, p. 154-155.

³⁴ Ibidem, p. 158-159.

³⁵ Ibidem, p. 160.

³⁶ VIANA, Ulisses Schwarz. *Horizontes da justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Tese. USP-Universidade de São Paulo. 2013, p. 25-26.

Aliás, para Luhmann, a diferença entre sistema e Ambiente é o ponto de partida para qualquer análise sistêmica teórica. Isso porque os sistemas são influenciados estruturalmente pelo Ambiente e sem ele não existiriam. Ser diferente do Ambiente é a premissa funcional para a existência de sistemas autorreferenciais³⁷.

O terceiro ponto é a abertura fenomenológica do sentido. Luhmann³⁸ entende o sentido como a resultante da coevolução entre os sistemas social e psíquico. Portanto, apenas a observação fenomenológica da experiência pode revelar quais e como os elementos do sistema se conectam entre si. Assim, sendo um processo contínuo de interconexão e de evolução permanente, somente o último movimento, a última descoberta revela o sentido, sendo as anteriores meras contingências.

Parsons propõe, por sua vez, que a ação social só seria possível quando os interesses dos atores sociais pudessem ser compatibilizados. As estruturas dos sistemas, por sua vez, alcançam isso a partir da redução da complexidade inerente a todas as ações sociais.

Também por isso, em Luhmann a comunicação não se resume à transferência de informação, mas sim simboliza a resultante desse processo evolutivo. A comunicação, portanto, atualiza o sentido.

Por fim, mas não menos importante, teremos a autopoiese, ou a compreensão autopoietica da organização sistêmica.

Neste contexto a autopoiese significa a capacidade de autorreprodução, sendo que esta advém da interação dos elementos do sistema entre si - biológico ou, aqui, social. O sistema só se torna perene quando segue se autorreproduzindo e isso só é possível quando consegue se adaptar às variações do Ambiente, mas sem com ele se confundir.

De fato, o conceito de autopoiese é imprescindível para a compreensão da Teoria dos Sistemas. Klein³⁹ propõe que Luhmann teria utilizado o termo autopoiese, pois sua intenção era, como sabemos, explorar a perspectiva e o alcance da autorreferencialidade, porém libertando-se da terminologia consolidada no âmbito da sociologia.

³⁷ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 33.

³⁸ *Ibidem*, p. 80.

³⁹ KLEIN, *op. cit.*, p. 349.

E assim o fazendo, seguiu o mesmo caminho trilhado na criação do próprio termo *autopoiese*, na medida em que este fora criado para expressar uma ideia nova e que precisava ser introduzida no debate científico como algo diferente do que até então se pensava, ou, como descrito por Maturana e Varela, como "*uma palavra sem história*"⁴⁰.

A ideia central, no ponto em que interessa para a presente pesquisa, portanto, estava na proposição de que o direito seria um sistema que se produziria e "reproduziria" autonomamente, numa espécie de circularidade interna. Em outras palavras, o Sistema do Direito serviria à sociedade, mas mediante alternativas estabelecidas por sua própria racionalidade e que obedeceria a conceitos e códigos próprios.

Vale aqui a observação de que para Luhmann⁴¹ a reprodução autopoietica dependeria de uma homogeneidade das operações do sistema em nível suficiente, pois isso definiria a unidade do sistema. Todavia, vale o destaque de que a unidade do Sistema do Direito não seria, em sua visão, uma "*premissa operativa*" para o sistema, já que "*a unidade do sistema não significa introdução no sistema*"⁴².

Os biólogos e filósofos chilenos propuseram ainda o conceito de abertura e fechamento do sistema, a partir da diferenciação entre a sua organização e a sua estrutura. Assim, teríamos o fechamento operacional e a sua abertura estrutural constituindo um sistema dinâmico.

Especificamente sobre o fechamento operacional, Luhmann considera relevante a aquisição de dois elementos. Um seria a especificação da função do direito, ou seja, o foco em uma questão social delimitada e o outro, como ocorre em toda a sua proposta de uma Teoria dos Sistemas, é a existência do código binário direito/não direito, lícito/ilícito⁴³.

Luhmann então utiliza a proposta dos pesquisadores chilenos, aglutinando a ideia na expressão autorreferência. Autorreferência em Luhmann⁴⁴, portanto, seria sinônimo de auto-organização e de autopoiese. Para a finalidade do presente

⁴⁰ Maturana, op. cit., p. xiii-xvii.

⁴¹ Luhmann, 2016. *Sistemas sociais*, p. 60.

⁴² Luhmann, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. Trad. Latim: Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 59.

⁴³ *Ibidem*, p. 49.

⁴⁴ Luhmann, 2016. *Sistemas sociais*, p. 52-53.

estudo, centrado na Teoria dos Sistemas Autorreferenciais, a autorreferência significa primordialmente uma unidade. Designa, ainda, a circunstância do próprio sistema constituir, como unidades funcionais, os seus próprios elementos constitutivos, estabelecendo entre eles uma referência a sua autoconstituição, gerando, por conseguinte, uma contínua autorreprodução. Para que assim ocorra, é imprescindível que o sistema seja autorreferencialmente fechado, para que haja segurança de sua base estrutural.

O fechamento autorreferencial, por sua vez, não conflita com a abertura para o Ambiente, pelo contrário, o amplifica, valendo aqui o destaque para o fato de que esta compreensão é uma das inovações presentes na teoria de Luhmann⁴⁵.

Daí Luhmann propor que as interações com o Ambiente são fontes de informação e que esta ocorre sempre que atuar seletivamente no sistema, ou seja, sempre que puder trazer uma diferença ao sistema. O armazenamento destas informações pode gerar causalidades e uma causalidade estrutural possibilita a autodeterminação do sistema⁴⁶.

Em outras palavras: apesar do sistema se proteger do Ambiente, através da constituição de um passado próprio, o sistema recebe influência (informação) do Ambiente e através de seus códigos próprios, internos, pode evoluir e se modificar.

Luhmann destaca que o paradigma sistema/Ambiente gera a consequência de devermos distinguir entre o “*Ambiente de um sistema*” e os “*sistemas no Ambiente desse sistema*”⁴⁷.

O Ambiente é, de certa forma, uma construção do próprio sistema, na medida em que o Ambiente é um recorte observacional sobre um todo que está fora do sistema. Justamente por isso que o Ambiente não é o mesmo para todos os sistemas, na medida em que a relação entre eles (sistemas e Ambiente) é definida pelas interações que ocorrem a partir de “[...]um plexo profusamente complexo de relações recíprocas”⁴⁸.

O fechamento do sistema em si mesmo é o ponto central da sua diferença em face do Ambiente e, além disso, a própria construção da complexidade do sistema

⁴⁵ Ibidem, p. 56-57.

⁴⁶ Ibidem, p. 60-61.

⁴⁷ Ibidem, p. 34.

⁴⁸ Ibidem, p. 35.

somente seria possível a partir de seu fechamento operativo⁴⁹. É o próprio sistema que estabelece as suas fronteiras autorreferenciais e, da mesma forma, é o sistema que estabelece quais serão os pontos de interconexão com o Ambiente. Luhmann acredita que sem o controle desta relação, sem o estabelecimento destes limites, não haveria como diferenciar o sistema do Ambiente⁵⁰.

A necessidade de que os limites do sistema sejam claramente estabelecidos, desenhados, advém da compreensão de que o Ambiente é uma espécie de banco de dados. Luhmann chega a afirmar que não existe transferência de informação do Ambiente para o sistema, já que para ele “informação” seria uma qualidade interna do sistema. Também por isso, somente o sistema pode ver o Ambiente, pois somente o sistema é capaz de enxergar os códigos e as diferenças comparados a si próprio, só o sistema pode ver “isto ao invés daquilo”. No interior do sistema não há “isto” e nem “ao invés daquilo”, como seleção de possibilidades, não havendo, por conseguinte, um padrão de diferenciação⁵¹.

Daí que o Ambiente não se presta apenas à conservação do sistema, mas, pelo contrário, é o pressuposto da identidade do sistema, na medida em que a identidade deriva da diferença. Ademais, sempre que o sistema sofre alteração, os efeitos serão sentidos no Ambiente e nos demais sistemas ou, em outras palavras, *“cada aumento de complexidade numa posição aumenta a complexidade do Ambiente para todos os outros sistemas”*⁵².

A diferença entre sistema e Ambiente, todavia, não significa um recorte na realidade, na medida em que sua perspectiva não deriva de um olhar ontológico, mas sim advém da observação da própria realidade como um todo, sendo que é precisamente esta observação, enquanto uma forma de manuseio de uma distinção, que nos permite fazer tanto esta diferenciação como tantas outras possíveis⁵³.

E é justamente por se tratar de uma observação que será possível identificar ações que desconsiderem a diferença entre o sistema e o Ambiente, como, por exemplo, o agir humano que tantas vezes é ordenado exclusivamente por interesses

⁴⁹ LUHMANN, 2016. *O direito da sociedade*, p. 35.

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Translated by John Bednarz, Jr. Cambridge: The University of Chicago Press. 1989, p. 16.

⁵¹ Ibidem, p. 18.

⁵² LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 202-203.

⁵³ Ibidem, p. 204.

individuais, ignorando os códigos, as nuances próprias do Ambiente ou do próprio sistema⁵⁴.

Portanto, para uma compreensão mais ampla do cenário, faz-se necessário ter em mente que o Ambiente não é o mesmo para todos os sistemas e que isso se verifica na medida em que o Ambiente é o todo e que os sistemas são recortes do Ambiente. Logo, como a perspectiva do sistema será então negativa, ou seja, tudo aquilo que não for sistema será Ambiente, para cada sistema o Ambiente será o restante do todo, fazendo com que o Ambiente seja diferente sempre que observado a partir de um sistema específico. Nas palavras de Luhmann, “o Ambiente é um estado de coisas relativo ao sistema”⁵⁵.

E como o Ambiente é formado por todo o resto, ou seja, por toda a sociedade em suas diferentes interações, sistemas e idiosincrasias, é natural que este todo opere em um miríade de relações situacionais, gerando o que Luhmann nomina como “hipercomplexidade”.

Da mesma forma, um sistema será denominado “hipercomplexo”, portanto, quando se guiar por sua própria complexidade e, mais que isso, quando compreender enquanto complexidade⁵⁶.

Assim, tal hipercomplexidade por vezes gera interações sociais que rumam em sentido diverso ao estabelecido no interior do sistema, gerando a chamada “irritação”. São precisamente estas irritações, estas perturbações que movem o sistema a se ajustar à realidade social, reduzindo em alguma medida a própria hipercomplexidade. Nas palavras de Viana, temos que tais perturbações “[...]podem gerar, ou não, de acordo com os critérios do próprio sistema social atingido, novas possibilidades de sentido, ou seja, novas conexões”⁵⁷.

Por outro lado, é intuitivo que haja um desnível de complexidade entre o sistema e o Ambiente. Luhmann aponta uma relevante função para este desnível, que é a necessidade de criação de formas diferentes de tratamento e redução da complexidade. Neste sentido, ao sistema é oportunizado tratar separada e diferentemente questões de complexidade elevada e, paralelamente, trata-las com

⁵⁴ Ibidem, p. 205.

⁵⁵ Ibidem, p. 207.

⁵⁶ Ibidem, p. 533.

⁵⁷ VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Porto Alegre. Ed. Sergio Antonio Fabris. 2015, p. 66.

referência ou não referência tanto em face ao Ambiente, como em face ao próprio sistema⁵⁸.

Ainda sob a ótica de Viana, a proposta de Luhmann para o Sistema do Direito não contempla uma estrutura rígida, ou mesmo que seja sequer estável. Em sua visão, Luhmann proporia que o direito seria uma função social especial e que estaria ligada a programas decisórios. Neste sentido, o direito seria o sistema social dedicado a solucionar problemas criados no seu próprio âmbito⁵⁹.

Isso porque, para Luhmann, o Sistema do Direito seria operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto, diante de sua necessidade em interagir com o Ambiente.

O sistema observa o Ambiente e a partir dessa observação identifica suas diferenças, ou seja, identifica diferenças a partir de suas próprias pressuposições. Isso não quer dizer que o sistema possa reagir ao Ambiente. Não pode porque a unidade do sistema nada mais é do que o fechamento autopoiético do conjunto de suas operações individuais. As operações internas do sistema, portanto, serão com o sistema, mas necessariamente individuais, ou seja, muitas entre tantas outras⁶⁰.

Daí Luhmann dizer que a especificação dos contatos do sistema com o Ambiente - seja como restrição ou como expansão, deve ser vista como um problema central em sistemas complexos, “[...] como um tipo de limiar na evolução da complexidade mais elevada”⁶¹.

Outro ponto de destaque reside na avaliação do sentido. Luhmann⁶² propõe que o sentido é uma atualização permanente de possibilidades e que seu processamento é uma nova e contínua formação de diferenças, de diferenças entre o que é atual e o espectro de possibilidades existentes.

Em outras palavras, o que é atual só o é de acordo com a delimitação de determinadas possibilidades no horizonte. Assim, atualidade e possibilidade devem receber um tratamento temporal diferente, na medida em que ocorrem em recortes

⁵⁸ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 208-209.

⁵⁹ VIANA, Ulisses Schwarz. *Horizontes da justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Tese. USP-Universidade de São Paulo. 2013, p. 27-28.

⁶⁰ LUHMANN, 1989, p. 19.

⁶¹ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 225.

⁶² *Ibidem*, p. 86-87.

de dimensão diferenciados. Sentido em Luhmann⁶³ seria, portanto, uma unidade entre a atualidade e a possibilidade.

Além disso, o diálogo entre as diferenças enquanto constituinte de sentido, não o seria entre diferenças pré-constituídas, mas sim entre diferenças identificadas na realidade operativa e que autonomamente possibilitariam aquisição e processamento de informação⁶⁴.

Daí o diálogo com esta pesquisa, na medida em que no espectro da proposta apresentada neste estudo, passa-se de uma situação atual, ou seja, com o Judiciário meramente contencioso e considera um horizonte de possibilidade, no qual haveria a coexistência de um Judiciário com funções tanto contenciosas, quanto consultivas.

Nesta linha, é um aspecto relevante para o desenvolvimento da presente proposta de tese, a constatação de que para a Teoria dos Sistemas Autorreferenciais haveria, no âmbito dos sistemas, uma *renúncia a possibilidade de controles unilaterais*. Hierarquização e esferas de influência poderiam existir, mas sem que houvesse o controle de uma parte do sistema sobre outra, a não ser que esta concordasse⁶⁵.

A relevância do ponto reside no aspecto central desta pesquisa, na medida em que aqui se propõe a criação da atuação consultiva no âmbito do subsistema operacional do Judiciário.

De forma ainda mais enfática, no presente texto será proposta a existência de uma fratura no Sistema do Direito, advinda dessa ausência de dimensão consultiva no âmbito do seu subsistema mais importante, o Judiciário. Daí a importância do ponto, na medida em que nos parece que ao definir seu próprio funcionamento, recusando-se a fazer com que a dimensão consultiva esteja operacionalmente presente no âmbito do subsistema, o subsistema estaria agindo, para além da esfera de influência, com inadequada supremacia sobre o próprio Sistema do Direito.

Como já dito, pretendemos demonstrar amiúde no decorrer do texto, que a atuação do Judiciário exclusivamente na dimensão contenciosa gera problemas e que tais problemas têm o potencial de afetar a própria rigidez do Sistema do Direito.

⁶³ Ibidem, p. 87.

⁶⁴ Ibidem, p. 87-88.

⁶⁵ Ibidem, p. 56.

E a necessidade dessa nova dimensão adviria do recebimento do contínuo fluxo de informação, informação enquanto "*ocorrência que seleciona estados sistêmicos*"⁶⁶, advindo do Ambiente, que nos daria conta da instabilidade no Sistema do Direito, ocasionado pela lacuna de efetividade no subsistema do Judiciário, quando observado pela ótica do Ambiente e dos demais sistemas com os quais se relaciona.

1.2 O Sistema do Direito frente aos desafios do século XXI

Partir da premissa de que a sociedade contemporânea tem desafios inter-relacionais e avanços tecnológicos como "nunca antes vistos" é lugar comum e não careceria de uma maior digressão argumentativa.

Para o Sistema do Direito, entretanto, faz-se necessário enfrentar a reflexão que ruma na direção de considerar de que em verdade não estaríamos tão contemporâneos assim. Ainda navegamos por teorias, proposições, legislações que foram editadas sob o contexto de uma sociedade do século passado e que ainda são úteis e produtoras de resultados eficientes para a sociedade de uma forma geral.

Poderíamos admitir argumentativamente, portanto, que a evolução do mundo atual, em especial a tecnológica, teria, no máximo, um efeito tangente nas relações reguladas pelo Sistema do Direito.

Todavia, acreditamos que um olhar mais detido nos conduzirá a conclusão diversa. Visando demonstrar que o Sistema do Direito está sendo tão intensamente influenciado pela realidade contemporânea e que reflexões estruturais se fazem oportunas, apresentamos este tópico como elemento necessário para a construção da presente pesquisa.

Pois bem. Não restam dúvidas de que o século XX promoveu um avanço democrático em diversos Estados soberanos, em especial no período posterior a segunda guerra mundial. A pluralidade na construção do conhecimento e o processo de livre manifestação da sociedade em geral, propiciou o desenvolvimento de sociedades multifacetadas e, em maior ou menor medida, mais inclusivas.

⁶⁶ Ibidem, p. 88.

Da mesma forma, os espaços comunicativos eram conhecidos. Assim, qualquer pessoa bem informada seria capaz de filtrar o conteúdo da matéria divulgada pelos veículos de informação, na medida em que eram conhecidos, por exemplo, sua orientação ideológica ou sua inclinação político-partidária.

Em outras palavras, as “agendas ocultas” dos meios de comunicação, como por exemplo, eventuais interesses econômicos, não escapavam ao olhar de um expectador mais atento.

Além disso, por mais que o século passado tenha inaugurado a industrialização e a era das sociedades de massas, a informação ainda circulava pelos jornais matutinos, com suas notícias do dia anterior.

Todavia, o rádio e a televisão possibilitaram a “notícia em tempo real”, anunciando o que viria a ser a revolução tecnológica e da internet que encaramos neste século XXI.

Veja-se que não dista mais de nove anos o relato do blogueiro iraniano-canadense Hossein Derakhshan, preso entre os anos de 2008 e 2014, que tratou da mudança do Ambiente de internet nos anos em que esteve no cárcere, alheio ao que acontecia no Ambiente virtual.

De blogueiro influente, ostentando mais de vinte mil *views* por dia, com constante interação de seus leitores, experimentou o dissabor em sua primeira postagem no *Facebook*, que lhe rendeu apenas três unidade de *likes*⁶⁷.

A mudança, em sua visão, é a transferência do cenário de “internet-livro”, para o de “internet-televisão”. Em outras palavras, seu objetivo é enunciar a passagem da reflexão e pensamento crítico, para o entretenimento e a alienação.

Ocorre que não se trata apenas de uma pasteurização de conteúdo, como acontece com as televisões em geral, mas também da constatação de que a internet, amplamente considerada, deixou de ser um espaço aberto e plural para o debate. Agora, o que deveriam ser apenas veículos - as redes sociais - se tornaram verdadeiros intermediários entre a produção de conteúdo e os usuários das redes.

Da descoberta da internet e sua aparente liberdade ilimitada, passamos ao estado atual no qual o discurso que nos interessa ordena o debate sobre a necessidade ou não de haver neutralidade nas redes.

⁶⁷ Portal UOL. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/le-monde/2015/07/18/apos-6-anos-presos-blogueiro-do-ira-redescobre-internet-e-reclama-do-que-ve.htm>, acesso em 05/07/2020.

Aparentemente não há lugar de fala fora do Facebook, Twitter, Google, YouTube, WhatsApp, etc, porém, ao invés de uma desejada pluralidade, as redes sociais resumem, sintetizam e empobrecem o debate em todas as suas dimensões.

E como se não bastasse o sequestro do Ambiente público, a subtração da neutralidade da internet toma lugar como tema relevante para o debate atual. O uso da edição algorítmica invisível retira por completo a liberdade de escolha do usuário e, ainda pior, retira a possibilidade de se ter acesso ao novo, ao inesperado.

A *bubble filter*, proposta por Eli Pariser, significa “[...]o universo de informações pessoais que você vive on line - original e construído especialmente para você pela matriz de filtros personalizados da web”⁶⁸. São os algoritmos que nos ajudam a encontrar o objeto de nosso interesse no oceano de informações da internet, mas, por outro lado, são os curadores de conteúdo - os humanos - que determinam o que “nós temos interesse” de acessar.

Nesta bolha não existe espaço comunicativo plural, na medida em que a comunicação e a interação só ocorrerão entre pessoas que tenham afinidade de interesses, de pensamento. Há um crescente fundamentalismo e um fechamento para as questões do mundo, do outro.

Além disso, o efeito da bolha não se limita a criar um Ambiente seguro, no qual o usuário fique “protegido” contra opiniões diferentes das suas. Não se trata apenas de reunir pessoas e conteúdos afins em um mesmo Ambiente. Vai muito mais além.

A inserção de mensagens subliminares, que se utilizam, por exemplo, dos medos, expectativas e preconceitos das pessoas, pode, inclusive, alterar o resultado de uma eleição⁶⁹.

Atualmente, o Tribunal Superior Eleitoral analisa mais de um processo que versa sobre supostos abusos no uso de recursos tecnológicos, como, por exemplo, o uso de disparadores automáticos de mensagens. Os debates têm dividido o Tribunal e demonstram que a temática ganhou uma importância que supera os

⁶⁸ Jornal do Empreendedor. Disponível em: <https://jornaldoempreendedor.com.br/destaques/the-filter-bubble-o-que-a-internet-esta-escondendo-de-voce/>, acesso em 05/07/2020.

⁶⁹ *The Guardian*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/politics/2019/jun/29/how-brexit-party-won-euro-elections-on-social-media>, acesso em 04/07/2020.

casos concretos, na medida em que poderá mudar os contornos dos próximos sufrágios⁷⁰.

Trata-se de um problema, a toda evidência, que precisa ser evitado e mesmo combatido.

Uma primeira análise, impregnada em especial pela constatação da elevada especialização do segmento, sugere que a autorregulação poderia ser uma alternativa viável.

Entretanto, essa não é a opinião de Stephen Scheeler, ex-*head* do Facebook na Austrália e Nova Zelândia. Para ele, as gigantes do setor não seriam capazes de se regular e, para casos extremos, ele chega a defender a existência de uma legislação penal para os executivos das companhias que não removam conteúdo extremista de suas plataformas em tempo hábil⁷¹.

Em sua visão, a questão está em um conflito de agendas. Em outras palavras, o que existe é um modelo de negócios que movimenta muito dinheiro e que está escorado na “descoberta” da possibilidade de matematicamente influenciar as pessoas.

Hoje, portanto, as redes sociais sabem mais sobre você, sobre seus anseios, frustrações, medos, ideologias, sentimentos, do que você mesmo. O alcance de auto-conhecimento que uma pessoa só atinge mergulhando dentro de seu eu interior - ou após anos de psicanálise - está armazenado nos bancos de dados da rede mundial de computadores. Basta que um programador utilize a correta linha de código, para que obtenha um “relatório” completo sobre você e o entregue para o contratante do serviço que a plataforma queira oferecer.

Mark Zuckerberg, o poderoso e mais famoso fundador do Facebook, parece concordar com essa incapacidade autorregulatória, na medida em que se recusou a prestar esclarecimentos ao comitê criado no âmbito da União européia, cujo objetivo principal era investigar como a rede social estava lidando com a disseminação de informações falsas - *fake news* - através de sua plataforma⁷².

⁷⁰ Tribunal Superior Eleitoral-TSE. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Junho/tse-suspende-analise-de-duas-aco-es-por-abuso-eleitoral-contr-a-chapa-bolsonaro-mourao>, acesso em 05/07/2020.

⁷¹ *Australia Financial Review*. Disponível em: <https://www.afr.com/technology/social-media-platforms-can-t-self-regulate-20190327-p517y5>, acesso em 03/07/2020.

⁷² *The Independent*. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/mark-zuckerberg-facebook-fake-news-invitation-london-parliament-a8650301.html>, acesso em 04/07/2020.

Neste cenário, pensar em propor a autorregulação do segmento se reveste de contornos que flertam com a ingenuidade. A questão seria, a toda evidência, meramente econômica.

A agressiva estratégia de aquisição de companhias menores, utilizada por todas as *Big Techs* para robustecer seus monopólios, demonstra isso claramente. No âmbito das gigantes da tecnologia, a igualdade de oportunidades e o desenvolvimento meritocrático, duas das conhecidas e festejadas facetas do capitalismo, dão lugar para a supremacia de seu lado sombrio, o da escalada predatória.

Da realidade factual e econômica, migramos para a identificação do lugar do direito constitucional neste cenário.

Os valores do constitucionalismo impregnados nas sociedades democráticas, não se conjugam com bolhas segmentadas que renunciam ao espaço comunicativo plural e, muito menos, que se submetam à manipulação tecnológica de sua autonomia da vontade.

No âmbito do direito, a questão pode ser analisada por muitos vieses e para a limitada pretensão do ponto que pretendemos focar holofote, chamaremos a atenção para o conflito entre a liberdade de expressão e a disseminação de mensagens de conteúdo falso. Focamos aqui, portanto, em *misinformation*, em *fake news*.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem garantido o direito a liberdade de expressão, com a amplitude e dimensão que se espera de um direito constitucionalmente assegurado.

Dos anos 2000 para cá, o STF se debruçou sobre importantes casos que cuidaram da liberdade de expressão, valendo destaque para quatro deles.

O primeiro e mais simbólico destes julgados foi o da ADPF 130⁷³, que é considerado um *leading case* quando se fala em liberdade de expressão. Neste julgamento, o STF concluiu que a nova ordem constitucional, iniciada em 1988, não recebeu a Lei de Imprensa⁷⁴ no ordenamento jurídico.

Pouco tempo depois, foi afastada a necessidade de que para a prática do jornalismo fosse exigida formação em nível superior específica. Ao julgarem o

⁷³ Brasil. STF. ADPF 130/DF. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 30/04/2009. Publicação: 06/11/2009. Órgão julgador: Tribunal Pleno.

⁷⁴ Brasil. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa.

Recurso Extraordinário n. 511961⁷⁵, os ministros entenderam que se tratava de restrição inconstitucional às liberdades de expressão e de informação.

Já mais recentemente, o então Presidente do STF suspendeu decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que permitia a apreensão de livros na Bienal do Livro de 2019. O STF entendeu que a decisão carioca ofendia os princípios constitucionais da legalidade e da igualdade, afirmando o relator que “[...] a liberdade de expressão é um direito humano universal – previsto no artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 –, sendo condição para o exercício pleno da cidadania e da autonomia individual”.⁷⁶

No ano de 2020 sobreveio nova decisão contrária ao pensamento do tribunal fluminense, desta feita liberando a exibição de um programa televisivo cuja temática o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou ofensiva à fé religiosa⁷⁷.

Pode-se denotar, portanto, que de vinte anos pra cá o STF parece ter consolidado sua jurisprudência, no sentido garantir a liberdade de expressão como um valor constitucional que mereça proteção, mesmo quando em cotejo com outros valores cobertos pelo direito.

Da mesma forma, resta evidente que até os dias atuais o STF tenha que se pronunciar em sede de um processo contencioso, a fim de garantir a sua jurisprudência perante um Tribunal estadual.

Migrando para o plano do Poder legislativo, estão em andamento no Congresso Nacional, apesar de atualmente suspensos, os trabalhos da Comissão Mista Parlamentar de Inquérito (CPMI), cuja finalidade é “*Investigar [...] os ataques cibernéticos que atentam contra a democracia e o debate público; a utilização de perfis falsos para influenciar os resultados das eleições 2018; a prática de cyberbullying [...]*”.

Há, inclusive, discussão sobre a criação de um órgão com capacidade regulatória. Questão que se coloca, de grande complexidade na atualidade, todavia, são as dificuldades para a criação de mais um Órgão em um Estado já tão grande e, em vários setores, ineficiente.

⁷⁵ Brasil. STF. RE 511961/SP. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 17/06/2009. Publicação: 13/11/2009. Órgão julgador: Tribunal Pleno.

⁷⁶ Brasil. STF. SL 1248 MC/RJ. MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE LIMINAR. Relator(a): Min. Presidente. Decisão proferida pelo(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 08/09/2019.

⁷⁷ Brasil. STF. Rcl 38782/RJ - RECLAMAÇÃO. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Decisão proferida pelo(a): Min. VICE-PRESIDENTE. Julgamento: 21/01/2020.

A regulação das redes sociais não é um debate restrito ao âmbito tupiniquim. O assunto é pauta em diversas nações do mundo, o que se por um lado o traz para a ordem do dia, por outro ainda não provê alternativas em concreto para a solução deste intrincado problema⁷⁸.

Pensando em direito comparado, a questão não está mais avançada do que verificamos no Brasil. Segundo o Prof. Balaguer⁷⁹, este controle não tem sido muito efetivo na União Europeia. Espanha, Itália e França têm legislação sobre o assunto, sobretudo para períodos eleitorais, mas até o momento não chegaram a produzir muito resultado. A Alemanha teve resultados mais concretos, o que parece ter ocorrido pela intervenção das autoridades no controle das *fake news*.

O debate realmente está longe de chegar a uma conclusão.

De um lado os valores constitucionais que apontam para a preservação da mais ampla liberdade de expressão, inclusive com os dissabores dela advindos.

De outro, a realidade pragmática de que redes tecnológicas tem o poder de gerar uma cadeia de desinformação e que já demonstrou ter o potencial de ameaçar o processo democrático eleitoral.

Ignorar a realidade tecnológica e, em especial, ignorar toda uma geração de indivíduos que sequer conheceram um mundo onde não exista conectividade global, não nos parece o caminho adequado para lidar com o problema.

Aliás, este tópico da pesquisa não existiria se escrito há anos atrás. A palestra que o inspirou foi assistida pelo canal do YouTube durante a pandemia global da COVID-19, e toda a fonte de pesquisa que gerou suas referências bibliográficas - inclusive mediante consulta a periódicos editados nos EUA, Reino Unido e Austrália - foi proposital e integralmente realizada pela internet.

Ninguém duvida que informação é poder. Que informação é libertação. A dúvida que persiste é se estamos refletindo sobre informação ou sobre alienação? Este nos parece ser o ponto central quanto se trata de *misinformation*.

Por outro lado, quem avaliará o que é verdade e o que é mentira? Quem definirá o limite entre história e opinião? Se as redes sociais ocuparam o lugar dos

⁷⁸ BBC. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/mark-zuckerberg-facebook-fake-news-invitation-london-parliament-a8650301.html>, acesso em 05/07/2020.

⁷⁹ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Canal do IDP no YouTube. Disponível em: , acesso em 05 de junho de 2020.

meios de comunicação, controlá-las poderia flertar perigosamente com alguma medida de cerceamento a liberdade de expressão?

E se o material para a presente reflexão adveio integralmente de pesquisa na rede mundial de computadores, podemos concluir que os questionamentos aqui apresentados foram fruto de nossa habilidade de pesquisa, ou foi o algoritmo do Google que definiu quais os periódicos deveriam ser consultados?

Tais ponderações aterrizaram na presente pesquisa com o intuito de deixar evidente, também sob o viés argumentativo pragmático, a profunda distância existente entre o mundo contemporâneo e a realidade de um Subsistema do Judiciário exclusivamente contencioso, que tem a missão de ser o braço estatal garantidor do padrão de comportamento legalmente estabelecido para a sociedade brasileira atual.

Bem compreendida a proposta, ousamos apresentar uma abordagem com outro viés.

O Sistema do Direito só opera autopoieticamente na perspectiva do direito em tese, ou seja, na dimensão platônica por assim dizer. Isso porque o direito só se realiza "perante" a sociedade e "no momento" em que acontecem as relações entre os atores sociais.

Parece-nos, portanto, que para além da mera interação heterorreferencial com o Ambiente, o que ocorre é o acoplamento estrutural entre o Sistema do Direito, ou qualquer de seus subsistemas operativos, e o sistema psíquico do ator social que for o destinatário da interação.

Vale aqui o alerta de Vesting, quando nos chama a atenção para a circunstância de que na atualidade o sujeito dos direitos fundamentais não é mais o indivíduo por si só, mas sim o indivíduo inserido nos contextos sociais e em suas múltiplas formas de interação. Em suas próprias palavras, "*o sujeito dos direitos fundamentais deve ser concebido como inseparável do horizonte da experiência humana e entrelaçado em seus componentes pré-reflexivos*"⁸⁰.

⁸⁰ VESTING, Thomas. Vizinhança: direitos fundamentais e sua teoria na cultura das redes. In: Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, p. 247-250.

E se de fato houver tal acoplamento entre os sistemas, não há razão para que se ignore a necessidade de construção conjunta das respostas jurídicas para os anseios sociais, no específico *locus* da junção destas estruturas.

Pode ser que aqui, neste *locus* em que se constitui o acoplamento, seja um local apropriado para a construção de respostas mais adequadas para os dilemas da sociedade do século XXI.

Neste mesmo sentido, Viana⁸¹ propõe que o fato de que na atualidade o objeto da comunicação ter se tornado tão segmentado fez surgir a necessidade de sistemas sociais funcionalmente diferenciados. Dai surgir a concepção de uma sociedade acêntrica, caracterizada pela diferenciação sistêmica advinda da atuação destes subsistemas funcionais, destinados à redução da complexidade, fazendo com que se tornem compreensíveis mediante a migração de um quadro policontextual para um de contextos específicos, no qual o volume de informações se restrinja funcionalmente, como no sistema jurídico, por exemplo.

1.3 A dupla dimensão do Sistema do Direito

Se tivermos sido exitosos na demonstração de que seria razoável admitir a existência de um Sistema do Direito e esperando termos sido eficientes em adequadamente pintar o quadro desta quadra da história, em termos de desafios e oportunidades para o Sistema do Direito, passaremos a propor a existência de uma dupla dimensão inserta no sistema jurídico.

Não se trata, entretanto, de dualidade numa perspectiva de antagonismo, mas sim em uma cumplicidade bidimensional de propósito, na medida em que em ambas as dimensões se objetivaria entregar a interpretação última do direito.

Neste sentido, o objetivo deste tópico, portanto, será demonstrar a existência de uma dimensão consultiva no Sistema do Direito.

Parece-nos, nesta toada, tratar-se exatamente da situação em que se encontra um recorte da relação entre o Judiciário e a comunidade jurídica em geral, e mesmo a sociedade mais amplamente considerada.

⁸¹ VIANA, Ulisses Schwarz. *Judicialização da política ou politização do direito: sintomas de disfuncionalidades na política e no Direito*. In: Revista Conceito Jurídico. N. 11. Novembro de 2017. Ed. www.zkeditora.com.br, p. 25-26.

A expressão que resume o recorte é: insegurança jurídica. Insegurança, no ponto em que nos interessa para a pesquisa, advinda da ausência de previsibilidade quanto a interpretação que será dada ao direito diante de uma situação em concreto.

Viana⁸² esclarece que Luhmann já previra em sua Teoria dos Sistemas a possibilidade do próprio sistema alterar sua estrutura. Tal processo modificativo utilizaria três mecanismos, que seriam a variação, a seleção e a estabilização, numa relação de circularidade.

Os sistemas têm limites e o limite só existe se houver algo além de si. No caso da teorias dos sistemas autorreferenciais de Luhmann, existe a possibilidade de ultrapassagem destes limites. Daí Luhmann⁸³ dizer que os limites têm uma dupla função geral, ou seja, a de separar e a de ligar o sistema e o Ambiente.

E, como vimos anteriormente, é o próprio sistema que define quais serão os pontos de interconexão com o Ambiente⁸⁴. O movimento neste particular, como visto, opera com a abertura do sistema (alopoiese) a partir de uma irritação do Ambiente. Na sequência o sistema se fecha, trata a irritação com base em seu código binário (direito-não direito, *in casu*) e evolui (autopoiese).

Luhmann considera que o equilíbrio entre autorreferência e heterorreferência na esfera do direito seria um questionamento sem resposta precisa, mas, que poderíamos dizer que o sistema opera *normativamente fechado e cognitivamente aberto*. Além disso, em sua opinião, a relação com o Ambiente careceria do que ele chama de "legitimação interna"⁸⁵.

Como uma forma do sistema lidar com a complexidade do Ambiente, que por ser muito mais complexo muda com muita mais frequência, surge em Luhmann a ideia de *ressonância*. Para lidar com isso, o sistema precisa trazer a sua própria complexidade para dentro de uma relação de correspondência com o Ambiente, a fim de reduzir a complexidade do Ambiente. Há que se levar em consideração que o Ambiente social muda com mais frequência do que a própria sociedade. Luhmann traz o conceito de ressonância justamente para explicar essa troca entre sistema e Ambiente, considerando que a complexidade do Ambiente seja tanto um problema

⁸² VIANA, 2015, p. 79.

⁸³ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 47.

⁸⁴ LUHMANN, 1989, p. 16.

⁸⁵ LUHMANN, 2016, *O direito da sociedade*, p. 52-63.

para o sistema quanto uma chave para solucionar problemas de sua (do sistema) própria complexidade⁸⁶.

Digno de nota, entretanto, é a circunstância de que a necessária interdependência comunicativa entre os sistemas funcionais pode produzir um excesso de ressonância na sociedade. Isso ocorreria, pois, para ficarmos restritos a exemplos que dialoguem diretamente com a presente pesquisa, na hipótese de uma decisão judicial que fosse um gatilho para disparar uma mudança significativa no Ambiente (p.ex., ações afirmativas, casamento gay, aborto, etc.) ou mesmo em outro sistema (p. ex., quebra de patentes, interferência no congresso nacional, etc.).

Daí propormos que o subsistema operacional do Judiciário esteja agindo inadequadamente, já que este fenômeno pode ser identificado no dia a dia, na medida em que o Judiciário contencioso carece de instrumentos para definir questões que suplantariam a relação discutida no caso concreto.

Na proposta da presente pesquisa, o Ambiente e os sistemas sociais em geral, operam considerando a dimensão consultiva do Sistema do Direito, ou seja, funcionam a partir do código direito/não direito, que é por ele próprio definido, sem que para isso as relações sociais tenham que ser submetidas ao subsistema do Judiciário. Este último opera, ou deveria operar, somente em hipóteses de exceção, ou seja, em hipóteses nas quais a compreensão do código binário frente a uma situação concreta tivesse que ser definida pelos próprios atores do Sistema do Direito.

Como vimos postulando desde a introdução da presente pesquisa, não nos parece que o sistema esteja funcionando adequadamente, entretanto.

Propomos a existência de uma fratura no subsistema do Judiciário, posto que no caso a contingência constitui uma situação que quase se assemelha a coexistência-dual entre um mundo real (que valeria) e um mundo em tese (meramente fictício), mas ambos operando e gerando consequências pragmáticas para os atores sociais.

Explicaremos.

Todas as relações sociais não contenciosas, praticadas sob o direito, ocorreriam neste suposto mundo fictício, em uma espécie de “mundo em tese”. Elas valeriam desde que - e apenas nessa hipótese - os atores relacionados não

⁸⁶ BEDNARZ, op. cit., p. ix.

questionassem a compreensão do código binário (fosse ela subsuntiva aristotélica, hermenêutica ontológica, ou qualquer outra) dada em concreto.

Teríamos o modelo se-então funcionando como “se” ninguém submetesse ao Judiciário, “então” a relação social estaria realmente conforme o direito. Em outras palavras: a existência do real no Sistema do Direito seria sempre uma hipótese sujeita a confirmação. A confirmação, que selaria a passagem do “fictício” para o “real”, se daria por uma de duas possibilidades: se não houvesse litigiosidade ou se o Judiciário a referendasse.

Situação diversa, entretanto, ocorreria se aquela mesma relação submetida ao Judiciário não obtivesse sua confirmação. Se, neste exemplo, o subsistema do Judiciário alterasse a compreensão que as partes tiveram inicialmente na seara consultiva, então aquela situação anterior passaria a ser não direito.

Até aqui a situação poderia ser considerada corriqueira. Aliás, poderia até ser dito que a hipótese retrata a própria essência do funcionamento do Sistema do Direito. A situação muda de figura, todavia, quando se considera que o Judiciário é um subsistema do Sistema do Direito e que estamos inseridos no contexto de Sistemas Sociais. Com isso queremos propor que as pessoas importam e que ao gerar insegurança, em especial a insegurança jurídica, aqui considerada como a incerteza sobre qual o direito aplicável, o subsistema do Judiciário funcionaria ineficientemente.

A teoria luhmanniana dos sistemas não ignora a importância do ser-humano no contexto social. A partir do conceito de unidade na diferença, que é essencial para a teoria, pode-se conceber o papel do ser-humano não apenas como integrante do sistema social, mas de uma forma mais complexa, ou seja, de uma forma que permita o considerar mesmo em situações desconformes com o Ambiente⁸⁷.

Também por isso a importância do conceito de “função”, na medida em que, para Luhmann, função será a síntese de um conjunto de possibilidades, servindo, em outras palavras, como expressão da unidade e da diferença. São, em última análise “a autodescrição de um sistema complexo” tanto quanto servem para a “autossimplificação e complexificação do sistema”⁸⁸.

⁸⁷ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 240.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 337.

Tal dupla função precisa ser resolvida pela orientação funcional, que se presta, no contexto da teoria luhmanniana, a produzir segurança e é, em suas palavras, “*uma forma de produção de redundância*”. Para a qualificação da orientação funcional é importante que o agir esteja acompanhado da auto-observação, não havendo óbice a que ambos ocorram simultaneamente, desde que estejam intensamente diferenciados⁸⁹.

Vale pontuar que a observação também possibilita verificar se as expectativas estão sendo alcançadas, até mesmo porque os horizontes temporais caminham em conjunto com estas expectativas⁹⁰. Neste sentido, não há como negar que dentre o espectro de expectativas em relação ao subsistema do Judiciário está a de consolidação da jurisprudência, aqui entendida enquanto perenidade do direito e enquanto previsibilidade, mas não somente, pois acreditamos não haver dúvida de que existe a expectativa de que a manifestação final do Sistema do Direito - através do subsistema do Judiciário - ocorra em tempo razoável, ou seja, seja o mais rápida possível.

Neste sentido, a presente pesquisa busca refletir a partir da observação, ou seja, de uma observação que nos permitirá propor a existência de uma fratura no subsistema do Judiciário, concretizando então a ideia de Luhmann, para quem agir e observar, simultânea, mas diferentemente, possibilitaria evidenciar referências funcionais, constituindo, por conseguinte, a base do desenvolvimento estrutural do sistema, num verdadeiro processo evolutivo⁹¹.

Seguindo este processo evolutivo, parece-nos fazer sentido traçar um paralelo com o conceito de interpenetração proposto por Luhmann.

Interpenetração, portanto, é uma relação entre sistemas que dialogam, que se pertencem reciprocamente. O verbo penetrar é utilizado devido a inserção da própria complexidade no sistema relacionado e vice-versa. Isso gera uma reação dupla, pois o sistema receptor tanto recebe uma influência externa, quanto interna, na medida em que o estímulo vem de fora, mas que devido à penetração recebera parcela da complexidade alheia.

⁸⁹ Ibidem, p. 337-339.

⁹⁰ Ibidem, p. 349.

⁹¹ Ibidem, p. 340-342.

Na proposta luhmanniana, no processo interpenetrativo a utilização da complexidade do outro sistema na sua própria construção se daria pelo esquema binário. Aliado a uma estrutura normativa, possibilitaria tanto a construção de uma nova complexidade sistêmica, quanto a garantia de um alcance mais simples de uma ordem⁹².

Neste sentido, a contingência que se identifica neste processo é constituída pela diferença entre os sistemas interpenetrantes e é justamente por isso que a “fórmula da interpenetração” não é a unidade, mas sim a diferença⁹³.

Ora, não são raras as oportunidades nas quais o subSistema do Direito é influenciado e influencia, complexa e internamente, os sistemas com os quais se relaciona. Basta pensar em ações judiciais que tenham potencial supra individual, como a verificação de constitucionalidade de uma determinada política econômica, por exemplo. Na hipótese, seria evidente a interpenetração entre os sistemas do direito (subsistema do Judiciário) e da economia.

Por outro lado, vale dizer que a interpenetração opera através de um processo comunicativo. Neste sentido, sempre que houver interpenetração haverá comunicação, mas não apenas, posto que, inversamente, sempre que houver comunicação estaremos diante de um evento de interpenetração. Isso cria uma evidente circularidade e se presta a comprovar a autorreferencialidade dos sistemas⁹⁴.

A pressão seletiva gerada pela complexidade e interpenetração possibilitaria, quando os sistemas sociais se aliarem a sistemas psíquicos mais complexos, a resistirem a cenários mais instáveis, bem como possibilitariam maior mobilidade em termos de estrutura⁹⁵. Além disso, para Luhmann⁹⁶ a interpenetração aqui pressuporia que a influência, que as informações advindas do Ambiente poderiam estruturar e reduzir a complexidade do Sistema do Direito, na medida em que entregaria observações, entregaria análises fáticas já analisadas sob a ótica do próprio Ambiente.

⁹² Ibidem, p. 258-260.

⁹³ Ibidem, p. 261-262.

⁹⁴ Ibidem, p. 245.

⁹⁵ Ibidem, p. 245.

⁹⁶ LUHMANN, 2016, *O direito da sociedade*, p. 73.

Vale o destaque para a recusa de Luhmann em admitir o uso de metáforas espaciais, como a dos círculos sobrepostos, para descrever a interpenetração. Em sua visão a melhor descrição seria a de que “os limites de um sistema podem ser admitidos no domínio operacional do outro”. Isso faz com que as fronteiras dos sistemas sociais insiram-se na consciência dos sistemas psíquicos, tanto quanto os limites destes inserem-se na esfera comunicativa daqueles⁹⁷.

E é também no espectro de possibilidades de solução que a presente pesquisa apresenta o Judiciário consultivo como uma alternativa viável ao melhor funcionamento deste subsistema.

Devido a questões como essa que a relação de causalidade entre sistema e Ambiente é ponto de destaque para Luhmann⁹⁸. Isso porque a fronteira entre o sistema e o Ambiente não pode ser vista como uma forma de isolamento, até mesmo porque ambos atuam simultaneamente. A teoria é social e, portanto, observa o comportamento da sociedade, ainda que em recortes, contemporaneamente aos acontecimentos.

E é também por isso, que a proposta da pesquisa será o reconhecimento de que ao suprimir a manifestação consultiva dentro do subsistema operacional do Judiciário, subverte-se ontologicamente o próprio sistema social, na medida em que ao invés do fechamento autopoietico, se inaugura uma espécie anômala e paradoxal de “fechamento alopoiético”.

Ao invés do sistema receber a influência do Ambiente (abertura alopoiética), se fechar, evoluir a partir desta irritação externa e, ocasionalmente, até reverberar ao redor pela ressonância, opta-se por deixar permanentemente aberta a via da irritação (influência externa), não possibilitando a adaptação interna do sistema.

O código direito-não direito, enquanto resposta também aos *inputs* do Ambiente, deixa de ter o norte autorreferencial do Sistema do Direito e passa a prover respostas cada vez mais casuísticas e impregnadas pelas irritações desordenadas e plurais do Ambiente. Além disso, tais irritações deixam de agredir o sistema como um todo e passam a ter um "canal direto" com o subsistema operacional Judiciário, alcançando, inclusive, o próprio julgador.

⁹⁷ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 245.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 37.

Neste sentido parece ganhar força nossa proposta quanto a existência de uma fratura no sistema. Isso porque o próprio Luhmann aponta consequências de longo alcance para sua teoria (*teorema da diferenciação*).

Tais consequências seriam:

(i) a performance do sistema estaria vinculada ao desempenho de seus subsistemas, quanto a explorar como a sociedade reagiria à exposição aos perigos do Ambiente (*ecological dangers*);

(ii) a unidade do sistema é *representada* em conjunto com o sistema em si, sabendo que a *representação* é a reintrodução da unidade do sistema no próprio sistema, criando a diferença entre o sistema e a sua unidade, e;

(iii) como todas as operações internas do sistema são “uma dentro várias”, cada operação é observada por vários outros. Formalmente, a observação significa verificar a operação, a partir de um padrão de diferenciação, normalmente a partir de expectativas. Assim, a observação (auto-observação na perspectiva interna) acompanha a operação do sistema se encaixando na sociedade. Por fim, a observação gera efeitos em si mesma, normalmente diferentes daquela que a operação esperava.

Lembramos que o fechamento operativo do sistema não exclui sua abertura cognitiva, até porque o sistema não fica alheio às mudanças ocorridas no Ambiente. Talvez por essa aparente falta de abertura, sejam tão intensos os sentimentos de insegurança jurídica - *drive* maior de nossa pesquisa – e de incompreensão dos códigos do direito cada vez mais cifrados (quase criptografados) para a sociedade em geral.

Pareceu-nos, portanto, adequado explorar o conceito de ressonância, presente em Luhmann⁹⁹, na medida em que a par de considerar que a interconexão do sistema com o Ambiente se opera numa espécie de estrutura circular, na qual o Ambiente receba a influência do sistema, mas automaticamente se fecha em seu processo interno de auto-reprodução, admite que em hipóteses de exceção a interconexão possa reverberar, possa ser posta em movimento. Tais casos excepcionais se verificariam quando irritações do Ambiente produzissem diferentes níveis de realidade.

⁹⁹ LUHMANN, 1989, p. 19-21.

Prosseguindo, admitimos como premissa que a sociedade tenha a expectativa de que o Sistema do Direito entregue previsibilidade, que entregue segurança jurídica em face da contingência do mundo.

A previsibilidade, neste contexto, deveria residir na *ultima ratio* da definição do que seria direito e do que seria não-direito. Essa instância última, a toda evidência, é o subsistema do Judiciário.

E a presente proposta considera que "insegurança jurídica" ofende diretamente o próprio código binário do sistema, na medida em que impossibilita saber o que é *direito* e o que é *não-direito*.

Evoluindo no argumento, a questão principal residiria, portanto, não no funcionamento deficiente da dimensão contenciosa do Judiciário. Buscar a absoluta identidade nas interpretações judiciais, quando se considera que elas ocorrem exclusivamente no contexto de uma situação concreta, é ignorar a hipercomplexidade inerente às relações sociais.

E é justamente neste ponto que residiria a fissura no subsistema do Judiciário, na medida em que se ignora a imprevisibilidade e a variabilidade como elementos ínsitos às relações sociais, em especial as conflituosas.

É evidente que entre o âmbito da legislação, da normatização, do direito constituído em última análise, e a solução dos conflitos na sociedade, existe o processo hermenêutico que é desenvolvido nos Tribunais.

Se tal não fosse um fato, talvez já tivéssemos robotizado a prestação jurisdicional muito antes de se falar em *machine learning* ou mesmo em inteligência artificial. Isso porque o processo jurisdicional resumir-se-ia a uma espécie de silogismo aristotélico¹⁰⁰.

E como esta etapa intermediária e necessária, antes da aplicação do direito ao caso concreto, realmente existe, parece-nos que ela esteja no centro de um colapso de hipercomplexidade.

O colapso residiria na circunstância inexecutável de, ao mesmo tempo, interpretar e compreender o direito, considerar as nuances de uma relação social conflituosa e ainda entregar uma jurisprudência com pretensão (ou expectativa) de universalidade. Adicione-se a isso pílulas de humanidade inerentes em cada

¹⁰⁰ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor).

juiz, com suas naturais idiossincrasias de pensamento, de valores, de etnia, de gênero, de classe social, de origem, de religiosidade, etc.

Luhmann¹⁰¹ admite a possibilidade de que subsistemas sejam mais complexos do que os sistemas em si e, ao menos no particular recorte do presente estudo, parece-nos que o subsistema do Judiciário opere recebendo mais complexidade do Ambiente do que o próprio Sistema do Direito.

Temos, portanto, a tempestade perfeita em termos de complexidade.

Como dito na introdução do trabalho, pretendemos demonstrar no curso da pesquisa, além da viabilidade teórico-dogmática da proposta, as evidentes consequências desta tempestade de complexidade.

De forma ainda mais enfática, nossa proposta acredita que buscar a perenidade de interpretações judiciais, sabendo que estas sempre ocorrem no seio de uma relação social hipercomplexa, sabendo que estas ocorrem numa relação conflituosa dentro da hipercomplexidade e sabendo que os juizes são seres-humanos e, portanto, sujeitos a toda sorte de influência heterorreferencial, beira a ingenuidade.

Ora, se "cada caso é um caso", cada relação mereceria, ainda que pela simplicidade do silogismo aristotélico, uma decisão diferente. Assim posto, não há que se falar em unicidade de decisões.

Em outras palavras, nossa proposta é de que este problema - unicidade de interpretações judiciais - não deveria ser esperado do Judiciário Contencioso.

Nossa proposta é admitir que o problema existe, ou ao menos que existe na dimensão em que verificamos hoje, porque não há a possibilidade de que o Subsistema do Judiciário possa decidir "em tese".

Os acadêmicos podem pensar o direito em tese e o resultado todos nós conhecemos. O resultado é a produção estruturada e sistematizada do conhecimento científico, o resultado é a evolução do direito, é o diálogo com perspectivas diferentes e racionalidades jurídicas.

O Judiciário consultivo, portanto, teria o condão de possibilitar uma interpretação do direito sem os vieses hipercomplexos que circundam os casos concretos. Viabilizaria que os argumentos que suportariam a decisão, que as razões de decidir pudessem ser mais claras e transparentes.

¹⁰¹ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 40.

E aqui propomos a expressão “transparência” enquanto honestidade intelectual. Não nos parece haver problema em que se considere que o caso concreto se revista de circunstâncias especiais, advindas da hipercomplexidade das relações sociais, que legitimam eventual conclusão diferente daquela prevista no *framework* estabelecido na legislação ou pelo posicionamento do Judiciário consultivo.

Todavia, quando tal ocorresse haveria transparência e clareza de que a decisão seria diferente porque o caso concreto reuniria elementos, condições, que o diferenciariam ou que, em última análise, que fossem, apenas e tão somente, o móvel da convicção do julgador.

Não mais seria necessário, tal como ocorre hoje com indesejável frequência, que o direito fosse submetido à tortura dos argumentos principiológicos, ou de qualquer outro viés.

O ponto central, portanto, é que o Sistema do Direito, que é integralmente bidimensional, siga com o seu subsistema mais importante, o Subsistema do Judiciário, restrito à dimensão contenciosa.

A discussão do direito em tese tem o potencial de reduzir substancialmente a complexidade, gerando uma série de outros benefícios, como, por exemplo, segurança jurídica, eficiência do Estado, celeridade na prestação jurisdicional, etc, que serão abordados amiúde no curso da presente pesquisa.

Para melhor esclarecer a proposta bidimensional para o Judiciário, ora apresentada, retomaremos aqui a importância da diferenciação entre sistema e Ambiente. Luhmann propõe haver duas formas de se decompor um sistema. A primeira é aquela que o divide em subsistemas (como os cômodos de uma casa, p.ex.) e a outra aquela que verifica os seus elementos constitutivos (os tijolos e o cimento, p.ex.). A primeira constitui a *teoria da diferenciação sistêmica* e a segunda a *teoria da complexidade sistêmica*¹⁰².

Veja-se que com este entendimento, torna-se mais clara a constatação, inicialmente contra-intuitiva, de que quanto mais diferenciação houver, maior complexidade existirá, em especial porque será necessário investigar como o sistema qualifica como elementos os seus elementos constitutivos¹⁰³.

¹⁰² LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 38.

¹⁰³ Ibidem, p. 39.

Ocorre que com o aumento do número de elementos haverá um limite para os correlacionar, advindo, portanto, o conceito luhmanniano¹⁰⁴ de complexidade que estabelece que

“[...]designaremos complexa uma quantidade conexa de elementos, quando, em virtude de restrições imanentes à capacidade de conexão dos elementos, cada elemento não puder mais a qualquer momento ser conectado com qualquer outro elemento.

Esclarecendo o conceito, Luhmann¹⁰⁵ adiciona que

*[...]complexidade é um estado de coisas autocondicionante, ou seja: já pelo motivo de que os elementos têm de ser constituídos complexamente, a fim de poderem atuar como unidade para níveis mais elevados de formação sistêmica, a capacidade de conexão dos elementos também é limitada e, com isso, a complexidade se reproduz como realidade dada inevitável em cada nível superior da formação sistêmica.
[...]Complexidade, no sentido acima referido, significa pressão seletiva, pressão seletiva significa contingência e contingência significa risco”.*

Além da limitação da capacidade de decompor o sistema em elementos, a proposta, em essência, é de que os elementos integrantes do sistema podem se relacionar de mais uma de maneira e que nem sempre essa maneira será a melhor delas, por isso a preocupação em considerar a contingência e por isso se entender a contingência também como risco¹⁰⁶.

Daí se propor a mudança de paradigma em Luhmann, já que com ele e sua teoria geral dos sistemas, sai a análise centrada no todo e em suas partes e sobrevém o olhar para o sistema e para o Ambiente.

Por outro lado, na relação do sistema com seu Ambiente, uma nova divisão no conjunto relacional dos elementos pode gerar uma concatenação relacional menos complexa. Tal legitimou Luhmann¹⁰⁷ a propor que *“somente complexidade pode reduzir complexidade”*, isso porque *“o conceito de redução não designa mais que um relacionamento das relações”*.

Por vezes, a mudança das peças de lugar promove um encaixe mais adequado, ou a mudança de disposição da mesma mobília na sala pode gerar mais ou menos espaço de circulação. Um novo *layout* aumenta o espectro de possibilidades, gerando complexidade na análise/escolha das possibilidades de

¹⁰⁴ Ibidem, p. 42.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 43.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 43.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 45.

disposição da mobília, mas, por outro lado, a nova disposição resolveu um problema específico, que era a circulação de pessoas. A partir dos mesmos elementos constitutivos (sistema) se deu uma resposta a uma perturbação funcional (Ambiente). Complexidade reduzindo complexidade, portanto.

Todavia, em havendo mais de uma possibilidade, em havendo “conflito” entre complexidades, a opção natural tende a ser pela menos complexa. A partir daqui Luhmann admite a evolução do conceito de complexidade, justamente devido a necessidade de se buscar a sua própria redução. Assim, nos propõe o Professor que complexidade significa *“uma medida para a indeterminabilidade [...] é a informação que falta ao sistema para ele poder aprender e descrever plenamente seu Ambiente (complexidade do Ambiente) ou a si mesmo (complexidade do sistema)”*¹⁰⁸.

Propomos um olhar sobre outro prisma quanto a este ponto. Na citação acima utilizamos um trecho do pensamento de Luhmann que afirma que a complexidade advém da falta de informação.

Nossa proposta insere a complexidade como advinda não da falta, mas sim do excesso de informação. Excesso, na medida em que as nuances do caso concreto trazem uma miríade de situações relacionais específicas, que sempre estão presentes no cotidiano do Judiciário contencioso.

E é também neste sentido que o presente estudo propõe a redução da complexidade com a criação do Judiciário consultivo. Assim como Luhmann¹⁰⁹ propõe que para o funcionamento interno dos elementos do sistema, a complexidade seria importante como um *“horizonte de seleção”*, a proposta desta pesquisa considera que, no âmbito dos elementos componentes do Sistema do Direito, ou seja, lei, jurisprudência, doutrina, etc., o horizonte de seleção, cujo conteúdo relacional ao final constituirá a resposta do subsistema do Judiciário, seria menos complexo através do Judiciário consultivo.

A presente pesquisa não ignora a possibilidade de ser encarada com insegurança ou ceticismo, especialmente por estarmos retornando a complexidade do sistema para o próprio sistema, mas acreditamos que isso poderá ocorrer devido

¹⁰⁸ Ibidem, p. 46.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 46.

ao fato de que o sistema *“produz uma imagem pouco nítida de si mesmo e reage a essa imagem”*¹¹⁰.

Além disso, sobrevém o paradoxo da unidade na diferença, especificamente no contexto de sistema e Ambiente, na medida em que aqui ela deve ser pensada como constitutiva¹¹¹.

A diferença entre o Sistema do Direito e o Ambiente constitui uma unidade, na medida em que é esta unidade que os diferencia enquanto sistema e Ambiente e, mais do que isso, que constitui o sistema no que de fato ele é. Ocorre que ela também atua apenas como diferença, pois *“é somente como diferença que ela torna possível a conexão entre processos de processamento de informações”*¹¹².

E também é nesta dupla dimensão de unidade da diferença que o presente estudo propõe ser necessária a existência de dimensão consultiva no subsistema do Judiciário. Enquanto unidade, na medida que é o Judiciário contencioso que deverá prover as repostas às necessidades específicas do Ambiente e dos demais sistemas, mas será diferença, enquanto caberá ao Judiciário consultivo prover as respostas às perturbações que o Ambiente trouxer ao sistema.

Em Luhmann, o método da análise funcional baseia-se no conceito de informação e corresponde à observação de movimentos e aspectos específicos internos ao sistema, a fim de identificar suas características e melhor compreender sua dinâmica. Neste sentido, a análise funcional é uma espécie de técnica teórica¹¹³.

A análise funcional, por conseguinte, dialoga com os conceitos de complexidade, contingência e seleção. É através da análise funcional que os problemas podem ser identificados, analisados e solucionados¹¹⁴.

Neste sentido, a análise funcional nos proporciona alcançar a diferenciação funcional, que é o estabelecimento de diferenças de funcionamento internamente aos sistemas. Pode gerar a diferenciação de funcionamento de subsistemas seja em relação ao sistema, seja em relação ao próprio Ambiente¹¹⁵.

¹¹⁰ Ibidem, p. 46.

¹¹¹ Ibidem, p. 38.

¹¹² Ibidem, p. 38.

¹¹³ Ibidem, p. 73.

¹¹⁴ Ibidem, p. 73.

¹¹⁵ Ibidem, p. 74.

A efetividade do método dependerá do resultado prático que ele gerará e isso parece estar diretamente relacionado com a capacidade de identificar (especificar) o problema.

Não nos parece, para o caso da pesquisa e conforme exploraremos amiúde no curso dos capítulos, que o problema resida exclusivamente no Judiciário contencioso ou na legislação processual. Parece-nos, sendo esta a proposta deste estudo, que o problema se verifique na ausência de dimensão consultiva no subsistema do Judiciário.

A partir do exame das causalidades fundamentais inerentes ao caso, ou seja, a partir da constatação de uma esfera de ausência de satisfação de expectativas da sociedade com o funcionamento do subsistema do Judiciário, acreditamos utilizar a análise funcional tal como proposta por Luhmann¹¹⁶, ou seja, como um método comparativo que ao ser inserido na realidade operativa possibilita enxergar outras possibilidades.

A análise funcional, portanto, pode esclarecer estruturas e funções ainda não operacionais. Em outras palavras, pode desvelar algo que não estava claro sequer para o observado, ou seja, para o próprio subsistema.

A opção da presente pesquisa em estabelecer Luhmann como seu marco teórico também se escorou em sua proposta para a análise funcional, na medida em que ele admite que ela (a análise funcional)

[...]desloca o conhecido e confiável, portanto, funções (fins) e estruturas "manifestas", para o contexto de outras possibilidades, expondo-as à comparação e tratando-as como contingentes, sem considerar se o próprio sistema do objeto é capaz de tencionar uma mudança correspondente¹¹⁷.

A análise, portanto, é livre, desimpedida e desembaraçada. A análise funcional foca na complexidade e não na manutenção de permanências¹¹⁸.

Neste contexto a autorreferência se apresenta como autossimplificação do sistema, proporcionando a necessária redução da complexidade. E este aspecto da teoria de Luhmann é especialmente útil para a proposta do presente trabalho, na medida em que a análise funcional se diferencia da complexidade, já que nesta se

¹¹⁶ Ibidem, p. 75.

¹¹⁷ Ibidem, p. 77-78.

¹¹⁸ Ibidem, p. 78.

“força a seleção de modelos preferenciais de relacionamento”, enquanto naquela se “reflete o teor exigente de sua (da realidade) análise em sua conceitualidade”¹¹⁹.

De forma mais pragmática, a análise funcional propicia ao observador verificar o fenômeno sem ignorar os reflexos na realidade, ou seja, sem ignorar a repercussão no Ambiente e nos demais sistemas sociais. Nas palavras de Luhmann “justifica-se, assim, que a análise funcional na Teoria dos Sistemas se oriente pelo problema da complexidade em vez de se orientar pelo problema da manutenção de permanências”¹²⁰.

Uma compreensão mais ampla, a partir de uma teoria geral dos sistemas, leva em consideração que em todos os sistemas se repete a necessidade de análise de suas partes para uma melhor compreensão do todo sistêmico. E não apenas de suas partes isoladas, de seus “átomos”, mas a observação paralela da dinâmica de outros sistemas - e de suas partes isoladas - constituem um importante aspecto da ciência moderna¹²¹¹²².

Voltando a questão da dupla função dos limites entre o sistema e o Ambiente, antes mencionada, cabe-nos pontuar a importância de que os limites também são as pontes de sentido entre o sistema e o Ambiente. Na dimensão de sua rigidez, os limites separam os elementos componentes do sistema, dos componentes do Ambiente. Na dimensão relacional, o limite “separa ocorrências, mas deixa passar efeitos causais”¹²³.

Isso significa que na relação com o Ambiente o sistema pode calibrar o quanto de interação admitirá para o momento, adequando sua sobrevivência alopoiética à sua necessidade de evolução. Tais movimentos de abertura e fechamento, possibilitam ao espectador do sistema problematizar sua relação com o Ambiente, mas não apenas, pois possibilita ao observador, em especial, identificar o bom ou o mal funcionamento do sistema.

¹¹⁹ Ibidem, p. 78.

¹²⁰ Ibidem, p. 78.

¹²¹ BERTALANFFY, Ludwig von. *General system theory: foundations, development, applications*. New York: George Braziller, 1968, p. 30-31.

¹²² LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 45.

¹²³ Ibidem, p. 47.

Vale aqui a ressalva de Bachur¹²⁴, quanto a existência de um ponto cego e que é pressuposto de todo o sistema. Isso porque “a condição de existência de um observador é que, para observar aquilo que ele observa, ele não pode ver que existe uma realidade que ele não observa”. Talvez isso explique a impossibilidade do Subsistema do Judiciário contencioso, enquanto observador, não identificar a fissura que causa ao Sistema por não operar na dimensão consultiva.

Além disso, o conceito de *adaptação* proposto por Luhmann¹²⁵, conduz a relação entre sistema e complexidade e, mais do que isso, é campo semântico, assim como é o conceito de *seleção*, para a passagem da Teoria dos Sistemas para a sua Teoria dos Sistemas Autorreferenciais, pois traz a consciência de que os sistemas devem se adaptar ao Ambiente (evolução), mas não apenas, pois também devem se adaptar a sua própria complexidade.

Assim, os sistemas precisam desenvolver mecanismos para lidar com suas “*improbabilidades*” e “*insuficiências*”, criando possibilidades para sua autoadaptação a sua própria complexidade.

E também a partir desta observação que este estudo propõe a tese de que o funcionamento do Sistema do Direito poderia ser melhor se admitisse a dimensão consultiva, no âmbito do subsistema operacional do Judiciário.

1.4 O Poder Judiciário enquanto Subsistema operativo

Partindo da demonstração de que seria razoável admitir a existência de um Sistema do Direito, restaria definir qual a posição, qual o papel do Subsistema do Judiciário dentro do sistema, bem como identificar se sua atuação contemplaria a plenitude de suas possibilidades.

Neste sentido, o objetivo deste tópico, portanto, será não apenas contextualizar o papel do Subsistema do Judiciário enquanto subsistema operativo do Sistema do Direito, quanto propor a possibilidade de sua dimensão consultiva, senão, ao menos demonstrar que se trata de uma hipótese razoavelmente segura para uma investigação científica.

¹²⁴ BACHUR, op. cit., p. 83.

¹²⁵ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 50-51.

Viana chama a atenção para o fato de Luhmann querer ressaltar que as operações do sistema são vistas, pelo próprio sistema, como uma produção própria de suas mesmas estruturas e que isso seria relevante para a compreensão do termo 'justiça', que agora estaria integrado à racionalidade autopoietica do sistema, deixando de ser realizada em cada caso, passando a ser uma *justiça sistêmica*, portanto¹²⁶.

Da forma como se pretende propor, e considerando a atuação sistêmica nas dimensões auto e heterorreferenciais, partimos da premissa de que o sistema operaria em autorreferência quanto a análise de estatutos legais, regulatórios e demais fontes do direito. A autorreferência seria, portanto, facilmente identificada na atuação contenciosa. Por outro lado, a heterorreferência poderia ser muito melhor identificada no âmbito do Judiciário consultivo, na medida em que possibilitaria a identificação de anomalia no funcionamento do sistema, fomentando a observação, a compreensão, o diálogo com o Ambiente, possibilitando “ver o que o outro não vê”.

Assim como a autorreferência interna também é ordenada pela diferenciação interna, os subsistemas operam dentro da autorreferência do conjunto sistêmico. Luhmann, inclusive, chama a atenção para o fato de que “[...] *não pode se identificar como “sub” sem se referir ao todo e essa referência é circular: ela pressupõe a si mesma no todo*”¹²⁷.

Neste sentido, não é demais enfatizar que o subsistema do Judiciário é parte do Sistema do Direito, não podendo, portanto, ignorar que deve operar no espectro autorreferencial do Sistema do Direito e se relacionar com o Ambiente através das mesmas pontes autorreferenciais internas e heterorreferenciais externas criadas pelo próprio sistema. Daqui emana, em adição ao que já foi dito até aqui, portanto, que a ausência de dimensão consultiva no subsistema do Judiciário impossibilita o pleno tráfego pela ponte heterorreferencial no subsistema, o que, por si só, constituiria uma anomalia sistêmica.

Ainda que se considere que estamos diante de um modelo de *black box*, diante de uma complexidade que tornaria o Sistema quase indecifrável, parece-nos que o modelo *input/output* serviria para o estabelecimento de estratégias e

¹²⁶ VIANA, 2015, p. 63.

¹²⁷ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 218.

estruturas que trabalhariam ordenadamente e orientadas para a solução de problemas específicos¹²⁸.

Input e *output*, por sua vez, são também limites entre as trocas Sistema/Ambiente e podem ser utilizados de forma combinatória, gerando mais ou menos dependência entre ambos. A autonomia do sistema neste particular, portanto, significa, segundo Luhmann, que a possibilidade de escolha quanto aos aspectos será dependente do Ambiente ou, em outras palavras, no estabelecimento de um modelo de fins/meios, no qual os fins orientam a escolha dos meios e estes a escolha da finalidade almejada. E de forma ainda mais efetiva, *input/output* possibilitam a adequação de situações desequilibradas, no sentido de corrigir realidades autocriadas¹²⁹.

O Subsistema do Judiciário, enquanto subsistema operativo, portanto, é permanentemente irritado pela dinâmica das relações sociais do Brasil contemporâneo. Tais irritações geram perturbações no Sistema do Direito, que não pode, por conseguinte, permanecer impermeável aos anseios da sociedade, muitas vezes ávidos por uma resposta imediata.

Assim como Luhmann¹³⁰ propõe que uma visão otimista tenha ficado no passado, no sentido de que bastaria acreditar que podemos fazer melhor e que bastaria se esforçar mais para que os resultados fossem alcançados, propomos que talvez seja inadequado acreditar que bastaria “aumentar a estrutura administrativa do Judiciário contencioso”, “contratar mais juízes”, “estabelecer regras processuais mais claras e coercitivas”, “padronizar a jurisprudência”, etc.

Tais medidas podem ser úteis para o melhor funcionamento do subsistema, e até acreditamos que em alguma medida realmente o sejam. Parece-nos, todavia, que Luhmann tenha razão quando considera que esta visão subestima a complexidade estrutural. Vale aqui lembrar que para os fins deste trabalho, complexidade designa uma unidade que adquire sentido em relação à diferença, é a unidade na diferença entre o Sistema e o Ambiente¹³¹.

¹²⁸ BERTALANFFY, op. cit., p. 19.

¹²⁹ LUHMANN, 2016, *Sistemas sociais*, p. 229-234.

¹³⁰ LUHMANN, 1989, p. 11.

¹³¹ Ibidem, p. 11.

A pesquisa não ignora o fato de que o Ambiente será sempre mais complexo do que o sistema¹³². Todavia, quando o sistema tem a pretensão de estabelecer padrões de molde a atender expectativas normativas, e não o faz, gerando, ao contrário, insegurança, então toda a complexidade do Ambiente passa a integrar o próprio sistema e é aqui que reside a fratura cuja existência a pesquisa espera demonstrar.

E se estamos diante de um problema de alta complexidade, a primeira providência rumo à sua solução será a sua redução. Nesta pegada, a diferença entre o sistema e o Ambiente é um pre-requisito, pois a redução da complexidade, seja quanto ao sistema ou seja quanto ao Ambiente, só pode ocorrer internamente ao próprio sistema¹³³.

Os sistemas evoluem a partir das irritações advindas do Ambiente. O Sistema do Direito, em especial pela porta do subsistema do Judiciário, tem sido constantemente irritado pelas críticas sociais que apontam para uma suposta insegurança jurídica. A evolução ocorrerá quando tais irritações forem internalizadas, a fim de serem auoieticamente tratadas, possibilitando que o sistema se adapte.

Não há outra opção, pois o sistema que não se adapta termina por ser extinto. As adaptações e evoluções do subsistema do Judiciário tem ocorrido ao longo dos anos, fazendo com que o Judiciário contencioso responda, em alguma medida, às mencionadas irritações externas. O presente estudo parte da premissa de que apenas isso não é suficiente. Há que se evoluir para uma nova forma de diálogo, uma nova estrutura comunicativa entre o subsistema do Judiciário e a sociedade, entre o sistema e o Ambiente.

Luhmann propõe que sistemas altamente complexos podem desenvolver meios próprios de organização para conviver com a complexidade. Propõe que a dinâmica destes sistemas cria um complexo recursivo fechado de operações, ou seja, um complexo voltado para autorreprodução e a continuação de sua própria autopoiese¹³⁴.

¹³² LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 43.

¹³³ LUHMANN, 1989, p. 12.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 13.

Todavia, ao mesmo tempo o sistema continua cada vez mais aberto, ou seja, suscetível às mudanças do Ambiente, o que pode gerar dois caminhos de desenvolvimento: a evolução do sistema com uma maior complexidade, mas com maior potencial de redução desta complexidade por si mesma, por ser mais operacional, e um prolongamento do período de autopoiese¹³⁵.

No último caso, prossegue Luhmann, a autopoiese não terá mais que lidar com a sobrevivência do sistema preocupando-se com a reposição das partes desgastadas, mas sim eventualmente criando sistemas a partir de eventos cuja continuidade agora são a causa necessária da autopoiese do sistema¹³⁶.

O sistema recebe pressão do Ambiente para se adaptar, para evoluir e esta coação à seleção advém da sua própria complexidade¹³⁷.

Necessitamos de respostas novas para novos problemas. Esta sentença encerra uma proposição simples e até mesmo clichê? Aceitaríamos a crítica, não fosse a crueza da realidade pragmática.

Ora, não são raras as propostas que focam mira na técnica supostamente correta para a decisão judicial, ou seja, pra o pronunciamento do Judiciário contencioso. Critérios de forma, ainda que com vistas ao melhor alcance de um suposto conteúdo almejado, transbordam na literatura nacional. Aqui vale a ressalva de que a presente pesquisa não pretende criticar tais teorias, haja vista que admitimos que o Judiciário contencioso também merece ser estudado e que oportunidades de melhoria podem sempre ser encontradas.

Nossa oposição, aqui sim firme, ruma na direção dos que pretendem utilizar teorias da argumentação jurídica ou teorias da decisão judicial, como as únicas alternativas para o enfrentamento da medida de ineficiência (seja ela grande ou pequena, não importa) presente no Sistema do Direito.

A complexidade do Ambiente segue agredindo o sistema, que ao invés de se adaptar e evoluir, vem absorvendo esta maior complexidade para dentro de si, o que

¹³⁵ Ibidem, p. 13.

¹³⁶ Ibidem, p. 13-14.

¹³⁷ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 43.

traz o potencial de colapso, o que exploraremos amiúde no capítulo 4, item 4.4, oportunidade na qual analisaremos os dados divulgados pelo CNJ.

Inspirados nos questionamentos de Luhmann¹³⁸, feitos no contexto de um meio Ambiente ecológico, teríamos duas indagações similares às dele: (a) existe competência técnica suficiente para a bidimensionalidade do subsistema do Judiciário, ou seja, o Judiciário consultivo nos daria ferramentas suficientes para enfrentar as irritações do Ambiente?, e; (b) haveria suficiente competência social, ou seja, comunicativa, para poder realizar a seleção operativamente?

Acreditamos que ambos os questionamentos comportam respostas afirmativas. Em termos operativos, a atuação do subsistema do Judiciário seria a mesma, ou seja, aplicaria o direito a partir de uma proposição a si submetida, seguindo um rito previamente estabelecido. Nada de novo, neste particular, portanto.

O papel do Subsistema do Judiciário, portanto, teria um viés de observador de segunda ordem, conforme propõe Luhmann¹³⁹, na medida em que teria a capacidade de identificar e observar os *loci* dos acoplamentos estruturais entre as observações. Tratando especificamente sobre o Sistema do Direito, Luhmann¹⁴⁰ propõe que somente a observação de segunda ordem, valorada pelo código binário, ordena a adesão às expectativas do direito. Exemplo eloquente e que ocorre no âmbito interno ao próprio Sistema do Direito, é a mútua relação observacional entre a legislação e a jurisprudência no âmbito do Sistema do Direito¹⁴¹.

Além disso, a observação de segunda ordem ainda proporcionaria o processamento normativo de expectativas, aqui considerado como a busca pelo consenso na descrição de fatos observados sob óticas diferentes. Neste sentido o Sistema do Direito teria a possibilidade de identificar quando outros Sistemas se comportam de maneira normativa e, portanto, não apenas qualificar o seu

¹³⁸ LUHMANN, 1989, p. 14.

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. Trad: Javier Torres Nafarrate con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. Mexico: Herder UIA, 2005, p. 97-102.

¹⁴⁰ LUHMANN, 2016, *O direito da sociedade*, p. 50.

¹⁴¹ LUHMANN, 2005, p. 114.

fechamento operativo¹⁴², como, na proposta da pesquisa, oferecer respostas mais adequadas para os anseios dos demais Sistemas.

Daí Luhmann propor, pensando em diferenciação e fechamento operativo, que o Sistema, munido da observação de segunda ordem, comanda a si próprio. E Luhmann vai ainda mais longe quando conclui que

Assim, o direito não é simplesmente afirmado com o auxílio de poderoso amparo político para então, em maior ou menor grau, se impor. Ao contrário, o direito só é direito quando se pode esperar, uma vez que a expectativa normativa é esperada normativamente. Também nessa medida o direito não é determinado hierarquicamente de cima, mas heterarquicamente — portanto, colateralmente — e determinando vizinhanças em forma de redes¹⁴³.

A partir daí, então, a pesquisa identifica uma oportunidade de melhoria no diálogo do Sistema do Direito com os demais Sistemas Sociais, na medida em que na perspectiva de uma dimensão consultiva no Subsistema do Judiciário, o julgador teria a capacidade de observar a dinâmica Sistema/Ambiente, previamente a sua própria manifestação enquanto Estado-Juiz em sua *ultima ratio*.

Esse papel de observador livre, mas dotado do poder de interferir no observado, permitiria ao Subsistema do Judiciário antever problemas e os regular, livre da espessa névoa presente em todo litígio entre partes. Aqui, no âmbito da observação das observações, o julgador teria a possibilidade de melhor definir este momento único de interação do Sistema do Direito com os demais Sistemas Sociais, especificamente constituído pela emissão da sentença definitiva.

A possibilidade comunicativa, por seu turno, sofreria um acréscimo sem precedentes. De um lado, sem as fronteiras do caso concreto, sem as limitações da técnica processual e, de outro, com a amplificação do debate técnico e com a interação direta com o Ambiente, mediante a participação plural de outros setores da sociedade.

Forte na Teoria dos Sistemas e na perspectiva deste estudo, portanto, o Judiciário consultivo é uma oportunidade (a) de evolução do Subsistema operativo do Judiciário; (b) do Sistema do Direito ressonar com maior amplitude no Ambiente;

¹⁴² LUHMANN, 2016, *O direito da sociedade*, p. 57.

¹⁴³ Ibidem, p. 114-115.

(c) de redução da complexidade, e; (d) de correção de uma fratura no Sistema do Direito.

CAPÍTULO 2

FUNDAMENTOS E DESAFIOS NA ESTRUTURA ATUAL DO SISTEMA DO DIREITO

2.1 O direito como pretensão de correção

Dando seguimento à proposta do capítulo anterior, a pesquisa considera necessário refletir sobre a real necessidade de haver uma dimensão consultiva no Subsistema do Judiciário, seja para o seu melhor funcionamento ou mesmo seja para o adequado equilíbrio do próprio Sistema do Direito.

Em outras palavras, e em especial pela constatação de que o modelo exclusivamente contencioso é utilizado em larga escala mundo afora, queremos saber por que o Sistema do Direito quereria ter uma dimensão consultiva no âmbito do Judiciário. Antes de pensar na melhoria da operação do Subsistema, parece importante investigar se o Sistema teria interesse em caminhar nessa direção.

O presente capítulo será dedicado a trazer luz para os desafios aparentemente mais importantes que o Subsistema do Judiciário enfrenta em seu cotidiano e que, na forma da proposta desta pesquisa, parecem constituir uma fissura no Sistema do Direito, impedindo o seu adequado funcionamento.

Na forma como pretendemos propor nesta investigação, a pertinência reside na crença de que o Sistema do Direito possua uma finalidade, que possua uma utilidade social. A existência de estruturas jurídicas minimamente organizadas, muito anteriores ao Sistema Jurídico como hoje os conhecemos, remonta a priscas eras e inegavelmente contribuiu para que sociedades organizadas se estabelecessem e progredissem.

Neste sentido, para além da pretensão de correção proposta por um autor específico, a pesquisa fará uma reflexão acerca da intenção de acertar que é ínsita, que é subjacente ao Sistema do Direito. Da mesma forma, o trabalho pressupõe que também o Subsistema do Judiciário tem o interesse de rumar na mesma direção, ou seja, preordena-se para entregar respostas que estejam "conforme o direito".

Visando uma melhor compreensão sobre a gênese do entendimento de que mais do que almejar dar respostas corretas para conflitos sociais, o direito pretende

estar correto em suas proposições, vale uma pequena digressão histórica, a fim de contextualizar o cenário no qual o enredo se desenrolou.

Pois bem. Pouco tempo após a revolução francesa, houve o período que ficou conhecido como o da Codificação, cujo traço marcante foi o direito passar à ser escrito. Nesse período ficaram registradas duas escolas de pensamento, a Escola Histórica, na Alemanha, e o Iluminismo. Contemporaneamente, dois códigos foram elaborados, o da Prússia, de 1792 e o da França, mais conhecido por Código Napoleão, de 1805. A evolução legislativa avançou como a principal fonte do direito na Europa, ainda sob a influência das idéias iluministas, mas delas já se afastando para se firmar num sentido mais positivista, em especial a doutrina francesa¹⁴⁴.

Posteriormente, do Código Napoleão nasce a Escola da Exegese, cujas características definidoras eram a de que a lei, o código, seria a fonte do direito por excelência, a adoção do princípio da separação dos poderes de forma hermética e o chamado 'método lógico-dedutivo', também chamado de técnica da subsunção, que se assemelha ao silogismo aristotélico¹⁴⁵. Silva¹⁴⁶ destaca que por muito tempo o hermeneuta do *direito comum* conviveu com a produção deste direito por múltiplas fontes e mesmo com a existência de *centros de produção normativa* incertos (costumes, direito romano, direito canônico, etc.). A atividade denominada por *interpretativo*, portanto, que nada mais era do que combinar estas múltiplas fontes para a apuração do direito aplicável ao caso concreto, deixa então de existir.

Kant avança para além da subsunção e enxerga na coação o grande diferencial entre a norma moral e a norma jurídica. Em sua visão, não seria possível coagir ninguém a agir por um dever moral. A coação seria típica do dever jurídico, sendo esta possibilidade de coerção, portanto, o grande ponto diferenciador entre um e outro dever¹⁴⁷.

Isso significa que a obediência a uma lei moral pelo dever seria verdadeiramente um agir pela virtude e, portanto, seriam espécies de leis que não admitiriam coação. Se presente a coação, não seria mais um dever moral, mas sim

¹⁴⁴ GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 104.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 101-102.

¹⁴⁶ SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Escola da Exegese*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord. Geral). *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. São Paulo: LTr, 2011. p. 146-149.

¹⁴⁷ KANT, 2008, p. 77-79.

um dever de direito. Ao analisar este aspecto da proposta kantiana, Kersting foca na chamada "*obrigação ética geral*" de cumprimento de determinadas "*exigências racionais*", para concluir que segundo as "*medidas da ética da mentalidade de Kant, legalidade não tem valor moral*"¹⁴⁸.

A questão está, a toda evidência, na separação entre a moral e o direito. Alexy sistematiza os pólos antagonistas desta proposição ao afirmar que o cerne da polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral e propõe persistirem duas posições fundamentais: a positivista e a não positivista. As teorias positivistas defenderiam a tese da separação, no sentido de afirmar que a moral não integraria o conceito de direito, daí advindo uma definição de direito baseada em dois elementos: a legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e a eficácia social. Os não positivistas, por sua vez, defenderiam a tese da vinculação, reconhecendo a necessidade da presença de elementos morais, como, por exemplo, a correção quanto ao conteúdo¹⁴⁹.

Vale aqui um retorno em Kant, diante de sua proposta de que tanto o direito como a moral (virtude) seriam facetas da lei de liberdade, e que, portanto, nada mais seriam do que exemplos das leis que o próprio homem dá a si mesmo. A moral, portanto, estaria restrita ao âmbito interno da consciência, pois, além de dever ser praticada conforme o dever, assim como o direito deveria também ser praticada pelo dever¹⁵⁰.

Aditando-se uma pretensão de universalidade a esta compreensão, valerá o registro de que tanto o imperativo categórico de Kant ("*age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal*"¹⁵¹), quanto o pacto social de Rousseau¹⁵² ("*uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo*"), trazem em si proposições muito similares.

¹⁴⁸ KERSTING, Wolfgang. *O fundamento de validade da moral e do direito em Kant*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 170-171.

¹⁴⁹ ALEXY, 2009, p. 3-5.

¹⁵⁰ KANT, op. cit., p. 84-88.

¹⁵¹ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 40. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

¹⁵² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 25. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

Não por outra razão, a ética kantiana é comumente relacionada ao juspositivismo. Diante de uma aparente compreensão equivocada de que o positivismo seria um modelo exclusivamente de regras, de antemão vale pontuar que tanto em Kelsen quanto em Hart - apenas para ficarmos nos expoentes mais conhecidos na literatura jurídica brasileira - admitiu-se a existência de um gradiente na certeza do comando normativo. Em Kelsen¹⁵³ foi chamada de "*norma de generalidade indeterminada*" e em Hart¹⁵⁴ essa indeterminação recebeu a expressão "*textura aberta da norma*".

O tempo passa e a partir da década de setenta do século passado, há um salto na pesquisa sobre o tema no âmbito do direito, com grande contribuição de Alexy¹⁵⁵ e Dworkin¹⁵⁶.

Em Dworkin¹⁵⁷, há a famosa e ácida crítica ao positivismo jurídico, que inclusive é pessoalizada em Hart, sendo esta crítica sustentada por duas premissas. A primeira que o positivismo jurídico seria um modelo de regras, para regras e que ignoraria a existência de princípios¹⁵⁸. A segunda é que o modelo de regras, proposto pelo positivismo jurídico, levou os adeptos desta linha de pensamento à defenderem o poder discricionário do julgador¹⁵⁹.

Alexy utiliza a expressão "não positivista", no que parece ter acertado, para estabelecer que o fato de alguém discordar do positivismo jurídico não quer dizer, necessariamente, que se filie à escola de pensamento antagonista, que naquela quadra da história era representada pelo chamado jusnaturalismo¹⁶⁰.

¹⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

¹⁵⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. UK: Clarendon Press – Oxford, 1991, p. 124.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. USA: Harvard University Press – Cambridge, Massachusetts, 1977.

¹⁵⁷ DWORKIN, op. cit., p. 22. "*I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart's version as a target, when a particular target is needed*".

¹⁵⁸ Ibidem, p. 22. "*Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these Standards that are not rules.*"

¹⁵⁹ Ibidem, p. 17. "*(b) The set of these valid legal rules is exhaustive of 'the law', so that if someone's case is not clearly covered by such a rule (because there is none that seems appropriate, or those that seem appropriate are vague, or for some other reason) then that case cannot be decided by 'applying the law'. It must be decided by some official, like a judge, 'exercising his discretion', which means reaching beyond the law for some other sort of standard to guide him in manufacturing a fresh legal rule or supplementing an old one.*"

¹⁶⁰ ALEXY, 2009, p. 3-5.

Para Alexy, a aplicação do direito depende do prévio estabelecimento de um conceito de direito. Quando estabelece o seu, enquanto não positivista, o faz de acordo com três premissas. A primeira é de que para o estabelecimento de um conceito de direito faz-se necessário se posicionar acerca da relação entre o direito e a moral. Neste particular, Alexy entende que não existe necessariamente uma conexão ou uma desvinculação. A conexão entre ambos, para ele, existiria apenas na dimensão de uma possibilidade¹⁶¹.

Ao refinar o argumento, estabelece que o direito decorre da moral e que a preservação do direito constituído é um corolário da segurança jurídica, sendo esta sua primeira característica. Escorado na fórmula de Radbruch¹⁶², Alexy reconhece uma única hipótese na qual o direito perderia sua legitimidade, o que ocorreria quando se verificasse uma injustiça extrema, prevalecendo neste caso a moral, portanto. Vale aqui um parêntese, para pontuar que a fórmula de Radbruch tem profunda influência no chamado postulado da *proibição do excesso*, que como observado por Ávila¹⁶³, já foi denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade.

Retomando Alexy, vemos que a segunda característica seria a finalidade do direito e a terceira a segurança jurídica. As duas primeiras estariam na dimensão ideal do direito e a terceira na dimensão factual¹⁶⁴.

Partindo da idéia de que existem vários conceitos de moral, comumente dotados de grande subjetividade, Alexy propõe que talvez fosse possível encontrar, na relativização das diversas morais, alguns pontos de objetividade. O elemento diferenciador para a elaboração do conceito de direito, na perspectiva não positivista, portanto, seria a chamada *correção material*, que se juntaria aos outros dois também previstos pelo positivismo, ou seja, a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social¹⁶⁵.

¹⁶¹ Ibidem, p. 3-5.

¹⁶² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 56.

¹⁶³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 ed., ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 157-158.

¹⁶⁴ ALEXY, 2009, p. 3-5.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 15.

Dworkin, por sua vez, propõe o direito como um modelo de regras e de princípios. Regras obedeceriam ao padrão tudo ou nada, “*all or nothing*”, não admitindo exceções, exceto se expressamente previstas. Princípios seriam *prima facie*, poderiam ser compatibilizados entre si, sem que necessariamente um deles tivesse que ser afastado. Alexy utiliza a expressão *mandamentos de otimização*, e essa é precisamente a grande diferença, neste particular, das propostas de ambos.

Para Alexy¹⁶⁶, os mandamentos de otimização teriam por principal característica “*poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas*”. Na sua ótica, os mandamentos de otimização configuram um dever-ser ideal, enquanto as regras, enquanto mandamentos definitivos, configurariam um dever-ser real.

Numa redução, poderíamos dizer que tanto Dworkin quanto Alexy propõem um critério qualitativo para a análise da generalidade nos princípios, portanto.

O fato é que este debate ruma para o aprofundamento da investigação sobre a discricionariedade do julgador e, convergentemente, sobre as técnicas de decisão judicial, que são temas apenas tangentes ao presente trabalho. Por ora, basta-nos a constatação de que existem propostas de como lidar com a discricionariedade, sem que a questão tenha sido solucionada de forma exauriente até o momento.

E veja-se que toda a inteligência da proposição pode perfeitamente ser adequada para o Judiciário consultivo. Aliás, como já dito, não se quer propor um espectro de atuação jurisdicional que rompa integralmente com o modelo tradicional de submissão de uma “questão” ao Subsistema do Judiciário, a fim de que uma “resposta” seja dada. O que muda na perspectiva do Judiciário consultivo, em essência, é que a “questão” deixa de ser uma controvérsia entre partes, específica e delimitada por características pessoais dos contendores, passando a ter uma abrangência e eficácia social ampla, com expectativa de exauriência, na medida em que a “resposta” deixa de ser um comando coercitivo apenas para os envolvidos, passando a ser, de fato, a *ultima ratio* da hermenêutica do Sistema do Direito para o ponto.

¹⁶⁶ ALEXY, 2011, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90.

Em Alexy¹⁶⁷, a ligação ou a separação entre o direito e a moral é o pano de fundo para a constatação, ou não, de que o direito terá uma pretensão de correção, ou seja, de que o direito deseja atender às expectativas regulatórias da sociedade.

Ao pressupor a existência da mencionada *pretensão de correção*, Alexy¹⁶⁸ acredita que esta pretensão seria o elemento que retiraria o direito de uma dimensão ideal e o transportaria para uma dimensão factual. Tal pretensão valeria para as normas, para as decisões jurídicas individuais e também para o Sistema do Direito como um todo.

Poderíamos, inclusive, utilizar a própria proposta de concordância prática¹⁶⁹ para reforçar a tese de que o Judiciário contencioso, ancorado na limitação do caso individual, não disporia de meios adequados para entregar respostas que possam ser seguramente utilizadas por toda a sociedade, diante do potencial de mutabilidade hoje existente.

Porém, e afinal de contas, para que serve, qual a função do direito? Em outras palavras, a pergunta que se coloca é qual seria o problema social que seria resolvido pela existência de um sistema diferenciado e operacionalmente fechado? Luhmann acredita que a função do direito está relacionada a expectativas, mas não como o anseio de um indivíduo e sim como “*um aspecto temporal do sentido de comunicações*”¹⁷⁰.

Ora, e isso não seria uma espécie de pretensão de correção? Com isso não se almeja que o direito esteja conforme os anseios sociais em um determinado recorte histórico e, portanto, se assim alcançado ele terá sido correto? Na dimensão de sentido e de relações comunicativas, Luhmann concebe o direito como hábil a lidar com as dimensões social e temporal, mesmo considerando a evolução contínua da complexidade social. Todavia, ele propõe que o direito seria a combinação de duas binariedades, sendo uma as expectativas cognitivas/normativas e outra o código lícito/ilícito. Daí ele propor que

Todos os ajustes sociais do direito operam no âmbito dessa estrutura; eles variam o sentido factual, o “conteúdo” das normas legais e os programas

¹⁶⁷ ALEXY, 2011, *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 178-179.

¹⁶⁸ ALEXY, 2009, p. 43.

¹⁶⁹ ALEXY, 2011, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 173.

¹⁷⁰ LUHMANN, 2016. *O direito da sociedade*, p. 99-100.

que regulam uma coordenação “correta” dos valores lícito e ilícito, a fim de manter a vinculação do tempo e a capacidade de consenso/dissenso em uma zona de compatibilidade recíproca. E é precisamente *em razão da dimensão factual que exerce essa função de equilíbrio que não existe uma definição factual do direito*. A definição factual é substituída pelo “Sistema do Direito” como sistema de referência.”¹⁷¹

Assim, como o factual do direito seria o equilíbrio entre expectativas cognitivas/normativas e o binário lícito/ilícito, a função do direito em Luhmann, portanto, é a estabilização das expectativas normativas. Neste contexto, a calibragem das expectativas normativas toma posição de destaque, na medida em que se percebe uma espécie de intenção de normatização de quase todas as relações sociais¹⁷².

Trazendo a proposta de Luhmann para uma dimensão mais pragmática, algumas perguntas permanecerão irrespondidas, como, por exemplo, qual seria o critério para a estabilização destas expectativas? A pretensão de correção, por si só, seria capaz de alcançar esta finalidade? E o veículo para esta estabilização seria a legislação positivada?

Aproveitando o gancho da legislação como potencial estabilizador das expectativas normativas, vale dizer que tanto Alexy quanto Dworkin não se consideravam positivistas, em que pese reconhecerem a necessidade de respeito e submissão também ao direito constituído. Por seu turno, Luhmann¹⁷³ apresenta alguns questionamentos sobre a temática, iniciando com o que ele denomina como “*positivismo legal*”, sustentando uma suposta insuficiência teórica de seu conceito, já que, em sua visão, não se prestaria a um uso científico por uma insuficiente capacidade de conexão e, além disso, propõe que para a Teoria dos Sistemas as teorias do direito deveriam superar a apresentação na forma de uma estrutura e evoluir para o reconhecimento de “*operações*”.

Na forma como Luhmann via o direito, as estruturas continuariam a ter o seu lugar, mas apenas enquanto conexões seletivas das operações, porque ele acreditava que “*o direito adquire sua realidade não por alguma idealidade estável, mas exclusivamente pelas operações, que produzem e reproduzem o sentido*”.

¹⁷¹ Ibidem, p. 104.

¹⁷² Ibidem, p. 103-110.

¹⁷³ Ibidem, p. 32-34.

*específico do direito*¹⁷⁴. Haveria, na forma como a pesquisa interpreta o ponto, portanto, um diálogo permanente entre o Sistema do Direito e o Ambiente, bem como entre o Sistema do Direito e os demais sistemas sociais.

Neste sentido, parece-nos que a proposta de Alexy dialoga mais facilmente com as reflexões de Luhmann acerca da interação entre sistema e Ambiente. Isso porque a percepção de Alexy, que é anterior à de Luhmann, reconhecia a maior complexidade advinda do Ambiente e admitia que o Sistema do Direito não teria condições de prever todas as situações e nuances que uma hipótese da vida real poderia constituir.

O grande contributo de Alexy e de Dworkin, portanto, está no reconhecimento de se fazer necessária a formulação de uma 'teoria de interpretação', de molde a dar sustentação à qualquer teoria de direito que se apresente à prova. Dworkin sustenta que em sua teoria não haveria mais poder discricionário do juiz, enquanto Alexy promete um teorema matemático que se apresenta como minimizador desta discricionariedade. Saber se um ou se outro efetivamente alcançou seus objetivos, é tema para outro estudo, mas não há como negar a influência e a importância de ambas as contribuições para a inteligência jurídica que se produziu a partir de suas reflexões.

De uma forma ou de outra, fato é que atualmente, e especialmente no âmbito do direito constitucional brasileiro, adota-se quase que de forma uníssona a compreensão de que o direito é um sistema constituído por um modelo de normas jurídicas e que tais normas se dividem entre princípios e regras.

Concordando ou não com a proposição, positivista ou não positivista, fato é que o julgador necessita trilhar um caminho hermenêutico para, a partir do mandamento legal, dirimir conflitos, decidir as controvérsias que são submetidas ao Subsistema do Judiciário.

A amplitude de discricionariedade relegada ao julgador, portanto, passou a ser um complicador e é a partir desta dificuldade que surgiram as teorias da argumentação jurídica, cuja pretensão, acredita-se, sempre foi resolver ou minimizar o problema.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 34.

Como nos chama a atenção Viana¹⁷⁵, também o Sistema do Direito opera em constante contingência, em especial face as constantes perturbações e irritações muitas vezes imbuídas de outra lógica social e sempre precisará as enfrentar (as contingências) por uma racionalidade jurídica. É bem verdade que sua proposta se relaciona com suas reflexões no âmbito da jurisdição constitucional, mas no âmbito da proposta desta pesquisa nosso objetivo é avançar no conceito para alcançarmos todo o exercício da jurisdição.

Da mesma forma, a pretensão de correção do direito também está presente na proposta do direito como integridade de Dworkin. Concluir que o direito quer estar certo, é quase intuitivo e no mínimo tangencia todo o espectro das teorias sobre a faculdade de julgar.

A reflexão a qual nos propomos, portanto, reside na consideração de que talvez estejamos em um ponto de contato entre as propostas apresentadas, no sentido de demonstrar que há sim no direito uma vontade de acertar. Há, em todas estas propostas, enfim, pretensão de correção com vistas a uma correta estabilização das expectativas normativas.

2.2 Compreendendo a alternativa hermenêutica

Restou evidenciado no capítulo anterior que o objetivo central do presente trabalho é demonstrar que existe dupla dimensão no Sistema do Direito e que a ausência de consultivo no Subsistema do Judiciário constituiria uma fratura no sistema. Tendo este segundo capítulo iniciado apresentando a pretensão de correção, tanto no contexto de doutrinas muito influentes no Brasil como também sob a ótica do marco teórico desta pesquisa, faz-se oportuno agora refletir sobre a adequação da proposta no contexto das reflexões hermenêuticas.

Neste sentido, partindo da premissa de que o Judiciário consultivo teria a função primordial de definir, em *ultima ratio*, interpretações judiciais prévia ou contemporaneamente à instalação de controvérsias, não parece desarrazoado considerar que tais julgados constituiriam a resposta potencialmente definitiva do Subsistema do Judiciário.

¹⁷⁵ VIANA, Ulisses Schwarz. *O confronto da jurisdição constitucional com seus limites autopoieticos: o problema do ativismo judicial alopoiético na Teoria dos Sistemas*. In: Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 15, n.1, jan/dez. 2018, p. 292-293.

Imaginemos o quão positivo seria para o direito termos a resposta correta para um problema submetido ao Estado-Juiz. Na forma de uma pergunta retórica, de que serve, em última análise, o Subsistema do Judiciário, se não para aplicar o direito, distribuindo justiça? Tais provocações serão o guia inicial da análise que apresentaremos, centrada na hermenêutica de Heidegger e Gadamer.

Faz-se necessário, todavia, fazer uma contextualização para melhor situar a terminologia peculiar utilizada no âmbito hermenêutico, em especial a que está presente na obra de Heidegger.

Logo de princípio, portanto, é importante deixar claro que na perspectiva hermenêutica "primeiro compreende e depois interpreta". Tal proposição, isoladamente considerada, parece estar deslocada no texto, mas exprime com exatidão a perspectiva heideggeriana quanto a hermenêutica da presença, do Dasein.

Em outras palavras, só se alcançará o sentido de ser, na sua perspectiva ontológica, se este mesmo ser já houver sido plenamente compreendido. E essa compreensão, por sua vez, só se verificará no contexto da espiral hermenêutica, na medida em que esta alegoria esclarece que o expectador alheio aos acontecimentos, fora do mundo e no centro da espiral, estará no tempo zero, no marco original, procurando compreender o ente que pretende interpretar.

Este tempo zero, este *locus* hermenêutico, permitirá ao expectador avaliar o ente considerando o passado, o presente e o futuro, analisando o que ocorreu, o que ocorre e, ainda, projetando-se para o futuro, antevendo o que ainda está por vir, o *de-vir*. Como adverte Cirne-Lima¹⁷⁶ “[...]tudo se movimenta. As coisas se engendram e surgem. Elas morrem e desaparecem. Ir e vir, aparecer e desaparecer, nascer e morrer. O mundo está em movimento, o universo está em perpétuo *Devir*”.

Neste momento, portanto, a pre-sença, enquanto ser-no-mundo, irá se desvelar, abrindo-se e mostrando toda a sua essência, após haver sido plenamente compreendida. Esta compreensão, por sua vez, ocorrerá na alethéia, na clareira, no local onde o que estava velado, enevoado, será desvelado, revelando, enfim, a sua verdadeira essência. Neste ponto será alcançada a cura, a compreensão plena do ente.

¹⁷⁶ CIRNE-LIMA, Carlos. *Dialética para principiantes*. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 140.

Neste caminhar compreensivo, entretanto, o afastamento da simultaneidade das perspectivas de passado, presente e futuro, forçará o expectador a coisificar o ente, ou seja, a deixar de vê-lo segundo uma perspectiva ontológica e passar a olhá-lo apenas numa perspectiva ôntica. Assim, o ente deixa de ser.

A cada vez que isso acontecer ocorrerá a chamada decaída, a decadência, na qual uma espécie de força centrípeta expulsará o expectador da espiral hermenêutica, obrigando-lhe à retomar a análise compreensiva, a fim de alcançar uma melhor clareira, a verdadeira essência do ente que se quer compreender.

Tal expulsão, entretanto, não conduzirá o expectador à *estaca à zero*, haja vista que a cada desvelamento, à cada compreensão do ser, melhor se identificará sua essência. Cada identificação de essência, cada desvelamento, constituirá uma clareira, uma cura, sendo esta, enfim, a efetiva representação da realidade.

Mas essa realidade, contudo, não corresponderá ao real último, pois Heidegger chega mesmo à duvidar da possibilidade desta identificação, na medida em que *"o "problema do mundo externo" orienta-se, constantemente, pelos entes intramundanos (coisas e objetos) e, desse modo, todas as discussões conduzem a uma problemática que, do ponto de vista ontológico, é quase indeslindável"*¹⁷⁷.

De fato, considerando a perspectiva daquele que está em um tempo originário e, além disso, projetando-se para frente, considerando o que ainda está por vir, não há como afirmar a possibilidade de alcançar a compreensão plena da essência do ente investigado.

Apesar disso, Heidegger tem a preocupação de demonstrar que a realidade não será apenas uma compreensão entre tantas outras possíveis, mas sim, e tão somente, uma única realidade definidora da essência do ente. Será necessário comprovar, entretanto, *"que realidade não é apenas um modo de ser entre outros, mas que, ontologicamente, acha-se num determinado nexos de fundamentação com a presença, mundo e manualidade"*¹⁷⁸.

Heidegger destaca três pontos para analisar o problema ontológico-fundamental da realidade, sendo eles a) *a realidade como problema do ser e da*

¹⁷⁷ HEIDEGGER, op. cit., p. 271.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 270.

*possibilidade de comprovação do “mundo externo”; b) realidade como problema ontológico; c) realidade e cura*¹⁷⁹.

O primeiro ponto tem seu âmbito de abrangência delimitado pela possível independência do real com relação à consciência, ou, em outras palavras, a possível transcendência da consciência para a esfera do real. Heidegger propõe que o real só pode ser acessado como ente intramundano, sendo que este acesso ontológico só seria possível a partir de uma constituição fundamental da presença, a partir do ser-no-mundo¹⁸⁰.

Ocorre que, como dito acima, esta perspectiva do observador na espiral hermenêutica, considera, inexoravelmente, o futuro, o *de-vir*. Assim, o mundo estará aberto na perspectiva do observador que ainda se encontrar na alethéia, sob a luz da clareira.

Ocorrendo a decadência, ou seja, sucumbindo o observador ao processo natural de objetivação do ente, a força centrípeta da espiral terá prevalecido, expulsando o hermeneuta, velando o ser, enevoando o mundo, eclipsando a clareira.

Por isso, a realidade será um problema do ser, posto que a perspectiva ontológica terá o potencial de mutabilidade, na medida em que a análise do passado ou do presente, bem como o projetar-se para o futuro poderá ser alterado à cada desvelamento.

Com isso, já se adentrou o segundo ponto destacado por Heidegger, na medida em que compreender o ente intramundano é compreender o próprio fenômeno da intramundaneidade, já que “[...] *do ponto de vista ontológico, ser-no-mundo está imbricado na totalidade estrutural de ser da presença, caracterizada como cura*”¹⁸¹.

Heidegger faz um alerta, todavia, acerca do risco em ser expulso da espiral hermenêutica, na medida em que *“interpretar ontologicamente a presença, porém, não significa uma recondução ôntica a um outro ente”*¹⁸².

Em outras palavras, Heidegger quer dizer que o observador no tempo originário não pode ceder à tentação de valorar o ente, hipótese na qual imporá suas

¹⁷⁹ Ibidem, p. 270.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 270-271.

¹⁸¹ Ibidem, p. 278.

¹⁸² Ibidem, p. 279.

impressões pessoais na análise, o que decerto encobrirá a verdadeira essência do ente. É o ente que se desvela e não o observador que o descobre.

Digno de nota se apresenta certa similaridade na proposta da espiral hermenêutica com a ulterior ideia de "ressonância", trazida por Luhmann¹⁸³, na medida em que ambas partem da ideia de uma circularidade na formação de uma compreensão que ocorre internamente (da espiral ou do sistema), mas que é permanentemente influenciada (a compreensão), uma pela mundanidade, outra pelo Ambiente. Olhares filosófico e sociológico que em alguma medida dialogam.

Retomando, temos que o terceiro ponto destacado por Heidegger remete à compreensão de *realidade* e de *cura*. A realidade, neste contexto, passa a ser a expressão do que é real dentro da perspectiva do observador no tempo originário, isso porque “[...] *todos os modos de ser dos entes intramundanos fundam-se, ontologicamente, na mundanidade do mundo e, assim, no fenômeno do ser-no-mundo*”¹⁸⁴.

Não se pode olvidar que a realidade sempre remeterá ao fenômeno da cura, ao menos na ordem dos nexos ontológicos fundamentais, das referências existenciais e categorias possíveis. Mas, conforme previne Heidegger “[...] *isso não pode significar que o real só poderá ser em si mesmo aquilo que é se e enquanto existir a presença*”¹⁸⁵.

Com toda clareza, se não existir presença, o ente intramundano não poderá ser descoberto e também não poderá ficar oculto¹⁸⁶. Mello sintetiza a perspectiva de ser-no-mundo ao dizer que o “[...] *sentido do ser há de ser determinado a partir do horizonte do tempo. É neste sentido que ocorre o rompimento do subjetivismo a partir do momento que ser é tempo*”¹⁸⁷.

Heidegger sintetiza o pensamento com a proposição, auto-explicativa, de que “*o ente como ente só é acessível se uma compreensão de ser se dá; a*

¹⁸³ LUHMANN, 1989, p. 15.

¹⁸⁴ HEIDEGGER, op. cit., p. 281.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 281.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 282.

¹⁸⁷ MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 3.

*compreensão de ser como ente só é possível se o ente possui o modo de ser da presença*¹⁸⁸.

Como se pode perceber, mesmo em um singelo esboço da proposta hermenêutica, já se pode perceber o nível de complexidade filosófica que lhe é inerente. Usar a hermenêutica como pano de fundo para teorias da decisão judicial, ou mesmo para fundamentar o pronunciamento do Subsistema do Judiciário, fazendo com que a resposta jurisdicional seja compreensível é, por si só, um grande desafio.

Resta saber se o desafio se justifica, ou seja, se vale a pena trilhar caminhos tão tortuosos para analisar um processo judicial e sobre uma questão concreta dizer o que o direito constituído prescreve para o caso. Na proposta desta pesquisa, este parece ser apenas mais um sinal da incapacidade do Subsistema do Judiciário em se manifestar, caso permaneça ancorado em um modelo exclusivamente contencioso.

Buscar alternativas tão profundas para superar os obstáculos criados pelas nuances do caso concreto é ignorar que bastaria os retirar do caminho. Bastaria, enfim, decidir a questão em tese e com efeitos abrangentes, ou seja, vinculante e *erga omnes*.

De toda forma, não há como ignorar que a proposta hermenêutica está no cardápio de opções metodológicas hoje disponíveis e, como tal, vale compreender a inteligência daqueles que se dedicaram a utilizá-la como fundamento para a construção de alternativas.

Para que a resposta judiciária seja conforme o direito, seja correta, necessita ser fundamentada. Daqui surge uma pergunta central, que é a seguinte: a demonstração da resposta correta - ou a fundamentação da decisão judicial correta - advinda do desvelar hermenêutico, carece de um método discursivo argumentativo?

Abboud¹⁸⁹ defende a existência de uma única resposta correta no âmbito judicial, refutando os argumentos que consideram a possibilidade da haver alguma medida de discricionariedade relegada ao julgador. Para tanto, se ancora no paradigma da existência de uma única resposta juridicamente adequada para o caso concreto.

¹⁸⁸ HEIDEGGER, op. cit., p. 282.

¹⁸⁹ ABOUD, 2019. *Processo constitucional brasileiro*, p. 158.

Além disso, a realidade também será um problema do ser, posto que a perspectiva ontológica considera o potencial de mutabilidade do ser, na medida em que a análise do passado, do presente, bem como o projetar-se para o futuro, poderá alterar sua compreensão à cada desvelamento cognitivo, na mencionada alegoria da espiral hermenêutica.

A realidade, neste contexto, só se verifica na perspectiva do observador no tempo originário¹⁹⁰. Também por isso, Mello propõe que ao considerar o cotidiano, ao considerar o influxo do tempo no mundo fenomenológico, Heidegger rompe com a subjetividade do pensamento ocidental, superando o esquema sujeito-objeto¹⁹¹.

Heidegger não ignora a tradição aristotélica de considerar a verdade como uma relação sujeito-objeto, ou seja, a verdade como concordância. Reconhece, inclusive, que o fenômeno da verdade se torna expresso no próprio conhecimento quando este se mostra como verdadeiro, afirmando, inclusive, que “[...] *no contexto fenomenal dessa verificação, portanto, é que a relação de concordância deve tornar-se visível*”¹⁹².

Todavia, para Mello, Heidegger acredita que somente dentro da perspectiva do fenômeno ontológico a verdade poderá ser alcançada. A verdade não possuiria, numa perspectiva ôntica, uma estrutura de concordância entre conhecimento e objeto¹⁹³. Em outras palavras, somente na perspectiva do ser-no-mundo, do Dasein, de reconhecimento da constituição fundamental da presença, que se constitui, em Heidegger, o fundamento do fenômeno originário da verdade.

Para Gadamer, todavia, “*o conceito da compreensão não é mais um conceito metódico [...] A compreensão não é, tampouco [...] uma operação que só se daria posteriormente na direção inversa, ao impulso da vida rumo à idealidade. [...] Compreender é o caráter ôntico original da própria vida humana*”¹⁹⁴.

Na visão de Gadamer, a interpretação não viria após a compreensão, pois compreender sempre seria também interpretar, sendo esta última, inclusive, a expressão externa - *a forma explícita* - da compreensão. E seria a partir daqui que a

¹⁹⁰ Ibidem, p. 270-282.

¹⁹¹ MELLO, 2006, p. 3.

¹⁹² Ibidem, p. 284-286.

¹⁹³ Ibidem, p. 288-289.

¹⁹⁴ GADAMER, op. cit., p. 393.

linguagem deixaria de ser satélite, passando a ser o centro da filosofia. Gadamer¹⁹⁵ supera o binômio compreensão-interpretação, trazendo a aplicação para dentro do processo hermenêutico, que com ele passa a ser considerado como um processo unitário. Reconhece o filósofo, enfim, a existência de uma tensão entre o texto da lei e o sentido que gera a sua aplicação concreta, no instante em que é interpretada.

Ponto central para o objeto do presente estudo, está no reconhecimento da fala como elemento pertencente à abertura da presença. A verdade, portanto, compreendida num *locus* desvelador, pode ser apreendida através de um enunciado, conforme destaca Heidegger

A presença se pronuncia; se – enquanto ser-descobridor para o ente. É no enunciado que ela se pronuncia como tal sobre o ente descoberto. O enunciado comunica o ente no modo de sua descoberta. Na percepção, a presença que percebe essa comunicação traz a si mesma para o ser-descobridor com a referência ao ente discutido. Naquilo sobre o que o enunciado se pronuncia está contida a descoberta dos entes. A descoberta preserva-se no que se pronuncia.¹⁹⁶

A cada apropriação de enunciado pronunciado, se terá, portanto, um espécie de manual de remissão ao ente descoberto, pois este enunciado de fala preservará o que houver sido descoberto, podendo este manual ser utilizado como verificação para as descobertas seguintes, ou seja, para os desvelamentos futuros.

O enunciado de fala e o próprio ente desvelado, nesta perspectiva, passam a ser algo simplesmente dado. Aqui se retoma a visão filosófica clássica de *concordância*, na medida em que a fala, a definição, corresponderá ao objeto, ao ente¹⁹⁷.

Daí poderíamos extrair que a interpretação possa ser alcançada fenomenologicamente. Por outro lado, faz-se necessário que existam critérios para se diferenciar entre a interpretação correta e a errada. Permanecendo com o olhar hermenêutico, a facticidade e a historicidade serão elementos essenciais para esta verificação.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 459-461.

¹⁹⁶ HEIDEGGER, op. cit., p. 294-295.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 295-296.

Ocorre que a provocação deste estudo é incitar o debate sobre o discurso jurídico no âmbito dos Tribunais, ou seja, nosso recorte fica delimitado para o direito que se pratica pelo Estado-juiz.

Admitida a proposta hermenêutica tal como apresentada até este ponto, resta refletir sobre o relacionamento deste olhar com a argumentação jurídica. A própria ideia de existência de uma ordem judicial, nesta pesquisa compreendida como estado de direito, pressupõe o conceito de segurança jurídica.

Para Gadamer, a segurança seria não apenas uma garantia contra eventual arbitrariedade judicial, como também possibilitaria que os operadores do direito pudessem aconselhar adequadamente, conforme o direito¹⁹⁸.

Além disso, o filósofo acredita que em todas as formas de hermenêutica, aqui também compreendida a jurídica, a compreensão somente se concretiza na interpretação. E não apenas, pois a interpretação não se dará desconectada do sentido do texto. Nunca haverá, no momento da aplicação, portanto, uma liberdade face ao texto¹⁹⁹.

Gadamer propõe a linguagem como o médium da hermenêutica. A linguagem, em última análise, revela a verdade. E ainda mais enfático, classificando a linguagem como *medium universal* onde ocorre a compreensão, propõe que

A forma de compreensão é a interpretação. [...] Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto e é, ao mesmo tempo, a linguagem própria de seu intérprete.

Com isto, o fenômeno hermenêutico se mostra como um caso especial da relação geral entre pensar e falar, cuja enigmática intimidade motiva a ocultação da linguagem no pensamento. Assim como na conversação, a interpretação é um círculo fechado na dialética de pergunta e resposta.²⁰⁰

E se a linguagem exprime a verdade, poderíamos propor que somente através da linguagem alcançaremos a resposta correta no campo do direito.

A linguagem do direito, em especial nos países de tradição de *civil law*, por sua vez, é o texto, que em nenhuma medida assume papel secundário no campo linguístico, pois, para Gadamer “na escrita, a linguagem chega à sua verdadeira

¹⁹⁸ Ibidem, p. 489.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 493.

²⁰⁰ Ibidem, p. 559-567.

*espiritualidade, pois, face à tradição escrita, a consciência compreensiva alcançou sua plena soberania*²⁰¹.

Logo, se o adequado caminho hermenêutico para se encontrar a única resposta correta é a linguagem e se a linguagem do direito é o texto, não nos parece desmedido pensar que a estruturação de um método argumentativo seja uma alternativa viável para garantir unicidade nas decisões dos milhares de julgadores existentes a serviço do Estado.

Parece-nos relevante enfatizar, portanto, que o Estado-juiz que decide segundo sua própria discricionariedade, portanto, inova no âmbito do direito e, em última análise, constitui uma arbitrariedade que suplanta os limites da coerção que o próprio Estado pode exercer sobre o particular. A ameaça de uma discricionariedade desmedida é preocupação que sempre deve estar presente no cotidiano dos Tribunais e que, em última análise, culmina por enfraquecer a autonomia do direito, em especial quando considerada pensando em Estado Democrático de Direito.

A proposta hermenêutica, portanto, é alcançar a resposta correta, garantindo argumentativamente que as demais interpretações estejam incorretas. E de forma ainda mais enfática, Mello propõe que, na perspectiva hermenêutica, seria um dever do julgador observar a questão da verdade, alcançada no contexto de abertura do ser-aí (Dasein, ser-no-mundo), no âmbito da esfera jurídica²⁰².

Ora, mas como garantir uma única resposta correta, num Ambiente em que as demandas se avolumam em nível massivo e os julgadores se multiplicam aos milhares num país de dimensões continentais?

O desafio que se apresenta para a argumentação jurídica, na perspectiva hermenêutica, portanto, é ter uma metodologia discursiva hábil a não descurar da facticidade e da historicidade, num modelo que seja replicável e escalável.

A proposta de Streck contém uma racionalidade que culmina por enfatizar a necessidade de fundamentação da decisão judicial, a fim de que se constitua em um verdadeiro argumento jurídico, que tenha considerado os aspectos hermenêuticos aderentes ao caso, entregando, em última análise, a resposta correta para o processo²⁰³.

²⁰¹ Ibidem, p. 569-571.

²⁰² MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito e(m) verdade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2011, p. 84-85.

²⁰³ STRECK, 2012, p. 327-403.

Nunca é demais lembrar que no direito brasileiro a obrigação de fundamentação das decisões está inscrita no texto da Constituição Federal e possui status de direito fundamental²⁰⁴.

A partir de uma crítica aos inúmeros princípios especificamente criados na chamada *terrae brasilis*, mas considerando que os princípios *institucionalizam o mundo prático*, Streck propõe o reconhecimento de outros princípios que em sua visão teriam a função de estabelecer padrões hermenêuticos²⁰⁵.

Os princípios propostos por Streck também trazem consigo alguma parcela de vagueza, aliás, como é próprio da generalidade e indeterminação dos princípios. Continuam sendo, portanto, propostas de utilização de normas jurídicas dotadas de indeterminação, cuja adequação ao caso concreto será dada pela inteligência de quem as interpretar.

Abboud avança a proposta de Streck e apresenta requisitos que poderiam trazer maior segurança jurídica para o processo decisório. Resta refletir se sua proposta, tal como apresentada, não estaria mais próxima de uma alternativa metodológica, flertando com uma técnica de argumentação jurídica.

A obra de Abboud é inconfessa quanto a sua maior aproximação à proposta linguística discursiva de Gadamer, quando em comparação com as propostas relacionadas à argumentação jurídica, ficando ainda mais distante do chamado neoconstitucionalismo.

Luhmann talvez classificasse a proposta hermenêutica, assim como acima apresentada, naquilo que chamou de *black box*, que ocorre quando sistemas autorreferenciais acessam a complexidade de uma forma não alcançável à análise e verificação científicas²⁰⁶. Convicto de que a sociedade moderna se baseia na diferenciação funcional de seus subsistemas, não acreditava ser possível trabalhar com um conceito ontológico de realidade ou de uma lógica de verdade que poderia ser reconhecida por todos. Em sua visão, a sociedade moderna não admitiria mais

²⁰⁴ Brasil. Art. 5º. [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Art. 93. [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

²⁰⁵ WALDRON, op. cit., p. 541-588.

²⁰⁶ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 30-31.

premissas simplificadoras e isso adviria da própria modernidade das estruturas semânticas. De forma contundente, Luhmann²⁰⁷ propõe que desconsiderar estes elementos seria partir de uma racionalidade tradicional europeia já em muito ultrapassada.

Talvez a crítica tenha sido forte, em especial vinda do autor da Teoria que se escorou na autopoiese da biologia para estruturar sua Teoria dos Sistemas Autorreferenciais. Por outro lado, parece-nos que a crítica de Luhmann não seja integralmente despropositada, em especial pelo fato de que a alternativa hermenêutica adiciona mais complexidade a um tema já hipercomplexo.

No espectro desta pesquisa, restou demonstrado que os adeptos da proposta hermenêutica apresentam alternativas metodológicas, com vistas a orientar a atuação jurisdicional, o que, em última análise, significa uma forma de tentar produzir um avanço na técnica de produção da decisão.

Os objetivos são nobres mas, apesar das boas intenções, acreditamos que a confirmação de sua eficácia ainda careça de demonstração pragmática, em especial quanto a redução de complexidade e quanto ao reflexo e interação com os demais sistemas sociais.

Além disso, e como dito anteriormente, trazer teorias filosóficas tão profundas, parece adicionar mais complexidade a um Ambiente já hipercomplexo. Não se trata aqui da adição de complexidade que gerará uma redução da complexidade no geral, pois aqui não fala em detalhamento da complexidade já existente, mas sim de elementos de filosofia pura que seriam aplicados no campo prático do Direito.

Melhor seria, na visão deste trabalho, retirar a maior de todas as complexidades, que se resume à necessidade de padronizar a interpretação jurídica no Ambiente absolutamente volátil das querelas particulares. Assim, ao retirar a equação cuja incógnita principal é um país continental, com milhares de julgadores, chegamos diante da proposta do Judiciário consultivo, como uma alternativa que certamente retirará relevante parcela da complexidade já inserida no Sistema.

O referendo, ou a suspensão da validade da lei, de um ato de gestão pública, de um contrato de massa, de uma incidência tributária, etc., já em seu nascedouro,

²⁰⁷ LUHMANN, Niklas. *Causalidad en el Sur*. In: Estudios Sociológicos, vol. XXVII, núm. 79. El Colegio de México, A.C. Distrito Federal, México. 2009, p. 27.

contribuiria em muito para a estabilização do Sistema do Direito, especialmente quanto a previsibilidade, segurança jurídica e redução da litigiosidade de massa.

2.3 A linguagem e o ativismo na dimensão operativa do Sistema

Parece-nos não haver dúvida quanto a importância da linguagem enquanto elemento balizador, instrumento operativo e, ainda, o principal veículo para a transmissão da ciência jurídica, dando coerência, clareza e significado ao raciocínio que se pretende externar.

Daí, como destacado na introdução desta pesquisa, Gadamer²⁰⁸ propor o reconhecimento da linguagem como o *medium* universal, superando o binômio compreensão-interpretação, trazendo a aplicação para dentro do processo hermenêutico, tornando-se, portanto, um processo unitário. Reconhece o filósofo, enfim, a existência de uma tensão entre o texto da lei e o sentido que gera a sua aplicação concreta no instante em que é interpretada²⁰⁹.

Luhmann parece concordar com essa opinião, na medida em que propõe que a sociedade é um sistema que possui um volume descomunal de frequências, de canais de informação e que tudo o que pode ser formulado linguisticamente pode ser objeto de comunicação. Ainda mais próximo de Gadamer, propõe que somos tão ligados à linguagem quanto somos dependentes dos sentidos da visão e da audição²¹⁰.

Luhmann parte destas considerações, para concluir que a autopoiese deve ser garantida antes do processo linguístico de criação de sentido, que, por sua vez, deve assegurar a circulação do conhecimento internamente no sistema²¹¹.

Importa para a presente pesquisa, demonstrar que o Judiciário consultivo não é aqui proposto como um fim em si mesmo. Em outras palavras, não basta que se retire o caso concreto do contexto e que se passe a julgar as matérias “em tese” para que todos os problemas desvançam.

Assim como há um relevante debate, no âmbito do Judiciário contencioso, sobre a decisão judicial e sobre como prestar a jurisdição de forma mais efetiva,

²⁰⁸ GADAMER, op. cit., p. 559-567.

²⁰⁹ Ibidem, p. 459-461.

²¹⁰ LUHMANN, 1989, p. 16.

²¹¹ Ibidem, p. 17-18.

também o Judiciário consultivo deverá seguir parâmetros metodológicos comuns, a fim de que o diálogo com a sociedade seja mais fluido e, conseqüentemente, mais compreensível.

Se é fato que o Sistema do Direito opera autopoieticamente e se vincula a seu próprio código binário, tanto mais fato será que a sua entrega para os sistemas com os quais se relaciona, para os seus “clientes”, deveria ser minimamente compreensível.

Essa instância de compreensão precisa ser única, na medida em que seria muito difícil estabelecer códigos interrelacionais específicos para cada um dos demais sistemas sociais e mesmo para o Ambiente. A linguagem será, inexoravelmente, o fio condutor de sentido entre os comandos vinculantes advindos do Sistema do Direito e os demais Sistemas Sociais. Além disso, para Gontijo²¹² a linguagem “[...] *é uma forma procedimental do pensamento e, portanto, um método do conhecimento*”.

O discurso jurídico, entretanto, se utilizado sem a observância de uma metodologia segura, possibilita desvios e abusos, utilizados tanto pelas partes na defesa de suas pretensões, como, e neste particular se constituindo em fenômeno que merece ainda mais atenção, por julgadores.

Desnecessário aprofundar na descrição e análise do fenômeno conhecido por “ativismo judicial”, diante da multiplicidade de textos que são produzidos sobre o tema diariamente, tanto no Brasil como no exterior. A proliferação da conduta ativista parece ter surgido como reflexo da globalização do *judicial review*, ou seja, daquilo que chamamos no direito brasileiro de controle judicial de constitucionalidade.

Delimitando o recorte deste tópico, portanto, consideraremos como ativista toda a decisão judicial que substituir a utilização de uma regra de direito por um argumento, ainda que este esteja lastreado em um suposto princípio jurídico, sem que para tanto elabore o seu argumento através de um discurso hermenêutico coerente e estruturado metodologicamente.

E de forma ainda mais específica, dentro do tema “ativismo judicial”, centralizaremos a análise no chamado ativismo consequencialista.

²¹² GONTIJO, Lucas de Alvarenga. *Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática*. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 148.

Abboud²¹³ apresenta uma classificação das condutas ativistas e, dentre estas, descreve como ativismo consequencialista aquela prática do julgador que foca mira exclusivamente nas consequências práticas da decisão, na sua crença particular sobre a amplitude da mudança que a sua decisão pode gerar no mundo fenomenológico.

É de relevo estabelecer que o enfoque da pesquisa para esta temática, portanto, estará orientado a investigação de reflexões centradas na aplicação do direito, proporcionando o oportuno diálogo entre o processo decisório e os reflexos sociais da atuação ativista do Judiciário.

Olhando de cima, nosso objetivo será refletir sobre os efeitos do ativismo consequencialista, ou seja, sobre a relação entre a parcela pragmática do cotidiano Judiciário brasileiro e o resultado concreto das decisões para além dos casos julgados, ou seja, seus potenciais reflexos perante a sociedade em geral. Com isso, pretendemos demonstrar que o Judiciário contencioso não é vocacionado para ir além das fronteiras do caso concreto, na medida em que ao mesmo tempo em que estas fronteiras proveem as nuances que permitirão a entrega da decisão judicial mais adequada para aquelas partes, estas mesmas nuances contaminariam a decisão que se proferiria caso o tema fosse julgado em tese, ou seja, com pretensão de aplicabilidade para a sociedade como um todo.

Iniciamos em MacCormick²¹⁴, quando ele considera a possibilidade de que o decisor, judicial ou não, leve em consideração as consequências práticas de sua decisão. Considera inaceitável, todavia, que para isso a decisão se coloque em um dos dois extremos das possíveis consequências. Tais extremos são, de um lado, valorar as consequências como se fossem o único móvel da decisão e, de outro, as excluir por completo do processo hermenêutico.

Na medida em que o futuro é sempre incerto, sujeito a uma variabilidade de fatores imprevisíveis, MacCormick²¹⁵ propõe que pretender prever seriamente toda a amplitude de consequências de uma decisão, faria com que optar pelo primeiro extremo afastasse qualquer possibilidade de justificativa racional da decisão tomada.

²¹³ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 1329-1330.

²¹⁴ MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Ed: Oxford University Press. Great Britain, 2005, p. 101.

²¹⁵ Ibidem, p. 102.

De outro ângulo, ignorar por completo as consequências mensuráveis no segundo extremo, traria dois problemas cruciais: deixar de considerar que existem anseios e esperanças a serem satisfeitos pela decisão e, segundo, que em respeito aos seus destinatários um ato ou decisão precisaria ser tomado de forma prudente e responsável.

A consequência lógica de seu raciocínio, fez com que MacCormick²¹⁶ propusesse a escolha da via do meio. A questão se deslocou, portanto, não mais residindo sobre o consequencialismo em si - já que agora passa a ser encarado como dotado de alguma positividade - mas sobre a aferição da medida adequada de sua valoração.

MacCormick²¹⁷ propõe, então, que esta análise deveria conter a demonstração de que (a) a decisão não contrariaria o direito e (b) que a decisão estaria baseada em princípios legais ou sustentada por uma analogia que considere o direito e que esteja justificada por uma fundamentação que demonstre a relevância do uso da analogia no caso. Remanescendo dúvidas após estas duas etapas, deveria o julgador demonstrar ainda que (c) o caso seria diferente de todos os outros avaliados.

Alinhado à proposta de MacCormick sobre a escolha do “caminho do meio”, Abboud²¹⁸ defende uma medida adequada de consequencialismo jurídico e esta se delimitaria pela ideia de direito como integridade, conforme proposta de Dworkin²¹⁹, ou seja, o direito como um conjunto de regras e princípios que, analisados em conjunto no julgamento de uma controvérsia, possibilitaria o alcance da resposta correta para o caso.

Abboud²²⁰ prossegue e delimita em três os *traços essenciais* presentes no que ele chama de jurisprudência consequencialista do STF

(i) remissão frequente ao que chamamos anteriormente de “régua única”, como se um determinado fator pudesse medir o custo benefício consequencial (essa régua geralmente aparece sob o nome de “clamor

²¹⁶ Ibidem, p. 103-104.

²¹⁷ Idem. p. 104.

²¹⁸ ABBOUD, Georges. *Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista*. Revista dos Tribunais *on line*. vol. 1009/2019. Nov/2019. DTR\2019\40632, p. 2.

²¹⁹ DWORKIN, 1977, p. 81-130.

²²⁰ ABBOUD, 2019. *Consequencialismo jurídico*, p. 4.

popular”); (ii) efetiva substituição do direito vigente; e (iii) pouco ou nenhum lastro em dados empíricos que sirvam de supedâneo às consequências antevistas.

Abboud²²¹ prossegue, afirmando que “o *ativismo consequencialista altera o referencial positivo-normativo como elemento estruturante da decisão*” e enfatiza sua preocupação com a pressão social, muitas vezes conduzida por um inopinado arroubo midiático, que poderia gerar um temor no julgador sensível a opinião pública, ou que fosse pouco inclinado a enfrentar polêmicas, o que inibiria decisões livres e desembaraçadas²²².

Se considerarmos, como Mendes e Abboud²²³, que o controle judicial também se apresenta como uma dimensão contramajoritária do constitucionalismo, na medida em que ao impor limites ao poder governamental, restringir-se-ia o poder conferido pelo seu único titular - o povo - teríamos que admitir que estaríamos diante de um paradoxo.

Tal paradoxo, a toda evidência, residiria na circunstância de se pretender ser consequencialista e contramajoritário ao mesmo tempo. De forma ainda mais clara: teria o julgador que, ao mesmo tempo, agradar e desagradar as opiniões pública e/ou midiática. E seja qual for “o lado escolhido” pelo julgador, Schuartz²²⁴ adverte que as decisões judiciais que se orientam pelo consequencialismo, costumam ser decisões dotadas de incerteza subjetiva, constituindo-se em verdadeiro exercício de imaginação com força jurídica.

Utilizando o mesmo exemplo de Mendes e Abboud²²⁵, podemos afirmar que se o atendimento a uma opinião majoritária fosse sempre o norte a ser perseguido - o que, felizmente, até o momento não é uma verdade - não haveria como suprir a necessidade de efetivação de um direito fundamental que fosse contrário a uma maioria democrática.

²²¹ Ibidem, p. 6.

²²² Ibidem, p. 6.

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira e ABOUDD, Georges. *Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea*. Revista dos Tribunais *on line*. vol. 1008/2019. Out/2019. DTR\2019\40623, pg. 2.

²²⁴ SCHUARTZ, Luís Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. In: *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. Orgs. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri. Série Direito em debate. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 389-390.

²²⁵ Ibidem, p. 3.

Na esteira da proposta de Abboud sobre a necessidade de independência dos juízes para a garantia da autonomia do direito, vale pontuar que na perspectiva de Luhmann²²⁶, o fundamento de validade do direito é o próprio direito, é o próprio sistema jurídico que dá validade ao conjunto de normas e procedimentos nele inserido.

Apesar deste reconhecimento, aparentemente tautológico, o responsável pela Teoria dos Sistemas chama a atenção para o fato de que o ponto de contato, de intersecção, o acoplamento estrutural entre os Sistemas Jurídico e Político é a própria constituição²²⁷. Neste sentido, não há como ignorar que no âmbito da hermenêutica constitucional, a valoração dos insumos que vêm do sistema político devem ser avaliados quando da análise de um caso concreto.

Até este momento não há motivo para surpresa. A análise multidisciplinar pode ser adequada para a formação da convicção do julgador. Inclusive, como dito, a avaliação das consequências também deve ser parte integrante do espectro avaliatório do Estado-juiz.

Situação diferente, todavia, ocorre quando há uma inversão metodológica, ou seja, quando se trata a exceção como regra e vice e versa.

Não se ignora ser adequado que o julgador abra o espectro de análise, em especial para incorporar elementos de facticidade, de historicidade, reconhecendo Gadamer, inclusive, a existência de uma tensão entre o texto da lei e o sentido que gera a sua aplicação concreta, no instante em que é interpretada²²⁸.

Mello considera que a partir da hermenêutica da facticidade haverá o caminho para o que ele chama de “*processo de humanização do direito*”, considerando, inclusive, que o julgador deveria buscar a essência do homem²²⁹.

²²⁶ LUHMANN, Niklas. *A constituição como aquisição evolutiva*. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechthistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione comeacquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). [Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 9 dez. 2013]. p. 7.

²²⁷ Ibidem, p. 23.

²²⁸ GADAMER, 1999, p. 459-461.

²²⁹ MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 168.

O que é diferente e equivocado, a toda evidência, é partir da análise puramente consequencialista para concluir ao final pelo "simples" afastamento da lei.

De uma forma ou de outra, e agora tendo um olhar pragmático sobre o cenário, faremos uma provocação, de molde a estimular o raciocínio sobre o tema. A provocação partirá de uma premissa, sendo esta a aceitação de que o atual estado de coisas indica que o ativismo seja a regra e que o julgamento sob o influxo metodológico do adequado processo hermenêutico seja a exceção, no cotidiano dos Tribunais. Não se pretende aqui propor que a premissa esteja correta, mas, apenas e tão somente, utilizar a perspectiva hiperbólica como argumento retórico.

A provocação que advém da premissa chega na forma de indagação: ao conferir a pecha de ativista aos julgadores, o acusador parte de seu inconformismo quanto ao equívoco metodológico na busca da resposta correta para dirimir a querela submetida ao Estado-Juiz, ou, diferentemente, ele direciona sua acusação apenas para as decisões que contrariem suas pretensões no processo?

A conclusão de Holloway²³⁰ simplifica o ponto, trazendo o pesquisador para o núcleo central da discussão. Para ele, o ativismo judicial é um problema real. Ao se utilizar de convicções próprias ao invés dos princípios fundantes da Constituição, negar-se-ia o que seria para o autor o verdadeiro propósito da Constituição, ou seja, o próprio Estado de direito.

De uma forma ou de outra, merece também investigação saber o quanto o poder político dominante influencia a ideologia do ativismo na prática. Em outras palavras, quanto o domínio ideológico momentaneamente no poder - de esquerda ou de direita, para mantermos o maniqueísmo que assola nosso cotidiano - direciona o ativismo que advém dos Tribunais.

O historiador americano Joseph J. Ellis²³¹, em artigo jornalístico publicado no ano de 2018, afirma que desde a década de 1950 a Suprema Corte americana tem ficado cada vez mais politizada e que nas oportunidades em que teve uma composição majoritariamente conservadora, as decisões penderam para a agenda

²³⁰ HOLLOWAY, Carson. *Judicial activism, by liberals and conservatives, is a danger to America*. In: *Judicial Activism*. Opposing Viewpoints Series. Book Editor: Noah Berlatsky Greenhaven Press, p. 44.

²³¹ ELLIS, Joseph J. *The Supreme Court was never meant to be political*. *Journal: The Wall Street Journal*. Sept. 14th, 2018. Disponível em <https://www.wsj.com/articles/stop-pretending-the-supreme-court-is-above-politics-1536852330>, acesso em 01 de junho de 2022.

política do partido Republicano, enquanto nas vezes em que sua composição foi mais liberal, se manteve alinhada com a agenda do partido Democrata.

O fenômeno não ocorre de forma velada ou em questões de menor repercussão, pois não são raros os casos em que a jurisprudência centenária, e mesmo bicentenária da Corte, foi alterada por questões puramente político-ideológicas²³².

No caso do bipartidarismo americano, o antagonismo é declarado, fazendo com que as indicações presidenciais para a Suprema Corte praticamente só contenham o apoio entre os representantes do partido do Presidente. Em 2016, inclusive, o então Presidente Barack Obama foi submetido a um constrangimento público no Senado americano, quando os republicanos conseguiram impedir a audiência do seu indicado para a uma das cadeiras da Suprema Corte, fazendo com que o seu direito de indicar fosse transferido para o Presidente Donald Trump, seu sucessor, que era Republicano²³³.

Denota-se, portanto, que as mazelas do sistema americano são claramente conhecidas também no âmbito da intersecção entre política e Judiciário, ao contrário do que percebemos no Brasil, onde nossas idiosincrasias ideológicas no âmbito jurisdicional parecem estar sempre circundadas por um discurso supostamente dogmático.

Desnecessário, portanto, demonstrar ser mais comum que, em países democráticos, com eleições diretas, a ideologia no poder coincida com a da população que elegeu seus representantes. Razoável concluir, prosseguindo, que julgar alinhado com a opinião pública que seja momentaneamente dominante, provavelmente significará julgar alinhado com a ideologia que naquela quadra da história estiver prevalecendo no país.

Nesta toada, parece-nos intuitiva a necessidade de se prestigiar o direito constituído, somente superável em situações específicas e mediante o regular

²³² Ibidem. *"The awkward fact about the landmark decisions of the conservative court was that the eternal truths consistently aligned with the Republican agenda, just as the decisions of the liberal court had aligned with the Democratic agenda. In Bush v. Gore (2001), the Court's conservative majority read the tea leaves of a baffling Florida statue to award the presidency to George W. Bush. In District of Columbia v. Heller (2008), the Court overturned two centuries of legal precedents to find that the Second Amendment sanctioned an almost unlimited right to own a gun. Then, in Citizens United v. Federal Election Commission (2010), the Court overturned a century of precedents to find that federal restrictions on corporate contributions to "electioneering communication" were unconstitutional violations of the First Amendment right to free speech."*

²³³ PODCAST. *America's highest court needs term limits. Deepening partisanship is bad for the court and bad for America.* Journal: *The Economist*. Sep. 15th, 2018. Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2018/09/15/americas-highest-court-needs-term-limits>, acesso em 01 de junho de 2022.

exercício hermenêutico. Isso porque seguir a opinião momentaneamente dominante no seio de um grupo social pode gerar consequências indesejadas para o Sistema do Direito.

A preocupação é com a higidez do direito enquanto sistema, não devendo ser confundida com uma tentativa positivista de ignorar a oportuna análise hermenêutica, tão relevante para a entrega da resposta correta tanto para cada caso concreto, como, na proposta judiciária consultiva, para cada tema em julgamento.

Prestigiar o direito constituído não é, por si só, uma defesa do positivismo jurídico, até mesmo porque, vale pontuar, não acreditamos que o positivismo jurídico seja uma teoria totalmente equivocada do direito, ainda que nos dias atuais pareça *démodé* reconhecer inteligência em suas proposições.

No sistema de *civil law*, como o brasileiro, isso fica ainda mais evidente, na medida em que não se parte – ao menos em princípio – da norma de reconhecimento proposta por Hart²³⁴. No âmbito da *civil law*, a legitimidade do direito nasce no Parlamento e não a partir do referendo dos Tribunais.

Todavia, não são raras as hipóteses nas quais a abordagem consequencialista se abstenha de uma argumentação técnica jurídica, fazendo a opção pela adoção de um discurso que mais facilmente dialogue com as convicções pessoais do julgador.

Não nos parece se tratar de mera adição de complexidade no subsistema do Judiciário. Parece-nos, a toda evidência, que se trata de uma interferência alopoiética indevida.

Anteriormente vimos que o sistema se relaciona com o Ambiente e com os demais sistemas a sua volta. Isso pode ocorrer de diversas formas, como por acoplamento estrutural, por interpenetração, por ressonância, etc. Em linhas gerais, os sistemas recebem alguma medida de influência externa.

Isso não quer dizer, e isso também já foi tratado acima, que haja um canal aberto de troca contínua de interferências recíprocas. Na proposta da Teoria dos Sistemas Autorreferenciais, os sistemas só sobrevivem se agirem e se reproduzirem autopoieticamente, pois somente em assim o fazendo preservariam suas características específicas, ou seja, as características que os definiriam enquanto o Sistema que são.

²³⁴ HART, op. cit., p. 97-107.

Dito de outra forma, o Sistema do Direito só será Sistema do Direito se como Sistema do Direito operar. A substituição dos argumentos de direito por convicções pessoais, traz em si a possibilidade de subversão de um dos postulados admitidos por Alexy²³⁵, que é o de que o direito tenha uma pretensão de correção. Vale aqui lembrar que a pretensão de correção se vale de argumentos em favor da *verdade* das proposições normativas, haja vista que agir ordenado por convicções pessoais retira o direito da dimensão ideal, o transportando para a dimensão meramente factual²³⁶. Günther²³⁷ corrobora o entendimento, chamando a atenção para a necessidade de que o discurso argumentativo seja capaz de satisfazer a pretensão de veracidade nele ínsita.

Parece ser consenso, portanto, que para que se identifique o equívoco de uma proposição normativa, serão necessários critérios, regras ou procedimentos que permitam ao intérprete diferenciar as boas razões, das más, os argumentos válidos, dos inválidos. Sem metodologia, os discursos poderiam ser infinitos.

O discurso, o caminho intelectual percorrido pelo Judiciário, deve poder ser compreendido pelo destinatário da decisão. A racionalidade desenvolvida para alcançar a resposta para o processo, culminando com uma, ou “a” melhor decisão para o caso, é elemento essencial para a compreensão e significação do pronunciamento do Subsistema do Judiciário.

Neste sentido, a linguagem, o discurso insertos no pronunciamento Estatal decisório é o que dá sentido e significado à transformação da situação litigiosa apresentada para julgamento.

De litigiosa, a coisa passa a ser definida, resolvida. Não podemos dizer que a controvérsia tenha sido dirimida e talvez a resposta só possa ser encontrada no campo da sociologia ou mesmo da antropologia, mas certamente podemos afirmar que após o pronunciamento judicial definitivo a discussão será formalmente, oficialmente, encerrada.

Assim, a compreensão daquilo que houver sido decidido vai além do conhecimento das regras de direito. O desvelar da decisão judicial só será alcançado através do discurso que lhe deu sustentação.

²³⁵ ALEXY, 2011. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 177-179.

²³⁶ ALEXY, 2009, p. 15.

²³⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Claudio Molz. Coord., rev.téc., introd., Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 75.

Por este motivo reconhecemos tautologicamente que o direito é o que é. As pessoas são o que são e, como tal, vinculadas aos limites do humano. Dito isso, é de reconhecimento vinculado que o Judiciário sempre se pronunciará com alguma medida de discricionariedade.

O próprio Luhmann²³⁸ considera que não existe uma objetividade que possa definir a causalidade de determinado acontecimento. Em sua visão, a questão reside muito mais numa combinação infinita de possíveis causas e efeitos, de acordo com o contexto prático e dentro de um determinado sentido cognitivo. A cultura e a mentalidade de determinada sociedade podem ser parâmetros apropriados para elucidar a causalidade. Formas de causalidade para Luhmann²³⁹, derivam de acoplamentos estreitos, ou seja, de acoplamentos que são o objeto de expectativas, como a de que o ovo vai cair e quebrar ao ser solto.

Enquanto meio, a causalidade é a possibilidade de atribuição de efeitos e causa e, como forma, será exitosa a depender da habilidade de escolha do observador. Meio e forma não se separam ontologicamente, pois mais se assemelham a um esquema de observação que os enxerga como uma unidade, cujos componentes são recíproca e circunstancialmente condicionados²⁴⁰.

Independentemente das importantes discussões teóricas e jusfilosóficas acerca do tema, o fato é que é de se esperar que a sociedade em geral acredite que o direito seja criado para o alcance da justiça, ainda que sua plena satisfação seja utópica. E se o direito é criado para realizar a justiça, parece razoável pressupor que a sociedade em geral acredite que o direito deseje, no mínimo, estar correto.

Mergulhando um pouco mais profundamente no aspecto pragmático do ativismo consequencialista, vale lembrar que, diferentemente da sociedade participativa e romanticamente idealizada, estamos diante da sociedade de consumo autopsiada por Bauman²⁴¹.

Portanto, parece-nos que assim como em Bauman²⁴² a sociedade de consumidores ressignifica a relação sujeito-objeto, a transformando em dualidade

²³⁸ LUHMANN, 2009, p. 3-4.

²³⁹ Ibidem, p. 9.

²⁴⁰ Ibidem, p. 10-11.

²⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 30; 70-106.

²⁴² Ibidem, p. 30; 70-106.

consumidor-mercadoria, na qual o Estado passa a ver sua soberania ser erodida pela sua incapacidade de estabelecer o limite entre incluídos e excluídos. O presente estudo propõe que o Judiciário esteja presenciando a degradação do então inexpugnável mundo da dogmática, da hermenêutica jurídica.

E se estivermos certos, possivelmente isso estaria ocorrendo pela sua incapacidade, ou seja, pela incapacidade do Estado-juiz em emitir um posicionamento único e seguro sobre as matérias que lhes são entregues para julgamento. Incapacidade que não advém dos julgadores, todos dotados de conhecimento jurídico, mas sim incapacidade da estrutura de Judiciário contencioso, exclusivamente vocacionada para dirimir querelas específicas, entre partes identificadas.

Em especial em Cortes Colegiadas, a substituição do pronunciamento do Tribunal pelo resultado matemático de votos individuais e autônomos, possibilita que o membro da sociedade “líquido-moderna” de consumo, “consume” o texto que melhor dialogar com suas convicções, ainda que para ele o Sistema do Direito seja algo incompreensível.

Decisões judiciais passam a ser objeto de “conversa de bar” e a sociedade, por não ter o que compreender ou interpretar, diante da miríade de posicionamentos diversos dentro de um único julgamento colegiado, polariza a questão entre os “corretos” e os “errados”, os “esquerdistas” e os “direitistas”, ou ainda, e que deveria ser motivo de horror, os “honestos” e os “desonestos”.

Como os discursos estão todos disponíveis “na prateleira” do subsistema do Judiciário contencioso, o “consumidor” escolhe aquele que melhor lhe couber, aquele que melhor se adequar a sua silhueta. Enfim, aquele que lhe caia bem, fazendo transparecer a sua beleza, a sua correção, a justeza de seus argumentos. Fazendo a sua escolha, agora basta acreditar que aquele era o discurso correto.

Se por um lado a situação é difícil para quem tem a missão de criar coerência no discurso, visando satisfazer o destinatário na sociedade de consumo, para este último é muito fácil escolher entre o discurso que lhe agrada e o que não lhe agrada. O que lhe serve e o que lhe é indesejado.

E se é verdade que na perspectiva consequencialista as mudanças de opinião não carecem de maior esforço, mais verdade é que essa volatilidade não passa

despercebida pela sociedade em geral, mesmo em toda a sua liquidez contemporânea.

Pretender que diante deste contexto, a última palavra, a definição advinda do Sistema do Direito através do subsistema do Judiciário, ocorra apenas e tão somente no contexto de uma lide, de um conflito de interesses específico, inundado por nuances e idiossincrasias de parte à parte, não parece ser algo exequível.

O Judiciário consultivo seria uma alternativa para minimizar o problema, na medida em que estaria livre para se pronunciar diretamente para a sociedade e para os demais Sistemas sociais, sem a necessidade de dar uma resposta específica para um caso também específico.

2.4 Sobre as leis que "pegam" e as leis que "não pegam"

Conforme adiantado na introdução deste trabalho, é muito conhecida a frase inicial de uma das obras de referência de Dworkin e que é seminal para muito do que se produziu na literatura jurídica brasileira ao longo dos anos, pois o Professor deixa extrema de dúvidas que *"Importa como os juízes decidem os casos"*²⁴³. Com esta visão, o Judiciário é elevado à condição de protagonista irrefutável do Sistema do Direito, tornando-se, em essência, a *ultima ratio* da hermenêutica jurídica. Em outras palavras, poderíamos dizer que o direito será aquilo que o Judiciário o disser.

Da mesma forma, mas em outro contexto, Luhmann se aproxima de Dworkin quando afirma que *"Não é possível, e tampouco necessário, basear-se nas expectativas normativas de outros para saber-se do lado da licitude ou da ilicitude. Tudo depende de como decide o juiz"*²⁴⁴.

Necessário ponderar, entretanto, que antes dessa sentença nuclear, Dworkin dissera, ainda no prefácio da mesma obra, que nós *"vivemos dentro e de acordo com o direito"*²⁴⁵, o que nos permite concluir que antes e soberanamente ao Subsistema do Judiciário, existe o Sistema do Direito, sendo este formado, no caso brasileiro, essencialmente pela nossa legislação.

²⁴³ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Fontana Press. London, 1986, p. 1.

²⁴⁴ LUHMANN, 2016. *O direito da sociedade*, p. 118-119.

²⁴⁵ DWORKIN, 1986, p. vii.

Pensando na literatura clássica, ao menos na perspectiva daquela que em algum momento da história influenciou a prática brasileira, vemos que a racionalidade de Aquino²⁴⁶ aponta na direção de concluir que a lei e o direito se confundem, sendo a obediência à lei, portanto, mera efetivação do direito. A literatura que se seguiu não destoou de forma relevante desta interpretação, como se verifica na preocupação de Agostinho²⁴⁷ em estabelecer regras para a interpretação de textos normativos, a fim de que os intérpretes que se sucedessem no tempo, compreendessem e fossem compreendidos.

Mantendo certa similaridade, vale lembrar as ponderações de Bobbio²⁴⁸, que ao discorrer sobre a importância das *fontes do direito* ponderou que tudo se relacionaria com a pertinência destas normas, ou seja, que tudo dependeria do quanto estas normas estariam relacionados com os atos e fatos abrangidos pelo ordenamento jurídico. A questão das fontes do direito para Bobbio, portanto, estaria relacionada à própria validade das normas, no que é seguido por Ferrara²⁴⁹.

Por outro lado, não podemos esquecer da proposta seminal de Ihering e que até hoje empolga legiões de jovens nas universidades de direito, isso porque

O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo a luta [...] A vida do direito é a luta – uma luta dos povos, governos, classes sociais, indivíduos. [...] Sabe-se que a palavra direito é usada em duas acepções distintas, a objetiva e a subjetiva. O direito compreende os princípios jurídicos manipulados pelo Estado, ou seja, o ordenamento legal da vida. O direito subjetivo representa a atuação concreta da norma abstrata, de que resulta uma faculdade específica de determinada pessoa. Num como noutro sentido, o direito encontra resistências, e em ambos os sentidos tem de vencê-las, isto é, deve conquistar ou defender sua existência através da luta.²⁵⁰

Alerta Barbosa²⁵¹, entretanto, que devemos ter atenção especial para a indeterminação social do direito, a fim de que possamos alcançar a adequada

²⁴⁶ AQUINO, Tomas. *Suma teológica. Os hábitos e as virtudes. Os dons do Espírito Santo. Os vícios e os pecados. A lei antiga e a lei nova. A graça*. Vol.4. São Paulo: Edições Loyola, p. 526.

²⁴⁷ AGOSTINHO, Sto. *Acerca da doutrina cristã (excertos)*. In: MAGALHÃES, Rui. (Org.). *Textos de hermenêutica*. Porto-Portugal: Rés, 1984, p. 35.

²⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 161.

²⁴⁹ FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 11.

²⁵⁰ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 53-55.

²⁵¹ BARBOSA, Samuel. *Constituição, democracia e indeterminação social do direito*. In: Revista Novos estudos. vol. 96. Julho de 2013, p. 46.

articulação entre segurança jurídica e a legitimidade do direito, a fim de que o direito exerça a sua função estabilizadora, mesmo em um cenário de desafio a paradigmas do passado, de multiplicidade de arenas institucionalizadas e de indefinição normativa.

De toda sorte, não restam dúvidas de que o principal ferramental utilizado pelo Subsistema do Judiciário, para desempenhar a sua atividade de julgamento, é o arcabouço que constitui a legislação brasileira amplamente considerada. Assim, a resposta para cada conflito de interesses submetido ao Estado-juiz, passa, necessariamente, pelo exame da legislação constituída, sendo este, portanto, o principal vetor para a manifestação jurisdicional.

Vale examinar, neste sentido, a relação de legitimidade entre a legislação que é produzida no Parlamento e sua aceitação social, de molde a descortinar um aspecto que contribui fortemente para o incremento de complexidade no Sistema. Complexidade presente há tantos anos que, inclusive, levou Bobbio²⁵² a afirmar que a tentativa de dar uma resposta ao problema da definição do direito seria integralmente destinada ao fracasso. Talvez por isso o Professor italiano tenha progredido sua visão, passando a defender que ao invés de se buscar resolver o intrincado problema da validade e eficácia da norma jurídica, dever-se-ia ajustar o ângulo de visada, passando a dar foco para o conjunto do ordenamento jurídico, pressupondo que a sua eficácia seria o seu fundamento de validade²⁵³.

Não é nenhuma novidade, nem mesmo para a comunidade em geral, que no Brasil há leis que “pegam” e leis que “não pegam”. Em outras palavras, há leis que são aceitas no Ambiente social e são voluntariamente cumpridas por todos os convivas, e há aquelas outras que de tão ignoradas, são relegadas a uma espécie de ostracismo legislativo.

Sendo o Brasil um país de tradição romano-germânica, de *civil law* propriamente dita, o tema deixa de ser apenas um dado cultural pitoresco. Para a presente pesquisa importa investigar, portanto, se estamos diante de um caso de permissividade estatal, na medida em que os agentes públicos legitimados a garantir a efetividade da legislação não cumpririam seu papel adequadamente, ou de algo ainda mais complexo.

²⁵² BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2005, p.147.

²⁵³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1997, p. 28-29.

Não há como ignorar que no cotidiano do processo hermenêutico, na rotina dos Tribunais brasileiros é muito comum o “afastamento”, a “não aplicabilidade”, a “não incidência” da legislação positivada, em especial quando enfrentada em face do discurso argumentativo recheado de princípios constitucionais. Daqui já se conclui que por vezes a “lei não pega” sequer perante o grupo de pessoas designadas para garantir o seu cumprimento.

Vale nos satisfazermos com a “sabedoria popular”, e considerar que “aqui é assim mesmo”, que “o Brasil não é sério”, que “tudo começou quando sequer respeitamos o Tratado de Tordesilhas”? A pesquisa não pretende confirmar se *vox populi* seria, de fato, *vox Dei*, nem tampouco enveredar sobre características antropológicas ou culturais da sociedade brasileira.

Por outro lado, o recorte visa refletir sobre a matriz teórica que confere coercibilidade à legislação, aqui entendida como um estatuto mandamental de conformação social. O foco estará, portanto, nas reflexões de Waldron²⁵⁴ sobre o tema, a fim de encontrar pontos de similitude e de diferença com a realidade brasileira.

A escolha do autor pareceu relevante para a pesquisa, pela possibilidade de utilizar reflexões que seguem uma racionalidade típica de um contexto de *common law*, para verificar a existência de pontos de contato com circunstâncias enfrentadas no cotidiano brasileiro. Numa redução pedagógica, e admitimos que como toda redução estará sujeita a generalização e simplificação, podemos considerar que no Ambiente de *civil law* o direito nasceria no parlamento e seria entregue à sociedade. Já na *common law*, todavia, o direito nasceria do reconhecimento²⁵⁵ social, para só então ser incorporado ao arcabouço normativo estatal.

Daí o grande interesse na obra de Waldron, pois, num primeiro olhar, este problema - desprestígio à legislação - não deveria ocorrer num contexto de tradição anglo-saxônica. Talvez, portanto, estudar as raízes de seu surgimento em um local onde isso não deveria ocorrer, nos ajude a encontrar uma melhor compreensão sobre o que acontece em nosso país, dando uma melhor noção acerca do tamanho do desafio a ser enfrentado.

²⁵⁴ WALDRON, op. cit.

²⁵⁵ HART, op. cit., p. 97-107.

Para além de satisfazer a mera curiosidade intelectual, a investigação dialoga com o objeto da presente pesquisa, na medida em que o fato – desprestígio de algumas leis – adiciona complexidade ao nosso objeto de estudo. Não nos parece restar dúvidas que o Subsistema do Judiciário precise lidar e dar respostas para um sem número de circunstâncias alheias à sua atividade hermenêutica decisória.

Uma das premissas da presente pesquisa, como já dito, é que o Judiciário contencioso não é capaz de entregar para a sociedade a sensação de segurança jurídica que se espera do Subsistema. O foco da crítica está na ausência de atuação consultiva pelo mesmo Judiciário, ocasionando uma lacuna de comunicação entre o Sistema do Direito e o Ambiente social em geral, bem como sobrecarregando o contencioso não apenas por gerar uma carga de trabalho repetitiva e desnecessária, mas também por não conseguir entregar respostas que dialoguem com a expectativa social.

Ingressando no recorte deste tópico, percebemos que Waldron acredita que no âmbito da Teoria do Direito não haveria um modelo científico consistente e capaz de demonstrar que a legislação seria uma genuína fonte do direito²⁵⁶. Apesar disso, ele sustenta que o legislador precisa ser respeitado e, com isso, a questão central que se coloca, portanto, é qual seria a medida de prestígio que será dedicado à lei positivada. Se seguirmos o caminho mais fácil, teremos uma certeza, que é a de que a constituição certamente será o primeiro fundamento de validade, ou seja, será um limite a basear a atuação do legislador.

Neste sentido, a atuação do Estado-Juiz que afasta a aplicação da lei, o fazendo mediante um processo hermenêutico incompreensível para as partes em litígio, parece ter parcela de contribuição para a ocorrência do fenômeno que nos propusemos a investigar, ou seja, o fenômeno de que “não necessariamente” a lei precisa ser respeitada.

Acreditando que deveríamos analisar a hipótese sob o prisma da filosofia analítica do direito e também explorar a tradição política que sustenta o processo de elaboração das leis, Waldron destaca que alguns juristas da *common law* mais voltados para as teorias relacionadas ao realismo jurídico, chegam a questionar se a lei chegaria mesmo a ser uma forma de direito²⁵⁷.

²⁵⁶ WALDRON, op. cit., p. 1.

²⁵⁷ Ibidem.

No modelo anglo-saxão, a lei precisa ser editada, reconhecida como tal pela sociedade e somente após o reconhecimento advindo da interpretação dos Tribunais seria direito. Antes disso, seria apenas “*considerada um pedaço de papel com o selo de aprovação do Parlamento, a lei não é direito, mas apenas uma possível fonte de direito*”²⁵⁸.

Waldron²⁵⁹ critica os que ele chama de positivistas, atribuindo-lhes a expectativa de que só estariam satisfeitos com a legislação após o reconhecimento advindo dos Tribunais e que assim o fariam por estarem ligados a ideia de norma de reconhecimento proposta por Hart²⁶⁰.

Além disso, Waldron também se ancora na proposta de Raz²⁶¹, em especial quando ele propõe que o que faz um sistema legal ser direito não é o arcabouço legislativo, mas o reconhecimento das instituições (Tribunais) que reconhecem a lei como direito, utilizando como base os mesmos fundamentos de validade utilizados para o reconhecimento do sistema propriamente dito. Waldron não esconde sua perplexidade, posto que esperava que um positivista apresentasse a lei como o centro da Teoria do Direito, mas, não, ver a legislação sendo apresentada como uma contingência filosófica periférica para o direito²⁶².

Parece que Waldron tenha sucumbido à tentação, recorrente aos críticos do positivismo, de inferir qual seria o discurso mais adequado “na perspectiva positivista”, culminando por incorrer na chamada crítica por atribuição, que, em linhas gerais, consiste em dizer que o outro disse algo (ou, no caso, que deveria ter dito) o que em verdade não houvera falado.

O que Raz parece de fato propor é a substituição do entendimento de que “toda lei é uma norma”, para a explicação da “normatividade do direito”, que admite que nem toda lei seja norma. Isso porque Raz considera que o fundamento de existência das leis depende de uma proximidade com o discurso consuetudinário e

²⁵⁸ Ibidem, p. 10: “*Considered as a piece of paper with the stamp of parliamentary approval, a statute is not law, but only a possible source of law.*”

²⁵⁹ Ibidem, p. 15.

²⁶⁰ HART, op. cit., p. 97-107.

²⁶¹ RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico. Uma introdução à Teoria dos Sistemas jurídicos*. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. de Trad. Marcelo Brandão Cipolla. Ed. WMF Martins Fontes. São Paulo. 2012. pg. 271-274.

²⁶² WALDRON, op. cit., p. 15-16.

que, “[...] *mais ainda, está nos requisitos de simplicidade e de clareza na exposição das ligações importantes entre as várias partes de um sistema jurídico*”²⁶³.

Admitindo que a substituição de fato ocorra, ou seja, caso o conceito de normatividade prevaleça, admitindo que existam leis que não são normas, então teremos dois resultados possíveis. Um seria que a normatividade do direito seria baseada no conceito de Sistema Jurídico e não no conceito de lei.

O outro resultado seria que, partindo da ideia de Sistema Jurídico, algumas leis teriam sua aplicabilidade derivada de sua relação com outras leis. Assim “[...] *a análise de estrutura do sistema jurídico é, portanto, indispensável para a definição de “lei”*”²⁶⁴.

O motivo da maior legitimidade dos Tribunais, portanto, estaria no formalismo do processo de reconhecimento do direito, ou seja, estaria na respeitabilidade e não em um aspecto político. O ponto central do raciocínio de Waldron é que ele considera que a Teoria do Direito deveria descrever qual a racionalidade jurídica que legitima o processo de criação do direito. Dessa forma, ele parece acreditar que seria mais facilmente compreendido pelos destinatários finais, quando o direito fosse reconhecido pelos Tribunais do que quando fosse proposto por colegiados políticos²⁶⁵.

A proposta de Waldron, portanto, parece estar baseada no ceticismo quanto a capacidade do Parlamento em produzir direito. Por mais que ele se dedique a encontrar a dignidade da lei e a buscar justificativas teóricas para sua legitimação, o fato é que todo o seu texto está impregnado de um desânimo quanto a possibilidade de que isso efetivamente ocorra, ou seja, descrente com a possibilidade de que o parlamento seja capaz de produzir o direito, ou ao menos de produzir um direito de mesmo quilate que aquele advindo dos Tribunais.

Em linhas gerais, Waldron²⁶⁶ propõe que esta discussão não faz sentido, na medida em que as leis não são elaboradas por indivíduos, isoladamente, mas sim por centenas de legisladores, com opiniões radicalmente diversas e mesmo politicamente opostas. Ele até admite que os legisladores possuem expectativas e

²⁶³ Ibidem, p. 224.

²⁶⁴ Ibidem, p. 226.

²⁶⁵ Ibidem, p. 24-25.

²⁶⁶ Ibidem, p. 26-27.

esperanças próprias, mas não considera possível que haja uniformidade de compreensão e nem que seja possível indicar quais seriam especificamente as intenções de cada um.

Aqui nos parece que Waldron talvez tenha tangenciado o ápice de seu ceticismo, na medida em que afasta integralmente a possibilidade de que os políticos externem suas verdadeiras intenções. Parece-nos que a ideia norteadora do pensamento de Waldron, e que está subjacente, implícita, em seu texto, é que todas as leis promulgadas pelo Parlamento seriam, sempre, objeto de intensa deliberação e que o produto final seria o amálgama de centenas de opiniões diversas.

Se estivermos corretos nesta interpretação, talvez o professor tenha ido um pouco longe demais ao ignorar a possibilidade de que o parlamentar se manifeste de acordo com sua própria consciência e/ou alinhado com sua base eleitoral.

A conclusão a que Waldron pretende chegar é a de que no cenário que ele descreve, ou seja, no cenário em que não seria possível identificar a intenção do legislador, a filosofia do direito não seria capaz de dar respostas para os problemas práticos de interpretação das leis.

Novamente questionamos Waldron, na medida em que nos parece que essas conclusões somente se sustentariam se todas as leis editadas pelo Parlamento sofressem de alguma espécie de deficit de credibilidade, de legitimidade ou de aceitação pela população e pelos aplicadores do direito.

Não é isso o que ocorre no Brasil. Pelo contrário, nos parece que nosso ordenamento jurídico, quando genericamente considerado, encontra apoio popular. Há, inclusive, algumas espécies legislativas - em especial as que proponham o recrudescimento da legislação penal - que chegam a ser celebradas por determinados segmentos da sociedade brasileira como o verdadeiro direito sendo positivado.

Com isso não se pretende prestigiar o referendo popular ou o exemplo acima. Nosso ponto é deixar claro que em geral a legislação é reconhecida como válida e que a sociedade brasileira se submete ao ordenamento jurídico vigente. A maior evidência de que o ordenamento é respeitado, em nosso sentir, é a repercussão que se verifica quando uma lei “não pega”. Não é raro presenciarmos exemplos do

enfoque dado nos noticiários quando parcela da sociedade ignora a existência de determinada disposição legislativa.

De toda forma, Waldron considera que a comparação entre a legislação e os Tribunais, bem como o problema do controle de constitucionalidade, não são as únicas razões para buscarmos uma teoria filosófica sobre o processo legislativo, este aqui considerado como um meio para a criação do direito.

Para Waldron, a principal razão para buscarmos uma espécie de teoria da legislação, estaria na necessidade de desenvolvermos um adequado conceito sobre a autoridade da lei e sobre a interpretação da lei.

Por outro lado, há dois pontos relevantes nesta discussão - talvez os mais relevantes - que parecem ter sido propositalmente evitados por Waldron, que são a democracia e a legitimidade do Sistema do Direito em interferir na dinâmica do Sistema da Política.

Dallari²⁶⁷ considera que a separação entre as funções dos poderes estatais, aqui apresentada como separação entre os Sistemas do Direito e da Política, é indispensável para a própria organização do Estado. Para Rawls²⁶⁸, à exceção de uma hipótese de injustiça extrema, o pressuposto deverá ser de que se a Constituição é justa e se o Parlamento é reconhecido como uma instituição justa, não há razão para afastar o cumprimento da norma, ainda quando diante de hipóteses de injustiça. Em outra oportunidade²⁶⁹, deixa evidente que a suprema corte é apenas a melhor intérprete da constituição, mas que o poder supremo residiria no conjunto dos três poderes.

De forma mais contundente, Ávila²⁷⁰ chama a atenção para o fato de inexistir uma preponderância de nenhum Poder da República e da obviedade de que as atribuições do legislativo não passaram para a agenda do Judiciário. Kelsen²⁷¹ é ainda mais duro na defesa da legitimidade do Parlamento, afirmando que retirar suas atribuições seria o mesmo que retirar a voz do povo, que subtrair a

²⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 219.

²⁶⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UNB, 1981, p. 336-337.

²⁶⁹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000, p. 283.

²⁷⁰ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 18-19, disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>, acesso em 27 de outubro de 2011.

²⁷¹ KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 202.

democracia. Korsgaard²⁷², por sua vez, apresenta posição alinhada à preocupação com a subtração das vozes da sociedade, todas remanescendo concentradas na figura do Parlamento, até que se resolva a questão sobre quem, de fato, detém a legitimidade para ser a “voz” do povo.

Por sua vez, Luhmann afirmou que somente os extremistas não se intimidariam com a possibilidade de existência de um direito que não fosse o positivado, que se apresentasse em oposição ao próprio direito constituído²⁷³, desafiando, conseqüentemente, a régua da legitimidade. No campo brasileiro, Bastos²⁷⁴ segue a mesma linha, vinculando a legitimidade da constituição para além do aspecto formal, classificando-a como a consagração de valores jurídicos positivados, já que representaria a medida de correspondência entre os valores e os anseios do povo.

Seja qual for o ângulo de visada, o fato é que o comportamento, a dinâmica do Parlamento e do debate democrático compreende uma miríade de aspectos, argumentos e motivações que fazem com que a decisão final, a lei a ser promulgada, represente um amálgama de interesses e objetivos que não podem ser rotulados ou analisados como se fossem a manifestação de uma única racionalidade. O próprio Waldron²⁷⁵ timidamente admite isso, quando fala do princípio majoritário como a fonte de legitimação das decisões não unânimes dos Parlamentos.

Neste ponto ele se alia a Hobbes e Locke para sustentar sua posição, pois ambos defendem o princípio da decisão-majoritária (*majority-decision*) para as escolhas legislativas. Em Hobbes, por defender o princípio para a escolha do soberano²⁷⁶. Em Locke, por defender o princípio para calibrar a legislação e para a definição do processo legislativo, fazendo com que a forma de governo seja uma perfeita democracia²⁷⁷.

²⁷² KORSGAARD, Christine M. *Tomando a lei em nossas próprias mãos: Kant e o direito à revolução*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 545.

²⁷³ LUHMANN, 2016. *O direito da sociedade*, p. 32.

²⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 21.

²⁷⁵ WALDRON, op. cit., p. 129.

²⁷⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 188-189. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

²⁷⁷ WALDRON, op. cit., p. 163-164.

O que Waldron pretende dizer, em síntese, é que Hobbes e Locke não tratam sobre a legislação propriamente dita, mas sim sobre a necessidade de que o processo legislativo reflita a própria noção de sociedade política. Waldron não ignora a ponderação de que Locke deve ser analisado dentro do contexto contemporâneo à Inglaterra do século XVII. Neste sentido, era óbvio que Locke defendesse a participação popular irrestrita, diante da situação social e da estrutura política daquele tempo. Sua (Locke) proposição sobre a maioria na escola política era um recorte em seu conceito sobre legitimidade política. Não seria, portanto, uma proposta sobre uma adequada forma de organização social²⁷⁸.

A conclusão de Waldron, portanto, é que partindo da premissa de que a discussão é aderente à tradição de teorizar sobre política, sua proposta será uma tentativa de “fertilização cruzada”, para investigar se os Tribunais são melhores do que as legislaturas para lidar com questões controvertidas²⁷⁹. Seu valor é trazer a Teoria do Direito para estar um pouco mais próxima da variedade de teorias políticas existentes, porque, em sua visão, a legislação deve ser encarada como um ramo da política, independentemente da opinião dos teóricos do direito.

Aparentemente mais próximo a essa conclusão de Waldron, Moreira²⁸⁰ destaca que a participação dos sujeitos de direito no processo de formação das leis, como elementos da comunidade jurídica, deve ser norteado pela busca de uma simetria na participação, a fim de que se obtenha uma pretensão de validade criticável da norma, podendo ir ainda mais longe, na medida em que considera que para que o direito moderno seja considerado legítimo, portanto, necessariamente deveria estar tanto adequado à agenda dos direitos humanos, quanto com o princípio da soberania do povo.

Legitimidade e fundamento de validade do direito são temas que desde sempre nortearam e foram objeto de investigação para os teóricos do direito, para os filósofos do direito e também para sociólogos, antropólogos, cientistas políticos, etc.

²⁷⁸ Ibidem, p. 164.

²⁷⁹ Ibidem, p. 165: *"These are neither prophecies, nor policy proposals, nor constitutional amendments; they are arguments embedded in the rich tapestry of our tradition of theorizing about politics, past instances of the very activity in which we engage when we speculate in our own voices about whether courts are better than legislatures at dealing with disputed matters of principle. These issues did not arise yesterday, and it is worth reminding ourselves - particularly in jurisprudence - that arguments have been made and answered in these areas in political theory for hundreds, indeed thousands of years."*

²⁸⁰ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos co-ed. Fortlivros, 1999, p. 195-197.

Povo, legitimidade, validade, legislação e direito, como elementos para se compreender o fenômeno da aceitação social da legislação, não são temas cuja definição possa ser apontada considerando apenas a racionalidade jurídica.

O objetivo de elucidar este ponto, foi de demonstrar que se Dworkin estiver correto e, portanto, se o que realmente importa é como os juízes decidirão os casos²⁸¹, então o exame acerca da legitimidade, e da aceitação social da legislação, serão bons indicadores para compreender a percepção social acerca da correção das decisões judiciais e, ainda mais abrangente, sobre a percepção social acerca da qualidade do serviço público que é prestado pelo Subsistema do Judiciário.

Veja-se que também sob esta ótica estaremos diante de uma oportunidade de atuação do Judiciário na dimensão consultiva, verdadeiramente efetivando, de forma livre e desembaraçada das nuances específicas e individuais dos casos litigiosos, o seu papel de *ultima ratio* do Sistema do Direito.

2.5 O direito processual e sua tradição contenciosa

Não restam dúvidas de que é o direito processual que delimita a atuação, que estabelece as fronteiras e que garante o funcionamento ordenado da dinâmica contenciosa. Daí a importância de sua abordagem em uma pesquisa que se propõe a investigar tanto a existência de uma eventual bidimensionalidade do Sistema do Direito, como a oportunidade de se pensar na atuação do Judiciário em sede consultiva.

Como de cediço, o direito processual brasileiro constitui um ramo do direito que demonstra contínua evolução ao longo dos anos, que muito contribui para o debate acadêmico e que cada vez mais se preocupa com as consequências pragmáticas de suas proposições.

Neste sentido, é conhecimento comezinho de que o processo judicial necessita corresponder a um *procedere* e que objetiva dirimir uma controvérsia. Seu objetivo, em última análise, é garantir a obtenção do bem da vida à quem de direito, estabelecendo, para tanto, regras que garantam que o procedimento será observado por todos e que, em especial, que o processo chegará a um fim.

²⁸¹ DWORKIN, 1986, p. 1.

Trata-se, a despeito da carga de investigação científica que permeia o estudo do direito processual, de uma perspectiva funcional, pragmática por excelência.

Como dito anteriormente, não se pretende criticar o Subsistema do Judiciário em sua dimensão contenciosa, ainda que admitamos que exista oportunidade evolutiva em sua seara, mas sim de propor a atuação na seara consultiva, que a pesquisa acredita constituir uma esfera de ausência que mereça atenção pelo Sistema do Direito.

Neste sentido, não há como deixar de enxergar que o direito processual é pensado a partir de um modelo mental que parte da premissa de que o processo serve para a solução de um conflito de interesses específico, seja individual ou coletivo. E assim ancorado nesta premissa, não nos parece crível que as respostas para a lacuna de atuação do Subsistema do Judiciário, possam ser encontradas a partir da criação de novas alternativas processuais.

Como se percebe, o objetivo deste tópico é responder à possível crítica de que o Judiciário consultivo não seria necessário, na medida em que alternativas processuais poderiam ser pensadas, dentro do universo contencioso, que seriam hábeis a reparar a suposta fratura no Sistema que se quer evidenciar com a presente pesquisa.

Neste sentido, a primeira resposta é que a crítica parece ignorar a complexidade na qual estamos inseridos. Complexidade que se verifica no sentimento social de insegurança jurídica, no volume de carga de trabalho à qual os juízes brasileiros estão submetidos, à dificuldade de consolidação da jurisprudência em âmbito nacional, à ausência de meios eficazes de coercibilidade mesmo da jurisprudência consolidada, ao longo tempo médio de duração do processo, às dificuldades de padronização em um país multicultural e de dimensões continentais, entre várias outras perturbações internas e externas ao Sistema do Direito.

Ignorar a complexidade e acreditar que permanecendo restritos ao âmbito do processo contencioso, encontraremos respostas para as demandas da sociedade tecnológica, de consumo e de massa deste século XXI é equivalente a acreditar na varinha mágica dos princípios, como se fosse nossa *varinha das varinhas*²⁸².

²⁸² N.A.: No universo fantástico de *Harry Potter*, criado pela escritora inglesa *J.K. Rowling*, havia uma varinha mágica que controlava todas as varinhas dos demais bruxos, proporcionando poderes ilimitados a seu possuidor.

A velocidade do mundo moderno e as demandas da sociedade contemporânea não podem ser plenamente satisfeitas apenas utilizando teorias de argumentação, cujas gêneses, aliás, remontam ao último quarto do século passado.

Ademais, o volume de processos é problema real e que precisa ser enfrentado. Em tópico próprio adiante, a pesquisa abordará os limites de possibilidades material e econômica do Estado, a fim de refletir sobre a existência de um limite de tamanho para o subsistema do Judiciário. Há que se pensar em alternativas que desonerem os Tribunais do volume de processos hoje existentes, sem renunciar à prestação da jurisdição, sem renunciar ao dever de ser o Subsistema operativo do direito por excelência, desde que para tanto não se cogite mais crescimento de suas estruturas.

Encarando o problema de frente, parece não fazer muito sentido que se proponha o alcance de um resultado efetivo, evitando ou mitigando o volume de processos, a partir de “soluções” que pressuponham a existência destes mesmos processos. Parece-nos uma pretensão natimorta ou mesmo uma contradição performativa. Isso porque o volume de processos é o problema que se quer evitar. Não nos parece ser a melhor resposta, portanto, usar o processo para diminuir processo.

Não é demais enfatizar que o objetivo da pesquisa, assim como o foram as análises de parte das matrizes teóricas enunciadas, é demonstrar as lacunas ou os pontos de necessária complementação, nos quais o Judiciário contencioso não é capaz de fornecer as respostas adequadas, clamando o Sistema do Direito, portanto, por outra resposta.

Neste sentido, utilizaremos um exemplo em sede de controle de constitucionalidade, para enaltecer o ponto que pretendemos sustentar, ou seja, o de que o Judiciário contencioso possui limites de atuação, fazendo com que a prestação jurisdicional careça de outros instrumentos para atender aos reclamos da sociedade contemporânea.

Partiremos da premissa de que o controle judicial de constitucionalidade das normas é uma realidade no direito brasileiro e que contribui para a efetivação das garantias fundamentais do indivíduo. Da mesma forma, é de se reconhecer que a evolução dos direitos processual e constitucional tem proporcionado estudos,

debates e intensa produção acadêmica sobre o tema, com evidentes reflexos na transformação da jurisprudência nas últimas três décadas pós-constituição de 1988.

Adotaremos uma premissa subjacente à inicial, no sentido de admitirmos que o controle judicial de constitucionalidade das normas existe para garantir a solidez do texto constitucional, enquanto Lei Maior de nosso ordenamento jurídico, e que os corolários desta garantia sejam a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais.

Nossa proposta, neste sentido, é de que pelo sistema processual vigente existem possibilidades nas quais decisões judiciais em controle de constitucionalidade possam vir a ser antagônicas entre si, o que, por si só, se constituiria num problema que mereceria solução.

Todavia, iremos adiante e utilizaremos o chamado "princípio da isonomia tributária"²⁸³²⁸⁴²⁸⁵, que imaginamos advindo do "princípio da isonomia"²⁸⁶, para sustentar a possibilidade de coexistência de decisões desta natureza, ou seja, antagônicas em sede de controle de constitucionalidade, que possibilitariam a criação de distorções na aplicação coletiva de um direito fundamental²⁸⁷.

Nossa hipótese, portanto, será a ofensa à constituição, criada por uma decisão judicial em controle difuso, soberanamente transitada em julgado, cujo efeito no mundo fenomenológico seja criar vantagem tributária frente a outros contribuintes em situação idêntica, que nada poderão fazer, diante da existência de decisão judicial posterior, que não lhes reconheça a existência do mesmo direito.

No primeiro caso hipotético, reconheceu-se a inconstitucionalidade da norma tributária em ação individual e, no segundo, reconheceu-se a sua constitucionalidade para todos os demais contribuintes em idêntica situação. No primeiro, cessou-se a exação. No segundo, a cobrança permanecerá.

²⁸³ PAULA JÚNIOR, Aldo de. *O princípio da igualdade o direito tributário e a decisão de (in)constitucionalidade nele fundamentada: análise de alguns casos concretos*. In: Paulo Gonet Branco; Liziane Angelotti Meira e Celso Barros Correia Neto (Coords.). *Tributação e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, (Série IDP), p. 34-35.

²⁸⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 288-289.

²⁸⁵ SOUSA, António Francisco de. *Garantias fundamentais de segurança jurídica no procedimento tributário*. In: Paulo Gonet Branco; Liziane Angelotti Meira e Celso Barros Correia Neto (Coords.). *Tributação e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, (Série IDP), p. 82.

²⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.41.

²⁸⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tributação e Liberdade*. In: Adilson Rodrigues Pires; Heleno Taveira Tôres. (Orgs.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 1.

A hipótese escolhida tem relevância, na medida em que também tangencia o debate sobre a separação entre o Estado e a sociedade²⁸⁸, culminando no chamado “princípio do livre-exercício da atividade econômica”²⁸⁹. Digno de nota ao trabalho desenvolvido por Scaff²⁹⁰, que traz luz ao reflexo pragmático potencialmente nocivo existente na sistemática do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Delimitada a hipótese, pretenderemos demonstrar que existe a possibilidade de que o controle de constitucionalidade difuso gere decisões antagônicas, criando situações concretas de proteção/não-proteção constitucional para pessoas ou grupos de pessoas em situação idêntica.

Tratar o tema controle judicial de constitucionalidade das normas é admitir que a constituição ocupe uma posição destacada e superior sobre todo o ordenamento jurídico, o que parte da compreensão de que partiria da constituição a validade de todas as normas, sendo ela, portanto, uma espécie de liame subjetivo, de amálgama que unificaria o direito positivo²⁹¹.

A harmonia na aplicação do direito deveria estar presente não apenas no necessário cotejo entre as peculiaridades do caso concreto e o texto constitucional, não apenas entre um aspecto específico da constituição e a coerente unidade do todo, mas também em face dos reflexos da decisão para os demais jurisdicionados, inclusive àqueles não abrangidos pelo mandamento que se extrairá do processo judicial.

Não é demais ressaltar a proteção que o texto constitucional de 1988 deu aos direitos individuais e, portanto, admitir a existência de tratamento desigual para situações idênticas não nos parece atender ao objetivo colimado pelo chamado Texto Maior²⁹²²⁹³. Some-se a isso o entendimento de que a jurisdição tem por

²⁸⁸ CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 87-89.

²⁸⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 102-103.

²⁹⁰ SCAFF, Fernando Facury. *Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre Concorrência*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UNISUL. Jan/dez. 2015.

²⁹¹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 28.

²⁹² NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.415-420.

²⁹³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na constituição de 1988*, p. 125.

principal característica a *função estatal pacificadora*, na medida em que a síntese do Estado contemporâneo seria a busca pelo “bem-comum”²⁹⁴.

Vale lembrar que no Brasil vige o sistema que congrega tanto o controle de constitucionalidade chamado concentrado, ou abstrato, quanto o difuso, ou concreto. No primeiro o controle ocorre por via de exceção ou de defesa, permitindo a qualquer julgador realizar o controle nos autos de um caso concreto. O segundo busca a declaração de inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo. Como regra geral, o primeiro só vale entre as partes no processo, enquanto no segundo o controle valerá para toda a sociedade²⁹⁵.

Desnecessário pontuar que em qualquer dos casos, aliás em qualquer processo sob o julgamento, faz-se necessário que o julgador se manifeste com isenção e com o adequado distanciamento dos interesses antagônicos discutidos no processo²⁹⁶²⁹⁷.

Oportuna uma breve contextualização, para destacar que Cappelletti já havia alertado sobre os grandes riscos de se introduzir o sistema do controle difuso, ou “americano”, criado sob a inteligência da *common law*, no chamado “sistema europeu”, de tradição de *civil law* e, portanto, sem a figura do *stare decisis*. As preocupações do professor permanecem atuais mesmo já passadas mais de cinco décadas desde a edição daquela obra²⁹⁸.

Rumando na mesma direção, Viana²⁹⁹ propõe a existência do “sistema de precedentes à brasileira”, na medida em que o modelo introduzido pela Lei 13.105/2015 ocorreu no nosso contexto próprio nacional, através de *regras legais processuais*, que criaram *força vinculativa*, gerando os por ele chamados

²⁹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 24-25.

²⁹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. II. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 35-36.

²⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais*. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 24.

²⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 130.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 130.

²⁹⁹ VIANA, Ulisses Schwarz. *O precedente à brasileira: vinculação sem persuasão*. In: Revista Jurídica da Presidência. Brasília. v. 23 n. 129. Fev/Mai 2021, p. 169-170.

“*precedentes vinculativos ex lege*”, sem relação, portanto, com a tradição do *stare decisis na common law*.

Em que pese o Código de Processo Civil de 2015 (CPC)³⁰⁰, ter trazido avanços na seara do controle judicial de constitucionalidade das normas, a hipótese analisada, ou seja, a possibilidade de que uma decisão judicial em controle difuso, soberanamente julgada, que reconhece a inconstitucionalidade de lei, permaneça válida e produza efeitos, ainda que sobrevenha decisão posterior de qualquer órgão jurisdicional superior, inclusive do Supremo Tribunal Federal, seja em controle difuso ou concentrado, que reconheça a constitucionalidade da norma, permanece viva no sistema brasileiro.

Nesta hipótese, caso a decisão em controle difuso tenha proporcionado o fim de determinada exação, o contribuinte beneficiado competirá no mercado em condições mais benéficas que seus concorrentes. A conclusão que nos parece consequente e inexorável, é que teríamos uma situação de ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária³⁰¹ e uma ofensa ao postulado da livre concorrência³⁰².

Faz-se necessário registrar a tentativa de solução do imbróglio, trazida pelo CPC de 2015, para a fase de cumprimento de sentença que estabeleça a obrigação de pagar quantia certa, seja para o particular (art. 525, §15) ou seja para a Fazenda Pública (art. 535, §8º).

Vale ainda o registro de que o CPC também cuidou de garantir que a coisa julgada recebesse proteção quando houvesse a apreciação de matéria constitucional em sede de controle difuso, quando tal manifestação jurisdicional ocorresse no âmbito do juízo monocrático, na instância de piso. Parece-nos, em

³⁰⁰ Brasil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

³⁰¹ Brasil. Constituição Federal. Art. 5. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

³⁰² Brasil. Constituição Federal. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência;

observação perfunctória, que a previsão do art. 503, §1º, III (art. 502)³⁰³, contrasta sistemicamente com as previsões acima citadas³⁰⁴.

Em Dellore³⁰⁵, identificamos registro da doutrina sobre a sutileza inserta pelo legislador quanto ao prestígio da coisa julgada e não propriamente quanto a sua relativização. Com efeito, a norma deixa claro que os arts. 525 e 535, e seus parágrafos, tratam de inexigibilidade do título executivo por força de controle difuso ou concentrado, mas que esta inexigibilidade não será uma consequência natural do procedimento. Há que se trilhar o tortuoso caminho da ação rescisória e, por conseguinte, submeter-se a novo escrutínio judicial.

Por fim, não há que se falar em utilização do instituto da Reclamação, na medida em que a própria dicção processual impossibilita³⁰⁶ tal expediente, na medida em que nossa problemática estabelece como premissa que a decisão em sede de controle difuso teria transitado em julgado antes da decisão do Supremo Tribunal Federal.

A digressão foi necessária para abraçar todos os contornos da proposição, a fim de deixar claro que a hipótese trazida para nosso estudo permaneceu intocada pelo novo regramento processual civil próprio, na inteligência advinda da lupa do STF.

Até mesmo na inteligência processual já se encontram vozes que consideram que a doutrina clássica não proporciona as respostas para os problemas atuais em sede de controle de constitucionalidade³⁰⁷.

³⁰³ Brasil. Lei 13.105/2015. Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: [...] III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

³⁰⁴ Brasil. Lei 13.105/2015. Arts. 525, §15 e 535, §8º.

³⁰⁵ DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. *O fim da relativização da coisa julgada no Novo CPC*. Disponível na internet: <<http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-fim-da-relativizacao-da-coisa-julgada-novo-cpc-31082015>>. Acesso em: 02 de junho de 2019.

³⁰⁶ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...]

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; [...]

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

³⁰⁷ DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 369.

De forma tangente, a chamada “objetivação do processo”³⁰⁸ parece reconhecer a necessidade de que o Judiciário possa focar na definição de teses e que estas poderão ser utilizadas em outros processos. Há uma diferença fundamental com a proposta da presente pesquisa, todavia, posto que aqui se propõe que seguir apenas na dimensão contenciosa do Judiciário somente aumentará a fratura no sistema, isso diante da hipercomplexidade que não dá sinais de simplificação na sociedade contemporânea.

Conforme indicado na introdução deste trabalho, nosso objetivo neste tópico foi propor que uma instância consultiva do Judiciário deveria utilizar códigos de sentido diferentes dos afetos ao formalismo processual, possibilitando uma análise técnica sem enfrentar obstáculos e impedimentos advindos do procedimento adotado ou do estágio do processo em concreto.

É razoável que a teoria do processo tenha por norte o seu fim, de preferência com a entrega da prestação judicial de mérito. Para tanto, questões preliminares, prejudiciais, preclusões, prescrições, decadências e etc., são imprescindíveis para o perfeito desenrolar do procedimento. Da mesma forma, faz sentido pressupor que, em geral, para que o processo seja submetido ao Judiciário contencioso deva haver um litígio real e concreto a reclamar a atenção do Estado-juiz.

Por estes e por tantos outros motivos, não parece crível que o Judiciário contencioso, mesmo com o desenvolvimento contínuo dos instrumentos processuais, seja um dia capaz de dar as respostas que efetivamente as daria em sede de Judiciário consultivo, como, por exemplo, a decisão prévia sobre questões que influenciariam a vida de centenas de milhares de brasileiros. Para uma questão desta natureza, por exemplo, é razoável pressupor que surgirão ao menos alguns milhares de questionamentos perante o Subsistema do Judiciário. Definindo-se a matéria em tese, a submissão das querelas ao Judiciário seria francamente reduzida e os julgamentos das que efetivamente ocorressem teriam o potencial de serem realizados em tempo consideravelmente menor.

O objetivo central deste tópico, portanto, foi deixar claro que ainda hoje, mesmo após décadas de uma incrível e bem sucedida evolução no campo processual, ainda estamos obrigados a vencer o tortuoso caminho de anos de

³⁰⁸ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo*. Revista de Processo. REPRO Vol. 151 (Janeiro de 2016), p. 2.

tramitação processual, mesmo que a questão envolva relevante parcela dos integrantes de outros Sistemas Sociais.

Além disso, a pesquisa tem a expectativa de ter desestimulado a busca por alternativas no seio da própria ciência processual contenciosa, vocacionada para os processos judiciais litigiosos, tal como os conhecemos hoje. O nível de complexidade demonstrado em cada um dos tópicos deste capítulo recomendam, ao menos na ótica do presente trabalho acadêmico, que novos horizontes se descortinem para o Sistema do Direito.

CAPÍTULO 3

ENTENDENDO A FISSURA NO SISTEMA

3.1 A irritação sistêmica advinda do tempo de duração do processo

Depois de encarar alguns desafios relevantes para o Sistema do Direito, em especial no contexto da realidade brasileira contemporânea, vale refletir sobre a necessidade de se buscar formas de redução da complexidade, como um pressuposto para o avanço e para a correção da fissura aberta no Sistema, culminando com uma maior eficiência estatal através do Subsistema do Judiciário consultivo.

Amiúde, o objetivo deste capítulo será dar prosseguimento ao que se discutiu no que o precedera, mas diferentemente dele, no qual o foco foi enunciar os fundamentos, as teorias e as dificuldades que o Sistema do Direito enfrenta em sua própria autorreferencialidade, agora nesta terceira etapa o objetivo será demonstrar, ainda no campo teórico, que o Subsistema do Judiciário contencioso dá sinais de esgotamento por ser submetido a um esforço incompatível com suas possibilidades. Em resumo, nossa proposta é que o Judiciário contencioso teria vocação diversa daquela que seria necessária para o pleno atendimento a algumas carências sociais que cuja satisfação seriam típicas de uma atuação consultiva.

No que pertine mais especificamente ao presente tópico, a dor a ser investigada se relaciona com o tempo de duração do processo, que é questão presente em diversos modelos no direito comparado, não sendo diferente no Brasil. Veja-se que lateralmente se discutem alternativas para garantir o pleno acesso ao Judiciário, ou seja, se hoje o cenário de assoberbamento se verifica, se o desejável pleno acesso ocorrer, parece-nos que pior ficará.

Vale a ressalva para o fato de que no capítulo seguinte a pesquisa analisará alguns números coletados e divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça acerca desta temática e que, portanto, o assoberbamento do Judiciário contencioso, neste momento, será tratado como algo simplesmente dado.

Com isso, queremos propor que buscar a solução apenas com alternativas jurídicas, contenciosas processuais por assim dizer, ou resolver apenas com “conscientização social” e métodos alternativos de solução de controvérsias, talvez

não seja a opção mais eficiente, apesar de sua evidente relevância para o aprimoramento da vertente contenciosa.

Da mesma forma, a pesquisa não enveredará pela identificação de “culpados” e nem buscará acusar a sociedade de ser belicosa. Deixemos a reflexão sobre a existência ou não de parcela de responsabilidade da sociedade enquanto demandante do Judiciário, em especial quanto ao agravamento da litigiosidade de massa, compatível com a era da liquidez de uma sociedade de consumo³⁰⁹ que projetaria no Judiciário o seu superego³¹⁰, para outras pesquisas e outros investigadores acadêmicos.

Nossa proposta é de que uma das causas para este problema reside na circunstância de que a manifestação do Judiciário obedece a códigos próprios de seu próprio subsistema, mas que dialoga deficitariamente com um elemento do mundo real: o tempo.

Manifesta-se o Judiciário, portanto, naquele que deveria ser o mundo real, muito tempo depois do travamento da relação social entre seus atores. A resposta se faz presente no seio daquela relação social, em um momento diferente do tempo original e, em não raras situações, quando para além do caso julgado a própria sociedade já haja superado a discussão que gerou o litígio.

No mesmo sentido, Luhmann pondera, apesar de reconhecer que o sistema não tem condições de acompanhar e dar respostas às variações do Ambiente simultaneamente a sua ocorrência, que há de haver alternativas de solução advindas do próprio Sistema. Portanto, propõe que *“somente previsão e retardamento da reação abrem, respectivamente, um espaço de possibilidades para estratégias próprias”*³¹¹.

A questão está de fato presente em Luhmann³¹², posto que em outra oportunidade ele afirma que *“todo sistema complexo tem que se adaptar ao tempo”* e propõe ainda que é o tempo o fundamento para a pressão seletiva nos sistemas,

³⁰⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo - a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Ed. Jorge Zahar. Rio de Janeiro. 2008.

³¹⁰ MAUS, Ingborg. *Judiciário como superego da sociedade - o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos n. 58. Novembro de 2000. pg. 183-202.

³¹¹ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 211-213.

³¹² Ibidem, p. 62-63.

isso porque a própria seleção necessita de tempo para se consolidar no Ambiente, que por sua vez também é temporalizado.

Portanto, o tempo adiciona complexidade e sempre será um problema basal para a evolução, para a mutação, para a adaptabilidade, para a influência, etc., tanto do Sistema, quanto do próprio Ambiente. Daí Luhmann propor o conceito de *temporalização da complexidade*, que nada mais é do que a adaptação do Sistema à irreversibilidade do tempo. Portanto, o uso do tempo, pelo Sistema, será uma ferramenta que, se bem utilizada reduzirá a complexidade, mas que, caso contrário, poderá ser um elemento adicionador desta mesma complexidade³¹³.

Isso é reconhecido posteriormente por Luhmann, quando ele propõe que “[...]também o tempo do sistema torna-se uma restrição importante e frequentemente decisiva para a escolha de contatos com o Ambiente, substituindo, então, frequentemente, a orientação por preferências factuais”³¹⁴.

Parece-nos ser exatamente o que ocorre no cotidiano do Judiciário contencioso, na medida em que as circunstâncias da dinâmica do processo contencioso judicial (*preferências factuais*) preordenam o afastamento das expectativas (*contingências*) do Ambiente e dos demais Sistemas.

A pertinência do ponto à hipótese de pesquisa é evidente, na medida em que o tempo de duração do processo é tema discutido não apenas no Brasil, mas também no direito comparado, aqui alcançando, inclusive, status de direito fundamental.

Além disso, não podemos deixar de considerar, entretanto, que a demora na prestação jurisdicional é uma responsabilidade do Estado, especialmente diante da impossibilidade do particular em substituir a ineficiência estatal com alternativas privadas, na medida em que o monopólio da atividade jurisdicional é inafastável, constituindo o seu desrespeito, inclusive, uma conduta passível de punição pelo direito penal³¹⁵.

Assim, a pesquisa quer propor que se a própria existência do Sistema do Direito já é um elemento redutor da complexidade, na medida em que ele é capaz de observar o Ambiente e dele fazer seleções dentre as inúmeras possibilidades

³¹³ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 67.

³¹⁴ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 211-213.

³¹⁵ Brasil. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: [...]

disponíveis³¹⁶, a existência de subsistemas operacionais possibilitaria, de forma ainda mais evidente, a simplificação do seu funcionamento e a eficiência do próprio Sistema.

No olhar desta investigação, o Judiciário consultivo possibilitaria simplificar em muito o Subsistema do Judiciário em várias dimensões. Seguiremos neste que é um exemplo muito eloquente e que neste trabalho será o melhor para elucidar o ponto. O exemplo será o melhor, porque falar de tempo razoável para a prestação jurisdicional não necessita de conhecimento sobre o Sistema do Direito ou sobre suas teorias complexas, tampouco será necessário conhecer do orçamento ou da estrutura atualmente disponível para o Subsistema do Judiciário. Basta já ter tido um problema e ter experimentado certa morosidade pela sua solução pra se ter alguma medida de compreensão sobre o que estamos falando.

A questão da demora não se esgota em si mesma, posto que ao lado da morosidade existe a imprevisibilidade do tempo de duração. Não é possível saber se a demora será de cinco, de dez, de quinze anos, pois a quantidade de variáveis é de tal monta que culmina por adicionar uma complexidade quase impossível de ser manejada. Por outro lado, a sabedoria popular nos ensina que muitas vezes é melhor *"um fim terrível, do que um terror sem fim"*.

Neste sentido e para além da obviedade de dizer que a prestação jurisdicional deveria ocorrer em prazo razoável, queremos propor que a longa duração na tramitação processual pode gerar um paradoxo.

Isso porque quando o Judiciário altera a compreensão inicial do código binário, classificando uma relação social anterior como "não direito", não modifica, entretanto, a circunstância de que a mesma situação era ficticiamente "direito" durante o período em que fora praticada e que seus efeitos foram percebidos pelos envolvidos. E se este período significar o decurso de anos, de décadas, aí poderemos ver surgir o paradoxo e este se verificará na simultaneidade entre o que é fictício e o que é real.

Permitiremos-nos exemplificar.

Pensemos uma disputa imobiliária entre duas famílias, ambas constituídas por um casal e filhos, sobre uma residência de veraneio numa praia particular e exclusiva. Chamemos a hipótese de a disputa entre os Silva e os Souza.

³¹⁶ LUHMANN, 1989, p. 18.

Em nosso exemplo, os Silva estariam na posse do imóvel, acreditando legítima, enquanto os Souza acreditariam, diferentemente, que eles deveriam ser os seus legítimos possuidores. Estando os Silva convictos de terem agido conforme o “direito”, aos Souza, que permaneciam irresignados, não restou alternativa além de submeter a questão ao Subsistema do Judiciário contencioso.

Vamos supor que tal disputa levasse uma década para ser finalizada no âmbito do Subsistema do Judiciário e supor, adicionalmente, que houvesse o reconhecimento de que os Souza tivessem razão. A decisão do Subsistema do Judiciário contencioso não alteraria a circunstância de terem os Silva usufruído a casa durante uma década. O uso estava conforme o direito, sob a ótica da análise consultiva que lhes dera a convicção de serem os seus legítimos possuidores, mas, agora, com a resposta definitiva do Subsistema do Judiciário contencioso, temos a clareza para afirmar que o uso não estava, enfim, conforme o direito.

Parece que para o Sistema do Direito tal espécie de divergência na análise do código binário seria algo natural, talvez até indesejado, mas aceitável. Igualmente para o Sistema da Economia, que poderia ver o caso como algo natural, passível de solução pela mensuração das perdas e danos, reequilibrando a relação através da definição de uma quantia monetária.

Já para o Subsistema da Família, a situação seria muito diversa. A década de fruição da residência de veraneio teria gerado grandes impactos positivos de ordem emocional para os Silva. Eventos, acontecimentos, celebrações, confraternizações, enfim, memórias que jamais seriam vivenciadas pelos Souza, até mesmo porque as crianças já teriam se tornado adolescentes, mudando os códigos de relacionamento do Subsistema da Família.

Os Silva usufruíram a casa, na crença de que o Sistema do Direito os referendava. Aquela situação de conformidade com o direito mostrou-se, todavia, fictícia. A fruição da casa, entretanto, foi bem real.

Aqui o nosso paradoxo entre real e imaginário, entre fenomenologia e ficção jurídica.

O que se pretende extrair do nosso exemplo acima, portanto, é que as dimensões contenciosa e consultiva do Sistema do Direito existem e produzem efeitos em todos os demais Sistemas Sociais que com ele interagem e que a ele se submetem. Não haver operação consultiva no Judiciário, por sua vez, não impede

que todo o Sistema opere também nesta dimensão. Daí a fissura do Sistema, posto que uma de suas vertentes, e logo a sua *ultima ratio*, não estaria dotada da cobertura preventiva advinda do viés consultivo.

Ainda no exemplo hipotético, e focando na perspectiva dos Silva, se o Judiciário mantivesse a relação tal como estabelecida, ou seja, tal como pensada na dimensão consultiva do direito, então real (uso conforme o direito) seria real, ontem, hoje e sempre. Como, todavia, o Judiciário alterou a compreensão cento e oitenta graus, o acontecimento no Sistema do Direito passaria de real a fictício (uso desconforme com o direito). Ocorre, entretanto, que toda essa discussão interna no Sistema do Direito não geraria nenhum efeito no Subsistema da Família, na medida em que nele a percepção adviria apenas da fenomenologia.

Veja-se, portanto, que não restam dúvidas de que o Judiciário contencioso enfrenta dificuldades para entregar o serviço público que dele se espera em tempo razoável. Por isso refletir sobre a prestação jurisdicional e suas formas de efetivação, são temas que normalmente geram interessantes debates no âmbito acadêmico. O tempo de duração do processo é tópico que pode ser abordado sobre olhares diferentes, inclusive através da lupa de ramos diferentes do direito.

E a questão central para este ponto, ou seja, para a dificuldade do Judiciário contencioso em formar a jurisprudência que ordenará casos futuros, legitimando, portanto, ainda que somente em alguma medida, a presente proposta de um Judiciário consultivo, reside no fato de que

[...] a decisão *não se encontra determinada pelo passado* (e isso inclui, naturalmente, leis emitidas, delitos cometidos); a decisão opera no âmbito de sua própria construção, que é possível somente no presente. No entanto, a decisão *tem consequências para os presentes no futuro*. A decisão abre ou fecha possibilidades que não existiriam sem a decisão. A decisão pressupõe o passado como invariável e o futuro como variável, e *precisamente por isso ela inverte a relação de determinação*: ela não se deixa determinar pelo passado, mas procura fazer a diferença no futuro, ainda que esse defeito de determinação não possa se efetuar, porque o futuro espera que haja mais decisões.³¹⁷

Concordando ou não com esta abordagem, o fato é que o legislador entendeu por bem esculpir na constituição federal dispositivo que alça ao rol de direitos

³¹⁷ LUHMANN, 2016. *O direito da sociedade*, p. 246.

fundamentais do indivíduo, a garantia à que um processo judicial dure somente o tempo que for razoável para sua justa solução³¹⁸.

Para além da prestação morosa, a falha do Subsistema que optou por apenas funcionar em sua dimensão contenciosa é de tal intensidade, que possibilita até mesmo indenização ao particular, pelos danos advindos da excessiva demora na solução de um processo judicial. Sobre a responsabilidade civil, é oportuno lembrar que o início dos estudos no Brasil ocorreu com o Prof Agostinho Alvim³¹⁹, valendo também as referências de Carvalho Filho sobre a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil do Estado³²⁰ e, por fim, é importante citar a proposta de "*reparação integral*", trazida por Sanseverino³²¹.

Em que pese haver a crítica recorrente, inclusive de setores da sociedade de fora do sistema jurídico, sobre a chamada demora na prestação jurisdicional, o fato é que o tema não está na rotina da pauta dos julgamentos nos Tribunais brasileiros. Não há, podemos afirmar, exemplos paradigmáticos em nossa jurisprudência que nos permitam apontar, com razoável convicção, qual seria o "entendimento predominante" sobre o tema.

Uma justiça que tarda é sempre falha! O brocardo está tão imbricado no cotidiano da nossa sociedade, que em breve consulta ao google se identifica um sem número de citações e matérias jornalísticas que partem desta premissa, ou seja, que consideram que se a prestação judicial demorar pra ser efetivada, poderá não ter mais serventia alguma.

Também por esta razão, a constituição brasileira passou a resguardar, com a redação advinda da emenda constitucional n° 45, de 2004, a garantia ampla e irrestrita em processos judiciais e administrativos, de que seriam assegurados não apenas a razoável duração do processo, mas também todos os meios que preservassem a celeridade de sua tramitação.

³¹⁸ Constituição Federal. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação**. (g.n.)

³¹⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980.

³²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 8a ed. rev. ampl. atual. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2001. p. 412-415.

³²¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral. Indenização no Código Civil*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo. Saraiva. 2010, p. 34.

Aliás, vale lembrar que a gênese dos direitos fundamentais foi justamente se ter uma garantia, se ter uma proteção dos indivíduos em face do Estado. Piovesan³²², considera a constituição de 1988 como um marco de institucionalização e instauração do regime democrático no Brasil, propondo que os direitos fundamentais seriam um elemento básico para a própria realização do Estado Democrático de Direito. Nogueira³²³ fala em superação do modelo de direito constitucional clássico, focado no Estado Democrático de Direito, para um plano superior, que seria "*o supradireito das Liberdades Públicas moldado no Estado Democrático dos Direitos Humanos*".

A questão parece estar posta não apenas no direito brasileiro, mas também no direito comparado, na medida em que Alexy³²⁴ apresenta um duplo significado constitucional para os direitos fundamentais e o faz afirmando que ele não apenas concede a proteção do indivíduo em face do Estado "[...] Mas além, porém, ele deve conter um "ordenamento de valores" ou um "sistema de valores" que, "como decisão fundamental jurídico-constitucional", vale "para todos no âmbito do direito".

A compreensão de que os direitos fundamentais são uma garantia de proteção do indivíduo em face do Estado, permanece presente e útil para a pesquisa jurídica, sobrevivendo às reflexões de ontem e de hoje, conforme se verifica em Vesting³²⁵. Constitui-se, portanto, na certeza de que a pessoa terá o exercício da pretensão de garantia, de preservação, de restituição, de seu bem da vida que tenha sido porventura negado, violado ou suprimido.

De uma forma ou de outra, o que é inexorável é que o tema é direito constituído no Brasil e que, portanto, migramos de uma expectativa cognitiva para a seara da expectativa normativa, cuja grande diferença no que pertine à proposta deste tópico é a pretensão de redução de incertezas. Na teoria luhmanniana, seria a hipótese na qual a partir de uma expectativa extremamente improvável (processos

³²² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76-78.

³²³ NOGUEIRA, Alberto. Jurisdição das liberdades públicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 415-420.

³²⁴ ALEXY, Robert. Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 199.

³²⁵ VESTING, Thomas. *Vizinhança: direitos fundamentais e sua teoria na cultura das redes*. In: Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2016, pg. 231-233.

serão julgados rapidamente) teria sido criada uma certeza suficiente (garantia constitucional) quanto ao resultado³²⁶.

No caso específico, não restam dúvidas de que o legislador constitucional tenha deliberadamente tomado a decisão de reduzir a incerteza quanto ao tempo de duração do processo e isso exige um outro nível de engajamento para o seu atingimento, ou seja, um engajamento mais forte, mais decidido e até mesmo emocional³²⁷.

Por outro lado, inexistem certezas acerca do conteúdo material da expressão “duração razoável”. Trata-se, portanto, da chamada *cláusula aberta*. Todavia, se por um lado há dificuldade em descrever o que seria uma “razoável duração”, bem mais fácil será identificar no caso concreto a prestação jurisdicional que chegou a destempo.

Ponderação feita na doutrina, entretanto, é que certa cautela precisa existir ao se aliar a perspectiva de celeridade, com a de um processo legítimo e eficaz.

Em que pese nos parecer evidente que ao falar de “prazo razoável”, a constituição quer focar na busca da celeridade, devemos reconhecer, por outro lado, que a celeridade só pode ser um fim almejado se vier acompanhada de um processo que se preste adequadamente a sua função, ou seja, que decida conforme o direito e que permita condições paritárias para as partes que até então estão inconciliáveis.

Barbosa Moreira³²⁸ sintetiza bem o tema ao propor que o que se espera da justiça não é apenas que ela seja célere, mas sim, que ela seja melhor, sem disfarçar sua incredulidade acerca da produção literária sobre a temática, povoada, segundo o Professor, pelo “*argumento empírico sem base empírica*”³²⁹. A celeridade se torna aqui, então, um valor acessório. No mesmo sentido, Didier³³⁰ enfatiza que o processo precisa atravessar determinadas etapas, a fim de se garantir o conteúdo mínimo do devido processo legal, lembrando, de forma irônica, que céleres o foram os processos da Inquisição.

³²⁶ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 367.

³²⁷ Ibidem, p. 368.

³²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. In: *Revista de processo*, n.74, São Paulo, RT, 1994, p. 26-37.

³²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. Temas de direito Processual, 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 299-314.

³³⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol 1*. Salvador: Jus Podium, 2008, p. 43-44.

De uma forma ou de outra, o desafio que persiste reside na indeterminação do conceito. Nicolitt³³¹ propõe que o ponto está em verificar as consequências da atuação jurisdicional quanto (a) a possibilidade de acesso a justiça, (b) quanto a liberdade do indivíduo e (c) quanto a dignidade das pessoas.

Daí a dificuldade em concordar com as interpretações que sugerem a fixação de prazos para a solução dos casos, genericamente considerados, ainda que admitamos a hipótese de que alguns parâmetros possam ser fixados.

De uma forma ou de outra, a ineficiência do Judiciário contencioso em dar respostas para as demandas de uma sociedade de massa e na velocidade do mundo interconectado, é desafio que precisa ser vencido. O estudo etimológico sobre conceitos jurídicos indeterminados e seu preenchimento valorativo, são relevantes para a ciência processual³³², mas não podem servir de argumento para justificar a leniência para uma obrigação estatal desta natureza. Neste trabalho, por conseguinte, propomos que superemos o paradigma da via contenciosa como a única possível.

Não nos parece que o ponto mereça maiores digressões. Isso porque, como dissemos anteriormente, se é difícil mensurar o que seria o tempo adequado de duração do processo, parece-nos muito simples identificar no caso concreto se o processo demorou demais para ser julgado. A efetividade do provimento jurisdicional e as consequências práticas do caso concreto nos trarão esta resposta, sem a necessidade de uma profunda dilação cognitiva ou de exauriente produção de provas.

Ademais, o fato é que a garantia de que o processo judicial deva ser julgado em tempo adequado está inserida em nossa Constituição e que isso não se trata de inovação da inteligência tupiniquim. Tucci³³³ realizou um trabalho de investigação acerca do tempo de duração do processo e seus reflexos na realização da justiça, confirmando não se tratar de um problema exclusivamente brasileiro, citando até

³³¹ NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006. p. 32-53.

³³² GIORGIS, José Carlos Teixeira. *O Prazo Razoável como conceito indeterminado no Processo Penal*. In: FAYET, Ney; WEDY, Miguel Tedesco. (Orgs.) *Estudos Críticos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 111-122.

³³³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997, p. 51.

mesmo situações curiosas se comparadas à realidade brasileira, como, por exemplo, a chamada *empty-bench syndrome*³³⁴ nos Estados Unidos.

Com efeito, são vários os exemplos no âmbito do direito comparado que reforçam a tese de que uma justiça rápida é anseio inerente ao próprio ser-humano. Na Espanha, por exemplo, o texto também vem expresso na constituição³³⁵. Em Portugal há regra não apenas expressa na Constituição, mas também no Código de Processo Civil Português³³⁶³³⁷.

A Itália é país que também sofre com grandes atrasos, mesmo após mudanças na legislação processual terem sido realizadas. Segundo Hoffman, tais mudanças não surtiram grande efeito, por serem um amálgama constituído tanto pela legislação processual, como pela carência de estrutura do Judiciário italiano, especialmente pelo reduzido número de pessoal, tanto de juízes como de serventuários³³⁸.

O caso italiano é bem emblemático, porque a demora no julgamento se constituiu em algo tão grave que as pessoas começaram a recorrer à Corte Européia, lastreados na proteção advinda da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950)³³⁹.

³³⁴ N.A.: Tucci esclarece que a *empty-bench syndrome*, que equivaleria a “síndrome do banco vazio”, refletiria a carência de juízes nos EUA, não por falta de organização judiciária, mas sim pelo desinteresse na comunidade jurídica em ocupar tais postos. Na mesma linha, aponta, citando como exemplo o estado de Illinois, a preferência que as causas criminais têm sobre as cíveis, o que faria com que mesmo questões simples levassem anos para serem julgadas.

³³⁵ España - Constitución Española. Artículo 24. [...] 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

³³⁶ Portugal - Constituição da República Portuguesa. Artigo 20.º - Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva [...] 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

³³⁷ Portugal. Lei n. 41/2013. Artigo 2.º (art.º 2.º CPC 1961). Garantia de acesso aos Tribunais
1 - A proteção jurídica através dos Tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar.

³³⁸ HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo. Ed. Quartier Latin. 2006, p. 50-53.

³³⁹ União Européia. CEDH. Art. 6º - Direito a um processo equitativo
1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, [...]. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Todavia, a corrida dos italianos para a Corte Européia culminou por gerar um paradoxo, na medida em que o volume de recursos - reclamando pela demora no julgamento dos processos - culminou por gerar atraso nos julgamentos do próprio Tribunal Supranacional³⁴⁰, o que nos parece ser mais uma evidência de que o modelo mental que enxerga apenas a dimensão contenciosa ao Poder Julgador precisa ser superado.

A pressão sobre a Itália foi tão forte que internamente foram promovidas alterações legislativas, constitucionais e infraconstitucionais, bem como foi editada a conhecida *Legge Pinto* no ano de 2001, cuja principal finalidade seria regulamentar a indenização ao jurisdicionado lesado pela demora na solução de seu processo. Digno de nota que em que pese se tratar de um evidente avanço, os resultados práticos não foram os esperados.

Disposição semelhante será encontrada no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, ratificado pelo Brasil em 1992, que também prevê garantia análoga³⁴¹. Adotando disposição semelhante no campo da proteção dos direitos do homem e classificando a garantia de razoável duração do processo como um direito fundamental, encontra-se a Carta Africana de Direitos Humanos, também conhecida como Carta de Banjul, de 1981³⁴².

Resta demonstrado, portanto, que almejar que o julgamento do processo judicial ocorra em prazo razoável é pretensão presente em diversas legislações, podendo ser considerada, neste sentido, como um anseio de todos os usuários do Subsistema do Judiciário. E isso porque, repisamos, o influxo do tempo sobre as relações sociais é muito relevante e tem o potencial transformador.

Luhmann não ignora a relevância da influência do tempo sobre a chamada “teoria da ação”. Não se ignora, neste sentido, que cada ocorrência, que cada ação, gere uma mudança no tempo, gere uma transformação nas dimensões de passado, presente e futuro. O presente se torna passado quando se depara com uma nova ocorrência e o futuro se torna presente no momento de sua ocorrência, sendo,

³⁴⁰ HOFFMAN, op. cit., p. 55-58.

³⁴¹ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

[...] 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

³⁴² Art. 7. - 1. Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: [...] d) o direito de ser julgado em um prazo razoável por um tribunal imparcial.

portanto, passado para a ocorrência que se seguirá. O papel da estrutura, neste contexto, será o de regular a produção das ocorrências, por meio delas próprias. Assim, como os Sistemas Sociais se apresentam como sistemas de ação, será da sua natureza a articulação temporal³⁴³.

O decurso do tempo, portanto, é recorte fundamental para a eficiência e para a própria sanidade do Subsistema do Judiciário, em especial quando observado pelos olhos dos demais Sistemas Sociais.

Pontua Luhmann, inclusive, sobre a necessidade do restabelecimento de expectativas, mas aqui em nível de estrutura como uma necessidade autopoietica do Sistema, a fim de proteger o próprio Sistema, evitando que ele se transforme em um “*mundo circundante dado*” e fadado, portanto, à extinção. O sentido da ação, nesta proposta, está vinculado a um horizonte de expectativas, posto que somente através da estabilização das expectativas será possível reduzir a insegurança quanto ao futuro³⁴⁴.

Assim, queremos propor que um horizonte de expectativas delimitado é o que conferiria segurança jurídica, sendo que, entretanto, existiriam determinadas questões que são submetidas ao Judiciário, mas que cujo recorte do horizonte seria melhor delineado se idealizado em abstrato, ou seja, se alcançado através da livre reflexão em nível consultivo.

No caso do exemplo acima, não restam dúvidas de que a dimensão contenciosa é a que seria a vocacionada para solucionar a controvérsia, mas só seria a via adequada se pudesse resolver uma questão simples, de mera burocracia processual em si, se o Subsistema como um todo não estivesse assoberbado. A dimensão consultiva, além de resolver os problemas que lhe são vocacionados, desoneraria o Judiciário contencioso, possibilitando que a resposta contenciosa viesse em tempo razoável. O grande potencial do consultivo, neste contexto, portanto, seria permitir que questões de massa fossem preventivamente dirimidas, permitindo que a estrutura atual do contencioso fosse capaz de dar respostas céleres, evitando que casos como o do exemplo perdurassem por tempo demasiado.

Na perspectiva do ator social, portanto, o conhecimento das idiosincrasias autopoieticas do Sistema do Direito muitas vezes são irrelevantes. Aliás, Luhmann

³⁴³ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 323-325.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 325-326.

sugere que na perspectiva de quem está fora do Sistema do Direito não haveria nada de certo ou de seguro no âmbito do direito. Na verdade, além de propor não existir nenhuma distinção caso/norma no cotidiano extrajurídico, Luhmann acredita que para fora do Sistema Jurídico “*o que existe são avaliações de experiência no trato com o direito*”, mas não só, pois tais experiências seriam qualificadas e ordenadas para que se evitasse os inconvenientes do mundo do direito³⁴⁵.

E apesar de tudo isso, de toda esta compreensão, das inúmeras contingências operacionais do Subsistema do Judiciário, em especial o tempo de duração dos processos, a dimensão consultiva ainda é absolutamente ignorada.

Neste sentido, vemos que o ponto, tal como apresentado, faz com que, pragmaticamente, uma situação considerada binariamente como “direito” pelo Sistema do Direito, possa ser considerada “não direito” pelo Subsistema do Judiciário. A subversão do código binário direito-não direito, portanto, traz em si o potencial de colapsar o próprio Sistema do Direito, a partir de um eventual agravamento do sentimento social de insegurança jurídica. A confiança no procedimento – base da submissão social – restaria abalada, portanto.

E se é verdade que o problema reside mais profundamente na diferenciação funcional entre os Sistemas³⁴⁶, tão verdade será que o Sistema do Direito, que é dedicado a definir condutas, ou simplesmente a estabilizar as expectativas sociais quanto a procedimentos e padrões de comportamento, opera deficitariamente sempre que gera insegurança jurídica.

A primeira conclusão a que podemos chegar, portanto, é que garantir ao jurisdicionado um processo judicial que - além de ser isento, transparente e dotado de contraditório amplo - dure somente o tempo razoável para a sua conclusão, é de interesse de várias sociedades e que, inclusive, o erigiram ao status de uma garantia fundamental do indivíduo.

Ocorre que neste caso específico, a garantia individual traz uma peculiaridade que a diferencia dos demais direitos fundamentais. Neste caso o Estado concluiu que o melhor para a sociedade seria a manutenção de um monopólio exclusivo e inafastável. Não se trata de monopólio apenas em sentido formal, mas sim em proibição expressa de qualquer outra forma de efetivação coercitiva do direito.

³⁴⁵ LUHMANN, 2016. *O direito da sociedade*, p. 55.

³⁴⁶ LUHMANN, 1989, p. xviii.

Vale chamar a atenção para a sutileza da afirmação, na medida em que não é desconhecido que existem formas alternativas de solução de controvérsias, em especial as conhecidas conciliação, mediação e arbitragem. Ocorre que mesmo nestas hipóteses, o âmbito de disponibilidade, de autodeterminação do particular se exaurirá quando existir a relutância da parte contrária. Nestes casos, a execução do título advindo destas formas alternativas de solução deverá ser submetida ao Estado, na figura do Subsistema do Judiciário.

Neste sentido, parece-nos, enfim, que estamos diante de um elemento que adiciona complexidade ao funcionamento do Subsistema do Judiciário e que demonstra que a opção única pela via contenciosa é não apenas equivocada, posto que ineficiente, já que adiciona o encargo indenizatório ao particular, suportado por toda a sociedade.

Se partíssemos da premissa de que a estrutura do Subsistema do Judiciário é deficitária ou que os juízes seriam os “culpados” pela morosidade institucional, as respostas seriam simples e o problema não seria complexo. Parece-nos, todavia, que pensar dessa forma seria ingenuidade e não dialogaria com a realidade que salta aos olhos.

Tal realidade, na proposta da pesquisa, é a de que o Subsistema não estaria operando em sua plenitude, na medida em que um elemento essencial ao seu funcionamento estaria sendo ignorado. Tal elemento essencial seria a sua dimensão consultiva.

Na proposta da pesquisa, o tempo dedicado à apreciação individual das matérias de direito, postas em cada uma das dezenas de milhões de ações judiciais que são julgadas anualmente, é fato gerador do excessivo lapso temporal consumido para a conclusão definitiva da querela. Com a dimensão consultiva, por seu turno, teríamos a oportunidade de introduzir uma alternativa nova, com vistas a minimizar o problema, entregando um serviço público de melhor qualidade para a sociedade.

3.2 O neoconstitucionalismo e a constituição em branco

Compreendidas no capítulo anterior, em linhas gerais, as principais perspectivas argumentativas, hermenêuticas e discursivas em geral, que se

relacionam com o objeto da presente investigação, faz-se necessário, por derradeiro, mais um contraponto.

O contraponto, no caso, utilizará a expressão “neoconstitucionalismo” como a síntese de uma parcela da produção jurisprudencial e literária brasileiras e, neste sentido, como o objeto da crítica. Além do foco na perspectiva neoconstitucionalista, há que se iniciar o tópico chamando a atenção para um questionamento que cuja resposta nos parece ser seminal para o Sistema do Direito. A pergunta é: o Sistema do Direito deve normatizar as práticas da sociedade ou deve normatizar como a sociedade deveria funcionar?

A resposta impactará diretamente o papel do Subsistema do Judiciário, podendo, inclusive, ser o fiel da balança para a definição da medida de discricionariedade que será relegada ao julgador. Em outras palavras, o que pretendemos propor é que se o papel do Sistema do Direito for funcionar na dimensão do ser, provendo os meios e a técnica para a normatização da vida em sociedade, maior liberdade restará ao julgador, posto que ele também estará inserido no contexto social e pode, qualificado pelo conhecimento jurídico, definir a forma correta de fazer ou de proceder.

Por outro lado, caso o Sistema do Direito seja dedicado a determinar como a sociedade deverá agir, orbitando a dimensão do dever ser, portanto, menor discricionariedade seria relegada ao julgador, haja vista que a legitimidade do Parlamento seria de tão monta superior, que a opinião pessoal de um integrante do Subsistema do Judiciário careceria de qualquer relevância para a definição de condutas, ainda que qualificada pelo conhecimento jurídico.

Para uma maior clareza na exposição do raciocínio, vale dizer que da mesma forma que nos tópicos anteriores, aqui se pretenderá utilizar um recorte situacional que permeia a realidade do Judiciário contencioso, para evidenciar a necessidade de que uma estrutura diferente entregue as respostas que a sociedade tanto almeja.

De forma ainda mais enfática, este tópico pretende demonstrar como a ausência do Judiciário consultivo tem contribuído para o aumento da fratura hoje aberta no Sistema do Direito.

Assim, podemos considerar que é de conhecimento geral que o neoconstitucionalismo, enquanto tema muito presente nos estudos jurídicos atuais,

tem gerado muitos debates, especialmente no que concerne ao processo de fundamentação das decisões judiciais.

A utilização das propostas de Alexy e Dworkin anteriormente, foi também motivada não apenas pela grande influência de suas proposições no direito constitucional brasileiro e no cotidiano de nossa jurisprudência, mas, principalmente, por terem sido “citados” pelo professor Raffaele de Giorgi, quando ele menciona a expressão *a matter of principles*, título de uma famosa obra do americano³⁴⁷ e quando discorda da proposição que apresenta os princípios como *mandamentos de otimização*, que é um dos elementos centrais da teoria dos princípios proposta pelo alemão³⁴⁸.

Nossa reflexão, portanto, pretende apresentar a compreensão de De Giorgi, cujos textos de inspiração luhmanniana serão o insumo maior para as reflexões que seguirão neste tópico, sobre a temática e estendê-la também para as propostas hermenêuticas tal como apresentadas acima, na medida em que o resultado prático - no que pertine ao objeto da investigação que constitui a presente pesquisa - parece ser o mesmo.

Isso porque o resultado prático da aplicação de todas as teorias acima tratadas não significou a solução do problema de excesso de discricionariedade na atuação jurisdicional. Pelo contrário, pois o cotidiano dos Tribunais demonstrou o aumento dos chamados *juízos discricionários*, gerando consequências no campo da hermenêutica jurídica, aqui genericamente considerada apenas como o processo de interpretação e aplicação do direito.

É justamente a reflexão sobre estas teorias da argumentação jurídica que norteiam a crítica do professor Raffaele De Giorgi³⁴⁹, aqui analisada em dois de seus textos mais aderentes à proposta deste trabalho, sendo um deles a reprodução de uma conferência proferida no Brasil³⁵⁰. De Giorgi trata os temas a partir da Teoria dos Sistemas de Luhmann e discorre sobre como as teorias da argumentação jurídica modificam o *locus* hermenêutico do direito.

³⁴⁷ DWORKIN, Ronald M. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

³⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 91.

³⁴⁹ DE GIORGI, 2011.

³⁵⁰ DE GIORGI, 2014.

Ao considerar que o direito é criado pela constituição e partindo do entendimento de que os princípios, em verdade, são proposições vazias de significado, De Giorgi considera que as teorias da argumentação propiciam que o direito, que a constituição, saia da dimensão do *ser* e ingresse na dimensão do *dever ser*, o que de fato se verifica em uma das obras de referência para a conduta ativista que se verifica no Brasil³⁵¹.

A constatação de De Giorgi, como já se pode perceber, demonstra uma anomalia que dialoga com as reflexões apresentadas no tópico 2.4 do capítulo anterior, que se dedicou a refletir em linhas gerais sobre a legitimidade para a criação do direito constituído. Ele vai propor que as condutas neoconstitucionalistas permitem que o Subsistema do Judiciário, desprovido da legitimidade conferida ao Parlamento, determine a dimensão do dever ser a partir das idiossincrasias de cada julgador, em cada caso concreto.

A segurança advinda do método interpretativo, segundo De Giorgi, dá lugar à insegurança do próprio direito, que deixa de ser o que deveria ser, para se tornar uma página em branco, pronta para receber a conformação ou o significado que o intérprete lhe julgar adequado. Além disso, Ferreira Filho³⁵² adverte que estas condutas sempre virão impregnadas de politização e de partidarização, pois a passagem do campo ideológico para o partidário seria quase insensível a quem atravessa essa linha.

Refletindo sobre os desafios do juiz constitucional, o professor De Giorgi³⁵³ estabelece como marco inicial o famoso conto de Kafka³⁵⁴ sobre a Porta da Lei, o seu Guardião e o Camponês que nela queria entrar.

O obstáculo ao ingresso criado pelo Guardião, aliado à insegurança e falta de coragem do Camponês, culminaram por impedir sua entrada à Porta que, hipoteticamente, só existiria para esta finalidade, ou seja, só existiria para permitir que aquele mesmo Camponês tivesse acesso à lei.

³⁵¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15-19.

³⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do judiciário e suas implicações*. Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas – Ano 1, n. 2. Disponível em: <<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/21/16>>. Acesso em: 04. mai.2013, p. 70.

³⁵³ DE GIORGI, 2011, p. 107-118.

³⁵⁴ KAFKA, Franz. *O processo*. Ebook, disponível em [http://groups.google.com/group/Viciados_em_Livros], acesso em 30/05/2022, p. 120-121.

O contexto histórico revelado por De Giorgi, nos dá conta do que se tornou o fio condutor do pensamento constitucional no século XX, inclusive com uma nova doutrina do Estado. E a partir daí, De Giorgi³⁵⁵ inicia suas indagações provocativas: *o que está atrás da porta da lei e não se poder ver? O que cega? O que guarda o guardião?* E já emenda com sua imediata resposta, concluindo que o objetivo será esconder a lei, ocultar seu segredo, sacralizá-la. Prossegue em seu raciocínio, sustentando que a tradição romana de direito positivo fundado na ideia de contrato social, que está presente na maioria das doutrinas constitucionais modernas, “[...] *deriva sua força e sua resistência da ocultação do paradoxo que a constitui e lhe confere um uso construtivo*”³⁵⁶.

Vale lembrar que o pacto social proposto por Rosseau³⁵⁷, estabelece que tanto quanto o homem detém poder absoluto sobre todos os seus membros, sendo este poder advindo da natureza, o corpo político deteria poder absoluto sobre todos os seus, na medida em que o teria recebido da vontade geral, sendo esta, inclusive, a manifestação da verdadeira soberania.

Com maior clareza, Kelsen afirma que *“a justiça é uma idéia irracional”* e isso seria assim por não ser dado a cada um externar a racionalizar a sua opinião, na medida em que a opinião sobre o que seria a justiça deveria ser evidenciada apenas por atos objetivos, determinados, ou seja, deveria advir do direito positivo. E assim o seria especificamente para proteger o Direito dos julgamentos subjetivos, estabelecendo o *“terreno seguro de uma ordem jurídica determinada”*. É por isso, e somente por isso, que em Kelsen a justiça significa legalidade, isso porque *“Justiça’ significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa. Trata-se de justiça ‘sob o Direito”*³⁵⁸.

Assim também o paradoxo vislumbrado por De Giorgi, retomando Rosseau, posto que na sua inteligência o oxímoro contratual seria tanto a sua força vinculante, irrenunciável, como a pretensão de reformulação sempre que as condições, que os

³⁵⁵ Ibidem, p. 107-108.

³⁵⁶ DE GIORGI, 2011, p. 108.

³⁵⁷ ROUSSEAU, op. cit., p. 36-37.

³⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 20-21.

eventos ou as “[...] *velhas estabilidades tenham consumido os requisitos de sua aceitabilidade*”³⁵⁹.

Os sistemas têm expectativas e vez por outra elas podem se frustrar. Neste contexto, Luhmann propõe as dividir entre expectativas cognitivas e expectativas normativas. A primeira reside na capacidade de aprendizado do Sistema, ou seja, há a expectativa de que o Sistema evolua na lida com suas próprias contingências e a segunda reside na expectativa de que o Sistema do Direito estabeleça regras de comportamento que garantam a sua própria estabilidade, delimitando condutas, de forma a garantir o seu próprio funcionamento³⁶⁰.

E neste sentido é editada a constituição, como resposta semântica a todas as urgências e necessidades do Estado. Surge a constituição como o instrumento de união das necessidades do Estado e dos cidadãos e que define tanto o *ser*, quanto o *dever ser*³⁶¹.

Este *dever ser* advindo da constituição também pode ser interpretado como uma reivindicação para a dimensão da política. A reivindicação da delimitação dos espaços, a serem ocupados pela sociedade e seus anseios, na forma de direitos³⁶².

Nesta mesma linha, analisando o que o direito é e o que o direito deve-ser, Herrero afirma que é justamente neste hiato que se insere a política, com a missão de diminuir o distanciamento entre o direito positivado e o ideal de justiça. Por isso que ainda que mais pessimista quanto a realidade, Herrero entende que a política tem não só esta finalidade de aproximação entre o direito e a justiça, como é ela própria, a política, que torna possível o estabelecimento de um vínculo entre o direito e a moral³⁶³.

A compreensão dialoga com o idealizador da Teoria dos Sistemas, na medida em que o próprio Luhmann estabeleceu que a Constituição seria uma reação à diferenciação entre o direito e a política e, exatamente por isso, gerando a necessidade de religação entre estes sistemas³⁶⁴.

³⁵⁹ DE GIORGI, 2011, p. 108.

³⁶⁰ VIANA, 2015, p. 76.

³⁶¹ DE GIORGI, 2014, p. 121.

³⁶² Ibidem, p. 121.

³⁶³ HERRERO, Francisco Javier. *Moral, direito e política*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 616-617.

³⁶⁴ LUHMANN, 2013, p. 3-4.

A constituição, neste sentido, encerra uma duplicidade, pois ela existe a partir de si e todo o mais é legitimado pela sua (da constituição) existência. Entretanto, De Giorgi afirma que essa aparente circularidade necessita de um fechamento semântico.

Dentro desta circularidade, seria necessário identificar o ponto que conferiria legitimidade para a própria constituição e, neste sentido, ela não poderia ter sua gênese em si mesma. O *fundamento de validade*³⁶⁵ da constituição, portanto, seria a soberania, como “[...] *uma fórmula resolutiva que exprime a ideia de um poder destituído de vínculos que, justamente por isso, pode se desvincular. A soberania é a instância extrema, última, suprema que confere ao poder o direito de ser poder*³⁶⁶.

Segundo Luhmann³⁶⁷, o fundamento de validade do direito é o próprio direito, é o próprio sistema jurídico que dá validade ao conjunto de normas e procedimentos nele inserido. Isto, entretanto, cria um outro problema, identificado no fato de que a busca pelo fundamento de validade pode redundar em um infinito, culminando em uma espécie de aceitação acrítica que, nas palavras do Professor seriam “*declarações solenes*”.

Parece-nos, entretanto, que, ao contrário da norma fundamental em Kelsen³⁶⁸, ao se considerar a constituição como o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, como vimos anteriormente em Luhmann, a questão do fundamento de validade do direito constitucional estaria endereçada. A unidade da diferença entre os sistemas, consolidando o acoplamento estrutural, parece-nos ser o próprio fundamento de validade do direito constitucional, portanto.

Retomando as circularidades identificadas por De Giorgi, é de se reconhecer que no processo histórico-evolutivo a soberania se desloca do monarca para o parlamento e deste para o povo, sendo que nesta transição chega ao povo transformada nos poderes legislativo, executivo e com a jurisdição já resumida à aplicação de um direito integralmente positivado. Neste sentido, a soberania se

³⁶⁵ N.A.: A expressão não consta do texto do professor Raffaele De Giorgi.

³⁶⁶ DE GIORGI, 2011, p. 110.

³⁶⁷ LUHMANN, 2013, p. 7.

³⁶⁸ KELSEN, 1984, p. 57.

constitui como o elemento de conexão desta circularidade. A soberania começa, se funda e termina, se auto preserva, enfim, em si mesma³⁶⁹.

Em síntese, a soberania habita a dimensão política, tanto quanto a justiça faz morada na dimensão jurídica. Além do direito, a constituição também estabelece a ordem política a qual, então, se torna legitimada pelo direito. Daí Kelsen³⁷⁰ propor que a função política da constituição seria o estabelecimento de limites jurídicos para o exercício do poder, ou seja, o alcance de uma garantia advinda da constituição exsurgiria da segurança de que os limites jurídicos nela (na constituição) estabelecidos, não seriam ultrapassados.

Retomando De Giorgi, *a soberania, exercida pelo poder constituinte e criadora da constituição, agora é deslocada e, no ininterrupto presente de conservação da constituição, passa para as mãos de seu guardião, o juiz constitucional*³⁷¹.

Ao ser legitimada pelo mesmo direito que ela (a constituição) cria e se submete, forma-se uma outra circularidade, portanto. Essa outra circularidade, De Giorgi³⁷² chama de *democracia*. E, além, considera que o Guardião quer escondê-la da vista do Camponês, deixando ser visto, apenas, as *diferenças, hierarquias, contingências, necessidades*.

Prosseguindo na identificação destas circularidades existentes e internas ao Sistema do Direito, De Giorgi³⁷³ reconhece uma outra que é advinda da dualidade constitucional-inconstitucional. É a constituição que define o que é o Sistema Jurídico e, portanto, o que está e o que não está presente como direito.

Assim também Luhmann³⁷⁴, pois para ele o sistema jurídico foca na distinção “[...] para sustentar a sua orientação em direção à própria unidade (direito é direito), mediante a orientação para o código binário direito/não-direito (positivo/negativo) do sistema; código que vincula cada operação entre o direito e o não-direito.

³⁶⁹ DE GIORGI, 2011, p. 110-111.

³⁷⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. alemão Alexandre Krug. Trad. italiano Eduardo Brandão. Trad. francês Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Rev. técn. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 239-240.

³⁷¹ DE GIORGI, 2011, p. 113.

³⁷² Ibidem, p. 110.

³⁷³ Ibidem, p. 113.

³⁷⁴ LUHMANN, 2013, p. 7.

A constituição, em De Giorgi, é um instrumento jurídico que disciplina a política, mas também é um *instrumento político para a construção jurídica de formas da realidade, dos comportamentos, dos eventos*. Como consequência disso, a constituição esconde a unidade da diferença entre direito e política³⁷⁵.

Compartilhando do entendimento de De Giorgi, há em Canotilho³⁷⁶ o reconhecimento da dificuldade do direito em regular o que é essencialmente político através de um documento jurídico. O professor português propõe que a constituição pretende ser o *“estatuto jurídico do político”*, o que geraria uma reação rebelde do sistema político, na medida em que a sociedade não poderia ser conformada autoritariamente. Por isso Canotilho arremata o ponto, quando afirma que a *“constituição dirigente é inequivocamente um produto das concepções voluntaristas do direito e do sujeito, não tendo em conta a autoreferencialidade e a auto-organização de vários sistemas e subsistemas sociais”*³⁷⁷.

Como visto, o acoplamento estrutural é um ponto central em Luhmann³⁷⁸ e consiste no ponto de aglutinação, no espaço de unidade entre dois sistemas. Para o pesquisador alemão, a constituição é o acoplamento estrutural entre o direito e a política, cabendo distinguir, entretanto, que apesar da constituição utilizar conceitos próprios da política, como “povo”, “eleitor”, etc., e que a definição destes conceitos seja essencialmente jurídica, isso não quer dizer que cada sistema não preserve seus códigos próprios - direito/não direito e poder/não-poder, *in casu* - na medida em que *“são reciprocamente competentes, mas cada um em um sentido diferente”*.

Para De Giorgi, a unidade da diferença seria o *locus* situado entre os sistemas jurídico e político. Local de residência do poder originário dos indivíduos, onde os direitos são originários e também o é o próprio espaço em sua constante constituição, refundação e redefinição. Além disso

Oculto-se o fato de que o direito funda-se sobre si mesmo, ou seja, que ele é destituído de fundamento, e que a política da sociedade moderna produz o consenso que a legitima. [...] Em outras palavras: o

³⁷⁵ DE GIORGI, 2011, p. 114-115.

³⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Portugal: Coimbra Editora, 2001, p. XXIII.

³⁷⁷ Ibidem, p. XXIII.

³⁷⁸ LUHMANN, 2013, p. 13.

texto constitucional transforma circularidade em assimetria, fechamento em espaço cognitivo, anéis em linearidade.³⁷⁹

A constituição, neste sentido, constrói a realidade a partir da sua interpretação da sociedade. Por conseguinte, ao juiz constitucional, enquanto intérprete da constituição, residiria a função de reativação do processo de reconstrução da realidade a partir dos processos que lhes são submetidos. Segundo De Giorgi³⁸⁰ “[...] o juiz interpreta interpretações, redescreve descrições, reabre inícios, reencerra circularidades”.

O desafio do juiz constitucional no cenário contemporâneo, segundo De Giorgi³⁸¹, está na transferência do interesse da justiça constitucional. Migra o interesse pela ativação das garantias do Estado liberal para a ativação das compensações do Estado social. Submete-se ao juiz constitucional dilemas de justiça social. Conflitos entre interesse público e interesse privado. O ser humano como meio ou como fim do direito.

A miríade de opções, portanto, faz De Giorgi questionar a possibilidade de o juiz constitucional ter a capacidade de enfrentar os desafios desta racionalidade que ele apresenta, dispondo apenas dos meios que lhes são possíveis. E a partir desta dúvida reflexiva, apresenta uma entre outras possíveis conclusões, destinando ao juiz constitucional o mesmo papel de Guardião da porta da lei prevista no conto kafkaniano.

De toda forma, entretanto, a atividade jurisdicional é, essencialmente, argumentativa. Até mesmo mediante a técnica de subsunção do fato à norma, num claro silogismo aristotélico, é de se reconhecer a presença do discurso como critério de racionalidade a fundamentar uma decisão judicial.

Na visão de De Giorgi, a construção da intelectualidade que deveria lastrear a interpretação constitucional passa longe das chamadas teorias da argumentação jurídica, desenvolvidas no contexto do que hoje se convencionou chamar de neconstitucionalismo.

³⁷⁹ DE GIORGI, 2011, p. 114.

³⁸⁰ Ibidem, p. 114.

³⁸¹ Ibidem, p. 117.

Isso fica evidente quando, ao ser convidado para palestrar sobre o tema “argumentação jurídica a partir da constituição”, o professor De Giorgi³⁸² manifesta impudicamente o desconforto com o contexto do chamado neoconstitucionalismo.

Seu mais evidente inconformismo residia nas certezas das respostas que, segundo ele, são dadas pelos teóricos desta vertente de pensamento, enquanto sob sua ótica vivemos imersos na “*incerteza desconfortante do presente*”³⁸³.

De Giorgi³⁸⁴ afirma que o neoconstitucionalismo parte de uma ácida crítica ao positivismo, nele imputando a pecha de supostamente eleger um modelo de poder exclusivamente pelo direito, um modelo que conferiria uma quase sacralidade da lei. O passado, prossegue ele, ou seja, o período anterior ao neoconstitucionalismo, estava relegado à interpretação da constituição. O interesse do constitucionalismo tradicional, portanto, era interpretar a constituição para a concretizar. Acreditavam que no curso da interpretação a constituição sempre seria atualizada.

Com o neoconstitucionalismo, todavia, parece haver uma mudança entre sistemas³⁸⁵, na medida em que a efetivação da democracia deixa de ocorrer através da interpretação clássica da constituição e do entendimento de que a esfera política seria a adequada para a solução de determinadas controvérsias. A questão, portanto, passa a ser sempre jurídica, sempre de direito, eis que ancorada e protegida pela constituição.

Além disso, atualmente a política tem cada vez mais se esquivado do enfrentamento de questões *eticamente desafiadoras* e que sempre foram tradicionalmente resolvidas na sua dimensão política propriamente dita. Ao contrário da perspectiva positivista, o juiz não mais poderá recorrer à *ratio* da lei, à subsunção do fato à norma. O sistema jurídico não se esgota, não mais se fecha na norma. A resposta neoconstitucionalista é que o juiz deverá recorrer a uma *ratio* universal, a uma fonte de sentido inesgotável, isto é, à própria constituição³⁸⁶.

Todavia, anteriormente vimos que para Luhmann a constituição é o acoplamento estrutural entre o direito e a política. Isso significa que ao contrário da

³⁸² Ibidem, p. 116-117.

³⁸³ Ibidem, p. 117.

³⁸⁴ DE GIORGI, 2014, p. 120-122.

³⁸⁵ Ibidem, p. 120-122.

³⁸⁶ Ibidem, p. 126-127.

proposta neoconstitucionalista, para a Teoria dos Sistemas a função do direito é a generalização congruente de expectativas normativas e apenas com estas expectativas o Direito poderia trabalhar.

Na perspectiva neoconstitucionalista, portanto, não há mais que se falar em *concretização da constituição*, posto que o norte para o julgador não é mais o texto da constituição, mas sim a própria *democracia*, sujeitando-se a sociedade à miríade de interpretações, inclusive contrapostas, que dela possa advir³⁸⁷.

Tudo isso para concluir que não existe mais uma interpretação correta da constituição, mas sim um procedimento argumentativo legitimador da decisão. Nas palavras do professor da Universidade de Lecce “*a história constitucional conclui-se com a teoria da argumentação*”³⁸⁸.

Nesta esteira crítica, De Giorgi³⁸⁹ passa pela novel dimensão axiológica advinda com os princípios. Aqui deixa a reflexão de que talvez a sociedade não mais se subordine ao direito, mas sim o contrário, na medida em a primeira proposição somente será verdadeira *sob a condição de que a normatividade jurídica não esteja em contradição com a “representação de sentido por meio da qual a sociedade se identifica”*.

O ponto central da abordagem de De Giorgi, portanto, foca na migração da interpretação constitucional da dimensão do *ser*, para a do *dever ser*. Na perspectiva neoconstitucionalista, o direito constitucional busca o estado do *dever ser*, na medida em que os princípios, enquanto mandamentos de otimização, orientam o julgador a argumentar com a constituição a partir do influxo dos casos submetidos a julgamento.

A análise hermenêutica deixa de dialogar com a dimensão concreta, atual, sociológica, definidora e delimitadora de direitos, para se dedicar à dimensão hipotética, utópica, filosófica, idealizadora de direitos.

Por outro lado, é de se reconhecer que no espectro da dimensão hermenêutica do julgador, o próprio acoplamento estrutural proposto por Luhmann conspira para a sedução de que através do direito se resolva problemas que são próprios do sistema político, posto que

³⁸⁷ Ibidem, p. 127.

³⁸⁸ Ibidem, p. 127.

³⁸⁹ Ibidem, p. 128.

Aí precisamente reside a tentação representada por se buscar facilitar a influência e a adaptação mediante acoplamento estrutural: na escolha de normas constitucionais tais que permitam ao sistema jurídico reconhecer a legalidade em quase todas as formas do agir político e que, vice-versa, toda decisão acerca da constitucionalidade-inconstitucionalidade do sistema político indica como se deve descrever qualquer tipo de decisão de modo a se encaixar (*estromettere*) na jurisdição constitucional. Sobre esse pano-de-fundo, delineiam-se os direitos humanos como formas dotadas de complexidade suficiente para levarem uma vida jurídica própria³⁹⁰.

E se a tentação citada por Luhmann de fato ocorrerá, o melhor antídoto seria a definição do que, em verdade, disciplina o sistema jurídico. A dimensão do *ser*, portanto, contribuiria positivamente para a segurança jurídica.

Recorrendo novamente à reflexão que vem do outro lado do Atlântico, percebe-se que a aplicabilidade ilimitada, sem freios ou fronteiras, do texto constitucional, ignora a dimensão política expressa na legislação infraconstitucional, o que permite a Canotilho³⁹¹ afirmar que

O problema não está na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata, mas sim no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da *interpositio legislativa*. É o que acontece, a nosso ver, com a acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata consagrado no artigo 5.º, LXXVII³⁹², 1.º, da Constituição brasileira, a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II.

Não é sustentável dentro do sistema jurídico, portanto, ancorar todas as decisões judiciais diretamente na constituição. Há ainda um outro problema que advém dessa racionalidade. É evidente que na perspectiva neoconstitucionalista, mas não apenas nela, o direito nasce com a constituição, e somente será direito se estiver com ela adequado. Luhmann³⁹³ aponta, neste sentido, que esta linha de raciocínio coloca todo o direito em uma situação de suspeição.

Tal estado de suspeito se verificaria, na medida em que todo o direito infraconstitucional estaria relegado a uma situação de problematicidade, de contingência, na medida em que toda a legislação poderia, sempre, estar não-conforme ao direito, já que direito e constituição passam a ser sinônimos. Nas

³⁹⁰ LUHMANN, 2013, p. 28-29.

³⁹¹ CANOTILHO, op. cit., p. XVI.

³⁹² N.A.: Trata-se de aparente equívoco de impressão, posto que o inciso correto é o seguinte, ou seja: LXXVIII.

³⁹³ LUHMANN, 2013, p. 6.

palavras de Luhmann, o “*código direito/não-direito torna-se supraordenado a todo o direito com exceção da lei constitucional*”³⁹⁴.

E isso ainda se agrava, a toda evidência, quando nos damos conta de que no cotidiano da perspectiva neoconstitucionalista, não se verifica mais a adequação da norma infraconstitucional ao texto da constituição, ou seja, a questão deixa de ser uma interpretação, ainda que sob o viés de um caso concreto, que analisa a adequação da norma ao texto constitucional, passando a ser, diferentemente, uma avaliação sobre a circunstância em concreto, sobre o fato ocorrido, sobre a coisa litigiosa, etc., em face da constituição. E como se somente isso já não fosse uma problema gravíssimo, some-se ainda a pulverização em pouco menos de duas dezenas de milhares de julgadores, cada qual impregnado por suas convicções e idiossincrasias particulares. O direito constituído infraconstitucional, portanto, fica em uma situação de suspeição ainda mais intensa do que a da própria constituição, como citamos na proposta de Luhmann acima.

De forma bem aderente ao ponto, Ausberg chama a atenção para o fato de que não passa despercebido para o código lícito-ilícito a circunstância de o direito, na perspectiva da ponderação, não mais ser formulado abstratamente, anteriormente aos fatos sociais que pretende regular. Propõe, a toda evidência, que “*a possibilidade de uma pluralização subversiva da racionalidade que aparece nessa abordagem se torna, com isso, ela mesmo subvertida e retornada ao chão dos procedimentos conhecidos*”³⁹⁵.

A autoridade da crítica Ausberg não se esgota na inteligência de sua proposição, mas também merece análise por um outro ângulo, que é o que se observa a partir da consideração de que ele é o atual sucessor de Robert Alexy na Cátedra de Filosofia do Direito e Direito Público na Christian-Albrecht Universität, em Kiel, Alemanha.

Seguindo na crítica sobre o pensamento neoconstitucionalista, De Giorgi considera que o nível de maturidade alcançado pela sociedade não comporta o *imponderável*, pois há uma dimensão de universalidade real de suas razões que é

³⁹⁴ Ibidem, p. 6.

³⁹⁵ AUSBERG, Ino. *A desumanidade da razão na multiplicidade de suas vozes - a teoria da ponderação e sua crítica como um programa jurídico-teórico*. In: *Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 22-23.

universal e que deve ser reconhecida como existente. Há, portanto, dimensões do ser que são passíveis de reconhecimento sem as justificativas dos princípios.

Como se pode perceber, o objetivo deste tópico, portanto, mantendo o espectro questionador da pesquisa, foi trazer uma reflexão sobre o papel do direito como regulador da sociedade, de acordo com seus próprios parâmetros regulatórios autorreferenciais.

A investigação buscou refletir, portanto, se hoje a Teoria do Direito aponta para um modelo no qual o Sistema do Direito ditará a dimensão do ser, ou se ditará a dimensão do dever ser para a sociedade.

E indo mais em direção ao norte desta pesquisa, buscamos dialogar com a Teoria dos Sistemas, a fim de delimitar o ponto de inflexão – e de necessária reflexão, conseqüentemente – que orientará o debate sobre se o que a sociedade deseja é que o direito garanta o padrão de conduta ditado por essa mesma sociedade ou se, em outra direção, o que deseja é que o direito dite um padrão de conduta idealizado pelos intérpretes da norma.

A proposta neoconstitucionalista, amplamente utilizada na atualidade, portanto, proporciona uma ampla liberdade interpretativa para os julgadores e tal liberdade, aliada às vicissitudes dos casos concretos, têm o potencial de inviabilizar a definição da *ultima ratio* do direito, diante da miríade de soluções diversas, “neoconstitucionalistamente” possíveis que dela surgem.

Tal espécie de liberdade quase absoluta, que possibilita a cada julgador dialogar individualmente com o Ambiente, culmina por ameaçar um dos elementos essenciais para que um Sistema seja considerado, de fato, um Sistema. A proposta neoconstitucionalista, em última análise, ruma em direção contrária à autorreferencialidade identificada na Teoria dos Sistemas, por possibilitar situações nas quais haverá um comprometimento direto ao fechamento operativo do Sistema.

A prática neoconstitucionalista não se trata, como pudemos identificar anteriormente, de uma das hipóteses possíveis de diálogo do sistema com o Ambiente, mas sim de uma permanente abertura alopoiética do Sistema, o que traz consigo um grande potencial de comprometer a manutenção e a existência do próprio Sistema.

A proposta do Judiciário consultivo, por outro lado, serviria como um limitador dessa abertura alopoiética, contribuindo, portanto, para o fechamento operacional do

Sistema. Com o Judiciário consultivo estabelecendo teses jurídicas únicas sobre matérias de relevância, em especial no contexto de judicialização de massa, o Judiciário contencioso teria meios e condições de individualmente definir a melhor aplicação do direito para o caso concreto, ao contrário de, como possibilita o neoconstitucionalismo, redefinir a interpretação do direito a cada nova circunstância advinda da infinita possibilidade de interações, e divergências, entre os atores sociais.

De uma forma ou de outra, parece evidente para a pesquisa que estamos diante de mais um grande desafio para o Subsistema do Judiciário e que este, se limitado a uma única dimensão contenciosa, não será capaz de adequadamente acompanhar e dar respostas às demandas cada vez mais crescentes dos demais Sistemas Sociais.

3.3 Repensando a argumentação jurídica na atualidade

Não restam dúvidas para a presente pesquisa que, no âmbito do Sistema do Direito, tudo é argumentação, tudo é discurso, é linguagem, é, enfim, comunicação. Neste sentido, tendo o capítulo anterior sido dedicado para apresentar fundamentos e desafios atuais para o Sistema do Direito, faz-se necessário, neste momento, trazer luz para como a argumentação jurídica se tornou um elemento que, utilizado em conjunto com outras ferramentas, como o neoconstitucionalismo, por exemplo, contribui para a fissura do Sistema que pretendemos demonstrar no presente estudo.

Da análise dos *standards* da Teoria do Direito apresentado até o momento no presente trabalho, somada a uma experiência prática já superior ao quarto de século como operador do direito, parece-nos evidente, até mesmo beirando a obviedade, que todas as propostas aqui analisadas trilham um processo argumentativo para a entrega da resposta do Sistema do Direito, em especial para a entrega da resposta pelo Subsistema do Judiciário contencioso, ou seja, para a entrega da prestação jurisdicional.

Com isso, queremos dizer que independente da filiação a esta ou àquela teoria, o fato é que a argumentação, por si só, constitui o elemento central, o veículo para a prestação da jurisdição.

Por outro lado, a ponderação, tal como proposta por Alexy³⁹⁶, é um modelo matemático e, como tal, não se desprende totalmente do modelo binário anterior. A ponderação não visava substituir, mas sim integrar o método subsuntivo, numa espécie de complementariedade ao modelo da subsunção. Tal complemento adviria dos recursos argumentativos, destinados a resolver problemas que não encontrariam resposta na aplicação do método clássico.

Derrida, por sua vez, prefere a expressão “suplemento”, pois não estaríamos diante de uma verdadeira complementação de algo que estivesse incompleto, mas sim de uma alternativa que introduziu uma nova forma de pensar, rompendo assim, naquele momento da história, com a racionalidade anterior. Isso culminou por introduzir uma nova lógica, uma abertura para além da compreensão até então existente. Isso porque “[...] o suplemento acrescenta-se, é um excesso, uma plenitude enriquecendo uma outra plenitude, a culminação da presença. Ele cumula e acumula a presença”³⁹⁷.

A crítica de Ausberg³⁹⁸, por outro lado, fixa mira em um aparente sucumbimento ao “*seio protetor do modelo tradicional de racionalidade*” e considera que a introdução do conceito de mandado de otimização pode ser encarado como uma mera troca de sistema binário, na medida em que agora integra a bipolaridade os conceitos de regra e de princípio³⁹⁹.

Parece-nos difícil concordar com o raciocínio de Ausberg, ao menos não em sua completitude, na medida em que da forma como esta pesquisa apresenta sua crítica, parece que o modelo argumentativo neoconstitucionalista rompe sim com a bipolaridade subsuntiva, mas, ao contrário de fazer mais do mesmo, cria uma espécie de multilateralidade, na medida em que na dimensão neoconstitucionalista os princípios poderão significar aquilo que o seu intérprete entender mais adequado.

Viehweg parte do pressuposto de que o direito corresponderia a uma unidade sistêmica e que como tal deveria ser entendido. Todavia, ele ressalva que “*não se pode dizer com suficiente precisão onde se encontram, em geral, em nosso*

³⁹⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. org/trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 143-146.

³⁹⁷ DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo. Editora da Universidade de São Paulo: Perspectiva, 1973, p. 177 e ss.

³⁹⁸ AUSBERG, op. cit., p. 22.

³⁹⁹ Ibidem, p. 23-24.

ordenamento jurídico as séries de fundamento, de maior amplitude e qual o grau de perfeição que tem alcançado". A consequência disso, portanto, é que

[...] não é possível tampouco determinar de um modo irrefutável o valor lógico de uma proposição qualquer dentro do contexto jurídico geral. Só se pode conhecer por suposições em que medida uma proposição qualquer está assegurando sistematicamente, i.e., até que ponto está protegida diante de possíveis colisões. Portanto, o seu valor lógico se determina conforme o alcance e o grau de perfeição do conjunto argumentativo em que como axioma ou [algo] derivado, não é completamente conhecido.⁴⁰⁰

De Giorgi⁴⁰¹ parece também optar por uma ótica mais realista, ao afirmar que a argumentação é uma técnica de diferenciação e que depois de aplicada apresenta os fundamentos da decisão que optou por distinguir desta ou daquela maneira. Propõe ainda que *"isso significa, portanto, que a argumentação se funda por si mesma, em si mesma e através de si mesma"*, fazendo com que a argumentação, em última análise, se torne *"a razão de si mesma"*. A argumentação seria, enfim, um encadeamento de motivos lógicos, sendo que os motivos seriam os pontos que um observador desejaria excluir.

Indo ainda mais além, De Giorgi acredita que a retórica principiológica se beneficiaria do fato de serem os princípios semanticamente vazios. Será a fundamentação na utilização do princípio que lhe conferirá conteúdo e, portanto, este conteúdo não lhe seria próprio, mas sim atribuído. E tudo isso seria inapropriado para o direito, pois para De Giorgi isso quer dizer que a cada nova argumentação, a cada nova criação de sentido, o princípio significará algo diferente. E se cada vez que o princípio for utilizado ele puder significar algo diferente, exsurdirá o risco de mal uso, no sentido de poder ser o princípio utilizado como um manto discursivo para encobrir os verdadeiros fundamentos da decisão. Nesta perspectiva, o princípio será, enfim, o fruto de um processo argumentativo, conduzido por um observador externo que decidirá o que será excluído do todo para chegar a conclusão previamente desejada⁴⁰².

Por outro lado, De Giorgi deixa evidente que é a constituição o local de residência das respostas semânticas a todas as urgências e necessidades do

⁴⁰⁰ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. 5 ed. alemã., rev., atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 86-87.

⁴⁰¹ DE GIORGI, 2014, p. 127.

⁴⁰² Ibidem, p. 128.

Estado e dos cidadãos e que define tanto o ser, quanto o dever ser. E alerta que, todavia, o que se verifica na proposta neoconstitucionalista é que *"o sentido da argumentação por princípios a partir da constituição é claro: busca fundar racionalmente a justiça normativa, dar um fundamento racional aos valores. Busca levar o direito a dizer a verdade"*⁴⁰³.

Em outras palavras, o que se pretende é subverter a realidade, pois, ao contrário de trabalhar com a circunstância de ser a constituição o acoplamento estrutural entre o Sistema do Direito e o Sistema da Política, pretende-se deixar o direito em condição de superioridade, podendo definir, como dito acima, o que seria a verdade das proposições normativas.

Por isso seria tão conveniente a argumentação por princípios, que permite uma liberdade quase ilimitada para o aplicador da norma, mas que, por outro lado, focada na *"circularidade do argumentar"*, permite a De Giorgi⁴⁰⁴ concluir que a argumentação "sempre dará certo", constituindo-se, portanto, na "miopia" do neopensamento, na medida em que

Ao não conseguir ver essa realidade da argumentação e o paradoxo de sua construção, ao não conseguir apreender por que a argumentação sempre funciona independentemente dos motivos sobre os quais se constrói, o neopensamento a concebe como o procedimento que torna possível a epifania dos princípios. [...] É óbvio que aquilo que surge da argumentação, vale dizer, a realidade dos princípios é a realidade do direito [...] o que surge são diferenças, o resultado das discriminações, as diferenças que se produzem como consequências da construção do concentrado semântico que, somente após essa fase, constitui o princípio. Os princípios são unidades, mas unidades de distinções [...] Os princípios, em outras palavras, não são inocentes.

Assim, como a definição de um princípio em específico está inserida nesta circularidade argumentativa apontada, Poscher⁴⁰⁵ compara as múltiplas respostas às críticas que apontam para a inexistência de um conceito de princípio, ao personagem mitológico Hidra, que a cada cabeça cortada obtinha duas novas imediatamente nascidas, pois para cada crítica à teoria dos princípios, surgem novos candidatos à formulação do "conceito" que "resolveria" a questão.

⁴⁰³ Ibidem, p. 127.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 128.

⁴⁰⁵ POSCHER, Ralf. *Teoria de um fantasma - a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto*. In: *Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 68-69.

Para além disso, vale refletir sobre a proposição de Poscher⁴⁰⁶, especialmente quando alerta para o fato de que as regras também se caracterizariam como mandamentos de otimização, como, por exemplo, o caso da regra que manda encher os pneus quando o carro estiver com sobrepeso, a fim de otimizar o consumo de combustível. Admitir que os mandados de otimização não se diferenciariam das demais regras, portanto, é, inegavelmente, outro grande problema para a teoria dos princípios.

Seguindo na linha crítica, Ausberg propõe que a ponderação ignora o que ele denomina de “*potencial subversivo da 'concordância prática'*”, na medida em que sua pretensão matemática traria em si o apego ao modelo de racionalidade tradicional e binário. Almejava-se, portanto, a limitação do discurso para o que Ausberg chama de univocidade, ao invés da plurivocidade típica da sociedade, numa espécie de “institucionalização da razão”⁴⁰⁷.

Mesmo na migração do *all or nothing* para os mandados de otimização, ainda assim Ausberg propõe que a mudança apenas teria alterado o *locus* da binariedade, que agora passaria a ser a diferença entre princípios e regras. Isso alteraria a perspectiva da concordância prática, na medida em que a premissa para o procedimento deixaria de ser a diferença, para se tornar a igualdade. Por isso a igualdade dos valores, advindos da unidade da constituição⁴⁰⁸.

Não há como deixar de traçar um paralelo com a proposta de Luhmann, especialmente com sua proposta de unidade da diferença já apresentada anteriormente neste trabalho, e em Ausberg fica bem mais próxima de como a hipercomplexidade é tratada na presente pesquisa, em especial quando propõe que

Uma teoria do (s) direito(s) fundamental(is) que muda o ponto de referência primário do direito moderno do sujeito para o sistema não deslocou, com isso, apenas o foco do indivíduo para o exame de efeitos transsubjetivos adicionais. Com esse deslocamento de perspectiva, uma vez que o sistema só pode ser pensado como estando em relação oposto ao seu Ambiente - ou seja, aos outros sistemas -, a unidade é substituída pela pluralidade e a referência primária da “identidade” é substituída pela orientação primária pela diferença.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 65-67.

⁴⁰⁷ AUSBERG, op. cit., p. 22-23.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 23-24.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 23-24.

De uma forma ou de outra, o ponto central da crítica de Ausberg é que de forma mais precisa dialoga com a proposta da presente pesquisa, reside no ponto de que a ponderação não encara o problema da "*incomensurabilidade das posições a serem tomadas*"⁴¹⁰.

Em outras palavras, a ponderação ou não enfrenta, ignora, ou, ancorada na matemática, altera o *locus* da binariedade. Tanto em uma, quanto em outra alternativa, portanto, a hipercomplexidade não recebe tratamento adequado. Ausberg inclusive se apresenta como partidário da proposta de Luhmann, quando este aponta que a proteção dos direitos fundamentais deve sair da lógica da proteção do direito individual e considerar a diferenciação social existente entre os sistemas.

Assim aqui também propomos que a ausência das fronteiras do caso concreto, possibilitando o foco na análise consultiva, totalmente livre, seria uma alternativa eficiente para o enfrentamento da realidade da hipercomplexidade.

Assim o propomos, porque, alinhados à crítica de Ausberg, não há mais espaço para se prescindir, no contexto de hipercomplexidade, de uma lógica que seja sempre o elemento de ligação entre posições conflitantes. No contexto da hipercomplexidade, há que se falar em lógicas parciais, a fim de dar respostas a contradições fundamentais sociais reais⁴¹¹.

O próprio Ausberg não considera a crítica como uma teoria que deva substituir a da ponderação, mas sim a enxerga como complementariedade, na medida em que atua em uma dimensão diferente da que atua a ponderação, fazendo com que em sua visão ambas sejam necessárias⁴¹².

Com isso, queremos propor que ao dizer o direito em sede de última *ratio*, em sede de consolidação da jurisprudência, por exemplo, se estará dizendo um direito particular, posto que contaminado pelas lógicas parciais apresentadas em argumentações que visam solucionar problemas concretos. Haverá tantas possibilidades de vieses interpretativos quantas forem as possibilidades de diferenças nas relações sociais.

Daí a presente proposta, que pretende não ignorar, não postergar, nem

⁴¹⁰ Ibidem, p. 31.

⁴¹¹ Ibidem, p. 26-27.

⁴¹² Ibidem, p. 26-27.

tampouco apenas tangenciar a hipercomplexidade. Os casos concretos continuarão a ser julgados na dinâmica do contencioso e os julgadores poderão melhor se dedicar às diferenças, às nuances de cada um, se o direito houver sido consolidado previamente, em sede consultiva.

A crítica de Ladeur e Campos é ainda mais profunda, na medida em que, bem antes da constatação da hipercomplexidade inerente ao Ambiente e de uma espécie de “perturbação” entre o direito e a sociedade⁴¹³, fixam sua crítica no fato de que a teoria dos princípios não enfrenta a principal questão a que se propõe, ou seja, à dimensão concreta advinda do Judiciário Contencioso, em outras palavras, às decisões judiciais em si⁴¹⁴.

A crítica neste particular, portanto, fixa mira na dificuldade pragmática em encontrar respostas na teoria dos princípios, que dialoguem com a solução dos problemas que ela mesma aponta. Saber se um modelo de regras e princípios seria a solução para a ineficiência da tradição jurídica germânica que se iniciou no século XIX, careceria, na crítica de Ladeur e Campos, portanto, da demonstração de que este suposto problema, ou seja, a ausência de uma teoria dos princípios, seria a causa da deficiência da prestação jurisdicional. Em outras palavras, a indagação retórica dos pesquisadores foi: o problema era a ausência de uma teoria dos princípios?

De uma forma ou de outra, o ponto de contato da crítica com a proposta deste trabalho, é o anseio por uma concretização jurídica que considere a hipercomplexidade inerente aos subsistemas sociais contemporâneos e que proporcione, em última análise, um incremento da reflexividade do direito de molde a compatibilizá-lo com uma realidade em constante transformação⁴¹⁵.

A análise de Fischer-Lescano, por sua vez, parte de seu incômodo diante do reducionismo que a racionalidade limitada a valores e princípios opera nas demandas sociais, em especial nos campos político e econômico. Utilizando a narrativa da ponderação, a análise de eventuais unidades colidentes lhe permitiu formular sua crítica na forma de duas teses, uma que propõe que as unidades

⁴¹³ LADEUR, Karl-Heinz e CAMPOS, Ricardo. *Entre teorias e espantalhos - deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens*. In: Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 118.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 101-102.

⁴¹⁵ LADEUR e CAMPOS, op. cit., p. 118-121.

colidentes não são princípios, mas sim âmbitos de autonomia social. A outra, que a classificação de bens jurídicos não é capaz de harmonizar contradições reais, o que só seria possível mediante normas voltadas para regular as incompatibilidades de âmbitos de contradição, mediante acoplamentos entre os sistemas, proceduralizações e, ocasionalmente, mediante externalização de decisões⁴¹⁶.

Importante destacar que a solução apresentada por Fischer-Lescano⁴¹⁷ segue em direção diversa daquela proposta na presente pesquisa, na medida em que se afasta da participação do Judiciário e se aproxima da temática mais própria ao debate de classes. Como já dito, o presente trabalho referenda e reconhece a supremacia do subsistema do Judiciário para a intervenção nos conflitos sociais, de molde a lhes dar a solução que seja conforme o direito.

Nossa proposta, neste contexto, é de que as lacunas e as deficiências da atuação contenciosa do subsistema do Judiciário poderiam ser minimizadas, através do reconhecimento da necessidade de ativação de sua dimensão consultiva. Neste debate com Fischer-Lescano, o que pretendemos demonstrar é que a partir da definição em tese da racionalidade do direito, pelo julgador consultivo, o julgador contencioso poderia, liberto do debate jurídico, realisticamente aprofundar na situação real do conflito, na dimensão policontextual que permite a adequada individualização do ser humano, entregando-lhe a resposta estatal mais adequada.

E assim como Fischer-Lescano e Ladeur e Campos, Abboud⁴¹⁸ enxerga na proceduralização uma alternativa para a atuação do Judiciário contencioso, que seja capaz de capturar essa dinâmica de reconhecimento da hipercomplexidade no seio social. Este aprofundamento foge ao recorte que nos propomos, que foca na análise da dimensão consultiva, valendo aqui a menção para enunciar uma alternativa de superação do discurso voltado à integração semântica de princípios vazios de significado.

Teubner⁴¹⁹ nos convida a refletir se não seria adequado repensar o efeito

⁴¹⁶ FISCHER-LESCANO, Andreas. *Crítica da concordância prática*. In: *Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2016, pg. 49-50.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 50-56.

⁴¹⁸ ABOUD, 2019, p. 1.247-1.258.

⁴¹⁹ TEUBNER, Gunther. *A matriz anônima: violação de direitos humanos por atores "privados" transnacionais*. In: *Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, p. 275-276.

horizontal dos direitos fundamentais, de molde a superar a perspectiva intrassocial e rumar em direção a análise sistema/Ambiente. Parece-nos que talvez essa seja uma forma de efetivação de direitos fundamentais que permita ao Sistema do Direito dialogar mais adequadamente com a sociedade do século XXI.

Vale destacar que a proposta de Teubner está inserida no contexto de uma reflexão acerca da oponibilidade de um direito fundamental em face de um ator privado e, portanto, trata-se de temática estranha ao objeto do presente estudo. Todavia, refletir sobre a inserção da dinâmica relacional entre o Sistema do Direito e os demais Sistemas Sociais, no contexto da análise de um direito fundamental, parece-nos totalmente aderente à proposta desta pesquisa.

Não se pretende aqui revisitar as discussões sobre o ser humano e sua relação com a sociedade, muito próprias às pesquisas no campo da sociologia, mas sim relacionar o tema com o foco de nossa investigação, ou seja, com a deficiência de atuação do Subsistema do Judiciário pela inexistência de dimensão consultiva.

A dimensão consultiva no âmbito do Judiciário é a que permitiria, nesta proposta, considerar as informações do Ambiente para a manifestação do Estado-Juiz em face de uma matéria em tese, gerando consequências, ainda que potenciais, para pretensões individuais atuais e futuras. Garantir-se-ia a solidez autopoiética do Sistema do Direito; garantir-se-ia a conexão com a coletividade social, preservando os limites de interação entre os sistemas e, em última análise; garantir-se-ia a entrega jurisdicional futura, na dimensão contenciosa, específica para o indivíduo, para o ser-humano.

Vale o destaque para o ponto de que os direitos fundamentais não seriam apenas dados, ou seja, advindos de uma decisão do soberano, seja ele uma Divindade, o Príncipe ou o próprio Povo. Eles surgem, como propõe Teubner, “*dos conflitos comunicativos e de seus resultados obtidos na política, moral, religião e direito*” e seriam “*pré-políticos e pré-jurídicos*”. Por isso

A positivação desses direitos humanos como direito técnico, seja na política ou no direito, não se trata de uma decisão livre do legislador legitimado democraticamente, mas antes se apoia neste duplo substrato de processos extrassociais que se auto mantêm, por um lado, e de conflitos intrassociais, por outro⁴²⁰.

⁴²⁰ TEUBNER, op. cit., p. 286-287.

Daí a necessidade de se possibilitar ao Subsistema do Judiciário se manifestar mais proximamente das demandas sociais, em uma instância que, liberto das amarras idiossincráticas do caso concreto e, portanto, autopoieticamente limitado à binariedade típica do Sistema do Direito, possa usufruir da abertura para o Ambiente e aproveitando assim as eventuais oportunidades de evolução daí advindas.

Todavia, a pesquisa vem propor que isso deva acontecer em um Ambiente controlado pelo próprio Subsistema do Judiciário, a partir do reconhecimento de que a dimensão consultiva é necessária para o funcionamento do Sistema e que, adicionalmente, o Subsistema do Judiciário contencioso, em especial pela pulverização na pessoa de todos os seus milhares de julgadores, não seria capaz de fazer essa entrega.

E considerando a multiplicidade de julgadores, de casos concretos e, conseqüentemente, de decisões possíveis, diante da miríade de vieses argumentativos discursivos à livre escolha do julgador contencioso, vale chamar a atenção para um problema que já bate à porta do Subsistema do Judiciário contencioso.

Estaríamos diante de uma possível enrascada, posto não ser comum na tradição judicial brasileira poder antever qual opção ideológica ordenará o julgamento no momento de sua realização. Isso torna mais difícil manter a coerência na fundamentação técnica nas decisões dos casos apresentados para julgamento. Apesar de a fundamentação costumar se escorar em um critério argumentativo definido - qualquer que seja ele - mudar de opinião para atingir a consequência desejada, conforme a prática ativista descrita no capítulo anterior, torna-se uma tarefa cada vez mais difícil.

O problema é que talvez o preço que o Subsistema do Judiciário contencioso começa a pagar atualmente, em especial os membros das Cortes mais proeminentes do país, parece ter se tornado alto demais. No atual estado de coisas, no qual qualquer decisão é aparentemente possível e que sempre haverá um "princípio" à disposição na prateleira intelectual para ser utilizado, as decisões passam a ser divididas em dois grupos: as corretas, posto que em acordo com o "senso comum", ou com o "meu próprio", e as incorretas, posto que em desacordo com a "maioria", ou "com o que eu penso".

Ocorre que, em linhas gerais, uma decisão só deveria ser classificada como incorreta quando inobservasse um critério metodológico de aplicação, ou quando um julgador agisse de forma deliberada contra o direito. Como o Subsistema do Judiciário é uma instituição que sob o viés técnico ostenta respeitabilidade social, a última opção passa a ocupar espaço no Ambiente elucubrativo da desconfiança nacional em seus agentes públicos.

A convivência de liminares consequencialistas, seguidas por cassações também consequencialistas, num contínuo movimento de “concedo” e “revogo” conforme “minha própria convicção”, por exemplo, gera a sensação no integrante da sociedade consumidora de que, na verdade, tudo se resume a avaliação quanto ao desempenho do julgador. Se o julgador entender o anseio do “cliente” e lhe entregar o resultado desejado, terá sido um bom juiz, bem representando seu Tribunal. O contrário, por sua vez, gerará o mesmo efeito, mas com o sinal trocado.

E neste Ambiente disfuncional, no espectro de consequências possíveis para um consequencialismo que esteja pulverizado no Subsistema do Judiciário contencioso, estarão a falência do direito, o descrédito das Instituições, a litigância oportunista, tudo isso culminando com a negativa do Estado de direito. Neste cenário, certo e errado, portanto, passam a ser faces de uma mesma moeda lançada a esmo.

Vale dizer, em outro prisma, que a presente pesquisa não ignora o inequívoco avanço alcançado na aplicação do direito em sede contenciosa, a partir da proposta da ponderação, seja pela sua qualidade em si ou seja pela profunda produção intelectual que estimulou.

A crítica aqui apresentada, entretanto, parece-nos não apenas estar dotada de elementos que de fato nos conduzam a refletir sobre as oportunidades de avanço no estudo da temática, mas sim ter o potencial de dialogar com a proposta do presente trabalho. Isso porque, para além das fronteiras do caso concreto, da hermética do procedimento estabelecido, encontra-se o Ambiente e os demais Sistemas Sociais ansiosos por respostas do Sistema do Direito que operem na mesma sintonia das suas (deles) expectativas.

3.4 O papel do Subsistema do Judiciário e a unidade na diferença entre consultivo e contencioso

Contextualizando a teoria, percebemos que em linhas gerais podemos afirmar que a unidade da diferença surge a partir da constatação de que, ainda que pontuados por particularidades, os Sistemas operativos se diferenciam do Ambiente na mesma dimensão binária. No exemplo de Luhmann⁴²¹, podemos pensar no Sistema da saúde, utilizando, portanto, a binariedade saúde/doença, fazendo com que para identificarmos a saúde, basta que não haja doença. Neste sentido, todas as doenças se diferenciam da saúde, mas cada qual a sua maneira autorreferencial. O ponto de similitude entre todas as doenças é a “não saúde”, constituindo-se aqui a chamada “unidade da diferença”.

Luhmann refletiu sobre a possibilidade de que Sistemas funcionais pudessem racionalizar, como uma unidade, as suas diferenças frente ao Ambiente⁴²². Isso leva em conta o fato de que a realidade na qual o Sistema Social está inserido é uma criação através do processo comunicativo, sendo este tão eficiente quanto seja capaz de produzir uma compreensão em geral⁴²³. Daí Luhmann afirmar que a unidade da diferença é a autorreferência do conceito de diferença⁴²⁴.

Segundo Klein⁴²⁵, a importância do conceito de diferença, de diferenciação para Luhmann, fica evidente quando ele afirma que “*nem ontologicamente, nem analiticamente, o sistema é mais importante que o Ambiente; pois ambos são aquilo que são apenas em referência ao respectivamente outro*”⁴²⁶. E ao orientar sua proposta de acordo com o primado do conceito de *diferenciação* (funcional e sistêmica), admitindo as múltiplas reciprocidades e diferenças que constituem os Sistemas, para Klein⁴²⁷ isso demonstra o núcleo da autopoiese, em que compreender um sistema passa, necessariamente, por apreender as *operações* que

⁴²¹ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 501 et seq.

⁴²² Ibidem, p. 501.

⁴²³ Ibidem, p. 505.

⁴²⁴ Ibidem, p. 536.

⁴²⁵ KLEIN, op. cit., p. 350.

⁴²⁶ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 30.

⁴²⁷ KLEIN, op. cit., p. 350.

levam à sua constituição e como ele estabelece a autorreferência. Daí segue o esclarecimento, quando Luhmann afirma que “*existem sistemas com a capacidade de produzir relações consigo mesmos e de diferenciar essas relações perante as do seu Ambiente*”⁴²⁸.

Analisando por outro prisma, vemos que a diferenciação primária entre Sistema e Ambiente não é capaz de ser desenvolvida em situações de alta complexidade entre ambos e isso ocorre devido à grande dificuldade em se trabalhar dentro dos limites que constituem o Sistema em si. Portanto, a diferenciação sistêmica aqui dá lugar à diferenciação funcional, sendo que esta diferenciação, por outro lado, poderá propiciar tanto um aumento da complexidade interna do Sistema, quanto a redução desta mesma complexidade⁴²⁹, sendo esta última o foco da proposta do Judiciário consultivo apresentada nesta pesquisa.

A redução da complexidade se verifica *in casu*, na medida em que a diferenciação funcional possibilita ao Subsistema se desonerar como um todo, reduzindo a complexidade e operando em estado de melhor eficiência.

A racionalidade, portanto, ocorre quando o conceito de diferença é analisado na perspectiva autorreferencial, gerando reflexo sobre a unidade da diferença. Assim se apresenta, na ótica da pesquisa, a unidade da diferença entre os Subsistemas contencioso e consultivo em face ao Ambiente e em face aos demais Sistemas sociais em geral.

Neste contexto e como sabido, o código que orienta esta pesquisa é o direito/não direito. Como também já demonstrado no presente trabalho, todo o Sistema do Direito opera nas dimensões consultiva e contenciosa, constituindo o “não direito” a unidade da diferença entre o Sistema do Direito e o Ambiente e entre o Sistema do Direito e os demais Sistemas sociais.

Por outro lado, sendo o Sistema do Direito orientado pela linguagem, pela argumentação, enfim, pelo discurso em geral, é de se considerar aceitável que interpretações diversas advenham de uma mesma situação em concreto. Ainda que teoricamente seja possível perseguir a existência de uma única resposta correta, como vimos anteriormente, a realidade inexorável é que, à exceção de hipóteses comezinhas, de menor ou nenhuma complexidade, sempre será possível, ainda que

⁴²⁸ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 204.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 217-218.

em tese, que haja opiniões diferentes entre julgadores, acadêmicos, estudiosos, ou operadores do direito em geral.

Ocorre que, por outro lado, quando a interpretação é a derradeira no âmbito do Subsistema do Judiciário, ela será a única possível para solucionar o conflito instaurado. Em outras palavras, isso significa que para as partes envolvidas no caso concreto, qualquer outra interpretação será, apenas e tão somente, uma opinião irrelevante.

Assim, pensando na possibilidade de ativação e conseqüente coexistência entre as dimensões contenciosa e a consultiva também no âmbito interno do Subsistema do Judiciário, queremos propor que a unidade da diferença entre o Subsistema do Judiciário e o Sistema do Direito como um todo, seria a *definitividade*.

Definitividade, porque após o pronunciamento final do Judiciário, veremos que para cada hipótese potencialmente analisável pelo Sistema do Direito, teremos, enfim, a definição do que é “direito”. Por conseguinte, qualquer outra interpretação, razoável ou não, sempre será “não direito”, nem que seja apenas para as partes submetidas à decisão. Definitividade, portanto, será a constante sempre presente. Definitividade, em outras palavras, é a igualdade em todas as diferenças possíveis entre a conclusão do Subsistema do Judiciário e a conclusão de qualquer outro SubSistema do Direito (acadêmico, procuradorias públicas, etc.).

Veja-se que Klein enxerga em Luhmann a constatação de que as transformações e o tipo de relação entre Sistema e Ambiente são analisados a partir dos conceitos de *adaptação* e *seleção*. Adaptação e seleção, como visto anteriormente, servem também para possibilitar ao Sistema acompanhar e se adaptar a eventuais mudanças ocorridas tanto no Ambiente, como no interior do próprio Sistema. Além disso, e mais aderente à proposta deste trabalho, possibilitaria evitar a *"tentativa de submeter tais mudanças ao desejo, à subjetividade/interesse de determinada pessoa ou grupo – e permite que a diferenciação, como processo, ocorra novamente no interior dos sistemas, a saber, constituindo subsistemas"*⁴³⁰.

E de forma suficientemente clara, deixando evidente que a criação de Subsistemas significa uma especialização do próprio Sistema, otimizando o seu

⁴³⁰ KLEIN, op. cit., p. 350.

funcionamento, portanto, Luhmann aponta que a

[...] diferenciação sistêmica não significa apenas que no sistema são formadas unidades menores, mas também que a diferenciação sistêmica repete a formação do conjunto sistêmico em si mesma. A totalidade do sistema é reconstituída como diferença interna entre subsistema e Ambiente subsistêmico, e isso para cada subsistema de modo respectivamente distinto.⁴³¹

Pensar em novos Subsistemas, especializando ainda mais o Sistema, pode parecer ao expectador desatento, apenas o incremento de mais complexidade no âmbito do próprio Sistema. A diferenciação, por outro lado, não é apenas um aumento da complexidade, pois quando cada subsistema assume uma parcela da complexidade total, teríamos também a redução da complexidade como um todo e em especial no âmbito do próprio Subsistema, já que ele se orientaria *“somente pela própria diferença sistema/Ambiente, mas reconstrói para si, com essa diferença, a totalidade do sistema”*⁴³².

Reconhecer a diferença, identificar a unidade e racionalizar, nos permite, portanto, propor a coexistência dos Subsistemas também no âmbito do Subsistema do Judiciário. Vale lembrar, no contexto de racionalização, que o Ambiente não pode ser encarado como um “sistema dos sistemas”, ou como um sistema abrangente, mas sim como horizonte. Daí Luhmann ver a racionalidade como *“reintrodução da diferença na diferença, como inserção construtiva de uma diferença sistema/Ambiente aberta no sistema, que se determina por meio dessa própria diferença”*⁴³³.

Todavia, a situação atual ignora o exercício da dimensão consultiva para o Subsistema do Judiciário, o que cria a circunstância na qual todo o Sistema do Direito flui autorreferencialmente num contexto dialético, harmônico internamente, mas caótico para o observador de fora do Sistema. A imagem incompreensível ao observador externo, ocorre também porque o Subsistema do Judiciário, totalmente impregnado pelas nuances particulares de cada processo singularmente submetido a julgamento, mostra, enquanto a janela de comunicação com o Ambiente e com os demais Sistemas sociais, uma imagem costumeiramente impregnada por vieses.

⁴³¹ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 218.

⁴³² Ibidem, p. 218.

⁴³³ Ibidem, p. 536-537.

Luhmann⁴³⁴ já considerava o Subsistema do Judiciário (Tribunais, em suas palavras) como um *“sistema parcial diferenciado do direito”*, já considerando Luhmann que haveria uma distinção importante para a própria autodescrição do Sistema, que seria a diferença entre a legislação e a jurisprudência. Tal diferenciação, por seu turno, ocorreria no âmbito dos próprios Tribunais e seu conjunto proveria a sustentação do Subsistema.

De forma similar, Luhmann já reconhecia que o Judiciário contencioso se depararia com o que ele descreveu como uma *“dupla exigência: decidir sobre cada caso e decidir de maneira justa, o que, no mínimo, quer dizer aplicar a igualdade nos casos particulares, isto é, aplicar as mesmas regras”*⁴³⁵. Todavia, o Professor já alertava para a circunstância de que, na prática, talvez a desejada superioridade da lei sobre todos, inclusive sobre os legisladores e os julgadores, não estivesse sendo plenamente observada⁴³⁶.

Aparentemente comungando do mesmo ceticismo quanto a capacidade do Judiciário contencioso dar resposta para determinados anseios sociais, Campilongo⁴³⁷ propõe que *“Interpretar significa interpretar a sociedade na sociedade. E a sociedade não é texto a ser interpretado nem objeto de conhecimento do sujeito. Quem interpreta a sociedade é a sociedade. Interpretação é autodescrição da sociedade”*. Na sequência, o professor fecha o raciocínio propondo que reconhecer a complexidade da sociedade moderna, nos permitirá ter a humildade de concluir que a interpretação dos Tribunais sobre casos concretos não será a mais autorizada para a descrição do fenômeno social.

Mantendo nossa linha de raciocínio, percebemos que o contributo maior que o Judiciário consultivo poderia trazer, seria a liberdade para a construção de uma decisão que estivesse pronta para ser utilizada em casos futuros, ou ao menos que pudesse servir de guia estruturado para ulteriores questionamentos. Acreditar que este objetivo possa ser alcançado no âmbito do contencioso, é fechar os olhos para uma realidade pragmática importante, como bem apontado por Luhmann quando destacou que

⁴³⁴ Ibidem, p. 238-241.

⁴³⁵ Ibidem, p. 241.

⁴³⁶ Ibidem, p. 243.

⁴³⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais: hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 132.

[...] Na realidade, as consequências *stricto sensu* de suas decisões não podem ser conhecidas (uma vez que outras decisões interviriam, e a informação ficaria incompleta); talvez isso, mais do que qualquer coisa, esteja na origem da ilusão de que a decisão, no Sistema do Direito, possa ser determinada pelo passado entendido como procedimento. Levando em conta tudo isso, a decisão é um paradoxo que não se pode tematizar, mas, na melhor das hipóteses, somente mistificar. A autoridade, as decorações, a restrição de acesso aos mistérios do direito, os textos a que se pode referir, a entrada ou saída de cena — tudo isso ocupa um lugar que impede que o paradoxal da tomada de decisão apareça como paradoxo e denuncie que a razão que decide *com legalidade* sobre o que é legal e ilegal vem a ser, também ela, um paradoxo, e que *a unidade do sistema* só pode ser observada como paradoxo.⁴³⁸

Diante do paradoxo sempre rondando o Sistema do Direito, Luhmann conclui, numa instância de possibilidade, que visando a unidade do sistema ele só poderia operar com o auxílio de distinções⁴³⁹. A partir deste ponto, entretanto, Luhmann prossegue sustentando a necessidade de haver uma técnica para a decisão judicial, mas o aprofundamento nesta temática é tarefa que suplanta as fronteiras da presente pesquisa, conforme já mencionado anteriormente. A reflexão que se quer trazer com o presente ponto, todavia, é que a busca por estas distinções, em especial quando lida com a ótica da redução da complexidade, aliada ao olhar atento às insatisfações do Ambiente e dos demais Sistemas Sociais, poderia redundar na implementação do Judiciário consultivo.

Digno de registro que a identificação do paradoxo não se trata de uma inovação ontológica na proposta, haja vista que os demais Sistemas Sociais também lidam com seus paradoxos internos. Luhmann⁴⁴⁰ exemplifica isso quando menciona o papel dos bancos, que com a finalidade de estimular a economia, ao mesmo tempo incentivam a poupança e o consumo. Os bancos, portanto, ocupam papel central no Sistema da Economia, assim como o Judiciário o ocupa no Sistema do Direito. Da mesma forma se verifica o papel da organização estatal para o Sistema da Política, no qual o paradoxo da soberania se revela na circunstância de que quem decide também tem o dever de se submeter às próprias decisões.

Veja-se que também por uma questão de coerência com o desenvolvimento e a evolução dos demais Sistemas Sociais, o Subsistema do Judiciário poderia

⁴³⁸ LUHMANN, 2016. *Sistemas sociais*, p. 246-247.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 247.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 265-266.

acompanhar as modificações do Ambiente ao seu redor, preservando sua autorreferencialidade autopoietica, chegando à conclusão compatível com a que se apresenta, reconhecendo, portanto, a lacuna na atuação do Subsistema do Judiciário.

Uma atuação que, no caso brasileiro, é impregnada por diversos vieses que se constituem na exteriorização funcional de um Subsistema que precisa dar respostas a dezenas de milhares de ações judiciais que anualmente lhes são submetidas, julgadas por quase vinte mil de juízes independentes, em mais de duas dezenas de Tribunais igualmente independentes, etc.

E como a janela de comunicação com os demais Sistemas sociais não descortina um horizonte de certezas, cria-se a fratura no Sistema, na medida em que a própria binariedade do código fica em xeque. Saímos da dicotomia direito/não direito para a unicidade "pode ser que seja direito".

Quando se analisa o quadro sob o prisma da vocação do Subsistema do Judiciário, talvez não se encontre nenhum problema com a unicidade do "pode ser que seja direito". Isso porque é da natureza do contencioso analisar a vontade das partes, a prescrição do direito constituído, os documentos que foram produzidos, entre vários outros pontos, tornando-se antinatural, portanto, fixar teses em definitivo.

Esta vocação, queremos propor com a presente pesquisa, melhor dialoga com a dimensão consultiva do Sistema do Direito, que é tão comum e tão utilizada no cotidiano operativo do Sistema. Resta apenas, portanto, que a mesma dimensão seja trazida para o Subsistema do Judiciário. Trilhar este caminho, por seu turno, limitar-se-ia a uma decisão interna do próprio Subsistema, na medida em que é da sua essência organizar a sua jurisdição - excetuando-se os imperativos legais, por óbvio - conforme se proporrá no capítulo seguinte.

Neste relacionamento hipercomplexo, é de se esperar que o Ambiente também absorva um grande número de efeitos, o que nos permite propor, concordando com Luhmann, que o Judiciário Consultivo e o Judiciário Contencioso precisam coexistir. Isso porque a unidade da diferença não pode ser utilizada para afastar as influências, as vantagens, da diferença⁴⁴¹. Suas diferenças, em outras palavras, são próprias e como tais devem influenciar o Ambiente da sua própria

⁴⁴¹ Ibidem, p. 537-538.

forma. A unidade aqui, enfim, serve também para demonstrar que o Subsistema do Judiciário opera deficitariamente, sobrecarregando o Contencioso, ao não endereçar consultivamente parcela das necessidades do Ambiente e dos demais Sistemas Sociais.

E absolutamente alheio às reflexões deste trabalho, o Ambiente segue irritando o Sistema do Direito e sobrecarregando o Subsistema funcional do Judiciário. Na ótica da Teoria dos Sistemas Sociais, os sistemas ou evoluem ou estão fadados à extinção. Parece-nos que o Judiciário Consultivo seja uma das vias, no âmbito das múltiplas possibilidades advindas da hipercomplexidade social, que permitiria ao Sistema do Direito seguir autorreferencialmente o curso natural do seu caminho evolutivo autopoietico.

CAPÍTULO 4

UM MODELO DE JUDICIÁRIO CONSULTIVO

4.1 Expectativas para o judiciário consultivo

4.1.1 O que esperar do Judiciário consultivo

O papel do Judiciário como *ultima ratio* do Sistema do Direito não é inédito, diante do reconhecimento do fato de que o direito não é constituído apenas no âmbito do Parlamento ou do Executivo em sede regulamentar. O direito também é, e sempre o será, interpretado, integrado, complementado, esclarecido, constituído a partir da inteligência dos Tribunais.

Dessa forma, parece-nos ingênuo pressupor que o direito "em tese" se esgotaria no texto da norma nos tempos atuais. Tal premissa não resistiria sequer ao básico exame das fontes do direito, quanto menos se analisada sob a égide de um sistema hierarquizado de normas, sujeito a controle de constitucionalidade, operado argumentativamente e claramente marcado por um viés neoconstitucionalista, tal como o é o Sistema do Direito brasileiro.

O direito em tese, portanto, também só estará plenamente constituído, só estará maduro, após o crivo do Subsistema do Judiciário. Até que o Judiciário "bata o martelo" sobre a questão de direito, ela existirá, ainda que produzindo efeitos, apenas na dimensão de uma possibilidade.

Ademais, a realidade pragmática demonstra que relegar a definição do "direito em tese" exclusivamente para a legislação, melhor dialoga com a perspectiva histórica do direito, mais orientada aos modelos sociais mais simplificados, pois se o Subsistema do Judiciário contencioso já demonstrava dificuldades em acompanhar o desenvolvimento das sociedades de massas no século passado, é de se supor que as dificuldades chegarão a níveis quase insuperáveis diante do cenário tecnológico hipercomplexo do século XXI.

Partindo dessa compreensão que se considera na proposta da pesquisa, que pressupor que isso possa ser feito individualmente, mesmo considerando as oportunidades de interação com os demais Sistemas Sociais e com o Ambiente na atualidade, parece ser um apego romântico ao passado ou talvez, de forma mais

crua, parece ser uma falsa percepção da realidade. Daí a situação atual de insatisfação generalizada, ou seja, insatisfação dos julgadores com o excesso de trabalho, insatisfação do jurisdicionado com o tempo para receber uma resposta definitiva e insatisfação dos operadores do direito com a insegurança advinda de uma jurisprudência em constante mutação.

Neste sentido, faz-se necessário conjugar o aprendizado adquirido através da experiência e dos estudos da ciência no passado, com a realidade contemporânea. Nesta gestação evolutiva sempre poderemos nos deparar como artífices de um processo de revolução científica, tal como previsto por Kuhn, em especial quando propõe que

[...] se a consciência da anomalia desempenha um papel na emergência de novos tipos de fenômenos, ninguém deveria surpreender-se com o fato de que uma consciência semelhante, embora mais profunda, seja um pré-requisito para todas as mudanças de teoria aceitáveis.⁴⁴²

Assim, a necessidade de encontrar alternativas que possam contribuir para a mudança do cenário hoje existente, que possam dar efetividade a direitos de massa, com respostas tempestivas e compreensíveis aos anseios dos demais Sistemas Sociais, que demonstre um equilíbrio tanto com o Sistema do Direito, como com o próprio Ambiente, se constituem em verdadeiros paradigmas científicos - antecedentes fáticos - a presente proposta de pesquisa.

A nova realidade operativa que o Judiciário Consultivo entregaria ao julgador individual, neste contexto, seria a capacidade de iniciar o exame do caso concreto já tendo o “direito em tese” pré-constituído pelo próprio Subsistema do Judiciário.

As vantagens e as oportunidades para a operação do Subsistema do Judiciário, para o Sistema do Direito, para os demais Sistemas Sociais e para o Ambiente, são de grande envergadura. É sobre estas vantagens e oportunidades que pretendemos tratar no curso do presente capítulo.

Dessa forma, exploraremos nos tópicos seguintes como na visão da pesquisa, o Judiciário consultivo poderia contribuir para uma melhor uniformização da jurisprudência, gerando um incremento positivo direto para a segurança jurídica, vez que, como já sustentado anteriormente, a unificação de temas em tese, sem as

⁴⁴² KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 94.

idiosincrasias dos casos concretos, tende a ser muito mais crível, diante da evidente redução de complexidade.

A definição de matérias em tese por Tribunais Superiores, prévia ou contemporaneamente ao surgimento de discussões de relevo nacional, por exemplo, preveniria um contingente expressivo de litígios, em especial aqueles que causam tantos transtornos para a operação do Subsistema, que são os advindos da judicialização de massa. A pesquisa acredita que essa prevenção geraria uma onda de positividade, de credulidade nas Instituições e no próprio Sistema do Direito, em última análise.

No campo da redução da complexidade os avanços podem ser significativos. Se pensarmos na matéria em tese já analisada pelo Judiciário, o caminho discursivo, linguístico para a entrega do direito já estaria praticamente pavimentado, otimizando, por exemplo, os julgamentos nas instâncias ordinárias.

Além disso, os benefícios para o Judiciário contencioso não seriam apenas de celeridade, de superação de uma etapa trabalhosa da atividade jurisdicional, mas também possibilitaria, realisticamente, que o julgador pudesse analisar todas as nuances, de todos os casos concretos, que lhe são submetidos cotidianamente, podendo, inclusive, distinguir um caso especial, diante de sua não adequação à prévia definição em tese da interpretação do direito.

Consequentemente, a pesquisa acredita que a partir da atuação do Judiciário consultivo, haveria uma redução relevante das contingências autorreferenciais do próprio Subsistema do Judiciário como um todo, em especial quanto ao binômio estrutura *versus* produção, na medida em que o balanço entre o fluxo de entrada de demandas e a capacidade de resposta tenderia a alcançar a esperada soma zero.

Outro ponto positivo advindo da eficiência, seria o resgate do papel e especialmente da imagem do Subsistema do Judiciário, como Instituição que é comprometida com sua missão constitucional, que é formada por profissionais capacitados e que são dotados de espírito público, que é eficiente e que, enfim, gera valor para o Sistema e para o Ambiente.

Aspecto que se relaciona com a dimensão qualitativa da prestação jurisdicional, e que também poderia ser diretamente impactado pela existência de uma dimensão consultiva no âmbito do Judiciário, seria a possibilidade de descontaminação da análise econômica do direito. A descontaminação ocorreria

pela própria circunstância de que existem algumas discussões que quando são resolvidas logo quando surgem, a repercussão econômica deixa de ser um aspecto influenciador no julgamento.

Não se pretende aqui ignorar a relevância do debate acerca da repercussão econômica da intervenção do Sistema do Direito nos demais Sistemas Sociais. O debate não apenas é relevante, como pode até mesmo ser um fator decisivo para um caso concreto.

O que não parece adequado para a pesquisa, é um tema de direito em tese ser definido a partir das possíveis consequências econômicas que a decisão gerará em um caso concreto. No âmbito do Judiciário contencioso, todavia, o argumento pode continuar a ser utilizado pelo julgador, caso entenda conveniente, posto que, conforme veremos em tópico adiante, a proposta da pesquisa preserva e adapta o instituto do *distinguishing*, recentemente incorporado ao direito brasileiro.

O Judiciário consultivo, em especial em sua vocação original, ou seja, a de prevenção tanto contra a insegurança jurídica, como contra a judicialização de massa, estaria livre para a preservação da higidez e da racionalidade do ordenamento, sem a preocupação de cuidado com argumentos economicamente impactantes.

A aplicação concreta do direito em tese, agora já definido pelo subsistema do Judiciário, portanto, restaria preservada ao Judiciário contencioso, que ficaria inclusive livre para a consideração de argumentos econômicos, na necessária e salutar interação com os demais sistemas sociais, como é defendido na presente pesquisa.

Acreditamos que assim como Viana⁴⁴³ considera que no âmbito do processo constitucional o juiz teria a possibilidade de considerar eventuais acoplamentos estruturais, de molde a investigar *equivalentes decisórios*, a fim de, a partir de uma *abertura cognitiva*, evoluir pelo aprendizado prático (*coevoluir adaptativamente*), acreditamos que o Judiciário consultivo poderia representar um passo a mais no caminhar evolutivo para que o Subsistema do Judiciário esteja em sintonia com os demais Sistemas Sociais.

⁴⁴³ VIANA, 2018, p. 276.

4.1.2 Efetivação de direitos fundamentais.

A atenção dedicada aos direitos fundamentais, especialmente após o advento da constituição de 1988, reflete a evolução do direito constitucional brasileiro quanto à positivação das garantias fundamentais do indivíduo.

A questão da titularidade para a efetivação dos direitos fundamentais sempre foi tema de discussão no âmbito acadêmico, sendo um conceito em constante evolução diante das próprias mudanças históricas que afetaram o instituto.

No processo evolutivo da relação do Estado com os jurisdicionados, é possível constatar que uma titularidade inicial residia quase que exclusivamente em mãos do Sistema da Política, através do Poder Legislativo, seu Subsistema operativo, que cumpria sua missão através da elaboração de leis voltadas à garantia destes direitos. Passado o tempo, o foco migrou para o Subsistema do Poder Executivo, pela possibilidade de realizar tais direitos através de políticas públicas específicas, Alves⁴⁴⁴ chama a atenção para expectativa de que o governo tivesse uma atuação mais concreta, através de programas e serviços bem estruturados, naquela que ficou conhecida a fase do Estado Social de Direito (*Welfare State* ou *État Providence*).

Tempos depois, seja pela inércia do legislador, seja pela ineficiência ou inexistência de políticas públicas adequadas, o Subsistema do Judiciário passa a ser o guardião destes direitos, no sentido de assegurar que estas garantias individuais, que esta luz que emana da constituição, ilumine adequadamente toda a atuação do Estado, especialmente na sua relação com o particular. Sua atuação pró-ativa altera o foco de atenção, no decorrer da evolução histórica do instituto, o tornando verdadeiro protagonista na efetivação destes direitos.

Apesar disso, a partir da observação da atuação do Judiciário exclusivamente em sua dimensão contenciosa, pudemos constatar, entretanto, a carência de meios, políticas e ações que efetivem estes direitos para além dos litígios individuais, impossibilitando que todos possam os usufruir em sua magnitude.

Ocorre que no mundo contemporâneo, no mundo das sociedades de massa, as políticas públicas têm se mostrado muito precárias quanto à efetivação dos direitos fundamentais. Não interessa aqui discutir a gênese da falência de algumas

⁴⁴⁴ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 21-23.

destas políticas, mas talvez Alves tenha uma boa intuição, na medida em que propõe que

[...] de nada adiantará assegurar a observância do processo democrático na fase de produção do Direito se as autoridades encarregadas de interpretá-lo e de executá-lo não estiverem comprometidas com a realização da vontade popular, presumidamente latente no preceito estabelecido pela norma jurídica, e sem as necessárias garantias de possibilidade real de acionamento do aparelho judiciário.⁴⁴⁵

Todavia, não basta que o Subsistema do Judiciário assuma esta competência, se de forma pragmática o titular do direito violado não conseguir apresentar sua pretensão perante o estado-juiz. Normalmente, a solução proposta para resolver o problema parte da estruturação e oferta gratuita de serviços profissionais jurídicos a quem não possa pagar por eles. Gaio chega a classificar o acesso à justiça como um dos pilares para a efetividade do processo, por acreditar que “o princípio do acesso à justiça está fortemente ligado à noção de justiça social, no qual o direito à igualdade deve significar direito à igualdade de oportunidades”⁴⁴⁶.

Além disso, é inegável que quando se fala em efetivação de direitos fundamentais, necessariamente precisa ser considerado, no espectro de possibilidades pragmáticas, o potencial conflito com outro direito fundamental. Pensar diferente é dar uma dimensão absoluta a um determinado direito fundamental e, assim o fazendo, subtrair-se-ia parcela de outro direito fundamental de mesmo status constitucional. Até o momento, portanto, essa possibilidade não parece guardar morada na Teoria do Direito tal como entendida em nosso país.

Essa permanente tensão ocorre não apenas entre direitos fundamentais diferentes, mas também entre titulares de um mesmo direito. Tome-se o exemplo clássico do direito à saúde, tão debatido nos Tribunais Brasil afora. Admitindo-se que os recursos são escassos e finitos, não parece absurdo considerar que sempre que um direito é garantido a um indivíduo, em situação diversa da política pública específica então estabelecida, uma parcela do direito da sociedade será subtraída.

De forma mais objetiva, isso significa dizer que há situações nas quais a destinação específica do recurso financeiro para atender a um indivíduo, culmina por

⁴⁴⁵ Ibidem, p. 20.

⁴⁴⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 98.

modificar a destinação anteriormente definida e que esta destinação inicial fora pensada para uma providência material que atendesse, ou que estivesse à disposição, de toda a coletividade. Não se pretende, aqui, criticar a mudança de destinação, mas, apenas e tão somente, de pensar as consequências do agir desta forma.

Sendo assim, ao proceder dessa maneira, o Judiciário contencioso imprime em sua decisão uma opção de efetivação de um direito fundamental, na forma em que o caso lhe foi apresentado. Trata-se, a toda evidência, de uma decisão isolada, para um caso específico.

Voltemos então ao dilema brasileiro de estarmos inseridos no contexto de um país com dimensões continentais.

Outros magistrados, podemos supor, podem ter opinião diferente e, diante de um caso similar - ou até mesmo idêntico - decidir de forma diversa. Se tal pode ocorrer entre juízes diferentes, também poderá ocorrer entre Turmas e Câmaras de um mesmo Tribunal, entre Tribunais diferentes, entre Turmas de Tribunais Superiores e mesmo entre um Tribunal Superior e o STF.

Daí a eloquente indagação de Fischer-Lescano: pode um método do século XII solucionar os problemas jurídicos do século XXI? A indagação busca demonstrar que a proposta de concordância prática, típica da ponderação, afastaria a aplicação do direito de problemas sociais estruturais, por este estar vinculado a uma semântica de valores e princípios⁴⁴⁷.

Fischer-Lescano chama atenção para o fato de que pelas técnicas da ponderação e sua concordância prática, a efetivação dos direitos fundamentais estaria dependente da singularidade dos casos concretos. Além disso, haveria um duplo efeito negativo para a efetivação plena dos direitos fundamentais, pois em uma medida eles seriam restringidos pela salvaguarda da concordância entre a legislação em geral e, por outro lado, atraíram os demais bens jurídicos para o mesmo status de proteção de um direito fundamental⁴⁴⁸.

Em outras palavras, parece que em prol de uma pretensa funcionalidade do subsistema do Judiciário, focamos microscopicamente em hipóteses, em conflitos

⁴⁴⁷ FISCHER-LESCANO, op. cit., pg. 37-39.

⁴⁴⁸ Ibidem, pg. 37-39.

estanques, dando respostas que por isso mesmo ignoram a multiplicidade de anseios, problemas, de demandas sociais.

Note-se que a contaminação do caso concreto na formação da “última palavra” sobre qual será este ou aquele direito é ponto central na reflexão de Fischer-Lescano, assim como também o é para a presente pesquisa. Além disso, Fischer-Lescano destaca o perigo da utilização da concordância prática como argumento para legitimar o uso dos direitos fundamentais como títulos para intervenção do Estado, ao contrário de sua vocação original de proteção do indivíduo⁴⁴⁹.

Percorrendo outra racionalidade, mas plenamente aderente ao ponto que pretendemos trazer a lume, Perlingieri já havia notado uma espécie de mitigação do direito subjetivo como individual e absoluto. O foco central teria passado a ser a coletividade, na medida em que

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.⁴⁵⁰

E é justamente este o maior risco que paira sobre a atuação do Judiciário contencioso, enquanto agente de efetivação dos direitos fundamentais. Assegurar o direito de um, isoladamente, pode ter o potencial de ceifar o direito de vários, quando a decisão, por exemplo, gerar uma alteração significativa em alguma rubrica do orçamento público. Posteriormente ao cumprimento da ordem, a adequação do orçamento deverá ser realizada pelo seu administrador, fazendo com que recursos destinados ao atendimento de um grupo de pessoas, ainda no exemplo, fossem destinados para a satisfação do direito do privilegiado que pode ter acesso ao Judiciário contencioso.

Daí Perlingieri decretar o óbito da concepção de que o direito individual seja absoluto, quando propõe que não existe um direito subjetivo ilimitado, atribuído ao

⁴⁴⁹ Ibidem, pg. 43.

⁴⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121-122.

exclusivo interesse do sujeito, mas sim que exista *"um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular"*⁴⁵¹.

Ávila também se dedicou a questão, chegando a conclusão de que não seria admissível que a justiça particular, ou seja, o atendimento de uma pretensão individual, deva prevalecer, em extensão ou importância, sobre a justiça geral, ou seja, sobre os interesses de uma coletividade. Em sua visão, as regras deveriam estabilizar conflitos morais, reduzindo a incerteza e a arbitrariedade que surgiriam em sua ausência e, exatamente por isso, seriam instrumentos de justiça geral, possibilitando uma uniformidade de tratamento de situações iguais. Apesar da proteção do indivíduo, não seria correto afirmar que se passou da justiça geral para a justiça individual, nem que *"se deve passar ou é necessariamente bom que se passe de uma para outra"*⁴⁵².

Tratando da mesma temática, Neves⁴⁵³ chama a atenção para o fato de que o universalismo destes direitos tem relação direta com a heterogeneidade da sociedade que, conseqüentemente possui expectativas normativas, valores e interesses que são característicos da modernidade hoje vivenciada.

Admitindo que o sistema sempre estará em posição oposta ao Ambiente, Ausberg concorda com este deslocamento de perspectiva, no qual se abandona a unidade, para aceitação de uma pluralidade, bem como se substitui a referência primária, passando da identidade para a diferença. Ele irá propor que

Uma teoria dos direitos fundamentais que muda o ponto de referência primário do direito moderno do sujeito para o sistema não deslocou, com isso, apenas o foco do indivíduo para o exame dos efeitos transubjetivos adicionais.⁴⁵⁴

Com isso, Ausberg propõe a existência de uma racionalidade transversal-relacional, que mediará as relações entre os Sistemas, sem contudo, estabelecer

⁴⁵¹ Ibidem, p. 121-122.

⁴⁵² ÁVILA, Humberto. *"Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência"*. Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 27 de outubro de 2011.

⁴⁵³ NEVES, Marcelo. *A força simbólica dos direitos humanos*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. n. 4. Out/nov/dez, Salvador, 2005, p. 8.

⁴⁵⁴ AUSBERG, op. cit., pg. 26-27.

uma base comum entre eles. Por isso, ao invés de buscar uma unidade racional, veremos que *“ocorre o oposto onde a unidade da razão é abandonada em benefício da multiplicidade de racionalidades sistêmicas funcionalmente diferenciadas”*⁴⁵⁵.

Na visão de Ausberg⁴⁵⁶, a consequência deste entendimento, portanto, seria reconhecer que *“quanto mais as conclusões finais comuns no âmbito da teoria dos direitos fundamentais se apresentam como inequívocas, tanto mais intensamente se distinguem as consequências retiradas delas”*. Por outro lado, não há como se admitir uma *“pluralidade incontrolável de racionalidades sistêmicas”*.

Neste intervalo de unidade e pluralidade, propomos o Judiciário consultivo enquanto instrumento operativo do subSistema do Direito, a fim de que tenhamos uma instância que seja capaz de entregar uma unidade de racionalidade na interpretação última do direito, sendo que esta entrega poderá ser utilizada considerando a pluralidade que se manifesta nos litígios sociais em concreto.

Além disso, a atuação do Judiciário como agente efetivador dos direitos fundamentais conduzirá a dois caminhos, um supostamente do bem, o da ampla efetividade dos direitos fundamentais, e outro potencialmente do mal, da interferência de um Sistema na esfera de outro.

E o problema de seguir em sentido contrário reside especificamente na subtração da justiça. Sim, ao se subtrair um direito fundamental que deveria ser amplo, ainda que de aplicação ineficiente, mirando na eficiência absoluta para um único particular, se estará, em última análise, negando validade ao próprio direito fundamental que se pretendia assegurar.

E é essa linha tênue que quando transposta transforma a justiça em injustiça. Na análise individualizada, o Judiciário contencioso corre o risco de subtrair um direito de todos para ser entregue exclusivamente a um particular. Nesse ponto a atuação jurisdicional deixa de ser uma alternativa como instrumento democrático de efetivação das garantias fundamentais do indivíduo e passa a contribuir para a polarização do exercício dos direitos somente nos setores da sociedade mais abastados e que, portanto, são melhores representados por seus advogados.

Como se pode perceber, a efetivação de direitos fundamentais pela via do Judiciário contencioso enfrenta muito mais percalços, do que enfrentaria sua

⁴⁵⁵ Ibidem, pg. 26-27.

⁴⁵⁶ Ibidem, pg. 28-30.

dimensão consultiva. Além dos percalços no curso da efetivação, tem maior potencial de gerar efeitos deletérios para a coletividade.

Diante da coercibilidade de uma ordem judicial, não restam dúvidas de que a efetividade individual da atuação do Judiciário contencioso seja imediata. Ocorre que tal como o excesso em um dia de festa, no qual a ressaca do dia seguinte pode não compensar a diversão do dia anterior, a atuação individual pode alegrar em um primeiro momento, mas encarar as consequências da subtração do direito de muitos pode gerar uma considerável dor de cabeça.

A verdade inexorável que exsurge neste contexto, é a de que a alternativa para uma maior efetivação dos direitos fundamentais não será encontrada na reprodução de velhas técnicas e estratégias. Apesar de já terem servido ao seu propósito e nos proporcionado a atual compreensão acerca do ponto, atualmente apresentam visíveis sinais de desgaste quando aplicadas diante da complexidade da sociedade contemporânea. Assim como propomos no presente estudo, Ladeur e Campos vaticinam que *“as primeiras linhas para uma alternativa, entretanto, não podem ser traçadas ou mesmo esperadas da jurisprudência dos Tribunais”*⁴⁵⁷. Isso porque acreditamos que o modelo de Judiciário contencioso não detenha as ferramentas necessárias para esta entrega, visto estar recluso nas fronteiras dos casos concretos.

A presente pesquisa, por outro lado, acredita que parcela desse problema também será equacionada pelo Judiciário consultivo. Isso porque a partir da definição de determinada matéria em tese, é de se supor que o horizonte de interpretações da norma jurídica reduzirá consideravelmente. Neste sentido, tendo o Judiciário estabelecido a interpretação em tese, é também de se esperar que outros atores sociais não se encorajem em seguir por caminho diverso, mas sim que tomem as providências adequadas ao atendimento daquela interpretação. O resultado esperado, portanto, é que menos pessoas, especialmente os mais necessitados, tenham que recorrer ao Judiciário contencioso para fazer valer os seus direitos, posto que se imagina que as demandas sociais venham a se sobressair no filtro das hipóteses que serão prioritariamente dirimidas perante o Judiciário consultivo.

⁴⁵⁷ LADEUR e CAMPOS, op. cit., pg. 122.

4.1.3 Eficiência do Estado

No campo da obrigação de eficiência do aparelho estatal, prevista na constituição, no qual toda a estrutura do Judiciário está inserida, não restam dúvidas de que há alguns pontos de melhoria a serem implementados na prestação desse serviço público. Quanto ao tempo para a entrega do serviço, expusemos em tópico específico anteriormente (3.1), tornando-se desnecessário retomar ao ponto nesta fase da pesquisa.

Neste presente tópico, portanto, focaremos em três aspectos que na opinião da pesquisa poderiam ser diretamente impactados positivamente com o início da operação do Judiciário consultivo: segurança jurídica, diálogo entre os poderes e eficiência operacional do Subsistema do Judiciário.

De início, vale pontuar o reconhecimento de que não restam dúvidas de que o Judiciário contencioso, a ciência processual e o CNJ, cada qual em sua esfera de influência e atuação, têm trabalhado e entregue para a sociedade melhorias na "operação da justiça", melhorando a entrega do serviço pelo qual a sociedade anseia, ou seja, a prestação jurisdicional definitiva.

Reconhecer que avanços são visíveis, entretanto, não afasta a constatação de que muito há a ser trilhado até que o nível de excelência seja alcançado, valendo repisar, neste ponto, que na ótica da pesquisa o problema só será solucionado com alternativas que caminhem em paralelo com o Judiciário contencioso, posto que seguir no caminho unidirecional do litígio está nos levando para o colapso em algum ponto no futuro.

Na apresentação de nosso projeto de pesquisa, ainda no ano de 2019, com dados referentes ao ano de 2017, as evidências numéricas já eram preocupantes e agora, passados cinco anos daquele levantamento, com a edição da última versão do anuário "Justiça em Números", referente ao exercício de 2021, a situação não mudou para melhor.

Neste sentido, recente notícia sobre o *Painel de Estatísticas do Subsistema do Judiciário*, divulgada no sitio eletrônico do CNJ, informa que "até o dia 31 de

março, havia 80,1 milhões de processos pendentes e, somente entre janeiro e março deste ano, foram iniciadas 6,3 milhões de ações e julgadas 5,4 milhões⁴⁵⁸.

Como se percebe, o estoque já é de mais 80 milhões de processos e o déficit continua aumentando, posto a chamada *taxa de congestionamento*, que é "o indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados)"⁴⁵⁹, retornou ao patamar superior a 73% no geral, chegando a quase 80% em alguns casos⁴⁶⁰. A eloquência da evidência matemática, neste particular, é mais elucidativa do que qualquer teoria de direito. Trata-se, portanto, de um fato, ou seja, o colapso é apenas uma questão de tempo, caso não haja mudança na forma de prestar o serviço.

Quanto aos gastos, o orçamento de 2020 prevê despesas totais a ordem de R\$ 100,06 bilhões de reais⁴⁶¹, o que significa cerca de 1,5% de todo o Produto Interno Bruto (PIB) nacional, o que, em comparação à Espanha, por exemplo, foi o triplo do consumo da produção de riquezas do país⁴⁶². Além do relevante impacto econômico nas contas públicas, o usuário ainda terá que pagar, salvo exceções, despesas adicionais (taxas, tarifas, etc.) caso pretenda, de fato, solicitar o serviço público em questão.

A menção quanto aos gastos dialoga com o presente ponto, na medida em que, apesar de não ser foco de investigação, a pesquisa não fecha os olhos para as possibilidades materiais de um país em desenvolvimento, ainda com profundas desigualdades sociais, como o é o Estado brasileiro. Portanto, a apresentação de custos visa a deixar um alerta sobre a inviabilidade, ao menos na opinião da pesquisa, de se buscar alternativas de solução que pressuponham o crescimento numérico da estrutura do Judiciário. O que a pesquisa almeja contribuir é para o

⁴⁵⁸ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Judiciário recebeu 6,3 milhões de novos processos judiciais até março deste ano*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/judiciario-recebeu-63-milhoes-de-novos-processos-judiciais-ate-marco-deste-ano/>>. Acesso em 26 jun. 2022.

⁴⁵⁹ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2021*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2022, p. 101.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 126.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁶² FOLHA. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/judiciario-brasileiro-custa-proporcionalmente-o-triplo-do-espanhol/>>. Acesso em 26 jun. 2022.

desenvolvimento de um Subsistema do Judiciário que seja melhor, não para que ele seja maior.

Prosseguindo, e como trazido na introdução do presente trabalho, o que mais incomoda no aprofundamento da análise destes dados, é que grande parte destes recursos humanos e materiais foram utilizados para resolver individualmente questões que poderiam nem sequer ter sido submetidas ao Judiciário contencioso.

Na proposta da presente pesquisa, fica evidente que se houvesse uma dimensão consultiva no Judiciário, possivelmente as questões que mais impactam volumetricamente o funcionamento dos Tribunais, poderiam ter sido previamente solucionadas.

Veja-se, neste sentido, que assim como o relatório 2018, base 2017, o relatório 2021, base 2020, do CNJ, informa que na Justiça Federal o assunto mais demandado foi *“Direito Previdenciário: Benefícios em Espécie/Auxílio-Doença Previdenciário”*.

No âmbito dos Tribunais Superiores, o assunto mais demandado no campo do Direito Civil também permaneceu o mesmo, ou seja, *“Obrigações / Espécies de Contratos”*, mas agora ocupando apenas o quinto lugar da lista, sendo que as duas primeiras posições se referem a questões de Direito Processual civil e do Trabalho. Veja-se que a situação piora ano a ano e que matérias de direito processual, ou seja, matérias que seriam eliminadas do debate caso houvesse uma uniformização mandatória do entendimento jurisdicional, passam a tomar lugar de destaque no cotidiano do julgamento individual dos processos nas filas de espera das Cortes Superiores.

Os dados estatísticos do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶³ continuam revelando que o assunto *“Contratos Bancários”* permanece entre os mais recorrentes nos últimos 5 anos, saindo da primeira para a segunda posição entre os processos de natureza cível mais demandados. Por oportuno, vale o destaque para o assunto *“Dívida ativa”* que agora assume a primeira posição entre as demandas de natureza cível, o que reflete que assim como a média nacional, questões de direito processual lideram o ranking.

A predominância de matérias processuais sendo ocupadas nos rankings estatísticos, demonstra a deficiência do contencioso em uniformizar entendimentos,

⁴⁶³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório estatístico 2021*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=371>>. Acesso em 26 jun. 2022, p. 11.

o que reforça, na proposta da pesquisa, a necessidade de que o Judiciário consultivo assuma suas funções, trazendo eficiência para a operação e corrigindo uma anomalia sistêmica.

Ponto seguinte à busca pelo incremento de eficiência na atuação do Subsistema do Judiciário, reside na temática tão em voga tanto no debate da sociedade em geral, quanto na academia, apelidada de "judicialização da política". Na proposta da pesquisa, a questão poderia ser melhor endereçada, inclusive numa perspectiva mais harmônica, se realizada no campo da consulta sobre o direito em tese.

Sobre esta temática, vale lembrar que na proposta de Luhmann nenhum Sistema pode ser substituído por outro e, ainda mais importante, que na diferenciação funcional da sociedade moderna não há sistema que, isoladamente a represente como um todo⁴⁶⁴.

Daí Luhmann destacar a dependência mútua entre os Sistemas do Direito e da Política, tornando mais difícil a diferenciação entre ambos. O ponto inicial da diferenciação seria melhor identificado, na medida em que o Sistema da Política estaria vinculado a um poder superior, por sua vez limitado hierarquicamente por um poder diretivo. Já o dever normativo não se submeteria a esta estrutura e nem a uma superioridade advinda das expectativas que lhe interligam, segundo Luhmann⁴⁶⁵.

A proposição talvez soe um pouco ingênua, diante da interligação dos Sistemas do Direito e da Política na realidade brasileira, em especial no contexto de uma sociedade tecnológica e totalmente interligada pelas redes sociais. Todavia, o alerta para a diferença entre a legitimação e para a separação dos papéis continua atual e oportuno, a fim de se prevenir que ao invés de interações pontuais, de eventuais acoplamentos, tenhamos uma perturbação na autorreferencialidade autopoietica de qualquer dos dois Sistemas mencionados.

A questão que se coloca é que ambos os Sistemas estão interligados no que concerne ao processo de produção do direito. Não restam dúvidas de que o Sistema da Política procura se utilizar da ciência do direito para traduzir os anseios sociais na forma de normas jurídicas, como, por exemplo, a regular atividade de comissões

⁴⁶⁴ BEDNARZ, op. cit., pg. xv.

⁴⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. Trad. Latim: Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, pg. 120.

prévias, em especial as de “constituição e justiça”. O Sistema do Direito, por sua vez, busca se esmerar para enxergar cada norma como integrante de um grande arcabouço coeso e racional, subordinado apenas à constituição, por ser esta o acoplamento estrutural entre ambos os Sistemas, como já visto anteriormente.

Ocasionalmente, os Sistemas podem interagir, de molde a dar efetividade à harmonia proclamada na constituição, sem, contudo, abrir mão da independência necessária para o equilíbrio entre as atribuições do Estado.

Amato propõe três dimensões na chamada judicialização da política: adjudicação de direitos referentes a políticas públicas; disputa político-partidária, e; contaminação decisória de critérios jurídicos por preferências políticas⁴⁶⁶.

Todas essas hipóteses têm sido, de fato, objeto de submissão ao Judiciário contencioso, sendo que a segunda e a terceira parecem constituir anomalias pontuais na relação entre os Sistemas. Submeter disputas partidárias ao Sistema do Direito seria uma atuação anômala do Sistema da Política e introduzir opções políticas na análise jurídica constituiria atuação anormal do Sistema do Direito, na forma como a pesquisa enxerga o ponto.

Já a adjudicação de direitos referentes a políticas públicas, por outro turno, se realizaria com eficiência muito superior, se realizada na dimensão consultiva do Judiciário, possibilitando, inclusive, que a judicialização de massa em face de determinada política pública, por exemplo, fosse quase que integralmente evitada.

Se pensarmos nos desafios e nas dificuldades de um Estado continental como o brasileiro, poderemos supor, realisticamente, que todas as políticas públicas, por exemplo, venham a ter alguma medida de deficit quanto ao cumprimento dos programas constitucionais. Mensurar se esse deficit seria tolerável, diante do binômio necessidade x possibilidade, tão utilizado no seio da cultura jurídica, poderia ser uma alternativa para evitar uma desmedida judicialização, ocasionando decisões focadas apenas em situações particulares e não no objeto central na entrega, que é a oferta do serviço para todos.

Na ótica da pesquisa, essa atuação só poderia ser plenamente desenvolvida, inclusive com o concurso de peritos, autoridades na área, representantes da sociedade civil, *amici curiae* em geral, possibilitando ao Judiciário exercer plenamente a sua função de Estado, com a terça parte independente nessa

⁴⁶⁶ AMATO, Lucas Fucci. *A constituição de 1988 e o debate sobre parlamentarismo e presidencialismo: modelos trajetórias e alternativas institucionais*. In: RIL Brasília, a. 55, n. 219, jul/set. 2018, p. 193.

engrenagem pública. A atuação do Judiciário no varejo da dimensão contenciosa, por seu turno, além de maquiar as obrigações do Subsistema como Estado que é, tem demonstrado ao longo dos anos que gera mais desigualdade e que contribuiu, em última análise, para a insegurança jurídica advinda de sua despadronização.

A pesquisa quer propor que nesta seara uma resposta que seja efetiva, mas que também seja única, do Subsistema do Judiciário, precisa ser dada, de molde a equilibrar as expectativas e as possibilidades de entregas, posto que os anseios sociais vão muito além das possibilidades do Estado. Amato aborda o ponto quando esclarece que

Especialmente o recurso simbólico da declaração de direitos ajudou a inflacioná-los: isto é, a gerar expectativas (de acesso a bens e serviços) muito superiores à capacidade de atendimento pelo Estado, seja pela via política (bloqueada por impasses e concessões que evitam as reformas estruturais das quais depende a fruição efetiva daqueles direitos prometidos), seja pela via judicial (talhada para a adjudicação individual, e não para o desenho, implementação ou controle de políticas públicas). Note-se que o acesso aos recursos prometidos como direitos dá-se primariamente pelos sistemas funcionais de referência (educação, religião, ciência, saúde, economia, arte, esporte, família), em segundo lugar pelas políticas públicas implementadas pelo aparato burocrático do Executivo (administração pública) e apenas subsidiariamente pela interpretação e aplicação dos direitos textualizados na CRFB. A tentativa do Judiciário de compensar a incompetência da política – e da política de compensar a incompetência da economia e dos demais âmbitos – gera distorções distributivas e movimentos de reversão das conquistas sentenciadas ou “decretadas”.⁴⁶⁷

Imaginemos, em adição, que determinadas políticas públicas pudessem ser submetidas pelo próprio Executivo, prévia ou contemporaneamente ao Judiciário consultivo, para fins de verificação quanto sua adequação ao Sistema do Direito e aderência aos programas constitucionais, em especial os que prevêm efetivação de direitos fundamentais.

Na proposta da pesquisa, o diálogo entre os Poderes através do Judiciário consultivo, não apenas melhor atenderia ao comando constitucional que lhes impõe harmonia, como possibilitaria ao melhor desempenho de sua terça parte na constituição do Estado, na medida em que para a sociedade em geral o que interessa é a entrega final. Somente a atuação colaborativa das três partes constitutivas do Estado possibilitará o desenvolvimento e a efetiva realização de direitos que de tão essenciais para o indivíduo, são chamados de fundamentais.

⁴⁶⁷ Ibidem, p. 193-194.

E procedendo dessa forma nos aproximaremos da almejada segurança condicionada pelo direito. Em última análise, o que estamos propondo, portanto, é justamente a proposta luhmanniana que vê o Sistema do Direito como o estabilizador de expectativas normativas, algumas vezes já mencionado neste trabalho.

Assim, de início vale o destaque de que para Luhmann não é possível descrever a especificação funcional do direito unicamente com base nestas expectativas, na medida em que tal não seria suficiente para apresentar a evolução do Sistema do Direito. Isso porque a função de estabilizar expectativas normativas seria apenas a visão concreta do direito, enquanto a visão abstrata, de igual importância para a compreensão do Sistema, se relacionaria com os custos sociais da vinculação temporal destas expectativas⁴⁶⁸.

E tais custos sociais são identificados a todo momento na sociedade brasileira atual, na medida em que a dinâmica do Judiciário contencioso gera uma percepção de insegurança jurídica. Como para o julgamento do caso concreto é imprescindível valorar as circunstâncias específicas do caso e como as diferenças apontadas nos detalhes das fundamentações não são percebidas e nem transparentes para a sociedade em geral, a sensação de que casos iguais são julgados de forma diferente possui campo fértil para prosperar.

Não há como negar que esta circunstância adiciona uma complexidade indesejada para o Subsistema, na medida em que existe a expectativa de que casos similares sejam julgados de forma similar e que a interpretação da lei seja apenas uma, ao menos no âmbito de um mesmo Tribunal⁴⁶⁹.

Em não havendo segurança jurídica, a corrosão da confiança no sistema se acentua, colocando em risco a sua própria existência. Isso porque segurança é previsibilidade e, nesta seara, Luhmann chega a supor, de forma até romântica se o estudarmos com a lente que descortina a realidade brasileira, que

O direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não. Havendo essa certeza de expectativas, podem-se encarar as decepções da vida cotidiana com maior serenidade, ou ao menos se tem a segurança de não cair em descrédito em relação a suas

⁴⁶⁸ LUHMANN, 2016. *O direito da sociedade*, p. 58; 104-105.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 237-268.

expectativas. O indivíduo pode se permitir maior grau de confiança, chegando a correr riscos, ou também de desconfiança, quando se pode confiar no direito.”⁴⁷⁰

De molde a facilitar a narrativa, fiquemos no mesmo exemplo utilizado anteriormente, por representar um caso que se repete em profusão na prática contenciosa dos Tribunais brasileiros e que foi objeto de muita reflexão tanto no âmbito acadêmico, quanto pragmático. Falamos da judicialização da saúde, aqui especificamente na obrigação estatal de fornecimento de determinado medicamento, como contraprestação a um direito fundamental garantido na constituição, sendo este o recorte para nosso exemplo.

Apesar de ser debate comumente tratado nos Tribunais brasileiros desde a edição da constituição de 1988, até hoje não foram estabelecidos critérios objetivos vinculativos que padronizassem, no âmbito do Subsistema do Judiciário, quais seriam as premissas relevantes para julgamento. Por exemplo, não há definição única e vinculativa sobre ser ou não relevante verificar se o medicamento foi homologado ou não pela Anvisa, saber se já existiria outro medicamento indicado para o tratamento da mesma doença, saber se o valor econômico do medicamento seria ou não um balizador da decisão, etc.

Trata-se de uma mera gota de exemplo, no mar de inúmeros outros que já foram inclusive mencionados anteriormente nesta pesquisa. O Judiciário consultivo poderia minimizar a insegurança advinda da escassez de recursos públicos e de acesso ao Judiciário, na medida em que poderia direcionar as entregas considerando todo o universo de atendimento e não apenas o autor da ação judicial.

Abrindo ainda mais o horizonte de análise, veríamos como seria possível antecipar discussões como, por exemplo, a validade de uma alteração legislativa de ordem trabalhista. As empresas e instituições não seriam mais submetidas ao martírio de serem obrigadas de obedecer a lei, ao direito constituído, mas convivendo com o receio de que o Judiciário contencioso viria a ter interpretação diversa. Além disso, ainda poderíamos atuar na mitigação dos custos invisíveis, dentre eles, em lugar de destaque, o custo da insegurança jurídica, que compõem o

⁴⁷⁰ Ibidem, pg. 104-105.

famoso “custo Brasil”, que faz com que há mais de 20 anos ocupemos posições rebaixadas nos principais rankings internacionais de competitividade⁴⁷¹.

A potencial dificuldade para que estas definições advenham de um processo individual são evidentes e saltam aos olhos. O Subsistema do Judiciário, se fosse dotado de uma dimensão consultiva, poderia facilmente delimitar a matéria, restando à dimensão contenciosa, na análise do caso concreto, esmiuçar as idiosincrasias das situações particulares. Para além disso, adite-se que as situações particulares também seriam submetidas de forma mais estruturada para a análise do julgador, na medida em que os advogados teriam prévia ciência de quais os critérios objetivos necessitariam ser enfrentados para a submissão da pretensão daquele suposto direito fundamental à saúde.

Os ganhos de eficiência e segurança jurídica na efetivação deste direito fundamental objeto do exemplo, portanto, parecem-nos evidentes. Se abriremos o pensamento e pressupormos a multiplicidade de situações similares que assoberbam o Subsistema do Judiciário cotidianamente, perceberemos que o influxo do Judiciário consultivo contribuiria significativamente para a efetivação dos direitos fundamentais.

Vale o reforço, por oportuno, que a proposta da presente pesquisa não se apresenta como a solução de todos os problemas ou como o porto seguro que acolherá os navegantes de águas turbulentas. Não se trata disso. A proposta, a toda evidência, acredita se constituir em um contributo para a melhoria do funcionamento do Sistema do Direito. Trata-se de avanço, apenas e tão somente.

Encerrando o exemplo, vale dizer que não nos parece ser adequado que estipulações desta natureza advenham dos Poderes Executivo ou Legislativo, posto que remanesceria o problema de origem. A definição do direito em tese, em *ultima ratio*, tal como propomos, parte da premissa de que a legitimidade para este tipo de definição, de padronização que vinculará a todos os operadores do direito, advenha do próprio Subsistema do Judiciário. Agora, todavia, do Judiciário em sede consultiva.

A pesquisa não quer propor a existência de uma crise de legitimidade no Parlamento, pois o tema suplantaria em muito os limites desta proposta. Ancorada em Ladeur, quer propor que um modelo liberal de direitos fundamentais não deve

⁴⁷¹ Portal da Indústria. *Entenda o que é Custo Brasil e como ele impacta o país*. Disponível em: <<https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/o-que-e-custo-brasil/>>. Acesso em 26 jun. 2022.

enxergar a sociedade como um conjunto de pessoas que divergem entre si em prol de uma possível defesa de seus direitos individuais.

Ladeur propõe a necessidade de que a sociedade seja vista como um amálgama de redes relacionais abertas e transubjetivas entre indivíduos⁴⁷². Na visão deste estudo, tal diálogo tripartite na interior da organização do Estado, será melhor desenvolvido, será mais eficiente, portanto, se travado com o uso da dimensão consultiva na atuação do Subsistema do Judiciário.

4.2 Uma estrutura possível

4.2.1 Experiências no Direito comparado

A preocupação quanto a estagnação da evolução da forma em como e quanto os processos judiciais são capazes de dar respostas às necessidades sociais atuais, culminando por descrever um Subsistema do Judiciário que se distancia e desconecta cada vez mais do Ambiente e dos demais Sistemas Sociais, é objeto de estudo em diversos países da atualidade.

Neste tópico da pesquisa daremos foco em alternativas que não são tão exploradas na literatura jurídica brasileira, a fim de demonstrar que tanto o Sistema do Direito, como o Subsistema do Judiciário têm se movimentado mundo afora no sentido de buscar alternativas que otimizem o seu funcionamento, que superem o Judiciário contencioso como a única voz do Judiciário.

Por este objetivo, não nos dedicaremos aos modelos mais conhecidos e explorados em textos nestas nossas terras tupiniquins, como o procedimento de *consulta* que é possível tanto no Tribunal de Contas da União (TCU), quanto no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), assim como não nos dedicaremos ao estudo do Conselho de Estado na França ou ao Órgão de mesmo nome em Portugal, bastando uma breve contextualização para situar estes procedimentos ao contexto que pretendemos explorar neste tópico.

Com efeito, em linhas gerais, a consulta ao TCU pode ser formulada por algumas autoridades especificamente identificadas no art. 264 do Regimento Interno do Tribunal, sendo que, entretanto, apesar de após julgada valer para toda a

⁴⁷² LADEUR, Karl-Heinz. *Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais. Apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais*. In: *Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2016, pg. 139-141.

administração pública, a consulta só poderá ser realizada em tese, não podendo se relacionar com nenhum caso concreto. A consulta poderá versar sobre dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência e a sua resposta constituirá prejulgamento da tese, dotada de caráter normativo⁴⁷³.

A consulta ao TSE possui procedimento análogo, também ostentando rol definido de legitimados e delimitação para resposta a dúvidas de caráter eleitoral, ou seja, a dúvidas jurídicas, possuindo, portanto, restrição a consultas de natureza financeira ou administrativa⁴⁷⁴.

Denota-se que em ambas as Cortes fica evidente a preservação da tradição dos Tribunais brasileiros de não se manifestarem sobre matéria jurídica em tese. Vigê no Brasil, portanto, o sistema no qual para casos concretos o Judiciário somente operará em sua dimensão contenciosa, não havendo previsão de atuação consultiva semelhante a que é proposta com a presente pesquisa.

Por outro lado, vale pontuar que, materialmente, o Conselho de Estado Francês entrega aquilo que se antevê com a atuação consultiva do Judiciário, na medida em que possui dupla função, jurisdicional e consultiva, com vistas a assegurar a submissão efetiva da administração pública francesa ao Direito.

Além disso, comparando com a estrutura brasileira, a atividade do Conselho de Estado pode tanto ser classificada como administrativa, como jurisdicional. Isso porque somente o juiz administrativo pode anular ou reformar as decisões tomadas pelas autoridades que exercem o poder executivo, as administrações centrais ou descentralizadas e seus agentes. Para esta atividade, o Conselho de Estado administra os orçamentos e gere 41 Tribunais administrativos, 8 cortes administrativas de apelação e algumas jurisdições especializadas⁴⁷⁵.

O modelo português, por outro lado, também identificado como um Conselho de Estado, tem viés exclusivamente consultivo e, ao contrário do francês, está mais próximo de um Órgão do Executivo do que do Judiciário, podendo ser acionado para aconselhar o Presidente da República portuguesa, sempre que ele assim entenda

⁴⁷³ Brasil. Tribunal de Contas da União. TCU. Regimento Interno. Resolução-TCU nº 246, de 30 de Novembro de 2011, arts. 264 e 265.

⁴⁷⁴ Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. Regimento Interno. Resolução-TSE nº 4.510, de 29 de Setembro de 1952.

⁴⁷⁵ França. Conseil D'État. Disponível em: <<https://www.conseil-etat.fr/pt>>. Acesso em 26 jun. 2022.

necessário⁴⁷⁶. Vale dizer que o Presidente da Corte Constitucional portuguesa possui assento no referido conselho, o que, por si só, é um traço positivo quando pensamos no diálogo entre os Sistemas⁴⁷⁷.

Partindo para exame de experiências que não são tão debatidas no contexto nacional, vale pontuar que os professores Uzelac, croata, e van Rhee, holandês⁴⁷⁸, chamam a atenção para o fato de que o conhecido texto do Prof Mauro Cappelletti, acerca das metamorfoses no procedimento civil, publicado em 1975, permanece atual e ainda não efetivado. Eles identificam um avanço quanto a compatibilização de procedimentos civis entre as Cortes dos Estados nacionais europeus e propõe um processo de transformação baseado em sete bases, valendo aqui destacar a transformação pela reorganização e redefinição das funções das Cortes, transformação pela busca por alternativas ao contencioso e transformação pela desjudicialização.

Os professores consideram viável, inclusive, a criação de procedimentos especiais capazes de resolver previamente questões de massa, como processos especiais de proteção ao consumidor, por exemplo. Sobre a desjudicialização, consideram que ela também poderia ser feita internamente, ou seja, dentro do próprio Judiciário, a partir de uma redefinição de atribuições. Como se vê, ainda que de forma não idêntica, a proposta dos professores dialoga com a presente alternativa do Judiciário consultivo⁴⁷⁹.

Experiência interessante é experimentada pelos magistrados portugueses, diante da figura do “Reenvio Prejudicial”, previsto no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (art. 267º, TFUE). Coutinho⁴⁸⁰ descreve o procedimento de forma sintética, esclarecendo que compete ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ) decidir em última instância questões do chamado direito comum, ou seja, do direito

⁴⁷⁶ Portugal. Conselho de Estado. Disponível em: <<https://www.presidencia.pt/presidente-da-republica/as-funcoes/conselho-de-estado/>>. Acesso em 26 jun. 2022.

⁴⁷⁷ Portugal. Tribunal Constitucional. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>>. Acesso em 26 jun. 2022.

⁴⁷⁸ UZELAC, Alan. van RHEE, Cornelis Hendrik. *The metamorphoses of civil justice and civil procedure: the challenges of new paradigms. Unity and diversity. In: Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice.* vol. 70. Ed. Springer, 2018, p. 7-8.

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 14-16.

⁴⁸⁰ COUTINHO, Francisco Pereira. *Os juízes portugueses e o reenvio prejudicial. In: 20 Anos de Jurisprudência da União sobre Casos Portugueses: o que fica do diálogo entre os juízes portugueses e o Tribunal de Justiça da União Europeia, Instituto Diplomático. Maria Luísa Duarte, Luís Fernandes e Francisco Pereira Coutinho (coord.), Lisboa, 2011, p. 14-15.*

da União Europeia (UE). Ocorre que a aplicação do direito nos países é feita de forma descentralizada, com observância também à legislação comunitária, o que gera mais divergência jurisprudencial do que o usual, como se pode presumir. Não existe, entretanto, um recurso para que o TJ reexame as decisões dos juízes portugueses, mas sim foi criada a figura do "reenvio prejudicial", que consiste na solicitação, pelo juiz nacional, de intervenção do juiz do TJ, quando tiver dúvida a respeito da validade ou interpretação de regra da UE.

Veja-se que, em essência, o que ocorre é uma consulta, decidindo o TJ em tese. A peculiaridade é que a consulta ocorre entre magistrados de cortes diferentes, sem vinculação hierárquica. Na prática, Coutinho⁴⁸¹ esclarece que o instituto desempenhou papel crucial na consolidação da segurança jurídica para agentes econômicos e jurídicos, tendo sido determinante para o sucesso do processo de integração europeia.

Trata-se de atuação colaborativa entre Cortes Julgadoras e, materialmente, de atuação do Subsistema do Judiciário em sua dimensão consultiva nua a crua.

Com alguma medida de similaridade, temos o exemplo da Noruega, quanto a recepção do direito europeu no sistema do seu direito interno. Fredriksen e Strandberg, nos esclarecem que mesmo antes da Noruega integrar a UE, as Cortes norueguesas passaram a adotar os entendimentos do TJ, superando até mesmo uma dificuldade interna inserta em sua constituição, quanto ao direito comunitário. As hipóteses começaram a surgir conforme a Noruega foi aderindo aos Tratados que se sucederam no âmbito da formação do bloco europeu e casos concretos passaram a ser, conseqüentemente, submetidos ao Judiciário local.

Assim como no exemplo português, na visão da pesquisa, a atuação do TJ pode ser equiparada à de Judiciário em sua dimensão consultiva, sem nenhuma dúvida⁴⁸².

A África do Sul também nos oferece um material de pesquisa muito interessante. O caso mais emblemático, a toda evidência, foi o processo de elaboração e promulgação da nova constituição do país, após o fim do odioso regime do *apartheid*, o que ocorreu durante a presidência de Nelson Mandela.

⁴⁸¹ Ibidem, p. 16-17.

⁴⁸² FREDRIKSEN, Halvard Haukeland. STRANDBERG, Magne. *Norwegian civil procedure under the influence of EU law. In: Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice*. vol. 70. Ed. Springer, 2018, p. 42-47.

Naquela oportunidade, a Assembléia Constituinte elaborou um texto provisório, que produziu efeitos em caráter temporário, e o submeteu previamente a Suprema Corte sul-africana para um processo de “*certificação da constituição da república da África do Sul*”⁴⁸³. Após análise pelos integrantes daquela Corte, algumas disposições do texto foram consideradas inconstitucionais e devolvidas para o Parlamento⁴⁸⁴, que alterou o texto, promulgando um documento definitivo, representando um perfeito acoplamento estrutural entre os Sistemas da Política e do Direito.

Aqui estamos diante do estado da arte em termos de atuação consultiva do Judiciário, demonstrando que a hipótese da presente pesquisa não caminha desacompanhada.

Além deste exemplo mais famoso e mais aderente a presente pesquisa, vale mencionar a existência de diversos Tribunais Arbitrais geridos pelo Estado e que operam em determinadas matérias que não serão submetidas às Cortes de Magistrados, salvo em em algumas hipóteses recursais excepcionais, como nos informa Baboolal-Frank⁴⁸⁵ em sua análise sobre cinco destes Tribunais (*the Rental Housing Tribunal, the Companies Tribunal, the Competition Tribunal, the National Consumer Tribunal and the Water Tribunal*). Trata-se de outra hipótese na qual o Sistema do Direito opera sem a necessidade de intervenção do Judiciário contencioso.

Na linha da promulgação da constituição sul-africana, outro caso emblemático para a proposta que se apresenta na presente pesquisa ocorreu no Canadá, naquela que ficou internacionalmente conhecida como a “*Consulta sobre a Secessão de Quebec*”.

O caso é singular, pois foi a primeira vez que um país democrático submeteu antecipadamente a sua Suprema Corte os termos de sua própria dissolução. No caso, Ottawa submeteu três questionamentos para a Suprema Corte canadense, todos relacionados à possibilidade de Quebec se autodeterminar, separando-se do

⁴⁸³ Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC).

⁴⁸⁴ COSTA NETO, João. *A corte constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: paradigma a ser seguido?* In: Observatório da jurisdição constitucional. Ano 7, n. 1, jan./jun. Brasília, 2014, p. 42-47.

⁴⁸⁵ BABOOLAL-FRANK, Rashri. *Civil litigation in tribunals in South Africa: creating a unified tribunal system.* In: *Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice.* vol. 70. Ed. Springer, 2018, p. 81-95.

Estado canadense. Tais questionamentos foram respondidos e juridicamente definidos pela Corte, levando os governos, tanto o de Quebec, quanto o do Canadá, a promulgarem leis que pudessem regulamentar a decisão judicial.

Trata-se de um claro exemplo em que ao contrário de haver intromissão de um poder na esfera de outro, com a carga negativa que a expressão “judicialização da política” adquiriu atualmente, o Estado se articulou de forma organizada e resolveu preventivamente, através de uma atuação eminentemente consultiva da Suprema Corte Canadense⁴⁸⁶.

Sob outro viés, vale trazer para a pauta o fato de que existem várias experiências não judiciais de resolução de conflitos mundo afora, mais conhecidas por sua denominação em língua inglesa ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Tais estratégias têm demonstrado sua pertinência em um contexto de tentativa de redução da judicialização, com melhores ou piores resultados, a depender da estratégia, do local, do tipo de disputas que se propõe a dirimir, etc.

Há um ponto que gera preocupação em Marcus⁴⁸⁷ e Woo⁴⁸⁸, que reside na falta de coercividade no cumprimento das decisões proferidas neste contexto. Ter que recorrer ao Judiciário para fazer valer a decisão alcançada por meio de mediação ou arbitragem, por exemplo, é apontado como uma dificultador para a popularidade do procedimento na opinião deles.

Comungando da mesma preocupação que externamos nesta pesquisa, especificamente quanto a (in)capacidade do Judiciário contencioso em consolidar a jurisprudência na sociedade moderna e sob o influxo das particularidades dos casos concretos, Bratković⁴⁸⁹ aponta como uma falha de interpretação acreditar que ao decidir milhares de casos anualmente a Suprema Corte garantirá uma uniformidade em sua jurisprudência. Para suportar tal afirmação, o professor se escora em pesquisa científica realizada na Suprema Corte croata, alertando que,

⁴⁸⁶ HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. In: *Revista de Direito Administrativo*, 251, 2009, p. 161-163.

⁴⁸⁷ MARCUS, Richard. *Reassessing the essential role of public courts: learning from the American experience*. In: *Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice*. vol. 70. Ed. Springer, 2018, p. 173-196.

⁴⁸⁸ WOO, Margaret. *The disappearing trial: retrenchment of litigation in North America*. In: *Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice*. vol. 70. Ed. Springer, 2018, p. 145-157.

⁴⁸⁹ BRATKOVIĆ, Marko. *Roots of the resistance to the change in the Supreme Court's role*. In: *Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice*. vol. 70. Ed. Springer, 2018, p. 334-340.

possivelmente, diante da produção literária, em especial a europeia, os dados alcançados se repitam nas demais Supremas Cortes.

Não restam dúvidas de que os exemplos estrangeiros trazidos não se encaixam perfeitamente à proposta que se apresenta na presente pesquisa, o que nos tranquiliza por um viés, na medida em que corrobora com nossa pretensão de ineditismo na entrega. Além disso, assim como ocorre com o Sistema do Direito, independentemente do país para o qual dirigamos o foco, sua evolução é constante e neste processo há muitas discussões e correções de rumo. A utilização das experiências externas, portanto, teve a finalidade de demonstrar que já há práticas que admitiram pensar a atuação do Subsistema do Judiciário de forma diferente da dimensão exclusivamente contenciosa e que isso foi eficiente para a prestação jurisdicional, otimizando o próprio funcionamento do Sistema do Direito.

Talvez recebamos a crítica pelo fato de que vários dos exemplos se relacionam com o contexto da UE, o que, a toda evidência, traz uma particularidade toda especial para o caso.

Em resposta, podemos utilizar a superação no direito e na jurisprudência brasileira acerca do princípio da cartularidade instituído na LUG (Lei Uniforme de Genebra)⁴⁹⁰. Por mais de meio século, apresentar o título de crédito em original era essencial para o exercício do direito de cobrança, via processo de execução. Todavia, o Judiciário precisava se tornar “eletrônico” e o papel deixou de ser algo desejável. Do dia para a noite, um tabu no direito e na jurisprudência, então chamados de comercial, foi superado. Simples assim. Sinal dos tempos para a prova em papel. Sinal dos tempos para um Subsistema que só no litígio enxerga a razão da sua existência.

4.2.2 Aderência ao Subsistema Processual brasileiro

Não restam dúvidas de que o próprio *processo* tem um poder transformador sobre a realidade. A independência alcançada pela ciência processual, se constituindo como verdadeiro ramo autônomo do direito, fez com que o processo deixasse de ser visto como mero meio para a efetivação de direitos materiais, se

⁴⁹⁰ Brasil. Decreto nº 57.663, de 24 de Janeiro de 1966.

tornando verdadeiro fim em si mesmo. Torna-se ele, o processo, um legítimo agente da efetividade do Sistema do Direito.

Cintra, Grinover e Dinamarco vêem o processo como um instrumento de positivação de poder, na medida em que corporifica o meio pelo qual a jurisdição se opera. Daí afirmarem que “o processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei”.⁴⁹¹

Na esfera jurídico-política, portanto, o processo está essencialmente ligado às funções do Estado, na medida em que se apresenta como o método pelo qual se opera a jurisdição, realizando concretamente a justiça⁴⁹² sob o direito. Em oportunidade anterior, Gaio já reafirmava a idéia que norteia suas obras “de que o processo, na medida do que for praticamente possível, deve proporcionar a quem tem um direito tudo e precisamente aquilo a que faria jus, caso não tivesse o direito sido molestado”⁴⁹³.

Por outro lado, a preocupação quanto ao pleno acesso à justiça e quanto à efetividade do processo não são novidades, pois se constituem em desafios que sempre estiveram presentes no âmbito do estudo do direito processual.

Veja-se que Cintra, Grinover e Dinamarco, ainda quando *jovens mestres de direito* (prefácio de 1974 à primeira edição) já externavam sua preocupação com a efetividade do processo como meio de acesso à justiça e com a necessidade indispensável de haver a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas sim um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado, em especial quando propõem que

se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um *processo de massa*, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um *processo sem óbices econômicos* e sociais ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também *relativizar o valor das formas* e saber utilizá-las e exigí-las na

⁴⁹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 279.

⁴⁹² GAIO JÚNIOR, 2011, p. 90.

⁴⁹³ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 97.

medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas.⁴⁹⁴

E é a partir dessa compreensão quanto a importância de enxergar o processo como o meio para as entregas do Subsistema do Judiciário, que desde logo vale dizer que a proposta inserta na presente pesquisa foca na estrutura processual e procedimental que já está criada no âmbito do direito brasileiro e que já é atualmente utilizada pelas Cortes Superiores.

A proposta visa aproveitar a experiência desenvolvida com a prática de julgamento dos processos submetidos à sistemática da repercussão geral e dos processos constitucionais propriamente ditos, seguindo a linha da objetivação dos julgamentos, de molde a consolidar teses jurídicas definidas em última instância, com efeitos vinculante e *erga omnes*.

O aspecto operacional da implementação do Judiciário consultivo não nos parece ser um dos aspectos mais desafiadores, pois é tradição no direito processual brasileiro estar aberto a evoluir na criação e utilização de meios para fazer com que o processo judicial seja mais eficiente. Atualmente, inclusive, há estudiosos que têm se dedicado à investigação de outras formas de se pensar o processo e, em especial, de se focar no resultado prático que se quer ver alcançado ao final do procedimento.

Arenhart⁴⁹⁵ chama a atenção para a insuficiência dos institutos tradicionais, como causa de pedir, limites da coisa julgada, entre outros, em fornecer respostas para demandas de direito público e mesmo em litígios privados de maior complexidade, levando o julgador até mesmo a cometer injustiças. Ele cita um exemplo de uma demanda que é recorrente no Brasil há décadas, que é a reintegração de posse de imóvel ocupado por um movimento social. A sistemática processual contenciosa certamente é limitada para dar uma resposta que seja capaz de endereçar toda a complexidade do problema.

E pra além destas questões, esta pesquisa quer propor que pelo assoberbamento do Judiciário, o deficit de eficiência do Subsistema será ainda

⁴⁹⁴ Ibidem, p. 42-45.

⁴⁹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. In: Revista de Processo. vol. 225/2013, p. 389-410, Novembro de 2013. Revista dos Tribunais online. Thomson Reuters, p. 390.

sentido, mesmo com a utilização de instrumentos em tese eficientes para dirimir questões mais triviais.

Arenhart⁴⁹⁶ prossegue e destaca as *structural injunctions*, advindas da doutrina norte-americana, como exemplos de decisões que focariam na perspectiva futura, se apresentando como uma alternativa que se apresentaria como uma verdadeira solução para o caso.

Bauermann⁴⁹⁷ aponta que esta alternativa foi criada a partir da constatação pela Suprema Corte de que determinadas decisões só seriam de fato implementadas se houvesse "*supervisão judicial substancial*", para garantir o seu cumprimento.

Citron⁴⁹⁸, por sua vez, traz o exemplo, baseado na sexta emenda à constituição americana, no qual para garantir o direito de defesa a indigentes, o Tribunal deveria ordenar a estruturação de um sistema para garantir o exercício deste direito e que devido a sua expertise, os parâmetros e as linhas mestras deveriam ser definidas pelos próprios Tribunais.

Já na nomenclatura brasileira, os processos estruturais também são objeto de estudo para Didier, Zaneti e Oliveira⁴⁹⁹, que propuseram um processo que pudesse dar resposta ao que chamaram de "problema estrutural". Em linhas gerais, este problema estrutural refletiria uma situação em permanente desconformidade com aquele que deveria ser "o estado de coisas considerado ideal".

O ponto que interessa para a presente pesquisa, é que a proposta dos processos estruturais traz em si o reconhecimento da existência de situações nas quais somente uma análise específica revelará ou não se tratar de um problema estrutural. Além disso, os professores apontam alternativas de solução que se distanciam em muito da hermética processual tradicional, o que, em nossa ótica, deixa evidente que a ciência processual já reconhece que há situações nas quais os arsenais processual e procedimental disponíveis, não são suficientes para lhes

⁴⁹⁶ Ibidem, p. 391-392.

⁴⁹⁷ BAUERMAN, Desirê. *Structural injunctions no direito norte-americano*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, pg. 283.

⁴⁹⁸ CITRON, Rodger D. *(Un)Luckey v. Miller: the case for a structural injunction to improve indigent defense services*. In: *The Yale Law Journal*. 101 Yale L.J. 481 (1991-1992), pg. 504.

⁴⁹⁹ DIDIER Jr., Fredie. ZANETI Jr., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. *Revista dos Tribunais on line*. vol. 303/2020. Mai/2020. DTR\2020\6787, pg. 45-81.

entregar a resposta adequada. Ainda mais importante para esta pesquisa, é o reconhecimento de que tais situações não podem ser toleradas e que incumbe ao Sistema do Direito lhes entregar as respostas adequadas.

Tais propostas de processos estruturais receberam a influência da obra de Fiss⁵⁰⁰, que há quase duas décadas atrás já apontava a necessidade de superação do modelo tripartite - partes e juiz - para rumar em direção a um processo que permitisse a participação de outros organismos, entidades sociológicas, grupos que transcendem instituições, de molde a que a decisão judicial seja a mais abrangente, a mais adequada possível.

A presente pesquisa dialoga especialmente com a identificação do problema, com o reconhecimento de sua importância e, para além disso, com a necessidade de que ele seja resolvido através do protagonismo do Subsistema do Judiciário.

Em nossa visão, entretanto, o debate amplo e livre deveria ocorrer em uma esfera consultiva, prévia, em tese em última análise. Somente depois dessa definição é que seria aplicada, observando-se as particularidades do caso concreto, ainda que o instrumento dessa aplicação em sede contenciosa viesse a ser um processo estrutural.

Em Quintas⁵⁰¹ identificamos uma preocupação semelhante quanto a assunção destas novas funções propostas ao julgador, em especial diante das fragilidades institucionais e substanciais do Subsistema do Judiciário. Além disso, o professor destaca sua preocupação com o intervencionismo que possibilitaria uma visão totalizante e organicista da constituição, de onde exsurgiria um inadequado dirigismo da sociedade pelo Judiciário.

Por comungarmos da mesma preocupação do professor, e em nossa ótica também com vistas a uma garantia de preservação da harmonia e independência dos poderes, não seguimos a linha dos processos estruturais quanto a condução - pós definição - pelo Judiciário. Nossa proposta de Judiciário consultivo fixa na avaliação da estrutura jurídica do que se apresentar, seja isso um programa de governo, seja uma obra pública, seja uma política social (habitação, saúde, trabalho,

⁵⁰⁰ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord.Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pg. 105-120.

⁵⁰¹ QUINTAS, Fábio Lima. *Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais*. RIL Brasília a. 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 33-34.

etc.), seja um contrato de massa, seja uma hipótese de incidência, enfim, qualquer que seja o objetivo, desde que apresentado enquanto um projeto em concreto.

A conclusão de Quintas chama a atenção para uma realidade inegável, que é a de que *“a pergunta que hoje se impõe não é se o juiz pode ou não intervir na implementação de políticas públicas, mas sim como o juiz deve atuar nessa intervenção, estabelecendo condições limites e possibilidades para tanto”*. Nesta toada, propõe o que ele nomina de *“incrementalismo”*, que significa que ao efetivar direitos sociais o julgador deveria uma postura de *“contenção estruturada”*, de molde a respeitar o que indica como quatro princípios, que seriam a legitimidade democrática, o policentrismo, a *expertise* e a flexibilidade⁵⁰². Trata-se, a toda evidência, em mais uma proposta que supera o modelo tradicional e hermético praticado cotidianamente no Subsistema do Judiciário contencioso.

Abboud parte da constatação de que os desafios do século XXI apresentam diversos paradoxos que o Sistema do Direito precisa enfrentar, sem que, realisticamente, estivesse preparado para tanto. Neste sentido ele contesta a binariedade do pensamento clássico, numa espécie de paradoxo do paradoxo, quando propõe que *“como a contradição é indissociável ao paradoxo, não é possível resolvê-lo mediante eleição de um vencido e/ou um vencedor, sob pena de produzir um resultado igualmente paradoxal e, portanto, irracional”*⁵⁰³.

Chegando a inexorável conclusão de que precisamos assumir que estarmos inseridos em um contexto de certa crise no direito, em especial provocada pela complexidade da sociedade atual - que pela ótica da pesquisa nós diríamos complexidade das relações entre os Sistemas Sociais e destes com o Ambiente - Abboud parte da proceduralização proposta em Wiethölter⁵⁰⁴ para apresentar suas considerações.

Logo de início já vale pontuar que a proposta de proceduralização, em Abboud, também preserva o mesmo *mindset* daqueles que acreditam que a jurisdição pode entregar mais do que o faz, mas que para tanto, precisa fazer de

⁵⁰² Ibidem, p. 46-48.

⁵⁰³ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1605-1606.

⁵⁰⁴ WIETHÖLTER, Rudolf. *Materialization and proceduralization in modern law*. In: Gunther Teubner (org.). *Dilemmas of law in the welfare state*. New York: Walter de Gruyter, 1988, assim. *Apud* Georges Abboud. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1605-1606.

forma diferente, o que fica evidente quando ele propõe que “a *proceduralização pode ser um caminho para salvar essas promessas e, ao mesmo tempo, para suportar a frieza da modernidade e, simultaneamente, aproveitar seus frutos*”⁵⁰⁵.

E complementa suas reflexões, concluindo ser a proceduralização um tema *transteórico* e que teria condições de entregar ferramentas para que a jurisdição constitucional pudesse decidir questões de alta complexidade, que não poderiam ser decididos pela linguagem jurídica tradicional, e que tenham a flexibilidade para acompanhar a velocidade da mudança de algumas questões sociais, tecnológicas, científicas, típicas da modernidade hipercomplexa⁵⁰⁶.

Trata-se a proceduralização, a toda evidência, de proposta que em muitos pontos se distancia da alternativa desta pesquisa, mas que possui contribuição ímpar para demonstrar que há atualmente no Brasil uma relevante parcela de processualistas que estão pensando formas alternativas de tornar o Sistema do Direito, em especial o Subsistema do Judiciário, mais eficiente e dotado de melhores recursos para entregar respostas que sejam hábeis a atender a demandas de alta complexidade.

Côrtes⁵⁰⁷ fica numa dimensão mais pragmática e chama a atenção para um maior foco dado pelos Tribunais superiores na objetivação dos julgamentos, com vistas à consolidação da jurisprudência, ou seja, atualmente vivenciamos um cenário no qual já há um movimento migratório consolidado para uma maior objetivação da análise dos Tribunais Superiores, buscando solucionar um problema que seria típico da subjetivação.

Na proposta da pesquisa, é um caminho interessante a ser mantido, em especial se for transferido para quem detém a vocação natural para a tarefa, ou seja, a dimensão consultiva.

O que nos pareceu claro até o momento, é que existem autorizadas vozes no âmbito do direito processual que estão dispostas a repensar a qualidade da prestação jurisdicional. Esta qualidade deve ser entendida não apenas como a adequação ao direito, mas especialmente quanto a capacidade de entregar uma resposta adequada ao Ambiente e aos demais Sistemas Sociais.

⁵⁰⁵ ABOUD, 2019, p. 1247.

⁵⁰⁶ ABOUD, 2021, p. 1608-1624.

⁵⁰⁷ CÔRTEZ, op. cit., p. 2.

Neste sentido, queremos propor que os estudiosos da ciência processual comungam da mesma preocupação que preordena o caminho da presente pesquisa, ou seja, que se preocupam com a eficiência do Subsistema do Judiciário. E sobre a legitimidade da ciência para a resolução desta espécie de problema, Kuhn nos lembra que *“a comunidade científica é um instrumento imensamente eficiente para resolver problemas ou quebra-cabeças definidos por seu paradigma. Além do mais, a resolução desses problemas deve levar inevitavelmente ao progresso”*⁵⁰⁸.

O que nos diferencia, entretanto, é que o nosso trabalho propõe que buscar a solução por uma via que já esteja sobrecarregada estruturalmente, qual seja, a via do Judiciário contencioso, não seria a melhor alternativa, mas sim que o melhor caminho seria através da dimensão presente em todo o Sistema do Direito, à exceção do próprio Subsistema do Judiciário, que é a dimensão consultiva.

Os processos estruturais, portanto, não são aqui apresentados como complementares ou aderentes à nossa proposta, mas sim no sentido de revelarem o modelo mental dos pesquisadores que os admitem. Esse modelo mental traz em si a gênese da insatisfação com as entregas possíveis pelo Subsistema do Judiciário em sua dimensão exclusivamente contenciosa. As reflexões neste tópico apresentadas, em última análise, portanto, dialogam com a proposta da presente pesquisa, na parcela em que também buscam um aperfeiçoamento do funcionamento do Subsistema do Judiciário.

4.2.3 Esboço de um procedimento possível

4.2.3.1 Turmas julgadoras e sua competência

A proposta da pesquisa consiste na criação de Turmas e/ou de atribuição consultivas no âmbito dos Tribunais Superiores, inicialmente perante o Supremo Tribunal Federal, perante o Superior Tribunal de Justiça e perante o Tribunal Superior do Trabalho, no âmbito de suas respectivas competências constitucionais. Ao STF, portanto, incumbiria analisar a conformidade do tema perante a

⁵⁰⁸ KUHN, op. cit., p. 210.

constituição, ao STJ perante a legislação federal e ao TST perante a legislação trabalhista, e todos perante as suas próprias jurisprudências consolidadas⁵⁰⁹.

No âmbito do STF somente haveria a atribuição consultiva, na medida em que a competência para deliberação sobre constitucionalidade é do seu Plenário⁵¹⁰, inviabilizando a criação de Turmas consultivas, neste sentido.

Os critérios de formação das Turmas consultivas seguiriam os mesmos procedimentos internos presentes nos Regimentos Internos destes Tribunais, o que basicamente significa uma escolha individual de cada ministro, mediante a observância a um critério de antiguidade de exercício da judicatura na Corte.

Diante do ineditismo da proposta, consideramos salutar que haja uma rotatividade periódica na composição das Turmas consultivas, por sistema de mandato por dois anos, assim como ocorre em diversas outras atribuições dos Ministros, como por exemplo, o exercício perante o Tribunal Superior Eleitoral, perante o Conselho Nacional de Justiça, perante o Conselho da Justiça Federal e perante o Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Seguindo a linha da objetivação dos julgamentos, as Turmas consultivas se manifestariam sobre questões concretas, editando ao final a Tese que viesse a ser alcançada após as ponderações dos julgadores.

Do gênero "questões em concreto", teríamos as seguintes espécies: políticas públicas, programas de governo, temas de relevância para o direito, temas de relevância nacional, risco de judicialização de massa e instabilidade na jurisprudência.

Políticas públicas aqui serão entendidas como as diretrizes macro, como o conjunto de programas e medidas governamentais que deverão estar integradas e articuladas, para a entrega de bens ou de serviços a toda a sociedade.

Programas de governo, aqui são apresentados como os modos, como os meios de operacionalizar as diretrizes estabelecidas nas políticas, propondo a edição normas, meios de financiamentos, incentivos tributários, atividades e projetos propriamente ditos.

⁵⁰⁹ Brasil. Constituição Federal. Arts. 102, 105 e 114.

⁵¹⁰ Brasil. Constituição Federal. Art. 97.

Em ambos os casos o Judiciário contencioso teria a capacidade de avaliar, exclusivamente no aspecto jurídico, a adequação das políticas e dos programas, em especial na dimensão daqueles insertos na constituição.

Essa atuação consultiva pode parecer ao observador distraído, uma invasão do Judiciário sobre as atribuições do Executivo. Não é assim que a pesquisa a enxerga, todavia.

A pesquisa parte da premissa de que o Judiciário consultivo não definiria, dentro das opções disponíveis ao administrador público, quais as escolhas mais adequadas para aquele momento, mas sim que avaliaria se na política ou no programa estaria sendo contemplado o conjunto das obrigações daquele administrador. Em outras palavras, seria possível verificar se o conjunto dos recursos disponíveis estariam sendo distribuídos de forma a atender, tanto quanto possível, por exemplo, a todos os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição.

Não teria o Judiciário consultivo, a toda evidência, atribuição para definir se uma maior fatia dos recursos deveria ir para saúde, para o lazer ou para a moradia, por exemplo, mas sim poderia verificar se todas as dimensões constitucionais estariam contempladas na divisão dos recursos públicos, para o período considerado.

A utilidade dessa atuação consultiva do Subsistema do Judiciário, residiria no fato de que quando demandas individuais fossem submetidas ao Judiciário contencioso, em especial aquelas escoradas em pretensão de efetivação de direitos fundamentais, o julgador litigioso já saberia se o conjunto de políticas e programas públicos já teriam sido propostas de maneira equilibrada, se já preveriam, dentro das possibilidades materiais do Estado, o atendimento a todas as verticais sociais previstas na constituição e se haveria uma correlação direta entre as políticas/ programas e as entregas em concreto.

Os benefícios para o administrador público seriam a possibilidade de ajustar sua política/programa previamente a sua execução, previamente aos processos licitatórios, previamente ao início das obras, etc, seria a segurança de saber que a alocação dos recursos, ainda que insuficientes para a plena satisfação dos programas constitucionais, estariam adequados quando cotejados com as possibilidades materiais do Estado.

Além disso, este seria o espectro de atuação no qual o diálogo institucional entre os Subsistemas do Judiciário (Direito) e do Executivo (política) e, sempre que pertinente, também com a participação do Legislativo (política), efetivaria, enfim, a harmonia determinada pela constituição⁵¹¹.

Destacamos a harmonia, porque a independência já é praticada de forma bem consolidada pelos principais Subsistemas que constituem os Sistemas da Política e do Direito. Por outro lado, a harmonia, em especial quanto a participação do Judiciário, parece ter sido absorvida por uma ideia de independência que culminou por criar um ambiente no qual a participação do Judiciário no diálogo institucional passou a ser encarado como algo inapropriado. Se pensarmos sob a ótica do distanciamento do julgador em face das partes em litígio, de molde a preservar a sua isenção, a recusa ao diálogo poderia fazer algum sentido e é por isso que talvez essa tenha sido a opção consolidada da dimensão contenciosa do Subsistema do Judiciário.

Ocorre que o mandamento constitucional determinando que haja harmonia entre Judiciário, Executivo e Legislativo permanece presente. Veja-se que também nesta perspectiva a dimensão consultiva se apresenta como um avanço, seja no campo da eficiência do Sistema, seja no cumprimento do mandamento constitucional, na medida em que proporciona uma hipótese de efetivação da harmonia através do diálogo.

Vale o alerta, porque na ótica da pesquisa não é razoável supor que o comando constitucional que prescreve que entre si os poderes deverão ser harmônicos, possa ser efetivado com o Judiciário atuando apenas em sua dimensão contenciosa. Não é nosso objeto aprofundar nas questões de ciência política que envolvem a temática, mas na ótica da pesquisa, harmonia significa interação, significa atuação organizada, significa diálogo institucional.

Prosseguindo nas temáticas que poderiam ser submetidas às Turmas consultivas dos Tribunais Superiores, temos os temas de relevância para o direito, sendo objeto deste recorte a edição de uma nova legislação, a evolução da doutrina, a mudança de um estatuto jurídico de maior envergadura, entre outras.

Este talvez seja o eixo que possa fornecer mais material de submissão ao Judiciário consultivo. Aqui reside a maioria dos exemplos que germinaram a ideia

⁵¹¹ Brasil. Constituição Federal. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

inicial da presente proposta de tese. Aqui podemos apontar a dimensão de proteção do devedor, e os direitos do credor, nos processos de execução; hipóteses de incidência e diversas outras discussões na seara tributária; a reforma trabalhista ainda em debate; entre muitos, muitos outros exemplos, apenas para ficar naqueles que até o momento são o fundamento para a tramitação de milhares de processos nos Tribunais brasileiros.

Temas de relevância nacional podem surgir de duas formas. A primeira é constituída por temas caros a sociedade há décadas, alguns constituindo verdadeiros tabus sociais, e que na atualidade a definição de muitos deles foi delegada ao Judiciário. Os exemplos nesta seara também são fartos, posto que neste recorte se encaixam temas como aborto, casamento de pessoas do mesmo sexo, identidade social, liberdade religiosa, manifestações culturais ou religiosas que envolvam maus tratos a animais, demarcação de terras indígenas e quilombolas, entre vários outros. A segunda forma é constituída por destaques dentre as matérias previstas no recorte de temas relevantes para o direito, mas que por circunstâncias pontuais ganham repercussão nacional, como, por exemplo, a prisão em segunda instância ou o garantismo e os limites investigativos do Judiciário, que são temas que foram e são amplamente debatidos na atualidade.

O Risco de judicialização de massa, como o próprio nome já indica, visa dar uma resposta jurídica célere a fim de prevenir este fenômeno da modernidade brasileira. Ao contrário da suspensão das ações em curso, que é remédio após a doença instalada, aqui se pretende evitar a contaminação. Sempre que identificado um ingresso volumetricamente não usual na distribuição de ações judiciais, envolvendo uma matéria que abrange um relevante número de pessoas, como, por exemplo, questões previdenciárias, de direito do consumidor, etc, o Judiciário consultivo poderia ser instado para rapidamente se pronunciar sobre a tese jurídica subjacente àquelas lides.

Nesta hipótese, vale o destaque para a circunstância de que a atuação do Judiciário consultivo pode vir a, de fato, evitar o ajuizamento de milhares de ações judiciais novas. O resultado deste pronunciamento pode tanto desestimular o ajuizamento, caso seja desfavorável à tese que eventualmente esteja sendo perseguida nos processos contenciosos, quanto pode indicar para a contraparte,

caso seja positivo à tese, que deve cessar a sua atuação e/ou conciliar administrativamente com o universo de pessoas lesadas.

Instabilidade na jurisprudência ocorreria quando posicionamentos diversos comesçassem a ser verificados nos julgamentos sobre determinada matéria, em número que suplantasse as pontuais divergências habituais, recomendando que uma padronização fosse definida, a fim de garantir segurança jurídica e higidez ao Sistema do Direito.

Parece-nos necessário que sejam criados meios de identificação das hipóteses de risco de judicialização de massa e de instabilidade na jurisprudência internamente nos Tribunais, possivelmente com a orientação e participação do CNJ, a fim de que o fluxo de informações chegue em tempo hábil a que os Tribunais Superiores possam intervir, instaurando a análise consultiva da temática. Vale dizer, nesta seara, que os recursos tecnológicos, inclusive o uso das modernas ferramentas de inteligência artificial, *machine learning*, etc, seriam essenciais para a célere identificação tanto do risco de judicialização de massa, quanto da instabilidade da jurisprudência.

4.2.3.2 Os legitimados, a submissão e a seleção de Teses

Mantendo a coerência na linha da proposta, a definição do rol de legitimados deve perseguir a maior aderência possível ao sistema processual hoje existente, a fim de tornar a proposta de tese mais operacional, já que o viés pragmático é declarado, fazendo com que a pretensão seja de apresentação de um modelo que possa ser realisticamente viável no contexto atual.

Imbuída deste espírito, a pesquisa utiliza as relações de legitimados hoje existentes na legislação dedicada aos processos coletivos⁵¹², na medida em que, a toda evidência, a alternativa consultiva traz em si uma pretensão de universalidade.

Sendo assim, integrariam o rol dos legitimados o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o partido político com representação no Congresso Nacional; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou

⁵¹² Brasil. Leis nºs 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 5º, LACP e Lei 9.868, de 01º de novembro de 1999, art. 2º. LADIN.

do Distrito Federal; Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, e; as associações que tenham sido constituídas há pelo menos um ano e que tenham entre seus objetivos institucionais a proteção ao meio Ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ao patrimônio histórico, ao patrimônio turístico, ao patrimônio artístico, ao patrimônio paisagístico e ao patrimônio estético.

Na linha da jurisprudência do STF, neste particular de fato consolidada, os chamados “legitimados interessados ou especiais”, ou seja, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, necessitarão demonstrar interesse jurídico na eventualidade de pretenderem submeter uma consulta.

Assim como a pesquisa propõe o rompimento da tradição contenciosa do Judiciário, propomos o quebra do tabu relacionado à inércia da jurisdição. Portanto, qualquer Magistrado, Tribunal ou Órgão Jurisdicional será legitimado para iniciar uma consulta perante os Tribunais Superiores, seguindo o mesmo procedimento estabelecido para os demais consulentes.

A consulta primará pela ausência de formalismo, possuindo como pré-requisitos apenas *(i)* a clara definição de seu objeto, *(ii)* os fundamentos da dúvida e *(iii)* a quesitação aderente ao tema. Opcionalmente, poderá o consulente apresentar o seu próprio entendimento sobre a temática, sugerindo a tese que lhe pareça a mais adequada.

A consulta deve delimitar o seu objeto, indicando precisamente uma das hipóteses de cabimento, que seriam: políticas públicas, programas de governo, temas de relevância para o direito, temas de relevância nacional, risco de judicialização de massa ou instabilidade na jurisprudência.

Semestralmente os integrantes da Turma se reunirão e decidirão as consultas que serão analisadas naquele semestre, rejeitando todas as demais, que poderão ser novamente submetidas por até duas vezes, nos dois semestres seguintes, desde que sejam apresentados fundamentos e argumentos adicionais no sentido de demonstrar a imprescindibilidade da manifestação consultiva do Tribunal sobre o tema.

A deliberação quanto a escolha das consultas na formação da lista semestral obedecerá a três vetores. O primeiro será a aderência às hipóteses de cabimento, o segundo será a avaliação de prioridade que a Turma fará, considerando o universo de consultas submetidas no semestre e, em terceiro, somente serão admitidas consultas em número tal que seja possível concluir o julgamento dentro do período compreendido entre duas pautas, ou seja, no intervalo temporal compreendido entre um e dois semestres de expediente do Tribunal.

No caso das consultas formuladas perante o STF, por buscarem o exame de constitucionalidade, o processo de seleção daquelas que serão apreciadas no semestre, poderá levar em consideração aspectos de repercussão geral, seguindo o mandamento constitucional sobre a temática para os recursos extraordinários⁵¹³.

Após definida a lista de consultas aceitas, todas as demais serão arquivadas, sem formalidades adicionais, não sendo possível a desistência da consulta já selecionada pelo Colegiado.

4.2.3.3 Julgamento e sistema recursal

Ao Relator será facultado buscar informações em quaisquer órgãos ou instituições, públicas, privadas, acadêmicas, técnicas, associativas, etc., a fim de coletar todos os subsídios que entender necessários para a melhor análise do tema.

Será admitida a intervenção de *amici curiae* e de terceiros interessados, que poderão livremente fazer junta manifestação e material escrito, de molde a auxiliar na mais ampla compreensão da controvérsia.

A critério do relator, poderão ser realizadas audiências públicas ou sustentações orais previamente ao dia da sessão pública de deliberação sobre a consulta.

O Ministério Público que funcionar no Órgão será sempre ouvido, sendo que, no caso da consulta ao STF, será seguido o mesmo procedimento afeto à ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, com manifestação do Advogado-Geral da União previamente à do Procurador-Geral da República.

Preservando-se a natureza consultiva do procedimento, o Relator não será obrigado a apresentar considerações sobre todas as intervenções e manifestações

⁵¹³ Brasil. Constituição Federal. Arts. 102, § 3º.

nos procedimentos, bem como só realizará as oitivas se as considerar necessárias, nos prazos por ele fixados.

Tratando-se a consulta de uma política pública ou programa de governo, e considerando que o próprio ente público poderá realizar ajustes e modificações tanto na política, quanto no programa, previamente ao julgamento, será possível ajustar o objeto da consulta, a adequando às alterações eventualmente realizadas.

O Relator poderá recomendar, previamente ao julgamento, a seu próprio juízo, ajustes na política ou no programa, de molde a desde logo corrigi-los, ajustando-lhes os rumos em direção a adequação quanto a aspectos de legalidade ou de constitucionalidade.

Se a consulta concluir pela imputação de vício de constitucionalidade ao objeto analisado, será necessária a manifestação favorável da maioria absoluta dos membros do STF, ou seja, o voto convergente de seis ministros⁵¹⁴, desde que presente o quórum de instalação da sessão de julgamento, que é de oito ministros⁵¹⁵.

Considerando a dinâmica colaborativa, que entendemos dever se assemelhar à boa prática acadêmica, o Relator deverá dar conhecimento da consulta e de sua intenção de manifestação previamente à sessão de julgamento, devendo os demais membros do Colegiado, por conseguinte, adiantarem os eventuais pontos ou aspectos divergentes, possibilitando o amadurecimento prévio das reflexões, de molde a qualificar e otimizar os debates por ocasião da sessão de julgamento.

A busca da dimensão consultiva, repise-se, não é o alcance da tese vencedora, do voto condutor, mas sim do encontro conjunto da melhor opinião da Corte, entregando, em última análise, a conclusão da Justiça.

Emitido o PAJU (Parecer Jurisdicional), sua revisão poderá ser feita a qualquer tempo, seguindo o mesmo procedimento de uma nova consulta.

Coerentemente com a proposta da pesquisa, melhor seria que a conclusão da consulta não pudesse ser desafiada por nenhuma espécie recursal hoje conhecida. Definitividade e segurança jurídica não costumam caminhar lado a lado com a incerteza recursal.

⁵¹⁴ Brasil. Constituição Federal. Art. 97.

⁵¹⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Art. 143, parágrafo único.

Todavia, é de se reconhecer que no espectro das manifestações que serão afetadas ao consultivo, poderá haver algumas que reclamem a manifestação do Plenário, ou do Órgão decisório máximo, do STJ ou do TST, motivo pelo qual a pesquisa admite que haja recurso para o Órgão máximo decisório, apenas no efeito devolutivo, em princípio. No caso do STF, como visto, o procedimento já estará sendo conduzido pelo Plenário, não havendo recurso da decisão, portanto.

Diante das características que norteiam o tratamento da consulta, o próprio relator da tese escolhida no âmbito da Turma de julgamento, será o relator em sede recursal, promovendo celeridade no julgamento.

Considerando a dimensão da discussão do direito em tese, seria o equivalente à defesa de uma tese, em duas bancas distintas, uma composta por parcela dos membros do Colegiado e a segunda, caso recurso houvesse, perante o Órgão máximo deste mesmo Colegiado.

Segunda e última hipótese recursal admitida, e ainda mais excepcional que a primeira, seria a possibilidade de recurso ao STF, mediante desafio de constitucionalidade quanto ao mérito da resposta dada à consulta pelo STJ ou TST.

A admissibilidade do primeiro recurso seria da competência do Presidente da Corte e a admissibilidade do recurso de constitucionalidade seria da competência do Ministro relator perante o STF. A admissibilidade concentrada no STF, visa evitar eventuais questionamentos acerca de possível subtração da competência do Supremo acerca do julgamento de matéria de ordem constitucional.

Ambos os recursos poderiam ser interpostos no prazo de 15 dias após a publicação da decisão que desse publicidade da resposta à consulta, valendo as regras gerais aplicáveis ao sistema recursal.

Por fim, os embargos declaratórios somente seriam admitidos quando fundados em eventual obscuridade na manifestação do Tribunal. Isso porque, primeiro, cogitar introduzir qualquer espécie de “necessidade de prequestionamento” é uma subversão completa da proposta consultiva. Em segundo plano, não haveria que se falar em omissão do julgado, na medida em que não haveria a obrigação do Relator se manifestar sobre todas as nuances apresentadas pelo consulente, pelos *amici curiae* ou pelos terceiros interessados.

4.2.3.4 Consolidação da jurisprudência

Aspecto considerado relevante para a pesquisa é que o pronunciamento das Turmas consultivas tenha o condão de, efetivamente, consolidar a jurisprudência sobre a temática.

O alerta faz-se necessário, porque os efeitos vinculante e *erga omnes*, que serão mencionados adiante, já estão presentes na dimensão do Judiciário contencioso, sem que isso seja suficiente para, em concreto, criar uma vinculação dos julgadores espalhados pela imensidão do Brasil.

Para além da força vinculante dos efeitos citados, a pesquisa entende que mais forte do que isso é o poder do exemplo. Neste particular, o exemplo seria a capacidade dos Tribunais Superiores de chegarem a uma decisão que fosse representativa do pensamento da Corte, que indicasse, inequivocamente, a opção hermenêutica escolhida pela Turma julgadora.

Neste sentido, ao invés do conjunto de votos individuais, cada qual enveredando por uma narrativa argumentativa própria, e que, inclusive, podem divergir integral ou parcialmente entre si, melhor seria que somente a argumentação que suportasse a tese definida pelo Colegiado fosse objeto de divulgação.

Eventual produção intelectual dos demais ministros poderia, em prestígio ao debate acadêmico, serem objeto de publicação pela imprensa do Tribunal, com registro nos acervos bibliotecários, mas jamais possuindo vinculação com a consulta formulada.

Apesar da crueza do ponto, é preciso lembrar que a expectativa da sociedade e dos próprios operadores do direito, ao submeterem uma questão ao Subsistema do Judiciário é alcançar uma resposta. Uma resposta, que seja única, que seja definitiva e que seja a resposta do Tribunal ou, em última análise, que seja a resposta da justiça.

Em que pese o profundo respeito e admiração que são devidos aos milhares de mulheres e homens que integram o Judiciário, é preciso lembrar que a opinião particular de cada um deles só possui relevância se considerada no âmbito do debate acadêmico e intelectual. Para o processo, ou para a consulta como agora proposta, apenas interessa a decisão do Subsistema do Judiciário, a decisão da

ultima ratio do Sistema do Direito, independentemente de quem venha a ser o subscritor.

Por outro lado, uma efetiva consolidação da jurisprudência não se esgota com o pronunciamento da Corte, isso porque é necessário que os demais Sistemas tenham acesso a essa consolidação, o que vai muito além da mera publicação da tese. Trata-se, sem sombra de dúvida, de implementação de uma adequada metodologia de registro, que otimize a pesquisa e a rastreabilidade futuras.

Neste sentido, é necessário que os pedidos de análise consultiva recebam uma ementa no ingresso e que sejam indexados mediante critérios previamente estabelecidos. Tais critérios de indexação poderiam também ser utilizados por outros interessados para identificarem consultas de seu interesse ainda não julgadas, possibilitando seu ingresso no debate antes da definição final pelo Tribunal.

Os parâmetros para a indexação acompanhariam as melhores práticas acadêmicas, mediante prévia padronização definida pelos profissionais dos Tribunais, com auxílio de especialistas das áreas afins (biblioteconomia e arquivologia, por exemplo), que em conjunto definiriam um único padrão de indexação.

Em havendo um padrão de indexação definido, pessoas, instituições e organizações governamentais ou não, poderiam se cadastrar nos sítios eletrônicos dos Tribunais, indicando as suas temáticas de interesse.

Seguindo esse procedimento, sempre que iniciada uma nova proposta de tese consultiva, a indexação seria imediatamente disponibilizada para consulta através da rede mundial de computadores, bem como seria encaminhada eletronicamente para todas as pessoas, instituições e organizações previamente cadastradas, que teriam a possibilidade de ingressar como terceiros interessados ou como *amici curiae*, trazendo informações e argumentos que julgassem úteis para a formação da convicção pelo Tribunal.

4.2.3.5 Efeitos da decisão, tutela de urgência e modulação

Julgado o PAJU, o entendimento do Tribunal passa a ter efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante para todo o Subsistema do Judiciário e para administração

pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O marco temporal da produção de efeitos será sempre fixado no próprio PAJU.

A expectativa da pesquisa, portanto, é que a partir da edição do PAJU seja constituída de fato uma jurisprudência vinculante e assim se acredita pela expectativa de que vincular uma tese de direito seja mais efetivo, e até mais simples, do que vincular um precedente advindo de caso concreto, para países de tradição *civil law*, como é o caso brasileiro.

Retomando o pragmatismo mencionado anteriormente, a maior diferença entre a consolidação advinda da esfera consultiva e aquela advinda do contencioso, portanto, é o fato de que a consultiva ocorre antes do problema produzir efeitos no mundo fenomenológico e a contenciosa só chega depois.

Há um inegável hiato de eficiência e efetividade quando se operacionaliza o Subsistema somente em uma de duas dimensões possíveis. Quando ocorre antes, constitui-se como operação regular do Sistema do Direito, enquanto quando ocorre depois, demonstra o mal funcionamento do código direito/não direito, trazendo uma turbulência heterorreferencial, impedindo o funcionamento autopoietico do Sistema.

Por outra seara, os reflexos positivos de uma efetiva prevenção seriam prontamente sentidos pela sociedade, contribuindo para uma maior sensação de segurança jurídica, possibilitando, em última análise, a efetivação da justiça.

A superação do precedente na esfera consultiva, seguiria o mesmo procedimento de uma nova consulta, como já mencionado anteriormente. Na esfera contenciosa, entretanto, é um pouco diferente.

Para a superação do precedente consultivo, em sede contenciosa, faz-se necessário utilizar dos institutos do *distinguishing* e do *defiance*, já incorporados à prática processual brasileira. O *distinguishing* é a possibilidade que a parte tem de sustentar que o seu caso concreto é diferente do precedente estabelecido pela Corte e que, portanto, merece solução de direito diversa. Já o *defiance* ocorre quando há o deliberado descumprimento de um precedente fixado, o que legitima o exercício de Reclamação perante a corte que houver consolidado a jurisprudência na temática.

Quanto a tutela cautelar, vale pontuar que o Judiciário consultivo não seria uma alternativa substitutiva ao contencioso, não sendo adequado, portanto, permitir uma interferência entre as dimensões. A dimensão contenciosa do Judiciário é necessária para o funcionamento do Sistema do Direito e também tem

um papel fundamental para a estabilidade das expectativas normativas. Dito isso, não parece adequado à pesquisa admitir a hipótese de existência de pedido cautelar, de antecipação dos efeitos almejados com a consulta, ou de qualquer espécie de ordem coercitiva anterior ao pronunciamento final em sede consultiva.

Caso, portanto, algum provimento liminar seja considerado necessário, o ajuizamento de um processo em sede contenciosa parece continuar a ser a melhor alternativa disponível, sendo que, a resposta que virá do contencioso, tendo em paralelo o consultivo trabalhando a pleno vapor, será qualificada pela maior celeridade e cuidado que o contencioso poderá dedicar na verificação de presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* no caso.

A modulação dos efeitos, por outro lado, teria espaço também na seara consultiva, na medida em que aqui o Subsistema do Judiciário também estará entregando uma resposta em específico, sendo que desta feita para a coletividade que estiver sendo abrangida pela hipótese jurídica agora equacionada. Abboud propõe que a modulação deveria ocorrer nas seguintes situações⁵¹⁶: Proteção de direitos fundamentais, situação consolidada, e tutela da confiança.

Importante destacar que todo o racional que imprime significado à proposta de modulação de efeitos, tanto na seara contenciosa quanto na dimensão consultiva ora proposta, está fundado em um imperativo de segurança jurídica, na medida em que o pilar central da proposta consultiva é a perenidade da jurisprudência. Perenidade através da emissão de um posicionamento único do Subsistema do Judiciário, seja para estabelecer, consolidar ou referendar a jurisprudência até o momento existente ou não.

Discorrendo no contexto do direito processual vigente, sob a ótica do processo contencioso, Abboud sustenta que a proteção dos direitos fundamentais é a base fundante do instituto da modulação, que possui, portanto, status constitucional, tendo ainda a boa-fé objetiva como norte a ser perseguido pelo Poder Público, compreendido então como um derivado da obrigação de assegurar segurança jurídica⁵¹⁷.

⁵¹⁶ ABBOUD, Georges. *Modulação de efeitos e situações jurídicas consolidadas: preservação de atos administrativos fundados em lei declarada inconstitucional*. Parecer Jurídico. In: Pareceres 2021. Vol 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 64.

⁵¹⁷ ABBOUD, Georges. *Modulação de efeitos no TCU: consequencialismo e a amplitude hermenêutica da LINDB 24*. Parecer Jurídico. In: Pareceres 2021. Vol 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 83-89.

Uma situação consolidada, por seu turno, não se refere, por óbvio, à legitimação de fatos inconformes com o direito. A questão é que a pesquisa acredita não haver possibilidade do Sistema do Direito ignorar o decurso do tempo sobre os eventos ocorridos fenomenologicamente nos demais Sistemas Sociais, assim como propusemos no exemplo dos Silva contra o Souza, anteriormente. Em outras palavras, espera-se proteger situações consolidadas, a partir do reconhecimento de que entre o ato e a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, a situação estava conforme ao direito e produziu diversos efeitos não apenas para os diretamente envolvidos, como para toda a sociedade em geral.

Além disso, as responsabilidades sobre as consequências da decisão, ainda mais após o advento da LINDB⁵¹⁸, não possibilitam ao julgador ignorar a influência e os efeitos que o tempo infligirão no mundo real. O Sistema do Direito não pode ficar alheio à realidade social, até mesmo porque é somente para a regulação da vida em sociedade que ele existe. Sem Ambiente, sem Sistemas Sociais, sem a quem regular, seja na dimensão do ser ou dever ser, como vimos anteriormente, o Direito não teria nenhuma utilidade. Em última análise, vale lembrar que o Direito não é ciência pura, é ciência aplicada.

De uma forma ou de outra, a modulação é uma realidade do Sistema do Direito, já inserida na legislação infraconstitucional, tanto naquela específica sobre o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade⁵¹⁹, quanto na estrutura processual vigente⁵²⁰, gerando consequências também em sede de verificação de regularidade do ato administrativo em Órgão de Controle⁵²¹, não havendo motivo para que não fosse considerada também em sede de atuação consultiva do Subsistema do Judiciário.

Retornamos em Abboud para esclarecer que a tutela da confiança é “a *proteção estendida às expectativas do jurisdicionado que acredita que os atos do Poder Público possuem certo grau de estabilidade*”⁵²². Em outras palavras, trata-se

⁵¹⁸ Brasil. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, art. 20 e par. ún., c/c art. 24. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

⁵¹⁹ Brasil. Lei nº 9.868, de 01º de novembro de 1999, art. 27. LADIN.

⁵²⁰ Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, art. 927, §3º. Código de Processo Civil.

⁵²¹ ABBOUD, Georges. *Modulação de efeitos no TCU: consequencialismo e a amplitude hermenêutica da LINDB 24*. Parecer Jurídico. In: Pareceres 2021. Vol 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 83.

⁵²² ABBOUD, 2022. *Modulação de efeitos e situações jurídicas consolidadas: preservação de atos administrativos fundados em lei declarada inconstitucional*, p. 68-69.

da garantia para o indivíduo de que é possível confiar no Sistema do Direito. Se uma mudança de entendimento ocorre na seara do Subsistema do Judiciário, alterando o código direito/não direito, os atos praticados quando se agira conforme o direito, como direito devem permanecer a ser considerados.

CAPÍTULO 5

SÍNTESE CONCLUSIVA

O pressuposto da presente pesquisa foi o descompasso entre a evolução e consequente crescimento da complexidade social e a capacidade do Sistema do Direito em dar as respostas adequadas, em tempo hábil, para as demandas sociais em geral. Se tivermos conseguido chamar a atenção para o hiato hoje existente entre ambos, teremos logrado êxito em demonstrar que estamos diante de uma fissura no Sistema do Direito que precisa ser corrigida.

De forma ainda mais enfática, esperamos ter demonstrado que o Subsistema do Judiciário, enquanto observador do Sistema e do Ambiente, não percebe o ponto cego em seu ângulo de visada, que é a sua própria renúncia em não operar na dimensão consultiva, que está presente em todas as demais operacionalidades do Sistema do Direito. E mesmo que assim não fosse, parece-nos que a interpretação do Judiciário Contencioso sobre casos concretos não será a mais autorizada para entregar respostas que dialoguem de forma mais abrangente com o fenômeno social.

Por outro lado, a hermenêutica dos Tribunais que considerasse o direito em tese, que funcionasse como a definidora prévia do código direito/não direito, contribuiria sim para a compreensão do fenômeno social, constituindo uma ferramenta muito útil no entendimento sobre a relação do Sistema do Direito com os demais Sistemas Sociais, transitando mais suavemente entre as dimensões do ser e do dever ser.

Logo na introdução do presente trabalho, portanto, alguns questionamentos, expectativas e intuições foram apresentados, de molde a estabelecer o ponto de partida, o recorte e as fronteiras da pesquisa, assim como, por outro lado, também se pretendeu antever o ponto de chegada, caso o percurso metodológico-dogmático referendasse a intuição inicial, nos garantindo trilhar o rumo certo.

Pois bem.

A pergunta central que motivou, ordenou e orientou o presente trabalho foi: a ausência de dimensão consultiva no Subsistema do Judiciário constitui uma anomalia sistêmica?

A resposta positiva se impôs, na medida em que esperamos ter logrado êxito em demonstrar que apesar do Judiciário contencioso funcionar adequadamente, se considerado dentro de seus limites e possibilidades, não haveria dúvida de que a percepção social indica perda de eficiência, morosidade, coexistência de pronunciamentos antagônicos, consolidação de diferentes "direitos" para situações idênticas e, o que é o pior, sensação de insegurança jurídica. Além disso, foram trazidos dados do Conselho Nacional de Justiça, que demonstram que ano a ano se consolida o agravamento desta situação, em especial quanto ao asoerramento dos Tribunais.

Por conseguinte, a pesquisa também acredita ter sido bem sucedida em superar os três obstáculos iniciais apresentados, na medida em que acreditamos ter demonstrado o interesse em saber se a ausência de dimensão consultiva seria uma anomalia sistêmica, identificar sua relevância acadêmica e apresentar uma aplicação prática para o Judiciário consultivo.

Acreditamos ter demonstrado suficientemente estes elementos, porque a pesquisa estabeleceu um diálogo entre a Teoria do Direito e a Teoria dos Sistemas, bem como apresentou reflexões maduras sobre a adequação de uma realidade operativa de um Subsistema, em cotejo com a fundação que estrutura o próprio Sistema do Direito como um todo.

Além disso, acreditamos que o ineditismo da proposta se fez presente em diversas oportunidades do trabalho, sendo a investigação de aplicações ainda não exploradas pela Teoria do Direito sobre a Teoria dos Sistemas de Luhmann, a coluna vertebral que constitui o liame nervoso que une todas as funcionalidades deste estudo.

Adicionalmente, a pesquisa acredita ter entregue um resultado que terá utilidade para o fomento ao debate e para a reflexão acadêmica, mas não apenas, posto que vai além, na medida em que foi entregue uma alternativa de funcionamento para o Subsistema do Judiciário, que apesar de certamente poder ser melhorada pela eventual crítica acadêmica, já reúne condições mínimas de implementação.

Para a realização de todas as entregas que a pesquisa acredita ter concluído, a investigação percorreu uma trilha dogmática sólida, cuja síntese nesta etapa se faz oportuna.

Iniciamos a pesquisa, portanto, propondo no primeiro capítulo que a inexistência de dimensão consultiva no Subsistema do Judiciário constituiria uma anomalia sistêmica, o que esperamos ter demonstrado a partir do diálogo acerca do *locus* sistêmico do Subsistema do Judiciário.

Neste sentido, a pesquisa demonstrou que a realidade operativa do Sistema do Direito se manifesta em duas dimensões, sendo uma contenciosa e a outra consultiva, a exceção da sua *ultima ratio*, constituída pelo Subsistema do Judiciário, enquanto Subsistema operativo do Sistema do Direito.

Para chegar a essa conclusão, partimos da Teoria dos Sistemas de Luhmann, a refletindo sob a ótica do contexto brasileiro atual, inclusive considerando os desafios e a velocidade tecnológica típicas da contemporaneidade deste século XXI.

Apresentamos um possível diálogo entre o papel do Subsistema do Judiciário, autorreferencial e autopoietico, e as expectativas sociais para o seu funcionamento, admitindo, neste interim, alguma medida de aceitação social para o Subsistema do Judiciário. Confia-se no procedimento, independentemente do resultado dos julgamentos.

O equívoco que faz nascer a fissura no Sistema, entretanto, é a circunstância atual, na qual o Judiciário somente se dedica aos conflitos de interesses. O direito, portanto, só merecerá apreciação do Estado-Juiz se estiver no bojo de uma discussão em concreto, apesar da circunstância de que em todo o Sistema do Direito a dimensão consultiva é muito presente para todas as finalidades de regulação da vida em sociedade. Tudo aquilo que pode ou que não pode ser feito e, mais, como pode ou como não pode ser feito, enfim, tudo aquilo que é direito e que não é direito, foi previamente definido por uma análise jurídica em tese.

A pesquisa também espera ter tido sucesso em demonstrar o Judiciário enquanto Subsistema operativo do Sistema do Direito, identificando o seu papel sob a ótica da Teoria dos Sistemas, que como já mencionado é o marco teórico do presente trabalho. Neste sentido, houve cuidado na delimitação de um recorte da Teoria do Direito, a fim de estabelecer o mencionado diálogo com a Teoria dos Sistemas. A expectativa da pesquisa, neste particular, é ter alcançado o objetivo de construção da legitimação teórico-dogmática para o Judiciário consultivo.

Assim, a pesquisa concluiu que o fechamento operativo do Sistema, não significa o seu isolamento para as demais operações do Ambiente e dos demais

Sistemas Sociais. Como visto, há uma relação de *inputs/outputs* que é uma condição necessária para a operação do próprio Sistema. Daí se propor o necessário diálogo do Sistema do Direito com o Ambiente e com os demais Sistemas Sociais.

Vale dizer, todavia, que o Sistema do Direito não abandonará a binariedade de seu código próprio, até porque se o fizesse não mais seria um Sistema, ao menos não o seria na forma da proposta luhmanniana. Todavia, essa posição de terceiro alheio às nuances do Ambiente e alheio aos códigos insertos aos demais Sistemas, pode gerar alguns problemas.

O primeiro problema é o distanciamento entre o arquétipo jurídico e o arquétipo social. As dimensões entre ser ou dever ser do direito, passam a ter papel relevante na discussão e a legitimidade para sua definição torna-se o centro do debate. O segundo problema é o aumento da discricionariedade, na medida em que a *ultima ratio* do Sistema do Direito se manifesta através do Subsistema do Judiciário, o qual, por sua vez, é composto por indivíduos, cada qual influenciado por uma miríade particular e específica de perturbações que podem ser alheias ao código direito/não direito.

Os dois primeiros problemas geram consequências mais externas do que internas ao Sistema do Direito, na medida em que os seus efeitos são sentidos apenas, ou principalmente, no Ambiente e nos demais Sistemas Sociais. Ocorre que a junção destas dificuldades gera um terceiro problema, este sim com potencial lesivo ao próprio Sistema do Direito. Trata-se, na proposta da pesquisa, do problema da sensação de insegurança jurídica, que no extremo pode culminar com uma crise da legitimidade do Sistema do Direito, em especial quanto a sua capacidade em regular as relações sociais.

A insegurança jurídica pode minar a coercibilidade do direito constituído, pode ignorar a legitimidade do parlamento democrático, pode minimizar a pretensão de correção do direito e pode desconectar o Sistema do Direito do Subsistema do Judiciário, tornando-o, portanto, operacionalmente deficiente.

Além disso, considerando o contexto atual, no qual muitas das doutrinas neoconstitucionalistas, bem como posturas ativistas de julgadores, são objeto de muito debate, a pesquisa trouxe reflexões sobre como estes fenômenos podem contribuir para a fissura identificada no Sistema do Direito, em especial quanto aos

impactos que estas teorias e condutas têm gerado para o direito e para a sociedade de uma forma geral.

O ponto central a recomendar cautela com estes pensamentos e ações, prende-se ao fato de que a pesquisa acredita que o direito possua uma pretensão de correção e que essa pretensão possa ser conjugada com a estabilização de expectativas normativas, fazendo com que, em última análise, toda legislação permaneça merecendo respeito.

Na ótica deste estudo, não seria possível avançar com uma proposta dogmática, sem trazer reflexões sobre a hermenêutica jurídica como um caminho para se alcançar a melhor decisão judicial. Trata-se de temática que vem sendo explorada na literatura nacional e que, portanto, mereceu considerações nestes escritos.

Nesta investigação reflexiva, identificamos que os principais teóricos da matéria consideram a hermenêutica jurídica como a solução adequada não apenas para identificar a melhor e mais correta solução para o caso, como chegam a propor a existência de uma única decisão correta para cada caso apresentado ao julgador.

Em apertada síntese, a pesquisa superou o tema com a sensação de que, é necessário dizer, o estabelecimento de requisitos hábeis a ordenar, a conduzir o processo decisório, como parcela da doutrina nacional tem proposto, esteja mais relacionado com o discurso jurídico e, até mesmo, com a argumentação jurídica, do que propriamente com a proposta hermenêutica em essência.

Do que analisamos, a atividade jurídica é eminentemente discursiva e mesmo a alternativa ontológica hermenêutica trará em si, inexoravelmente, um viés argumentativo.

Ainda no campo da crítica, ao liquidificador teórico que se convencionou empacotar com a marca de neoconstitucionalismo, as referências que nortearam a pesquisa centraram fogo ao que denominam como um conjunto de equívocos advindos de um erro de origem, sendo que esse erro seria considerar que os princípios possuiriam uma dimensão de significado. Em realidade, a pesquisa apresentou os princípios como semanticamente vazios e que, como tal, se prestariam apenas a exprimir o conteúdo que o processo argumentativo lhes dedicasse.

Ademais, o direito se dá por satisfeito com um mínimo de consenso em relação ao procedimento. O procedimento tem a capacidade de obter uma adesão antecipada, apesar de seu desfecho ser desconhecido. O resultado do procedimento pode ser absolutamente inesperado. A certeza do direito reside no *non liquet*, ou seja, a certeza é de que ao seu término haverá uma decisão judicial definitiva. O direito não precisa de muito consenso, portanto.

Ao final, então, o que se busca é um pronunciamento definitivo do Estado-juiz para o conflito cuja solução lhe é monopólio. O que se espera encontrar é uma resposta que constitua um estado de segurança jurídica.

E a pesquisa manifesta um aspecto provocativo, quando propõe que a segurança que se busca hoje não é mais em face da parte *ex adversa* na situação conflituosa, mas sim a segurança em face de uma jurisprudência que muda constantemente a forma de pensar, ou seja, que constantemente atribui cargas de significado diferentes aos princípios, que hoje se convencionou utilizar como fundamento para a racionalidade argumentativa expressa nas decisões judiciais.

Neste sentido, a pesquisa analisou algumas críticas ao neoconstitucionalismo, em especial quanto às teorias dos princípios e a estes enquanto mandamentos de otimização. A pesquisa não abraçou essas críticas em sua completude, na medida em que considera como irrespondida a indagação sobre qual seria a alternativa para a efetivação de direitos relegados ou maltratados na dimensão política. Isso porque apesar de trazer luz para as deficiências pragmáticas das teorias argumentativas, o modelo interpretativo também não se mostrou plenamente efetivo na experiência brasileira.

A dificuldade central deste modelo, portanto, está em admitir a coexistência de uma constituição programática, enquanto unidade da diferença, enquanto *locus* hermenêutico do acoplamento estrutural entre os Sistemas do Direito e da Política, e uma situação concreta de recorrente inefetivação de direitos por parte do Sistema da Política.

Talvez por isso se possa criticar a Teoria dos Sistemas, na medida em que deixa o indivíduo de fora, o substituindo pelo Sistema. O próprio Sistema desenvolve um conjunto de estruturas e que não consideram o ser humano como o fim do direito. Melhor sorte, entretanto, não se identifica no modelo neoconstitucionalista, das várias teorias de argumentação jurídica.

O vazio semântico dos princípios apontado na pesquisa, possibilita o desenvolvimento de uma insegurança jurídica advinda da jurisprudência dos Tribunais. Ao permitir que cada intérprete da constituição, que cada julgador preencha o conteúdo de significado no vazio dos princípios, fica afastada qualquer possibilidade de reconhecimento de existência da constituição na dimensão do *ser*.

E considerar que a constituição existe na dimensão do *dever ser*, é admitir que o *quantum* de discricionariedade relegado a cada um dos diversos julgadores existentes será absoluto. Será absoluto, porque ao permitir que cada julgador descreva a carga de significado ínsita aos chamados princípios constitucionais, significa dizer que cada julgador passa a definir o que é a dimensão do *ser*.

O direito, portanto, deixa de ser definido pela constituição e passa a ser definido pela miríade de intelectualidades diversas, próprias dos julgadores. Ademais, a legislação só exerce o seu papel de estabilizadora de expectativas normativas na dimensão consultiva do Sistema do Direito, isso porque, no contexto argumentativo principiológico, é o pronunciamento do Subsistema do Judiciário que dará a última palavra na definição do código direito/não direito, pouco importando o conteúdo legal, bastando que o fundamento de validade seja discursivamente apontado como advindo do texto constitucional.

A constituição, portanto, no mar das incertezas entre as leis que pegam e as leis que não pegam, passa a pavimentar a unidade da diferença entre os Sistemas Jurídico e Político, com estruturas vazias de significado. O acoplamento estrutural entre o direito e a política, não mais será definido por uma única dimensão de *ser*, mas por tantas dimensões quantas forem necessárias para absorver todos os preenchimentos semânticos propostos pelos julgadores.

A ciência processual permanece em constante evolução, e costuma buscar dar respostas que possibilitem ao processo ser mais eficiente e mais célere, entretanto, as deficiências de um Subsistema que opera em somente uma de duas dimensões existentes no Sistema, adicionam entraves que dificultam o alcance dos objetivos colimados.

Na mesma direção parece rumar as alternativas teóricas, que permanecem não suprimindo a lacuna deixada pela inexistência da dimensão consultiva no Judiciário. Tal conclusão deriva da investigação apresentada na pesquisa, que tanto reflete sobre as entregas prometidas pelas propostas que se escoram na

hermenêutica jurídica, quanto ao estado atual da crítica sobre a argumentação jurídica, que perpassa pela base de boa parte da produção neoconstitucionalista da atualidade.

Com a finalidade de dar maior clareza para a nossa conclusão sobre o ponto, a pesquisa considerou necessário apresentar a alternativa da hermenêutica jurídica a partir da proposta original filosófica. Assim, a pesquisa propôs que o meio para a utilização da hermenêutica na seara do Subsistema do Judiciário seria o discurso, ou seja, que a entrega da inteligência hermenêutica no âmbito do direito só ocorreria através da racionalidade de uma estrutura argumentativa que pressuponha a linguagem como o *medium* universal.

Por outro lado, a crítica à ponderação parte do reconhecimento de que todo o direito infraconstitucional estaria relegado a uma situação de problematidade, de contingência, na medida em que toda a legislação poderia, sempre, estar não-conforme ao direito, já que direito e constituição passam a ser sinônimos. E isso significa que o código lícito-ilícito, na perspectiva da ponderação, deixa de ser formulado abstrata e previamente aos fatos sociais que pretende regular. Neste cenário, o campo se torna fértil para a instabilidade e insegurança jurídicas.

Considerando que ambas, hermenêutica e argumentação jurídica utilizam o mesmo meio - a linguagem - para a entrega do resultado, a crítica atual, apesar de mais centrada nas teorias da argumentação, também será aderente à proposta da hermenêutica jurídica.

Com estes argumentos, a pesquisa concluiu que, em última análise, a alternativa hermenêutica, tal como apresentada na atualidade, parece adicionar mais complexidade em um contexto já hipercomplexo e não enfrenta objetivamente os pontos de melhoria hoje identificados no Subsistema do Judiciário.

E é neste ponto que a presente pesquisa se diferencia das demais que se debruçam sobre o mesmo fenômeno. Aqui não se pretende corrigir essa aparente anomalia apresentando técnicas que deveriam ser utilizadas pelos Julgadores de molde a melhorar e padronizar a atuação jurisdicional. A proposta da pesquisa traz uma alternativa que foca mira na busca pela retomada do papel do Sistema do Direito como o estabilizador de expectativas normativas e que ainda seja dotado de uma pretensão de correção.

A pesquisa segue essa linha por entender que os problemas a serem enfrentados nessa seara são, de fato, hipercomplexos. Buscar a excelência na efetivação do direito, considerando um cenário marcado por (a) uma constituição programática e centrada na proteção de direitos fundamentais, (b) em um país com dimensões continentais, em desenvolvimento, marcado por profundas desigualdades sociais, (c) com um Judiciário composto por quase vinte mil juízes, que julgam dezenas de milhões de ações judiciais anualmente, e, por fim, (d) com o consumo de recursos estatais que superam a casa dos R\$ 100 bilhões para custear essa estrutura, é tarefa que em nossa ótica apresenta grau de dificuldade similar à conhecida e utópica proposta de Hércules.

Daí a pesquisa trazer uma alternativa diferente, focada no problema central, que é a de definição prévia do código direito/não direito. Ora, se abaixo da constituição tudo será contingência, se tudo será indefinido até que o Judiciário se pronuncie, por que o pronunciamento não pode ser prévio? A pergunta retórica nos convida a reflexão do ponto: Por que não? Registre-se, neste ponto, que a pesquisa não tem a pretensão de trazer uma resposta definitiva para o problema. O que se pretende é apresentar uma oportunidade de melhoria, ou seja, é, em última análise, abrir uma janela para uma alternativa.

No âmbito da estrutura dogmática da presente proposta, focada no marco teórico da Teoria dos Sistemas, o que nossa proposta traz é o rompimento com a prática neoconstitucionalista que possibilita uma permanente abertura alopoiética do Sistema, comprometendo a sua própria existência, para, diferentemente, rumar em direção ao Judiciário consultivo, que serviria como um limitador dessa abertura, contribuindo para o seu fechamento operacional, que é a chave da sua sobrevivência autorreferencial.

Em última análise, a preservação da autorreferencialidade possui importância ímpar, na medida em que refletir se o direito possui ou não uma pretensão de correção, ou se, por outro lado, limita-se a ser o estabilizador de expectativas normativas, ou se, em verdade, está vocacionado para a busca do ser, libertando-se da visão limitadora do ente e se, após tantas opções, a sua efetivação deve buscar o fundamento de validade nas regras constitucionais ou se a deve buscar na interpretação individual do que viriam os ser os princípios constitucionais, só terá

importância, tudo isso só será relevante, se o Subsistema do Judiciário puder entregar segurança jurídica para o Ambiente e para os demais Sistemas Sociais.

Neste sentido, a segurança jurídica foi abordada na pesquisa sob dois viéses bem claros. O primeiro e mais evidente, se relaciona com a previsibilidade. Segurança jurídica, nesta dimensão, é poder prever se a conduta está conforme o direito, antevendo, com razoável probabilidade de acerto, o resultado do pronunciamento jurisdicional, portanto. O segundo viés é o tempo de duração do processo, que apesar de ostentar status de direito fundamental do indivíduo, permanece sendo relegado a segundo plano na realidade cotidiana dos Tribunais.

A questão da demora nos julgamentos foi apresentada na pesquisa como um problema que não é restrito ao Brasil, mediante a apresentação de vários exemplos do direito comparado. Trata-se de um problema do Subsistema do Judiciário, aqui e acolá, portanto. Sob a ótica da pesquisa, parece ser mais uma evidência de que não seja possível a obtenção das entregas almejadas do Judiciário, enquanto o Subsistema funcionar apenas em sua dimensão contenciosa.

A resposta simplista para solucionar os restritos limites de possibilidade do Judiciário contencioso, que poderia vir em contraponto à proposta consultiva, seria a de que bastaria aumentar a estrutura do Subsistema do Judiciário para solucionar a questão de tempo de entrega da jurisdição. A investigação da presente pesquisa, entretanto, apresenta dados que nos convidam a refletir sobre os limites de possibilidade do Estado, em especial diante das profundas carências de desenvolvimento e da realidade que indica a manutenção de uma nefasta desigualdade social no Brasil.

O fato é que a nossa comparação entre os anuários “Justiça em Números”, em suas edições de 2018, com dados referentes ao ano de 2017, e 2021, com dados de 2020, publicados pelo Conselho Nacional de Justiça, indicam que o orçamento para o segmento continua consumindo uma relevante fatia dos recursos disponíveis, desproporcional quando comparada com a prática de outros países.

Além do Subsistema ser oneroso para o Estado brasileiro, os dados do CNJ nos informam que o assoberbamento das Cortes piora ano a ano, na medida em que aumentou o déficit, a partir do aumento da chamada taxa de congestionamento, que é o indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de

solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados).

Por outro lado, o Judiciário contencioso brasileiro segue o mesmo padrão de trabalho que o dos demais países que adotam o modelo romano-germânico de *civil law* e que vem sendo desenvolvido e aperfeiçoado ao longo dos séculos, observadas algumas particularidades nacionais. Ao dizer isso, queremos propor, de forma prudente, que não haveria como imaginar uma mudança radical no funcionamento do Subsistema do contencioso. A dimensão contenciosa é madura o suficiente para se desenvolver autopoieticamente.

O que resta, ou seja, a lacuna que precisa ser preenchida na ótica deste trabalho, portanto, é a implementação da dimensão presente em todo o Sistema do Direito, mas ainda não identificada no Subsistema do Judiciário, que é a dimensão consultiva. Por isso a pesquisa a propôs, inclusive como uma alternativa para evitar a judicialização de massa.

A premissa que considera a existência de duas dimensões em todo o Sistema do Direito, deriva tanto da observação sobre a operação usual do Sistema do Direito, como se apoia na ideia de unidade da diferença, presente na Teoria dos Sistemas. Lembrando que é a diferença que nos permite separar o Sistema do Ambiente e que é a unidade da diferença que nos permite reconhecer os contornos do Sistema, vale lembrar que não é possível identificar uma diferenciação primária entre o Sistema e o Ambiente em situações de alta complexidade. Nestas hipóteses, a diferenciação sistêmica é substituída pela diferenciação funcional.

Alcançando a diferenciação sistêmica, que nos permite identificar a existência do Sistema do Direito e identificando a diferenciação funcional, que nos permite reconhecer a existência do Subsistema do Judiciário, a proposta da pesquisa, neste particular, é que veremos que o que diferencia o Subsistema do Judiciário do Sistema do Direito é a *definitividade*.

Definitividade, porque após o pronunciamento final do Judiciário teremos, enfim, a definição do que é “direito”. Por conseguinte, qualquer outra interpretação, razoável ou não, sempre será “não direito”, nem que seja apenas para as partes submetidas à decisão. Definitividade, portanto, será a constante sempre presente. Definitividade, em outras palavras, é a igualdade em todas as diferenças possíveis

entre a conclusão do Subsistema do Judiciário e a conclusão de qualquer outro Subsistema do Direito.

A diferenciação surge neste contexto, também como uma racionalização com vistas à redução da complexidade. Complexidade que vem sendo aumentada pela atuação restrita do Judiciário contencioso. Ao invés de estabilizar o direito, os milhares de julgamentos individuais no contexto de massa, culminam por adicionar mais complexidade à já alta complexidade do Sistema, nublando os contornos do código direito/não direito, gerando a fratura no Sistema proposta nesta pesquisa. Propomos neste trabalho que isso não ocorreria se houvesse o pronunciamento prévio e definitivo sobre a matéria, o que deveria ocorrer em sede de dimensão consultiva no Judiciário.

Assim definidas a proposta e sua fundamentação dogmática, restou à pesquisa apresentar um modelo de Judiciário consultivo que, para além da investigação teórica, pudesse fazer sentido no contexto do funcionamento atual do Subsistema do Judiciário.

A pesquisa iniciou a parte final do trabalho se dedicando a calibrar as expectativas para o que poderia vir a ser uma experiência de Judiciário consultivo. Segurança jurídica, diálogo entre os poderes e eficiência operacional do Subsistema do Judiciário, gerando, conseqüentemente, uma melhor consolidação da jurisprudência, efetivação de direitos fundamentais e desafogo do Judiciário contencioso, possibilitando ainda uma análise mais detida das nuances dos casos concretos, tomam lugar de destaque, portanto, neste contexto.

Em especial quanto ao ganho de eficiência do Estado, a pesquisa se dedicou a demonstrar pontos que indicam a ausência de melhoria no Subsistema do Judiciário, em que pese a produtividade tenha aumentado, ou seja, o Subsistema está em constante evolução, mas opera deficitariamente ano a ano, não dispondo o Estado de tantos recursos para destinar ao aumento de uma Instituição que já consome relevante fatia das disponibilidades financeiras da nação.

Sobre a melhoria do diálogo entre os poderes, inclusive refletindo acerca da chamada "judicialização da política", o trabalho visa propor que um modelo liberal de direitos fundamentais não deve enxergar a sociedade como um conjunto de pessoas que divergem entre si em prol de uma possível defesa de seus direitos individuais. Na visão deste estudo, tal diálogo tripartite no interior da organização do Estado será

melhor desenvolvido, será mais eficiente, portanto, se travado com o uso da dimensão consultiva na atuação do Subsistema do Judiciário.

E isso porque no âmbito da interação institucional entre os Subsistemas do Judiciário (Direito), do Executivo (política) e do Legislativo (política), a harmonia merecerá destaque, em especial quanto a participação do Judiciário, porque parece ter sido absorvida por uma ideia de independência que culminou por criar um ambiente no qual a participação do Judiciário no diálogo institucional passou a ser encarado como algo inapropriado.

Ocorre que o mandamento constitucional determinando que haja harmonia entre Judiciário, Executivo e Legislativo permanece presente e não parece razoável concluir que a harmonia se esgote com o Judiciário decidindo e Executivo e Legislativo se submetendo. Trata-se de uma forma de submissão, que é aderente e adequada na dinâmica contenciosa. A harmonia prevista na constituição, entretanto, não pode ser rebaixada a uma mera operacionalidade autorreferencial de um Subsistema do Direito.

Parece-nos que também nesta perspectiva a dimensão consultiva se apresenta como um avanço, seja no campo da eficiência do Sistema, seja no cumprimento do mandamento constitucional, na medida em que proporciona uma hipótese de efetivação da harmonia através do diálogo.

Com a finalidade de demonstrar que a proposta da presente pesquisa, apesar de inédita, não seria totalmente desprovida de paradigmas atualmente existentes, nossa investigação identificou experiências brasileiras e estrangeiras, que com maior ou menor aderência, poderiam constituir exemplos de alternativas que buscaram enxergar respostas judiciais para além do Judiciário contencioso.

Neste sentido, trouxemos os exemplos brasileiros das consultas ao Tribunal de Contas da União e ao Tribunal Superior Eleitoral, assim como abordamos as propostas dos Conselhos de Estado Francês e Português, o relacionamento das Cortes dos Estados nacionais europeus com a Corte Européia, culminando com dois exemplos bem mais próximos da presente proposta, que são o caso da Constituição provisória na África do Sul e da Consulta sobre a Secessão de Quebec, no Canadá.

Prosseguindo na análise pragmática, a pesquisa trouxe reflexões sobre o atual estado de aderência de parcela da pesquisa que se desenvolve no âmbito do direito processual brasileiro, com a alternativa apresentada no presente estudo.

Neste particular, partimos da constatação de insuficiência dos institutos processuais tradicionais em fornecer respostas para demandas de direito público e mesmo em litígios privados de maior complexidade, levando o julgador até mesmo a cometer injustiças.

O caminho que a pesquisa processual tem seguido com as propostas acerca daquilo que se convencionou denominar de processos estruturais, muito inspirado na proposta das *structural injunctions*, centra na constatação de que a atualidade do tema está marcada pela busca de alternativas de solução que se distanciam em muito da hermética processual tradicional, o que, em nossa ótica, deixa evidente que a ciência processual já reconhece que há situações nas quais os arsenais processual e procedimental disponíveis, não são suficientes para lhes entregar as repostas esperadas.

Ainda mais importante para esta pesquisa, é o reconhecimento de que existem autorizadas vozes no âmbito do direito processual que estão dispostas a repensar a qualidade dos instrumentos processuais disponíveis e que incumbe ao Subsistema do Judiciário entregar respostas adequadas aos demais Sistemas Sociais.

O que diferencia o presente estudo, entretanto, é acreditar que o caminho estaria em percorrer a dimensão presente em todo o Sistema do Direito, à exceção do próprio Subsistema do Judiciário, que é a dimensão consultiva.

O passo seguinte e final da presente pesquisa foi a apresentação do modelo de procedimento que seria adotado para a formação das Turmas consultivas e para alcançar uma decisão sobre as consultas que lhes fossem submetidas.

Neste sentido, a ideia apresentada foi a criação de Turmas e/ou atribuição consultivas perante o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho, no âmbito de suas respectivas competências constitucionais. Ao STF, portanto, incumbiria analisar a conformidade do tema perante a constituição, ao STJ perante a legislação federal e ao TST perante a legislação trabalhista, e todos perante as suas próprias jurisprudências consolidadas, sendo que no STF somente haveria a atribuição consultiva, na medida em que a competência para deliberação sobre constitucionalidade é do Plenário, inviabilizando a criação de uma Turma consultiva, portanto.

Mantendo a objetivação dos julgamentos, as Turmas consultivas se manifestariam sobre questões concretas, editando ao final uma Tese que viesse a ser alcançada após as ponderações dos julgadores. As questões em concreto seriam: políticas públicas, programas de governo, temas de relevância para o direito, temas de relevância nacional, risco de judicialização de massa e instabilidade na jurisprudência.

Em linhas gerais, políticas públicas são as diretrizes macro, como o conjunto de programas e medidas governamentais que deverão estar integradas e articuladas, para a entrega de bens ou de serviços a toda a sociedade. Programas de governo, por sua vez, são os modos, os meios de operacionalizar as diretrizes estabelecidas nas políticas, propondo a edição de normas, meios de financiamentos, incentivos tributários, atividades e projetos por exemplo.

Temas de relevância para o direito são, entre outros, a edição de uma nova legislação, a evolução da doutrina, a mudança de um estatuto jurídico de maior envergadura. Aqui residiria, por exemplo, a proteção do consumidor; os direitos do credor nos processos de execução; hipóteses de incidência e outras discussões na seara tributária; a reforma trabalhista ainda em debate; entre muitos, muitos outros exemplos, apenas para ficar naqueles que até o momento são o fundamento para a tramitação de incontáveis processos nos Tribunais brasileiros.

Temas de relevância nacional serão identificados em duas formas. A primeira será constituída por temas caros a sociedade há décadas, alguns constituindo verdadeiros tabus sociais, como, por exemplo o aborto, casamento de pessoas do mesmo sexo, identidade social, liberdade religiosa, manifestações culturais ou religiosas que envolvam maus tratos a animais, demarcação de terras indígenas e quilombolas, entre vários outros. A segunda forma será constituída por aqueles que seriam enquadrados no recorte de temas relevantes para o direito, mas que por circunstâncias pontuais ganham repercussão nacional, como, por exemplo, a prisão em segunda instância ou o garantismo e os limites investigativos do Judiciário, que são temas amplamente debatidos na atualidade.

O Risco de judicialização de massa, como o próprio nome já indica, visa dar uma resposta jurídica célere a fim de prevenir ou estancar este fenômeno da modernidade brasileira. Já a instabilidade na jurisprudência ocorreria quando posicionamentos diversos comesçassem a ser verificados nos julgamentos sobre

determinada temática, em número que suplantasse as pontuais divergências habituais, o que poderia ser monitorado pelo uso de ferramentas tecnológicas, como, por exemplo, recursos de inteligência artificial, *machine learning*, dentre outros.

Na sequência, a pesquisa passa a detalhar o rol de legitimados, o procedimento para a submissão de teses e os critérios de seleção daquelas que serão julgadas pelos respectivos Tribunais.

Em linhas bem gerais, foi proposta uma legitimação que acompanha a prevista para ações coletivas e constitucionais, a ausência de formalismo para a submissão de consultas e a possibilidade dos Tribunais definirem quais matérias seriam apreciadas de acordo com uma seleção de pauta semestral.

O próximo ponto abordado foi o desenho do procedimento e seu julgamento, bem como o estabelecimento de limitado sistema recursal, existente apenas para hipóteses pontuais, pois a essência da proposta dialoga com a segurança jurídica e, na ótica da pesquisa, para além da padronização, segurança também é definitividade.

Seguindo o mesmo racional, a pesquisa se dedicou ao procedimento afeto à consolidação da jurisprudência, que é um dos pontos centrais da crítica subjacente ao presente estudo, merecendo atenção especial na descrição do procedimento, portanto.

Ao final discorreremos sobre os efeitos da decisão que define a consulta, estabelecendo a tese jurídica, portanto. Além disso, apresentamos a dimensão de aplicabilidade dos institutos da tutela de urgência e da modulação dos efeitos da decisão nos casos.

Com isso, esperamos ter apresentado a comprovação e a estrutura daquilo que se prometeu na introdução do trabalho. Nossa expectativa, enfim, é ter demonstrado que o Judiciário consultivo se trata de um modelo possível.

Da mesma forma, esperamos ter tido sucesso em demonstrar a plausibilidade da existência de uma dimensão consultiva no Subsistema do Judiciário, bem como ter entregue com razoável precisão os contornos de uma possível estrutura para o seu funcionamento.

Esperamos, enfim, que tenhamos apresentado um texto consistente quanto ao diálogo entre a Teoria do Direito e a Teoria dos Sistemas, bem como que desta

interação haja consistência acadêmica na identificação de uma fissura no Sistema do Direito. Ainda mais profundamente, esperamos que tenha havido coerência na proposta de que esta fissura seja de tal ordem que se imporia uma contingência como resposta à anomalia sistêmica identificada.

Caminhando ainda mais adiante, queremos crer que nossa narrativa foi convincente no sentido de sugerir de forma estruturada que os problemas atuais submetidos ao Subsistema do Judiciário não poderiam ser resolvidos exclusivamente com a racionalidade autorreferencial do mundo do direito.

Assim como mencionado na introdução, nossa proposta permanece divorciada da pretensão de resolver integralmente o problema. Queremos agregar ao debate, com uma alternativa de melhoria para o funcionamento do Sistema. Trata-se apenas de uma proposta de avanço. Nada mais, nada menos.

Se assim de fato tiver ocorrido, teremos alcançado nosso objetivo de pesquisador, acreditando que a entrega final tem a consistência suficiente para estimular o debate em âmbito acadêmico, trazendo reflexões que mereçam ser enfrentadas, a fim de contribuir para a evolução da pesquisa sobre o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. [livro eletrônico]. 3ª. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. *Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista*. Revista dos Tribunais *on line*. vol. 1009/2019. Nov/2019. DTR\2019\40632.

_____. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. *Modulação de efeitos e situações jurídicas consolidadas: preservação de atos administrativos fundados em lei declarada inconstitucional*. Parecer Jurídico. In: Pareceres 2021. Vol 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

_____. *Modulação de efeitos no TCU: consequencialismo e a amplitude hermenêutica da LINDB 24*. Parecer Jurídico. In: Pareceres 2021. Vol 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

AGOSTINHO, Sto. *Acerca da doutrina cristã (excertos)*. In: MAGALHÃES, Rui. (Org.). *Textos de hermenêutica*. Porto-Portugal: Rés, 1984.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Org/trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMATO, Lucas Fucci. *A constituição de 1988 e o debate sobre parlamentarismo e presidencialismo: modelos trajetórias e alternativas institucionais*. In: RIL Brasília, a. 55, n. 219, jul/set. 2018.

AQUINO, S. Tomas. *Suma teológica. Os hábitos e as virtudes. Os dons do Espírito Santo. Os vícios e os pecados. A lei antiga e a lei nova. A graça*. Vol.4. São Paulo: Edições Loyola.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais*. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo. vol. 225/2013, p. 389-410, Novembro de 2013. Revista dos Tribunais online. Thomson Reuters.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

AUSBERG, Ino. *A desumanidade da razão na multiplicidade de suas vozes - a teoria da ponderação e sua crítica como um programa jurídico-teórico*. In: *Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2016.

Australia Financial Review. Disponível em: <https://www.afr.com/technology/social-media-platforms-can-t-self-regulate-20190327-p517y5>, acesso em 03/07/2020.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 ed., ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *“Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”*. **Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 27 de outubro de 2011.

BABOOLAL-FRANK, Rashri. *Civil litigation in tribunals in South Africa: creating a unified tribunal system*. In: *Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice* vol. 70. Ed. Springer, 2018.

BACHUR, João Paulo *A Teoria dos Sistemas sociais de Niklas Luhmann*. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 36, n. 2: 77-94, jul./dez. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOSA, Samuel. *Constituição, democracia e indeterminação social do direito*. In: *Revista Novos estudos*. vol. 96. Julho de 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BAUERMANN, Desirê. *Structural injunctions no direito norte-americano*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo - a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Ed. Jorge Zahar. Rio de Janeiro. 2008.

BBC. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-47135058>, acesso em 05/07/2020.

BEDNARZ, John. *Translator's introduction*. In: LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Translated by John Bednarz, Jr. Cambridge: The University of Chicago Press. 1989.

BERTALANFFY, Ludwig von. *General system theory: foundations, development, applications*. New York: George Braziller, 1968.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2005.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1997.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/contendo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em 06 jan. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. <https://portalbnmp.cnj.jus.br/>

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Judiciário recebeu 6,3 milhões de novos processos judiciais até março deste ano*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-recebeu-63-milhoes-de-novos-processos-judiciais-ate-marco-deste-ano/>. Acesso em 26 jun. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2021*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em 26 jun. 2022.

_____. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, art. 20 e par. ún., c/c art. 24. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

_____. Decreto nº 57.663, de 24 de Janeiro de 1966. Lei Uniforme de Genebra.

_____. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 5º. LACP.

_____. Lei nº 9.868, de 01º de novembro de 1999, art. 27. LADIN.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório estatístico 2017*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>>, acesso em 30/10/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório estatístico 2021*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=371>>. Acesso em 26 jun. 2022

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 30/04/2009. Publicação: 06/11/2009. Órgão julgador: Tribunal Pleno.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 511961/SP. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 17/06/2009. Publicação: 13/11/2009. Órgão julgador: Tribunal Pleno.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2418/DF. Dje em 17/11/2016 - ATA Nº 175/2016. Dje nº 243, divulgado em 16/11/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. SL 1248 MC/RJ. MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE LIMINAR. Relator(a): Min. Presidente. Decisão proferida pelo(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 08/09/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 38782/RJ - RECLAMAÇÃO. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Decisão proferida pelo(a): Min. VICE-PRESIDENTE. Julgamento: 21/01/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno. Resolução-TCU nº 246, de 30 de Novembro de 2011.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Regimento Interno. Resolução-TSE nº 4.510, de 29 de Setembro de 1952.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Junho/tse-suspende-analise-de-duas-acoes-por-abuso-eleitoral-contra-chapa-bolsonaro-mourao>>, acesso em 05/07/2020.

BRATKOVIĆ, Marko. *Roots of the resistance to the change in the Supreme Court's role*. In: *Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice*. vol. 70. Ed. Springer, 2018.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Canal do IDP no YouTube. Disponível em: <<https://youtu.be/wrPgPafXEiM>>, acesso em 05 de junho de 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. II. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais: hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

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

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 8a ed. rev. ampl. atual. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2001.

Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

CIRNE-LIMA, Carlos. *Dialética para principiantes*. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

CITRON, Rodger D. *(Un)Luckey v. Miller: the case for a structural injunction to improve indigent defense services*. In: The Yale Law Journal. 101 Yale L.J. 481 (1991-1992).

CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo*. In: Revista de Processo. REPRO Vol. 151 (Janeiro de 2016).

COSTA NETO, João. *A corte constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: paradigma a ser seguido?* In: Observatório da jurisdição constitucional. Ano 7, n. 1, jan./jun. Brasília, 2014.

COUTINHO, Francisco Pereira. *Os juízes portugueses e o reenvio prejudicial*. In: 20 Anos de Jurisprudência da União sobre Casos Portugueses: o que fica do diálogo entre os juízes portugueses e o Tribunal de Justiça da União Europeia, Instituto

Diplomático. Maria Luísa Duarte, Luís Fernandes e Francisco Pereira Coutinho (coord.), Lisboa, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE GIORGI, Raffaele. *Os desafios do juiz constitucional*. In: Impasses e aporias do direito contemporâneo – estudos em homenagem a José Eduardo Faria. São Paulo: Saraiva. 2011.

_____. *Argumentação jurídica a partir da constituição*. In: Seminário Teoria da Decisão Judicial – série cadernos do CEJ 30. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal-CEJ. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados-Enfamf. Brasília. 2014.

DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *O fim da relativização da coisa julgada no Novo CPC*. Disponível na internet: <<http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-fim-da-relativizacao-da-coisa-julgada-no-novo-cpc-31082015>>. Acesso em: 02 de junho de 2019.

DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo. Editora da Universidade de São Paulo: Perspectiva, 1973.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol 1. Salvador: Jus Podium, 2008.

DIDIER Jr., Fredie. ZANETI Jr., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Revista dos Tribunais *on line*. vol. 303/2020. Mai/2020. DTR\2020\6787

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 1977.

_____. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

_____. *Law's empire*. Fontana Press. London. 1986.

ELLIS, Joseph J. *The Supreme Court was never meant to be political*. *Journal: The Wall Street Journal*. Sept.14th, 2018. Disponível em <https://www.wsj.com/articles/stop-pretending-the-supreme-court-is-above-politics-1536852330>, acesso em 01 de junho de 2022.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na constituição de 1988*.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do judiciário e suas implicações*. In: *Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas – Ano 1, n. 2*. Disponível em: <<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/21/16>>. Acesso em: 04 mai 2013.

FISCHER-LESCANO, Andreas. *Crítica da concordância prática*. In: *Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2016.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord.Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

FOLHA. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/judiciario-brasileiro-custa-proporcionalmente-o-triplo-do-espanhol/>>. Acesso em 26 jun. 2022.

FRANÇA. *Conseil D'État*. Disponível em: <<https://www.conseil-etat.fr/pt>>. Acesso em 26 jun. 2022.

FREDRIKSEN, Halvard Haukeland. STRANDBERG, Magne. *Norwegian civil procedure under the influence of EU law*. In: *Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice*. vol. 70. Ed. Springer, 2018.

GADAMER. Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev.Trad. Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. *Tutela específica das obrigações de fazer*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. O Prazo Razoável como conceito indeterminado no Processo Penal. In: FAYET, Ney; WEDY, Miguel Tedesco. (Orgs.) *Estudos Críticos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. *Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Claudio Molz. Coord., rev.téc., introd., Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol I*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HART, Herbert L.A. *The concept of law*. Claredon Law Series. Great Britain. 1991.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Bragança Paulista: Vozes, 2011.

HERRERO, Francisco Javier. *Moral, direito e política*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. In: Revista de Direito Administrativo, 251, 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor).

HOLLOWAY, Carson. *Judicial activism, by liberals and conservatives, is a danger to America*. In: Judicial Activism. Opposing Viewpoints Series. Book Editor: Noah Berlatsky Greenhaven Press.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo. Ed. Quartier Latin. 2006.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

Jornal do Empreendedor. Disponível em: <https://jornaldoempreendedor.com.br/destaques/the-filter-bubble-o-que-a-internet-esta-escondendo-de-voce/>, acesso em 05/07/2020.

KAFKA, Franz. *O processo*. Ebook, disponível em [http://groups.google.com/group/Viciados_em_Livros], acesso em 30/05/2022.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008.

_____. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2008. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor).

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional*. Trad. alemão Alexandre Krug. Trad. italiano Eduardo Brandão. Trad. francês Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Rev. técn. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KERSTING, Wolfgang. *O fundamento de validade da moral e do direito em Kant*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

KLEIN, Stefan. Niklas Luhmann, *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. In: Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 29, n. 3. São Paulo. 2017.

KORSGAARD, Christine M. *Tomando a lei em nossas próprias mãos: Kant e o direito à revolução*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LADEUR, Karl-Heinz. *Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais. Apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais*. In: Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2016.

LADEUR, Karl-Heinz e CAMPOS, Ricardo. *Entre teorias e espantalhos - deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens*. In: Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Translated by John Bednarz, Jr. Cambridge: The University of Chicago Press. 1989.

_____. *El arte de la sociedad*. Trad: Javier Torres Nafarrate con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. Mexico: Herder UIA, 2005.

_____. *Causalidad en el Sur*. In: Estudios Sociológicos, vol. XXVII, núm. 79. El Colegio de México, A.C. Distrito Federal, México. 2009.

_____. *A constituição como aquisição evolutiva*. Tradução realizada a partir do original ("Verfassung als evolutionäre Errungenschaft". In: Rechtshistorisches Journal. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução

italiana de F. Fiore (“La costituzione comeacquisizione evolutiva”. *In*: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). [Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 9 dez. 2013].

_____. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. São Paulo: Vozes, 2016.

_____. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. Trad. Latim: Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Ed: Oxford University Press. Great Britain. 2005.

MARCUS, Richard. *Reassessing the essential role of public courts: learning from the American experience*. *In: Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice*. vol. 70. Ed. Springer, 2018.

MATURANA, Humberto R. VARELA, Francisco J. *Autopoiesis and cognition - the realizations of the living*. Holland: D. Reidel Publishing Company, 1980.

MAUS, Ingborg. *Judiciário como superego da sociedade - o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos n. 58. Novembro de 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira e ABOUDD, Georges. *Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea*. Revista dos Tribunais *on line*. vol. 1008/2019. Out/2019. DTR\2019\40623.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

_____. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

_____. *Direito e(m) verdade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2011.

MONTESQUIEU, Barão de la Brède e de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A efetividade do processo de conhecimento*. *In*: Revista de processo, n.74, São Paulo, RT, 1994.

_____. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. Temas de direito Processual, 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos co-ed. Fortlivros, 1999.

NEVES, Marcelo. *A força simbólica dos direitos humanos*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. n. 4. Out/nov/dez, Salvador, 2005.

NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PARSONS, Talcott. *The structure of social action: a study in social theory with special reference to group of recent European writers*. New York: The Free Press, 1966 4th printed.

_____. *The social system*. London: Routledge. e-book 2005.

PAULA JÚNIOR, Aldo de. *O princípio da igualdade o direito tributário e a decisão de (in)constitucionalidade nele fundamentada: análise de alguns casos concretos*. In: Paulo Gonet Branco; Liziane Angelotti Meira e Celso Barros Correia Neto (Coords.). *Tributação e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, (Série IDP).

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PODCAST. *America`s highest court needs term limits. Deepening partisanship is bad for the court and bad for America*. Journal: *The Economist*. Sep. 15th, 2018. Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2018/09/15/americas-highest-court-needs-term-limits>, acesso em 01 de junho de 2022.

Portal da Indústria. *Entenda o que é Custo Brasil e como ele impacta o país*. Disponível em: <<https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/o-que-e-custo-brasil/>>. Acesso em 26 jun. 2022.

POSCHER, Ralf. *Teoria de um fantasma - a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto*. In: *Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2016.

Portal UOL de Notícias. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/le-monde/2015/07/18/apos-6-anos-presos-bloqueiros-do-ira-redescobre-internet-e-reclama-do-que-ve.htm>>, acesso em 05/07/2020.

Portugal. Conselho de Estado. Disponível em: <<https://www.presidencia.pt/presidente-da-republica/as-funcoes/conselho-de-estado/>>. Acesso em 26 jun. 2022.

_____. Tribunal Constitucional. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>>. Acesso em 26 jun. 2022.

QUINTAS, Fábio Lima. *Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais*. RIL Brasília a. 53, n. 209, jan./mar. 2016.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UNB, 1981.

_____. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico. Uma introdução à Teoria dos Sistemas jurídicos*. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. de Trad. Marcelo Brandão Cipolla. Ed. WMF Martins Fontes. São Paulo. 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nassetti. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral. Indenização no Código Civil. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo. Saraiva. 2010.*

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. *Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre Concorrência*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UNISUL. Jan/dez. 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tributação e Liberdade*. In: Adilson Rodrigues Pires; Heleno Taveira Tôrres. (Orgs.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário: estudos em homenagem ao prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 1.

_____. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHUARTZ, Luís Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. In: *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. Orgs. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri. Série Direito em debate. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Escola da Exegese*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord. Geral). *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. São Paulo: LTr, 2011.

SOUSA, António Francisco de. *Garantias fundamentais de segurança jurídica no procedimento tributário*. In: Paulo Gonet Branco; Liziane Angelotti Meira e Celso

Barros Correia Neto (Coords.). *Tributação e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, (Série IDP).

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva. 2012.

TEUBNER, Gunther. *A matriz anônima: violação de direitos humanos por atores "privados" transnacionais*. In: *Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva.

The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/politics/2019/jun/29/how-brexit-party-won-euro-elections-on-social-media>, acesso em 04/07/2020.

The Independent. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/mark-zuckerberg-facebook-fake-news-invitation-london-parliament-a8650301.html>, acesso em 04/07/2020.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997.

UZELAC, Alan. van RHEE, Cornelis Hendrik. *The metamorphoses of civil justice and civil procedure: the challenges of new paradigms. Unity and diversity*. In: *Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice*. vol. 70. Ed. Springer, 2018.

VESTING, Thomas. *Vizinhança: direitos fundamentais e sua teoria na cultura das redes*. In: *Crítica da ponderação - método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. Org. Ricardo Campos. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Horizontes da justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Tese. USP-Universidade de São Paulo. 2013.

_____. *Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Porto Alegre. Ed. Sergio Antonio Fabris. 2015.

_____. *Judicialização da política ou politização do direito: sintomas de disfuncionalidades na política e no Direito*. In: *Revista Conceito Jurídico*. N. 11. Novembro de 2017. Ed. www.zkeditora.com.br.

_____. *O confronto da jurisdição constitucional com seus limites autopoieticos: o problema do ativismo judicial alopoietico na Teoria dos Sistemas*. In: *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 15, n.1, jan/dez, 2018.

_____. *O precedente à brasileira: vinculação sem persuasão*. In: *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília. v. 23 n. 129, Fev/Mai 2021.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. 5 ed. alemã., rev., atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Ed. Cambridge University Press. United States, New York, 1999.

WIETHÖLTER, Rudolf. *Materialization and proceduralization in modern law*. In: Gunther Teubner (org.). *Dilemmas of law in the welfare state*. New York: Walter de Gruyter, 1988, assim. *Apud* Georges Abboud. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

WOO, Margaret. *The disappearing trial: retrenchment of litigation in North America*. In: *Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice*. vol. 70. Ed. Springer, 2018.