

A DECISÃO JUDICIAL E A INCLUSÃO JURÍDICA The Judicial Decision And Juridical Inclusion.

Paulo Henriques da Fonseca*

Sumário: Introdução 1. A decisão judicial e as expectativas dos atores envolvidos. 1.1. A sociedade: valores e expectativas. 1.2 – O indivíduo e suas expectativas. 1.3. O juiz: prestação do serviço e expectativa. 2. A decisão: seus balizadores e fundamentos. 3. A decisão jurídica entre a oportunidade e a necessidade. Considerações finais.

RESUMO

A decisão judicial assume relevância como discurso qualificado a resolver questões que extrajudicialmente não podem ou não foram resolvidas. A sociologia, a filosofia e a psicologia social trazem elementos para o tema da decisão judicial ressaltando as especificidades epistemológicas próprias de cada uma e ao mesmo tempo abrindo-se à interdisciplinaridade. O problema posto é que a decisão judicial, necessária e buscada na lide, se vê precedida de expectativas, desejos diversos e interesses conflitantes. Há uma lacuna de fundamentos absolutos ou universais para a decisão como certeza, verdade e justiça e mesmo a estrita legalidade não tem o condão de tornar a decisão satisfatória para as partes e o julgador, pelas lacunas do direito, dentre outros elementos que fragilizam atualmente a administração da justiça. A peculiaridade da disputa judicial há de selecionar um método adequado, o dialético-argumentativo de decisão. A partir desse método, se abordará primeiro a questão proposta partindo de uma “síncrise” das expectativas médias da sociedade, das partes envolvidas e do julgador quanto à decisão necessária e buscada. Passa-se, no segundo momento, para uma confrontação daquela síncrise inicial com as inexatidões das ciências sociais e da filosofia quanto ao fundamento do direito e da decisão judicial, o discurso que o realiza. Num terceiro passo se vai firmar a necessidade da decisão, sob uma dicção de razoabilidade que busque satisfazer aquelas expectativas médias fazendo a decisão ingressar

* Mestrando no PPGCJ-UFPB em Direitos Humanos. Bolsista da Fundação Ford/Carlos Chagas.

no universo cognitivo-afetivo dos sujeitos, ainda que sob a inevitável marca da satisfação unilateral. A conclusão que se antevê é que o itinerário que começa nas expectativas até antagônicas de satisfação, passa pelas indefinições teoréticas e legais de fundamentação cheguem a realização do direito mediante a tópica que satisfaça medianamente, ao menos, aquelas expectativas. Um misto de razoabilidade no argumento, recurso à sistemática legal e valoração adequada do caso singular podem e devem substituir os esquemas silogísticos lógico-formais exclusivos na decisão judicial.

Palavras-chave: DECISÃO JUDICIAL – INCLUSÃO JURÍDICA – ARGUMENTAÇÃO

ABSTRACT

The Judicial Decision assumes relevance as qualified discourse to decide questions that cannot or had not been decided. Sociology, philosophy and social psychology bring elements for the judicial decision subject not including their own epistemological specificities, but at the same time opening themselves to the interdisciplinary issue. The problem displayed is that the Judicial Decision is preceded of expectations, different requirements and conflicted interests. There is a gap of absolute or universal foundations to obtain the decision as certainty, truth and justice and even the strict legality does not have the power to become the decision satisfactory for both parts as well the judge, due to Law gaps, among other elements that currently decline the justice administration. The peculiarity of the judicial dispute has to select an adequate method, the dialectic-argumentative decision. From this method, will be the proposal question first approached starting from an assortment of the usual society expectations, the concerned parts and the judge about the necessary and searched decision. Subsequently, it will be confront the initial assortment with social sciences and philosophy imprecision relate to the Law and Judicial Decision foundation, the discourse that apprehend it. Thus, it will be firmed the necessity of a decision, under some reasonability that searches to satisfy those usual expectations, making the decisions enter into the cognitive-affective universe of the individuals, even if under the inevitable mark of unilateral satisfaction. The conclusion we presume is that the problem starts in the antagonistic satisfaction expectations, go trough theoretical and legal indecisions of substantiation, reach the Law practice facing the subject which will almost satisfy, at least that expectations. A mix of reasonable argument,

resource to the legal system and adequate value to the single case should and must substitute the logic-formal syllogistics projects, which are exclusive to the Judicial Decision.

Keywords: JUDICIAL DECISION – JURIDICAL INCLUSION – ARGUMENTATION

Introdução

A crise de legitimidade do Estado em especial no que se refere ao Judiciário e sua prestação precisa ser refletida nos diversos segmentos formadores de opinião ou veiculadores delas. Isso de modo especial nas pós-graduações na área jurídica por exercício de uma inter ou transdisciplinaridade. E os resultados das novas produções devem ser propostos como auxílios para as re-construções das práticas profissionais e acadêmicas na área jurídica, mecanismos e procedimentos capazes de dar expressão às crescentes e novas expectativas que cercam a prestação jurídica e novos demandantes desses serviços. A inclusão jurídica adquire uma importância grande numa sociedade em que a democratização, a cidadania ativa e os novos direitos subjetivos se articulam num quadro institucional de regulação e controle, mas também de participação e de manifestação da subjetividade.

Neste trabalho e pretende acentuar o caráter inclusivo da decisão judicial mormente quando o nível extrajudicial não pode dirimir a disputa. O capital simbólico e o vetor de força que está presente na decisão judicial, até mesmo para além da escolha das razões de uma ou outra parte da lide, autorizam tratar de uma hermenêutica social e política do contexto que antecede o processo em si e a ele “sobrevive”: a satisfação da sociedade, das partes e do julgador em sua suas expectativas funcionais. Para essa interpretação do contexto que e procura satisfazer ao máximo os diversos envolvidos pela decisão judicial passa a consideração transdisciplinar da psicologia social, da filosofia, da sociologia. Estas, pelas bordas teóricas que a riqueza dos fatos abordados proporciona, podem se articular num discurso comum para além e ressaltando sempre, as suas especificidades epistemológicas.

O problema que se coloca é que a decisão judicial, sabidamente necessária e buscada na lide se vê precedida de expectativas, desejos e anseios diversos e interesses conflitantes. As ciências sociais e a filosofia se eximem de fornecer fundamentos absolutos ou universais para uma decisão que tangencia elementos problemáticos como certeza, verdade e justiça. Os indivíduos por sua vez, envolvidos numa teia de precariedades e inseguranças, nem mesmo podem, muitas vezes, tematizar suas expectativas levadas a apreciação judicial. Os julgadores,

em seu turno, são forçados a decidir, e em prazo razoável, por pressão social e mesmo administrativa, sem ter a devida colaboração de uma estrutura objetiva de um processo mais ágil e sem a cumplicidade colaboradora das partes lançadas no duelo de razões. A uma delas interessa o deslinde e a agilidade. À outra, a mora judicial e a não decisão garante o *status quo* que como fato político e cotidiano, que pode prescindir do direito soberanamente.

O método de um itinerário dialético-argumentativo é o eleito para abordar a questão proposta. Partindo de uma “síncrese” das expectativas médias da sociedade, das partes envolvidas e do julgador quanto ao fato da inevitabilidade da decisão necessária e buscada, num primeiro momento, vai-se a um segundo: ante as expectativas cambiantes dos envolvidos, somam-se às hesitações das ciências sociais e da filosofia em fornecer um fundamento seguro, absoluto e universal para o exercício da decisão. Esta, na esfera judicial, tem que ocorrer inclusive contra interesses, desejos e anseios que se traduzem por direitos. A lei e demais fundamentos normativos e jurídicos mais proximamente consensuais são invocados com mais frequência no *decisum*, com o risco de serem perpetuadoras de interpretações insuficientes ou do contrário, de serem violadoras de uma concepção média e cotidiana da sociedade.

Acrescente-se a essa dificuldade o ensaio de criticidade que cerca se não a práxis jurídica (inclusive a que se desenvolve na aula coimbrã) mas as posições teóricas e argumentativas assumidas nessa área, como a dar uma satisfação ao longo inverno de convencionalismo em que ela se moveu. Há uma postura crítica no direito que não é idônea e autêntica. Nisso o direito procura seguir extemporaneamente as vanguardas das outras ciências sociais. Assim, uma transdisciplinaridade será útil também nesse aspecto prosaico. Invocar-se-ão os marcos teóricos combinados da sociologia jurídica da filosofia e da psicologia, sem que cada uma dessas disciplinas do saber deixe de conservar seu patrimônio e fundos epistemológicos próprios. O direito terá sempre um pouco de seu passado: um discurso prudencial e convincente.

Por decisão judicial entende-se aqui o que põe fim a uma pendência levada a juízo, independente de suas modulações conforme a lei processual¹ e que não seja conciliação ou negociação entres as partes. Por inclusão jurídica entende-se a ação ao mesmo tempo intencional ou espontânea das instâncias de decisão em que os sujeitos sejam contemplados com o reconhecimento de sua titularidade sobre direitos e obrigações mediante o discurso judicial singularizado para o seu caso concreto. Isso se expressa na busca de inserir-se a

¹ No Processo civil brasileiro são o despacho, a decisão interlocutória e a sentença. Esta pode ainda ser modulada em constitutiva, condenatória, declaratória, meramente homologatória, ir ao mérito da causa ou não.

prestação jurisdicional bem como suas exigências formais, no universo cognitivo do usuário dos serviços judiciais que não devem diminuir as possibilidades jurídicas dos cidadãos.

1 – A decisão judicial e as expectativas dos atores envolvidos

As expectativas humanas e sociais são de natureza imprecisa e dúbia, podem se fundar num desejo ou anseio apenas, por vezes encontra o respaldo em lei, especialmente quando se trata de resposta a uma violação. Quando a expectativa se baseia num direito ampliado ou mesmo “criado” pela Lei, caso dos direitos sociais, exige a informação e o conhecimento sobre o mesmo. A expectativa nesse caso é mais fraca ou mesmo inexistente. A expectativa popular quanto ao direito e sua administração pelo Estado têm uma base mais forte no sentimento ante a violação, exploração, abuso, desigualdades (às vezes) do que no conhecimento dos novos institutos jurídicos protetivos ou ponentes de novos direitos. Tem ela um aspecto fortemente ancorado nas dimensões humanas do desejo, dos anseios e utopias abordadas na psicologia social. Atualmente diversos estudos relacionados à subjetividade e o direito já se iniciam.

No concreto da demanda judicial, e para isso preciso é uma contínua reflexão dos juristas, as expectativas médias e comuns por justiça, com base na moral e no direito, se transformam muito profundamente: são agora duas partes ou mais, a manejar não mais opiniões e sentimentos cotidianos, mas razões e fatos, todos eles filtrados numa parcialidade interpretativa e lançados no litígio. A inclusão jurídica e a decisão judicial vão afetar de modo diverso cada uma delas.

Atentar que muito diversas são as posições e expectativas das partes quando, por exemplo, uma delas é a Fazenda Pública². Também as expectativas ante a prestação jurisdicional muda quando se trata concretamente do indivíduo “autor que tem razão” ou o “réu que não tem razão” esperam, um pela efetivação da justiça, outro pela protelação judicial. Neste caso entende-se que a expectativa da parte é ditada em termos muito formais de adequação à Lei ou quando muito se prende a um ou outro aspecto marginal de personalidade que subsiste numa conjuntura em que Estado e governo se misturam. Não cabe

² E aqui uma ressalva que deveria acompanhar os estudos sobre a decisão judicial: ela se dá num quadro de muita concretude no qual as formulações genéricas e abstratas da teoria podem não condizer com algumas situações. No caso da Fazenda Pública como parte, há que se ter muita reserva quanto à desejo e anseios da parte, pois não cabe lá tanto quanto à lide entre dois particulares. O nível de volição e subjetividade envolvidas varia nesse caso.

no presente trabalho detalhar essas particularidades uma vez que se definiram as expectativas médias e coletadas de modo sincrético tal como fazem parte da opinião comum.

1.1 – A sociedade: valores e expectativas.

Os valores e a opinião pública têm como suporte entitativo a sociedade e mesmo “formam” a mesma, em certa medida. Também as ideologias, estereótipos e preconceitos vão compor a expectativa social. Esta pode ser da sociedade “maior” ou “menor”. O flagrante de corrupção de um Presidente e o de um Prefeito mobilizam um entorno social maior ou menor e se pode questionar se a base de valores comuns e universais permanece a mesma num e noutro caso, lembrando que Bobbio (1992), numa analogia aqui útil, distingue entre os fundamentos e a aplicação dos direitos. Guardadas as distinções quando a questão é em torno de valores morais, há uma diferença quanto ao maior ou menor contexto social de entorno.

Mas de modo geral, a sociedade pugna pela solução (nem que seja repressora) dos litígios e a rápida consideração das razões de direito que são levadas à Justiça. Muda um tanto ainda quando são demandas “comuns” e casos “trágicos”. Estes mobilizam mais as opiniões, mas em linhas gerais a crítica ante a morosidade da Justiça é bem constante, tendo sido assumido pelos Meios de Comunicação de Massa como também crítica a ineficácia. Essa demanda social pela decisão liga-se a própria necessidade do direito, segundo Nelson Saldanha (1998, p. 4) “O direito ocorre nas sociedades com uma estruturação ético-política, destinada a resolver problemas que podem ser ou não conflitos”.

Mesmo concedendo uma mixagem entre Estado e Sociedade diante do fato social e político da “decisão”, correto está Cassirer (1976, p. 161) ao dizer que “a grandeza e a glória de Roma deviam-se ao fato de na vida política todas as meias medidas serem evitadas. Somente os estados fracos é que tomavam decisões dúbias e as decisões tardias eram sempre odiosas” comentando Maquiavel. Tome-se aqui como correlatos o estado e a sociedade para efeito dessa análise do fascínio da decisão. As instituições jurídico-políticas são instadas a dar resposta as demandas sociais, públicas e privadas, na forma de *decisão*, cuja importância deverá ser trabalhada pois “dizia-se no século passado (Cogliolo por exemplo dizia) que primeiro foi a sentença e depois a norma. Vale entender: primeiro a decisão e a seguir a regra” conforme Saraiva (2004, p. 5). Essa nota é interessante para uma “arqueologia” da decisão judicial.

Jurídica e politicamente a sociedade tensiona com o Estado e o mercado, e tem um grau entitativo diverso dos dois: ela é, segundo Castoriadis (1995), mais uma sucessão de esquemas de coexistência do que uma progressão de racionalidade e no seu aspecto de

“comunidade”, conforme Bauman (2001) mais do que a soma de seus integrantes. Carlos Montañó (2005) denuncia que uma razão neoliberal de desconstrução do Estado vem transferindo para essa “sociedade civil” qualificada de “terceiro setor” uma série de responsabilidades sociais que ela não tem como assumir. E a domesticação da vida cotidiana em consensos e parcerias, como que esse projeto neoliberal, segundo Montañó, está longe de poder ocultar que as demandas sociais, cuja arena de luta e tensão são o Estado e o mercado, podem ser equacionadas pela “sociedade civil”.

A cotidianidade da vida social não pode ser considerada como o único espaço da emancipação. E nem legítimas tão somente as expectativas porque radicadas na cotidianidade da vida social. Citando a tal insuficiência, recorre Montañó (2005, p 264-265) à análise lukacsiana, na qual a vida cotidiana se caracteriza pela a) *heterogeneidade*, onde diversos interesses, fenômenos ou processos, até mutuamente contrastantes, se “coagulam” em dinâmicas singulares; b) *imediatividade*, busca de respostas imediatas, sem mediações entre o pensamento, necessidade e execução, típico do ativismo; c) *superficialidade extensiva*, ao estender a um conjunto de situações singulares um mesmo padrão significativo, sem atentar para as vinculações entre aquelas situações. A tendência ao pragmatismo, a espontaneidade na vida cotidiana, faz da expectativa e dos valores sociais que aí se radicam, um *locus* problemático para a decisão judicial.

Assumindo claramente a posição de que a chamada “sociedade civil” tem um papel ativo e crescente no Brasil, Elenaldo Teixeira (2002, p. 120) não deixa contudo de registrar posições como a de O’Donnell, que é cético quanto à atividade política de uma sociedade acostumada a “delegar” e transferir poderes aos seus representantes e se isentar das responsabilidades. Ou ainda Da Matta, para quem é o familismo, o nepotismo, o caráter frágil e gelatinoso que a sociedade civil assume no Brasil. O emblemático “jeitinho” brasileiro sendo a manifestação exponencial disso, a desconfiar da existência dessa instância não estatal de participação cidadã. Em todo caso, a participação varia muito quanto aos aspectos da realidade focados: no caso das lides judiciais, quase sempre de feição individual, a sociedade tem pouco mais que uma participação difusa.

Para Duarte (2001, p. 25), na esteira do pensamento de Luhmann, a diferença quando posta em comunicação é que forma a sociedade. Esta é compreendida a partir de uma distinção, aliás, uma série delas, de tipo binário: direito/não direito, poder/não poder, custo/benefício. Ao dizer seguindo a teoria de Luhmann que a “sociedade é um sistema de comunicação, ou seja, composta de comunicações e só destas”, Duarte (id) explicita os contornos da teoria geral acerca da sociedade como realidade não entitativa mas relacional. E

as assimetrias e dissonâncias na comunicação, mas que as difusas expectativas, são a marca fundante dela. Em resumo, não há como inferir com muita segurança uma expectativa social bem definida da sociedade, em abstrato e genérico falando, em relação à justiça e suas decisões.

Também é na sociedade (bem menos nos indivíduos tomados isoladamente) que se manifestam as desconfianças quanto ao Judiciário. A recusa em procurar socorro na burocracia, especialmente a judiciária, quando feridos direitos é a manifestação disso. As amostragens estatísticas, malgrado toda a faculdade ampliada do acesso à justiça, o revelam. O PNAD de 1988, pela 1ª vez se incluiu elementos referentes à Justiça e conflitos levados à esfera da decisão judicial. Comentando os resultados da referida pesquisa, Sarlet (1999, p. 65) afirma que

[...] levando em conta apenas o último conflito em que as pessoas estiveram envolvidas, 45% dos entrevistados entraram com a ação judicial e 55% não fizeram apela ao Judiciário. [...] resolveu por conta própria; Justiça não resolve e não sabiam como utilizar a Justiça são os motivos que correspondem a 60,40% dos casos. Esta desafeição em relação à Justiça não decorre, como vemos, de uma perspectiva de soluções informais, [...] mas de uma insuficiência da justiça e do direito.

As soluções informais (melhor dizer, laterais) não são buscadas, muitas vezes, por uma compreensão do valor da cotidianidade e do consenso, mas por insuficiência da justiça como acentuam os autores citados. “A justiça caracteriza-se como uma práxis humana, cuja pretensão é a resolução das questões próprias da vida social” (DIAS, 2003, p. 70). Mas é a solução formal que emerge como categoria nuclear típica para a decisão (analogamente como o emprego o é para caracterizar a relação de trabalho) de modo que as decisões tomadas em esfera extrajudicial, na vida cotidiana, ressentem em maior ou menor grau a técnica decisória tal como é exercitada no Judiciário.

1.2 – O indivíduo e suas expectativas.

A plataforma da emancipação liberal tem como um de seus pilares a construção do indivíduo e sua liberação dos esquemas “comunitários” e vassalagens da ordem social pré-moderna. Era de se supor que o direito nascido das revoluções liberais tivesse uma estrutura triádica indivíduo-razão-lei, que se manifestou no fenômeno da codificação. Tal estrutura, no caso francês, que é “genético” de toda uma tradição jurídica, historicamente se liga a uma

garantia contra o Estado interventor nas liberdades públicas e individuais mas também a uma desconfiança contra o magistrado, figura especular da velha ordem derrotada.

A ordinariedade e a segurança jurídica nasceram exatamente em vista do indivíduo frágil ainda em sua liberdade e propriedade, ante um Estado ainda suspeito e mais ainda, seus juizes. O Código (civil e de *procedure*) nasce para garantir a esse homem burguês que não tem mais as antigas habilidades de pugnar na esfera pública, uma duelística processualizada e apta a nova esfera privada que cresce e se torna hegemônica. Há o triunfo do indivíduo privatizado, que só é cidadão no exato limite de seus interesses, estes somados e olímpicamente tutelados pelo Estado liberal, davam na soma do interesse geral, no bem comum. Esse indivíduo privado, proprietário e desenraizado das antigas pertenças (salvo aquelas regidas pelas sucessões civis) é o novo titular de expectativas ante o Estado-juiz.

Mas o processo de fragilização do indivíduo, que o é *de jure* mas não o é *de facto* conforme Bauman (2001), sobrepujou o canto da sereia da emancipação moderna. Ao ter que inserir os novos indivíduos, as classes proletárias, por força da pressão social e lutas históricas, o Estado moderno, que já havia colonizado boa parte a esfera pública com sua regulação, teve de tutelar novos interesses individuais, como os nascidos pela relação de trabalho e de consumo mais tarde. Isso para não ter que enfrentá-la como uma relação de classes antagônicas, no caso do trabalho. A esfera da subjetividade foi assim ampliada, com repercussões na esfera jurídica, que passa coloniza por sua vez, faixas cada vez maiores do cotidiano. O campo privado, na profecia de Hannah Arendt (2004), passou a ser cada vez mais o campo das privações e os indivíduos cada vez mais precarizados, num círculo vicioso, oneram também cada vez mais o Estado-providência.

É esse indivíduo a se constituir, mas que segundo Bauman (1999), adia cada vez mais a realização de si mesmo, que bate à porta do Judiciário. Incapaz de manter ante a complexidade das novas relações sociais a sua luciferina e iluminista competência contratual, rende-se a pedir a pedir as recauchutadas tutelas estatutárias contras as quais um dia lutou.

O que ele pede em conteúdo jurídico, em geral não coincide sequer com seus desejos e menos ainda com os fundamentos jurídicos e legais, com os meios processuais de obtê-los. O Judiciário situa seu agir entre a insaciedade das pretensões, a inanição e o abuso de direitos, decorrentes dos diversos níveis de poder dos indivíduos na sociedade. A representação judicial é uma manifestação dessa situação, juntamente com a substituição processual, guardadas a s diferenças entre uma e outra. A representação judicial tanto supõe um indivíduo “incapaz” de tutelar o próprio interesse quanto um outro economicamente “capaz” de fruir desse serviço.

No “reinado do Eu”, muito problemático como lugar de satisfação pois conforme Allain Touraine (1999, p. 68) em sua tese de uma radical afirmação do indivíduo “Chegamos a abandonar a idéia do ego, pois descobrimos que a sua unidade não era senão a projeção sobre o indivíduo da unidade e da autoridade do sistema social, do príncipe transformado em pai”. Ou seja, para a fluidez de uma individualidade não resolvida, sequer o refúgio do “eu” é seguro!. A sentimentalização da vida leva Jurandir Freire Costa (1999, p. 47) a vislumbrar que o indivíduo se refugia numa intimidade, e só nela é que ele vive a espontaneidade e a autenticidade, longe do mundo da visibilidade pública e do “inferno do olhar do outro”. O desencantamento do indivíduo foi o efeito da sucumbência do homem aos “encantos do mundo interior” que se somou ao aparecimento de um mecanismo poderoso, global e impessoal de manipulação da realidade econômica, que foi na modernidade a conjunção de Estado-nação e mercado.

A dificuldade dos processos coletivos está na própria borda de incomunicabilidade do caso singular. Para o indivíduo o falar judicial sobre seu caso concreto é o que ele procura. É certo Saraiva (2004, p. 166) ao dizer “Somente depois que o aplicador do Direito toma uma decisão política, de conseguinte realiza a norma jurídica, então temos a concretização do Direito (...) O Direito eficaz é individualizado”. O trato genérico das questões pode ensejar a perpetuação da exclusão jurídica. Ainda na seara jurídica, importante é a contribuição de Radbruch (2004) quanto a disposição psicológica da pessoa diante do direito: o profissional do direito acentua a lógica da segurança jurídica, ao passo que a pessoa comum move-se pela pulsão da busca da justiça.

Considerando ainda que a decisão judicial relativa aos indivíduos é aferida em termos da vitória ou da sucumbência, um jogo de “soma zero” como se costuma dizer, é difícil fundar nela a decisão satisfatória. Há uma pressuposição de inocência e de razão de uma das partes, o chamado “autor que tem razão” de Marinoni (1996), mas ainda pouco desenvolvida na doutrina nacional. Esta se aferra ainda a uma igualdade formal e valorização das garantias. Lynch (2005) a partir da obra de Kantorowicz, faz uma reflexão embora que com o foco na questão da soberania popular trata da construção da individualidade: a modernidade que cria o Estado impessoal é promotora da individualidade. Na medida em que suspeita das instâncias intermédias entre ele e o indivíduo (Igreja, corporações e antigas lealdades feudais), o mesmo Estado vai negar a sua identificação com o corpo do príncipe. A individualidade de *jure* da modernidade liberal vai ter que enfrentar a falta de um ícone que não seja mera representação do poder dos órgãos do Estado, o que dificulta, pela falta de um tipo, a assunção a uma individualidade *de facto*. A consideração da subjetividade esbarra nessa crise da individuação.

Ultimamente a Psicologia social vem trabalhando a dimensão da subjetividade dos usuários da justiça. A nova era dos direitos acresceu ao gabarito das satisfações subjetivas um patrimônio jurídico das pretensões e interesses antes deixados como mera possibilidade. Agora esses direitos subjetivos criam novas e inéditas necessidades. A Filosofia, especialmente com Foucault vê no discurso (jurídico, inclusive) a objetivação e constituição do sujeito como réu, autor, culpado ou inocente. Este tem que ser resgatado da norma e seus operadores.

1.3 – O juiz: prestação do serviço e expectativa.

O lugar do juiz no processo que culmina com a decisão judicial é assim mesmo capital. Esse lugar político-funcional no Estado se liga de modo muito estrito à sua personalidade, tomada como individualidade e subjetividade, mesmo no caso dos órgãos judiciais colegiados. A discricionariedade, se na Administração é subordinada a parâmetros de vinculação, no caso da jurisdição é da própria essência da atividade de julgar. A suas condições interiores e externas são importantes seja no aspecto objetivo da prestação do serviço, seja no aspecto subjetivo da própria satisfação ao prestar o serviço.

Nem mesmo a superada explicação do método lógico-subsuntivo de sentenciar, em que uma certa “mecânica” que vai do geral da lei para o menor da sentença pode ser entendida sem garantir ao julgador a liberdade para escolher as premissas. Sobre isso, diz Godinho Delgado (1999, p. 196) comentando Recaséns Siches: “O verdadeiro miolo da função judicial nem remotamente radica no silogismo que se pode formular, mas consiste na eleição de premissas por parte do juiz”. Há um ato de escolha que evoca a importância da dimensão subjetiva e pessoal do juiz na função de decidir.

A decisão judicial, considerada a diferença entre agente político e funcionário público, guarda diferenças com a decisão administrativa, por exemplo. Ambas são obrigatórias, a se comparar as leis 9.784/99, que rege o processo administrativo no âmbito federal, e o Código de Processo Civil, o CPC, (especialmente o art. 126). Vai-se pois ao próprio processo civil buscar os dados que reforçam esse aspecto de personalidade e subjetividade do julgador.

A decisão judicial não se configura apenas nas espécies de que trata o art. 162 do CPC que diz “Os atos do juiz consistirão em sentença, decisões interlocutórias e despachos” pois o parágrafo 4º do mesmo artigo fala de “atos meramente ordinatórios” e no art 163 chama de acórdão a decisão judicial proferida nos órgãos colegiados dos Tribunais. O que se deduz da leitura e interpretação do CPC é que: a) a decisão é ato complexo e se distribui ao longo do processo judicial; b) mais do que “ato” ela mesma é um processo embora deva se manifestar

como “ato” na dinâmica formal do processo civil; c) é formalizado (com exceção dos despachos) e sujeito a controles pelo complexo e sinuoso sistema recursal.

Subjetivamente, no que afeta a pessoa do julgador, diversas disposições do CPC lhe balizam a atuação. Primeiramente, ele tem o dever de decidir em sentença e despachar (art. 126) pela veneranda norma do *non liquet*: o juiz não pode alegar obscuridade ou lacuna da lei para justificar uma não decisão. A esse dever primordial, seguem-se outros como o de explicitar “os motivos que lhe formaram o convencimento” (art. 131), “velar pela rápida solução do litígio” (art. 125, inciso II), determinar a produção de produção até das que não foram requeridas pelas partes e reprimir os expedientes protelatórios das partes (art. 130). Quanto à “rápida solução do litígio”, a força da obrigatoriedade está mitigada em uma exegese mais literal, vez que ali se fala tão somente de atribuição.

A consideração da individualidade subjetiva do juiz está ancorada em vários dispositivos do CPC: o princípio da identidade física do juiz (art. 132) é aquele manifestamente axial e se conecta com a personalíssima estrutura do “convencimento”. Este é mais do que ‘formal conhecimento’. O caráter ‘pessoal’ de certos atos, como a ‘colheita de provas’ (arts. 130 e 446, II, no CPC) indica que essa complexidade forma por indivíduo-subjetividade, se acha recepcionada na norma. O juiz é ser cultural, histórico, tangível e mortal. Essa consideração da individualidade subjetiva do juiz abarca desde os aspectos como a liberdade dele quanto ao convencimento com a responsabilidade de motivar (art. 131), passando pela autoridade moral na condução do processo (art. 446, III) até o uso de poderes repressivos, a bem do processo (arts. 125, III; 15; 18; 445; dentre outros).

Os aspectos “nebulosos” da individualidade subjetiva e pessoal do juiz também entram em cena no CPC que não esquece a dimensão da *hybris* humana: a suspeição e o impedimento, tratados nos artigos de 134 a 137. Uma mera consideração abstrata, formal e funcional do juiz, como aparece no estereótipo do juiz-máquina-de-produzir-sentença, fica assim denegada no próprio código. Leva este em conta aspectos muito existenciais do juiz, seus limites e possibilidades psicológicos, sociais, morais, cognitivos etc.

O juiz José Renato Nalini (1994) evoca a tripla articulação de cultura social, estrutura judiciária e conjunturas pessoais do juiz na análise que faz do papel do judiciário quanto ao movimento pelo acesso à justiça. Mas ele faz uma clara opção pela via das conjunturas e posturas pessoais dos juízes para o desafio da inclusão jurídica. Ele localiza tensões entre as estruturas do judiciário enrijecidas e a inovação dos juízes que buscam atuar para além do mero cumprimento do dever. Nalini, então, considera de relevo os aspectos íntimos e pessoais das disposições do juiz em melhorar a prestação jurisdicional e a inclusão jurídica.

Ao convidar o juiz a refletir o acesso à justiça na condição do “consumidor” ou “usuário” da Justiça, Nalini (id, p. 53) põe nas expectativas destes o serviço, a aferição da satisfação: “O que espera o cidadão comum de seu Judiciário? Como desejaria que ele o amparasse? Quais as propostas do leigo para a maior eficiência do equipamento jurisdicional?”. A inclusão jurídica passa pela perspectiva alterada em seu foco: o usuário da justiça é que deve ser considerado (embora ela não distinga quanto ao fato de este ser ou não o “litigante habitual” de Cappelletti). O direito não pode segundo ele, continuar a ser visto como *produto* (leis, normas, atos administrativos, sentenças etc) mas como *demanda*, o que Nalini (1994, p. 54) citando Cappelletti, chama de a substituição do *supply side* pelo *demand side*. Assim, as dinâmicas da vida e das expectativas médias passam a integrar a rotina do Judiciário. Para a inclusão jurídica. O juiz não pode privar-se de exercitar essa tarefa singela e eficaz de inclusão, mesmo quando a legislação parece vacilar: Nalini cita os artigos da Lei Orgânica da Magistratura que restringem a manifestação pública dos juízes quanto a dar opinião sobre temas jurídicos polêmicos, usando dos meios de comunicação de massa (art. 36, inciso II) e o que obriga o Juiz a atender os casos em que providências e tutelas de urgência lhe são dirigidas (art. 35, inciso IV). O direito à informação é de gabarito constitucional e por isso uma abstenção do juiz pode ensejar o perecimento de direitos e interesses dos mais necessitados.

Mesmo não tratando no seu livro da dimensão subjetiva do juiz afora aquela situação em que ele se põe pessoalmente aberto para inovações e qualificações que o capacitem para uma melhor prestação do serviço, Nalini (ib.p. 59 e 60) trata de uma questão que adentra pela via do cognitivo, a situação psicológica aqui focada. É quanto a inadequação entre o serviço judicial de ter de decidir sobre casos concretos e singulares e os cursos de pós-graduação na área jurídica que acentuam temas pontuais e sob uma abordagem excessivamente abstrata. Para ele, isso no máximo gera para os juízes que logram contra toda as dificuldades concluírem tais cursos, no máximo uma íntima satisfação intelectual, sem maiores relevâncias para o exercício e a prática jurisdicional.

Concluindo este ponto, não pode se deixar de atentar para as últimas reformas do processo civil brasileiro. O aumento do poder dos juízes e das decisões monocráticas, o nível da discricionariedade judicial se ampliou bastante. Os arts. 273 e 461 do CPC com redação dada pela lei 8.952/94 por exemplo, na fase inicial da reforma do processo civil deixou clara a orientação de tornar o mesmo mais efetivo, ampliando o grau e oportunidade de intervenção das partes, e especialmente inovou ao ampliar a margem decisória dos juízes.

Quadro: sinopse dos atores em sua relação com a decisão judicial

	interesses	participação	obstáculos
indivíduos	Opostos e atemáticos – particulares – efetividade.	Ativa c/repres. Autor – réu – terceiros e litisconsortes.	Carência – exclusão jurídica: tempo/espaço.
sociedade	Difuso - Senso de justiça – casos dramáticos – mídia.	Opinião pública – novos atores: ONG’s, Soc. Civil..	Caráter difuso. Preconceitos e lacuna: proc. coletivo
Juiz/judiciário	Funcional – certeza e segurança da decisão.	Direta e indelegável. Participação MP, advogados.	Duelo de razões. Deslealdade das partes. Estrutura.

2 - A decisão: seus balizadores e fundamentos.

Nesse tópico, se levantará o ambiente teórico e prático (também crítico) fluido em que deve se operar a decisão judicial. O *leitmotiv* é o de que há uma falta ou imprecisão que garanta uma segurança técnica *a priori* a credenciar a decisão do juiz. A inclusão jurídica passa por opções e escolhas políticas do julgador as quais serão mais felizes quanto mais se conectem com as expectativas e desideratos mais legítimos dos “usuários”. O panorama da crise se desdobra em vários níveis: o antropo-sociológico, o filosófico, axiológico e estrutural.

A crise impingida pela pós-modernidade ou modernidade tardia ou alta modernidade como se queira chamar, liquefaz, a usar de expressão de Bauman, a modernidade sólida e pôs fim às grandes e sistêmicas meta-narrativas (kantismo, cartesianismo, empirismo, marxismo ...), com que se explicavam e disciplinavam o real, conforme Lyotard.. Assim, relações pensadas em termos de classes sociais em luta, de uma racionalidade científica e estatal produtoras da ordem e do desenvolvimento e da evolução como *telos* a afetar a vida humana e social como um todo, abrindo um futuro promissor para a humanidade foram se fragmentando, perdendo sua legitimidade. Em resumo, há um quadro de crise que desafia as certezas, as verdades e conceitos como o de justiça, igualdade, normalidade e outros mais que foram acentuados na modernidade e negados na contemporaneidade “pós-moderna”.

Segundo Rabenhorst (2005) tal crise se radica também no fato de a filosofia contemporânea ter abdicado de atribuir um fundamento absoluto e último à realidade. E ressalta que em toda a história a filosofia operava a partir de “pontos arquimédicos”, aqueles

em que, segundo ele se (id. p. 106) “sustentaria um argumento ou grupo de argumentos: os princípios primeiros da filosofia clássica grega, Deus na tradição judaico-cristã, as certezas cartesianas e as próprias proposições analíticas do empirismo lógico”. Por esse pensamento, as opções históricas e relativas a cada tempo, dão um fundamento seguro para a dinâmica social e humana em cada grande ciclo histórico, facilitando e viabilizando as opções e decisões.

As crenças e sentimentos acerca dos direitos, especialmente quando se vê a injustiça e o sofrimento provocados por ela, têm que coexistir com uma falta de fundamento. Apela-se para o direito e como este se torna cada vez mais complexo dado o processo de juridificação da sociedade, “dizer o direito” pode passar pela situação de a sentença judicial ter de ultrapassar o saber filosófico hesitante em dar fundamentos às questões cruciais. Diz Rabenhorst (id. p. 107) que “daí não causar estranheza o fato de encontrarmos na legislação, como também nas sentenças judiciais, verdadeiras *petições de princípio* sobre questões cruciais para as quais o saber filosófico afirma não ter qualquer resposta satisfatória ou exaustiva”.

Fonseca (2002, p. 74) abordando o pensamento de Michel Foucault sobre o direito como discurso, especialmente na fala dos juízes e tribunais, fala do estranhamento que há no discurso judicial quando ele invade indevidamente outras searas científicas. O discurso judicial não hesita em adentrar outros domínios, como o da ciência médica, para fazer juízo de valor que grotescamente “constrói” o sujeito-réu, objetivando-o. É uma prática discursiva que pode inclusive afrontar as regras do direito, que para Foucault é diferente de norma.

Também uma cultura de consenso moral a fundar uma decisão judicial em chão firme não é possível, segundo Alasdair McIntyre (2001). Em seu provocante trabalho, “Depois da virtude”, o autor dedica-se a explicar que houve a perda de um fundo cultural e de representações morais comuns a todos. Em termos morais, segundo ele, se operam discursos fragmentários, em que se veiculam mais propriamente discordâncias do que consensos. Diz ele (2001, p. 21): “Parece que não existe meio racional de garantir concordância moral em nossa cultura”. E cita casos e conceitos como os da “guerra justa”, dos direitos da pessoa sobre o próprio corpo e da justiça e liberdade. Em todos eles o autor vincula a modulação e força dos argumentos a pessoas que como porta vozes autorizados, precisam e têm o poder de dizer o consenso. Analisando o consenso moral e jurídico que os expoentes do Iluminismo tinham entre si, McIntyre (id. p. 97-99) baseia-o mais na herança cristã comum do que numa racionalidade bem articulada. A progressiva autonomização do indivíduo é que faz com que esse consenso do projeto moral e ético iluminista fracasse.

Outros pensadores como Freud e Jérôme Frank se inclinam a considerar que a busca de certezas no Direito é como uma busca infantil de segurança no “pai”. Fonseca (2005) situa a dificuldade de decidir no traço arquetípico da situação primordial intuída por Freud, na qual após um pacto de paridade ancestral que se segue ao assassinio do pai primitivo (o “mito da horda”), não se quer reviver mais o processo bárbaro. A civilização se torna o lugar da não decisão, do medo de assumir o lugar daquele pai assassinado. Pelo mito da horda de Freud, o pai que tudo decidia e possuía, não pode ser revivido e por isso que muitos artifícios, entre os quais a igualdade formal, tende a criar um ônus insuperável para uma decisão justa. O risco de novamente voltar ao reino das assimetrias adia a realização da justiça.

Tratando das crises e opacidades quanto aos controles judiciais da política, Denis de Castro Halis (2005) trata da “judicialização da política” a partir de um enfoque interessante: os fatores formais e não formais que interferem na decisão judicial. Põe ele em destaque o órgão especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a forma como se julgam e se formam as decisões em processos que envolvem autoridades. São feitos portanto, da competência originária daquele órgão. No mesmo espaço institucional da Justiça do Rio de Janeiro convém destacar a pesquisa coordenada pelo Prof. João Ricardo Cunha (2003) que à frente de um grupo interinstitucional de docentes e alunos, levanta dados referentes á recorrência aos direitos humanos nas decisões judiciais.

Retomando Halis, ele identifica é que o exacerbamento das funções judiciais, o exercício de funções próprias e impróprias pelo Judiciário não é o fator mais problemático a se encontrar na análise, mas outros, como as conjunturais “acomodações entre o ‘legal’ e o ‘real’ ou, em outras palavras os fatores variados, extra-legais, que ingressam no funcionamento de tal órgão”, o órgão especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (id, p. 68). Tais fatores são de ordem objetiva e subjetiva, conforme o autor citado. Decisões conflitantes e diversas em casos semelhantes, caso a desafiar a etnologia, a desvendar a construção da decisão judicial, mesmo aquela em que o juiz se declara “escravo da lei”: ele mesmo assim se declarando, não hesita em articular leis com a “livre ponderação da prova” ou “livre convencimento do juiz” por exemplo. O tráfico de influências ao afetar órgão superior, afeta a orientação geral que a partir dali se exerce sobre todo o sistema judicial.

Igualmente com Lynch, Halis (ib. p. 69) define-se pela elevada persistência da discricionariedade: “Na prática, o princípio do poder discricionário é mais forte do que o princípio da separação dos poderes, pois o julgador acaba tendo uma liberdade real muito ampla a fazer suas escolhas decisórias.” O quadro jurídico legal, mas sobretudo político que se ampara nessa realidade configura um momento de crise da decisão judicial. A falta de

controle termina por realçar discursos como o da “tecnicidade” das decisões do Poder Judiciário. A “jurisprudência lotérica” consegue amparar, no quase arbítrio dos julgadores, as opacidades do prévio julgamento das questões. E como segundo Halis (id., p. 70) “grande parte do direito é de origem jurisprudencial.” Perceba-se a importância da questão que afeta a credibilidade judicial.

3 – A decisão jurídica entre a oportunidade e a necessidade.

O Código de Processo Civil e também outras normas do direito administrativo tratam da inexcusabilidade da decisão: decidir é operação que caracteriza a jurisdição e a administração. Mendonça (2003) aborda a dinâmica da decisão judicial pela tópica, procurando re-encontrar na seqüência do pensamento de Viehweg uma renovação do uso do recurso do argumento convincente e razoável. Une-se a sistemática à casuística em vista da decisão judicial como solucionadora de problemas e não como uma mera locução de um querer-saber lógico fundado na racionalidade estatal e sua força de coerção.

O autor dissecou um longo processo histórico que contextualiza a passagem de um direito casuístico, focado na solução do problema, desde os romanos até os medievais. As universidades estão na base do movimento em que o *jus communis* e o *jus loci* passam a se articular de modo dialético. O *jus communis* tendo uma abrangência e racionalidade mais estendida.

Os tribunais superiores têm uma importância na formação de uma razão fundamental e decisória. A produção normativa por esses tribunais se dá em diversas frentes que vão desde uma praxe até a edição das súmulas vinculantes, possibilidade já aberta pela Emenda 45 de 2004. Justificando a importância do discurso dos tribunais superiores, diz Mendonça (2003, p.10) que:

A sua aplicação [da tópica] na atualidade tem como pressuposto um exame do papel dos tribunais superiores, na construção da normatividade do ordenamento jurídico, justamente porque o processo decisório judicial representa o instrumento básico de equilíbrio entre as visões sistemáticas absolutamente dissociadas da realidade e raciocínios meramente casuísticos, capazes de comprometer a própria coerência do sistema jurídico

O dever de decidir se funda em artefatos característicos da produção racional do direito como a definição do campo jurídico e a profissionalização da atividade jurídica. Pela

primeira, as disputas de ordem moral e religiosa deixam de ser diretamente pertinentes ao direito; pela segunda, criou-se um corpo de aplicadores profissionais do direito. Juntou-se a essas características, segundo Mendonça (2003, 16-17) a “concepção sistemática do direito” que se iniciou com a formação de um *corpus jûris* na Idade Média, abrindo o direito para novas situações. Também a superioridade da lei sobre o governante, a partir do século XII, faz com que mesmo uma lei arbitrária, ao ser promulgada, submete quem a promulgou.

A decisão como direito também permite o seu exercício nos diversos sistemas jurídicos que se harmonizam sobre o *jus commune* (do Estado, agora). O Estado moderno tem como uma de suas competências advindas do novo formato de soberania que se acentua no chamado modelo vestefaliano, o “dizer o direito”³. E mais ainda, fundar uma racionalidade abstrata e com disposição a se tornar universal que num primeiro momento confere força ao monarca para depois transferi-lo ao Parlamento, chegando agora a vez do Judiciário.

Tratando das dificuldades e crises paradigmáticas que afetam a teoria da decisão, diz Mendonça (2003, p. 20-21) que a crise do direito, gerada após a constatação da insuficiência do positivismo, passa por fundamentos no entrelaçamento das concepções paradigmáticas, as indefinições: na vertente jusnaturalista da tradição aristotélico-tomista, a razão e a consciência identificam como legítimo o direito positivo que harmonizava a lei, costumes e direito natural. Já no paradigma histórico se vê a adequação do direito ao contexto e aí o foco vai para os costumes e os precedentes. Segundo Rabenhorst (2005) a crise é a mudança dos pontos arquimédicos com que a racionalidade se historiciza.

Dentre os aspectos da crise do direito ocidental com as profundas transformações estão a fragilização do marco legal que não acompanha as rápidas mudanças (mesmo que superficiais, apenas na esfera do “parecer”) na sociedade. Outra é que da autonomia do direito, se bem que ainda garantida, tem que se articular com política e religião, por exemplo. Os centros de preparação jurídica ensejam a possibilidade, pelo menos, da existência de um “meta-direito”, ou seja, um discurso sobre o direito que não é matéria jurídica. Diz Mendonça (Id. p. 23)

Na teoria e prática, o direito tem sido cada vez menos tratado como corpo coerente de normas, sendo formado muito mais por decisões e regras antagônicas, que são harmonizadas através de procedimentos de natureza técnica. Esses últimos experimentam contudo, uma crise interna pois o rigor da hierarquia das fontes e dos critérios de

³ Para Michel Foucault, o direito no Ocidente é de “encomenda régia”, feito para dar, pelo princípio da soberania uma legitimidade ao poder, mesmo quando o limita. Direito é discurso de poder conforme Fonseca (2002).

aplicação intertemporal do direito cedem cada vez mais à novos tipos de questões jurídica, que criam um impasse para o intérprete e aplicador do direito.

Na distinção entre sistemática jurídica e o recurso da tópica, mister trazer a contribuição de Theodor Viehweg, tratado por Mendonça (2003). Trata-se de um contraponto entre direitos como mecanismo de solução de problemas distinto da autoridade e racionalidade baseada no conjunto normativo e sistemático das leis e do ordenamento. Viehweg é um dos marcos na superação do normativismo e positivismo jurídico.

A tópica vem do grego *topos* e traduzido para o latim é o *loci*. É a arte de replicar, da disputa, segundo Aristóteles, tomando como matéria um caso concreto e singular (mas que não se fecha em si mesmo). A tópica se presta à complexidade contemporânea que chega ante a decisão jurídica pela pluralidade de princípios invocáveis e de axiomas a partir dos quais se constroem os sistemas jurídicos. Mendonça (2003, p. 129) diz “A dificuldade de aplicação da característica da decidibilidade aos sistemas de direito tem relação com a própria dificuldade de definir as regras de inferência admitidas e mesmo os critérios de admissão dos axiomas”.

Os sistemas axiomáticos (no caso do direito) não se garantem em uma lógica fundada num só princípio. Em direito os princípios não são meros postulados lógico-formais (caso da isonomia, por exemplo) mas aproximações do conceito de justiça. Continua Mendonça (id. p. 129)

Não seria portanto, admissível uma decidibilidade nos moldes dos sistemas axiomáticos, em se tratando do direito, uma vez que o mito da indiscutibilidade das premissas dos sistemas jurídicos cede cada vez mais a concepções que vêm nas práticas judiciais um mecanismo de construção dos próprios fundamentos do sistema.

Mendonça, na senda da suspeição quanto a uma possibilidade de o sistema jurídico ser suprido em suas lacunas a partir de jogos puramente lógico-formais ou mesmo jurídicos, acena para a importância da tópica, o argumento como operador da completude. A obrigatoriedade de um juiz julgar faz com que a noção de completude do ordenamento jurídico seja mais de caráter político do que lógico-formal. A decisão judicial não precisa afrontar o senso comum, inclusive Mendonça (ib. p. 137) propugna um “senso comum decisório” dizendo

O poder normativo da jurisprudência deriva exatamente do caráter orientador dos tribunais e não de uma obrigatoriedade dos precedentes jurisprudenciais. Forma-se em verdade, uma espécie de senso comum decisório, que passa a ter grande força no seio da instituição judiciária.

Nesse sentido o autor vê uma interpretação da sistematicidade formal e material do direito, quando o suprimento de lacunas pelo decisório não logra cobrir legislativamente a lacuna (formal) mas materialmente supre a lacuna no caso concreto e singular como jurisprudência dá uma orientação geral aos tribunais, no caso do STF e STJ. No caso tratado, vê que a súmula vinculante já possui ou acena para uma dimensão normativa (Cf. Mendonça, 2003, p. 135) ancorada num axioma, a efetividade da prestação jurisdicional.

Já se tratou da nova racionalidade do Estado moderno e sua influência no modelo judicial de decisão. A afirmação dos Estados-nação como uma série de unificações que eles deram início para afirmação da soberania, fez com que os juristas deixassem de operar com foco na solução de problemas e passasse o direito a ser mais uma afirmação abstrata e sistemática da racionalidade estatal. Essa desvinculação do direito em relação à história, ao caso concreto, leva a um abstracionismo caro à efetivação do poder real sobre a pluralidade das ordens normativas e jurisdições no período histórico anterior ao Medievo.

A pretensão de universalidade e de atemporalidade desse novo modelo de Estado passa ao jusnaturalismo moderno que recebe dos medievais a técnica de abordagem das normas que distingue entre *jus divinum* (moral e teológico) e o *jus positivum* (jurídico, propriamente), aprofundando este último em favor da normatização estatal.

A positivação do direito, especialmente as novas codificações e a interpretação e estudo exegético que predominam no século XIX, reprimem a função judicial de criação do direito no caso das lacunas. A tripartição ciosa dos poderes⁴ e as desconfianças revolucionárias quanto ao corpo de magistrados na França napoleônica levaram a decisão judicial também à esfera da afirmação da autoridade do Estado e cada vez menos de resolução de problemas; o direito geral passa sobre a especialidade do direito focado nos problemas, típico da atividade dos juristas na Idade Média.

Inserindo uma nota inteligente de Neidson Rodrigues (2003) quanto ao histórico da decisão: ela se liga à história da razão, que está no seu fundamento. Rodrigues (id.p. 132-133) identifica três estágios na história da razão no Ocidente: o primeiro da razão clássica cujo tom era a “prudência”; segundo, a razão medieval, com o híbrido de razão e religião, raciocínios e

⁴ Essa novidade de Montesquieu, segundo Lynch (2005) é um princípio menos forte do que a discricionariedade.

crenças e por fim, a razão absoluta da modernidade, que despida da religião, exacerbou a fé absolutista em si mesma. A ciência emerge, para ele, como a grande decifradora dos enigmas modernos. A decisão se obriga a, como a razão cartesiana, entender que a certeza e a dúvida coexistem numa linha axial realçando a busca de motivações, no caso da decisão judicial em outros valores que não a geométrica certeza, como em geral se entende.

Considerando insuficiente uma aplicação do direito pela estrutura lógica formal Viehweg pretende romper com a sistematização não problematizadora. A prerrogativa de um conceitualismo jurídico de matriz cartesiano não alcança as novas necessidades, deve ser reconciliado com a tópica, a decisão argumentada que arrebanha adesões. Isso se dá num crescendo que vai até o uso da linguagem natural, depois de superada a mera casuística que pode comprometer a legitimidade do ordenamento, assim como a fixação sistêmica compromete a eficácia dele. Para Viehweg deve haver uma modulação tal que, diz Mendonça (2003 p. 204), se

[...] uma visão meramente casuística dá ensejo ao surgimento de decisões contraditórias, por outro, a ânsia de uniformização conceitual poderá culminar em uma concepção sistemática despida de flexibilidade que redundará na insuficiência das normas disponíveis para a resolução dos diferentes tipos de problemas.[...] De acordo com Viehweg, a terceira manifestação da tópica no sistema jurídico ocorre com o uso da ‘linguagem natural’. Enquanto os sistemas lógico-formais são orientados pela precisão dos símbolos utilizados, os sistemas jurídicos seguem exatamente o princípio contrário [...] Exatamente porque as expressões da língua apresentam significados variados, que somente poderão ser definidos mais precisamente de maneira tópica.

A linguagem é aí vista para além de matéria prima para a formação de conceitos e mais para a formação de uma esfera comum e “republicana” de convencimento e adesão sociais. A linguagem será um domínio da esfera pública imprescindível para a legitimação das decisões judiciais em nível comum, das expectativas comuns médias da sociedade e dos indivíduos. Não é a busca de um simples consenso semântico mas da produção social de entendimento com as conseqüências práticas e concretas disso. Há uma mudança cultural em gestação: a linguagem específica, o jargão, que antes tivera a função de comunicar saberes de um modo mais preciso entres os profissionais ou *experts*, passa a servir para demarcar territórios de poder e assim excluir. A nova semântica pragmática abre-se agora a produção de

entendimento e consenso, pois a nova impostação no uso do saber não é tanto a sua conservação hermética, mas a sua comunicação produtiva e se possível, vendável.

Considerações finais

A decisão em todos os níveis em que, sendo necessária, é exercida, reveste-se de dificuldades ante o problema dos seus fundamentos, do vetor de satisfação subjetiva dos envolvidos e da adesão que ao final garante a sua legitimidade. Apesar de todos os esforços para diluir e aprimorar a racionalidade dos processos decisórios, no caso do Judiciário, é ainda inarredável que ela se dá numa configuração de assimetria e dominância. Longe de isso ser odioso, o oposto, a protelação da decisão é que tem sido nefasta ao propósito da inclusão jurídica, pois politicamente interessa ao réu que não tem razão ou ao litigante habitual a protelação.

A inclusão social passa hoje pela inclusão jurídica pelo fato de que a dignidade da pessoa humana fez agregar uma série de direitos cuja justiciabilidade. A inclusão jurídica passa pelo acesso à fala autorizada e fortemente simbólica do Judiciário por seus órgãos monocráticos ou colegiados. É a garantia última que têm os cidadãos, como gênero, de verem o seu patrimônio jurídico considerado. A informação sobre os direitos é outro elemento da inclusão jurídica que afeta a decisão enquanto a torna compreensível pela sociedade e destinatários. A linguagem exerce aí um papel relevante e a atividade jurídica e a judicial especialmente, pois o direito à informação é de assento constitucional.

A necessidade de fundamentar a decisão judicial não se cinge àquela de possuir certezas absoluta ou quadros de referência teóricas e científicas absolutas, mas de compreender e circunstanciar objetivamente e provocar adesão subjetivamente nos diversos atores participantes. A produção de adesões e de nova legitimidade se dá com a eficácia decisória restaurada. A opção política e institucional pela decisão é que a fará se impor respeitavelmente.

Referências

- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH , Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre:Sérgio Fabris Editor, 1988.
- CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- DIAS, Maria das Graças dos S. **A justiça e o imaginário social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003.
- DUARTE, Francisco Carlos. **Justiça e decisão**. Teoria da decisão judicial. Vol I. Curitiba: Juruá, 2001.
- FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FONSECA, Paulo Henriques. Da horda à civilização democrática: a legitimidade das instituições como espaço eficaz de decisão. In: MACEDO, Paulo Emílio V. B. de (Coord). **Direito e política**. Anais do II Congresso Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005. p. 195-201.
- HALIS, Denis de Castro. Crise e opacidade na “fábrica de direito”: controle judicial da política ou política de controle judicial. In:MACEDO, Paulo Emílio V. B (Coord). **Direito e política**: Anais do II Congresso Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005, p. 65-72.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. A voz do Leviatã pela boca de Behemoth... In: MACEDO, Paulo Emílio V. B (Coord). **Direito e política**: Anais do II Congresso Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005, p. 31-40.
- MARINONI, Luis Guilherme. **A antecipação de tutela na reforma do processo civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- McINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**. Bauru: EDUSC, 2001.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003.
- MONTAÑO, Carlos. **Terceiro Setor e questão social**. Crítica ao padrão emergente de intervenção social. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RODRIGUES, Neidson. **Glórias e misérias da razão**: Deuses e sábios na trajetória do mundo ocidental. São Paulo: Cortez, 2003.
- SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SARAIVA, Paulo Lôpo. **Direito, política e justiça na contemporaneidade**. Campinas: Edicamp, 2002.

TEIXEIRA, Elenaldo. **O local e o global**. Limites e desafios da participação cidadã. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

TOURAINÉ, Alain. **Poderemos viver juntos?**. Iguais e diferentes. Petrópolis: Vozes, 1999.