

**ATIVISMO JUDICIAL E A “NÃO-RESPOSTA” COMO POSSIBILIDADE:  
O PAPEL DO “TALVEZ” NA REFUNDAÇÃO DA JURISDIÇÃO**  
*JUDICIAL ACTIVISM AND "NON-ANSWER" AS POSSIBILITY:  
THE ROLE OF "MAYBE" IN THE REFUNDATION OF JURISDICTION*

*Angela Arango da Silveira Espindola \**  
*Everton Luís da Silva \*\**

**Resumo:** Para a elaboração deste artigo realizar-se-á uma reflexão acerca da jurisdição e de suas transformações, para responder à questão dos motivos e do contexto que levaram a jurisdição a ser o que é hoje, especialmente no que toca ao protagonismo judicial, bem como perquirir sobre a mais relevante crítica. Além disso, tem-se o objetivo de demonstrar a possibilidade de refundação da jurisdição, sobretudo a partir de alternativas, como a mediação (Warat) e a capacitação jurídica dos líderes comunitários (Boaventura) que visem arrefecer o ânimo voraz de se pedir por respostas. Dizer o direito (juris dictio) e acessar a justiça podem ser mais (e menos) que ajuizar uma demanda e obter uma resposta institucionalizada. Nesse contexto, o centro de preocupação é a decisão jurídica, que passa de ato de conhecimento (positivismo exegético) para ser um ato de vontade (de matriz kelseniana). E é esse voluntarismo que precisa ser combatido, porque a decisão como manifestação da vontade (de poder) é antidemocrática, daí as propostas da hermenêutica filosófica e as contribuições de Streck. Não obstante, ainda que se reconheça a necessidade de respostas corretas em direito, é importante a reflexão sobre a sua possibilidade, principalmente desde Derrida e a questão do talvez ou da não-resposta, como condição de possibilidade da justiça (ou concretização dos direitos, típica preocupação no pós-positivismo). Será utilizada pesquisa exclusivamente bibliográfica, a partir dos autores citados que, em sua maioria operam segundo a lógica do paradigma da linguagem, mormente valendo-se da abordagem hermenêutica.

**Palavras-chave:** teoria da decisão; refundação da jurisdição, ativismo judicial

---

\* Doutora e Mestre em Direito Público (UNISINOS). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Guanambi (UNIFG/BA) e Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS). Membro Fundadora e Vice-Presidente da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL). Advogada e consultora. E-mail: ange.espindola@gmail.com

\*\* Mestre em Direito (UFSM). Professor no Curso de Direito nas Faculdades Integradas do Vale do Iguaçu (UNIGUAÇU). Analista Judiciário da Justiça Federal da 4ª Região. Advogado. E-mail: ever\_luis@ymail.com

**Abstract:** In this article, a reflection will be made on the jurisdiction and its transformations, in order to answer the question of the reasons and the context that led the jurisdiction to be what it is today, especially with regard to judicial protagonism, as well as to inquire about the most relevant criticism. In addition, the objective is to demonstrate the possibility of re-founding the jurisdiction, especially from alternatives such as mediation (Warat) and legal training of community leaders (Boaventura) aimed at cooling down the voracious spirit of asking for answers. To say the right (*juris dictio*) and to access justice can be more (and less) than to judge a demand and obtain an institutionalized response. In this context, the center of concern is the legal decision, which goes from act of knowledge (exegetical positivism) to be an act of will (of Kelsenian matrix). And it is this voluntarism that needs to be combated, because the decision as a manifestation of the will (of power) is undemocratic, hence the proposals of philosophical hermeneutics and the contributions of Streck. Nevertheless, although the need for correct answers in law is recognized, it is important to reflect on its possibility, especially since Derrida and the question of perhaps or non-response, as a condition for the possibility of justice (or realization of rights, typical concern in post-positivism). It will be used exclusively bibliographical research, from the cited authors that, in their majority operate according to the logic of the paradigm of the language, mainly using the hermeneutic approach.

**Keywords:** decision theory; re-foundation of jurisdiction, judicial activism

## 1 INTRODUÇÃO

A jurisdição contemporânea é mais que simplesmente *dizer o direito*, sobretudo quando nos referimos a um *dizer o direito* fundado em um paradigma filosófico superado, atrelado a um ritualismo cuja metodologia remonta à epistemologia cartesiana e que coloca o judiciário como órgão de mera declaração da *voluntas legis*, tornando-os distanciados e irresponsáveis por sua atividade. Também não o é aceitar que o direito é o que os tribunais dizem que é. E mais, se o acesso à justiça é um problema que causa preocupação desde o fim do século passado e assim permanece, talvez a jurisdição não se resuma sequer a dar respostas institucionalizadas. Talvez envolva um processo social e humano mais abrangente. E é disso que trata a presente reflexão.

Nesse contexto, o problema de pesquisa estrutura-se a partir de uma dupla indagação: como a jurisdição chegou a ser o que é hoje? É possível falar-se em *refundação da jurisdição*<sup>1</sup> e a partir de que elementos? Para responder a tal indagação utilizar-se-á como teoria de

base a hermenêutica filosófica, que acaba por dar o tom da abordagem, além de se estabelecer um diálogo com autores que, embora não sejam hermeneutas, inserem-se no contexto da filosofia da linguagem.

O primeiro capítulo tratará da decisão judicial, vista sob o prisma positivista, desde a sua concepção como um ato de conhecimento (Escola da Exegese), cuja expressão máxima é o modelo de juiz montesquiano, chamado de *la bouche de la loi*, até se transformar em ato de vontade, especialmente a partir de Kelsen (2006). Do rol de autores utilizados, destaca-se Hespanha (2005), visto o caráter histórico da explanação.

O segundo capítulo abordará a questão do voluntarismo como uma atitude positivista, seja em razão de sua matriz kelseniana (e até hartiana), seja em razão de evidenciar uma nova forma de positivismo, agora não de cunho objetivista, mas profundamente subjetivista, dado que aposta na figura do magistrado para "escolher" a decisão que melhor lhe convier dentro da moldura imaginária que se cria a partir da relativa indeterminação do ordenamento jurídico. Para isso, buscar-se-á apoio em Streck (1999, 2017), Baptista da Silva (2004) e Castanheira Neves (1995, 2003, 2007). Ainda: apresentar-se-á a crítica contumaz da atualidade (de matriz hermenêutica) e que abre o direito ao pós-positivismo em um sentido mais sofisticado e realístico que àquele oferecido pelas teorias da argumentação, tão em voga.

Por fim, refletir-se-á sobre a efetiva necessidade de respostas (corretas) da jurisdição, em especial sobre a possibilidade ou impossibilidade de *não-respostas* como condição para a justiça. Tratar-se-á de inserir um *talvez* na discussão, eis que a justiça enseja sempre o *talvez* e é ela que, em seu porvir, pode viabilizar a *refundação da jurisdição*. Ressalte-se, desde logo, que a *não-resposta* não é um vazio de sentido ou significado, mas uma resposta que não vem pronta ou dada pelo sempre distante judiciário. É uma resposta humana, que é dada preservando os segredos do conflito, mas também resolvendo-o internamente. Pode ser também uma resposta comunitária, porque próxima do conflito mesmo. Para tanto, serão utilizados pensadores como Derrida (1995, 2013) e Warat (1995, 2004a), além das contribuições de Santos (2008), Cappelletti (2002) e Garapon (1999).

## 2 O POSITIVISMO JURÍDICO E A DECISÃO JUDICIAL: DO ATO DE CONHECIMENTO AO ATO DE VONTADE

No contexto das codificações, não era mais possível a desvinculação do espírito moderno, do espírito racionalista e, até, do espírito revolucionário francês de 1789. Vivia-se um novo tempo com uma nova perspectiva. A perspectiva dos direitos humanos estava latente na política e, por conseguinte, no Direito, sobretudo aqueles direitos relativos à liberdade – direitos civis e políticos – chamados de primeira geração (BOBBIO, 2004). O jusracionalismo estava então permeando as mentes jurídicas. Mas não bastava a existência desse movimento. Ele precisava se fazer visível política e juridicamente. Daí a ideia de tomá-lo positivamente, ou seja, dá-lo a aparecer. E eis que se inicia uma tendência de monopólio da atenção dos juristas despertada pela lei estatal (HESPANHA, 2005).

Ao passo em que a tendência sobredita se evidenciava, entrava em crise, num movimento paradoxal curioso: a positivação (codificação) dos ideais edificantes do Direito era a própria negação destes. Isso se torna claro na medida em que se atenta ao fato de que quanto mais posto estava o Direito, mais se afastava ele de sua jusracionalidade, que era bem mais próxima da metafísica do que da ciência, discurso que depois ganhará bastante força e a manterá até os dias atuais.

Muito adequada a expressão de Hespanha (2005, p. 377) quando diz que os códigos eram “uma espécie de positivação da razão”. A codificação, já em fins do século XVIII, dava seus primeiros passos em alguns países europeus como a Prússia (em 1794 com o *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*) e a Áustria (em 1811 com o *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), mas é principalmente na França, com o advento dos códigos napoleônicos, que o referido movimento adquire maior força (HESPANHA, 2005, p. 377).

Segundo Barroso (2009, p. 229), nesse contexto surgem os mitos e a lei passa, então, a ser vista como expressão superior da razão. Mas antes de se adentrar na crítica a ser feita, impende destacar os aspectos positivos do movimento. A generalidade de que eram dotados os códigos, sobretudo o Código Civil Francês de 1804, pretendia garantir a igualdade entre os cidadãos, somando à vinculação do judiciário aos preceitos codificados, a ideia de isonomia restava exaltada. Além disso, os códigos, desde que fossem compactos, sistematizados e claros,

possuíam uma função social relevante: a de ser o elo democrático entre o Direito e o povo, já que não fosse a existência deles caberia ao jurista esta função, o que deveras era uma pretensão um tanto quanto inviável.

Mas nem só de coisas boas viveu a codificação. Ao contrário, mais oposições do que ratificações são visíveis nesse fértil campo de discussão, em virtude do que não é equivocado (ou tautológico) lembrar (e trazer sob outros termos) que se encontrava presente (e dominante) o conceito de que o código era a concretização da vontade geral (*volonté générale*) rousseauiana. Eis a lei (codificada) como monopólio de manifestação do Direito. Por isso é que se pode afirmar que sendo manifestação da razão e da vontade geral, os códigos agora estavam cientificamente fundados e democraticamente legitimados. É o que se convencionou denominar de “legalismo” ou “positivismo legal” (HESPANHA, 2005, p. 378).

Neste diapasão, ficava a doutrina restrita aos comentários sobre os códigos, não lhe cabendo qualquer papel inovador ou que, de algum modo, pudesse interferir na perfeição legal daqueles. A função do jurista, e do próprio judiciário, mostrava-se ancilar, limitada à interpretação do legislador histórico, buscando tanto quanto possível manter-se fiel aos desideratos deste quando do exercício do poder legiferante. Não se acredite que tal visão, nessa época, consistia em uma novidade, já que antes Montesquieu havia dito que os juízes deviam ser “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força, nem o rigor dela” (MONTESQUIEU, 1996).

Portanto, quedava-se o judiciário e, sobretudo, o jurista impotente diante da realidade jurídica, uma vez que lhe cabia apenas fazer a apresentação e a interpretação (*exegese*) dos códigos. “Daí, a *Escola da Exegese*, cujos principais representantes (Duranton, Demolombe, Troplong) foram autores de grandes comentários ao *Code civil*” (HESPANHA, 2005, p. 379).

A supramencionada Escola do pensamento jurídico é um exemplo clássico do culto à subsunção. Isso por motivos políticos, em especial para silenciar o judiciário, transformando-o em um poder conservador da nova ordem estabelecida, sobretudo porque a imensa maioria que contribuiu para a derrubada das estruturas feudais e na relação capital /trabalho foi alijada das decisões políticas, passando a uma subordinação no processo de trabalho (CORRÊA, 2002, p. 92).

A solução, então, foi o fetiche da lei, com base no modelo napoleônico de direito, já que os interesses da burguesia estavam juridicamente garantidos no *Code Civil* (CORRÊA, 2002). Tido como um sistema coerente, lógico e fechado, o Código anulou o Poder Judiciário, fazendo-o de acordo com a famosa fórmula de Montesquieu (1996).

Tratava-se de calar ideologicamente os tribunais, pugnando pela pretensa neutralidade nos julgamentos e, assim, amordaçando os membros desse poder. Tratava-se de “uma ordem estranha às convicções sociais de justiça” (HESPANHA, 2005, p.381).

Nada obstante, a doutrina e a jurisprudência perdem (ou sequer adquirem) seu caráter experimental, inovador, pois que a codificação atribuiria ao Direito um traço epigonal, isto é, jamais o Direito poderia, por intermédio da legislação positiva, trazer novidade ao mundo jurídico. Deveria ser, antes, reflexo das mudanças e criações oriundas da vontade política, que, por sua vez, eram de exclusividade do legislador (HESPANHA, 2005, p. 384).

Enfim, feitas essas considerações acerca do movimento de codificação (Direito enquanto norma) e das suas consequências doutrinárias (Direito enquanto ciência: ciência jurídica), máxime pela Escola da Exegese, importa já inserir outras características do positivismo jurídico, para que, adiante, possam ser mais bem compreendidos os argumentos e as críticas subsequentes.

O positivismo jurídico, enquanto teoria dogmática, assenta-se em postulados denominados “científicos”. Científicos porque se submetem, em tese, a um rigoroso método para sua validação. Na esteira da modernidade, adotando a perspectiva (racionalista) cartesiana, o positivismo jurídico tem por escopo, conforme aponta Adeodato (2006, p. 148), estabelecer e manter quatro princípios fundamentais: 1) identificar o que é juridicamente relevante (conferindo identidade ao Direito); 2) estimular a coerência social; 3) difundir a ideologia do poder e; 4) neutralizar e operacionalizar os conteúdos axiológicos. É o que diz, analiticamente, Rafael Bielsa (WARAT, 2004a, p. 153):

El dogmático del derecho es, [...] en cierto modo, un geómetra, y de ahí que tenga fundamento dialéctico la afirmación que hacemos al decir que en las discusiones sobre derecho procedemos con la serenidad del geómetra, pues la dogmática no se dirige a fines políticos, económicos o sociales, ni está influida por ellos; es el derecho positivo el que está influido de direcciones, miras o tendencias; tampoco tiene substratum valorativo; también por eso la dogmática es objetiva. Pero, claro está, su ciencia, su acierto y eficacia depende del jurista

que construye el concepto. El grado de intuición (o sea la aptitud de ver bien), el rigor lógico de su razonamiento, la unidad de sus concepciones y hasta la elegancia de la construcción jurídica diferencian necesariamente a los juristas y el nivel de su espíritu científico.

Para Warat, na trilha do pensamento do Bielsa, a dogmática jurídica partiria do pressuposto de que é possível descrever a ordem legal, sem qualquer referência a caráter sociológico, antropológico, político e econômico. Portanto, dirá ele, a dogmática jurídica “se presenta como una construcción teórico-objetiva y rigurosa, una elaboración conceptual del derecho vigente sin indagación alguna de su instancia ideológica y política; una mera ciencia lógico-formal dedicada al estudio exclusivo de las normas legales. El texto legal es el dato inmediato do cual parte el jurista em su trabajo científico” (WARAT, 2004, p. 153-154).

Eis a herança do racionalismo para o direito<sup>2</sup>. E como nega o mundo prático (a experiência jurídica é uma experiência normativa), essa nova racionalidade se caracteriza por uma razão autofundamentante nos seus axiomas (as suas evidências racionais) e sistematicamente dedutiva nos seus desenvolvimentos - a razão cartesiana (CASTANHEIRA NEVES, 2007).

Kelsen (2006, p. XI), já no prefácio à primeira edição de sua Teoria Pura do Direito (*reine rechtslehre*) demonstra claramente sua intenção:

[...] desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do **ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão**.

Para Warat e Pêpe (2004a, p. 70), a pretensão de Kelsen tinha uma dupla face: uma epistemológica e outra dogmática. “Sua concepção conceitual implica tanto a elaboração de normas metodológicas adequadas à produção do saber dogmático do Direito como também o desenvolvimento das categorias gerais desse modelo de conhecimento.” (2004a, p. 70). Não se olvide dizer que, de qualquer sorte, a grande arquitetura kelseniana dirige-se à ciência jurídica. O Direito visto como metalinguagem (o Direito falando do direito), tal como bem destacado por Warat (2004b). Nas primeiras linhas de *Teoria Pura do Direito*, Kelsen (2006) afirmava:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe **garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e**

**excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.**

A propósito, em Kelsen, há algo de fundamental: a fundamentalidade daquilo que ele defende. Salta aos olhos como em várias passagens da obra *Teoria Pura do Direito* o vocábulo “fundamental” é empregado, atribuindo (retoricamente) um caráter indelével aos seus argumentos, donde se extraem fragmentos místicos e míticos.

A ideia de pureza presente em Kelsen leva à conclusão de que seria impossível que uma teoria racional do Direito pudesse ser construída a partir de (ou ao menos tomando como parâmetro) conteúdos e visões de outros ramos do saber.

A Ciência do Direito deve apenas pretender construir um conhecimento que tente responder às questões “o que é” e “como é” o Direito, sem procurar explicitá-lo, transformá-lo justificá-lo, nem desqualificá-lo a partir de pontos de vista que lhe são alheios. Essa é a exigência metodológica fundamental que define o sentido da ideia de pureza (WARAT, 2004a, p. 71).

Assim, Kelsen diferencia a ciência jurídica da política do Direito, onde esta visa transformar, qualificar ou desqualificar, e até melhorar o Direito, enquanto aquela, ao revés, limita-se ao diagnóstico, à observação do fenômeno jurídico, melhor seria dizer, do fenômeno jurídico-normativo, dado o fetiche de Kelsen pela norma.

De algum modo, a *Teoria Pura do Direito* estava a legitimar o *status quo* burguês, defendendo, por um lado, a percepção objetiva da realidade normativa e, por outro, a impossibilidade do jurista (cientista do direito) interferir nos rumos do Direito, senão como mero espectador.

A construção kelseniana, no seu rigor absoluto, é bem uma representação ideal do sistema jurídico burguês, não a análise do que ele é verdadeiramente. Neste sentido, formalismo e até estruturalismo, formalizando ao extremo o modo de existência do direito burguês, dando-lhe uma imagem perfeitamente rigorosa, aparecem como sendo os últimos esforços para dar coerência a um sistema cada vez mais minado por contradições importantes (MIAILLE, 2005, p. 318).

Para Kelsen (2006), a conduta humana (em sua historicidade, portanto) não é objeto de estudo da ciência jurídica, é-o apenas quando determinada pela norma jurídica, ou seja, só se

discute a aplicação da norma, não o que a ensaja. São palavras do próprio autor ao inaugurar o capítulo onde discorre sobre “Direito e Ciência”:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas (KELSEN, 2006, p. 79).

Assimilar a *Teoria Pura do Direito* em sua inteireza seria o mesmo que assassinar a atividade social do ator jurídico, que não seria mais ator social, distanciando-se da concretização e do acesso à justiça, preocupações que passaram longe das reflexões kelsenianas.

Evidentemente que não se ignora a correta interpretação waratiana no que concerne à postura epistemológica de Kelsen, que a pureza a que este se referia era a metódica e não a material e que “seu centro de interesse era a ciência” (WARAT, 2004a, p. 571), deixando de lado as consequências sociais. Acredita-se, também, que a norma fundamental foi tomada como parâmetro imaginário para a constituição de uma ciência jurídica em sentido estrito, tal como o estudo da “mulatologia” elegeu a mulata fundamental para partir de tal pressuposto e estudar as mulatas (WARAT, 2004a, p. 580-581). Contudo, há outro aspecto relevante na obra de Kelsen, e que trata da decisão jurídica. Enquanto na Escola da Exegese o ato interpretativo era um ato de conhecimento, amparado em raciocínios lógico-dedutivos e manifestado em caráter demonstrativo (declaratório) (CORRÊA, 2002, p. 94), para Kelsen (2006, p. 394), a decisão é um ato de vontade, e isso se revela quando ele diz que:

[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva (KELSEN, 2006, p. 394).

Não é demais lembrar que essa "escolha", fruto de um querer do intérprete, é feita a partir das possibilidades constantes de uma "moldura"<sup>3</sup> oferecida pelas normas, dada a relativa indeterminação na interpretação jurídica. Haveria aqui a semente da arbitrariedade?<sup>4</sup>

### **3 O VOLUNTARISMO COMO ATO POSITIVISTA: DA MOLDURA (E DA ZONA DE PENUMBRA) ÀS TEORIAS DISCURSIVAS (COMO REPRISTINAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DO VELHO MODELO POSITIVISTA) - O PROTAGONISMO JUDICIAL COMO MANIFESTAÇÃO DA *WILLE ZUR MACHT***

A problemática da decisão jurídica envolve, entre outras coisas, um impasse construído ao longo do tempo pelo próprio positivismo, em suas mais diversas manifestações.

Eis a complexidade do problema, que deve ser devidamente entendido: historicamente, os juízes eram acusados de ser a boca da lei. Essa crítica decorria da cisão entre questão de fato e questão de direito, isto é, a separação entre facticidade e validade (problemática que atravessa os séculos). As diversas teorias críticas sempre aponta(ram) para a necessidade de rompimento com esse imaginário exegético. Ocorre que, ao mesmo tempo, a crítica do direito, em sua grande maioria, sempre admitiu - e cada vez admite mais - um alto grau de discricionariedade nos casos difíceis, nas incertezas designativas, enfim, na zona de "penumbra" das leis (STRECK, 2012a, p. 98).

Há quem diga, todavia, que o direito atual se livrou, ainda que relativamente, das garras do positivismo, em especial porque se vale da argumentação jurídica, em voga nos tribunais e apreciada pela doutrina. Entretanto, até mesmo as badaladas "teorias argumentativas - que se enquadram no âmbito das teorias analíticas - continuam apostando na vontade do intérprete, gerando arbitrariedade discricionariedade judicial. Tais teorias *sofrem, assim, de um letal déficit democrático*" (STRECK, 2012, p. 93).

Se por um lado o direito caminhou escapando da deificação da lei, por outro, atribui aos magistrados um poder quase incontrolável. Nesse contexto, Streck (2012a, p. 97) então indaga: deixar tudo para os juízes? Ora, isso Kelsen já havia deixado como herança maldita para os juristas. E as consequências disso são bem conhecidas.

Assim, de acordo com Streck (2012, p. 103), para que se possa superar efetivamente o positivismo, inserindo-se no pós-positivismo - entendido não como um antipositivismo, mas, como diria Friedrich Müller, mas como o fenômeno que procura tratar daquilo que o positivismo pouco se ocupou: a questão da interpretação concreta, espaço da chamada discricionariedade judicial, em que se apresentam perspectivas teóricas e práticas que ofereçam soluções para o problema da concretização do direito (2012, p. 103) - , é indispensável a superação do esquema sujeito-objeto (S-O), típico do paradigma da consciência (ou do sujeito). Assim, para se escapar

das armadilhas positivistas, a superação das teorias que ainda apostam no aludido esquema é condição de possibilidade (2012, p. 105).

Diante desse quadro, sob o argumento de que os juízes não são mais mera *boca da lei*, instaurou-se aquilo que Streck (2012, p. 101) chama de *panprincipiologismo*, em que os princípios passaram a ser a era da abertura interpretativa, da criação judiciária. Aí se instalou um “estado de natureza hermenêutico”, o que gerou uma reação no *establishment* tendente a se adaptar darwinianamente à nova realidade. Contudo, denuncia Streck (2012, p. 101), há um estado de poluição semântica e anemia significativa a que o significado do termo *pós-positivismo* foi submetido, confundindo-se-o com “abertura interpretativa”, “ativismo” ou “protagonismo dos *juízes-que-já-não-são-a-boca-da-lei*”.

Nesse sentido, Streck (2012a) pretende combater a decisão como ato de volição, de tal modo que o Judiciário não pode simplesmente, por sentimento individual e solipsista, abrir mão de aplicar a lei, porquanto embora faça parte de sua atuação atribuir sentido à norma, a tarefa criativa (ou destrutiva) não lhe está disponível conforme o gosto ou vontade. Somente em situações excepcionais pode o magistrado deixar de aplicar a lei. E aplicá-la, não é um atitude “positivista”<sup>5</sup> no sentido pejorativo.

O positivismo, em suas mais diversas dimensões, mantém a sua matriz metafísica, típica da filosofia da consciência. O grande erro da metafísica foi o de pensar o ser detendo-se no ente. Ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser por meio de um pensamento objetificador. Dito de outro modo, a metafísica, que acabou por ser designada como a “teoria do conhecimento” propriamente dita, na modernidade, fez com que se ignorasse justamente a diferença ontológica que separa ser e ente (STRECK, 2017, p. 165–166).

Streck (2017, p. 166–167) alerta, ainda, que no campo jurídico isso corrompeu a atividade interpretativa, mediante uma espécie de mais-valia do ser (sentido) do direito. Disso resulta o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização que culminaram em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado no seu acontecer. Uma teoria hermenêutica do direito, num sentido pós-positivista, pode se dar a partir da proposta para o direito de Dworkin (com ele e além dele) e da hermenêutica filosófica de Gadamer. Isso na medida em que se comunicam a correção da interpretação para este e a tese da resposta correta

para aquele. Não se olvide destacar, ainda, o papel da história para ambas as teorias e o significado atribuído à atividade interpretativa. Igualmente, o enfrentamento da discricionariedade positivista e a construção da integridade do direito são questões que passam pela superação da razão prática pelo *mundo prático* operada pela tradição hermenêutica (STRECK, 2012, p. 104).

O novo paradigma (neoconstitucionalismo principiológico) não proporcionou maior liberdade aos juízes, nem facilitou atitudes decisionistas e/ou discricionárias (STRECK, 2017, p. 189), menos ainda autorizou, por conta da necessidade de atribuição (e não extração) de sentido, que se diga qualquer coisa sobre qualquer coisa (STRECK, 1999, p. 214).

Ademais, a discricionariedade positivista (tomada em seu sentido clássico-original), ainda que limitada pelo ordenamento jurídico, gera uma espécie de *mundo da natureza hermenêutico*, em que viceja a liberdade interpretativa (decisionismo kelseniano e discricionariedade hartiana nos *hard cases*). E isso não se funda senão em uma subjetividade "assujeitadora", cada juiz decidindo como quer, de acordo com a sua subjetividade (STRECK, 2017, p. 389–390), pois decidir não é sinônimo de escolher (STRECK, 2012a, p. 107), já que isso é puro ato de vontade, acrescente-se "vontade de poder" (*Wille zur macht*)<sup>6</sup>, o que é, sem dúvidas, antidemocrático.

De qualquer sorte, será que a necessidade de repostas corretas não cria um contexto ou até mesmo uma necessidade de se criar um discurso de justificação quando uma resposta não é possível? Será que sempre há resposta correta (ou constitucionalmente adequada) para todas as situações?

Por que não se pensar em uma "não-resposta"? Entendida a *resposta* no sentido jurídico clássico, aquela que é institucional, originada na norma jurídica - e mesmo no mundo prático para trazer à hermenêutica. Será possível a jurisdição conviver com isso (a *não-resposta*) - sobretudo porque ela é *juris-dictio*, ou seja, dizer o direito?

#### **4 A NÃO-RESPOSTA COMO RESPOSTA: MENOS RIGOR E MAIS REFLEXÃO; MAIS RIGOR E MENOS ACHISMO (SOLIPSISTA) E A POSSIBILIDADE DA REFUNDAÇÃO DA JURISDIÇÃO**

É uma constatação dos juristas que o direito vive uma crise, para alguns, uma crise de dupla face<sup>7</sup>. Muito se dá porque o direito (em especial o processual civil) opera ainda na lógica de

um paradigma superado. Aqui importa destacar a lição habermasiana de que "Tornou-se costume aplicar à história da filosofia o conceito de *paradigma*, oriundo da história da ciência, e dividir as épocas históricas com o auxílio de *ser, consciência e linguagem*" (HABERMAS, 1990, p. 20–21). E justamente no momento em que a filosofia se encontra no paradigma da linguagem<sup>8</sup>, o direito insiste em reproduzir a estrutura paradigma da consciência. E isso se mostra a partir da manutenção, por exemplo, do esquema S-O já tratado. Também, ao adotar uma liturgia, um ritualismo no processo (ordinarização) como se a instrução probatória fosse uma investigação científica e a prova um achado.

Essa herança maldita é geradora de crise. Mas o passo seguinte volta os olhares à magistratura, que está entre a crise e a crítica. O juiz é participante, mas também um analista do fenômeno jurídico, "pois, afinal, se ele deve analisar, ler, interpretar [...] deve *ele também*, manter uma certa posição crítica." (DERRIDA, 1995, p.7) Mas eis que, de repente, surge uma dificuldade nessa leitura, uma espécie de disfunção, a que alguns chamariam de crise. Em outros termos: um momento *crítico*. E isso já estaria afetando o próprio desenrolar do processo simbólico (DERRIDA, 1995, p.10). E é aí que se insere o problema do protagonismo, que é sintoma da tentativa de superação da crise do ritualismo anterior, mas que não o vence e cria um novo, sobretudo porque ainda opera no modelo do paradigma anterior.

"Há rito por toda parte, sem ele não há sociedade, não há instituição, não há história" (DERRIDA, 1995, p.6), mas o desenrolar do rito corre o risco de não estar mais conforme com sua automaticidade. E é aí que um dos elementos do sistema (um "eu", por exemplo) não sabe o que fazer, senão que deve fazer coisas contraditórias e incompatíveis. Eis a problemática do protagonismo, que impele à magistratura (enquanto instituição) a contradizer-se, como recado imaturo da tentativa de superação da mera atuação declaratória, como se cada juiz fosse um ordenamento. E esse subjetivismo é antidemocrático, como já dito alhures.

Diante disso, a superação do paradigma do sujeito (seja no viés exegético ou voluntarista) é medida que urge, reconhecendo-se o papel constitutivo da linguagem<sup>9</sup>, sobretudo no que concerne à hermenêutica.

Todavia, se são necessárias respostas corretas (Dworkin) ou constitucionalmente adequadas (Streck), talvez fosse antes necessário pensar sobre o que fazer e mesmo sobre a

possibilidade daquilo que se pretende fazer. Se a resposta correta só pode se dar no caso concreto, jamais em abstrato - o que permitiria múltiplas decisões possíveis - , o próprio ato de dizer sobre a possibilidade de resposta no caso concreto se dá de modo abstrato. Não se pretende com isso invalidar a importância da hermenêutica filosófica para a decisão jurídica, que aqui se defende. Entretanto, sem apelar ao relativismo, é inafastável o questionamento sobre a resposta.

Segundo Derrida, "É impossível responder à questão sobre a resposta. É impossível responder à questão por meio da qual nos perguntamos precisamente se é preciso responder ou não responder, se é necessário, possível ou impossível." (DERRIDA, 1995, p. 39).

Nesse contexto é que ganham relevância os meios alternativos de resolução de conflitos (e por que não de acesso à justiça?<sup>10</sup>), sobretudo a capacitação jurídica dos líderes comunitários<sup>11</sup> e mesmo a mediação, porquanto a atividade judicante tomada como *resposta* sempre trará à tona o questionamento feito por Derrida sobre a sua necessidade, possibilidade ou impossibilidade. Se o Direito é linguagem e a linguagem é constitutiva do mundo, é imprescindível que se pense sobre o diálogo que a conciliação e, sobretudo, a mediação<sup>12</sup> (Warat) viabilizam, de modo que a vedação ao *non liquet*<sup>13</sup> (art. 4º da LINDB), antes (e ainda) uma premissa de cunho institucional seja reinventada ao ponto de que a solução do conflito venha pelo diálogo, e não principalmente pela decisão judicial, que é manifestação da linguagem enquanto poder.

É imperioso que se tenha com conta de consideração que a jurisdição envolve sempre mais que simplesmente dizer o direito. Não no sentido de apelar à moral, à consciência ou a quaisquer argumentos extrajurídicos. Trata-se, antes de mais nada, de uma reflexão sobre a *justiça*, que segundo Derrida, constitui-se "como experiência da alteridade absoluta, é inapresentável, mas é a chance do acontecimento e a condição da história." (DERRIDA, 2013, p. 55) Aliás, o próprio julgamento se mostra muitas vezes como condição de inteligibilidade da história, conforme defende Garapon<sup>14</sup>.

Embora o direito necessite de respostas corretas, a questão da justiça, no sentido material, também demanda sempre o questionamento não-dogmático e permite que um *talvez* possa se imiscuir na reflexão jurídica sobre a decisão. "*Talvez*, é preciso sempre dizer *talvez* quanto à justiça. Há um porvir para a justiça, e só há justiça na medida em que seja possível o

acontecimento que, como acontecimento, excede ao cálculo, às regras, aos programas, às antecipações etc." (DERRIDA, 2013, p. 55) Daí dizer que a justiça permanece, tem e é porvir, abrindo a própria dimensão de acontecimentos porvir. E "talvez seja por isso que a justiça, na medida em que ela não é somente um conceito jurídico ou político, abre ao porvir a transformação, a refundição ou a **refundação** do direito e da política" (DERRIDA, 2013, p. 54–55).

A não-resposta é uma resposta, assim como a contrarregra é uma regra (DERRIDA, 1995, p. 15). Mas não se trata de uma *resposta* pronta, nem mesmo construída pela figura do magistrado à luz do caso concreto, mediante processo compreensivo auxiliado pela hermenêutica filosófica. Trata-se de uma resposta que sequer se pode falar ou mensurar antecipadamente. É o indizível do processo (não)decisório - o indecidível<sup>15</sup>. A *resposta* como *não-resposta* remete à decisão que as próprias partes tomam, e a mediação<sup>16</sup> é um formidável exemplo. O processo é pensado em uma ritualística probatória, de expressão da verdade e (pseudo<sup>17</sup>) desvelamento do oculto. Entretanto, há sempre algo de secreto e, em determinadas situações, que jamais podem vir à lume.

Há segredos que excedem ao jogo do vendar/desvendar e, portanto, não pertencem à verdade, nem à verdade como *homoiosis* ou adequação, nem à verdade como memória (*Mnemosynè, aletheia*), nem à verdade dada ou prometida, nem à verdade inacessível. A sua não-fenomenalidade não possui relação, nem mesmo negativa, com a sua fenomenalidade (DERRIDA, 1995, p. 44). E a jurisdição, valendo-se do processo, tende ao fracasso. Por isso precisa ser refundada, porque seus baldrames construídos sob a égide de um paradigma superado tendem a comprometer a sua estrutura.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O encerramento de um trabalho constitui uma certa metalinguagem, porque fala de si, e assim, coloca-se numa situação de (modesta) obviedade daquilo que acabou de ser dito, mas também de uma (sobranceira) forma de fechamento de ideias e abertura para novas situações. As considerações finais nunca são o fim, mas o recomeço.

A jurisdição, em sua expressão positivista, já foi aquilo que dizia a lei, e os juízes deveriam se limitar a declará-la (*la bouche de la loi*), como seres inanimados que reproduziriam fiel e literalmente o sentido da norma, enquanto a doutrina se tornava conjunto de comentadores de dispositivos legais (Escola da Exegese). Também já foi (e ainda o é, em certa medida) aquilo que dizem os juízes e tribunais, em claro deslocamento do ser do direito, antes no texto, para a subjetividade do intérprete, que escolhe, de dentro da moldura jurídica, a melhor decisão.

Esse modelo, ainda atrelado ao paradigma da consciência de que fala Habermas, encontra-se em crise. E as críticas que lhe são dirigidas são muitas, merecendo destaque aquelas já desenvolvidas dentro do paradigma da linguagem, mais especificamente no seu viés hermenêutico, que procura manter a integridade e a coerência do direito, e que desvela o seu ser em seu acontecer no mundo, em sua faticidade, sempre por meio do processo compreensivo. E nisso Streck nos ensina de modo profundo, amparando-se em Heidegger, Gadamer e Dworkin. Também nos mostra o quanto as aclamadas teorias da argumentação operam segundo o paradigma precedente e, por isso, falham miseravelmente, porque apostam no subjetivismo e no protagonismo de um sujeito solipsista que julga conforme a sua consciência e se sente autorizado a dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Daí a necessidade de respostas corretas (ou adequadas) em direito.

Contudo, se o pós-positivismo se caracteriza pela preocupação com a concretização dos direitos, a própria percepção da jurisdição precisa ser modificada, e o conceito de acesso à justiça ampliado. Isso porque até mesmo o anseio e a dita "necessidade" de respostas corretas pressupõe antes de corretas, as *respostas*. E essa pretensão também opera a partir de um postulado da Modernidade: a vedação ao *non liquet*, que se não invalida a tese de Streck, coloca interrogações sobre a sua concepção e adaptação a um direito que vai se construindo em um novo paradigma. Quem sabe nesse sentido, o *talvez* - ou a *não-resposta* (entendida como resposta diversa dos moldes clássicos) - constitua a possibilidade da (concretização da) justiça, porque é em seu porvir que reside a refundação do direito e da política (Derrida) e, por conseguinte, da jurisdição propriamente dita.

Por isso é que refundar a jurisdição não significa destruí-la (*destruktion* heideggeriana), mas desconstruí-la (Derrida) e reconstruí-la a partir de seus fundamentos, sobretudo atendo-se ao

paradigma da linguagem em que se encontra a filosofia e que o direito, ainda atrasado, tenta perseguir.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2006.

BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2004.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2004.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, RS: Safe, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico e da sua metodologia e outros*. Volume 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica - I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o Legislador, a sociedade e o Juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. In: *Estudos Jurídicos de Coimbra*. Curitiba, PR: Juruá, 2007. p. 229–268.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

CORRÊA, D. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 3. ed. Ijuí, RS: Unijuí, 2002.

DERRIDA, J. *Paixões*. Campinas, SP: Papyrus, 1995.

DERRIDA, J. DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2013.

ESPINDOLA, A. A. DA S. A refundação do direito processual civil e os três desafios à dogmática processual: a tutela preventiva, a tutela coletiva e a virtualização do judiciário. *Revista de Processo*, v. 203, p. 207–234, 2012.

ESPINDOLA, A. A. DA S. A Refundação da Jurisdição e as Multidimensões da Sustentabilidade. In: UNIJUI (Ed.). *Direitos emergentes na sociedade global: anuário do programa de pós-*

graduação em direito da UFSM. Organizador Jerônimo Tybusch...[et al.]. Ijuí, RS: Unijuí. Ijuí, RS: [s.n.]. p. 49–74.

ESPINDOLA, A. A. DA S. Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário do juiz. In: *Os modelos de juiz*. Ensaios de direito e literatura. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2015. p. 19–44.

ESPINDOLA, A. A. DA S. E. A teoria da decisão e o homem que confundiu a mulher com um chapéu. *Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 4, n. 2, p. 595–614, 2018.

GARAPON, A. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 1999.

HABERMAS, J. *Pensamento pós-metafísico*: estudos filosóficos. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 1990.

HEIDEGGER, M. *Ensaio e conferências*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel, Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

HESPANHA, A. M. *Cultura Jurídica Europeia*: síntese de um milênio. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2005.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2006.

MIAILLE, M. *Introdução crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. Lisboa: Estampa, 2005.

MONTESQUIEU, C. DE S. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, B. DE S. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo, SP: Cortez, 2007.

SANTOS, B. DE S. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. 2 ed. ed. São Paulo, SP: Cortez, 2008.

STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, 1999.

STRECK, L. L. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ - Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 1, p. 158–173, 2010.

STRECK, L. L. *O que é isto - Decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

STRECK, L. L. É possível fazer direito sem interpretar? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>>. Acesso em: 1 nov. 2018b.

STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRINDADE, A. K.; NETO, J. C. D. Os (des)acertos do legislador na “positivação” das teorias de Robert Alexy no direito processual civil brasileiro. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 12, n. 3, p. 1044–1067, 2017.

WARAT, L. A. *Introdução geral ao direito: epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

WARAT, L. A. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Volume II. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2004a.

WARAT, L. A. *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2004b.

WARAT, L. A. *Surfando na pororoca: ofício do mediador*. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2004c.

## NOTAS

<sup>1</sup> Neste sentido, consultar Espindola (2012, 2013).

<sup>2</sup> Herança que, no âmbito do direito processual civil, culminou em escolhas pautadas nos sistemas filosóficos que alimentaram ideias e políticas a partir da revolução francesa. De tais escolhas, destacam-se 06 (seis): 1) Ocultação das ações e pretensões de direito material; 2) Ordinização do processo; 3) Separação dos poderes e opção por uma magistratura neutra e imparcial; 4) Plenitude da defesa, evitando-se o contraditório diferido ou eventual; 5) Cisão entre fato e direito; 6) Busca de certezas jurídicas, balizada pela necessidade (humana) de segurança jurídica e pela sede (humana) de verdades absolutas. (ESPINDOLA, 2013, 2015).

<sup>3</sup> "O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem." (KELSEN, 2006, p. 390).

<sup>4</sup> Sobre o tema, recomenda-se Espindola (2018) e Trindade (2017).

<sup>5</sup> [...] o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses: a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias.

Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto, ocorre uma abdução de sentido; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo; f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Conforme deixo claro em Verdade e Consenso (posfácio da terceira edição), é através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão, graças à integridade e a coerência, aplicação similar. Um exemplo basilar que ajuda a explicar essa problemática “regra-princípio” é o da aplicação da insignificância. Em que circunstância um furto não deverá ser punido? A resposta parece ser simples: quando, mesmo estando provada a ocorrência da conduta, a regra deve ceder em face da aplicação do princípio da insignificância. Entretanto, isso implicará a superação do seguinte desafio hermenêutico: construir um sentido para esse princípio, para que este não se transforme em “álibi para aplicação ad hoc”. Lamentavelmente, a dogmática jurídica fragmentou ao infinito as hipóteses, não havendo a preocupação com a formatação de um mínimo grau de generalização. No mais das vezes, uma ação penal que envolve esse tipo de matéria é resolvido com a mera citação do princípio ou de um verbete, na maioria das vezes, absolutamente descontextualizado. Trata-se de uma aplicação equivocada da exceção, embora se possa dizer, em um país com tantas desigualdades sociais, que, na maior parte das vezes (no atacado), as decisões acabam sendo acertadas. A aplicação da insignificância – como de qualquer outro princípio jurídico – deve vir acompanhado de uma detalhada justificação, ligando-a a uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de se cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito de insignificância (que é, aliás, o que ocorre no cotidiano das práticas judiciais)... (STRECK, 2010)

- <sup>6</sup> "O que seria esse 'ato de vontade'? A resposta parece simples: vontade de poder, a velha *Wille zur Macht*. Ela não tem limites. E esse é o perigo. Aliás, Kelsen, com seu pessimismo, também achava isso. Por isso é que se cunhou a expressão 'decisionismo kelseniano'. Pensemos nisso." (STRECK, 2012b).
- <sup>7</sup> A esse respeito ver o Capítulo 9 de Streck (2017, p. 193).
- <sup>8</sup> "[...] o direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como uma linguagem - propõe-se sê-lo numa linguagem." (CASTANHEIRA NEVES, 2013, p. 90).
- <sup>9</sup> Segundo Blanco, citado por Streck (1999, p. 175–176), o giro pragmático-linguístico se assenta nas seguintes premissas: a) o conhecimento ocorre na linguagem; b) é na linguagem que há a surgência do

mundo; c) é na linguagem que o sujeito surge-aparece-ocorre; d) é na linguagem que ocorre a ação; e) é na linguagem que se dá o sentido.

- <sup>10</sup> Sobre o tema, consultar Cappelletti e Garth (2002).
- <sup>11</sup> Trata-se da preocupação de "[...] capacitar os membros das localidades mais pobres a prestar orientação jurídica e dar soluções a problemas que não poderiam ser solucionados devidamente no judiciário por não se adequarem às exigências formais/probatórias do juízo ou porque nãoobteriam uma resposta na justiça oficial." (SANTOS, 2007, p. 41).
- <sup>12</sup> "A ciência, a filosofia, as palavras e os mitos estabelecem entre nós e os outros uma comunicação indigna, é uma comunicação entre egos. Eles se comunicam a partir do que conseguimos acumular através da educação, costumes, colégios, universidades, famílias. São falas para pessoas construídas como simulacros" (WARAT, 2004c, p. 15).
- <sup>13</sup> Além da "inegabilidade dos pontos de partida" (Tercio Sampaio Ferraz Jr.), há uma segunda característica do direito dogmático moderno, que "[...] é a proibição do *non liquet* ou a obrigatoriedade de decidir. Só com o moderno Leviatã o Estado passa a decidir, sempre, tudo o que é juridicamente relevante, pretendendo o monopólio da violência legítima e do dizer o direito, em última instância. E esse é o drama do magistrado brasileiro e do magistrado de maneira geral, o ter que entender de tudo para decidir sobre tudo. [...] É por essa e outras que o juiz probo tem o complexo de Atlas, o titã que carrega a abóbada celeste sobre os ombros." (ADEODATO, 2006, p. 217).
- <sup>14</sup> Garapon cita uma importante passagem de Hannah Arendt: "O julgamento nos ajuda em fazer sentido, em tornar humanamente inteligíveis acontecimentos que sem isso permaneceriam incompreensíveis. A faculdade de poder julgar está a serviço da inteligibilidade humana e o fato de tornar inteligível representa a própria essência da política." (GARAPON, 1999, p. 160). E arremata: "A justiça é a condição para a paz, a purgação do passado, condição para o futuro." [...] Todo país que recusa rever sua história é condenado a repeti-la. É preciso restaurar a paz pela justiça para retomar o fluxo contínuo das relações que constitui a vida social" (GARAPON, 1999, p. 167).
- <sup>15</sup> Acerca do indecível ver a "segunda aporia: a assombração do indecível" em Derrida (2013, p. 46–51).
- <sup>16</sup> "A mediação é um processo de sensibilidade que institui um novo tipo de temporalidade, de fazer do tempo um modo específico de auto alteração. O tempo instituído como tempo da significação, da alteridade que me reconstitui como singularidade em devir. Falo do tempo do devir fazer da singularidade, do tempo que nos aproxima do que realmente sentimos, que nos conduz rumo à nossa reserva selvagem, ao centro recalçado dos próprios afetos" (WARAT, 2004c, p.30).
- <sup>17</sup> Fala-se em "pseudo" desvelamento porquanto tal pretensão é feita pela técnica, a qual, segundo Heidegger afasta o homem da verdade, eis que a verdade da técnica não é a sua neutralidade ou utilidade, mas a sua vocação para a exploração. Dirá Heidegger: "O desencobrimento que domina a técnica moderna possui, como característica, o pôr, no sentido de explorar. Esta exploração se dá e acontece num múltiplo movimento: a energia escondida na natureza é extraída, o extraído vê-se transformado, o transformado, estocado, o estocado, distribuído, o distribuído, reprocessado. Extrair, transformar, estocar, distribuir, reprocessar são todos momentos de desencobrimento. [...] Quando tentamos aqui e agora mostrar a exploração em que se descobre a técnica moderna, impõem-se e se acumulam, de maneira monótona, seca e penosa, as palavras "pôr", "dis-por", "dis-posição", "dis-positivo", "dis-ponível", "dis-ponibilidade", etc" (HEIDEGGER, 2002, p. 20–21). Ainda, dirá Heidegger que a verdade é uma concessão do ser, e a técnica é um arrancar, um explorar: "*Somente dura o que foi concedido. Dura o que se concede e doa com força inaugural, a partir das origens.* [...] Pois a

composição é, de fato, segundo tudo o que ficou dito, um envio, que reúne e concentra no descobrimento da exploração. E exploração é qualquer coisa menos conceder." (HEIDEGGER, 2002, p. 34).

Recebido em:02/03/2019

Aprovado em:07/03/2019

Editores:

Dr. Leonardo da Rocha de Souza  
Dr. Alejandro Knaesel Arrabal