

# PODER E A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA. UMA ANÁLISE DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA CULTURA DA LITIGÂNCIA E O “FORDISMO” JURÍDICO

Vinicius de Moura Xavier<sup>1</sup>

“Não podemos mais escolher nossos problemas.  
São eles que, um após o outro, nos escolhem”.

Albert Camus

Resumo: O presente trabalho tem o escopo de analisar a relação entre a abertura do acesso à Justiça, sobretudo com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, e a relação do monopólio da Jurisdição, pelo Poder Judiciário, em contraposição às formas alternativas de solução de controvérsias, sob o viés teórico da questão do Poder na forma tratada por *Foucault*. Busca examinar as propostas de soluções engendradas para reduzir o número de processos em curso perante os órgãos judicantes, de viés processual, sob a ótica filosófica da manutenção do monopólio material da resolução de conflitos como forma de perenização e justificação do Poder em uma análise dicotômica com a questão da Justiça Popular e o distanciamento institucionalizado entre os seres viventes por intermédio da figura de um terceiro, Estado julgador. Por fim, realiza um co-tejo analítico analisando a denominada *cultura* da litigância apontando conclusões e sugestões para o aprimoramento da discussão na esfera acadêmica.

---

<sup>1</sup> Brasil. UniCEUB – Centro Universitário de Brasília. Faculdade de Direito. Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas, turma de 2012/2013, Curso de Cultura Política e Desenvolvimento. Docência do Professor Doutor René Marc da Costa Silva. E-mail: vmxavier@gmail.com

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Poder; Justiça Popular.

## INTRODUÇÃO



Judiciário brasileiro vive um conflito paradoxalmente estimulante. De um lado estão as normas e diretrizes da Constituição Republicana de 1988, a qual elevou a garantia do acesso à justiça à condição de cláusula pétrea ampliando de forma significativa os portais do Judiciário às pessoas carentes e que tinham pouca ou nenhuma possibilidade de levar e verem resolvidas suas queixas e anseios, fato, inclusive, que ensejou, entre outras, a criação dos juizados de pequenas causas – hoje juizados especiais –; a flexibilização do conceito de hipossuficiência financeira; a inversão do ônus da prova em demandas consumeristas facilitando o acesso às portas do sistema.

Entretanto, referida abertura hoje encontra contraponto com o excesso de litígios e processos em andamento no Judiciário e que acabam sendo uma das causas de sua morosidade, duramente criticada por diversos setores da sociedade, situação que acarretou na busca por soluções processuais, paliativas e pontuais para a resolução do problema tal como a criação do instituto da repercussão geral; da súmula impeditiva de recursos; da súmula vinculante; do recurso especial representativo de controvérsia e mais recentemente da Proposta de Emenda à Constituição conhecida como a “PEC dos Recursos<sup>2</sup>”.

Neste cenário, o papel dos meios alternativos de resoluções de controvérsias ganha cada vez mais destaque, muito embora haja outro conflito interessante no cenário jurídico nacional, qual seja, a relação dialética entre a necessidade de se reduzir a quantidade de demandas recebidas pelo Judiciário e a

---

2

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=174751>. Acesso em 12/11/2012.

possibilidade de que essa redução cause a diluição do poder dos órgãos judicantes, questão que será o objeto do presente estudo.

Em outras palavras, ao se prestigiar verdadeiramente as fórmulas alternativas de solução de conflitos o Judiciário, em tese, pulverizaria seu poder, legitimando um maior número de intérpretes hábeis a solucionar conflitos<sup>3</sup> o que causaria a redução do poder unitário hoje existente em virtude do monopólio da atividade judicial<sup>4</sup>.

Destarte, importante analisar as relações entre poder e justiça sob a ótica filosófica para buscar reunir elementos que possibilitem o aprofundamento da discussão acadêmica acerca da questão.

## 1 MARCO TEÓRICO E PROBLEMÁTICA

Os estilos de resolução de conflitos adotados em sociedade guardam correspondência com ideologias políticas – resultando frequentemente de imposição ou difusão – e, desse modo, desempenham funções políticas e econômicas<sup>5</sup>.

Destarte, é preciso identificar certos aspectos culturais e políticos na análise do caminho ideológico trilhado pela sociedade brasileira com relação às soluções de conflitos e, sobretudo, quanto à relação dialética entre o Poder e o não-Poder, ou o Poder reduzido, com base na analogia entre ego e alter-ego em sintonia com a teoria de *Lüthmann*, mas não apenas adstrita a ela.

---

<sup>3</sup> à Häberle.

<sup>4</sup> Como diria WATANABE: “ainda vivemos a cultura da sentença ao invés da cultura da pacificação” in “Especialistas discutem aumento da mediação” *Jornal Valor Econômico* de 16/06/2005.

<sup>5</sup> NADER, Laura. *Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo. Outubro de 1994, nº 26, 18-29. Disponível em: [http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_26/rbcs26\\_02.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_02.htm) . Acesso em 25/07/2012.

De início, importante ressaltar que o poder pode ser entendido sob diversas formas. Parsons via o poder como um meio de intercâmbio simbólico entre o sistema das sociedades e as ações sociais<sup>6</sup>.

Nessa mesma corrente, tem-se a posição de Giddens, o qual também vê o poder como “um meio de conseguir que as coisas sejam feitas”<sup>7</sup>.

Tal perspectiva também é adotada por Habermas que entende o Poder como meio de integração sistêmica sob tensão em relação à integração social<sup>8</sup>, mas a reconstrói de modo a substituir as pretensões de poder por pretensões de validade racionalmente justificáveis<sup>9</sup>.

Sobre essa visão, explica Simioni<sup>10</sup> que “para Habermas, a ação comunicativa não desempenha uma pretensão de poder, mas uma pretensão de validade. E isso significa que a ação comunicativa pode dispensar a sanção como elemento motivador da sua aceitação”.

Além dos alhures mencionados autores, importante des-

---

<sup>6</sup> PARSONS, Talcott. *Sociological theory and modern society*. New York: The Free Press; London: Collier-Macmillan, 1968, p. 306: “Power is here conceived as a circulating medium, analogous to money, within what is called the political system, but notably over its boundaries into all three of the other neighboring functional subsystems of a society (as I conceive them), the economic, integrative, and pattern-maintenance systems.”

<sup>7</sup> GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 161.

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. *Hacia una reconstrucción del materialismo histórico*. In: *Sobre Nietzsche y otros ensayos*. México: Red Editorial Iberoamericana, 1996, p. 106.

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988, 387; e \_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988, p. 168.

<sup>10</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *A comunicação do poder em Niklas Luhmann*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais, p. 153-178. Disponível em <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/097153178.pdf>. Acesso em 25/07/2012.

tacar que Weber<sup>11</sup>, Freud<sup>12</sup>, Arendt<sup>13</sup> e Bourdieu<sup>14</sup> também de-

---

<sup>11</sup> Segundo Weber, “Poder significa a probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra toda resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade”. In. WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México 1984, p. 43.

<sup>12</sup> Freud se utiliza de pesquisas antropológicas sobre sociedades primitivas, para melhor compreender certos mecanismos e patologias da vida mental do homem moderno. Em totem e tabu, é possível encontrar traços do conceito de poder no pensamento social freudiano, identificado inicialmente, como sendo este, o poder do pai da horda primitiva sobre todos os homens e mulheres do clã. Este poder que será socializado entre os filhos após o banquete canibalesco, retorna em forma de Totem. O pai morto torna-se mais poderoso do que em vida. Das sociedades totêmicas a humanidade evolui para sociedades com religiões mais elaboradas, porém essencialmente fundadas na figura mítica de um pai poderoso. Deus, o pai absoluto. Poder e Religião se fundem no seu necessário jogo de dominação social, sendo o Estado moderno, apesar de representar um importante salto de qualidade sobre a religião, o legítimo herdeiro de parte desta forma de poder, que vem acompanhando o homem em todo o seu processo civilizatório. Pode-se inferir que o poder político, na visão freudiana, teria traços de uma herança, constituída das experiências arcaicas das sociedades primitivas, onde a figura paterna atuava como polo central do poder. Os líderes, políticos ou religiosos, incorporam com maior ou menor intensidade, traços significantes deste pai simbólico, fantasmático, que marca sua presença perene no imaginário da humanidade. Assim, em Freud, a formação social e o próprio Poder encontram seu núcleo gerador nas relações intrafamiliares, origem mais remota da organização social do homem. In. FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu - Alguns Pontos de Concordância Entre a Vida mental dos Selvagens e dos Neuróticos* (1913[1912-13]) [Totem und Tabu (Viena, 1913, G.S., 10,3; G.W., 9.) Trad. Inglês: Totem and Taboo (Londres, 1950; Nova Iorque, 1952; Standard Ed.13.)] Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud Vol.XIII. Rio de Janeiro. IMAGO, p. 197.

<sup>13</sup> Para Arendt, “o poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido. Quando dizemos que alguém está ‘no poder’, na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome”. In. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. São Paulo, Forense/Edusp. 1981, p. 36.

<sup>14</sup> Bourdieu defende a existência do poder simbólico, mediante o qual, as classes dominantes (ou campos dominantes) são beneficiárias de um capital simbólico, disseminado e reproduzido por meio de instituições e práticas sociais, que lhes possibilita exercer o poder. Para o autor, esses símbolos são instrumentos por excelência da integração social e tornam possível se obter o consenso acerca do sentido do mundo social o qual contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social dominante. O poder simbólico consiste, então, “[n]esse poder invisível que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe

envolveram perspectivas teóricas importantes a respeito do conceito de poder. Assim, pretender uma unificação conceitual do poder já é uma pretensão de poder – exatamente aquilo que Pierre Bourdieu chama de “poder simbólico”<sup>15</sup>.

Em Niklas Luhmann o poder surge do problema da correspondência a respeito da ação de ego em relação à ação de alter. O poder surge quando a ação de alguém tem que se manter previsível para outrem.

Para Foucault, o poder é algo que se exerce em rede, é algo concreto, que todo o indivíduo detém e que viria a ceder, total ou parcialmente, para constituir um poder, uma soberania política<sup>16</sup>. Não existe uma entidade que centraliza o poder. O Poder se exerce tanto no nível macro quanto no micro<sup>17</sup>, é algo que não se dá, nem se troca, nem se retoma, mas o que se reprime<sup>18</sup>.

Outrossim, sem fechar outras possíveis vias críticas a respeito do Poder, sob as óticas alhures mencionadas, optamos pela perspectiva de Foucault como marco teórico analisando o poder como mecanismo de repressão<sup>19</sup> resumida em sua célebre frase “a política é a guerra continuada por outros meios”<sup>20</sup>.

Para Foucault mais importante que a definição conceitual de poder é entendê-lo como prática social, historicamente

---

estão sujeitos ou mesmo que o exercem”. In. BOURDIEU, P. O poder simbólico. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 7-8.

<sup>15</sup> \_\_\_\_\_. Op. Cit, p. 9

<sup>16</sup> FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976), (trad. de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 20.

<sup>17</sup> In. FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

<sup>18</sup> FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976), (trad. de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 21.

<sup>19</sup> Op. Cit. p. 22. Como desenvolve em seu livro “A repressão nada mais seria que o emprego, no interior da pseudopaz solapada por uma guerra contínua, de uma relação de força perpétua”.

<sup>20</sup> Op. Cit. p. 22.

constituída, e suas múltiplas formas de exercício.

Nesse norte, entendemos que Poder seria a capacidade de reduzir alternativas de outrem<sup>21</sup>. Assim, o destinatário de eventual comando – expresso ou tácito – somente tem duas opções: obedecer ou não, em um código binário, tal como previsto por Lühmann.

Desta forma, o poder reduz complexidade: diante dele, o mundo pode ser reconstruído na forma da diferença entre cumprimento e descumprimento de ordens. Todas as incertezas e toda a complexidade que o mundo disponibiliza para as ações sociais podem ser, através do poder, reduzidas à simples diferença entre cumprir ou descumprir uma pretensão de poder.

Dentre essas alternativas, o risco de negação de uma delas não afeta a expectativa gerada pelo poder, pois a negação de uma alternativa já selecionada pelo poder implica exatamente na aceitação de outra.

Poder, portanto, não pode ser simplesmente entendido como algo que se dispõe como propriedade ou como faculdade. Poder é comunicação guiada por um código específico – binário –, que reforça a motivação para a aceitação da pretensão de poder. Caracteriza uma forma de comunicação para a qual se está submetido por falta de possibilidades, ou redução de alternativas.

Reduzir essa submissão, portanto, pressupõe a criação de alternativas – as “fórmulas alternativas de resolução de conflitos” diante do monopólio judicial, por exemplo.

## 2 O MONOPÓLIO JUDICIAL E A “TERCEIRIZAÇÃO” DA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

---

<sup>21</sup> Como o exemplo citado na obra, já referida, de SIMIONI: O anfitrião que serve o jantar pode até tolerar que algum convidado não goste do seu jantar ou que recuse uma bebida oferecida, mas os convidados só jantam o que por ele foi servido. Nesse sentido, o poder se manifesta na forma de um monopólio das possibilidades: o possuidor do poder confere a liberdade para o submetido ao seu poder escolher entre as alternativas que o poder mesmo já delimitou.

O monopólio judicial<sup>22</sup>, em nossa visão, fortalece o Estado e enfraquece as possibilidades de resoluções pessoais de conflitos, fazendo com que questões comezinhas sejam levadas à estrutura político/jurídica da sociedade com o fito de se obter uma resposta externa apta a gerar efeitos na esfera pessoal dos indivíduos, ou seja, o terceiro tira o poder das partes e dá a si próprio em uma rasa pseudolegitimação.

Cediço que a conduta dos particulares em levar para um ente externo e, a princípio, descompromissado em favorecer esse ou aquele<sup>23</sup>, suas divergências pessoais possui traço de correspondência na doutrina de Freud entre o Estado, mais especificamente o Juiz, e a figura paterna.

A figura paterna, em regra, seria aquela que, descompromissada em favorecer esse ou aquele, definiria a divergência entre os filhos, resolvendo a questão, “dando a cada um o que é seu”<sup>24</sup> mesmo que contrária ao interesse de um daqueles

---

<sup>22</sup> No sentido dado por Agamben: “a soberania estatal não deve ser definida como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão”. In. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer o poder soberano e a vida nua* (trad. Henrique Burigo). Editora UFMG. p. 24.

<sup>23</sup> Embora existam inúmeros estudos sobre a falsa neutralidade dos juízes e o seu papel relevante na questão do ativismo, ou protagonismo, judicial, sob o viés ideológico que será abordado adiante.

<sup>24</sup> Como o Poder Judiciário, o qual, no momento em que “dá a cada um o que lhe é de direito” acaba por ensejar ainda mais a separação entre os seres viventes. Em outras palavras, em tese, e até com um certo aspecto “Rousseauiano” não deveria ser um terceiro o responsável pela resolução da vida de outrem, mas sim as próprias partes. Nesse cenário tem-se que as pessoas retiraram de si o poder de solucionar seus litígios dando a um terceiro essa condição, o que, pontualmente poderia ser o necessário. Todavia, o terceiro, em nossa visão, para se fazer cada vez mais necessário busca a manutenção de sua importância reforçando e até contribuindo para a existência de celeumas em um viés de Poder, reduzindo a regra – solução entre as partes – para torná-la exceção, como aprofundaremos no decorrer do presente trabalho. Ademais, sobre o tema, traz Foucault, em sua “Microfísica do poder”, que na Idade Média se substituiu um tribunal arbitral (a que se recorria por consentimento mútuo, para por fim a um litígio ou a uma guerra privada e que não era de modo nenhum um organismo permanente de poder) por um conjunto de instituições estáveis, específicas, intervindo de maneira autoritária e dependente do poder político



ou mesmo de ambos. Essa, hoje, tem sido a figura do Poder Judiciário.

Para Foucault “o tribunal não é a expressão natural da justiça popular, mas, pelo contrário, tem por função histórica reduzi-la, dominá-la, sufocá-la, reinscrevendo-a no interior de instituições características do aparelho de Estado”<sup>25</sup>.

A ordem judiciária seria a expressão do poder público – tirado dos particulares – árbitro ao mesmo tempo neutro e autoritário, encarregado de resolver “justamente” os litígios e de assegurar “autoritariamente” a ordem pública<sup>26</sup>.

Dessa forma, a legitimidade dos julgadores estaria vinculada à sua neutralidade e a uma ideia de justiça com valor absoluto ou científico<sup>27</sup>, o que veremos adiante não se afigura antropológicamente<sup>28</sup> ou empiricamente possível<sup>29</sup>.

Antropológicamente, porquanto “nenhum juiz se encaminha virgem nem impermeabilizado para a decisão de um caso<sup>30</sup>” e o julgado que acredita extrair a decisão “só da lei” e não também da sua pessoa, com suas características peculiares, incorre num erro certamente funesto, pois acabará sendo, inconscientemente, dependente de si mesmo<sup>31</sup>.

Nesse sentido, é que afirma que o juiz asséptico, objetivo

(ou controlado por ele). Op. Cit. p. 24.

<sup>25</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981. p. 23.

<sup>26</sup> Op. Cit. p. 25.

<sup>27</sup> Op. Cit. p. 26.

<sup>28</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Pressupostos hermenêuticos gerais*. (texto atualizado em 29/07/2012). Texto distribuído pelo autor para os alunos da disciplina “*Hermenêutica Constitucional*” do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UNICEUB, no segundo semestre de 2012. p. 20.

<sup>29</sup> Ler nota nº 34.

<sup>30</sup> Arthur Kaufmann. *Hermenêutica y Derecho*. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 12; Hannah Arendt. *A Vida do Espírito*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993, p.19; Miguel Reale. *Teoria Tridimensional do Direito – Situação Atual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 123.

<sup>31</sup> Arthur Kaufmann. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universida Externado de Colombia, 1999, p. 101 e 181; e *Hermenêutica y Derecho*. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 16, Nota 48.

e imparcial não passa de uma *impossibilidade antropológica*, porque não existe neutralidade ideológica, a não ser sob a forma de apatia, irracionalidade ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e muito menos de um juiz<sup>32</sup>.

Importante salientar que essa “terceirização” na resolução dos conflitos passa pela insegurança própria da sociedade atual na qual tudo que é “não-eu” se torna agressivo, ou seja, na dificuldade da relação dicotômica do “eu” com o “outro”<sup>33</sup>.

Todavia, como a pluralidade humana é um fato insuperável as relações de dominação tornam-se mais sorrateiras, mais dissimuladas, mais pregnantes<sup>34</sup>.

Assim, antes mesmo de entrar na questão judicial do conflito é necessária a análise acerca do distanciamento entre os seres vivos, causa da outorga de poderes pelos legítimos detentores – pessoas – a terceiros como o Estado, ou mais especificamente, o Poder Judiciário.

Nesse cenário, do distanciamento, é de se destacar que as religiões<sup>35</sup> exercem papel duplo, ao mesmo tempo em que reúnem sob sua filosofia pessoas diferentes, igualando-as naquele contexto, distanciam aqueles dos que não professam a mesma ideia.

Outro ponto a ser destacado é a agressividade das minorias dentro das minorias e como essas tendem a ser menos tole-

---

<sup>32</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni. Estructuras judiciales. Buenos Aires: EDIAR, 1994, p. 109.

<sup>33</sup> RICOEUR, Paul & Daniel, Jean. A Estranheza do Estrangeiro. In: *Le Nouvel Observateur. Café Philo*. As Grandes Indagações da Filosofia. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 1999, p. 16.

<sup>34</sup> Op. Cit. p. 19.

<sup>35</sup> A questão da religião é bem desenvolvida por Derrida que leciona: “Hay religión, em el sentido propio de la palabra, a partir del instante em que el secreto de lo sagrado, el misterio orgiástico o demoníaco Sean, si no destruídos, por lo menos dominados, integrados y sometidos al fin a La esfera de La responsabilidad”. In. DERRIDA, Jacques. *Dar La murte*. Editorial Paidós. 2006. p. 14. E a religião, no caso, justifica o “outro” mais desconhecido, Deus, tentando aproximá-lo de nossa realidade.

rantes com os demais. Paul Ricoeur<sup>36</sup> entende que isso se dá, pois, em razão de que quando as pessoas se aproximam da igualdade há uma supervalorização das diferenças sutis e que, diante desse fato, existiram faixas de população que devem ser protegidas contra si próprias muito mais do que contra as outras.

Questão interessante é se a exclusão do outro não visa à própria inclusão. Estar na posição majoritária – mesmo que essa seja excludente – é uma forma de estar dentro de um grupo, de ser ouvido. Desta forma, é possível fazer com que todos sejam incluídos ou isso seria uma utopia? E qual o aspecto dessa inclusão? Será que ela já não existe, mas de forma dissimulada, na qual todos fazem parte do sistema, sem exclusão, mas desempenham papéis previamente pensados e desejados? A questão é obscura.

O debate não passa por “aceitar” ou “tolerar” as diferenças, mas efetivamente vivê-las. Destarte para que as partes, em conflito, tenham consciência da visão do outro e possam, efetivamente, solucionar suas divergências, é preciso entender que não há uma solução, mas várias, é preciso experimentar as ideias e alternativas criadas e trazidas pelo outro e não apenas “respeitá-las”<sup>37</sup>.

Não se trata de individualização, mas de responsabilidade<sup>38</sup>, de desconstrução<sup>39</sup>, de desinstalação dos conceitos pré-

<sup>36</sup> Op. Cit. p. 16.

<sup>37</sup> “Uma experiência é uma travessia, como a palavra o indica, passa através e viaja a uma destinação para a qual ela encontra passagem”. In DERRIDA, Jacques. Força de lei. Biblioteca do pensamento moderno. 2010. p. 29.

<sup>38</sup> “El deber o la responsabilidad me vinculan con el otro, com el otro en cuanto que otro, y me vinculan en mi singularidad absoluta com el otro en cuanto que otro y en tanto que único (...) Soy responsable ante el otro en cuanto que otro, le respondo y respondo ante él” In. DERRIDA, Jacques. Dar La murte. Editorial Paidós. 2006. p. 80. Ou nos termos de Ricoeur “A fatalidade não é ninguém, a responsabilidade é alguém” In. RICOEUR, Paul. O Conceito de Responsabilidade In: O Justo ou a Essência da Justiça. Lisboa, Instituto Piaget, 1995. p. 52. Interessante destacar o paradoxo trazido por Ricoeur, ao criticar a teoria do risco, aqui chamada de responsabilidade objetiva, quando diz que “numa sociedade que só fala de solidariedade,

vios para que o diálogo seja possível.

Não é possível um discurso teórico unitário, formal e científico de justiça.

Sobre o tema, Derrida expõe:

Não se pode falar diretamente de justiça, tematizar ou objetivar a justiça, dizer “isto é justo” e ainda menos, “eu sou justo”, sem trair imediatamente a justiça, senão o direito<sup>40</sup>.

Referida pretensão esconderia uma pretensão de poder, qual seja, de definição da verdade<sup>41</sup> de caráter ideológico, nesse sentido que Montaigne descreve, citado por Derrida, que “as leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas porque têm autoridade”<sup>42</sup>.

Destarte, já que a origem da autoridade<sup>43</sup>, a instauração da lei, não pode apoiar-se nela mesma, caracteriza violência sem fundamento<sup>44</sup>. Em outras palavras, o paradoxo da soberania se enuncia no sentido de que o soberano está, ao mesmo

---

com o cuidado de reforçar eletivamente uma filosofia do risco, a procura vindicativa do responsável equivale a uma reculpabilização dos autores identificados de danos”.

<sup>39</sup> “O sofrimento da desconstrução, aquilo de que ela sofre e de que sofrem os que dela faz sofrer, é talvez a ausência de regra, de norma e de critério seguro para distinguir, de modo inequívoco, direito e justiça”. In DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Biblioteca do pensamento moderno. 2010. p. 5.

<sup>40</sup> Op. Cit. p. 17.

<sup>41</sup> Foucault, sobre o tema escreve sobre a pretensão de poder no discurso científico: “Quando eu vejo vocês se esforçarem para estabelecer que o marxismo é uma ciência, não os vejo, para dizer a verdade, demonstrando de uma vez por todas que o marxismo tem uma estrutura racional e que suas proposições dependem, por conseguinte, de procedimentos de verificação. Eu os vejo, sobretudo e acima de tudo, fazendo outra coisa. Eu os vejo vinculando ao discurso marxista, e eu os vejo atribuindo aos que fazem esse discurso, efeitos de poder que o Ocidente, desde a Idade Média, atribuiu à ciência e reservou aos que fazem discurso científico”. In FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*, (trad. de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 15.

<sup>42</sup> DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Biblioteca do pensamento moderno. 2010. p. 21.

<sup>43</sup> Nesse sentido que Camus destaca que “o escravo, no instante em que rejeita a ordem humilhante de seu superior, rejeita ao mesmo tempo a própria condição de escravo” In. CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado* (Trad. Valerie Rumjanek) . Editora Record. 9ª Ed. p. 26.

<sup>44</sup> Op. Cit. p. 26.

tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico<sup>45</sup>.

Nessa quadra, destaca-se o conceito gnosiológico de ideologia quando sua análise esteja vinculada à questão da falsidade, ou seja, quando enunciados ideológicos se expressam como um conhecimento, mas são na realidade uma forma de erro.

Essa concepção estaria está ligada à teoria do conhecimento e à razão instrumental de Horkheimer, nesse sentido a plausibilidade dos ideais, os critérios que norteiam as ações e crenças, os princípios orientadores da ética e da política, todas as decisões dependem de fatores outros que não a razão<sup>46</sup>, ou seja, o pensamento serve a qualquer empenho, bom ou mau<sup>47</sup>.

Com base em Villoro<sup>48</sup>, entendemos que o referido discurso apresentaria interesses particulares, de classe, como gerais; enunciados de valor (preferência pessoal) que se apresentam como enunciados de fatos; e/ou enunciados que expressam desejos e emoções pessoais e se apresentam com descritivos de qualidades objetivas.

Assim, a ideologia consistiria em uma forma de ocultamento de interesses e preferências de um grupo social que se passam por valores universais e que são aceitos por todos<sup>49</sup>.

Nesse sentido, sob a ótica de Horkheimer, acreditamos que a planificação do pensamento jurídico por intermédio de fórmulas vinculantes dos órgãos de jurisdição “superior” teria o escopo de automatização das ideias que sob uma justificativa

<sup>45</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer o poder soberano e a vida nua* (trad. Henrique Burigo). Editora UFMG. p. 23.

<sup>46</sup> HORKHEIMER, Max. *Eclipse da Razão* (Trad. Sebastião Uchoa Leite). Ed. Labor do Brasil S/A. p. 16/ 17.

<sup>47</sup> Horkheimer inclusive destaca que “os filósofos do Iluminismo atacaram a religião em nome da razão; e afinal o que eles mataram não foi a Igreja, mas a metafísica e o próprio conceito de razão objetiva, a fonte de poder de todos os seus esforços”. In. Op. Cit. p. 25/26.

<sup>48</sup> VILLORO, Luis. *El concepto de ideología y otros ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 16 e ss.

<sup>49</sup> VILLORO, Luis. *El concepto de ideología y otros ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 17.

institucional acabariam por mecanizar um sistema humano.

Em outras palavras, quanto mais as ideias se tornam automáticas, instrumentalizadas, menos alguém vê nelas pensamentos com um significado próprio<sup>50</sup>.

Deste modo, assim que um pensamento se torna um instrumento, pode-se dispensar de “pensar”, isto é, de examinar detidamente os atos lógicos envolvidos na formulação desse comando, ou seja, corresponde a uma “economia intelectual” altamente deletéria<sup>51</sup>.

Tal mecanização conduz a uma espécie de cegueira, torna-se uma entidade mágica, que é aceita ao invés de ser intelectualmente apreendida. Não há razoabilidade no engessamento cognitivo. Essa seria a razão instrumentalizada combatida por Horkheimer.

Outrossim, a razão instrumental é ideologicamente pensada com o falso viés científico, mas que, ao nosso sentir, busca legitimar o Poder e o Estado.

### 3 A QUESTÃO DA IDEOLOGIA

Quanto à questão ideológica, importante frisar que há dois tipos de armadilhas iniciais que comprometem a definição do fenômeno. A primeira corresponde a aceitarmos como evidente uma análise em termos de classes sociais.

Isso parece natural, tão forte é a marca do *marxismo* sobre o problema ideologia, muito embora tenha sido Napoleão quem, pela primeira vez, fez dessa expressão uma arma de combate.

Para Paul Ricoeur: “aceitar a análise, no ponto de partida, em termos de classes sociais, é fechar-se ao mesmo tempo numa polêmica estéril pró ou contra o marxismo”<sup>52</sup> sendo neces-

---

<sup>50</sup> HORKHEIMER, Max. Eclipse da Razão (Trad. Sebastião Uchoa Leite). Ed. Labor do Brasil S/A. p. 29.

<sup>51</sup> Op. Cit. p. 31.

<sup>52</sup> RICOEUR, Paul. Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação

sário um pensamento que tenha a audácia de cruzar *Marx* sem segui-lo ou com ele entrar em conflito.

A segunda consiste em definir a ideologia por seu viés de justificativa de uma classe dominante, afigurando-se necessário escapar do fascínio exercido pelo aspecto da dominação, ampliando o foco do problema para o problema da integração social, da qual a dominação constitui mero detalhe e não condição única e autônoma. Desta forma justifica:

se tomamos como adquirido o fato de a ideologia ser uma função da dominação, é porque admitimos também, sem crítica, o de a ideologia ser um fenômeno essencialmente negativo, *primo do erro e da mentira, irmão da ilusão* (grifamos)<sup>53</sup>.

Nesse ponto, tem-se que geralmente a suspeita está no outro<sup>54</sup>.

A ideologia, no aspecto negativo, seria inerente ao adversário, ao *ex adverso*, ou seja, daquele com quem não se concorda. Destarte, dentro dessa premissa estaria outra: a de que alguém poderia discutir a ideologia de um lugar não ideológico, geralmente denominado ciência.

Entretanto, e como veremos adiante, tal possibilidade inexistente uma vez que todo ser está amalgamado na teia histórica<sup>55</sup> de tradições que o precedem<sup>56</sup> e que guardam sua gênese em data muito anterior à de sua própria existência como indivíduo o que reforça a ideia de que o discurso científico do tercei-

de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 64.

<sup>53</sup> RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação* de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 65.

<sup>54</sup> O que dificulta a relação do “eu” com o “outro”.

<sup>55</sup> “A história me precede e antecipa-se à minha reflexão. Pertencço à história antes de me pertencer”. In RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação* de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 108.

<sup>56</sup> O indivíduo é já um sujeito de direito completo antes de entrar na relação contratual; cedendo direitos reais, que então se chamam naturais, em troca quer de segurança, como em Hobbes, quer de civilidade ou de cidadania, como em Rousseau e Kant. In RICOEUR, Paul. *Quem é o sujeito do direito? In: O Justo ou a Essência da Justiça*. Lisboa, Instituto Piaget, 1995, p 32.

ro é de viés ideológico.

Para Ricoeur, o fenômeno da ideologia está ligado à necessidade, para um grupo social, de conferir-se uma imagem de si mesmo; de representar-se, no sentido teatral do termo.

Nesse descortino, a ideologia seria revelada com base na distância que separa a memória social de um acontecimento – fundador do grupo social – propagando as convicções iniciais para além do intuito da “autoridade fundadora”, a ponto de convertê-las num credo de todo o grupo, ou seja, para perpetuar a energia inicial para além do período pós-revolução, além da efervescência<sup>57</sup>.

Em outros termos, a ideologia seria sempre mais que um reflexo, na medida em que também é justificação e projeto. Tais atributos compõem possíveis em razão de sua característica esquemática e simplificadora ou mecanizadora na análise Horkheimeriana. Sobre esse ponto, entendemos preciso o pensamento de Ricoeur:

sua capacidade de transformação só é preservada com a condição de que as ideias que veicula tornem-se opiniões, *de que o pensamento perca rigor para aumentar sua eficácia* (grifamos)<sup>58</sup>.

Colocada a questão nesses termos, a ideologia traduz um fenômeno insuperável<sup>59</sup>, portanto, da existência social-histórica, haja vista que a realidade sempre possui uma constituição simbólica e comporta uma interpretação, em imagens e representações do próprio vínculo social, ou seja, “não dispomos atualmente de uma noção não-ideológica da gênese da

---

<sup>57</sup> RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação* de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 68.

<sup>58</sup> RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação* de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 69.

<sup>59</sup> Se tudo que dizemos é ideia preconcebida, se tudo o que dizemos representa interesses que não conhecemos, como podemos nós ter uma teoria da ideologia que não seja em si ideológica? In RICOEUR, Paul. *Ideologia e Utopia: tradução* de Teresa Louro Perez, Lisboa, Ed. 70, LDA, 1986, p. 76.



ideologia”<sup>60</sup> e não é possível uma visão de completude<sup>61</sup>, de abrangência total<sup>62</sup>, que seja verificável cientificamente<sup>63</sup>.

Cabe aqui uma observação para diferenciar *utopia*<sup>64</sup> e *ideologia*<sup>65</sup>. A utopia seria formulada pela classe ascendente, visando o futuro, enfrentando a realidade e a fazendo explodir (implodir); a ideologia seria concebida pela classe dirigente, olhando para o passado, justificando-o e dissimulando-o, embora ambas se situem em fundo comum de não congruência com a realidade<sup>66</sup>.

Dessa forma, a mutação<sup>67</sup> de um sistema de pensamento

<sup>60</sup> RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 84.

<sup>61</sup> Percebe-se, nesse ponto, uma crítica também a qualquer teoria de sistemas que tenha o escopo de esgotamento, completude, como a desenvolvida por Lühmann, por exemplo.

<sup>62</sup> Não existe um *ponto arquimediano*, fora do tempo e do espaço – uma espécie de “olhar de Deus”, estranho à história –, de onde possamos apreender os fatos com *isenção e objetividade*; por isso, no âmbito das coisas e/ou das ciências do espírito, todo *objetivismo* é ilusório e ingenuamente neutro, porque não existem caminhos que contornem o mundo nem a história, senão caminhos através do mundo e através da história. A própria atividade hermenêutica, também ela, é um evento histórico, sujeito, portanto, a todas as vicissitudes espacio-temporais da condição humana. In Richard Rorty. *Objetivismo, relativismo e verdade*. Rio de Janeiro: Dumará, 2002, p. 41; Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme, 1993, p. 454, e *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p.57; Hans-Georg Gadamer. *Le Problème de la Conscience Historique*. Paris, Éditions du Seuil, 1996, p.74. Karl Jaspers. *Origen y Meta de la Historia*. Madrid: Revista de Occidente, 3ª ed., 1965, p.348 e 352. Karl-Otto Apel. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona, Ediciones Paidós - I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, p. 47; *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 61/62. In COELHO, Inocêncio Márties. *Plano de Ensino da Disciplina Hermenêutica Constitucional do 2º semestre de 2012*. UniCEUB, Brasília, p. 23.

<sup>63</sup> RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 78.

<sup>64</sup> “Aquilo que não está em lugar algum”. In RICOEUR, Paul. *Ideologia e Utopia: tradução de Teresa Louro Perez*, Lisboa, Ed. 70, LDA, 1986, p. 87.

<sup>65</sup> RICOEUR, Paul. *Ideologia e Utopia: tradução de Teresa Louro Perez*, Lisboa, Ed. 70, LDA, 1986, p. 66.

<sup>66</sup> RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 88.

<sup>67</sup> Para *Marx* o fenômeno ideológico por excelência é a Religião, pois para ele aque-

em sistema de crenças sintetiza o fenômeno ideológico<sup>68</sup>, ameaçado quando surge a intolerância ao outro<sup>69</sup>, quando a novidade trazida por um terceiro ameaça gravemente a possibilidade, para o grupo, de reconhecer-se, de reencontrar-se<sup>70</sup>.

Outrossim, quando a ideologia se presta a legitimar uma conduta de grupo, justificando e projetando comportamentos, ideias e opiniões, ou em *ultima ratio*, quando se presta a legitimar grupos cada vez mais reduzidos até o ponto de chegar a legitimar indivíduos, ou seja, a ideia de um só, a origem da história dissimulada, a autoridade, encontra o ponto de coesão<sup>71</sup> entre a teoria das tradições de Gadamer e a teoria de instrumento de dominação<sup>72</sup> de Habermas<sup>73</sup>.

Nesse ponto, entendemos como parece apontar Ricoeur,

---

la é a representação invertida da realidade. Dito de outra forma, para ele os homens criaram os deuses e não o contrário, assim, a ideia de Religião seria a manifestação da inversão dos valores humanos invertendo sujeito e objeto. A ideologia seria esse menosprezo que nos faz tomar a imagem como consequência e o reflexo como causa.

<sup>68</sup> ELLUL, J. *Le rôle médiatur de l'idéologie, Dèmythisation et Idéologue*, Paris, Aubier, 1973, p. 335/354. In RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 68.

<sup>69</sup> Assim que o “eu” é definido pelo “não-eu”; tudo o que é “não-eu” torna-se agressivo. In RICOEUR, Paul & Daniel, Jean. *A Estranheza do Estrangeiro*. In: *Le Nouvel Observateur. Café Philo*. As Grandes Indagações da Filosofia. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 1999, p. 16.

<sup>70</sup> Referida questão, como vimos, é mais profundamente abordada por Ricoeur em “A estranheza do estrangeiro” e por Derrida, Agamben e Kristeva na linha desconstrutivista, a qual ousou preferir chamar de “desinstalacionista”.

<sup>71</sup> Habermas busca a libertação da palavra, uma libertação essencialmente política guiada pela ideia de comunicação sem limite e sem entrave, ao passo que Gadamer se filia a uma atitude de aparente humildade frente ao reconhecimento das condições históricas as quais pertence.

<sup>72</sup> Função que deveria ser combatida com base na nona das Teses sobre Feuerbach: “os filósofos interpretaram o mundo, trata-se, agora de transformá-lo” In RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 129.

<sup>73</sup> Ideologia é vista como distorção para: Marx, Horkheimer, Habermas, Mannheim; como integração para: Geertz, Erikson, Runciman; e como legitimação para Weber. In RICOEUR, Paul. *Ideologia e Utopia: tradução de Teresa Louro Perez*, Lisboa, Ed. 70, LDA, 1986, p. 85.

que o momento de encontro entre as teorias seria a autoridade. Isso por que a autoridade seria aquela que deu gênese à ideologia, aquela que propagou a dissimulação inicial da realidade, aquela, que, como vimos, situa-se dentro e fora do sistema, porquanto criadora e criatura ao mesmo tempo, uma vez que seja qual for a ideologia, essa não revela um fenômeno natural, mas humano.

Assim, a autoridade não se prende ao conceito mais contido da ampla polissemia dessa expressão, mas naquele de quem deu início à ideia propagada como origem e justificação de sua própria ideia, fazendo-a ser propalada por um grupo que ganha espaços sociais exponenciais, seja, ou não, a ideia inicial admitida.

Todavia, a crítica da ideia vai-se tornando rarefeita no decorrer de sua propagação, tornando-se opinião, tornando-se parte inerente ao grupo social que sobre ela não mais reflete, passando, nesse momento a ser uma ideologia, histórica, como Gadamer a entendeu, e como instrumento de dominação, na linha Habermasiana ou seja, se tornando instrumentalizadora à Horkheimer. Sob esse aspecto, importante delimitar aquilo que Ricoeur entende ser a correlação entre hermenêutica e ideologia<sup>74</sup>; o ponto de síntese entre as teses de Gadamer e Habermas.

O que Ricoeur propõe como alternativa é a possibilidade de considerar a relação dialética entre a consciência histórica e a crítica, nos moldes de Habermas, como matriz fundante da hermenêutica. Recorde-se:

O que me pergunto é se não conviria deslocar o lugar inicial da questão hermenêutica, de tal forma que certa dialética entre a experiência de pertença e o distanciamento alienante torne-se a própria mola, a chave da vida interna da her-

---

<sup>74</sup> “A hermenêutica pretende cobrir o mesmo domínio que a investigação científica, mas fundando-a numa experiência do mundo que precede e engloba tanto o saber quanto o poder da ciência. In RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 117.

menêutica<sup>75</sup>.

Assim, no ato de leitura de um texto ou apreciação de uma obra artística, por exemplo, o distanciamento é que permite a sua interpretação. Destarte, depois de materializado o texto, a pintura, a arte, esses ganham autonomia, "vida própria" em relação ao autor e, mesmo para este, ao apreciar sua produção criativa, torna-se perceptível um novo sentido a lhe ser atribuído.

É essa a riqueza da hermenêutica, e aqui se dá a identificação da presença da crítica naquela:

Podemos ver nessa liberação a mais fundamental condição para o reconhecimento de uma instância crítica no interior da interpretação. Porque, aqui, o distanciamento pertence à própria mediação. O distanciamento revelado pela escrita já está presente no próprio discurso que mantém, em germe, o distanciamento do dito ao dizer".

Ricoeur difere a hermenêutica das tradições da crítica das ideologias afirmando que a hermenêutica se baseia no consenso presente na história da linguagem humana, no "diálogo que somos nós"; e, a crítica das ideologias, projeta um vir-a-ser: o ideal da ação comunicativa, através da emancipação da linguagem.

Porém, quando Habermas fala da emancipação ele a relaciona com a autorreflexão e essa só pode ter lugar na tradição de Gadamer, modo pelo qual as teorias se complementam.

Em consequência, nada mais enganador do que a pretensa antinomia entre uma ontologia do entendimento prévio e uma escatologia da libertação, não sendo necessário escolher entre reminiscência e a esperança, entre Gadamer e Habermas, porquanto as teses se complementam. Caso contrário, separadas radicalmente a hermenêutica e a crítica ficarão reduzidas a meras ideologias<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 134.

<sup>76</sup> RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu*. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998, p. 145/146.

Sanchís, por seu turno, ao analisar dialeticamente a questão da ideologia e da interpretação jurídica, destaca que seu ponto de partida seria algo como um “jusnaturalismo moderno” com o escopo de encontrar uma explicação racionalista, mas de uma razão operativa que leve em consideração os valores humanos inerentes<sup>77</sup>.

Nesse propósito, destaca que a legislação é, ao mesmo tempo, uma ciência e um princípio de mudança, como ciência nos descobre um Direito racional; como política consiste em um simples processo de dedução que deve restaurar na sociedade os princípios da natureza humana. Assim as leis, as verdadeiras leis, seriam aquelas em harmonia com os princípios universais da moral, comuns a todas as nações e adaptadas a todos os climas<sup>78</sup>.

Portanto, o Direito se demonstra como um fenômeno social, histórico, “cambiante”, e, sobretudo, representa a manifestação de uma voluntariedade e não uma cristalização de uma razão abstrata e atemporal, porquanto o mito da lei racional pura não poderia se perpetuar ante a realidade plural e ideológica<sup>79</sup>.

Para ele um dos momentos centrais da interpretação consiste na atribuição de significado a um enunciado normativo que foi previamente selecionado pelo intérprete. O significado do enunciado não é uma mera questão de fato, pois que existe uma indeterminação semântica nos termos linguísticos utilizados para compor esse enunciado jurídico.

O juiz, que não pertence a uma comunidade linguística perfeita e homogênea, é chamado a eleger dentro dessa indeterminação, e quando o faz atribui um significado por meio de um ato linguístico não assertivo, mas diretivo que está relacio-

---

<sup>77</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideologia e Interpretacion Juridica*. Madrid. Ed. Tecnos. 1ed. 1987, p. 19.

<sup>78</sup> Op. Cit. p. 25.

<sup>79</sup> Op. Cit. p. 45.

nado a valores dele mesmo<sup>80</sup>. É nesse momento que surge a imagem de um juiz excessivamente desvinculado das leis e dos precedentes, que se aventura cotidianamente na argumentação ideológica ou política<sup>81</sup>.

Sanchís entende que o juiz criativo e crescentemente desvinculado da exclusividade do texto literal não só resulta inevitável como presta um essencial serviço à Justiça, pois consegue resgatar do monopólio Estatal essa intenção de cristalização do tempo e de formalização artificial do ambiente natural<sup>82</sup>, em outras palavras, entende que o terceiro pode vir a trazer (e fazer) Justiça para as partes.

Todavia, essa atividade criativa não pode ser livre, uma vez que se confundiria com autoritarismo, sendo necessário ao magistrado fundamentar as suas decisões para que seja possível o exercício crítico da sociedade sobre referidos comandos.

Assim, a sentença não é arbitrária, pois que é limitada por um amplo conjunto de leis e precedentes judiciais, mas é inevitável que a ela se incorpore um elemento subjetivo e ideológico. Para Sanchis o que um juiz pensa acerca do sistema econômico, político ou de justiça social desempenha papel fundamental nas suas decisões, o que nenhum recurso hermenêutico é capaz de eliminar<sup>83</sup>.

A obra de Sanchís tenta mostrar por meio de diferentes aspectos o papel que a vontade e a razão (identificados também como a ideologia e a técnica) têm desempenhado na criação e interpretação do direito, especialmente a que se desenvolve no âmbito da atividade judicial.

Na Teoria Pura do Direito de Kelsen, por exemplo, quando os juízes assumem papel criativo e tratam de justificá-lo, realizam uma função ideológica cujo estudo não abarca a referida teoria, mas sim a Política Jurídica. Lá, motivar é fundar e

---

<sup>80</sup> Op. Cit. p. 92.

<sup>81</sup> Op. Cit. p. 93.

<sup>82</sup> Op. Cit. p. 46.

<sup>83</sup> Op. Cit. p. 15.

não deduzir logicamente<sup>84</sup>.

Um dos pressupostos assumidos por Sanchis é que os juízes criam menos Direito do que sustentam alguns, mas quando o fazem atuam com muito mais liberdade do que se supõe, pois

La precomprensión, la tradición, las exigências del caso concreto: todo ello és cierto, pero no al punto de convertir la ley en un texto mudo o en un marco de justificación de soluciones anticipadas. También es cierto que la argumentación judicial es un proceso racional, que se inspira en valores existentes que no se inventa el juez (...) Ciertamente, el problema quedaría clarificado si resultase que el Derecho nos es tan riguroso y angosto como habíamos imaginado; en concreto, si el Derecho comprendiese no sólo normas sino también principios jurídico-morales.<sup>85</sup>

Assim, a justificação de um ato decisório que fuja do quadro normativo puro necessita uma dupla fundamentação: sistemática e ideológico-moral para que a produção jurídica, aberta à crítica, possa ser aceita como legítima e não restar caracterizada como ideologicamente arbitrária.

Importante frisar que a fundamentação, como elemento ideológico inafastável<sup>86</sup>, deve guardar consonância com o quadro histórico social, pena de se tornar inexequível ou estéril em determinada quadra temporal. Em outras palavras, a decisão que foge da ideologia do grupo tende a não ser bem aceita, até que haja mudanças sociais e históricas que resultem nela. Ela é, portanto, ao mesmo tempo, ponto de partida e de chegada. Dessa característica decorre, em nossa visão, o principal elemento da interpretação ideológica judicial, qual seja, ela é fundante e prognóstica de novas ideologias.

Segundo Sanchís, as críticas direcionadas à ponderação sempre estão relacionadas à subjetividade do juiz, ao decisionismo, como sendo produto de uma lógica irracional. Para ele

---

<sup>84</sup> Op. Cit. p. 51.

<sup>85</sup> Op. Cit. p. 66.

<sup>86</sup> Uma vez que não há método de interpretação puramente lógico. In. Op. Cit., p. 103.

as críticas não devem ser excluídas, mas sim mitigadas: primeiro por que o juízo de ponderação informa como o juiz deve interpretar. O trabalho é feito no plano do dever ser e não do ser. E, segundo "parece que una ponderación que lo sea de verdad no puede dar lugar a cualquier solución".<sup>87</sup> Os questionamentos apontados à ponderação seriam reportados a qualquer teoria da argumentação. Assim, a ponderação, como técnica de aplicação do direito, só pode ser entendida como um método racional.<sup>88</sup>

É fato que os sistemas constitucionais contemporâneos ampliam as opções valorativas na interpretação do direito, permitindo cada vez mais que os juízes criem direitos, principalmente, quando se refere à ponderação. No entanto, isso não impede que seja conferida racionalidade as decisões judiciais, nem tampouco, limita a sua justificação<sup>89</sup>.

Quando fala da legitimidade do Direito criado pelos juízes (*Derecho judicial*), Sanchís aponta dois planos distintos. Em primeiro lugar, argumenta que a jurisprudência obtém sua legitimidade mediante o fiel cumprimento dos valores, princípios e normas que perfazem o ordenamento jurídico. O outro plano seria referente à questão da responsabilidade política do juiz, que seria legitimado pelas garantias formais e procedimentais dadas a ele, que compensam a falta de representatividade democrática.

Nessas garantias é que reside o segundo fundamento da legitimidade do Direito judicial. A independência, a imparcialidade, a publicidade, a motivação são elementos que definem e justificam esses órgãos de produção jurídica, mas no entanto não os eximem de assumir a responsabilidade pelas decisões. Pois em um sistema autenticamente constitucional, os tribunais

---

<sup>87</sup> SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003. p. 155.

<sup>88</sup> Op. Cit. p. 157.

<sup>89</sup> BARCELOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 47-78



também devem prestar contas de sua atuação<sup>90</sup>.

Os juízes não respondem perante os eleitores, como o faz o legislador, nem perante o Parlamento, como o Governo (Executivo)<sup>91</sup>. Mas então a quem responde o Judiciário? Certamente cabe perguntarmos se a motivação proporciona um meio eficaz para exercer a crítica às decisões judiciais, ou se, pelo contrário, ela possui um caráter mais simbólico ou formal que nada ou pouco contribui. De fato, a argumentação que fundamenta uma decisão pretensamente aparece como uma operação exclusivamente técnica<sup>92</sup> embora não o seja.

#### 4 CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo vivencia a perspectiva de equilibrar o discurso moral com a aplicação do direito, não incorrendo em um discurso antidemocrático, e sim em favor da democracia. O interprete está vinculado aos juízos morais estabelecidos pela Constituição como relevantes e condicionado à sua responsabilidade política enquanto integrante do processo democrático. Assim, os princípios da igualdade, liberdade e solidariedade não devem ser utilizados pelos juízes em causa própria e sim como instrumentos de transformação social.

Nesse sentido, a identificação de uma ideologia deve considerar seu conteúdo sob o prisma da justificação das ideias, que exercem uma função de dominação, e da função social de promover poder político de um grupo.

Assim, a atividade do julgador não pode ser estribada somente em suas ideologias e reflexões, ao revés, deve, também, possuir mecanismos de verificação democrática por intermédio da sua fundamentação explícita.

Dessarte, a manifestação do Poder de regular os embates

---

<sup>90</sup> Op. Cit. p. 125.

<sup>91</sup> Op. Cit. p. 125.

<sup>92</sup> Op. Cit. p. 126.

entre os seres vivos tem sido, desde a percepção de Foucault, engendrada de modo institucional pelo Poder Judiciário, um “fator real de poder”, nos dizeres de Lassalle<sup>93</sup>, como fonte de sua própria legitimidade.

As medidas tomadas para a resolução de conflitos perpassam, muitas das vezes, as lógicas processuais em um cálculo econômico de custo benefício da atividade judicante o que tende a ensejar, ao mesmo tempo em que se aumentam as decisões, a queda de qualidade.

O nó górdio da questão sensível ao Judiciário é a perda do monopólio da decisão e a composição material efetiva, por meios não judicializados, como forma de extinguir o conflito.

O Poder Judiciário não pode servir como fim em si mesmo e deve se limitar aos dissídios realmente relevantes, mas não pela via da extinção processual daquilo que não lhe comparece digno de sua análise – ou, ainda pior, com o julgamento estereotipado de demandas em prol de uma propalada produtividade – mas sim dando condições e competências para que outros órgãos possam viabilizar a composição ou a solução de litígios fora de sua alçada.

Destarte, merece reflexão se a ampliação do acesso à Justiça expandiu a cultura da litigância e quais são as consequências desse fato que, somado ao monopólio na resolução de controvérsias, acaba por prejudicar a qualidade do serviço judicial prestado à população, ou, sob outro viés, até que ponto vale um Judiciário competente para tudo, mas burocrático e desumanizado com linhas de produção para atender à demanda?

Em outras palavras, o “fordismo” jurídico não dialoga com as diretrizes constitucionais do século XXI.

---

<sup>93</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro-RJ.



## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer o poder soberado e a vida nua* (trad. Henrique Burigo). Editora UFMG.
- APEL, Karl-Otto. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona, Ediciones Paidós - I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1995.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. São Paulo, Forense/Edusp, 1981.
- ARENDT, Hannah. *A Vida do Espírito*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.
- BARCELOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. .
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado* (Trad. Valerie Rumjanek) . Editora Record. 9ª Ed.
- CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Pressupostos hermenêuticos gerais*. (texto atualizado em 29/07/2012). Texto distribuído pelo autor para os alunos da disciplina “*Hermanêutica Constitucional*” do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UNICEUB, no segundo semestre de 2012.
- DERRIDA, Jacques. *Dar La murte*. Editorial Paidós. 2006.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Biblioteca do pensamento

moderno. 2010.

- ELLUL, J. *Le rôle médiatur de l'idéologie, Dêmythisation et Idéologue*, Paris, Aubier, 1973.
- FABRIS, Sergio Antonio. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre, 1998.
- FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976), (trad. de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.
- FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu - Alguns Pontos de Concordância Entre a Vida mental dos Selvagens e dos Neuróticos* (1913[1912-13]) [Totem und Tabu (Viena, 1913, G.S.,10,3; G.W., 9.) Trad. Inglês: Totem and Taboo (Londres, 1950; Nova Iorque, 1952; Standard Ed.13.)] Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud Vol.XIII. Rio de Janeiro. IMAGO.
- GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. Rio de Janeiro: FGV, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método. Salamanca: Sígueme, 1993.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. *Hacia una reconstrucción del materialismo histórico*. In: Sobre Nietzsche y otros ensayos. México: Red Editorial Iberoamericana, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988.

- HORKHEIMER, Max. Eclipse da Razão (Trad. Sebastião Uchoa Leite). Ed. Labor do Brasil S/A.
- JASPERS, Karl. Origen y Meta de la Historia. Madrid: Revista de Occidente, 3ª ed., 1965.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- KAUFMANN, Arthur. Hermenéutica y Derecho. Granada: Editorial Comares, 2007.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro-RJ.
- NADER, Laura. *Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo. Outubro de 1994, nº 26, 18-29. Disponível em:  
[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_26/rbcs26\\_02.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_02.htm) . Acesso em 25/07/2012.
- PARSONS, Talcott. Sociological theory and modern society. New York: The Free Press; London: Collier-Macmillan, 1968.
- REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito – *Situação Atual*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RICOEUR, Paul & Daniel, Jean. A Estranheza do Estrangeiro. In: *Le Nouvel Observateur. Café Philo*. As Grandes Indagações da Filosofia. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 1999.
- RICOEUR, Paul. Ideologia e Utopia: tradução de Teresa Louro Perez, Lisboa, Ed. 70, LDA, 1986.
- RICOEUR, Paul. Interpretação e Ideologias: organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro. Ed. F.Alves. 3ed. 1998.
- RICOEUR, Paul. O Conceito de Responsabilidade In: O Justo ou a Essência da Justiça. Lisboa, Instituto Piaget, 1995.
- RICOEUR, Paul. Quem é o sujeito do direito? In: O Justo ou a Essência da Justiça. Lisboa, Instituto Piaget, 1995.

- RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade*. Rio de Janeiro: Dumará, 2002.
- SANCHIS, Luis Prieto. *Ideologia e Interpretacion Juridica*. Madrid. Ed. Tecnos. 1ed. 1987.
- SIFUENTES. Monica, *Antes de agilizar a ação, é preciso eliminar o conflito*. Revista Consultor Jurídico de 05.10.2011. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-out-05/agilizar-processo-preciso-eliminar-conflito>. Acesso em 05.05.2012.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *A comunicação do poder em Niklas Luhmann*. In. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. Universidade Federal de Minas Gerais, p. 153-178. Disponível em <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/097153178.pdf>. Acesso em 25/07/2012.
- VILLORO, Luis. *El concepto de ideologia y otros ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
- WATANABE: in “Especialistas discutem aumento da mediação” Jornal Valor Econômico de 16/06/2005.
- WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1994.