

O JURISPRUDENCIALISMO E O GARANTISMO PROCESSUAL COMO ALTERNATIVAS PARA A CRISE DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA*

JURISPRUDENTIALISM AND PROCEDURAL GUARANTEE AS ALTERNATIVES TO THE CRISIS OF BRAZILIAN JURISDICTION

*Angela Araujo da Silveira Espindola***

RESUMO

O presente artigo propõe pontos de contato entre o jurisprudencialismo, de Castanheira Neves, e o garantismo processual, sinalizando-os como alternativas possíveis para a situação problemática da jurisdição brasileira. A abordagem (enquanto método de abordagem) parte da matriz hermenêutica heideggeriana-gadameriana, valendo-se do movimento de direito e literatura enquanto metodologia de procedimento. O objetivo geral do texto é aproximar o jurisprudencialismo e o garantismo processual. Para tanto, os objetivos específicos são apresentar os modelos de realização do direito (normativismo legalista, o funcionalismo jurídico e o jurisprudencialismo) e os limites intencionais do direito, apostando no garantismo processual.

Palavras-chave: Jurisdição. Processo. Jurisprudencialismo. Garantismo processual. Direito e Literatura.

ABSTRACT

This article proposes points of contact between Castanheira Neves' jurisprudentialism and procedural guaranty, signaling them as possible alternatives to the problematic situation of the Brazilian jurisdiction. The approach (as method of approach) starts from the Heideggerian-Gadamerian hermeneutic matrix, using the law and literature movement as a procedure methodology. The general objective of the text is to approximate jurisprudentialism and procedural guaranty. For this, the specific objectives are to present the models of realization of the law (legalistic normativism, legal functionalism and jurisprudentialism) and the intentional limits of the law, betting on the procedural guarantee.

Keywords: Jurisdiction. Process. Jurisprudentialism. Procedural guarantee. Law and Literature

* Artigo recebido em: 10/07/2016.

Artigo aceito em: 01/11/2016.

** Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela mesma IES. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM. Atualmente é Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (IMED) e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). É Vice-Presidente da Associação Brasileira do Ensino do Direito/ABEDi (2104-2015). Membro fundadora da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Atua na área de Direito Público, com ênfase na temática sobre "Jurisdição, Constituição e Processo", "Ativismo Judicial e Garantismo processual", "Direito e Literatura" e "Ensino do Direito". Advogada do Núcleo Consultivo Estratégico de Andrade Maia Advogados Associados. **Santa Maria – RS. E-mail: ange.espindola@gmail.com**

SUMÁRIO

1. ENTRE A FICÇÃO E A REALIDADE

2. O GARANTISMO PROCESSUAL ENQUANTO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA E PARA A REALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

3. A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E OS LIMITES INTENCIONAIS DO DIREITO

4. OS MODELOS DE REALIZAÇÃO DO DIREITO (O NORMATIVISMO LEGALISTA, O FUNCIONALISMO JURÍDICO E O JURISPRUDENCIALISMO) E A APOSTA DO GARANTISMO PROCESSUAL: ESTUDOS PRELIMINARES

5. REFERÊNCIAS

1. ENTRE A FICÇÃO E A REALIDADE

Há um breve conto de Oliver Sacks bastante curioso intitulado “A mulher desencarnada”¹. O conto narra o caso clínico de Christina, uma jovem inteligente e culta, que inexplicavelmente para de sentir o próprio corpo, descrevendo-se como uma mulher desencarnada. Christina perdia o próprio corpo: achava que os braços estavam em determinada posição e estavam noutra. A sensação era de que o corpo estivesse cego, não conseguia enxergar a si mesmo. Examinada por neurologistas, psiquiatras e fisiatras o diagnóstico foi de uma inflamação aguda, uma neurite, que culminou com em uma lesão ao senso do corpo. O senso do corpo é dado por três coisas: visão, órgãos de equilíbrio e propriocepção. A falta de um deles pode, em certa medida, compensar a falha dos demais. O caso de Christina fora diagnosticado como a perda da propriocepção. Para movimentar-se minimamente precisava da ajuda dos olhos, precisava monitorar a si mesma usando a visão, “olhando atentamente para cada parte do corpo quando esta se movia, com uma consciência e cuidado quase dolorosos. Seus movimentos, monitorados e regulados conscientemente, foram a princípio desajeitados e extremamente artificiais”², descreve o autor. Paulatinamente, os movimentos começaram ficar mais delicadamente modulados, mais naturais, ainda que dependentes do auxílio da visão.

A patologia não era incompatível com a vida, ela era possível, mas não normal. Christina carecia de uma enorme vigilância, com maneiras estranhas de fazer as coisas. “Se ela estivesse comendo enquanto conversava, ou se sua atenção estivesse em outra parte, ela agarrava o garfo e a faca com uma força tremenda – suas unhas e pontas dos dedos ficavam sem sangue com a pressão; mas, se houvesse uma atenuação daquela pressão dolorosa, ela podia derrubá-los de imediato por falta de energia ao segurar – não havia um meio termo, não havia modulação alguma”³.

Apesar de inexistir qualquer indício de recuperação neurológica, Christina foi submetida a uma terapia diversificada e intensiva, que permitiu uma recuperação funcional bastante significativa, ou seja, a capacidade de funcionar usando várias

¹ SACKS, Oliver. O homem que confundiu sua mulher com um chapéu e outras histórias clínicas. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 59-70.

² SACKS, Oliver. O homem que confundiu sua mulher com um chapéu e outras histórias clínicas. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 64.

³ SACKS, Oliver. O homem que confundiu sua mulher com um chapéu e outras histórias clínicas. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 67.

substituições e outros expedientes. O tato foi substituído pela visão para as tarefas mais simples. Ela aprendeu a funcionar, embora a sensação era de uma mulher desencarnada, sentia que seu corpo estava morto ou que não lhe pertencia. Estava sem corpo, mas em plena atividade.

A narrativa vai adiante registrando os obstáculos e a dificuldade de acessibilidade da personagem cuja deficiência diagnosticada, diferentemente do cego, do surdo ou do parálítico, não possuía uma natureza clara. A ausência de apoio e de compreensão da sociedade, no caso da falta de propriocepção, era um desafio a mais.

A situação de Christina é “wittgensteiniana”: a perda da propriocepção privou-a de sua base existencial, epistêmica. Ela não tem certeza sobre seu corpo. Submetida a terapia, extraordinariamente teve êxito em funcionar, mas fracassou em ser. Ela é uma heroína de uma patologia cerebral, mas permanece uma derrotada, pois nem todas as substituições e compensações permitidas pelo sistema nervoso podem alterar minimamente sua perda permanente e absoluta do senso de posição de si mesma. É um ser humano sem precedentes, desencarnado, desmedulado.

A situação de Christina, parece-nos, bastante elucidativa para descrever o atual – mas não recente – estado da arte da jurisdição brasileira e que muito possivelmente transborde os limites nacionais, o que poderá ser abordado num outro momento.

A hipótese central do presente artigo é de que a jurisdição brasileira e do poder judiciário, em algum momento de sua história recente, perderam o seu senso de posição, a sua propriocepção, exigindo a sua visão e audição sejam superpotencializadas. As reformas legislativas, sobretudo a recente reforma do Código de Processual Civil e a microrreformas do Código de Processo Penal, atuam como terapias diversificadas e intensiva, forjando uma certa recuperação funcional do sistema processual, sem contudo, sanar epistemologicamente a perda da “propriocepção” da jurisdição, a qual – desmedulada, “desrealizada” – carece de seu ancoradouro orgânico.

É a partir desta hipótese que o presente artigo se desenvolve, valendo-se da hermenêutica-fenomenológica como método de abordagem e da obra de Baptista da Silva e Castanheira Neves como referenciais teóricos basilares, para sustentar a tese da autora sobre a refundação da jurisdição a partir do processo. O texto, enxuto, expõe brevemente o problema apontando soluções possíveis para este, trazendo pontualmente argumentos

já desenvolvidos pelas pesquisas da autora bem como ensaiando outros argumentos e olhares que estão sendo testados pela autora em suas pesquisas mais recentes junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Meridional e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria.

2. O garantismo processual enquanto condição de possibilidade para o exercício da cidadania e para a realização da Constituição

Como já dito em outras oportunidades, o poder judiciário, desde o final do século passado tornou-se um dos principais alvos da atenção da sociedade contemporânea. No contexto nacional, é possível afirmar que o poder judiciário brasileiro nunca foi tão discutido pela sociedade quanto agora. Está na pauta da mídia a discussão sobre a morosidade da Justiça, a ineficiência/insuficiência da prestação jurisdicional, os custos de um processo, os vencimentos dos juízes, as posições assumidas pelos julgados, as arbitrariedades das decisões e corrupções dentro do Judiciário. Tudo isso (a transparência) reflexo de um contexto democrático, mas também de uma situação paradoxal: de um lado, o grande apelo e importância atribuídos ao poder judiciário; de outro, a intensa e crescente insatisfação com a atuação desse poder, objeto de críticas e de ceticismo.

Uma nova forma de atuar o direito exige uma nova forma de atuar (e compreender) a jurisdição e novas atitudes dos juristas, balizadas por um processo garantista. A discrepância, todavia, está entre o discurso de um direito e a prática de um direito, o que pode claramente ser percebido examinando-se bancos acadêmicos e a praxis forense. A reprodução de um senso comum oculta o sentido do direito, transformando juristas em *mitläufer jurídicos* que, incapazes de criar um direito, reproduzem receitas de um direito sem sentido (e sem tempo) ou, pior, de um direito funcionalizado, instrumento do poder ou de governo.⁴

Na sociedade contemporânea, complexa e conflituosa, os antigos modelos calcados no paradigma racionalista e no paradigma liberal-individualista-normativista

⁴ Sobre a crítica ao funcionalismo, ver: CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit.

estilhaçaram-se,⁵ exigindo do Estado, da sociedade e do direito a revisão de seus modelos de pensamento e dos seus padrões de conduta.⁶ É com a crise dos paradigmas da modernidade que ocorre uma (nova) ruptura, não para reinserir o presente no cerne das preocupações de todos, mas para inverter a ordem da temporalidade e revisar o papel do jurista e da jurisdição. Para tanto, é imperioso repensar o poder (função) judicial e o direito processual. Não exatamente no sentido do como se processa a prestação jurisdicional, mas na direção do desvelamento do papel do direito processual – da função social do direito processual – rumo à busca por novos paradigmas, por novos modelos de pensamento, por novas alternativas, mas tendo sempre o direito como uma alternativa humana.⁷ O direito, assumida a sua dimensão hermenêutica, passa a demandar novos paradigmas, que, por sua vez, exigem novas formas de compreensão, que superem o direito-enquanto-sistema-de-regras e resgatem o mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo e pelos valores liberais do Estado.

A dogmática jurídica satisfaz-se com discussões procedimentais e legislativas, desconsiderando, em grande parte, reflexões acerca das raízes históricas e ideológicas do direito processual civil brasileiro, de tradição romano-canônica, sem problematizar as razões da crise que assola a jurisdição e o direito. Não problematizar a crise ou não investigar suas razões inviabiliza, por óbvio, a trajetória para a construção de alternativas para a crise, ou seja, inviabiliza o direito como alternativa humana diante da(s) crise(s).⁸

No âmbito da concretização de direitos, em especial no contexto de uma sociedade plural, díspar, na qual a maioria dos cidadãos clama pela consolidação do Estado Democrático de Direito e pela realização de direitos, como é o caso da sociedade brasileira, é preciso voltar os olhos para a jurisdição, o poder judicial e o papel do juiz.

⁵ STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.; _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, op. cit.

⁶ Importante registrar que a superação da crise do poder judiciário, enquanto sucedâneo da crise do próprio Estado, exige necessariamente uma nova rota, ou seja, é preciso trilhar o caminho das formas alternativas de tutela, com vistas a reduzir a litigiosidade. Segundo Baptista da Silva, dois aspectos emergem nesse sentido: o ensino do direito e a redução do fator burocrático do Estado (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., 2006).

⁷ Nesse sentido, ler: CASTANHEIRA NEVES, António. O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito. In: *Digesta*, v. 1, op. cit.

⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito. In: *Digesta*, v. 1, op. cit.

Ou seja, assumir a jurisdição estatal como instituição indispensável para a prática democrática, para o exercício da cidadania e para a realização da Constituição.

Para defender a jurisdição, é preciso também assumir o direito como uma ciência da compreensão e não como ciência da explicação, superando o peso do paradigma liberal-iluminista e do pensamento linear-cartesiano, ainda tão presentes no nosso dia-a-dia. Faz-se urgente buscar novas lentes para enxergar o direito, especialmente o direito processual civil e, conseqüentemente, as suas bases filosóficas, políticas e jurídicas. Há que se buscar a inventividade do direito, não a partir de um abstracionismo, mas sim a partir de uma inventividade substancialista do direito e do processo, visto que se a normatividade só pode ser determinada realizando-se, faz-se necessária uma compreensão prática e não simplesmente uma compreensão dogmática ou lógica dessa normatividade.

O resultado desta releitura será a abertura de espaço para um novo cenário, para um novo paradigma hermenêutico ou, quiçá, para a libertação do direito dos grilhões paradigmáticos, favorecendo, deste modo, o reconhecimento de que o direito nasce do fato e não da lei. É preciso, no entanto, estarmos dispostos a essa releitura, suspendendo alguns prejuízos e desconfiando de algumas obviedades que se costumam reproduzir sem uma reflexão mais profunda. Do contrário, a opção pela via da reforma legislativa será inócua, pois precha do vazio.

3. A sociedade contemporânea e os limites intencionais do direito

O desvelamento dos novos direitos – o processo de multiplicação de direitos – que se verifica a partir dos últimos séculos, seja pelo aumento de bens a serem tutelados, seja pelo aumento do número de sujeitos de direito ou ainda pela ampliação dos *status* dos sujeitos,⁹ somados às alterações no perfil da sociedade brasileira e do Estado moderno (desde o modelo liberal clássico, passando pelo (ou saltando o) Estado Social, até chegar – ou pretender chegar – ao Estado Democrático de Direito),¹⁰ exige (a) que se questione o papel da jurisdição ante a concretização dos direitos e (b) que se reconheça a função

⁹ Sobre a multiplicação dos direitos, consultar: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, op. cit. Ver também: OLIVEIRA JR., José Alcebíades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

¹⁰ Sobre as diversas roupagens do Estado moderno, consultar: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*, op. cit.

social do direito processual, superando a falsa ideia de que o processo se reduz a simples procedimento.

Esses problemas podem ser apresentados como pertencentes a duas categorias, conforme expõe Castanheira Neves: são os problemas estruturais ou externos ao exercício da jurisdição e o problema intencional, ou seja, o problema do sentido, do sentido da jurisdição, o qual orienta a discussão sobre a Crise do Juiz, a Crise da Justiça. Crises essas que não podem se traduzir exclusivamente ao negativo circunstancial, mas, em especial, à consumação histórico-cultural de um sistema, ou seja, perda contextual de sentido das referências até então regulativas. Para adotar uma terminologia que já faz parte do modismo intelectual, a crise representa o cenário de um paradigma que, antes em vigor, agora se esgotou, clamando por um novo paradigma, por um novo modelo de pensamento.

À luz da perspectiva substancialista, antes anunciada, é evidente que o principal elemento fundante dos sistemas e dos paradigmas não se concentra na sua atuação (não se trata de um problema funcional): só o sentido funda e constitutivamente sustenta. Por esta razão, concorda-se com Castanheira Neves, quando, enfaticamente, alerta que uma crise só pode ser superada pela reflexão fundadora de um novo sentido, ou seja, é a crítica que supera a crise. Se assim é, não há como fundar um novo sentido sem distinguir os problemas estruturais e o problema intencional, traçando uma reflexão crítico-reflexiva acerca dos mesmos.¹¹

Os problemas externos ao exercício da função jurisdicional consideram o poder, a organização, a responsabilidade e o modo desse exercício, mas não se referem à intencionalidade material da própria jurisdição como jurisdição e o sentido que ela assume e realiza. Dizem o modo do fazer jurisdicional, mas não dizem “o que é” esse fazer ou “o que” nele se faz. São (a) os problemas diretamente político-constitucionais; (b) o problema institucional; e (c) o problema da legitimação decisória. Os problemas estruturais ou externos são condições de possibilidade da jurisdição que se pretende, mas o problema intencional ou interno compreende os momentos constitutivos da jurisdição, toca a essência, e não a forma; a substância, e não o procedimento. Assim, tem-se que a realização da essência está condicionada pela correta ou adequada solução dada aos

¹¹ Nesse sentido, ver: CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.1-44.

problemas estruturais/externos; a solução correta ou adequada será um correlato funcional do que seja ou se pretenda que seja a jurisdição enquanto tal. Como bem refere Castanheira Neves, pensar o sentido da jurisdição é pensar a sua relação com o direito (juris-dictio), o que significa que um diferente sentido do direito implicará correlativamente um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo. Importa, portanto, mais que discutir problemas estruturais do poder judiciário e da jurisdição, investigar sobre o problema do sentido, do sentido da jurisdição, para que assim seja possível ressignificar o direito e a jurisdição e, conseqüentemente o próprio papel do jurista.¹²

Neste sentido, Michele Taruffo¹³ aponta três linhas para uma reflexão orientada à superação da situação problemática no direito processual civil e do direito processual penal não só no contexto italiano, mas para além deste. (1) A primeira direção rumo à superação da situação problemática no direito processual seria uma mudança na cultura processualista, que se sobreponha a atitudes obsoletas, formalistas da dogmática tradicional. (2) A segunda direção é no sentido da recuperação e reformulação dos valores fundamentais e dos princípios gerais considerados válidos para o processo. (3) A terceira direção está na redefinição da sistemática dos instrumentos de tutela processual.

Surge, portanto, a necessidade de uma nova forma de atuação do direito e dos juristas, que passa por quatro principais aspectos: (a) a recuperação de sentido do direito; (b) a recuperação do papel do poder (função) judicial; (c) a concretização jurídica e social dos direitos e (c) a rediscussão do direito processual. Portanto, para que se alcance algum contributo para o processo civil moderno, não se pode furtar-se de, antes, investigar sobre o sentido do direito e os modelos jurisdicionais de realização do direito, buscando, com isso, identificar indícios da superação de velhos paradigmas e diagnosticar um novo caminho para o direito e, conseqüentemente, para o direito processual civil.

A redução metodológica – imposta no âmbito do ensino jurídico e também no âmbito da experiência forense – atingiu todo o direito e, nessa linha, o domínio jurídico mais danificado foi o direito processual, haja vista ser o processo aquele “ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social e que, além

¹² Ibidem, p.1-44.

¹³ TARUFFO, Michele. “Racionalidad y crisis de la ley procesal”. In: *Doxa: Cuaderno de Filosofia del Derecho*, n.22, 1999, p.311-320.

disso, pressupõe que o acesso a seus domínios seja alcançado através da hermenêutica, naturalmente incompatível com o pensamento dogmático”. Para Baptista da Silva: “os juristas do direito material levam, a este respeito, uma apreciável vantagem sobre os que se dedicam ao direito que se realiza no tumulto da vida forense”.¹⁴

Não basta – embora seja de vital importância para o debate – detectar a herança racionalista do direito (especialmente do direito processual civil). O dogmatismo sedimentado precisa ser superado, para que, só então, o direito recupere sua dimensão hermenêutica, a sua perspectiva substancialista e, conseqüentemente, o seu sentido.

Um convite para repensar o direito processual, revelar o compromisso que existe, ainda hoje, entre as suas raízes histórico-ideológicas e o paradigma dominante será sempre bem-vindo, haja vista tratar-se de condição de possibilidade para a evolução do pensamento jurídico e da prática jurídica e judiciária. Repensar o direito é condição de possibilidade do próprio direito e, conseqüentemente, do próprio Homem, pois, como bem enunciou René Marcic, já tantas vezes citado por Castanheira Neves: “quem quer o homem haverá de querer o direito”. A condição problemática do direito na contemporaneidade “não exprime senão uma dimensão da nossa própria problemática situação histórico-existencial; situação em que nós mesmos, com todos os sentidos da nossa cultura e herança constituinte, nos pomos em causa até o limite”. A realidade jurídica caracteriza-se, como anuncia Castanheira Neves, por uma evolutiva perda de sentido do direito¹⁵. A jurisdição perdeu a sua propriocepção e essa desaferenciação privou-a da sua base existencial, epistêmica. E todas as soluções administradas ao paciente pela equipe de reabilitação restringem-se à terapia funcional, qual seja, reformas legislativas tópicas. Por melhores que estas elas sejam – e em muitos aspectos são muito boas – elas atingem apenas a superfície dos sintomas de um problema. Pode-se até ter êxito no funcionamento, mas não em ser. Não temos tido êxito nas tentativas de modificar o diagnóstico da perda permanente e absoluta do senso de direção.

¹⁴ Nesse sentido, ver BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 01.

¹⁵ Nesse sentido, consultar: CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.1-44; CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? o problema actual da autonomia do direito*, op. cit.

Não se trata de apresentar soluções, mas antes de um “problematizar o problema” da desrealização da jurisdição, sem ocultar a fragilidade das reformas processuais propostas pelo *establishment* e das construções doutrinárias, eis que reproduzem o paradigma dominante, sem problematizá-lo, sem revelá-lo, sem um “dar-se conta”, sem o necessário enfrentamento da crise de paradigmas que assola o direito e o Processo. Assim como Christina, no conto de Oliver Sacks, não sabe que “aqui está uma mão” e nada que ela faça poderá alterar esse fato, também a Jurisdição não sabe “qual o sentido do direito”.

Ora, na época do contratualismo moderno iluminista, proclamavam-se direitos naturais como pressuposto e ponto de partida fundamentante do próprio contratualismo. Com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), estes direitos passaram a ser assegurados pela lei contratualisticamente constituída, alimentando o movimento da codificação na modernidade. E mais: a lei iluminista (e revolucionária) identificava-se com o direito, eis que sua racionalidade e universalidade incorporavam os valores de liberdade e da igualdade, definindo um *status* normativo formal que enquadrava o comportamento social, mas dele se descomprometia. O resultado foi a identificação entre direito e lei, aquele foi reduzido a esta, transformando-se, gradativamente, em mero legalismo. No contexto contemporâneo, no entanto, o cenário é outro: as leis hoje são prescrições de forças políticas, não raro de forças partidárias, tendo-se transformado em instrumento político. Não se pode fazer vista grossa a essa constatação. Por certo, essas forças políticas adquirem legitimidade no âmbito político-estadual ou constitucional e, através delas, impõe-se um programa de ação político-social, em que uma política se afirma e concretamente se compromete com fins particulares – “governam-se com as leis”. A práxis social, por sua vez, acaba por politizar-se. Daí a preocupação de muitos, em especial Castanheira Neves, com o problema da autonomia do direito e da possibilidade institucional da sua afirmação.¹⁶

Ainda no cenário atual, (re)afirmam-se direitos fundamentais nas Constituições e princípios normativamente materiais, colocados antes e acima da lei. Esta deixa de ser o fundamento de validade jurídica dos direitos, e estes – reconhecidos como fundamentais

¹⁶ Nesse sentido, consultar: CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.1-44.

– passam a condicionar a validade daquela. A normatividade passa a ser determinada realizando-se e na sua realização, eis que reconhecida na práxis histórico social. Torna-se já impossível continuar a identificar o direito com a legislação, bem como a idealizar o poder judicial como um poder nulo, acético, insípido. Daí falar-se na necessária revisão do problema das fontes do direito e do princípio da separação dos poderes.¹⁷

Afora a recuperação da autonomia normativo-intencional do direito perante à mera legalidade, implica a superação do positivismo o reconhecimento de limites normativo-jurídicos que fazem ver que é através da jurisdição que vai se dar a realização concreta do direito, em necessária intenção normativamente *constituenda*. Esses limites desvelam o espaço do poder judicial, da jurisdição e do papel do juiz. O direito legalmente positivado não alcança a dinâmica social, ficando aquém do domínio histórico-socialmente problemático a que terá de responder jurídico-normativamente. Isto significa que este limite objetivo exige um desenvolvimento autônomo do direito através da sua própria realização, ou seja, da sua jurisprudencial realização, afirmando-se não como um sistema fechado, mas antes como um sistema aberto. De outro lado, existem limites intencionais que fazem reconhecer que a realização do direito está para além de um sentido lógico-dedutivo e formal, apresentando-se como insuficiente a subsunção da lei ao caso. A realização do direito vai assumir um sentido normativamente material, mostrando-se concretamente adequada ao mérito problemático dos casos decididos e normativamente justificada em referência aos fundamentos axiológico-normativos que dão sentido normativo material ao próprio direito. Por fim, há também os limites temporais, catalogados por Castanheira Neves ao lado daqueles objetivos e intencionais. Todos eles desconsiderados pelo positivismo. Os limites temporais, assim, surgem do reconhecimento da dimensão histórica do direito e do seu sistema normativo. O positivismo, em qualquer de suas vertentes, vai ignorar esta dimensão histórica, operando a partir de uma racionalidade lógico-abstrata revestida por uma subsistência atemporal, a-histórica.¹⁸

A par desses fenômenos jurídicos que compõem, sumariamente, a atual situação jurídico-jurisdicional é importante uma revisão das fontes do direito, eis que se tornou hoje inadmissível continuar a identificar o direito à legislação. Mas não só. Há que se

¹⁷ Ibidem, p.05 e 12-13.

¹⁸ Ibidem, p.08-09.

revisar, ainda, a doutrina da separação dos poderes, eis que desgastada a fórmula de que o poder judicial funciona como “*la bouche de la loi*”, sendo os juízes “*êtres inanimés*”, detentores de uma tarefa estritamente exegético-aplicadora. Ora, a revisão das fontes do direito e do princípio da separação dos poderes força uma revisão do próprio sentido do Estado-de-direito, exigindo, definitivamente, a sua emancipação em relação os valores do liberalismo econômico, do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista. Por fim, chega-se então ao problema do sentido atual da função judicial, da jurisdição e do juiz a exigir a transformação irreversível do sentido das leis e a, como refere Castanheira Neves, assunção deliberadamente programática de uma estratégia político-social no todo da realidade social.¹⁹

4. Os modelos de realização do direito (o normativismo legalista, o funcionalismo jurídico e o jurisprudencialismo) e a aposta do garantismo processual: estudos preliminares

Na perspectiva de Castanheira Neves, duas alternativas emergem. De um lado, é possível que a resposta seja a opção por uma sobrevalorização da estratégia político-social, assumindo-se o político como o único protagonista e, consequentemente, a função judicial como operador tático, através de meios institucionais e normativo-decisórios; ou seja, a jurisdição passa a ser instrumento desta estratégia político-social ou *longa manus*. E, de outro lado, é possível que a resposta seja não uma disputa entre poderes, mas de afirmar o direito ao poder, de reconhecer o direito como dimensão constitutivamente indefectível do Estado e, assim, o Estado verdadeiramente como Estado de Direito. Neste caso, a universalidade de certos valores e princípios normativos em que todos se reconheçam é irrenunciável. É nesta universalidade axiológico-normativa que se traduz a autonomia do direito, para Castanheira Neves; terá de reconhecer-se no direito a “medida de poder”, ou seja, a sua validade crítica perante o político. Ao reconhecer-se esta autonomia do direito, há que se chamar uma instância para contrapor-se à unidimensionalidade (ou totalitarismo) do político. E esta instância, por certo, não há de ser o poder legislativo ou a legislação, haja vista o seu compromisso político. A lei não é por si só o direito, podendo, inclusive, manifestar-se em contradição com ele. Esta instância há de ser o poder judicial, a jurisdição. Daí assumir-se a defesa da jurisdição

¹⁹ Ibidem, p.13.

estatal como instituição indispensável para a prática democrática, para o exercício da cidadania e para a realização da Constituição. Resta clara, portanto, a opção assumida por esta segunda alternativa, que se contrapõe a perspectiva de uma jurisdição enquanto mero instrumento a serviço da estratégia político-social, na qual o político é o único protagonista.²⁰

Mas, ainda assim, o problema do sentido da jurisdição não se põe como solucionado. É preciso agora investigar sobre os modelos de juridicidade e seus correlativos modelos de jurisdição, entre os quais se pode continuar no caminho para uma resposta. Para tanto, assume-se a perspectiva da Castanheira Neves, a partir da qual são identificados os três modelos atualmente alternativos de realização jurisdicional do direito, os quais se apresentam entre o legislador, a sociedade e o juiz. Estes três modelos são: o normativismo legalista, o funcionalismo jurídico e o jurisprudencialismo.

De fato, sobre o normativismo legalista falou-se anteriormente. Na oportunidade, mencionaram-se os fenômenos jurídicos que comprovam a sua superação, alertando para o risco de imaginá-lo como um modelo já esgotado. Não se pode ignorar as tentativas de recuperação desse normativismo legalista, sob outras roupagens: pela restauração do liberalismo radical, pelo pensamento jurídico analítico ou, como alerta Castanheira Neves, pelo funcionalismo sistêmico, em alguma medida. O normativismo legalista não pode ser menosprezado, sob pena de deixar-se conduzir pelo canto da sereia. Se assim é, importante visualizar o normativismo legalista de que trata Castanheira Neves, perspectivado pelo individualismo moderno-liberal e iluminista, conforme já sinalizado noutra oportunidade. O normativismo legalista conta com um determinante antropológico, na medida em que a compreensão que o homem tem de si traz implicitamente a sua compreensão sobre o direito e a sociedade. Assim, a visão de mundo que penetrava no século XVI até o século XVIII, radicava na autonomia humana, na ruptura com a ordem teológico-metafísico-cultural transcendente. Àquele tempo, o homem assumia como fundamento único de sua ação e de seu saber, respectivamente a liberdade e a razão, uma razão em diálogo com a experiência empírica. Paralelamente,

²⁰ Ver, dentre as obras de Castanheira Neves: CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* o problema actual da autonomia do direito, op. cit; CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.14; CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, op. cit.

afirmava-se ainda a secularização e a emancipação do econômico, especialmente em relação aos quadros ético-religiosos. Assim, o domínio da práxis social era o domínio dos interesses, expressão prática da liberdade. A consequência foi a emergência do individualismo moderno-iluminista e do racionalismo.²¹

O Racionalismo, posto como pano de fundo do normativismo legalista, passa a ser a expressão da ratio moderna – uma razão autofundada em seus axiomas e sistematicamente dedutiva nos seus desenvolvimentos; uma razão que deixa de ser ontológico-metafísico-hermenêutica como a razão clássica; uma razão como sistema, uma razão cartesiana –. No contexto dessa visão de mundo, a visão de homens livres, racionais e, na sua liberdade, também iguais, exigia-se a institucionalização de um novo poder, cujo sentido fundante estaria no contrato social. Um contrato social perspectivado por Thomas Hobbes, por John Locke, por Jean-Jacques Rousseau ou por Immanuel Kant. A consequência, por certo, deste novo sentido fundante, aquele que o contrato constituísse, seria a constituição de uma legalidade: o direito reduzido à lei.

Foi a crise do normativismo legalista e as modificações ocorridas na cultura europeia no início da modernidade que abriram espaço para um novo modelo de judicialidade: o funcionalismo jurídico.²² Este modelo de realização do direito assume como referencial não mais o indivíduo (como o faz o normativismo legalista) ou uma associação atomística de indivíduos, mas sim a sociedade, teorizada enquanto sistema social pensado funcionalmente, um sistema que funcionaliza todos os seus elementos e as suas dimensões, inclusive o próprio direito.

O pensamento moderno, entre os séculos XVIII e XIX, trouxe uma nova compreensão sobre o ser. Essencialmente diferente do pensamento clássico, o moderno se enraíza na história. Rompe-se com os compromissos platônico-aristotélicos e a atitude contemplativa perante o ser. O homem moderno viu-se perante um mundo de faticidade empírica e de causalidade, axiologicamente neutro²³ e a modernidade associou-se, dentre outros, à idéia de que o mundo é passível de transformação pela intervenção humana e,

²¹ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 15.

²² Integra-se, no âmbito do funcionalismo jurídico, o *Critical Legal Studies Movement*.

²³ As influências de Descartes e Leibniz foram determinantes para esta ruptura com o pensamento clássico e para uma nova compreensão do ser.

portanto, as ações sociais dos indivíduos são mediadas por algum tipo de interesse com um sentido objetivo: um outro tipo de racionalidade passou a permear todo o agir social.

Ora, a racionalidade invocada pelo funcionalismo jurídico, na verdade, consiste em uma racionalidade finalística (*zweckrationalitat*), não-axiológica (*wertrationalitat*) para falarmos com Max Weber.²⁴ Ou, ainda, de uma razão como instrumento, sob um aspecto utilitarista: uma razão instrumental na perspectiva de Max Horkheimer.²⁵

Em Max Weber,²⁶ a racionalidade implica adaptação dos meios aos fins. No entanto, a *zweckrationalitat* é uma ação racional com relação a um objetivo, movida pelo sopesar das vantagens, das utilidades, dos efeitos e dos danos, ou seja, pondera-se sobre fins, meios e conseqüências que estão implicados na ação: enquanto a *wertrationalitat* é uma ação racional com relação a um valor, que assume como referenciais princípios e um sentido ético. A racionalidade finalística (formal), portanto, preocupa-se com o modo como se atinge o conteúdo, e não com este propriamente dito – assume uma postura procedimentalista. A racionalidade axiológica (material), de outro lado, preocupa-se mais com o conteúdo, sem desconsiderar o modo de alcançá-lo, porém aquele é a principal preocupação. A passagem do pensamento clássico para o pensamento moderno faz com que as categorias da ação e do comportamento em geral não mais sejam as do bem, do justo, da validade (axiológica material), e sim as do útil, da funcionalidade, da eficiência. O processo de amplificação desta racionalidade vai repercutir em um atrofiamiento dos valores em relação aos fins; dos fundamentos em relação aos efeitos. E, claro, a legislação – um dos principais meios mobilizados pelo funcionalismo jurídico – passa a ser vista e tratada como instrumento da ação política, sem se reduzir às funções normativas de garantia dos direitos ou segurança jurídica ou de limite dos poderes.²⁷ A preocupação

²⁴ WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 10. ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1994.

²⁵ HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Rio de Janeiro: Editorial Labor do Brasil, 1976.

²⁶ Foi Max Weber quem introduziu o conceito de ‘racionalidade’. WEBER, Max. *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, op. cit.

²⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.17.

primeira da perspectiva funcionalista não está em saber particularmente o que é o direito, mas sim, para que serve.²⁸

Embora a perspectiva do funcionalismo possa trazer algumas contribuições, em especial no contraponto que faz aos compromissos ideológicos assumidos pelo normativismo legalista, ela peca por projetar o direito como mero instrumento a serviço de finalidades externas ao direito. A decisão judicial, na concepção funcional do direito, é vista como a realização de uma estratégia político-social, teleologicamente programada. É a decisão-solução enquanto momento tático. Perspectiva esta sedutora, exatamente no contexto atual, em que o homem se preocupa com a eficiência, a utilidade, o dano, porém ignora, por vezes, o conteúdo e a materialidade de suas ações. Isso poderá conduzir o direito à arbitrariedade, na medida em que o direito nada mais terá a falar, visto que, na sua generalidade e realização concreta, é condicionalmente determinado pelos interesses política ou socialmente mais adequados. Como bem alerta Castanheira Neves, o direito é afinal puramente política, no funcionalismo político; simplesmente tecnologia ou administração no funcionalismo social e econômico. Veja-se que o funcionalismo jurídico não envolve as funções que o direito exerce na sociedade, mas antes as funções que se pretende realizar através dele. Assim, pretender conferir funções ao direito ou realizar sua função, não significa que se esteja assumindo uma opção pela perspectiva funcionalista, mas, antes, uma opção pelo próprio direito e pelo homem, ou seja, uma opção antropológico-cultural de que dependerá o sentido do direito e a sua subsistência enquanto tal.²⁹

²⁸ A complexidade do funcionalismo jurídico vai justificar o seu desdobramento em modalidades distintas: o funcionalismo político, o funcionalismo social-tecnológico, o funcionalismo socioeconômico e o funcionalismo sistêmico. Uma abordagem detalhada sobre os mesmos não se faz imprescindível para atingir os objetivos propostos neste trabalho. Para uma melhor compreensão sobre eles, vale a exposição e cuidadosa crítica que lhes faz Castanheira Neves ao longo de sua obra. O primeiro deles – o funcionalismo político – encontra expressão na “teoria crítica do direito” ao assimilar o projeto filosófico-social da Escola de Frankfurt, bem como no “*Critical Legal Studies Movement*”. O funcionalismo social-tecnológico é percebido na “*social engineering*” de Roscoe Pound ou no racionalismo crítico de Hans Albert, que converte a teoria epistemológica de Karl Popper para o pensamento jurídico. Já o funcionalismo socioeconômico está contido na “análise econômica do direito”, na perspectiva da “maximização da riqueza” de Richard Posner. Ainda nesta perspectiva, tem-se a abordagem preponderantemente econômica do direito de Guido Calabresi e Ronald Coase. Destaca-se, ainda, o funcionalismo sistêmico, cujos principais expoentes são Niklas Luhmann e Gunther Teubner.

²⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.31-32.

Por fim, tem-se o jurisprudencialismo, trazido por Castanheira Neves como contraponto aos radicalismos dos dois modelos anteriores (normativismo-legalista e funcionalismo jurídico) e orientado por uma perspectiva polarizada no homem-pessoa, sujeito da prática problemática-judicanda e assumido como a reafirmação/recuperação do sentido da prática jurídica como *iuris-prudentia*: “axiológico-normativa nos fundamentos; prático-normativa na intencionalidade e judicativa no modus metodológico”. O jurisprudencialismo parte de uma perspectiva do homem-pessoa, ou seja, de uma perspectiva em que o direito está diretamente a serviço de uma prática pessoalmente titulada e historicamente concreta.³⁰ Nega-se, assim, a identificação da pessoa ao “indivíduo” e se recusa o individualismo para desvelar a responsabilidade ética perante a pessoa em todo o universo humano, bem como a responsabilidade ética da pessoa relativamente a esse universo. Dito de outro modo, “a pessoa não é só sujeito de direitos, sejam eles fundamentais ou outros, mas simultaneamente sujeito de deveres”. E mais: não são os direitos simples reivindicações politicamente sustentadas, tampouco os deveres exterioridades limitativas só pelo cogente cálculo dos interesses e sempre repudiavelmente sofridos, como acontece com a polarização prática do indivíduo, mas manifestações mesmas da axiologia responsável e responsabilizante da pessoa. É esta abordagem, conforme adiante se terá a oportunidade de explanar, que irá fundar e fundamentar a crítica à abstração das pessoas e dos bens, própria da época do direito liberal, e à sanção eminentemente ressarcitória no contexto do direito processual civil. A assumir a defesa da jurisdição e do direito não se esgota em mudança de instituições, exige-se mudanças de mentalidade. Afinal, não se faz futuro sem ideias.

Nessa perspectiva, uma concepção da jurisdição, da função judicial e do papel do juiz passa, necessariamente, pela recompreensão do próprio homem, de seus compromissos, passa pelo reconhecimento comunitário da pessoa e da sua dignidade ética, mas também assume implicações normativas, conseqüentes desta recompreensão e reconhecimento. Trata-se, nas palavras de Castanheira Neves, de uma “exigência de fundamento”, exigência essa que, enquanto expressão de uma *ratio*, manifestação de um sentido, ou de um valor, ou de um princípio transindividuais, está implicada no postulado do sujeito ético e na intenção de um social compromisso prático em que a racionalidade não advém de um teórico universal sistemático, mas por uma prática fundamentação

³⁰ Ibidem, p.15 e 32.

normativa material. Sob esta ótica, o direito não se reduz a simples objeto normativo para uma determinação estritamente racional, tampouco a mero instrumento ou meio de um heterônomo finalismo funcionalmente eficiente, mas um “axiológico-normativo fim em si – ele próprio um valor na validade que exprime”. Trata-se daquilo que Castanheira Neves designa por “consciência axiológico-normativa da consciência jurídica geral da comunidade histórico-cultural”.³¹

Assume-se o direito como “uma resposta culturalmente humana ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social” sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas sim com a historicidade e a condicionalidade de toda a cultura.

O direito não é, portanto, um dado, um “descoberto” pela “razão teórica”, mas, antes, é constituído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela “razão prática”. E mais: não trata simplesmente do resultado normativo de uma *voluntas* orientada por um finalismo de oportunidade ou a mera expressão da contingência e dos compromissos político-sociais, haja vista que a prática jurídica (decorrente também de uma prática histórico-cultural) convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos fundamentantes de uma certa cultura numa certa época.

Recusa-se, assim, a lei como critério jurídico para a decisão concreta, eis que se exige uma autônoma constituição da solução jurídica – não se identifica nem se esgota no texto legal. Este é o núcleo da concepção jurisprudencialista, que, acredita-se, muito poderá contribuir para o repensar do direito processual civil, rompendo, assim, com as resistências hoje detectadas à função preventiva do poder judicial, da jurisdição, e à reformulação do papel do juiz.³²

³¹ Neste sentido, ver: CASTANHEIRA NEVES, António. A revolução e o direito. In: *Digesta*, v. 1, op. cit., p. 51-239 (em especial p. 208-222); _____. Justiça e direito. In: *Digesta*, v. 1, op. cit., p. 241-286 (em especial p. 274-284) e _____. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 35.

³² CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, op. cit. e CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.35-36.

A consequência, claro, é uma indeterminação normativa que vai exigir: primeiro, uma determinação de índole dogmática a que são chamadas as normas legais, com a complementaridade da reelaboração doutrinal e dos contributos jurisprudenciais (um sistema normativo) e, segundo, uma índole de mediação judicativa a realizar-se na concreta problematização dos casos decididos (um problema prático). É exatamente a dialética entre o sistema e o problema concentrados no objetivo judicativo de realização normativa que desenha a racionalidade jurídica do jurisprudencialismo – racionalidade esta atenta à intenção de justeza material em relação ao problema (numa perspectiva substancialista), sem, contudo, ignorar a intenção de concordância normativa (que não se resume ao texto legal, mas o transcende, para alcançar os princípios normativos).

Assim, o alargamento e aprofundamento da experiência problemática, enquanto experiência também histórica, não causa estranheza, mas, antes, a angústia do estranhamento,³³ para falar com Heidegger. A mudança permanente nos horizontes de expectativa do homem está implicada em novas intenções que, através de novos problemas e novos sentidos às respostas, vão sendo assumidas, demarcando a capacidade hermenêutica do direito. Não se admite uma sobrevalorização do sistema que se traduza no axioma de que os problemas a emergir serão unicamente aqueles suscitados tal qual idealizados. Ou seja, o direito não é um dado, ou um objeto, mas, antes, um problema – um “contínuo problematicamente constituendo”. Exatamente por isso cumpre a ele ultrapassar o jurídico positivo e, como dito, recusar o texto de lei como critério jurídico para a decisão concreta. Isso implica um diálogo problemático entre a norma (enquanto normativa solução abstrata de um pressuposto problema jurídico tipificado) e as exigências normativas específicas do caso decidendo compreendido autonomamente. Há, portanto, inevitavelmente uma mediação judicativa a que o intérprete (o julgador concreto-judicativo) será chamado e – veja-se – de que será o responsável.

Assim, o jurisprudencialismo assume o paradigma da jurisdição centrado no juízo e não na subsunção lógico-dedutivista ou na simples decisão. Juízo esse que não se identifica com um qualquer raciocínio lógico, mas que, antes, realiza o sentido prático de julgar. É um juízo da ponderação prática, de índole prático-argumentativa, que assume

³³ Segundo Heidegger, a “angústia é a situação emotiva capaz de manter aberta a contínua e radical ameaça que sai do ser mais íntimo e isolado do homem”. Diante da angústia, Heidegger afirma haver duas soluções: ou o homem foge para a vida cotidiana, ou supera a angústia, manifestando seu poder de transcendência sobre o mundo e sobre si mesmo (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II, op. cit.).

como critério fundamentos³⁴ – ou seja, um juízo que, mediante uma ponderação argumentativa racionalmente orientada, convoca posições divergentes e conduz a uma solução comunicativamente fundada. É preciso alertar, no entanto, que o argumento não é, nesta perspectiva, uma premissa, não se trata de uma proposição pressuposta de uma inferência necessária. Se assim fosse, estaríamos-nos conduzindo para a mera subsunção lógico-dedutiva. Trata-se, portanto, de juízos axiológico-normativamente críticos sobre o objeto problemático de resolução, cuja principal função social está na afirmação de valores em seu concreto cumprimento. Assim, para o jurisprudencialismo, a perspectiva normativa é imanente e o seu tempo é o presente (não o passado, como na perspectiva legalista, nem no futuro, como na perspectiva funcionalista), sendo indispensável o juiz e a sua responsabilidade ética de projeção comunitária. O papel a ser assumido pelo juiz, nesta quadra, não é o de mero funcionário, servidor passivo do legislador ou simples burocrata, mas daquele que assume para si uma responsabilidade ética, que constitui o direito como expressão humana. É esse juízo que importa considerar para uma revisão do direito processual civil e de seus compromissos ideológicos.

Não há como desviar-se da perspectiva filosófico-fenomenológica para compreender a situação problemática do direito hoje, especialmente no que se refere às insuficiências do direito processual civil e os obstáculos à construção e à compreensão da jurisdição.

É nesta trilha, parece-nos, que o garantismo processual encontra terreno fértil para firmar-se, ganhando forças para digladiar-se com o ativismo judicial. O garantismo processual (civil) que ressurge a partir da década de 90 do século passado, numa tentativa de recuperar a propriocepção da jurisdição, concentra-se na figura do juiz, no papel do juiz, atribuindo-lhe – em oposição ao ativismo judicial – uma posição mais moderada, com poderes limitados na atividade probatória e no impulso processual, enaltecendo-se o princípio do dispositivo.

³⁴ Esses fundamentos não são considerados como premissas ou como efeitos, mas fundamentos propriamente dito, ou seja, fundamentos em que a normatividade do sistema da validade se manifeste e se determine, como bem refere Castanheira Neves (CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 41).

Para melhor delinear a questão, um olhar sobre os CPC/1939, o CPC/1973 e o novo CPC/2015 poderá comprovar nossa hipótese acerca da perda de propriocepção da jurisdição brasileira, bem como sinalizar para a reafirmação do garantismo processual e sua oposição ao ativismo judicial. A celeuma pretende problematizar os compromissos ideológicos do direito processual, o papel do juiz e das partes na relação processual, a dimensão constitucional da jurisdição; bem como o sentido das “garantias constitucionais” do e no processo, com destaque à ampla defesa e ao contraditório. Para Adolfo Alvarado Velloso, o garantismo processual, que reforça a importância do devido processo legal, “é uma posição doutrinária firme (= aferrada) quanto à manutenção da irrestrita vigência da Constituição e, com ela, da ordem legal vigente no Estado, de modo que tal ordem se adéqüe com plenitude às normas programáticas dessa mesma Constituição. Em outras palavras, os doutrinadores que assim entendem não buscam um juiz comprometido com certas pessoas (= grupos de pessoas) ou coisa distinta da Constituição, mas sim um juiz que se empenhe em respeitar a todo custo as garantias constitucionais”³⁵. Assim como os contornos do ativismo judicial restam nebulosos, também os contornos do garantismo processual merece ser aclarados para que nossa hipótese seja confirmada e sinalize-o como elemento necessário para refundação da jurisdição e do processo, culminando em terapia possível para o problema da propriocepção da jurisdição.

³⁵ “El garantismo procesal”, em *Activismo y garantismo procesal*, p. 145.

5 REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”**: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Rio de Janeiro: Editorial Labor do Brasil, 1976.

OLIVEIRA JR., José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SACKS, Oliver. **O homem que confundiu sua mulher com um chapéu e outras histórias clínicas**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria geral do estado**.

STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.

TARUFFO, Michele. “Racionalidad y crisis de la ley procesal”. In: **Doxa: Cuaderno de Filosofía del Derecho**, n.22, 1999.

WEBER, Max. **Economía y sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. 10. ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1994.