XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

JEAN CARLOS DIAS

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

JEFERSON DYTZ MARIN

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quaisforem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Jean Carlos Dias; José Alcebiades de Oliveira Junior; Jeferson Dytz Marin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

UNISINOS

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Integram este livro os artigos apresentados no Grupo de Trabalho Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I do XXVII Congresso do CONPEDI, que se realizou de 14 a 16 do mês de novembro de 2018, na UNISINOS, cidade de Porto Alegre – Estado do Rio Grande do Sul.

Os trabalhos apresentados enquadram-se, portanto, na pesquisa a respeito das Teorias Justiça, da Decisão e Argumentação Jurídica, e são representativos da produção acadêmica nacional, visto que seus autores estão ou foram vinculados à Programas de Pós-graduação em Direito sediados em várias regiões do Brasil.

Os textos agora reunidos, em torno de 12 escritos, são bastante ricos pois abrangem diversas estratégias teóricas de abordagem, ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo, nacional e internacional, apontando para a relevância dos temas e sua atualidade.

Nesse sentido, teceremos breves comentários sobre aqueles que foram realmente apresentados no dia 15, neste GT e nesse grande XXVII Conpedi. Em primeiro lugar, Lorraine Queiroz e Paulo Ricardo Braga Maciel, em seu texto "O incidente de resolução de demandas repetitivas e a construção participada do mérito dos precedentes", analisam, com base no pensamento de Habermas, as possíveis limitações democráticas do procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, tal como previsto no atual Código de Processo Civil. Em segundo lugar, o texto intitulado "O Sentido dos Direitos Fundamentais", escrito por Marcelo Cacinotti Costa e Vinicius de Melo Lima, abordou o conceito de direitos fundamentais em Jorge Miranda, tecendo dura crítica à modulação dos efeitos temporais da decisão, prerrogativa concedida ao STF, que se entende arbitrária. Logo a seguir, em um terceiro momento, tivemos a apresentação do trabalho "Desenvolvimento sustentável e liberalismo de John Rawls", escrito por Amanda de Souza Gonçalves e Versalhes Nunes Ferreira, e que em síntese tratou-se de uma instigante tentativa de aproximar a equidade rawlsiana para o embasamento de um tema tão caro a todos nos tempos atuais, a sustentabilidade. Na sequência, em quarto lugar, foi apresentado o tema da "Derrotabilidade das regras jurídicas", por Gisele Santos Cabral, e que investigou, a partir do pensamento de Herbert Hart, a hipótese de que as normas jurídicas possam ter a capacidade

de acomodar exceções de incidência, isto é, possam ser derrotáveis. Em quinto lugar, assistimos "O Processo Judicial como discurso Jurídico", apresentado por Paula Ferla Lopes, e que tratou das relações entre o Discurso Jurídico e o processo judicial, buscando suas aproximações e identificações. O tema do "Direito Social a moradia e a efetividade das políticas públicas", veio a seguir, em sexto lugar, escrito por Lais Rizardi e Ednilson Donisete Machado e nos trouxe a sempre atual discussão sobre as prestações positivas dos Estados Sociais em nossas realidades tão desiguais. Em sétimo lugar, Rafaela Brandão de Sá e Ana Cláudia de Pinho Godinho examinaram a configuração dos Estados Latino-Americanos como plurinacionais sob o enfoque das concepções de justiça encampadas por Nancy Fraser, em especial, quanto às exigências de representação e seus desdobramentos no pensamento da autora, no texto "Justiça Social e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano: diálogo entre a concepção de Justiça Social em Nancy Fraser e as bases do Estado plurinacional". Em sequência, já na oitava apresentação, tivemos "O Juspositivismo e a atividade jurisdicional na atualidade", de Ricardo Pinha Alonso e Fernanda Mendes Sales Alves, e que por sua vez repôs a grave problemática da atividade jurisdicional no mundo complexo de hoje, realizando críticas as várias escolas que tratam do tema, sobretudo quanto aos seus intérpretes e aplicadores. Como nono trabalho assistimos "Crise da Legalidade e concretização da Justiça na Realidade brasileira", de Andreia Azevedo de Lima Wada e Francisco Cardozo Oliveira, texto que enfrentou a crise da legalidade, sob a perspectiva de Ludwig Wittgenstein, tendo como teórico o autor de Tractatus Logico-Philosophicus, de 1922, que exerceu profunda influência no desenvolvimento do positivismo lógico. Mais tarde, as ideias por ele formuladas a partir de 1930 e difundidas em Cambridge e Oxford também impulsionaram um outro movimento filosófico, base do artigo, a denominada "filosofia da linguagem comum" ou "ordinária". Como décimo trabalho, presenciamos "A análise do Efetivo Exercício da Jurisdição no Estado democrático a partir da fundamentação dos votos proferidos pelo STF na decisão ADI 5501 MC/DF", de Jéssica Duque Cambuy, que examinou a ADI 5501 sob a perspectiva da crise jurisdicional e da constatação da insuficiência de instrumentos que assegurem uma jurisdição democrática. "Constituição, Epistemologia e Decisão Judicial: a necessidade de construção de um modelo normativo de fundamentação do juízo de fato", nos chegou por obra de Angélica Mota Cabral e Gabriela Pimentel Pessoa como décimo primeiro tema, e que cuidou da decisão judicial, construindo uma análise epistemológica, com aferição, ao final, da necessidade de uma mudança paradigmática. Por fim, como décima segunda e última apresentação dos autores presentes, retornamos ao tema da derrotabilidade, sobre o qual o prof. Anizio Pires Gavião Filho e Alexandre Prevedello no texto "Derrotabilidade normativa", refletiram a respeito do alcance das exceções de incidência normativa e sua possível aplicação ao campo dos princípios jurídicos.

De modo que, como se vê, a diversidade, sem fuga do tema geral proposto por este GT acerca das Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I, foi, assim, um dos pontos altos dos debates ensejados pelas apresentações dos temas, demonstrando, pois, a qualidade da pesquisa nacional aqui representada, o que, indiscutivelmente, nos leva a recomendar a todos os interessados na área, a leitura deste livro.

Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Centro Universitário do Pará - CESUPA

Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin - Universidade de Caxias do Sul - UCS

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS e Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI de Santo Ângelo

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CRISE DA LEGALIDADE E CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA NA REALIDADE BRASILEIRA

CRISIS OF LEGALITY AND CONCRETIZATION OF JUSTICE IN BRAZILIAN ENVIRONMENT

Andreia Azevedo de Lima Wada [1]
Francisco Cardozo Oliveira [2]

Resumo

O presente artigo trata da relação entre a crise da legalidade e a concretização da justiça na realidade brasileira, no contexto de superação da ideia de direito subjetivo pelo de situação subjetiva. A analise procura evidenciar o modo como a crise da legalidade reduz o potencial de ampliação de direitos e titularidades, ao mesmo tempo em que o problema da justiça acaba restrito a aplicação do direito penal e da punição dos desviantes. O método da pesquisa foi dedutivo, bibliográfico. A justificativa reside na compreensão dos limites do nosso sistema jurídico para assegurar a ampliação de liberdades e de direitos.

Palavras-chave: Justiça, Direito subjetivo, Crise legalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The present article is about the relation between the crisis of legality and the realization of justice in the Brazilian environment, looking through the idea that subjective right overcome the subjective situation. This analysis outlines the way how the crisis in legality diminish the potential increase of rights and ownership, at the same time the problem of justice ends restricted to the application of criminal law and the punishment. The methods applied in this research were bibliographic and deductive. The justification lays in the comprehension of our juridic systems limitations in order to ensure the application of rights and freedom.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justice, Subjective right, Legality's crisis

---

[1] Advogada. Mestre em Derecho de Daños pela Universitat de Girona/Espanha. Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania do Unicuritiba. Méd. Veterinária /PUC-PR. Esp. Vigilância Sanitária. Esp. Clinica Médica e Cirúrgica Animais.

[2] Doutor em Direito/ UFPR. Mestre em Direito/ UFPR. Juiz de Direito – TJPR. Professor da EMAP. Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA.

INTRODUÇÃO

Investiga-se no presente artigo a relação entre crise da legalidade e concretização da justiça na realidade brasileira. No atual contexto social e jurídico brasileiro, desloca-se o eixo de imputação de direito; ao mesmo tempo em que a lei perde legitimidade, em face do desgaste político do parlamento, ganha protagonismo a atividade jurisprudencial dos tribunais. Consolida-se a compreensão de que o texto da lei, sem a intermediação interpretativista dos tribunais, não se revela apta para assegurar a titularização de direitos subjetivos.

A noção de direitos subjetivos ganha uma perspectiva mais fenomenológica dependente dos desdobramentos das formas de vida em sociedade. Em razão da atividade jurisprudencial dos tribunais, a questão da justiça deixa de estar diretamente atrelada à legitimidade da lei ampliando-se a necessidade de esforço teórico para a elaboração dos fundamentos de uma teoria da justiça.

O objetivo do artigo é estabelecer os contornos da relação que pode ser estabelecida entre crise da legalidade e efetividade da justiça na realidade brasileira.

Justifica-se a análise em face da crise de legalidade e de representação que ameaça o parlamento brasileiro, ao mesmo tempo em que a aposta na ampliação de direitos mediante atividade jurisdicional dos tribunais se revela limitada.

Coloca-se como problema do artigo o seguinte: A crise de legalidade produz efeitos na concretização da justiça na realidade brasileira?

Para enfrentar o problema proposto a análise do texto se divide em três etapas; a primeira trata da critica da noção de direitos subjetivos na visão da virada linguística; a segunda analisa a redução dos espaços de consensos na atualidade e a força da lei para mediar os conflitos sociais; na terceira a análise gira em torno da efetividade da justiça na evolução da sociedade brasileira, em face das questões levantadas nas anteriores.

Adota-se o método dedutivo, com apoio bibliográfico.

1. CRÍTICA DA NOÇÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS NA VISÃO DA VIRADA LINGUÍSTICA

A noção de direitos subjetivos tem como pressuposto uma concepção de ordenamento jurídico estruturado em torno da lei; daí a correspondência entre direito objetivo

e direitos subjetivos. Os direitos subjetivos, assim são entendidos por retratarem a condição de cada indivíduo a ter o livre arbítrio levando a satisfação de suas aspirações segundo suas escolhas; esta vontade seria inerente a sua existência como ser humano, sendo amparado por preceitos legais trazendo garantias necessárias para a implementação do direito a ser concretizado.

De todo modo, acabou prevalecendo no direito moderno e consequentemente no direito brasileiro uma concepção abstrata de imputação de direitos subjetivos, que não considera a realidade da pessoa em sociedade. Nesse sentido, o conceito de direito subjetivo segundo Reale (2001, p. 262) "*é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio*" (grifos no original). Em outra passagem ele afirma o seguinte:

> Direitos subjetivo, no sentido específico e próprio deste termo, só existe quando a situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida a exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem. O núcleo do conceito de direito subjetivo é a pretensão (Anspruch), a qual pressupõe que sejam correspectivos aquilo que é pretendido por um sujeito e aquilo que é devido pelo outro (tal como se dá nos contratos) ou que pelo menos entre a pretensão do titular do direito subjetivo e o comportamento exigido de outrem haja certa proporcionalidade compatível com a regra de direito aplicável à espécie. (2001, p. 261)

Quase no mesmo sentido sobre direito subjetivo Tércio Sampaio afirma o seguinte:

> é um fenômeno *objetivo*, que não *pertence* a ninguém socialmente**,** que é um dado cultural, composto de normas, instituições, mas que, de outro lado, é também um fenômeno *subjetivo*, no sentido de que faz, dos sujeitos, *titulares* de poderes, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relações (grifos no original). (1995, p. 146)

O próprio Ferraz Junior ressalta que "o direito subjetivo nada mais é do que essa garantia conferida pelo direito objetivo a qual se invoca quando a liberdade é violada". (1995, p. 149).

Como se observa, a concepção de direito subjetivo, embora se refira à titularidade de direitos não está voltada para dar conta do modo como na vida em sociedade os direitos são exercidos. Em relação a essa limitação, a virada linguística vai permitir uma compreensão mais abrangente do modo como se efetivam os direitos na vida da pessoa em sociedade.

Segundo Lenio Streck (2008, p. 50) "o século XX mostrou-se generoso para com o direito e a filosofia", isso devido ao chamado "giro linguístico" ou virada linguística, chamada por ele de "revolução copernicana", que representou um importante marco do desenvolvimento da filosofia ocidental ocorrido durante aquele século, cuja principal característica foi a relação entre a filosofia e linguagem.

Com esta ideia, passou-se a defender uma unidade entre o pensar e o falar sem a imposição de um ato reflexivo a priori. Assim, o foco das investigações filosóficas passou a direcionar-se para a linguagem. Antes não se via desta forma, pois a linguagem estava restrita a um papel secundário ou instrumental em face da metafísica clássica e moderna.

> A linguagem passa a ser vista como aquilo que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo, de modo que essa mesma linguagem é necessariamente fruto de um processo de comunicação envolvendo uma relação de intersubjetividade, isto é, onde antes havia uma relação sujeito/objeto instaura-se uma relação sujeito/sujeito. Além disso, a própria linguagem começa a ser compreendida como elemento de mediação das interações existentes na sociedade. (QUINAUD, 2008, p. 201)

Dworkin (1999, p. 41) lembra que, no campo jurídico, ainda são muito difundidas as compreensões semânticas em suas múltiplas formas – é o caso do positivismo jurídico e da escola do Direito Natural. Segundo ele,

> [...] as teorias semânticas pressupõem que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes sejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do direito. Essas teorias divergem sobre quais critérios os advogados de fato

> compartilham e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam. [...] As teorias semânticas mais influentes sustentam que os critérios comuns à verdade das proposições jurídicas passam a depender de certos eventos históricos específicos. Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas.

Outro importante idealizador da virada linguística foi Wittgenstein; a partir das ideias presentes em seus primeiros trabalhos ele ressalta que os problemas filosóficos surgem da falta de compreensão da lógica da linguagem, e posteriormente levanta a discussão com relação aos jogos de linguagem. Ele trouxe uma nova visão à compreensão do Direito como elemento da vida em sociedade.

O convívio em sociedade gera conflitos interpessoais, pois os interesses são vistos em muitas ocasiões de maneira pontual, ou individualista privatizando o problema e trazendo ao interesse do direito privado dando ênfase ao princípio da autonomia da vontade. Emerge a necessidade de compreender a titularização de direito nos desdobramentos da realidade social. Nesse sentido, Lopes lembra Gadamer e afirma,

> Gadamer ressalta o papel essencial da linguagem no âmbito da sua teoria hermenêutica, pois constitui a mediação total da experiência do ser, "é assim que a linguagem passa a ser – historicamente – a estrutura ontológica desse ser histórico que é o homem, ser dialógico por natureza". A linguagem é primariamente o mundo interpretado pelo homem, é o acontecimento interpretativo da realidade. A lingüística oferece o meio de universalizar nossa razão histórica, estética ou jurídica, isto é, o meio de aceder a uma teoria geral da interpretação. (LOPES, 2000, p. 108)

A pessoa que formula um juízo de certa situação tem determinadas concepções da realidade, dadas suas associações com o significado de suas experiências levando-o a interpretarem a situação de acordo com uma pre-compreensão. Este fato pode ser considerado

virtual, pois seu juízo é desenvolvido a partir da concepção de mundo que sua estrutura linguística tem mediante a qual ele vê e interpreta as vivências materiais.

Desde a perspectiva linguística estrutura-se a crítica da noção de direitos subjetivos. Segundo Miaille "a teoria do abuso de direito vem, com efeito, relativizar os direitos subjetivos no sentido de estes não serem poderes absolutos em proveito do seu titular, mas terem os seus limites nos direitos de outrem e mais precisamente no fim social que lhe foi implicitamente conferido". (2005, p. 145)

Apesar deste direito ser inerente ao sujeito e não uma criação simples e pura da lei, ele tem algumas limitações que provém da lei, segundo Villey (2009, p. 712) "conferir limites ao direito só pode proceder da lei", e vale ressaltar que "[...] direito é esse resto de liberdade que a lei não cortou". Isso não significa, de acordo com Ross (2007, p. 211),

> [...] um individualismo desenfreado e não é a antítese do caráter social de todo ordenamento jurídico. Significa apenas que precisamos por considerações que produzem o bem estar da comunidade, julga-se desejável – claro que dentro de certos limites – proporcionar ao indivíduo a possibilidade de liberdade de ação.

E continua,

> Assim a formulação, para nós hoje habitual "tenho o direito de...", é impossível, impensada no direito antigo. O cidadão romano dirá "as regras de direito permitem-me...". Desde logo o que nós chamamos um direito subjetivo não existe enquanto tal: ele é confundido com a acção(*sic*), ou melhor, apenas a acção (*sic*) perante o juiz é reconhecida. (MIAILLE, 2005, p. 150)

Como se observa a crítica da noção de direitos subjetivos se articula, em um primeiro momento, desde a perspectiva de estabelecer limites à atuação da pessoa de modo a preservar o espaço de socialidade. Mas a crítica também avança para alcançar o caráter existencial da titularidade de direitos. Como descreve Perlingieri (2007, p. 121) "no ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade". E é neste sentido que o direito subjetivo tem sua importância, visto que, o mais importante do que ser titular do direito, seria a situação jurídica

que este direito dará ensejo, partindo da ideia que, ao ser titular dele, a aplicação perante uma situação concreta caracterizará sua efetividade, bem como o surgimento de deveres, obrigações e ônus. E continua Pietro Perlingieri "é nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional" (2007, p. 121).

Revela-se, portanto, os limites da noção de direitos subjetivos ligados à tutela de interesses individualistas cuja crítica se articula para formular a concepção de situação subjetiva que, na visão de Pietro Perlingieri, pretende alcançar a complexidade da vida social e o caráter relacional do exercício dos direitos. De todo modo, a liberdade de exercer o direito segundo a concepção de cada indivíduo esta atrelada diretamente a sua conformidade com as regras, do contrario o interesse não será nem reconhecido nem tão pouco tutelado, como destaca Perlingieri (2007), não fosse assim surgiriam duas figuras, "o abuso da situação subjetiva e o excesso de poder".

Em síntese, a crise da noção de direito subjetivo, vista desde a perspectiva linguística coloca a necessidade de conceber a titularização de direitos na perspectiva relacional e no contexto da vida em sociedade, o que a um só tempo redimensiona o papel da lei no ordenamento jurídico, cujo sentido não pode mais ser intuito desde um ponto de vista abstrato.

2. LIMITAÇÃO DE CONSENSOS E A LEI COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Não apenas a noção de direitos subjetivos se revelou limitada para dar conta da regulação jurídica dos direitos e titularidades. A própria lei como elemento estrutural do ordenamento jurídico passou a ser questionada.

De modo específico no Brasil, o papel da lei na regulação da vida em sociedade tem sido questionada desde uma perspectiva de crise de representação, que retira confiança da ação parlamentar no Poder Legislativo, até uma perspectiva mais técnica e dogmática que

assinala a passagem na elaboração do sentido da lei desde o Poder Legislativo para o Poder Judiciário. Estaria em causa formas de judicialização da vida, em que o sentido da lei não deriva tanto da legitimidade do parlamento, mas do exercício interpretativo dos tribunais, à luz do caso concreto.

Conviria verificar o modo como a lei é questionada, do ponto de vista dogmático, tomando de início os fundamentos da teoria dos sistemas, que se propõe explicar o funcionamento das sociedades tecnológicas da pós-modernidade.

As sociedades contemporâneas são complexas e paradoxais; geram atritos, limitações e regramentos, que muitas vezes geram instabilidades. Considerada a evolução da sociedade moderna, a própria modernidade se revela paradoxal, conforme, inclusive assinala Max Weber ao tratar da ética, da ação e da conduta, em meio â consolidação da economia capitalista e sua defesa de domínio tecnológico da natureza em benefício da produção de bens pelas empresas (2004). Tornou-se necessário, reduzir complexidade e assegurar a estabilidade possível em face dos conflitos em torno da evolução social.

Do ponto de vista da teoria dos sistemas, no que diz respeito ao papel da redução de complexidade, Niklas Luhmann afirma que,

> O sistema tem a capacidade de apresentar uma variedade suficiente para responder, ponto por ponto, à imensa possibilidade de estímulos provenientes do meio. Assim, o sistema requer o desenvolvimento de uma disposição especial para a complexidade, no sentido de ignorar, rechaçar, criar indiferenças, enclausurar-se em si mesmo. Por isso, surgiu a expressão redução de complexidade, no que se refere à relação do sistema com o meio, mas também consigo mesmo, principalmente quando se tratava de compreender as instâncias de racionalidade, as agências de planejamento localizadas dentro do próprio sistema (2010, p. 178-204).

A partir dessa noção, Luhmann desenvolve a premissa de que a questão da complexidade envolve elemento e relação; na medida em que aumentam os elementos implicados no sistema aumentam também as possibilidades de relações, o que acarretaria a necessidade operativa de seleção. A diferenciação dos sistemas contribuiria para reduzir o potencial de conflitos e assegurar estabilidade ao processo de evolução social, na medida em

que os sistemas diferenciados sejam capazes de reduzir complexidade que, de forma mais objetiva, significaria operar a seleção de elementos e diminuir as possibilidades de relações de forma vantajosa para o conjunto da vida social.

Dentro dessa premissa, o sistema jurídico pode atuar para reduzir complexidades operando, ao mesmo tempo, o fechamento necessário à estabilidade do ordenamento jurídico e abertura para assimilar pautas de valores e de reivindicação por direitos vindos da realidade social. Daí a relação entre sistema jurídico e sistema social em que sobressai a questão da linguagem, conforme enfatiza Niklas Lumann,

> Como sistema social e como realização da sociedade, as operações do sistema jurídico têm características que se efetivam não apenas no sistema do direito. Isso vale para todas as características que competem à comunicação como tal, por exemplo, a atualização do sentido e a possibilidade de compreender a diferença entre ações de comunicação e informações: vale especialmente para o mecanismo do acoplamento estrutural de comunicação e consciência e para o ato de captar a atenção, aplicando-se, portanto, à linguagem. À medida que o sistema do direito se utiliza da linguagem para comunicar, ele está sempre a comunicar possibilidades de associação fora do sistema jurídico. A imprensa pode informar sobre novas leis e sentenças. Questões legais podem ser objeto de conversas do dia a dia. Se é verdade que o sistema do direito não pode falar com a sociedade como sistema, seus limites para com a comunicação são permeáveis. É por isso que se pode também entender, apreender e assimilar internamente o que na sociedade foi dito sem levar em consideração o direito. O sistema jurídico pressupõe simplesmente que a comunicação funcione e que seja entendida ou mal entendida, podendo provocar aprovação ou rechaço. (2016, p. 74-75).

O direito pensado como sistema aparece como forma de garantia de manutenção da estabilidade indispensável à convivência em sociedade em face da mobilização de interesses na busca pela efetividade de direitos e garantias. Por outro lado, na medida em que o sistema jurídico se comunica pela linguagem é pela linguagem que ele interage com o sistema social.

Mas a linguagem no direito não possibilita apenas a comunicação; ela estrutura o sentido e o significado da normatividade das regras jurídicas. Assim, na proporção em que a

sistematização do direito acaba colonizada por outros sistemas como o econômico ou o político, a tendência é que a operatividade do sistema se veja limitada.

Parece ser esse o problema em torno da lei e da legalidade na realidade do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, Marcelo Neves ressalta que,

> O fetichismo da lei no Brasil é unilateralista, funciona como mecanismo de exclusão social. Dirige-se, normalmente, aos subintegrados. A interpretação legalista é normalmente aplicada àqueles que não se encontram em condições de exercer os seus direitos, mesmo que estes sejam "garantidos" legal e constitucionalmente. Trata-se de falta de acesso ao direito e, por conseguinte, de "exclusão" social. Em regra, as respectivas pessoas e os grupos sociais correspondentes só são considerados pelo legalismo unilateral quando entram em contato com o sistema a seu desfavor, ou seja, como culpados, réus, condenados, presos etc. não como detentores de direitos. Os indivíduos estão subordinados rigorosamente às prescrições coativas, mas não têm acesso aos direitos. A rigidez legalista, parcial e discriminatória, contraria a própria legalidade, que implica a generalização de conteúdos e procedimentos da ordem jurídica em termos isonômicos. (2006, p. 254-255).

Em decorrência desse legalismo unilateral, Marcelo Neves sustenta que no Brasil ocorre uma divisão entre os sobreintegrados, aqueles que gozam de todas as titularidades possibilitadas pelo ordenamento jurídico, e os subintegrados, aqueles que não alcançam os direitos de que deveriam ser titulares.

Em face dessa divisão que marca a desigualdade social e econômica no Brasil, reduz-se o consenso em torno do potencial da atuação da lei na solução dos conflitos inerentes a evolução social. Consequentemente, a lei perde eficácia. O resultado é que os consensos possíveis acabam se restringido, segundo Mario Barcellona, às regras de mercado (2006) o que, muitas vezes, pode potencializar os conflitos ao invés de dar-lhes solução.

Não bastasse essa limitação, também contribui para reduzir o potencial de eficácia da lei à crise de representação, que abre oportunidade para formas de judicialização da política e da vida. Por força da judicialização, o sentido da lei passa a depender da atividade jurisdicional dos tribunais e não mais do parlamento. A mediação política dos conflitos sociais, que antes se dava pelo debate parlamentar no processo de produção da lei, transfere-

se para os tribunais. Ocorre que a forma jurídica do contraditório não se mostra suficientemente apta a dar conta da complexidade dos conflitos sociais e políticos que reclamam solução. A tendência é que o desgaste da crise de representação se reproduza em relação ao Poder Judiciário em face do déficit de efetividade da justiça.

3. EFETIVIDADE DA JUSTIÇA E OS IMPASSES DA EVOLUÇÃO SOCIAL NO BRASIL

A relação entre a premissa de situação subjetiva que coloca em evidência o caráter existencial dos direitos e a crise da legalidade permite objetivar os impasses para a efetividade da justiça comprometida com a evolução social na realidade brasileira. Esta situação exige considerar o alcance de uma teoria da justiça, em um primeiro momento, e os impasses para a efetividade da justiça, na sequência.

Nesse sentido Ross formula uma concepção positivista de justiça (2007, p. 25) diz ele que justiça "é a ideia do direito, de onde surgem questões fundamentais acerca do teor e argumento do principio de justiça; acerca da relação entre justiça e o direito positivo; acerca do papel desempenhado pelo princípio de justiça na legislação, na administração do direito e assemelhados".

Bobbio (2010, p. 147), no entanto, deixa claro que "a única consequência desagradável da violação de uma norma moral, seria o sentimento de culpa, um estado de desconforto, de perturbação, talvez de angústia, que na linguagem da ética é chamado de "remorso" ou "arrependimento"". Ainda o autor entende que o que para uma pessoa pode ser justo para a outra pode ser injusto.

Por teoria da moral ele entende "ser um conjunto de argumentações ordenadamente elaboradas que têm uma finalidade de dar a uma moral uma justificação racional que, de maneira comum, deve ser tal que convença os outros a aceitá-la" (BOBBIO, 2016, p. 218).

Considerando a ideia do positivismo no que tange a justiça, Bobbio (2016, p.137) atribui "ao direito existente um valor positivo, pelo simples fato de existir, independentemente de qualquer consideração acerca de sua correspondência a um ideal", conferindo assim à

norma positiva a noção de justa pelo fato desta emanar de uma vontade dominante que é destinada a conquistar de "certos fins desejáveis, como a ordem, a paz, a certeza e, em geral a justiça legal".

> Isso significa dizer que os juristas, os jogadores do "jogo jurídico-argumentativo", reconhecem o sentido e a possibilidade de um valor de verdade para os seus argumentos perante os tribunais. Tal atitude é mais típica e idealmente constatável na posição do juiz, visto que este, em razão de sua neutralidade institucional e de sua pressuposta ausência de interesse material na demanda, age mais claramente segundo sua convicção jurídica. (MACEDO JUNIOR, 2014, p. 211)

A questão da justiça está intimamente ligada com os valores morais. O homem age de acordo com o direito porque as relações sociais ao qual está inserido o obriga a isso, provocando um sentimento de agir de acordo com o meio para que assim possa ser aceito como parte do todo. Com isso Maliska (2001) entende que "as normas da moral, dos costumes e da religião sofrem grande influencia sobre as pessoas, sendo, até mesmo, por vezes, mais eficazes que as normas jurídicas". Ainda o mesmo autor continua o raciocínio no sentido de entender que essas normas morais "constituem uma ordem nas associações humanas; têm a tarefa de coagir os indivíduos a observar esta ordem", e "todas as normas sociais, sejam elas jurídicas, morais, religiosas ou outras, tem sua força coativa".

Assim, pode-se compreender os sentidos da justiça restritos ao texto da lei ou ligados a valores morais.

Mas a justiça também assume pautas de igualdade e distribuição de bens e direitos. A sociedade busca como forma de justiça a ideia de igualdade; como diz Ferraz Junior (1995, p. 352) "como princípio da justiça, a igualdade aparece, pois, como um código identificador do equilíbrio na distribuição de bens nas relações sociais".

> Inicialmente deve ser afastada toda e qualquer concepção de que se trata de "igualdade de fato". O princípio da igualdade surge exatamente como instituição destinada a neutralizar as desigualdades no âmbito do exercício dos direitos. Nesse sentido é que se fala de "igualdade de direito". Considerando-se o conceito de Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que se trata de igualdade jurídico-política. Deve-se acrescentar,

> contudo, para evitar, de um lado, ilusões e, de outro, críticas ideológicas fundadas na sobrecarga do princípio, que este não aponta para a igualdade conteudística de direitos e poder dos indivíduos e grupos. O princípio refere-se antes à integração ou acesso igualitário aos procedimentos jurídico-políticos do Estado Democrático de Direito. (NEVES, 2008, p. 166-167)

O direito busca concretizar por intermédio das leis a igualdade, em face das desigualdades experimentadas na vida em sociedade. Na medida em que não se realiza a Constituição (no sentido de não prover saúde a todos, educação adequada, dentre outros), ocorre o bloqueio à satisfação das necessidades básicas das pessoas, com o consequente aumento de conflitos e violência.

Conforme assevera Neves (2008, p.167-168) "o principio da igualdade só se realiza enquanto viabiliza nas diversas esferas autônomas de comunicação o respeito recíproco e simétrico às diferenças". E ainda relatando o pensamento de Luhmann, a "igualdade sem desigualdade não tem sentido – e vice versa. Se o igual deve ser tratado igualmente, o desigual tem de ser tratado como desigual".

Nesse sentido, Ferraz Junior (1995, p. 351) aponta que,

> A observação nos faz ver que, abstração feita do problema da universalidade e racionalidade do conceito de justiça, nenhum homem pode sobreviver numa situação em que a justiça, enquanto sentido unificador do seu universo moral, foi destruída, pois a carência de sentido torna a vida insuportável. Ao menos nestes termos existenciais é de se reconhecer que a justiça confere ao direito um significado no sentido de razão de existir. Diz-se, assim, que o direito deve ser justo ou não tem sentido a obrigação de respeitá-lo. Ou seja, a perda ou a ausência do sentido de justiça é, por assim dizer, o máximo denominador comum de todas as formas de perturbação existencial, pois o homem ou a sociedade, cujo senso de justiça foi destruído, não resiste mais às circunstâncias e perde, de resto, o sentido do dever-ser do comportamento.

A partir destas concepções, pode-se sustentar que quando os indivíduos de uma sociedade anseiam por justiça o que na realidade podem estar dando ênfase é a uma justiça disfarçada de conceitos morais, com o objetivo de isolar o indivíduo que moralmente foi excluído do rol daqueles que seguem as normas do restante da comunidade.

Na realidade brasileira, em face da crise da legalidade e da privação de direitos pela maioria da população, observa-se uma redução da questão da justiça a aplicação do direito penal. O encarceramento acaba sendo a medida de evolução da vida social; aumentar a forma de punição parece ser o incentivo para a submissão das pessoas a figuras autoritárias e a restrição de direitos. Isso porque, o que realmente satisfaz e deixa a sensação de realização da justiça muitas vezes é a prisão. Encarcerar alguém nada mais é do que retirar do meio de convivência social aquele que desvirtuou sua atitude e ofendeu a sociedade. Porém o custo real desta atitude vai além dos resultados esperados e almejados pelo constituinte, quando criou as penas. Tendo uma visão realista do nosso sistema carcerário fica evidente que este tipo de pena não consegue alcançar o resultado almejado. Muitas das vezes as penas aplicadas não passam de atos de justiciamento, sem a observância do devido processo legal e o direito ao contraditório, bem como a ampla defesa garantidos pela Constituição.

O sistema de justiça no Brasil se deixa influenciar pela mídia que reduz o problema da efetividade da justiça à aplicação de penas a condutas desviantes.

A redução da efetividade da justiça à aplicação do direito penal bloqueia a evolução social na medida em que coloca em plano secundário a ampliação da titularidade de direitos. O direito deveria resolver as desigualdades da vida real, pensado no nível pragmático com relação aos direitos fundamentais e buscar ampliar as liberdades levando em conta os vários contextos de necessidades da pessoa em sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Colocou-se como problema a investigação entorno da relação que pode ser estabelecida entre crise da legalidade e efetividade da justiça na realidade brasileira.

A critica da noção de direito subjetivo conduziu a uma compreensão do caráter existencial dos direitos. Contudo, a ampliação de direitos na realidade social e jurídica brasileira parece encontrar seus limites em face da crise da legalidade que reduz o potencial de consenso em torno do sentido da lei ao mesmo tempo em que transfere para o Poder Judiciário a tarefa interpretativa do alcance dos direitos e das titularidades. Ocorre que a forma jurídica, que se apoia no contraditório como forma de busca da verdade e de solução de

conflito, se mostra limitada para enfrentar a complexidade das exigências postas pelas desigualdades da vida em sociedade.

A crise da legalidade esta no sentido de que as leis muito embora existam, não suprem a real necessidade da vida em sociedade; sendo a vida um ato dinâmico, e o direito estático, a forma de suprir tal lacuna acaba recaindo sobre o Poder Judiciário no ato de julgar as demandas, o que traz consigo outro problema, que e necessidade de legislar em determinadas situações aumentado as incertezas em torno da realização dos direitos de forma igualitária.

A síntese conclusiva caminha na direção de evidenciar que a redução de consensos em torno do sentido da lei, no caso da situação brasileira, provoca uma redução de maior potencial disruptivo, que é a redução da justiça a aplicação do direito de penal. A justiça se reduz a punição dos desviantes enquanto resulta obscurecido o papel do sistema jurídico de ampliar direitos e titularidades e reduzir as desigualdades sociais nos termos do prometido pela Constituição de 1988. O saldo na realidade social é paradoxalmente o aumento da violência e do desrespeito.

REFERÊNCIAS

BARCELLONA, Mario. Critica del nichilismo giuridico. Turim: G.Giappicheli Editore, 2006.

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. São Paulo: Unesp, 2016.

_____. Teoria Geraldo direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. (Coleção Direito e Justiça) Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito Técnica, Decisão, Dominação. 2º ed. São Paulo: Atlas S.A., 1995.

LOPES, Ana Maria D´Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 145, p. 101-112, jan./mar. 2000.

LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. 2.ª ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

_____. O direito da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Do xadrez à cortesia. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich Aporte para uma Reflexão Atual sobre Pluralismo e Constituição. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2001.

MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito. 3 ed. Tradução Ana Prata. Lisboa: Editora Estampa Ltda, 2005.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Pulo: Martins Fontes, 2006.

_____. A Constituição Simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PEDRON, Flávio Quinaud. O Giro Lingüístico e a Auto-compreensão da Dimensão Hermenêutico Pragmática da Linguagem Jurídica. Vox Forensis. Espírito Santo do Pinhal, n. 1, v. 1, p. 199-213, jan./jun. 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de : Maria Cristina de Cicco. 3 ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. Lições preliminares do direito. 25º ed. 2º tr. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. 2º ed. São Paulo: Edipro, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição Concretizada Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 97, p. 33-70, jan./jun. 2008.

_____. Hermenêutica e Ensino Jurídico em Terrae Brasilis. In: CARLINI, Angélica; CERQUEIRA, Daniel Torres de; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. 180 anos do Ensino Jurídico no Brasil. Campinas: Millenium Editora, 2008.

VILLEY, Michel. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

WEBER, Max. Economia e sociedade – fundamentos da sociologia compreensiva. São Paulo: Editora UNB, vol. 2, 2004.