

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Simone Letícia Severo e Sousa, Pedro Augusto Gravatá Nicoli – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-130-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

No volume ora apresentado, os artigos produzidos para o Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido em Belo Horizonte em novembro de 2015, constituem um testemunho histórico do atual momento do processo e da jurisdição no Brasil e em escala global. Seja como técnica, campo do saber jurídico, zona de vivências e arena para o entrecruzamento de demandas sociais das mais variadas ordens, o processo foi problematizado à luz de uma premissa que emerge do conjunto dos textos: a ideia de acesso efetivo à justiça. Tal acesso, aqui, é tomado de forma materializada, em seu sentido substancial, reconectando a dimensão jurídico-processual com seus fins últimos e com os caminhos (e descaminhos) de seu alcance. Como instrumento de realização de direitos e garantias fundamentais, resulta da leitura dos textos uma reinvenção necessária dos sentidos últimos do processo.

Para tanto, a dimensão principiológica do processo é compreendida como repositório dos valores mais caros à realização da justiça, não apenas como idealidade, mas como concretude no e pelo processo. A ocasião da edição do novo Código de Processo Civil brasileiro torna ainda mais oportuno o momento reflexivo e convida a situar o processo numa crise estabelecida na função jurisdicional. O alto índice de litigiosidade, o congestionamento processual e os entraves materiais e formais a uma prestação de mérito e exequível tornam tal retomada de fundamentos uma necessidade premente. E, diante dessas condições, a criatividade das análises produzidas sinaliza possíveis rotas de avanços.

É o caso do conjunto de reflexões em torno da ideia de cooperação processual. Concebida como medida de racionalização sistêmica do processo (e não como quimera a sublimar os conflitos e desconsiderar a posicionalidade das partes), a cooperação desenha seus conteúdos concretos, em deveres das partes, de seus representantes e do juiz. O imperativo constitucional da razoável duração do processo, consectário processual da ideia de justiça em si, torna as análises das formas jurídicas de cooperação, mais uma vez, uma necessidade. Talvez se desenhe ali um efetivo princípio jurídico, a contar das proposições de alguns dos trabalhos deste volume, em reconhecimento a uma densidade normativa própria, um dever de cooperar. O caráter adversarial do processo, contudo, não é pura e simplesmente mascarado, mas se faz acompanhar de um dever de lealdade processual que se engaje, em suas dimensões sistêmicas, com a própria realização da justiça.

É o mesmo cenário a alimentar a rica reflexão em torno das demandas repetitivas, da coletivização do processo e da expansão das possibilidades de precedentes judiciais. Aqui, a jurisdição é instada a um exercício de autoanálise que exponha cruamente as arestas da idealização de um livre convencimento motivado em isolamento, como espaço mítico de redenção jurídico-processual. A percepção de que as decisões judiciais interagem de maneira permanente e dão corpo à jurisdição como exercício, invariavelmente supera a imagem de um julgador isolado na prática de função meramente técnica.

A figura do juiz, aliás, merece espaço destacado nos textos produzidos. Submetida ao conjunto das análises constitucionais e políticas que as últimas décadas legaram, a função jurisdicional é posicionada de maneira crítica nas matrizes do Estado Democrático de Direito. Poderes e prerrogativas na condução do processo são recolocados em interação com seus sentidos materiais. As complexidades de um itinerário simplificador que move o juiz de um autômato técnico a um ativista processual são desnudadas, instando o processo a compreender melhor a posição de um de seus atores determinantes. E compreendê-la de forma mais democrática, sensível a impactos sistêmicos, ciente de limitações e propositiva.

O quadro se completa com análises concretas de momentos processuais chave. A execução e o alcance patrimonial ganham uma centralidade na reflexão que se compatibiliza com a importância concreta que têm.

A conclusão, em resumo, não poderia ser outra. O vigor do processualismo brasileiro mesmo diante de um quadro aterrador de crise na entrega da prestação jurisdicional (ou até mesmo por ele) se renova. O conjunto dos artigos aqui apresentados é prova da necessidade de difusão do engajamento da reflexão jurídico processual para que, como propôs Amartya Sen, se possam remover injustiças concretas e diárias. Para que se chegue a um processo que contribua para a superação dos privilégios, da desigualdade, que se compreenda criticamente e se alimente, quase que de maneira obcecada, sua razão de ser: o acesso material, integralizado, maximizado à justiça.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Pedro Augusto Gravatá Nicoli

Professor Adjunto da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Concluiu Pós-Doutorado (2015) junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com bolsa

CAPES/PNPD. Esteve em temporada de pesquisas junto ao Collège de France, como parte de um programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior, com bolsa da CAPES. Foi pesquisador visitante na Organização Internacional do Trabalho, no Instituto de Estudos Avançados de Nantes e na Universidade de Estrasburgo.

Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Pós-Doutora em Direito pela UFSC; Doutora em Direito pela UFPR; Advogada e Professora Universitária; Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande RS; Professora da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público POA-RS.

Profa. Dra. Simone Letícia Severo e Sousa

Possui graduação em Letras pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (1997), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (2000). Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil (2001). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca (2003). Foi professora no curso de Direito FADIPA-UNIPAM (2001-2008). Doutora em Direito Público. Foi professora substituta do curso de Direito da UFMG (2008). Atualmente é coordenadora do curso de Direito da Unifenas/BH Universidade José do Rosário Vellano. Coordenadora do Curso de pós-graduação (lato sensu) Novas tendências do Direito Civil e do Direito Processual Civil (Unifenas BH).

O ORDENAMENTO JURÍDICO E SUA RELAÇÃO COM O PODER E A ECONOMIA NO ATUAL CENÁRIO BRASILEIRO. INSTRUMENTALIDADE A PRIORI E RACIONALIDADE A POSTERIORI

THE LAW AND ITS RELATIONSHIP WITH POWER AND THE ECONOMY IN THE CURRENT BRAZILIAN SCENARIO. INSTRUMENTALITY A PRIORI AND A POSTERIORI RATIONALITY.

Bruno Augusto Sampaio Fuga

Resumo

O ordenamento jurídico e sua relação com o poder no atual cenário brasileiro, bem como a utilização de racionalidade a posteriori por parte do julgador e instrumentalidade a priori do legislador e do Executivo, é o tema do presente artigo. O objetivo é apresentar uma breve evolução histórica do direito e do Estado, os aspectos do Poder, as formas de Estado e de sua atuação com a origem da população. Seguimos apresentando a utilização do ordenamento jurídico como meio de organização, ou seja, uma instrumentalidade a priori e a evolução de um Estado Liberal para um Estado Social, com significativas alterações nos aspectos legais e sua forma de atuação. Prosseguimos com as crises mundiais, em especial a crise de 1929, as alterações impostas pelo pós-Segunda Guerra Mundial (declínio do positivismo jurídico) e também dos avanços advindos dos anos 90 (globalização). Ainda sobre crise, discorreremos sobre a crise de 2008 e suas consequências, além da crise europeia com os altos custos de um Estado Social. Procurou-se fazer um paralelo entre o direito e o econômico e traçar um atual cenário jurídico após essas evoluções. Diante dessas relações de poder e a crise da tripartição dos poderes, demonstramos também uma ascensão do Poder Judiciário podendo ser denominada como protagonismo judicial ou, para alguns, ativismo judicial. Esse protagonismo tem reflexos na discricionariedade judicial, na gestão ativa de processos, na inflação legislativa por parte do Legislativo e Executivo (medidas provisórias), no uso do processo como estratégia do poder, na judicialização da política e na criação de súmulas vinculantes. Apresentamos também estudos de casos e considerações sobre justiça. Justifica-se o presente estudo na medida em que o poder, o cenário jurídico contemporâneo, o protagonismo judicial, a economia e o direito, as formas de atuação do Estado (Estado Liberal ou Estado Social), são temas recorrentes no estudo dos operadores e estudiosos do direito, assim como esses questionamentos apresentam grande influência no estado democrático de direito, na segurança jurídica e temas afins.

Palavras-chave: Adequada técnica processual, Instrumentalidade a priori, Racionalidade a posteriori

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian Legal system and its relation with the power in the current Brazilian scenery, and also the use of a posteriori rationality of the judge and the priori instrumentality of the

legislator and of the Executive, is the theme of the present study. Its goal is to show a brief historical evolution of the Law and the State, the Power aspects, the forms of State and its acting with the origin of population. The next step is to present the use of Brazilian Legal System as a form of organization, that is, a priori instrumentality and the evolution from Liberal State to Social State, with significant changes in the legal aspects and in its form of acting. Furthermore, we carry on with the world crisis, especially the one of 1929, whose changes imposed by the end of Second World War (the decline of legal positivism) and also the advances which came with the globalization in 1990. Still considering crisis, it is discussed about the 2008 crisis and its consequences, the European crisis with its high costs of a Social State. A parallelism was done between the economy and the Law and besides that, it was drawn a legal scenery after the these evolutions. Regarding these relations of power and the crisis of the power tripartism, we also showed that an ascension of Legal Law can be named as the legal protagonist or, for some, legal activism. These role has some reflexes in the Judicial Discretion, in the active management of processes, in the legal inflation of the Legislative and Executive (provisional measures), in the use of process as a strategy of power, in the legalization of politics and in the creation of binding overviews. Some case studies and considerations about justice were showed. This research is justified because the power, the contemporary legal scenery, the judicial role, the economy and the Law, and the forms of acting of the State (Liberal and Social) are current themes in the study of operators and Law scholars. Thus as these inquiries show great influence in the democratic state of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Processing adequate technique, A priori instrumentality, A posteriori rationality

INTRODUÇÃO

Questão importante para um processualista é saber qual a adequada técnica processual, pois processo está diretamente ligado à efetividade; logo, estudar ou procurar saber qual a adequada técnica processual é de grande importância. Dizemos técnica processual em sentido amplo: limites da discricionariedade, prazos, poderes conferidos ao julgador, flexibilidade procedimental, normas de caráter aberto, processo, procedimentos e temas afins.

Propusemo-nos ao estudo da *adequada técnica processual e os limites de poder discricionário*, tema que acreditávamos ser o pilar para construção do processo civil (ledo engano).

Com os estudos de Nelson Nery Junior (2010) e Kazuo Watanabe (2012), identificamos que a crise do processo não é apenas do processo (sistema positivado). É de toda uma estrutura, de captação de profissionais, de estrutura física, da grande quantidade de ações e, principalmente, do Estado como grande litigante, ou seja, quem deveria procurar a solução em tese é o maior litigante.

Identificamos que o problema do processo não é o processo em si, mas sim o *poder*. Sobre o tema lembramos a palestra do professor Marinoni¹ acerca do *novo CPC*, afirmando que o problema não é o código de processo, a letra da lei, o problema seria mais complexo. Fácil foi identificar que o cerne da questão não é a letra da lei, não é o disposto em tinta e impresso em um código, a origem da crise é outra.

Identificamos como pano de fundo um processo utilizado com estratégias do poder, mas não somente um processo, e sim a Lei utilizada como estratégia do poder. Foi então em Foucault que encontramos fundamentos para afirmar que o poder é difuso, logo não é possível o Estado se apropriar dessa ordem para impor certos interesses. Criado estava o tema.

Estudos e estudos até identificar que no ordenamento jurídico, não somente nele, mas no Estado como um todo, há uma instrumentalidade *a priori* e uma racionalidade *a posteriori*². Diante dessa cena o tema estava finalmente delimitado.

¹ Congresso de Direito Processual - Desafios do Novo Processo Civil e Penal. 2010, Curitiba/Pr.

² Necessário neste momento adotar um **pacto semântico** no presente artigo. Adiante trataremos o termo *a priori* e *a posteriori* com o conteúdo e propósito descrito no artigo. Portanto, quando fizermos referência a estes termos, estaremos fazendo referência ao ordenamento jurídico e, principalmente, ao conteúdo posto no final do artigo. Essas referências não trarão ligações com a teoria do conhecimento, empirismo ou assuntos afins, ficando, portanto, limitado ao nosso problema central e nosso tema. O presente artigo é também uma síntese do livro a ser publicado no ano de 2015 pelo mesmo autor.

Há a criação da lei, que não é pura apenas com discussões de justiça em planos metafísicos. Há sim um jogo de poder, interesses, grandes grupos, discussões éticas, econômicas e temas afins. O legislador tem um fim desejado na edição da lei e, para isso, denominamos instrumentalidade *a priori*. Essa instrumentalidade pode estar diretamente ligada ao poder (que é difuso), hipótese que será analisada no estudo.

Há também a racionalidade *a posteriori* que seria o *movimento* da sentença ou decisões judiciais para adequar determinados fins pretendidos. Ou seja, por meio da interpretação, normas de caráter aberto e discricionariade, poderá o julgador sofrer influência do poder que é difuso e, assim, adequar a tutela jurídica para determinado fim, que poderá ser de macrojustiça, de fins econômicos, midiáticos e temas afins.

Dentro desse cenário identificamos que a economia tem papel fundamental nos aspectos do poder e também do direito, às vezes até em linhas tênues. As crises mundiais descritas construíram nossa forma de agir, de legislar e julgar. A crise de 1929 demonstra o fim do liberalismo clássico, com preocupação de garantir direitos fundamentais por parte dos julgadores, inclusive com maior participação do governo da economia. O pós guerra de 1945 é marcado pela abertura principiológica e necessidade de utilizar uma jurisprudência dos valores por parte dos julgadores. Na crise mundial de 2008 fica evidente a falta de regulamentação do mercado e o fim da neutralidade do Estado, ou seja, maior necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico. A crise Europeia é a crise do bem-estar social, com seus altos custos, sendo importante leis condizentes com a nova situação e julgados também neste sentido (adiante iremos aprofundar sobre esta questão).

Ainda neste contexto contemporâneo é de fácil constatação que há um protagonismo judicial, reflexo desse do jogo do poder. Como o plano é mais pragmático, pretendemos demonstrar algumas decisões de casos paradigmáticos para identificar eventual ativismo e, principalmente, traços de racionalidade *a posteriori*. Com esse jogo de poder e suas influências, que será identificado pelo leitor no decorrer da leitura, é impossível não pensar em *o que é justiça*. Não em um plano metafísico ou filosófico, mas com este cenário, em uma visão pragmática, o que se tem feito para ter justiça e o que é justiça?

Destaca-se que a formulação da problemática da presente tese é presente na medida que questionamos se há uma instrumentalidade *a priori* e uma racionalidade *a posteriori* no atual ordenamento jurídico e, com a análise de casos concretos, como isso se manifestaria. Outra problemática presente é a relação do poder com o ordenamento jurídico, bem como se há uma pura e adequada técnica processual no ordenamento para melhor solução dos conflitos e, se não há, qual o motivo da sua não existência.

O estudo é justificado pois o tema é recorrente no âmbito jurídico e com grande influência no devido processo legal e acesso à justiça, institutos esses de fundamental importância no direito e na estrutura do Estado.

Tivemos desde o início como objetivo verificar a influência, bem como a existência ou não da adequada técnica processual no devido processo legal, bem como os reflexos do poder neste sistema. Pesquisamos, portanto, o direito, o poder, a economia, as crises mundiais e os reflexos do protagonismo judicial. Apuramos considerações sobre justiça e o estudo de casos diante destes questionamentos.

A metodologia aplicada foi a *hipotético-dedutiva*, pois se inicia levantando e analisando os problemas apresentados para alcançar as hipóteses. Deste modo, seguimos com o estudo do presente artigo e, na sequência, o direito e o poder e a relação de complementaridade.

1. DIREITO E O PODER

O direito tem clara relação com o poder: *o direito despido de poder é impotente, e o poder privado de referência jurídica se converte em pura força ou arbítrio* (REALE, 1998, p.230). O poder é também atributo indissociável da vida humana e, conseqüentemente, do direito. Ele, o poder, produz mudanças sociais da dinâmica social, motivos pelo qual dedicamos particular estudo sobre o tema.

Um avanço significativo na evolução histórica para pintar os contornos de um mundo moderno que viria a surgir, foi o fim do regime feudal³, pois assim iniciaram as regras para o desenvolvimento de uma sociedade. Em especial também temos o fim da monarquia e a imposição de limites do poder real. Com isso a lei passa a ser necessária como instrumento de poder para organização.

As técnicas de poder surgem com o nascimento da população por volta do século XVI, não é somente o indivíduo a preocupação do *Estado*, mas sim a população como um todo.

A **racionalidade** por meio da legalidade surge neste contexto de fim de ordens impostas por suposto poder divino e o surgimento das cidades. O direito passa a ser um procedimento necessário para governabilidade. Neste contexto temos também codificações legais e o surgimento das Constituições propriamente ditas.

³ Regime feudal pode ser situado entre os séculos X e XIV [...] (PALMA, 2011, p.212)

Domina-se a população por meio da legalidade, por meio do direito. Principalmente após a Revolução Francesa, pois proibia-se a interpretação judicial da Lei, presente assim um sistema vertical de poder, tendo a Lei no topo da pirâmide.

Entramos, contudo, em uma época em que o sistema jurídico positivo não mais consegue tutelar e dar legitimidade para as ações do Estado. Para Foucault (2014:99) é necessário libertar-nos da imagem de *poder-lei*, do *poder-soberania*, lembra ele, inclusive, que o poder é difuso.

Ferdinand Lassalle (1933) aponta que a Constituição é a soma de fatores reais de poder dentro de uma sociedade e que neste cenário o papel da economia é essencial no governo. Que a verdade é formada por várias múltiplas coerções e que o direito é formado por grande influência desse poder.

Alguns doutrinadores afirmam que o Direito tem forte influência da política, chegando a uma *politização absoluta*, outras, mais amenos, afirmam apenas uma forte influência (GUERRA FILHO, 2013, p. 111). Inquestionável, porém que o poder não é algo unitário ou absoluto, é difuso (FOUCAULT, 2014a, p.15), multifacetado (NUNES, 2012, p. 260), é algo que circula (FOUCAULT, 2014a, p.285).

Necessário, desde modo, estudar quais são esses reflexos do poder, qual a evolução histórica desse contexto e as principais influências para o nosso ordenamento jurídico e mundo contemporâneo.

2. CRISES MUNDIAIS

O estudo das crises mundiais é de significativa importância, pois desenharam a forma de estrutura do atual contexto mundial, assim como qualquer crise atual influenciará o futuro. A crise de 1929, por exemplo, é a crise do liberalismo clássico e, com ela, temos um fim do capitalismo selvagem. A base para o Estado intervencionista é fruto de ações governamentais implementadas nos Estados Unidos após esse período. Passaram a aceitar a participação do governo na economia e o Estado exerce novas funções. Com essa abertura a Corte passa acolher os *new human rights*.

A crise, ou o pós-Guerra de 1945 é caracterizada pelo declínio do positivismo clássico. Após a grande catástrofe são repensadas as implicações morais e, principalmente nas palavras *jus*, *recht*, *diritto* ou *droit* (HART, 2009:269). Nesta época desmoronaram todos os padrões jurídicos, então necessário repensá-los (ARENDDT, 2004:118). Surgem significativas alterações no ordenamento jurídico da Alemanha, por exemplo, com amplo sistema de

direitos fundamentais e centralidade na dignidade da pessoa humana, o Estado passa a ser o grande agente do atendimento das necessidades de toda a população.

A crise de 2008 foi a maior crise desde a depressão de 1929 (colapso da Bolsa de Nova York). Teve início pela falta de regulamentação no mercado financeiro, ficando evidente que a falta de regulamentação dos mercados é perigosa. Traz ela essa nova característica supranacional e reflexos dos aspectos positivos e negativos de intervenção do Estado no domínio econômico.

A crise europeia é, ao contrário das outras, a crise do Estado Social. O Estado presente após a crise de 1929, 1945 e 2008, principalmente em políticas públicas, entra em crise (crise do bem-estar social). Ocorre que este Estado tem altos custos sendo, portanto, insustentáveis.

Percebe-se claramente importantes alterações na forma de Estado e, conseqüentemente, na *forma de agir* do ordenamento jurídico, pois deve ele acompanhar o quadro social. Tivemos uma crise do Estado Liberal, depois uma crise do sistema positivista e depois uma crise do Estado não intervencionista na economia. Recentemente também, ou ainda estamos tendo, na Europa a crise do Estado Social.

O Estado Liberal puro, hoje poderemos apurar, não é possível, assim como um sistema positivismo sem valores ou um Estado Social, pois seus custos são elevados.

Com as crises podemos entender seus reflexos e compreender o atual cenário mundial. Temos um Estado Social, porém preocupado com a balança econômica (pelo menos deve estar) e não há um liberalismo clássico, todavia ainda há características liberais. Por fim, não adotamos um positivismo sem uso de princípios, valores e interpretações, todos estes institutos estão presentes em nosso ordenamento jurídico, e muito presente.

3. DIREITO, ECONOMIA E CENÁRIO MUNDIAL

A ligação do direito com a economia é notória e o estudo de grande importância. A economia estuda o emprego de recursos escassos com o fim de obter o melhor resultado possível (SOUZA, 2014, p.2). O direito, não é de forma diferente, pois tenta tutelar a organização desses bens escassos, dar ordem, impor tutela e sanção devida pelas infrações legais.

Há doutrinadores que afirmam, inclusive, que o direito é mero reflexo da movimentação econômica. Godoy (2014), sobre o tema e no início de seu artigo destaca que

enquanto a infraestrutura de economia determinar os nichos de superestrutura, o direito será mero reflexo da movimentação econômica.

O direito, por exemplo, é necessário em um sistema jurídico para adequar o mercado, as formas de organização empresarial, de concorrência e financiamento, o sistema fiscal e institutos afins. Tem o direito propósito de dar segurança e previsibilidade aos negócios, tem ele a missão (ou pelo menos deveria ter) de identificar a norma jurídica mais eficiente do ponto de vista econômico.

A vida, a partir do momento que interferimos nas leis naturais, conforme aponta Faria, pode ser modificada como ela é para como deve ser (FARIA, 2012:249/280). Há a possibilidade de um Estado intervencionista, com base legal, escolher quais são os fins econômicos necessários dentro da sociedade, campo este claramente ligado aos fins de justiça.

A economia é fator importante e o direito, neste sentido, também tem grande papel para atender esses fins, no entanto a dificuldade surge quando demonstramos que quanto maior o poder decisório dos economistas, menor a certeza jurídica, eis que respondem esses juristas às consequências de uma razão econômica. O tema, portanto, é possuidor de complexos questionamentos.

Não adotamos uma visão reducionista do direito à economia. O direito tem e deve ter grande preocupação com fins econômicos, mas não em uma visão estritamente econômica. O contrário, porém, é perigoso, e muito perigoso, pois o direito não pode estar alheio aos fins econômicos.

Em um estado de crise do Estado Social (crise europeia), por exemplo, não pode o ordenamento jurídico em sua **instrumentalidade a priori** continuar a produzir normas que elevam o gasto social e suas despesas inerentes. Assim como também não pode a racionalidade *a posteriori* continuar a manter precedentes que elevam o gasto público, é uma clara necessidade de racionalização diante do novo contexto social. O direito deve, portanto, acompanhar essas mudanças.

A instrumentalidade *a priori* é, inquestionavelmente, importante por ser instrumento de transformação social, daí a clara ligação do direito com a economia. O direito não é, portanto, apenas para harmonização de conflitos e à legitimação do poder, pois tem papel fundamental na implementação de políticas públicas tanto em sua instrumentalidade *a priori* quanto em sua racionalidade *a posteriori*.

A crítica, porém, bem presente é diante desse cenário o direito passar a ser apenas função *longa manus* da intervenção político social. Ou seja, ao invés do direito vislumbrar os benefícios de sua ligação com a economia, verificar que essa ligação pode ser melhor

utilizada para estratégias de poder, estratégias de governabilidade (presença esta, ao nosso ver, bem marcante no governo de terra brasileira).

Pode, ainda na crítica apresentada, o fator econômico ser utilizado para fins estratégicos de poder, tanto na instrumentalidade *a priori* quanto na racionalidade *a posteriori*, fato que justifica a atual crise do Judiciário. O perigo, presente na crise, é a racionalidade jurídica ser definida não *a priori*, mas tão-só *a posteriori*.

4. PROTAGONISMO JUDICIAL E CONSIDERAÇÕES SOBRE JUSTIÇA

O protagonismo do Judiciário é fruto também da evolução histórica e é bem presente quando discorremos sobre as crises mundiais. Para garantir direitos fundamentais se fez necessário ampliar o uso de princípios e valores na sociedade, principalmente após a Segunda Guerra, iniciando, assim, os contornos desse atual cenário.

É o juiz, portanto, um protagonista de uma revolução democrática da justiça e, portanto, passa a ser ele uma figura importante para quadros econômicos e políticas públicas. Verificamos esse comportamento principalmente após Constituição de 1988. Destaca-se que mesmo após sua vigência houve um período de pacifismo judicial, vindo a alterar esse perfil com o decurso do tempo e mudança de ministros. Ao contrário da Alemanha o Brasil não tem uma revolução, mas sim uma evolução.

A discussão é latente e após longos anos de pacifismo, o protagonismo entra em ascensão, com algumas discussões, inclusive, fervorosas pela defesa irrestrita de poderes para o Judiciário, ao nosso ver perigosa. Assim como a neutralidade é perigosa, pois faz do legislador um superpoder, o protagonismo irrestrito também é perigo, pois faz do Judiciário também um superpoder, podendo ele ser utilizado para estratégia do poder em suas versões de racionalidade *a posteriori*.

Uma jurisdição politizada compartilha a responsabilidade pelo uso da violência e transforma o juiz em justiceiro, torna a justiça politizada podendo ela aproximar-se do marketing das opiniões.

Necessário, ao nosso ver, um estudo de procedimento adequado, não afastando o uso de valores, de princípios, pois conforme afirmou Dworkin, pode o soberano fazer uso da boa fama das leis para impor seus interesses. Para evitar isso, portanto, necessário se faz um processo substancial, um juiz com poderes, mas não irrestrito, ou um juiz Hércules, pois exceto na mitologia, não há messianismo.

Neste cenário do protagonismo do Judiciário, surgem algumas vertentes que separamos para análise, são, ao nosso ver, consequências e, portanto, necessário se fez sua análise.

Primeiro a discricionariedade judicial e as normas com cláusulas abertas. Importante contribuição para esta discussão trouxe Hart e Dworkin, pois o primeiro afirmou que deveria o juiz nos casos difíceis julgar com discricionariedade judicial, o segundo afirmava não ser possível, pois deveria o julgador se valer nesses casos dos princípios. Embora com opiniões divergentes, ambos aceitam a possibilidade de interpretação da norma e concordam com a existência de normas de cláusulas abertas (cada qual com suas peculiaridades⁴). Importante destacar que no atual quadro não há um sistema fechado, sem possibilidades para interpretação.

A interpretação é importante para evitar um sistema, por mais irônico que parece, injusto. Compete ao Judiciário resguardar os *direitos naturais*⁵, ou evitar que tiranos que se beneficiem da boa fama da lei para implantar seus interesses. A possibilidade de um sistema aberto para aplicação de princípios é, portanto, essencial em qualquer cenário de justiça. Resguardamos, porém nossa preocupação com poderes irrestritos, o ativismo judicial irrestrito, esse deve ser combatido, pois poderá ser tão maléfico quando o positivismo em sua forma clássica.

Deve-se respeitar, em suma, conforme aponta Eros Grau (2011), o direito posto e o direito pressuposto de uma sociedade. Já afirmamos que com a simples lógica não atingimos a verdade, erro este do positivismo que deve ser afastado.

A gestão ativa de processos também foi ponto de apoio do protagonismo judicial. Questionamos apenas as implicações de gestão ativa de um processo por parte do juiz, pois demanda maior gasto e produtividade por parte do magistrado, este que na relação processual é o que tem menos conhecimento sobre o caso se comparado com autor e réu. O sistema processual de Portugal que permite a flexibilização (princípio da *adequação formal*), o sistema processual inglês, que confere poderes para os juízes e, assim, é possível evitar formalidades ocias ou vazias para determinados casos, ou o sistema processual francês, que permite a *contratualização da justiça*, do processo e dos modos de regramento dos litigantes.

⁴ Para Maiores detalhes, indico a leitura do livro Direito Contemporâneo – Perspectivas. Artigo Direito e Discricionariedade. A discricionariedade do Juiz: discussão entre Dworkin e Hart. Bruno Augusto Sampaio Fuga e Elve Miguel Cenci. Editora CRV, 2013:47/75

⁵ Sobre o tema ler: DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica) ou DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977/1978.

Outro tema em destaque é a inflação legislativa. Quanto mais o legislador, ou quanto mais o Estado cria normas, ironicamente, maior a possibilidade de discricionariedade por parte do julgador. Ao nosso ver tem isso ligação com a microfísica do poder, com o caráter aberto, com a própria linguagem e com o poder. Não deve o Estado, portanto, se apoiar totalmente em uma instrumentalidade a priori para seus fins.

Quando mais complexo o sistema jurídico, mais ineficaz ele será. Verificamos isso em assuntos econômicos, onde o Estado tenta impor determinada instrumentalidade para atender seus fins, porém poderá essa instrumentalidade sofrer racionalidade *a posteriori*. A inflação legislativa pode ainda ser fruto das relações de poderes existentes na sociedade, ou seja, leis criadas para atender determinados interesses, fator este que reforça ainda mais o esvaziamento do sistema legal em determinados pontos.

Para Faria a contradição é presente no momento em que quanto mais o Estado legisla, mais acelera o esvaziamento da própria funcionalidade do direito, a ponto do sistema jurídico se confundir com o sistema político. O protagonismo judicial e a discricionariedade criada é, também, fruto dessa *fúria legiferante*.

O processo nesse quadro pode ser uma estratégia do poder. Pode ser tanto em sua instrumentalidade *a priori*, quanto em sua racionalidade *a posteriori*. A norma, por exemplo, que tenta interferir na ordem econômica-social, é estratégia do poder, assim como a norma editada para atender determinados fins ou instituições. O Direito posto é um instrumento de dominação de classe e, com isso, desmistifica-se a legitimidade.

Dworkin sobre o tema já afirmou na necessidade de reconstrução do direito, pois a racionalidade da decisão judicial não está completa, devido a vicissitudes da política e ao amálgama de razões da legitimidade do direito.

O processo como estratégia do poder poderá dar início ao mesmo círculo vicioso da inflação legislativa, pois poderá implicar mais poder discricionário e, com isso, sua interpretação. A norma como estratégia do poder poderá ser questionada perante o Judiciário, estando, portanto, presente uma das vertentes da crise do Judiciário.

A judicialização da política é a atuação do Judiciário em temas que deveriam ser discutidos no âmbito da política. Não escolhe o Judiciário julgar essas lides, é ele impulsionado para o julgamento, não tendo, nestes casos a princípio o gesto de ativismo. A crítica é que o direito não deve ter essa ligação com a política, não pode ele tentar atender as massas, ser populista, ou seja, não deve fazer o que um político faz, pois poderíamos ter uma inversão de papel perigoso.

É fato que contamos com inúmeros precedentes nestas situações do Supremo realizadas de maneira, ao nosso ver, acertada. Fez ele o que deveria fazer diante da inércia dos outros poderes. Porém não é um movimento que deve ser simplesmente incentivado, não é essa a simples solução para crise atual. O Judiciário não está preparado para atender questões de economia. Streck (2014, p.147), por exemplo, aponta que em São Paulo os gastos da Secretaria Estadual de saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos. Salieta ainda o doutrinador que a politização não é um mal em si, o problema é o ativismo.

A súmula vinculante é o exemplo do processo como estratégia do poder em sua clara instrumentalidade *a priori*. Embora necessário no contexto mundial e em determinadas lides, a decisão judicial que tem caráter concreto e passa a ser de caráter abstrato, podendo o julgador interpretar sua própria decisão.

Último ponto indicado sobre o protagonismo judicial é o Estado como grande litigante. O Estado é responsável por aproximadamente 60% dos processos em trâmite (NERY JUNIOR, 2010). Tem ele, portanto, interesse na instrumentalidade *a priori* e também na racionalidade *a posteriori*. É, portanto, maléfico o ente que legisla ser o grande litigante.

A grande quantidade de litígios implica problemas econômicos, falta de investimentos, altos custos, insegurança; ironicamente, quem deveria ser o principal combatente é o principal incentivador. A demora no julgamento em diversas situações é benéfica para o Estado, estando o cenário em terreno perigoso, pois se assim for, encontraremos uma ausência de interesse ou mesmo uma inércia para rápidas alterações.

5. ESTUDO DE CASOS

A grande intenção inicial de separar alguns casos de grande repercussão é deixar evidente na tinta impressa a racionalidade *a posteriori* para atender determinados interesses do poder, as vezes Políticas de Estado, outras Políticas de Governo, porém isto não é tarefa fácil.

A discricionariedade judicial ou as normas de caráter aberto proporcionam isto. Para medir o grau de ativismo judicial não é necessário analisar o mérito da questão, mas sim identificar a possibilidade de utilização do poder por parte do julgador. Então, se assim for, vivemos em alto grau de ativismo. Há em diversos casos grande possibilidade para

interpretação, teses absurdamente diferentes, todavia nenhuma *errada* ou fora do sistema legal.

Julgar com princípios ou com cláusulas abertas proporciona essa liberdade, conforme já afirmado, liberdade boa e necessária, porém perigosa. Pode o processo ser nítida estratégia do poder, pode ele ter clara racionalidade *a posteriori* para atender determinados fins, sem, contudo, poder ser assim identificado. Há uma grave crise para ser objeto de estudo. Verificamos que é possível defender o sistema de cotas em universidades, por exemplo, com o princípio da igualdade e também criticar o sistema de cotas com o princípio da igualdade.

Apuramos que em determinados casos o Estado já entendeu essa manobra e assim faz, ou seja, tenta ganhar uma racionalidade *a posteriori* para determinados fins. É, portanto, um sistema perigoso que desperta necessidade de estudo.

O cenário atual é alto o grau de interpretação das pretensões postas em juízo, o poder verifica isso, pois é ele difuso; se apropriará (já se apropria) e esta manobra é perigosa.

Mutatis mutandis, destacamos o estudo de casos. No **concentre score** (REsp 1.419.697) não há *tinta impressa* com expresse favorecimento de determinado grupo econômico, a questão é pontual, embora ela favoreça a parte forte da relação processual. O Recurso Especial representativo de controvérsia foi o REsp 1.419.697. Entendeu-se pela licitude do sistema *scoring* e o ministro Sanseverino, inclusive, explicou que as empresas que prestam o serviço de *scoring* não têm o dever de revelar a fórmula do cálculo ou o método matemático utilizado. No entanto, devem informar ao titular da pontuação os dados utilizados para que tal valor fosse alcançado na avaliação de risco de crédito.

As **perdas da poupança** não guardam decisão final, no entanto as discussões são travadas em grande parte por questões econômicas, ou seja, procura-se uma racionalidade *a posteriori*: dos consumidores, para punir os bancos e, por parte dos bancos, para não haver grave prejuízos econômicos para o Brasil diante dos altos valores pleiteados.

A Febraban (Federação Brasileira dos Bancos) adota projeção feita pelo Banco Central de estimativa de R\$ 150 bilhões os valores envolvidos nas ações. O Idec (Instituto de Defesa do Consumidor) estima em R\$ 8,4 bilhões, pois exclui R\$ 81,2 bilhões referentes ao Plano Collor 1.

Em entrevista, Antonio Delfim Netto, ex-ministro da Fazenda, à Reuters (Uol Economia) afirmou que a pressão do governo sobre o STF pode ser contraproducente e levar os ministros a decidirem contra o governo. Para ele, o STF vem tentando mostrar independência em relação ao Poder Executivo e poderia decidir a favor da correção, independentemente dos eventuais desdobramentos econômicos da decisão.

A instrumentalidade *a priori* não foi suficiente para solucionar o tema em questão, necessitando, portanto, argumento de racionalidade *posteriori* do julgador, envolvendo assuntos econômicos por um suposto bem maior (economia do país).

No **Funrural** a mesma discussão, sem decisão, porém discussões sobre valores pleiteados e seus reflexos. Por meio do Recurso Extraordinário nº 363.852, o STF julgou inconstitucional a exigência da contribuição para pessoas físicas do FUNRURAL, determinada pelo artigo 1º, da Lei nº 8.540/92, que alterou a Lei nº 8.212/91. O fundamento da inconstitucionalidade foi a instituição da cobrança por meio de Lei ordinária e não complementar. Estima-se que a derrota possa custar R\$ 13 bilhões aos cofres públicos, isso tendo em vista apenas os últimos cinco anos.

Fundamentou o Procurador Geral da Fazenda Nacional que, com o fim do Funrural, cerca de R\$ 2,5 bilhões por ano deixarão de ser recolhidos aos cofres públicos. Para o procurador-adjunto Fabrício da Soller, a decisão do Supremo vai fazer com que aumente a sonegação na área rural. *Será um enorme impacto no orçamento da seguridade social, que já é deficitário em cinco para um, ou seja, para cada real arrecadado, cinco são gastos com os beneficiários do sistema*, afirma. (JUSBASIL)

Pelo todo já exposto sobre o caso, iremos agora pautar se há estratégia de poder ou instrumentalidade na decisão tendo em vista o disponível no site das decisões publicadas. No Recurso Extraordinário número 596.177/RS temos como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, que reconheceu a repercussão geral da matéria e dentre os fundamentos destacou que *evidencia-se a repercussão econômica, porquanto a solução do caso poderá implicar relevante impacto no orçamento da seguridade social e dos contribuintes do tributo*”.

O andamento processual do recurso ainda contempla o pedido de modulação dos efeitos somente para o futuro por parte da União. O Ministro Marco Aurélio apontou pela inconstitucionalidade, pois somente a Constituição é exaustiva quanto aos fatos que podem dar causa à obrigação de financiamento da seguridade social. Votaram ainda contra o pedido de modulação dos efeitos a Ministra Cármen Lúcia, e afirmou que não há excepcional interesse social e que o Plenário tem *sido extremamente rigoroso no que tange a modulação de efeitos quando se trata do contribuinte, afigurando-se necessário adotar-se critério semelhante quando se trata do Fisco*.

Conclui-se, com a leitura das decisões sobre o caso, que não houve uma racionalidade *a posteriori*, ou fundamentos legais baseados em aspectos econômicos tendo em

vista os altos valores envolvidos. O julgamento se pautou quase unicamente em temas formais.

Nos *Usineiros*, há clara racionalidade *a posteriori*. Há alteração de precedentes previamente conhecidos, há também amplo poder para o julgamento, inclusive para mudança de opinião sem deixar de ser *incoerente* ao sistema legal. Em 2013 o STJ julgou um recurso repetitivo (REsp 1.347.136) sobre o tema e confirmando a jurisprudência de até então, reconheceu que o governo deve indenizar as fabricantes de álcool. Contudo, esvaziaram sua própria decisão, pois obrigaram aos usineiros a comprovação dos prejuízos com o tabelamento.

Até aquele momento havia mais de 40 julgados favoráveis às indenizações no STJ e outros 30 no STF. Essa mudança repentina ilustra o que o Ministro Humberto Gomes de Barros já afirmava em seu voto no AgRg no Recurso Especial 382.736, que nos últimos tempos temos *demonstrado profunda e constante insegurança*, e compara que o STJ tem figurado como o piloto de *banana boat* que tenta derrubar os jurisdicionados⁶.

Programa mais médicos verificamos instrumentalidade *a priori* por meio da medida provisória (MP 621/2013) e racionalidade *a posteriori* para manter sua legitimidade. No ano de 2013, por exemplo, o TRF 5ª Região deferiu o pedido de suspensão da liminar concedida pela Justiça Federal no Ceará (JFCE), que desobriga o Conselho Regional de Medicina daquele Estado (CRM-CE) de promover o registro provisório dos médicos intercambistas que aderiram ao Projeto Mais Médicos para o Brasil.

É nítida a preocupação econômica por meio de uma instrumentalidade *a priori* na elaboração da Lei 8.437 de 1992, quando permite em seu artigo 4º, a possibilidade de suspensão de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

O voto do Ministro Barroso no processo de **desaposentação** (RE 661.256) é um dos maiores exemplos de racionalidade *a posteriori* com fins econômicos e clara manifestação do

⁶ AgRg no Recurso Especial 382.736: “Nós somos os condutores, e eu – Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, com um passageiro daquele voo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há anos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme boia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da boia. Para tano, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da boia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.” Disponível em: ww.stj.jus.br/portal/site/STJ. Acesso em: 17 nov. 2014

poder, além, é claro, de ativismo judicial. Ocorre que Barroso admitiu uma quarta via considerando a mais justa, mesmo reconhecendo que pode estar pisando em terreno do Congresso. Para o ministro a desapontação deve ser permitida sem a devolução dos valores recebidos, mas com o cálculo do fator previdenciário para ser levados em conta a idade e o salário da data da primeira aposentadoria.

Em sua conclusão (STF, REExt 661.256) o Ministro aponta que procurou *produzir uma solução de equilíbrio entre os direitos dos segurados e os interesses fiscais legítimos*. Reconheceu ele que a decisão *é certamente inovadora*.

No caso dos **Precatórios** (*Emenda Constitucional nº 62/2009*), há manifesta racionalidade *a posteriori* na decisão que mesmo considerando inconstitucional o sistema determina a continuidade do que inconstitucional foi considerado.

O **superávit primário** há clara instrumentalidade *a priori*. O projeto de lei convertido em lei (Lei nº.13.053) autorizou, portanto, o governo a descumprir a meta de economia para pagamento de juros da dívida pública de 2014. A meta era de pelo menos R\$ 81 bilhões, mas na prática o governo ficou autorizado até mesmo a fechar o ano com as contas no vermelho. É a instrumentalidade *a priori* para evitar o suposto crime de responsabilidade fiscal. São dois, portanto, os caminhos para o poder, ou a instrumentalidade *a priori* ou racionalidade *posteriori*. Com a boa fama da Lei⁷ e a característica de legitimidade, de grande utilidade é a solução por meio de instrumentalidade *priori* pois como aprovado o projeto de Lei, teoricamente legal é.

Por fim, no processo que julgou o Mensalão (Ação Penal AP 470 STF), a fala do Ministro Joaquim Barbosa após discussão com o Ministro Luís Roberto Barroso, afirmando que as penas pelo crime de formação de quadrilha no julgamento do mensalão foram calculadas para evitar a prescrição. Segundo Joaquim Barbosa: *Foi feito para isso mesmo, ora!*. Exemplo de maior racionalidade *posteriori* não há.

CONCLUSÃO

Surgiu nos estudos o inevitável questionamento sobre o que vem a ser justiça nesse cenário. Se há uma evolução histórica demonstrando que nem sempre o que vivemos no

⁷ Sobre o tema: IORIO FILHO, Rafael Mario e DUARTE, Fernanda (2007:119), asseguram ainda que apesar das disputas internas, os juristas mantêm um acerto de sobrevivência traduzida pelo poder simbólico impostas pelos dominadores; assim cria-se a autonomia baseada essencialmente na crença da neutralidade dos magistrados.

presente é sinônimo de justiça, que há clara ligação entre direito e poder, que o direito tem clara ligação com a economia e o Judiciário é protagonista, qual então o sentido da justiça?

Verifica-se desde o início que não estamos preocupados com considerações metafísicas, mas sim em discutir sobre justiça no plano mais prático, pois democracia não é sinônimo de consenso tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais e da diversidade. Em resumo, o que é possível concluir? Ou melhor, em uma visão pragmática, com essa realidade, como é possível ser justo ou buscar a justiça?

O que motiva o mundo não são as respostas, mas sim as perguntas. Jostein Gaarder (1997), em “Ei! Tem alguém aí?”,² falava que uma boa pergunta é digna de reverência. Não que objetivemos uma reverência, longe disso, mas a pretensão do estudo é questionar, pois resposta para o que vem a ser justiça não temos, assim como essa é uma pergunta provavelmente feita por toda humanidade desde sua existência.

Justiça não é encontrada em um sistema positivista clássico, nem em um sistema sem formalidades mínimas. A formalidade é necessária e é pilar de qualquer processo. A lei não irá prever todas as situações (impossível), deste modo necessário o uso de princípios e valores existentes dentro da sociedade. Ao julgador compete utilizar o poder discricionário, porém não de forma irrestrita, sempre com limites cuidadosamente estabelecidos pelo sistema legal (daí a necessidade de formalidades).

Embora necessária certa tutela sobre o poder, por ser difuso, pode ele assumir temporariamente certa hierarquia, ou seja, pode determinado interessado ter temporariamente um alto grau na hierarquia do poder e, assim, conduzir determinadas mudanças para seu interesse (tanto na instrumentalidade *a priori* quanto na racionalidade *a posteriori*). Então um sistema judiciário que não controla ou tenta controlar essas forças certamente não será justo.

O processo ideológico do contexto em questão deve sabiamente ser analisado, pois o pensamento ideológico, sem alterar a realidade, altera a compreensão e, conseqüentemente, o significado.

A economia certamente pode proporcionar grande contribuição para a justiça. A economia se preocupa com pessoas reais, observando ser difícil crer que pessoas reais poderiam ser totalmente indiferentes ao alcance do autoexame induzido pela questão socrática *como devemos viver?*

A instrumentalidade *a priori* deve ser também vislumbrada em uma visão econômica, assim como a racionalidade *a posteriori*. Não há uma escassez de recursos naturais, humanos ou técnicos, o que falta são direitos previamente determinados e criados para atender esses fins.

Logicamente, há dificuldade em determinar quais são esses fins, religiosos, econômicos, de grandes grupos, das maiorias, das minorias, porém destaca Amartya Sen ainda que a economia pode tornar-se mais produtiva se der uma atenção maior e mais explícita às considerações éticas que moldam o comportamento e o juízo humano.

Contudo, destacamos especial atenção no mundo contemporâneo aos fundamentos éticos para explicar a justiça. Não são os fundamentos éticos uma pedra segura para se lançar e contemplar todos os princípios de justiça, o perigo é definir qual conteúdo ético será esse (conforme já expusemos).

O processo se faz necessário em qualquer sistema legal que discuta justiça, a instrumentalidade *a priori* também. A lei, por sua vez, não acompanha todas as alterações de uma sociedade no decorrer da sua evolução, sendo necessário também em determinados casos a racionalidade *a posteriori*.

A instrumentalidade *a priori* e a racionalidade *a posteriori* quando utilizadas para fins justos, necessários, ao nosso ver são de extrema importância. A dificuldade é encontrada quando utilizadas como estratégias do poder. Até quando utilizados para fins econômicos parece em determinados casos guardar ligação com a justiça, porém é inegável que determinar qual fim econômico a ser seguido é tarefa árdua.

REFERENCIAS.

ARENDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. Edição Jerome Kohn. Revisão técnica Bethânia Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. A condição humana. 11. ed. Tradução: Roberto Raposo. Revisão técnica: Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica)

_____. Taking Rights Seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977/1978.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria política do direito: a expansão política do direito. Willis Santiago Guerra Filho, Henrique Garbellini Carnio. 2 ed., rev., atual. e ampliada. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2013.

- GAARDER, Jostein. *Ei! Tem Alguém ai?* São Paulo. Companhia das Letrinhas, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 16º ed. Revista atualizada. Editora Malheiros, 2014.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. revista e ampliada. Editora Malheiros, 2011.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e economia: introdução ao movimento *law and economics**. Disponível em: [planalto.gov. br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/artigos.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/artigos.htm). Acesso em: 22 set. 2014
- JUS BRASIL. STF põe fim à cobrança do Funrural Disponível em: <http://abdir.jusbrasil.com.br/noticias/2076660/stf-poe-fim-a-cobranca-do-funrural>. Acesso em: 18 mar. de 2015.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. Malheiros Editores Ltda. 2004.
- _____. *O Estado e o direito depois da crise. Série direito, desenvolvimento e justiça: direito em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011
- _____. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça / coordenada por José Rodrigo Rodriguez).
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1 ed.. São Paulo, Paz e Terra, 2014. Do original Francês: *Histoire de la Sexualité I: La volonté de savoir*.
- _____. *Microfísica do Poder*. 28 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014a.
- _____. *Ditos e escritos, volume IV: estratégia, poder-saber*. Organização, seleção de textos e revisão técnica Manoel Barros da Motta; tradução Vera Lucia Avellar Ribeiro. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 41, ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.
- _____. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996
- _____. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes... et al J. Rio de Janeiro: Nau Ed. 1999.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio; CENCI, Elve Miguel. Direito Contemporâneo – Perspectivas. Artigo Direito e Discricionariedade. A discricionariedade do Juiz: discussão entre Dworkin e Hart. Bruno Augusto Sampaio Fuga e Elve Miguel Cenci. Editora CRV, 2013:47/75.

IORIO FILHO, Rafael Mario e DUARTE, Fernanda. O Supremo Tribunal Federal e o processo como estratégia de poder: uma pauta de análise. R. SJTJ, Rio de Janeiro, n. 19, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. Que é Uma Constituição? Edições e Publicações Brasil, São Paulo, Tradução: Walter Stöner, 1933.

HART, Herbert Lionel Adolphus. The Concept of Law. 2. ed. Oxford University Press. 1997.

_____. O conceito de direito. Organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão de tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rossa. São Paulo: Martins Fontes, 2009. (Biblioteca Jurídica WMF).

NERY Junior, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Dierle. Direito Jurisprudencial. Precedentes, Padronização decisória preventiva e coletivização. Teresa Arruda Alvim Wambier coordenação. São Paulo. Editora Revista do Tribunais, 2012, p. 245 a 276.

_____. Acesso à justiça democrático. Dierle Nunes, Ludmila Teixeira. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

PALMA, Rodrigo Freitas. História do Direito. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. Pluralismo e liberdade. 2. ed. Rio de Janeiro. Expressão e Cultura. 1998.

SEN, Amartya Kumar, 1999. Sobre ética e economia. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. 1º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. A ideia de justiça. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUZA, Nali de Jesus de. Economia básica. 1. ed. 8 reimpr. São Paulo: Atlas, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012.

_____. Verdade e Consenso : constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

_____. O ativismo e a judicialização: De como os números podem velar o fenômeno. In Novo Constitucionalismo Latino – Americano. O debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. Jose Luiz Bolzan de Moraes e Flaviane de Magalhães Barros coordenadores. Arraes, 2014, p. 144 a 155.

WATANABE, Kazuo. Cognição no processo civil. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

UOL ECONOMIA. Pressão do governo no STF sobre poupança pode ser tiro no pé, diz Delfim. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/>. Acesso em: 21 de nov. 2014