

A JUSTIÇA JUDICIALIZADA: A PRIMAZIA DO DIREITO POSITIVO

Jovino Pizzi
Universidade Federal de Pelotas
jovino@ucpel.tche.br

Resumo

O tema da judicialização se relaciona ao fenômeno histórico da tradição ocidental, uma forma específica ligada às distintas formas de constitucionalismo. O debate se relaciona à ampliação e ao adensamento da regulamentação positivada sobre a vida das pessoas, ou seja, uma dependência cada vez maior do judiciário. O propósito do texto não se atém a definições. A análise salienta a via judicial como a única alternativa para dirimir qualquer conflito ou desacordo entre os diferentes envolvidos. O direito positivo é a única via para qualquer alteração ou disputa. No conjunto da obra, a combinação de temas se insere no debate da filosofia moderna e contemporânea, quando ocorre um incremento das reivindicações por *direitos*. Diante disso, o foco deste artigo se limita ao processo de judicialização da vida social, cuja ampliação dos direitos subjetivos consolida a autonomia eminentemente privada.

Palavras-chave: Judicialização; direitos subjetivos; império legal

JUDICIALIZED JUSTICE: THE PRIMAZY OF POSITIVE LAW

Abstract

The theme of judicialization is related to the historical phenomenon of the Western tradition, a specific form linked to the distinct forms of constitutionalism. The debate is related to the expansion and deepening of positive regulation of people's lives, that is, a growing dependence on the judiciary. An analysis emphasizes the judicial process as a unique alternative to settle any conflict or disagreement between the different involved. Positive law is the only route to any altercation or dispute. In the whole of the work, a combination of themes as inserted in the debate of modern and contemporary philosophy, when there is an increase in claims for rights. Given this, the focus of this article is limited to the process of judicialization of social life, extended understanding of subjective rights consolidates eminently private autonomy.

Keywords: *Judicialization; subjective rights; legal empire*

JUSTICIA JUDICIALIZADA: LA PRIMACÍA DEL DERECHO POSITIVO

Resumen

La cuestión de la judicialización se vincula al fenómeno histórico de la tradición occidental. Se trata de una forma específica ligadas a los distintos rasgos del constitucionalismo. De una forma o de otra, existe un debate muy importante relacionado a la ampliación y a la profundización de la reglamentación positivada de la vida de las personas, lo que significa, en última instancia, una dependencia cada vez más acentuada del ámbito judicial. La intención del texto no se centra en definiciones. Su análisis destaca la vía judicial como la única alternativa para dirimir cualquier conflicto o desacuerdo entre distintos involucrados. En efecto, la temática está presente en el debate de la filosofía moderna y contemporánea, cuando se verifica un incremento de las luchas por derechos. Sin adentrar en esa cuestión, el artículo se atiene al proceso de judicialización de la vida



Esta obra está licenciada sob uma Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional (CC BY-NC-AS 4.0).

LOGEION: Filosofia da informação, Rio de Janeiro, v. 4 n. 1, p.21-35, Set./ Fev. 2018

social, hecho que señala la ampliación de los derechos subjetivos de forma a consolidar la autonomía de un sujeto eminentemente privado.

Palabras-chave: Judiscilización. Derechos subjetivos. Imperio legal.

1 Introdução

O fenômeno da judicialização não se limita às controvérsias conceituais. Na prática, o debate salienta a primazia do direito positivo, balizado pelo constitucionalismo atual. Por isso, o constitucionalismo funciona como uma avalanche incontrolável sobre os procedimentos político-sociais. O tema se vincula ao processo de judicialização da vida em geral, cuja ampliação dos direitos subjetivos consolida a autonomia eminentemente privada.

O debate se relaciona à ampliação e o adensamento da regulamentação positivada sobre a vida das pessoas, o que gera uma dependência cada vez maior do sistema judiciário. O exacerbamento da complexificação da sociedade exige cada vez mais normatizações, de forma que a vida privada esteja exposta a um nível de judicialização nunca experimentado. Na sua conformação mais extremada, a via judicial parece ser a única alternativa para dirimir qualquer conflito ou desacordo entre os diferentes envolvidos.

No conjunto da obra, a temática se insere no debate da filosofia contemporânea, quando ocorre um incremento de *direitos*. Sem adentrar nessa questão, o primeiro ponto evoca a suspeita de que a judicialização seja uma nova patologia (1). O segundo ponto está ligado ao fenômeno histórico da cultura ocidental, especialmente no embate entre judicialização e laicidade (2). A radicalização vai gerando uma crise nos fundamentos, pois a judicialização se transformou em mecanismo voltado a “fins” meramente estratégicos (3). Em decorrência – e este é o quarto ponto –, o aparelhamento jurídico se enfrenta a uma crise de fundamentos ou, então, uma crise sem alternativas (4).

2 Judicialização: uma nova patologia?

A terminologia a respeito do processo de judicialização atual se enfrenta a um jogo de palavras, às vezes não muito claro. Além do mais, o mesmo vocábulo pode receber designações variadas. Se, por um lado, o emprego cada vez mais frequente indica um processo de avivamento do fenômeno e da utilização das expressões, por outro, parece haver um narcisismo exacerbado e uma louvação insólita a respeito da justiça, principalmente em relação a seu significado e da própria finalidade do direito positivo. Com o giro linguístico, as

versões e os sentidos de um mesmo vocábulo exigem não apenas um rigor no seu significado, mas também evidenciar o sentido no seu uso prático.

De uma forma ou de outra, não há como negar a acentuada convergência judiciária, a ponto de transformar o Supremo Tribunal Federal em *última instância* e/ou na *palavra final* a respeito de qualquer alteração ou discrepância. Essa vereda evidencia o protagonismo do setor judiciário, ou seja, dos juízes e magistrados, salientando uma sintomática – para não dizer, perigosa – judicialização de todas as instâncias da vida social. No caso, trata-se da concentração do poder decisório, isto é, uma escalada inflacionária do campo jurídico, um “processo crescente de juridificação de setores da vida, que outrora se organizavam de maneira completamente comunicativa” (HONNETH, 2015, p. 163).

Nesse campo, existe também um jogo de palavras que permeia o fenômeno. Por certo, a etimologia do termo evidencia que a judicialização se relaciona à política eclesiástica. A palavra jurisdicionalismo remete ao *lus circa sacra*, ou seja, “o sistema de política eclesiástica em que o Estado exerce uma ingerência mais ou menos ampla nos atos da autoridade eclesial e na vida da Igreja, sempre que não se trate de matéria propriamente dogmática” (SALVATORELLI, 2007, p. 655). Trata-se da distinção e, ao mesmo tempo, a correlação entre dois poderes, no sentido de mediar o aspecto teocrático e o cesaropapismo. Embora o jurisdicionalismo tenha sido aplicado de diferentes modos, ele obedece princípios acordados entre Igreja e Estado. Para Salvatorelli, esse sistema pertence “essencialmente ao passado”, sobrevivendo apenas sob a forma de cláusulas nas concordatas estipuladas entre os Estados e o papado” (2007, p. 655).

A bem da verdade, essas considerações não trazem grandes contribuições ao debate atual. Porém, a aplicação da *lus circa sacra* ao âmbito do contratualismo atual, é possível, então, inferir a conversão dos cânones jurídicos ao âmbito da vida civil. Tais cânones refletem, então, um poder, deslocando-se do campo eclesiástico para as instâncias jurídicas. Assim, a nova forma de jurisdicionalismo se traduz no domínio entranhado na atmosfera do constitucionalismo atual, a ponto de reforçar o controle jurídico-constitucional sobre todas as instâncias da vida privada e, ainda, no que concerne as decisões relativas às conflitualidades entre os indivíduos e, além disso, na definição da própria ideia de justiça social.

Esse seria o significado de judicialização. Trata-se, pois, de uma versão “atualizada” de um fenômeno a respeito do processo que reforça o controle jurídico-constitucional. Nele, o tema não está mais relacionado à política eclesiástica, mas ao âmbito civil.

A sua consequência mais drástica aparece na acepção judicialização, enquanto processo que promove a extrema “dominação legal”, isto é, de um tratamento jurídico

exclusivamente positivo a todas as questões da vida civil. No plano sociológico, o debate se relaciona ao dualismo público-privado; no nível epistemológico, a discussão se enfrenta à justificação do âmbito jurídico, em vistas a transcender os aspectos do relativismo e do absolutismo da judicialização na sua confrontação com o procedimento dialógico.

Em seu livro *Direito e democracia* (1998), Habermas, no final da obra, apresenta um epílogo com o fim de responder as críticas e considerações a respeito do texto como tal. Um ano após a publicação do referido livro, ele responde a seus leitores, “recapitulando as ideias” principais da referida obra. Nessa réplica, Habermas reitera que o “direito moderno está formado por um sistema de normas coercitivas, positivas e – esta é ao menos sua pretensão – garantidor da liberdade” (1998, p. 645). Ou seja, a estrutura do direito moderno busca legitimar-se através das propriedades formais da “coerção e da positividade”. Para Habermas, a “ameaça de sanção estatal” está legitimada porque as normas jurídicas são fruto de resoluções provenientes de um “legislador político” que observa as expectativas sociais e, por isso, devem ser garantidoras da “autonomia de todos os sujeitos de direito” (HABERMAS, 1998, p. 645).

Apesar do *otimismo* habermasiano, não há como negar o duplo rosto desse processo. Por um lado, a elaboração das normas como tal, regrando a ação dos sujeitos e as consequências em caso de transgressão; ou, por outro, considerar essas “leis” como mandamentos válidos que devem ser observados enquanto normas dotadas de princípios. A norma jurídica é válida quando o Estado consegue garantir a equidade e, em caso de necessidade, interponha o recurso da sanção; e, ainda, possa assegurar as condições institucionais para o surgimento de normas por meio de procedimentos legítimos, de sorte que elas sejam obedecidas por respeito à lei (HABERMAS, 1998, p. 646).

Em relação a isso, Honneth se reporta a Hobbes para salientar as inferências do contratualismo sobre o agir humano. Para Honneth, a proposta de Hobbes pretendeu oferecer uma doutrina que pudesse articular a “liberdade individual” (interna, negativa) em consonância com a “liberdade civil” (aparelho externo, positivado). Embora as idiosincrasias intrínsecas ao modelo hobbesiano (HONNETH, 2015, p. 46), a tese do Contrato entre indivíduos supõe um “poder” extremamente poderoso, configurado no aparelho do Estado.

De acordo com Honneth, “o direito que aqui é socialmente concedido à liberdade individual reduz-se a uma determinada esfera de perseguição irrestrita dos próprios objetivos” (HONNETH, 2015, p. 56). Em outras palavras, o direito – ou o âmbito jurisdicional – tem o encargo de fazer justiça. No entanto, em uma sociedade individualista, ele nutre uma perspectiva um tanto egocêntrica, ou seja, um procedimento concerne ao jogo dos interesses

particulares. No caso, o predomínio de interesses individuais exige, do sistema judiciário como tal, uma atenção especial ao excessivo individualismo. Em decorrência, o sistema se transforma em um mercado – um balcão de negócios – a ponto de “satisfazer, de forma lucrativa, a exigência por informação e educação”, e, ainda – acrescentamos nós –, a demanda por justiça (HABERMAS, 2009, p. 130).

Em sua versão mais patológica, a redução da juridicidade ao jogo dos interesses egocêntricos sinaliza para o escopo da mercantilização da judicialização, com seus controvertidos interesses ligados a réditos, um negócio às vezes sem escrúpulos. No caso, o eixo gravitacional e o ponto cardeal é a liberdade como tal. Quando houver restrição da liberdade individual, a justificativa não é somente o livre arbítrio individual, mas o apelo por reparação dessa restrição. Neste caso, o foco da justiça está sempre ligado ao indivíduo e seus réditos, tendência que demarca a maioria dos casos das demandas judiciais.

Essa é a fisionomia do inflacionismo da judicialização que, hoje em dia, apresenta efeitos sociais, políticos, morais e, inclusive, econômicos sem precedentes. Suas consequências não se limitam ao âmbito individual dos sujeitos, pois afeta as relações sociais, a convivência, os grupos e movimentos sociais, as lutas reivindicatórias e assim por diante. No horizonte mercantilista e individualista, se desenvolve e cresce, de forma “assustadora”, a cartelização de empresas e grupos de advogados especializados e dispostos a evocar todo tipo de argumento – ou artimanha – jurídica para salvar seus clientes (reais ou potenciais). Em um modelo de capitalismo monetarista, essa é a razão do número elevado de *lawyers* que, por exemplo, nos Estados Unidos, é muito maior que o número de *farmers* (ALBERT, 1992, p. 21).

25

3 Judicialização e laicidade

Na sua versão mais abrangente, a justicialização indica um processo de reivindicação dos direitos dos cidadãos – ou seja, de diferentes e diversificados grupos – caracterizados pela noção de justiça. Assim, a juridicidade – ou judicialização – difere-se da justicialização que, no seu sentido pragmático, se associa ao vocábulo justiça. A justicialização faz parte do rol dos *direitos*, em seus diferentes aspectos. Nesse sentido, juridicidade é concernente ao processo de judicialização e a justicialização, por sua vez, salienta o espectro ligado à justiça em seu sentido mais abrangente. Por isso, no nosso entender, juridicidade é sinônimo de judicialização, uma carga acentuadamente subjetiva, isto é, dos direitos subjetivos.

No seu sentido laico – isto é, na sua versão constitucionalista atual –, a reinterpretação da justiça deixou de lado as narrativas mítico-religiosas para, com isso, encontrar legalidade e legitimidade no processo de argumentação racional. Daí, então, o perfil político-ideológico, moral e jurídico vinculado ao *status* de uma racionalidade antropocentrada. Por certo, ainda é possível encontrar indícios ligados ao ideal de justiça divinizado. Porém, os poderes mágicos e divinos são relegados a um segundo plano para, então, asseverar uma compreensão de mundo racionalizada e racionalizadora. Em outras palavras, a representação e a interpretação do mundo (e da sociedade como tal), a fundamentação do agir e, inclusive, a tomada de decisões buscam sua fundamentação desde o horizonte da razão; no caso de Habermas, de uma compreensão assentada na “racionalidade comunicativa” (HABERMAS, 1988 I, p. 110).

Esse processo de laicização da sociedade não só está reduzindo a representação e a significação das imagens do sagrado, como também deslocou o eixo que sustenta e justifica a agenda das resoluções. Nesse aspecto, é importante ressaltar o aspecto pragmático da justiça, ligado a uma racionalidade pública – ou ético-comunicativa –, mas que, não poucas vezes, ele se reduz ao campo da juridicidade.

No entanto, a exigência em responder juridicamente ao individualismo possessivo engendra um viés particularizado da justiça, isto é, a primazia do procedimento que atende aos interesses particulares. Nesse caso, é possível entender a analogia relacionada os fóruns e tribunais, representando, então, as “novas catedrais”, com seus ofícios, manuais e rituais que, muitas vezes, determinam o veredito a respeito das questões relacionadas ao que se entende por justo ou não, legal e/ou legítimo. Nesse ínterim, os juízes e magistrados passam a identificar-se com o alvedrio de um *doutorismo*, muitas vezes, sem titulação especializada e/ou com mordomias descomuns se comparadas à média da grande maioria da população.

Outro aspecto importante se relaciona aos parâmetros pós-metafísicos da legalidade e da legitimidade jurídica. Na verdade, elas refletem uma operacionalização mundanizada, o que reforçaria, em última instância, a um procedimento democrático delineado desde uma perspectiva antropocentrada. Como salienta Habermas, “as constituições modernas se assentam sobre a ideia do direito racional, de acordo como qual os cidadãos, por sua própria iniciativa, se associam para formar uma comunidade de sujeitos de direito livres e iguais” (HABERMAS, 1999, p. 189). Na verdade, a legitimidade legal não representa mais os parâmetros de ordem mítico-religiosos. O caráter político e a natureza racional da conduta humana assumem, portanto, uma articulação que se desdobra no seio das institucionalizações jurídicas.

Daí, então, a discussão sobre o papel das regras jurídico-constitucionais, ou seja, a designação *direito* passa a contemplar um leque de significados e significações, cujo sistema de regras se adjudica na Carta Magna. Mais precisamente, a constituição assume o caráter magno porque os cidadãos se autoconcedem reciprocamente o marco regulativo para a sua convivência e admitem que ele possui legitimidade enquanto mandamento jurídico. Em síntese, a Constituição representa a base para o “reconhecimento intersubjetivo” das normas “sancionadas estatalmente” (HABERMAS, 1999, p. 189).

Nesse processo todo, há uma característica específica, ligado à qualificação do “justo”. Evidentemente, esse quesito encontra resistência ou, então, entra em choque quando, por exemplo, a reivindicação por território ou no caso da autodeterminação se defronta a interesses distintos aos dos reivindicantes. A radicalização e o fanatismo pode gerar conflitos violentos, de modo a causar danos ou enfrentamentos com repercussões profundas. No fundo, há uma questão de autonomia e heteronomia. Nesse sentido, a questão se relaciona à justa “medida da justiça”. Embora redundante, trata-se da utilização ou, como indica Honneth, de “empregos setoriais da justiça” (2015, p. 123).

27

4 A judicialização e os “fins” meramente estratégicos

O fenômeno da judicialização, ao tempo que a juridicidade vai tomando conta de todas as instâncias da vida, orienta a forma concernente à resolução dos conflitos e na própria acepção prática da justiça. Nesse sentido, a judicialização se apresenta como um fenômeno histórico, típico da tradição ocidental. Com o Estado moderno, o aparelho jurídico se torna indispensável. Ele vai sendo gestado no seio de uma sociedade altamente complexificada, ao mesmo tempo que vai institucionalizando suas formas de representação e no aparelhamento das mediações entre o Estado e a sociedade. Nesse ínterim, o controle do Estado de direito, com base na constitucionalidade, vai sendo cada vez mais forte e incisivo, a ponto de substituir a eticidade para, então, realçar um sistema de normas eminentemente jurídicas.

Na sua versão um tanto perversa, a judicialização coloca em evidência um caminho nefasto, interpretado como uma determinada patologia, a ponto de transferir toda e qualquer alteração a uma apreciação meramente jurisdicional. Assim, a judicialização se traduz no jurídico, ou seja, à figura do judicial, “com as suas leis escritas, os seus tribunais, os seus juízes, o seu cerimonial processual e, coroando o todo, o pronunciamento da sentença, onde o *direito é aplicado* nas circunstância de uma causa, de um assunto eminentemente singular”

(RICOEUR, 1997, p. 9). A finalidade de “julgar” está ligada ao processo de resolver conflitos, sem nenhuma preocupação com a eticidade, muito menos com qualquer noção justiça.

Trata-se, então, de uma concepção de justiça esboçada a partir de um “sistema social de egoísmo”, e não de cooperação (HONNETH, 2015, p. 79). Ou seja, a motivação tem como base a perspectiva de atores que entendem a liberdade segundo o seu próprio “arbitrio” e, portanto, seguem “suas preferências determinadas individualmente” (HONNETH, 2015, p. 132). A relação entre os pares obedece o adágio latino *suum cuique tribuere*, traduzido na evocação “a cada qual o seu” ou, então, “dar a cada um o que lhe pertence” segundo a imputabilidade, ou não, das partes litigáveis.

Essa tendência consolida uma despótica hegemonia do direito positivo, ou seja, a ampliação dos direitos subjetivos e a garantia da autonomia privada, afiançados juridicamente. Assim, a autonomia privada e sua concepção egocêntrica – ou seja, na sua acepção monológica – retrai a noção de sujeitos, tornando-os reféns de grupos de advogados e peritos na área jurídica, apenas preocupados com os créditos de um negócio e com os rendimentos financeiros de sua atividade. Para intermediar as partes litigantes, a “pessoa do juiz” se apresenta “como um terceiro entre as partes do processo” (RICOEUR, 1997, p. 13). Nesse caso, muitos profissionais (advogados, juízes, promotores etc.) perfazem um mercado, sem nenhuma preocupação com a justiça ou a consideração moral dos fatos e normas. Em razão disso, o âmbito jurídico assume um predomínio quase absoluto, seja em relação a casos particulares ou frente a situações político-sociais.

Em decorrência, a noção de Constitucionalidade e de Constitucionalismo se traduz em códigos específicos, os quais assumem o papel de balizamento de qualquer tipo de ações. Esse sistema apresenta uma métrica que lhe permite julgar as ações e determinar as sanções específicas para cada caso. Assim, o incremento de distintos códigos, todos eles centrados nas “garantias das liberdades”, tem como finalidade a consolidação de direitos individuais, nem sempre preocupados com o fortalecimento dos ideais de justiça. Constata-se, então, a multiplicação de “mandamentos” jurídicos concernentes às distintas áreas do agir humano.

Nesse processo, torna-se patente a assimetria entre os direitos sociais e a autonomia privada. A justiça assume, então, um caráter discricionário, deixando de lado a pretensa neutralidade. No fundo, o sistema institucionalizado estabelece como fim a relação meramente judicializada, na qual, cada sujeito é um “ator solitário com objetivos que, a princípio, são unicamente estratégicos” (HONNETH, 2015, p. 151). A assimetria entre juridicidade e os *direitos* de todos é, pois, uma das características das atuais circunstâncias políticas e sociais. Embora a Constituição brasileira de 1988 possua a característica de

“social”, a efetivação procedimental coloca em dúvidas essa inclinação. No fundo, a lógica do sistema tem em vista um ator meramente monológico, e as entidades jurídicas servem para garantir a proteção de um “território puramente privado” de cada sujeito individualizado.

Deste modo, a “dominação legal” se transforma em juricialização das relações, ou seja, de um ordenamento jurídico exclusivamente positivo” (HABERMAS, 2016b, p. 58). No caso, a institucionalização vai aprofundando a judicialização sobre os diferentes setores da vida. Ao mesmo tempo, o tipo de controle sobre as pessoas vai exigindo normatizações que servem de garantia para os limites das interlocuções entre as próprias pessoas. Em um sentido, as pessoas não admitem mais o poder de umas sobre as outras e, em outro, o egoísmo separa as pessoas e, por isso, faz-se necessário um receituário para o respeito mútuo.

O caso típico dessa intervenção está nas relações familiares. Às vezes, diz Ferry, a ingerência externa sobre os direitos concernentes às relações famílias não são alternativas para solucionar os sofrimentos individuais, pois são recursos que pioram e agravam ainda mais a situação (FERRY, 2016, p. 19). Outro setor, com um incremento e com penalizações cada vez mais severas, está ligado às normas de trânsito. Neste caso, parece haver uma transposição do modelo teológico judaico-cristão para introduzir, no sistema viário, sanções e castigos, a ponto de imputar, em alguns casos, condenações *ad eternum*.

Com a complexificação da sociedade, a institucionalização vai, então, auferindo o controle sob a insígnia de *império do legal*. Assim, o pêndulo inclina-se para as cortes jurídicas e, em última instância, para o Supremo Tribunal. No caso, haveria um poder exacerbado nos juízes e magistrados, um tipo de fenômeno marcadamente judicialista. Esse poder ganha, então, ares de soberania absoluta. Afinal, seria essa a característica da tradição contratualista? O contratualismo se resume ao *império das leis*? E mais: as exigências de justiça são pautadas pelo contratualismo moral? O que há de legitimidade nessa perspectiva ocidental?

5 A crise de fundamentos ou a ausência de respostas

As questões acima indicam uma crise no constitucionalismo atual. Há quase um século, Husserl salientava a necessidade de um novo recomeço para a filosofia. Através de sua obra *Die Krisis der Europäischen Wissenschaften um die Transzendente Phänomenologie*, ele coloca em evidência a crise da civilização ocidental, não apenas das ciências, mas também da filosofia. De acordo com Husserl, as ciências como tal e a compreensão acabaram retraídas ao modelo monista galilaico-cartesiano, de modo a reduzir a

LOGEION: Filosofia da informação, Rio de Janeiro, v. 4 n. 1, p.21-35, Set./Fev. 2018.

reflexão filosófica à ciência descritiva. Assim, a imparcialidade frente a qualquer pretensão valorativa subtraiu seus vínculos dos contextos práticos do mundo da vida. Nessa direção, o direito também assumiu uma pretensa neutralidade, fingindo objetividade e imparcialidade.

Husserl, entre outros autores, inaugurou um debate importante a respeito do papel e do significado das ciências em geral. Nesse interim, o direito também é parte da pauta das discussões. As reivindicações em torno ao “esquecido” fundamento plausível para as ciências seguem na ordem do dia. Com seu viés judicial, o significado do âmbito jurídico exerce uma autoridade primordial, administrando instrumentalmente o “cotidiano comercialista entre as pessoas, animais, árvores e demais seres da natureza” (HABERMAS, 2015, p. 17).

Nessa direção, o monismo galilaico-cartesiano consolida um tipo de saber que não merece – e nem deve ser submetido – a “nenhuma orientação normativa” (HABERMAS, 2015, p. 23). Este modelo se apresenta com um manto salvacionista, ou seja, um caminho salvador para os diversos problemas encontrados *no* mundo.

Nesse horizonte, é notório o significado e o papel do direito, bem como de sua vinculação com a política e sua representação normativa. O problema está em reduzir a eticidade ao campo da juridificação. Com o enfraquecimento da normatividade moral, o direito mostra seu poderio e passa a desempenhar uma função salvacionista. Deste modo, entende-se o processo de judicialização da sociedade atual, uma carga excessiva e um caráter remível das controvérsias e conflituosidades.

Essa é a cara do modelo de constitucionalismo, auferindo hegemonia às cortes dos magistrados e, em última instância, ao Supremo Tribunal Federal. Sem dúvidas, a divisão de poderes permanece como um dos pilares fundamentais da democracia. Aliás, não só a divisão, mas o equilíbrio entre os diferentes poderes seria um fator essencial para o ordenamento democrático, um quesito considerado cláusula pétrea. Todavia, se é verdade que “nem tudo o que reluz é ouro”, também é indubitável que nem sempre a teoria se reflete na prática. Aliás, Kant (2000) já havia percebido os dilemas relacionados à expressão “talvez isso seja correto em teoria, mas não serve para a prática.” Em síntese, esse é o dilema entre juridicidade e justicialização, tal como foi apresentado até o momento.

Embora, no seu cerne, as constituições modernas alimentem uma espécie de “solidariedade cívica”, de modo a haver uma convergência entre os interesses de todos, elas, no entanto, auferem primazia à esfera da autonomia individual (FERRY, 2016, p. 19). Se, por um lado, o *leitmotiv* de qualquer Constituição está na asseveração dos direitos dos cidadãos, os quais se outorgam, reciprocamente e de modo legítimo, “os meios do direito positivo”; por

outro, os próprios cidadãos presumem como tácito os “conceitos de direito subjetivo e de pessoa jurídica individual enquanto portadora de direitos” (HABERMAS, 1999, p. 189).

Em razão disso, a configuração de um “sistema de direitos” gerou uma confrontação entre a subjetividade dos direitos e os atores políticos. Essa questão se torna ainda mais candente quando se trata de fins coletivos. O fato de os cidadãos acreditarem que se associam livremente acaba gerando controvérsias a respeito dos direitos individuais frente aos interesses coletivos. Esse é o indicativo de Habermas, quando ressalta a luta por direitos legítimos dos grupos infra privilegiados, uma questão que não é meramente individual, mas de atores coletivos que reivindicam por direitos, sejam eles sociais, culturais, de gênero, ao bem viver etc. Nesse impulso por direitos, debate-se também a compensação econômica “através de uma distribuição mais justa dos bens coletivos” (HABERMAS, 1999, p. 190).

Apaixonado pelo direito e pela democracia, Habermas afirma que o *caráter jurídico* não pode “se limitar a aceitar um *modus vivendi*” (1999, p. 213). Para ele, a legitimidade jurídica não é apenas uma questão cultural ou intercultural, nem se traduz como um jogo de interesses entre grupos (infra ou supervalorizados). Não há, pois, como sustentar um jogo cuja soma é zero ou, então, ao cálculo ligado às capacidades (virtuosas ou não) de cada um dos grupos. No caso, não se trata apenas de uma questão ética, mas de uma autocompreensão particular dos interesses, às vezes, em nome de um “patriotismo constitucional”, legalizados juridicamente (HABERMAS, 1999, p. 214).

Para Habermas, o Estado de direito é possuidor dos meios específicos para, com eles, orientar a resolução dos conflitos e a canalização do próprio poder administrativo, de forma a resguardar os interesses de todos. Neste caso, Habermas advoga por um *consenso procedimental*, que deve estar ajustado ao “contexto de uma cultura política, determinada sempre historicamente, a qual poderia ser denominada de *patriotismo constitucional*” (HABERMAS, 1999, p. 215).

Nesse âmbito, o Estado nacional não pode entrar em contradição com os direitos dos cidadãos, ou seja, o legislador político deve orientar-se de modo a garantir os direitos civis conforme “princípios do Estado de direito e em vistas à realização dos direitos fundamentais” (HABERMAS, 1999, p. 216). No entanto, a dicotomia entre os direitos dos cidadãos e a legitimidade jurídica pode gerar contradições. No caso, o Estado se encarregaria de administrar a “conservação da integridade da forma de vida de seus cidadãos” através da institucionalização da autonomia dos cidadãos e do exercício do *uso público da razão* (HABERMAS, 1999, p. 217).

Em relação a isso, existem dois movimentos. Por um lado, o rompimento do ordenamento social passa a projetar-se por meio de “lobos solitários”, a ponto que não sabemos mais quem são os inimigos; no fundo, todos somos suspeitos ou criminosos em potencial. Por outro lado, cresce a tendência em torno à “democracia de um líder”. No caso, a projeção sistemática do personalismo individual acaba por realçar a liderança partidária e, assim, tanto a reeleição como perspectiva de eleições periódicas vão consolidando “certos” líderes, os quais se mantêm sempre no foco das atenções.

De todos modos, o ordenamento social legítimo necessita desse aparelho jurídico e da juridicidade. O problema está no poder concentrado nas mãos dos tribunais e nos juízes. Não que eles sejam esses “lobos solitários” ou a personalização de um “líder”. Todavia, não há dúvidas de que os Fóruns se transformam em “novas catedrais”; entre outras, esta poderia ser uma das insígnias de um novo tempo.

Frente a essas considerações, o direito continua merecedor de confiança? Ou melhor, como entender o direito desde um viés emancipador? Não se trata apenas de justificar a legitimidade do direito, mas também de analisar seu papel em um modelo de sociedade liberal. O direito representa, então, um impulso favorável na agenda das políticas de reconhecimento e emancipação?

32

Considerações finais

Em relação ao que foi exposto, algumas considerações parecem se destacar.

a) Em primeiro lugar, é importante salientar que há duas frentes. Uma delas aponta para o otimismo. Nessa direção, o direito seria signatário da emancipação, isto é, o “arcabouço constitucional” encarregado de captar as diferentes demandas sociais, organizando-as em forma de legislação e dispondo-as em mecanismos para as tomadas de decisões. No caso, trata-se de “juridificar os fatos sociais” para orientar as decisões em seus “sentidos eficientes, legítimos e justos” (RODRIGUEZ, 2009, p. XXIII). Nesse sentido, o aparato jurídico se transforma em “impulso democratizante” (RODRIGUEZ, 2009, p. XXV), contribuindo para a ampliação das fronteiras dos direitos, sejam eles individuais, sociais, grupais ou humanos. Enfim, um arcabouço fundamental no sentido de “afirmar que o Estado de Direito se caracteriza, essencialmente, pela possibilidade de controlar o poder e nisso reside seu potencial emancipatório” (RODRIGUEZ, 2009, p. XXVII).

Do outro lado, há um constrangimento patologizante. Não é o caso de apenas de “fugir do direito para tomar decisões de forma autárquica, ou seja, tende a evitar o controle social

para ser capaz de agir unilateralmente” (RODRIGUEZ, 2009, p. XXVIII). Mas, na verdade, a questão está em considerar o direito na sua construção contratual e, nesse sentido, consolidar uma perspectiva egocentrista de um poder fortalecedor do egoísmo.

b) Em segundo lugar, é real a possibilidade de o direito e a judicialização serem instrumentos de emancipação. Nessa linha, José Rodrigo Rodriguez reatualiza a leitura de Franz Neumann, na qual ele também menciona Klaus Günther e Judith Butler, “em relação às estruturas regulatórias que caracterizam o direito do Ocidente” (RODRIGUEZ, 2009, p. 187). Não se trata apenas de propostas “com sentido emancipatório”, mas também de uma análise mais profunda e radical da “capacidade de figuração das instituições sociais” (RODRIGUEZ, 2009, p. 187). No fundo, não é apenas o sujeito coautor que deve responder por seus atos, mas também as instituições representam agentes, isto é, são atores sociais e, por isso, elas devem dar razões a suas atuações. Na minha opinião, enquanto atores sociais, as instituições sociais – pública e/ou privadas – devem justificar sua função e o papel que exercem e, enquanto tal, consolidar a emancipação dos sujeitos, de forma que a justiça seja realmente o vetor de suas orientações.

c) Uma última consideração se apoia na perspectiva habermasiana, para quem, a *política deliberativa* representa o núcleo a partir do qual se pode “compreender a construção de um Estado constitucional como rede de discursos de formação de opinião e da vontade institucionalizados juridicamente (HABERMAS, 2016b, p. 58). Nesse caso, o direito é apenas um meio e a consolidação da democracia seria o fim. Nesse sentido, haveria uma retroalimentação entre o processo democrático, os direitos e aspirações subjetivas e a conformação de uma ordem social justa e solidária. A única violência é a exigência de entendimento, ou seja, a força da participação e da alteração entre todos os concernidos.

33

REFERÊNCIAS

ALBERT, M. **Capitalismo versus capitalismo**. São Paulo: Loyola, 1992.

ANDERSON, Joel; HONNETH, Axel. Autonomy, recognition and justice. In: CHRISTMAN, Hohn; ANDERSON, Joel. **Autonomy and the challenges to liberalism: new essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 127-149. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/27703039_Autonomy_Vulnerability_Recognition_and_Justice>. Acesso em 04 set. 2017.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**. v.5, n. 1, p. 23-32, 2012.

FERRY, J-Marc. **La raison et la foi**. Paris: Agora, 2016.

FERRY, J-Marc. **L'Éthique reconstructive**. Paris: Les Éditions du CERF, 1996.

FORST, Rainer. **Justificación y crítica**. Buenos Aires: Katz Editores, 2015.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**. v. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 04 set. 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1988, V. I.

_____. **Facitividad y validez**. Madrid: Trotta, 1998.

_____. *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona; Buenos Aires; México: Paidós, 1999.

_____. **Ay, Europa!** Madrid: Trotta, 2009.

_____. **Mundo de la vida, política y religión**. Madrid: Trotta, 2015.

_____. **Verbalizzare il sacro**. Sul lascito religioso della filosofia. Roma: Editori Laterza, 2016a.

_____. **En la espiral de la tecnocracia**. Madrid: Trotta, 2016a.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. **Redistribution or recognition: a political philosophical exchange**. London: Verso, 2003.

KANT, I. **Teoría y práctica**. Madrid: Tecnos, 2000.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALVATORELLI, Luigi. Jurisdicionalismo. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.;

PASQUINO, G. (Coord.). **Dicionário de política**. v.1. 12 ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

PIZZI, J. **O conteúdo moral do agir comunicativo**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SIMÓN, Pablo; BARRIO, Inés M. **¿Quién decidirá por mí?** Madrid: Editorial Triacastela, 2004.