

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Guilherme Ferreira Silva

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS:
O Direito para além do formalismo com Emmanuel Lévinas.**

Belo Horizonte 2014

Guilherme Ferreira Silva

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS:
O Direito para além do formalismo com Emmanuel Lévinas.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Álvaro Ricardo de Souza Cruz

Belo Horizonte 2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S586a Silva, Guilherme Ferreira
Uma análise crítica da teoria das capacidades institucionais: o direito para além do formalismo com Emmanuel Lévinas / Guilherme Ferreira Silva. Belo Horizonte, 2014.

140 f.

Orientador: Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Ética. 2. Responsabilidade (Direito). 3. Hermenêutica (Direito). 4. Justiça
5. Lévinas, Emmanuel, 1905-1995 - Crítica e interpretação. I. Cruz, Álvaro
Ricardo de Souza. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.12

Guilherme Ferreira Silva

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS:
O Direito para além do formalismo com Emmanuel Lévinas.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz – orientador – PUCMG

Marinella Machado Araújo – PUCMG

Nilo Ribeiro Junior – FAJE

Belo Horizonte, 11 de Dezembro de 2014.

Este trabalho é para aos testemunhos de Responsabilidade e Justiça dados pelas minhas avós, Anna e Floripes, que, cada uma com sua infinitude, me ensinaram antes de tudo o Amor, condição para se falar em justiça.

Amor que me trouxe o sentimento de luta pela justiça e responsabilidade para com aqueles que são vítimas da totalização.

Amor Justo.

AGRADECIMENTOS

Agradecer a Deus é um desafio, sempre precedido de um perdão. É um exercício do impossível, pois antes de expressarmos nossas palavras sabemos que estaremos em eterno débito. Só por Ele tenho forças e inclinação para pensar eticamente, e apenas ele sabe o verdadeiro sentimento da minha morada. O meu agradecimento é o pedido, de que nunca nos esqueçamos de lhe glorificar. Obrigado meu Deus, cheguei muito além do que minhas pernas dariam conta.

Meus pais, Roosevelt e Sandra, merecem um filho mais amoroso e paciente, assim como Suellen, minha irmã. Não soube ser, mas agradeço a eles por nunca virarem a face para um filho e irmão tão difícil. O que me restou foi estudar para dar um testemunho do que eles me ensinaram de outras formas. Em nomes deles agradeço por todos familiares.

Fernanda, minha namorada! Agradeço pelo companheirismo, pelas críticas que me motivam, por seu sorriso bem grande. Agradeço além, se a mulher é o exemplo do Outro para Lévinas, você é quem me ensina o que é a alteridade absoluta. Obrigado por estar na minha vida e deixar suas marcas, por me ensinar a pedir perdão e perdoar. O amor que tenho é pouco para agradecer.

O agradecimento aos professores que em cada momento contribuíram para minha formação vem em especial em nome de alguns: Álvaro Ricardo de Souza Cruz, que não só orientou um aluno 'respondão' e teve de exercer sua sabedoria para não deixá-lo se perder. Mas, principalmente, por ter dado a oportunidade a um menino que ainda não tinha avô e pode saber como é gracioso o carinho de quem protege como pai e ama como uma mãe, pois é pai duas vezes. Deus foi generoso de colocar alguém não só inteligente, mas também sábio. Agradeço ao professor Edson, amigo da família, que mesmo sem me atribuir nota durante a vida, me possibilitou ver que o estudo é um caminho tão honroso, dando as primeiras armas para esta batalha. Ao Sérgio Armanelli, que com seu exemplo plantou a semente da carreira docente, sendo filho de um novo avô, será sempre meu pai. À professora Marinella, que com sua preocupação com a alteridade me trouxe dúvidas quanto às minhas concepções, fazendo com que eu me esforçasse para trazer um esboço de ideia e uma interlocução. Também, por ensinar que não podemos nos perder, devemos assumir o que somos fincando o pé no mundo (Ah se ela soubesse quão levinasiana ela é!), pois é a única forma de podermos cuidar do Outro. Ao professor

Nilo, que em pouco tempo mostrou o que é a responsabilidade com o aluno, ainda que estrangeiro à filosofia e, com seriedade e serenidade, auxiliou muito na compreensão de Lévinas.

Aos meus amigos! São poucos, muitas das vezes distantes, mas são bons e importantes para o meu testemunho do mundo. Pedro, Ricardo, Zé, Luiza, Geizimar, vocês moram em mim a cada minuto, a face de vocês me interpela sem precisar de qualquer estética, me desafiam a ser melhor. Amigos que se entendem sem precisar dizer muito! Estão além do ontologismo...

Agradeço também a tantos colegas que com cada pequena ou grande contribuição são os responsáveis pelo meu trabalho e estudos no programa de mestrado da PUC, antes mesmo de compor o quadro de alunos da pós. Talvez, seja o agradecimento mais injusto, mas tento mencionar cada um que minha memória deixa escapar: Daniel Medrado, Carol Caram, Thereza Marcondes, Fernanda Saldanha, Leonardo Wykrota, Léo Ferraz, Léo Côrrea (quantos 'Leos'), Flávio Alves, Bruno Camiloto, Vitor Medrado, Walkiria (sem o primeiro nome), Boninho, Bárbara Brum, Gustavo Hermont, Roberta, Bernardo Duarte, André Nelvam, Osvaldo Lino, Jamir Calili, Samuel Nascimento, Davi Lelis, Eder Marques, Adriano Olinto, Matias, Bernardo Nogueira, Kildare, Guilherme Wagner. São muitos, provavelmente fui injusto ao esquecer alguém, mas a presente pesquisa só foi possível porque tive muita ajuda. 'Valeu mesmo'!

Agradeço também à CAPES pela bolsa, e aos demais programas de bolsa do governo federal que possibilitaram meu acesso ao ensino superior, assim como todo auxílio da secretaria do programa de pós-graduação.

Agradecemos, agora no plural, ao Cruzeiro que me deu paz ao ganhar o brasileiro do ano passado, e que tenho certeza que ganhará o deste ano!

Peço desculpas a todos, por decepcionar. E, novamente, agradeço a Deus por ter tantos a quem agradecer.

“Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse **amor**, seria como o metal que soa ou como o sino que tine. E ainda que tivesse o dom de profecia, e **conhecesse** todos os mistérios e **toda ciência**, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, **e não tivesse amor, nada seria**. E ainda que distribuísse toda a minha fortuna para sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, e não tivesse amor, nada disso me aproveitaria. **O amor é sofrer, é benigno**: o amor não é invejoso: o amor não leviano, não se ensoberbece. Não se põe com indecência, **não busca os seus interesses**, não se irrita, não suspeita o mal; **não golfa com a injustiça, mas folga com a verdade**; tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta. **O amor nunca falha: mas havendo profecias, serão aniquiladas; havendo línguas, cessarão; havendo ciência, desaparecerá; porque, em parte conhecemos, e em parte profetizamos**; mas, quando vier o que é perfeito, então o que o é em parte será aniquilado. Quando eu era menino, falava como menino, sentia como menino, discorria como menino, mas, logo que cheguei a ser homem, acabei com as coisas de menino. Porque agora vemos por espelho em enigma, mas **então veremos face a face**: agora conheço em parte, mas então conhecerei como sou conhecido. **Agora, pois, permanecem a fé, a esperança e o amor, estas três, mas a maior destas é o amor**.

(I Coríntios, 13; 1-13, grifos nossos).

Eu sou contra **a tolerância**, porque **ela não basta**. Tolerar a existência do outro e permitir que ele seja diferente **ainda é pouco**. Quando se tolera, apenas se concede, e essa **não é uma relação de igualdade, mas de superioridade de um sobre o outro**. Sobre a intolerância já fizemos muitas reflexões. A intolerância é péssima, mas a tolerância não é tão boa quanto parece. **Deveríamos criar uma relação entre as pessoas da qual estivessem excluídas a tolerância e a intolerância**. (José Saramago, um ateu preocupado com Deus, O Globo, Rio de Janeiro, 27 de Junho de 1993. In SARAMAGO, 2010, grifos nossos).

Resumo

O presente trabalho é fruto de uma pesquisa sobre a teoria das capacidades institucionais e sua interpretação em face da Ética da Alteridade para Emmanuel Lévinas. Inicialmente foi realizada uma construção do que comumente é chamada de teoria das capacidades institucionais. Trabalhamos os principais pontos e levantamos questões a serem respondidas ao final do trabalho. Depois, foi desconstruído o paradigma da modernidade, para correlacioná-lo com as do pensamento jurídico, explicando porque não é mais possível seguirmos a linha positivista de ciência. Em seguida, naquele que pode ser considerado o marco teórico do trabalho, foram apresentadas as marcas que o pensamento de Emmanuel Lévinas deixou sobre nós, para justificarmos porque o Direito deve ser visto como lugar de Responsabilidade para com o Outro, sobre a ótica de uma Ética absoluta para com o Outro. Ao final, identificamos aqueles pontos que consideramos problemáticos na teoria das capacidades institucionais e porque o pensamento levinasiano exige uma reformulação de sentido do Direito, inclusive para não se admitir o formalismo jurídico como uma hermenêutica justa.

Palavras-chave: Capacidades Institucionais. Responsabilidade. Lévinas. Justiça.

ABSTRACT

This work is the result of a survey on the theory of institutional capacities and their interpretation in the face of Ethics of Otherness to Emmanuel Lévinas. Initially a construction of what is commonly called the theory of institutional capacity was performed. Work the main points raised and questions to be answered at the end of work. Then it was deconstructed the paradigm of modernity, to correlate it with the legal thought, explaining why it is no longer possible to follow the line of positivist science. Then, in what can be considered the theoretical framework of the study, which marks the thought of Emmanuel Lévinas left over we were introduced to justify why the law should be seen as a place of responsibility for the Other, about the optics of a absolute ethics to the Other. At the end, we identify those points that we consider problematic in theory and institutional capacities because levinasiana require a re-thinking of the sense of law, including not to admit the legal formalism as a right hermeneutic.

Keywords: Institutional capacities. Responsibility. Lévinas. justice

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 UMA ANÁLISE SOBRE A VIRADA INSTITUCIONAL	15
2.1 A virada institucional por Cass Sunstein e Adrian Vermeule.....	15
2.2 A virada institucional no Brasil	27
2.3 Apontamentos para uma pesquisa: o questionamento às premissas levantadas	48
3 A INDEFINIÇÃO DE UM MARCO TEÓRICO: O DIREITO INDO ALÉM.....	52
3.1 O termo modernidade: uma autocrítica com Benjamin	52
3.2 As Ciências entre a modernidade e sua crise	54
3.3 “E agora José”, Por que não o (pós)Positivismo Jurídico?.....	67
4 O DIREITO E A FACE DE EMMANUEL LÉVINAS.....	78
4.1 Totalidade, o Outro e a infinitude	82
4.2 A justiça da responsabilidade: uma difícil tarefa.....	97
5 UMA ATITUDE CRÍTICA: uma visão responsável da análise das capacidades institucionais	109
5.1 Do lado de dentro	111
5.2 Transbordando os limites: além de formalismos	127
6 CONCLUSÃO	132
REFERÊNCIAS.....	135

1 INTRODUÇÃO

Introduzir qualquer coisa em qualquer contexto de qualquer forma é sempre um desafio e uma farsa. Quem introduz já sabe, de alguma forma, sobre o que já tratou e, sob outra forma, nunca poderá saber. Fica perdido em um fluxo por nunca conseguir descrever exatamente o que virá, pois, para ele, já veio e, para ele, ainda virá algo totalmente novo. Assim, resta ao que introduz pedir desculpas por não conseguir fazer completamente uma introdução, mas uma totalização pobre, de forma sintática do que será apresentado e sem deixar para trás o formalismo da pesquisa científica.

Nesse sentido, alguém poderia indagar: *uai*, então, o pedido de desculpas deveria ser além da impossibilidade de introduzir, e também em toda a impossibilidade de conceituar e traduzir o que se estudou em um tema? Vergonhosamente, com um sorriso amarelo, balançaríamos a cabeça para cima e para baixo, confirmando que sim, as nossas insuficiências nos levam, a todo o momento, a pedir desculpas. Mais, queríamos ir muito mais além, alcançar o outro por meio de uma dissertação, mas sabemos que ficaremos aquém, e voltamos a pedir desculpas.

É com este sentimento de se desculpar eternamente que vivemos, que pesquisamos, que escrevemos este trabalho dissertativo. Sentimos que a todo o momento faltará algo, que deveríamos ter ido mais além, que não conseguimos colocar no papel toda a impressão visualizada durante a pesquisa.

Para piorar, no exercício da escrita a presença do Outro fica mais ausente, apesar de sempre sermos interpelados por Outro, falta a face específica de cada leitor, nos resta imaginarmos o Rosto de quem poderá ler o trabalho. Mas, ainda assim, em um exercício de imaginação, ficamos na suposição de como sermos Responsável com toda a infinitude de leitores possíveis e, no final, não conseguiremos ser Justos com o terceiro, aquele leitor que não conseguimos trazer em uma relação equânime. Estamos em débito.

Inicialmente, pedimos desculpas por começarmos de uma forma tão egoística, de iniciarmos expondo nossas impressões sem medo, sem uma técnica de escrita que pudesse ocultá-las. O pedido justifica-se por não sermos tão precisos com a escrita, ou melhor, ser preciso é violentar, apontar precisamente um ponto, ocultando o que dele transbordar. Então nos desculpamos por não termos a poética

tão magnífica quanto aquela encontrada nas literaturas e que nos fazem ler por horas sem a vontade de largar o livro.

Continuamos os pedidos de desculpas, desta vez àqueles que poderão ler este trabalho como uma crítica direta. Pedimos também que percebam que, com cada ideia aqui questionada, tentamos ser responsáveis, buscamos ler com a maior hospitalidade possível e, se nos opusemos em nossas conclusões, tentamos fazê-lo pautados em uma ação ética, exigindo ética. O Rosto de cada autor nos interpelou e, ao final, concluímos que este trabalho é para vocês, em uma inclinação humilde e, ao mesmo tempo, interpelando-os ao discurso, em uma busca infinita por vossos testemunhos, um chamado ético pela ética.

Devemos nos desculpar àqueles que, estudiosos do marco teórico adotado, dirão “*que o trabalho sintetiza pontos que o próprio marco teórico não aceitaria que fossem sintetizados*”. Desde já abaixamos a cabeça e concordamos, mas nossa insuficiência na filosofia, no modo de escrever e na dificuldade de escrever para mais de um leitor não nos deixou muitas escolhas.

Pedimos desculpas para aqueles que esperavam mais, para aqueles que esperavam palavras mais claras, que não gostariam de ler tantas coisas filosóficas, por dizermos tão pouco e até por utilizar de métodos que nós mesmos estamos criticando (como as notas de rodapé exigidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – essas, nunca nos deixarão dormir tranquilos).

É o pedido de perdão que nos moveu, uma responsabilidade para com o que vemos no Direito.

Assim, buscamos compreender melhor o novo formalismo proposto por Sustain e Vermeule, tão difundido por autores brasileiros, o que já justifica a importância do estudo. Em nosso primeiro capítulo trazemos os resultados investigados sobre as concepções e os motivos que levaram os autores a retornarem ao formalismo hermenêutico, em um contexto do qual as novas teorias, a cada dia, buscavam soluções para uma hermenêutica mais aberta, concretista e ciente de que a linguagem não seria tão objetiva e clara quanto a escola da exegese imaginava.

Nesse caminho percebemos que o argumento das capacidades institucionais e da *second Best* (que traduzimos por Resposta-Satisfatória) são pressupostos do que foi chamado de limites institucionais. Feita a análise dos textos encontrados, foram levantadas questões que poderiam ser respondidas internamente, ainda que

sobre o mesmo marco teórico, e outras questões que somente poderiam ser respondidas com uma nova significação de sentidos para o Direito, por isso consideradas como o argumento externo à teoria da análise institucional. Cabendo aqui novo pedido de desculpas, pois exigiremos uma hospitalidade por virmos de fora, solicitando uma nova forma de olhar o direito. Exigimos ética, responsabilidade, reconhecimento da separação absoluta do infinito que cada sujeito é e da justiça eterna.

Se para Lévinas uma palavra sempre chama a outra, que chama a outra infinitamente, libertando o sentido das palavras, indo além, pelo que ficou sem dizer, assim passamos a ver os textos, que sempre chamam outros e outros... Assim é a indagação sobre um parecer técnico, que interpela outras palavras, que exige do julgador o que não foi dito, o que se revela atrás da justiça do testemunho. Dar liberdade ao sentido da palavra é exigir uma resposta responsável, infinita. Daí nossas objeções sobre o tema em análise.

Foi nesse ponto que passamos ao segundo capítulo, no qual recomeçamos a discutir as bases do pensamento científico e jurídico atual. A tentativa foi desconstruir um modo positivista de pensar o conhecimento, apresentar nossa descrença em pressupostos como a neutralidade, a objetividade, a previsibilidade e argumentos que colocariam a técnica como único caminho, ainda que neste capítulo os argumentos ainda estejam marcados por um pensamento possível para o ontologismo.

A questão é que a obra de Emmanuel Levinás nos interpelou no sentido de percebermos que estes argumentos endógenos à própria ciência não seriam suficientes para se exigir uma postura ética e justa, mas apenas para denunciar que a exatidão e objetividade da ciência e do Direito não poderiam mais ser encaradas como antes. Contudo, para não ficarmos apenas no pedido de desculpas, passamos ao esforço de compreender um pensamento tão rico e complexo quanto o de Lévinas. Dessa forma, demos mais importância para apresentarmos como o conhecimento deve ser visto de uma forma diferente, como a responsabilidade ética é totalmente voltada para o Outro, como a justiça pode exercer tal papel e, assim, como entendemos ser o papel do julgador neste contexto.

Importante mencionar que sabemos que a leitura não global das obras do autor, sob pena de demandarmos um tempo que a pesquisa do mestrado não compreende, pode trazer uma violência maior do que a desejada, mas, com apoio

em leituras complementares, buscamos dar integridade ao pensamento da melhor forma possível. Também temos a ciência que a leitura de um pesquisador na linha de pesquisa de direito público é demasiadamente limitada, sem a capacidade de testemunhar a obra do marco teórico de maneira mais próxima e profunda. Mas, desculpando, pedimos a hospitalidade em relação ao esforço demandado, esforço esse, principalmente, para dizer que o Direito deve ser uma forma de equidade com o terceiro e de responsabilidade com o Outro.

Por fim, partindo desta visão de ética responsiva, voltamos ao problema inicial, para responder que não podemos admitir um novo formalismo jurídico, tanto do ponto de vista endógeno quanto exógeno. Nesse sentido, as conclusões são apresentadas para desconstruir os principais argumentos, mesmo que possamos admitir outros. Apontamos, como sentido necessário, que o Direito deve ser voltado para o Outro, ainda que exija sempre um esforço sagrado do julgador, uma responsabilidade infinita, que vai além de uma justiça reta, de uma lei objetivante, de uma interpretação formalista e silente.

Se Lévinas menciona que é difícil ensinar e agir na frente de nossos mestres, dizemos que escrever torna-se ainda mais difícil quando sabemos que a primeira face é a de um orientador que nos interpela a todo momento. A maneira responsável de nos interpelar faz com que saibamos que qualquer palavra acertada de nossa boca é apenas uma repetição da dele e, no caso do erro, pecamos, pois damos testemunho de algo que um avô não ensinaria ao neto. Somos irresponsáveis com nosso mestre, nunca a-responsáveis.

Não sendo suficiente, surgem os terceiros que infinitamente estarão a nos julgar, como os avaliadores de uma dissertação que, dessa forma, aumentam ainda mais a responsabilidade com o mestre, mas, ao mesmo tempo, nos joga em uma situação que exige justificação, que nosso trabalho não seja apenas a entrega para uma pessoa, mas para tantas faces quanto infinitos presentes nas leituras. Repetimos a necessidade do pedido de desculpas, é a melhor forma de respondermos a tantas insuficiências, mesmo dando tanto de nós sabemos que as tarefas de justificar e dar justiça são um caminhar ao infinito. Resta de nós vestígios balbuciantes, testemunho envergonhado, pequenas revelações quando possíveis.

É nesse sentido que tentamos introduzir a leitura, sabendo que não conseguimos fazê-la. Assim, temos consciência de que algumas perguntas passaram despercebidas, fora de nosso testemunho, sabemos que muitas

perguntas ficarão além do que podemos responder, mas deixamos aqui a tentativa de contribuição com a nossa ação. Ação essa que visa prestar nosso testemunho de como pode ser o Direito sob nosso Marco teórico, ainda que ele, possivelmente, não admitisse esses termos, pedimos desculpas ao leitor por tantos perdões e, principalmente, à Lévinas, que tanto nos interpelou, mesmo estando muito além...

2 UMA ANÁLISE SOBRE A VIRADA INSTITUCIONAL

Como apresentado na introdução dos nossos estudos, um dos objetivos propostos é analisar os elementos, requisitos e premissas de uma nova perspectiva de se encarar a hermenêutica e as questões dos arranjos institucionais, o que acarreta indiretamente em abordar a problemática de quem teria a ‘última palavra’ do que é Direito e como deve se dar a interpretação jurisdicional.

Esta abordagem é comumente denominada de “virada institucional”¹, no inglês original *“institutional turn”*, ou simplesmente análise das capacidades institucionais. Assim, buscamos analisar o artigo que inspirou o debate criado no Brasil no intuito de encontrar os pontos em comum e as diferenças em relação às ideias propagadas por aqui.

Inicialmente, afirma-se que o artigo que teria inaugurado tal concepção seria “Interpretation and Institutions”, de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002), uma vez que os próprios autores afirmam que nenhum dos teóricos a que eles tiveram acesso teria feito uma abordagem do Direito sob a perspectiva das capacidades institucionais. Para sustentar a tese da originalidade desse artigo, tomamos como base o fato de que todos os artigos nacionais, que serão citados e foram encontrados durante nossa pesquisa, remetem à obra conjunta dos dois autores norte-americanos.

Dessa forma, ainda que nossa leitura tenha se dado inicialmente pelos trabalhos realizados no Brasil, a título de demonstração do tema, optamos por apresentar a origem do debate para, posteriormente, julgarmos a sua coerência com os trabalhos nacionais e, em seguida, pontuarmos aquilo que consideramos comum e (in)coerente como um todo.

2.1 A virada institucional por Cass Sunstein e Adrian Vermeule

A virada institucional aqui analisada será um resumo de nossas leituras do artigo *Interpretation and Institutions*, de Adrian Vermeule e Cass Sunstein, pesquisa que foi publicada na Escola de Chicago em 2002 e tem tomado grande relevância principalmente nos estudos de constitucionalistas do Rio de Janeiro. Sendo que,

¹ O termo virada institucional é utilizado de forma geral pelos artigos que tratam sobre a teoria aqui analisada, sendo a tradução literal de “institutional turn” usada no artigo escrito por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, motivo pelo qual adotamos tal termo e não vimos problema em sua tradução.

mais adiante retomaremos a visão de tal perspectiva sob a ótica destes autores nacionais.

a) A crítica à “cegueira institucional”: O artigo começa com um caso fictício de um alimento que, caso haja a adição de corante, tem uma chance muito remota de causar câncer. Assim, com base em uma regulamentação antiga, que proíbe a aplicação de qualquer corante que tenha chances de provocar câncer, questiona-se se seria correto proibir o uso deste produto, mesmo que as chances fossem muito remotas e tal ingrediente necessário nesse alimento, costumeiramente consumido dessa forma.

Para os autores, as teorias atuais criam muitas discussões idealizadas, para questões como esta, com abordagens muito abstratas e que não resolvem problemas práticos. Os autores atuais estariam muito preocupados com discussões como legitimidade, democracia, autoritarismo e pouco preocupados com o Direito. Então o trabalho visa mostrar que as teorias que têm o objetivo de se apropriarem de métodos interpretativos abstratos são insuficientes para resolver os problemas jurídicos na prática.

Para realizarem sua crítica, os autores afirmam que duas questões devem ser colocadas em destaque: as **capacidades institucionais** e **os efeitos dinâmicos** das decisões. Consideram-se efeitos dinâmicos todos os reflexos colaterais de uma decisão, explícitos ou implícitos, previsíveis ou imprevisíveis, que surgem principalmente porque o judiciário seria muito limitado para prevê-los. Assim, os autores destacam a necessidade e a possibilidade de decidir, sem evocar a figura de um herói, desde que sejam observados esses dois elementos citados.

A primeira parte do trabalho de Sunstein e Vermeule consiste na observação de algumas teorias que seriam as mais relevantes nos Estados Unidos e na Inglaterra (e outros países conhecidamente participantes do *Common-Law*), analisando a cegueira em relação as questões institucionais e os erros particulares de cada abordagem.

Eles iniciam a análise por Blackstone, defensor de uma abordagem da interpretação nos moldes de um *Common-Law*, e por Bentham, crítico de tal abordagem da interpretação legal. Essa abordagem varia em graus da liberdade judicial na interpretação da norma. A ideia central é que os juízes têm sentidos que lhes são próprios para o propósito legislativo e para o envolvente tecido do Direito,

que deve se moldar e dar forma às regras com algo que apenas a sensibilidade e flexibilidade concedidas pelos precedentes judiciais seriam capazes.

Para Blackstone, a ideia principal gira em torno de um tratamento flexível do texto legal, com base em uma sensibilidade diferenciada, com as intenções ou propósitos legislativos e com este tecido envolvente do Common-law. A razão e equidade seriam as chances para descobrir a melhor interpretação e a intenção do legislador no momento da aplicação dos casos específicos.

Blackstone chega a afirmar que o legislador poderia muito bem querer dar ao judiciário o poder de complementar a lei, ou criar ele mesmo as exceções nos casos em que fossem necessárias para se alcançar a equidade e a racionalidade. A melhor decisão, para Blackstone, seria um balanceamento entre o formalismo legal e a equidade, sendo que a aplicação literal da lei teria mais peso nesta balança.

O trabalho de Sunstein e Vermeule afirma que o fracasso de Blackstone está justamente na cegueira institucional, em não conseguir perceber importantes variáveis que estão diretamente ligadas à capacidade institucional limitada do judiciário, como a impossibilidade de medir a equidade de uma decisão.

No caso, a abordagem feita por Bentham seria mais cega para as capacidades institucionais do que em Blackstone. Bentham se coloca a favor de uma razão utilitarista na busca do sentido do Common-law. Ele afirma que o legislativo conseguiria fazer uma lei quase perfeita, ou seja, inverte a questão trabalhada por Sunstein e Vermeule, sem perceber os limites institucionais do legislativo.

Os autores entendem que Bentham e Blackstone, ao fazerem críticas ao Common-law, anteciparam a justificativa formalista do “second-best”, tema que será crucial para o entendimento da teoria da virada institucional.

Bentham manteve-se firme à ideia de uma codificação completa e ficou cego por ela, sob uma forte influência da idealização da imagem das capacidades do legislativo. Deu margem para muitas críticas futuras, como as de Hart, que poderia justificar uma interpretação anti-formalista, apontando os limites da prognose legislativa enquanto não via os limites das capacidades anti-formalistas dos intérpretes. Surge a era moderna, que buscou um meio termo entre o formalismo e o realismo.

Continuando a análise de teorias cegas para as capacidades institucionais, Sunstein e Vermeule citam que Herbert L. A. Hart aponta as falhas do formalismo e

da aplicação mecânica da lei. A principal contribuição de Hart é apontar o erro da esperança de Bentham de que a estrita obediência aos legisladores poderia resolver todos os casos que surgissem.

É importante percebermos aqui que a ideia posteriormente defendida de formalismo será diferente da percepção concebida por Bentham, principalmente quanto à concepção de que o legislativo não poderá nunca produzir leis perfeitas, mas que a opção para um novo formalismo se dá em virtude da interpretação *second-best*.

Hart teria afirmado que os problemas de difíceis interpretações surgem por causa dos legisladores, que não teriam a capacidade de antecipar todos os fatos sociais. Ele explica que nós trabalhamos com deficiência ao legislar por não conseguirmos determinar os fatos futuros e nem precisar com clareza os *standards* normativos, por isso utilizamos *standards* genéricos, que servirão de direção para os casos particulares. Logo, o formalismo somente seria possível se o mundo fosse limitado em fatos e pudéssemos prevê-los, mas nossa realidade é completamente diferente disso.

Para Hart (SUSTEIN e VERMEULE, 2002), o vício do formalismo é querer disfarçar e minimizar a necessidade de escolha. Isso é feito congelando o sentido da norma para que seus termos gerais tenham sempre o mesmo significado quando for aplicada. Esse congelamento, no entanto, apesar de conferir certeza e previsibilidade, prejudica cegamente os casos futuros, cujos detalhes ainda desconhecemos. Seremos bem-sucedidos em solucionar antecipadamente, mas às escuras, casos que só conheceríamos detalhada e razoavelmente no futuro, quando de fato acontecerem e forem identificados. O problema de se julgar no escuro é que somos obrigados a incluir no âmbito de uma norma casos que desejaríamos excluir para se cumprir determinados objetivos sociais. Há, então, uma oposição entre o julgamento às escuras e a realização de objetivos sociais.

Esta abordagem feita por Hart teria sido negligente quanto ao ponto do judiciário poder errar e de não conseguir abordar muito bem a questão dos efeitos dinâmicos que estariam implicados nesta forma de interpretar as leis feitas pelo legislativo.

Segundo os autores, no que se refere à questão dos efeitos dinâmicos, Hart silencia-se quanto a possibilidade de que decisões em processos judiciais possam

ter reflexos perversos para pessoas que não compõem a lide objeto da demanda, o que seria um problema inaceitável para as teorias processuais.

Tal problema é sempre citado pelos autores brasileiros, que irão analisar as capacidades institucionais, principalmente em demandas que envolvem direitos sociais e, conseqüentemente, lidam com o limite orçamentário dos entes públicos, causando efeitos colaterais indiretos para pessoas que não compõem a lide. Daniel Sarmiento irá culpar tal problema à ‘visão túnel’² do processo civil.

Os autores norte-americanos demonstram que a falibilidade humana poderia levar os juízes ao erro na busca das razões sociais e seus objetivos na lei, e até mesmo não seria possível afirmar se o erro dos juízes em relação aos objetivos da sociedade seria, de fato, um erro para o sistema do Direito, uma vez que, para muitos, o Direito teria uma função contra majoritária.

Sunstein e Vermeule seguem confrontando duas hipóteses. A primeira, propositivista³, na qual o juiz deveria buscar os propósitos das leis, em que poderia haver reflexos colaterais inesperados nas decisões, pois a limitação no judiciário não permitiria analisar seus os efeitos sistêmicos, bem como o esforço para conhecer estes efeitos traria um custo muito alto para a instituição. Em contra partida, as decisões que seguissem um viés formalista, ou seja, mais presas à letra da lei, ainda quando produzissem absurdos, seriam mais coerentes com a noção econômica de *second-best*, e teriam a possibilidade de exigir uma resposta do legislativo, que poderia medir os efeitos sistêmicos da mudança da lei, corrigindo eventuais absurdos da aplicação formalista.

O artigo analisa as semelhanças entre Hart e Sacks, apontando que ambos buscam o propósito da lei, sendo norteados pelo texto normativo, mas que criaram suas teorias apenas no plano teórico, sem análises empíricas. Hart e Sacks defendiam uma discricionariedade dos julgadores para preencher os significados das palavras legais no intuito de corrigir possíveis absurdos que a aplicação literal da lei viesse a promover.

² “Este [processo], com seus prazos e formalidades, está longe de ser o ambiente mais propício para a análise de políticas públicas, por não proporcionar pleno acesso a miríade de informações, dados e pontos de vista existentes sobre aspectos controvertidos. Na verdade, o processo judicial tende a gerar uma visão de túnel, em que muitos elementos importantes para uma decisão bem informada são eliminados do cenário, enquanto o foco se centra sobre outros – não necessariamente os mais relevantes” (SARMENTO, p. 33, 2009).

³ O termo foi traduzido livremente da variante “propositivism”, que seria o propositivismo, uma abordagem interpretativa que busca os propósitos da norma. Sendo que o texto em análise pressupõe o conhecimento de tal concepção, sem aprofundar no seu significado.

Os autores indicam que questões de ideologia, com grande freqüência, podem interferir na subjetividade da escolha do juiz no momento da busca do propósito da lei. Citam os exemplos do estado nazista alemão e do fascista italiano, sendo que o segundo realizava interpretações formalistas das leis, enquanto no primeiro não foi necessária a alteração das normas, mas apenas na interpretação dos objetivos dos valores sociais, de maneira propositivista, para permitir que juízes prolatassem sentenças totalmente absurdas e que não respeitavam qualquer noção de direitos humanos.

O próximo passo é feito com a análise das ideias de Dworkin, indicando que ele também não aponta qualquer abordagem sobre as capacidades institucionais e do limite humano dos juízes, tendo feito exatamente o contrário, pois supervaloriza a figura do juiz com a figura mitológica do Hércules. Dworkin, ao exigir dos juízes uma análise que dê integridade ao Direito e que avalie a boa política, não perceberia que esses não teriam ferramentas suficientes para tal e, assim, as decisões que tivessem este propósito estariam fadadas a causar efeitos imprevistos e perversos.

O próximo teórico analisado é Eskridge, um crítico do novo formalismo que defendia a interpretação dinâmica da legislação.

Mais uma vez o problema da cegueira institucional se manifesta. Sendo que, sem se dar conta – ou pelo menos sem expor seu raciocínio à temática, Eskridge desenha de forma inferior os outros atores públicos e as demais instituições, supervalorizando o judiciário. Para ele, o dinamismo seria a atualização das leis e seus significados pelos Tribunais, tendo em vista que a grande maioria delas, por serem feitas no passado distante, não conseguem acompanhar o progresso da sociedade.

Sunstein e Vermeule concordam com a necessidade de uma atualização das normas, mas a possibilidade de falhas e a leitura inadequada de valores podem alterar regras de forma antidemocrática e totalmente errônea, que seriam os efeitos perversos em virtude da ausência de capacidade para análise dos efeitos sistêmicos⁴.

⁴ O risco da atualização das normas poderia ter outra facete, indagamos. E se uma aplicação meramente mecânica 'passivista' (pedimos perdão pelo rótulo), indicar a perpetuação de uma injustiça? Leis do século XIX reconheciam a justiça da escravidão e da inferioridade da mulher. Essas concepções eram entendidas como justas, eram leis derivadas do 'direito natural'. Não seria, pois, papel do judiciário questioná-las? Não seria, pois, o judiciário um ator institucional que teria a responsabilidade de olhar a face dos afetados pelas normas? Ainda, outro problema é a crença de que a interpretação possa ser mecânica, silogística. De um lado, Sunstein e Vermeule parecem não

Por sua vez, Manning afirmou que há apenas uma leitura correta para os códigos legais e que isso seria suficiente para afirmar que a Constituição Norte-Americana defende uma interpretação formalista. Sunstein e Vermeule apontam que a forte crença de que judiciário seria capaz de encontrar a *first-best* na leitura do texto teria sido um grande erro de Manning. Ademais, os autores afirmam que a Constituição Norte-Americana não solicita e nem afasta qualquer tipo específico de abordagem e que este argumento não tem sentido. Ou seja, ainda que se posicionem tendenciosamente a acatar o formalismo, pensam que não seria esta a justificativa do uso da abordagem.

Ao analisar Posner, os autores afirmam que ele defenderia uma ideia consequencialista das decisões judiciais. Isto significa dizer que o julgador deve interpretar a lei voltado para as consequências de sua aplicação, o que, para os autores, seria supervalorizar as limitações do julgador, uma vez que ele não teria capacidade suficiente de conhecer os efeitos sistêmicos de suas decisões para determinar, com qualquer segurança mínima, as consequências delas.

Ainda para Posner, o juiz Norte-Americano não teria escolha ao decidir, sendo que as omissões, ambigüidades e lacunas legislativas exigiriam uma atitude de criar normas e políticas públicas. Para os autores, ainda que este olhar sobre as omissões legislativas já tenha um cunho de análise dos arranjos institucionais, essa teria sido feito de maneira errônea, já que os juízes não teriam como saber se as ambigüidades e omissões são propositais ou não e, ainda, se o fato de os juízes criarem as normas no momento da aplicação poderia ser o motivo da inércia legislativa. Logo, o formalismo seria necessário, ao menos para verificar se o legislativo permaneceria inerte ou não diante dos possíveis absurdos gerados pela aplicação literal da lei.

Depois de levantar críticas daquelas teorias que os autores consideraram as mais influentes nos EUA atualmente, utilizando uma análise que eles denominam de capacidades institucionais, foram adiantadas consequências e implicações das ideias de Vermeule e Sunstein. Na segunda parte do trabalho eles passam a apontar de maneira um pouco mais sistemática algumas de suas premissas, e as

ignorar as questões de intoxicações lingüísticas, por outro lado, mesmo que considerem haver consensualidade sobre o sentido de boa parte dos enunciados normativos, qual a análise das capacidades institucionais feita para avaliar a comparação entre uma interpretação segundo a lei e outra contra a lei? Qual critério/*standard* eles usam para a análise desses efeitos dinâmicos?

consequências de sua adoção. Assim, denominando-a “*institutional turn*”, utilizaremos a tradução já usada no Brasil: a “virada institucional”.

b) A Melhor-Resposta (*first-best*) e a Resposta-Satisfatória (*second-best*): A questão da *first-best* e *second-best* é o primeiro ponto a ser enfrentado. Pelo artigo não é possível identificar se há escritos anteriores que trabalham tal questão sob esses termos, mas o fato é que os autores não descrevem e não conceituam exatamente o que seria a *first-best* e a *second-best*.

Ao buscarmos uma definição dentro daquilo que encontramos no trabalho, podemos afirmar que são posturas de busca pela resposta correta de uma determina questão. Sendo que, aqueles que buscam a *first-best* acreditam que na solução de um problema é possível chegar a uma resposta correta como a melhor e, por isso, seria exigível que esta resposta fosse encontrada. Por outro lado, a *second-best* seria uma concepção muito utilizada por economistas que, ou não acreditam ser possível a melhor resposta, ou acreditam que a busca por ela traz custos muito altos sem a garantia que ela seria alcançada. Assim, a busca por uma segunda melhor resposta, na prática, poderia trazer melhores resultados.

Com base nesta definição resumida, preferimos traduzir os termos, *first-best* para ‘Melhor-Resposta’ e *second-best* para ‘Resposta-Satisfatória’, e dessa forma será grafada no restante do nosso trabalho.

Sunstein e Vermeule demonstram que todos os autores narrados até aqui optam por uma abordagem interpretativa que busca a Melhor-Resposta e se esquecem de pensar a interpretação sob o foco das capacidades institucionais. Isso acaba por ser um grande erro, uma vez que não percebem que os homens são falíveis e geralmente não têm instrumentos institucionais suficientes para alcançar a Melhor-Resposta com grande freqüência. Ao contrário, os autores apontam que os juízes muitas vezes são generalistas (sem terem conhecimento profundo sobre algum assunto específico), com muitos processos a serem analisados, com pouco tempo para aprofundamentos e pouca estrutura de apoio para conhecer de questões técnicas e específicas.

Este cenário seria suficiente para dizer que, assim como economistas afirmam que a busca pela Melhor-Resposta em problemas econômicos poderia resultar em uma resposta sem eficiência, no Direito não seria diferente. Se a Melhor-Resposta quase nunca é alcançada, mas exige um alto custo (como a demanda de

funcionários, de tempo, dinheiro, peritos, dentre outros) para ser buscada, na verdade, a Resposta-Satisfatória, ao buscar um patamar razoável de exigência, aumentaria a eficiência, pois possibilitaria uma frequência baixa de erros, alta de acertos e sob um custo muito menor que a busca pela Melhor-Resposta.

Quando citam custos, podemos interpretar tanto como custos financeiros, quanto custo de tempo, ou como os custos das consequências em razão dos erros não medidos como efeito colateral de uma decisão muito complexa, bem como outros fatores específicos do caso.

É possível afirmar que sob esta perspectiva de Resposta-Satisfatória, a abordagem interpretativa mais eficiente seria o formalismo, ainda que inicialmente os autores não sejam enfáticos nesta afirmação e exijam testes empíricos para verificação desta hipótese. Usam como exemplo o desejo dos propositivistas em buscarem a história das normas e a intenção do legislador. Se buscarmos tais objetivos, a forma mais eficiente seria o formalismo, desde que pressuponha a Resposta-Satisfatória, isso porque a busca pela Melhor-Resposta, na verdade, extrapola o texto, buscando elementos que podem não ter nada a ver com estes objetivos, enquanto a postura formalista chegaria o mais perto possível deles, pois se atém ao que o próprio legislador disse por meio da lei e sob uma relação de custo/benefício maior – ou seja, mais eficiente.

Os autores reafirmam o equívoco no pensamento de que a Melhor-Resposta poderia corrigir absurdos decorrentes da interpretação literal da norma, pois consideram que ao corrigir as leis feitas pelo legislativo, os defensores da Melhor-Resposta supõem que os juízes irão acertar sempre, e mais, que os casos em análise são mesmo de absurdos, sendo que poderiam ser uma consequência prevista e querida pelo legislativo.

Estas considerações são claras para mostrar que, do ponto de vistas do trabalho, acerca das instituições e interpretações, qualquer das teorias que despreze as capacidades institucionais terá erro insanável, e o primeiro deles é não perceber a dimensão da eficiência encontrada neste debate entre Melhor-Resposta e Resposta-Satisfatória. Além disso, nenhuma das teorias por eles analisadas demonstram porque a Melhor-Resposta é indispensável, mas apenas as pressupõem em suas abordagens.

Para Sunstein e Vermeule, a Resposta-Satisfatória seria capaz de atender e unir teorias de abordagens distintas – ainda que não tenham sido citadas por eles,

pois independentemente de qual seja, ela reduz as margens de erros e custos quando analisadas em larga escala, possibilitando que abordagens distintas cheguem ao mesmo resultado. Independentemente se a abordagem busca significados que não existem ou intenções e valores inalcançáveis, haverá sempre redução de custos e erros.

O que as teorias interpretativas têm negligenciado é que uma análise institucional é condição necessária para saber qual regra interpretativa deve ser usada, ainda que sozinha não possa dar uma resposta. É um erro lógico supor que os intérpretes devam chegar à mesma conclusão quanto a que regra interpretativa usar. Ainda, o empirismo seria uma boa maneira de verificar se as teorias têm encontrado um ambiente adequado para a sua aplicação e se têm sido aplicadas coerente e corretamente.

c) Empirismo e formalismo: Neste sentido, o empirismo assume uma condição indispensável para o estudo das capacidades institucionais, uma vez que as respostas propostas somente podem ser consideradas válidas sob uma perspectiva empírica.

Fundado neste empirismo, os autores apontam que o formalismo seria um bom caminho se confirmássemos a hipótese de que no caso de uma aplicação literal da lei que cause absurdos, o legislativo respondesse em tempo razoável a este absurdo, ou com a alteração da lei, ou até mesmo com manifestação de que o absurdo aparente é consciente e tem um propósito.

Dentro desta questão, também seriam verificados quais dos caminhos teriam mais custos. Possivelmente, as decisões não formalistas têm custos muito mais altos, tendo em vista que exige mais do julgador e seus servidores, demandando mais tempo para se decidir e para aprofundar em questões que não são as primárias para o julgador. Ademais, as questões de Melhor-Resposta, como já mencionado, naturalmente possuem um custo mais elevado, levando à conclusão de que empiricamente o formalismo teria um custo mais reduzido.

Outra questão empírica relaciona-se aos erros do judiciário, dos quais os autores afirmam que uma postura não-formalista assume mais riscos ao ir além do texto legal. Além deste risco, há ainda questões de cunho pessoal, ou até mesmo outras questões de fundo, que poderiam ser legitimadas com outras abordagens interpretativas que não a formalista.

d) Formalismo: os autores defendem o formalismo não como uma abordagem interpretativa que a constituição ou as leis impõem, mas como uma conclusão. Concluem que esta forma de se ater à letra da lei é uma maneira de melhorar o sistema legal. Os autores citam ter conhecimento de que nem todos os textos são claros, mas que isto não significa que todos os textos são obscuros e, por isso, a importância do contexto para encontrar o significado normativo da lei.

Formalism as a decisionmaking strategy in statutory interpretation, or for that matter in any other setting, can be justified or opposed (solely) on the basis of a forward-looking assessment of consequences of the competing alternatives. (...) The correct ground for opposing formalism is that antiformalism will produce better consequences for public law than formalism would. (SUNSTEIN e VERMEULE, 2002, p. 28)⁵.

Sob tais argumentos, empiricamente os autores indicam que são dois avaliadores que motivam e justificam o formalismo: a) o melhor desempenho dos julgamentos e b) menores efeitos colaterais relativos aos efeitos sistêmicos. Dentro de tais avaliações apontam questões relevantes, como os limites das informações e de tempo para o judiciário em relação ao legislativo, que uma corte especializada conseguiria/poderia ser anti-formalista e, quanto aos arranjos institucionais, uma abordagem formalista resultaria em um legislativo mais atento.

Nestes pontos os autores são claros ao afirmarem que analisam o sistema legal nos EUA, e que lá, por possuir uma resposta rápida do legislativo, a abordagem formalista seria melhor, e que tal análise sempre deve ser feita empiricamente, tanto analisando a realidade corrente quanto a avaliação dos atos formalistas para avaliar se estão surtindo o efeito proposto.

e) Agências reguladoras: o texto continua a análise institucional, abordando a relação das agências reguladoras e os sistemas interpretativos adotados pelos tribunais.

Para tanto, duas perguntas norteiam a questão: se os tribunais deveriam adentrar no mérito de decisões feitas por agências, tendo poder de modificação das

⁵ “O formalismo como uma estratégia de fazer decisões na interpretação legal, ou para este assunto em qualquer outro ambiente, pode ser justificado ou contrariado (unicamente) com base em um prospecto avaliativo das consequências das alternativas concorrentes (...) o ambiente correto para se opor ao formalismo é com o antiformalismo produzindo melhores resultados para o direito do que o formalismo poderia produzir.” (tradução livre).

mesmas; e se as agências poderiam realizar interpretações criativas que, na prática, acabariam por inovar no Direito.

Sunstein e Vermeule afirmam que esta resposta só pode ser dada em conformidade com os arranjos institucionais, mas pressupõem um caminho melhor. Esta via por eles proposta afirma que as agências teriam uma expertise maior, tendo capacidade de perceber os efeitos sistêmicos com uma precisão técnica, até porque regulamentam áreas muito específicas. Por tal capacidade, as agências poderiam interpretar além do formalismo, corrigindo absurdos legislativos ou até estendendo o texto legal.

Para tanto, seria importante que os tribunais não interferissem em decisões das agências, salvo em casos excepcionais de decisões desarrazoáveis em relação aos textos legais.

Os autores citam exemplos que mostram que a capacidade crítica das agências permitiria que elas analisassem casos concretos de maneira diversa à letra seca da lei, argumentando que, em alguns casos, a lei levaria a uma situação contrária ao que a própria norma tenta tutelar.

Outro argumento de defesa do poder de regulamentação e criação normativa na interpretação, feita pelas agências, visa uniformizar os entendimentos por todo o país, o que geralmente não ocorre nos tribunais. Considerando que os tribunais estaduais e regionais são muitos e não têm subordinação e dependência entre si, os autores apontam que, ao não serem formalistas, os jurisdicionados não têm expectativas concretas de direito, uma vez que entendimentos sobre a mesma matéria tendem a variar de lugar para lugar. Mas, considerando que as agências são federais e apenas uma para cada matéria, haveria uma uniformização e, conseqüentemente, maior segurança jurídica.

O texto ressalva a questão de as agências, algumas vezes, serem pressionadas ou influenciadas por aspectos não técnicos, o que retiraria a legitimidade dos argumentos apresentados. Sendo que tal questão deve ser avaliada empiricamente. Assim, o próprio judiciário poderia exercer um maior controle (ou menor), de acordo com a percepção de que estas influências externas determinem as decisões das agências.

Podemos concluir que, para os autores, toda a cegueira institucional criada nas teorias da interpretação é advinda da pergunta que motiva as análises: “como

eu julgaria se eu fosse o juiz?” Sendo que a pergunta correta deveria ser: “como juízes podem julgar nas condições reais em que eles se encontram?”

Assim, a análise institucional por eles feita considera que a) a maioria dos juízes e tribunais são generalistas; b) a capacidade institucional do judiciário não possibilita conhecer os efeitos sistêmicos de suas decisões, em especial quando elas não são formalistas; e c) em um ambiente descrito por eles, o legislativo e as agências reguladoras teriam maiores capacidades para conhecer dos efeitos sistêmicos e criar regras.

Neste sentido, as premissas encontradas são que a) a Resposta-Satisfatória acaba por ser melhor que a busca pela Melhor-Resposta, principalmente se levarmos em conta os limites humanos e institucionais do judiciário; b) o empirismo é condição necessária para a escolha da abordagem interpretativa e arranjos institucionais; e c) as condições empíricas por eles analisadas leva a conclusão que o formalismo seria a melhor abordagem interpretativa nos EUA hoje.

2.2 A virada institucional no Brasil

No Brasil, o texto que consideramos ser o que melhor sistematiza e descreve a teoria das capacidades institucionais é *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, de Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal (2011).

Este trabalho buscou pontuar o que há de coerente no artigo que cria a análise das capacidades institucionais como abordagem argumentativa, como o que tem sido feito no Brasil, sintetizando o que seriam as premissas básicas da teoria e as falácias comuns em se atribuir o nome de capacidade institucional sem coerência científica com os trabalhos desenvolvidos.

Assim, entendemos ser a leitura central da teoria no Brasil, motivo pelo qual revisitamos as leituras por eles indicadas⁶ para, do nosso ponto de vista, comparar o

⁶ A saber, os trabalhos nacionais indicados por Arguelhes e Leal são “Diego Werneck Arguelhes (2006); Fernando Leal (2006); Luís Fernando Schuartz (2007, pp. 1 - 41); Daniel Sarmiento (2008, pp. 311-322). Gustavo Binenbojm e André Rodrigues Cyrino (2009, pp. 739-760); José Ribas Vieira; Margarida Lacombe Camargo; Alexandre Garrido da Silva (2009, pp. 1-10); Luis Roberto Barroso (2010, pp. 3-41); André Rodrigues Cyrino (2009/2010).” (ARGUELHES e LEAL, 2011, p. 1). Importante mencionar que não nos limitamos a tais trabalhos, apesar de serem os principais. Foram lidas referências indicadas nos trabalhos acima, foi realizada pesquisa de artigos em acervos eletrônicos e pesquisa sobre o tema na *internet*.

texto de Arguelhes e Leal (2011) com o trabalho desenvolvido por Sunstein e Vermeule. Consequentemente, as pesquisas indicadas por Arguelhes e Leal serão aqui trabalhadas.

Desta forma, ao final deste sub-item, será possível elencar o que de fato é enfrentado pelos autores nacionais em relação a teoria das capacidades institucionais e o novo formalismo.

Arguelhes e Leal iniciam a busca pelo que seria a análise das capacidades institucionais, trabalhando o significado semântico referencial do termo na linguagem jurídica, sendo que haveria duas formas de usar a expressão capacidades institucionais:

- 1) *a referência às “capacidades” de juízes e tribunais pretende realçar as habilidades, recursos, condições e limitações concretas dessas instituições no exercício da função jurisdicional. (ARGUELHES e LEAL, p.1).*
- 2) *há autores que procuram enfatizar de forma mais abrangente a dimensão ‘institucional’ da expressão, analisando como o exercício dessas capacidades se desenvolve em arranjos marcados pela pluralidade de atores judiciais e não-judiciais, cada um com suas diferentes capacidades, recursos e mecanismos para fazer escolhas – seja entre decisões específicas, seja entre decisões sobre como tomar decisões. (ARGUELHES e LEAL, p.2).*

Para os autores, o que teria relevância no trabalho aqui desenvolvido seria apenas o significado designado pelo item 2, o tema que será abordado e criticado por eles.

Neste sentido, o debate, que recairá sobre as abordagens da interpretação, é uma tentativa de delimitar os limites institucionais de cada poder estatal (ou função), acarretando, como consequência, na percepção de que os demais poderes estatais teriam mais instrumentos para melhor aferir uma decisão e, por isso, a necessidade de auto-contenção do judiciário.

Arguelhes e Leal questionam se autores brasileiros, mesmo que sempre façam menção ao trabalho original de Sunstein e Vermeule, não estariam falando da mesma coisa e sobre os mesmos pressupostos, ou estariam simplesmente reproduzindo um argumento sem reflexão sobre o mesmo (ARGUELHES e LEAL, 2002, p. 4) como forma de legitimar uma ação meramente minimalista dos julgadores:

Corre-se o risco de que a idéia de “capacidades institucionais”, em vez de sintetizar um argumento original, útil e juridicamente plausível, seja

empregada como: (a) um recurso de baixíssimo potencial crítico, porque facilmente incorporável (ou já incorporado) por qualquer teoria normativa minimamente sofisticada – um uso banal; (b) um rótulo novo para categorias dogmáticas antigas, sem que a invocação de “capacidades institucionais” traga consigo qualquer efetivo benefício prático ou conceitual – um uso redundante; ou (c) um argumento pragmático completamente desvinculado do direito positivo e, assim, incompatível com pressupostos e condicionamentos básicos do raciocínio judicial – um uso absurdo. (ARGUELHES e LEAL, 2002, p. 4, grifos nossos).

Neste sentido, propõem a busca pelos pontos em comum dos textos brasileiros e uma sistematização da teoria das capacidades institucionais, tecendo críticas partindo da reconstrução do trabalho *Institutions and Interpretation*, de Cass Sunstein e Adrian Vermeule.

Os autores apontam haver na teoria das capacidades institucionais o objetivo e a necessidade de encontrar um método confiável e seguro para dar respostas aos problemas do Direito. Apresentam a análise das capacidades institucionais focada no judiciário como uma forma de estabelecer a operação argumentativa do Direito.⁷

a expressão “capacidades institucionais” (quando expressamente relacionada ao Poder Judiciário) deve ser encarada como a síntese de um esquema argumentativo com pressupostos, condições e um método de operacionalização específicos. (ARGUELHES e LEAL, 2002, p. 5).

Arguelhes e Leal elencam aquelas que seriam as premissas da teoria das capacidades institucionais, tirando dali uma conclusão. As premissas seriam três, a) que a separação de poderes pressupõe graus de especialização deles, que refletirá na sua capacidade;⁸ b) que toda tentativa de exercer estas funções, por mais especializada que seja a instituição, está condenada a alguma margem de erro e incertezas; c) que as alternativas de decisão a serem analisadas devem estar em conformidade com as consequências dos mesmos valores ou objetivos (ARGUELHES e LEAL, 2011, p. 6). A conclusão a que chegam é no sentido de que as premissas direcionem o judiciário na busca da segunda melhor opção – que por nós foi traduzida como Resposta-Razoável, em razão da consciência do limite do

⁷ De maneira diversa, entendemos que Sunstein e Vermeule não se preocupam muito com o método, apenas dizem que se o método argumentativo não presta atenção à análise institucional, ele está fadado ao fracasso e que, nas condições dos EUA, eles pensam que o formalismo seria o melhor método argumentativo, mas que ele deve ser sempre verificado com as condições sociais locais e sempre analisando as consequências desta abordagem.

⁸ Entendemos que neste caso a questão não estaria ligada à função do poder em si, mas à situação fática de cada poder e sua organização interna. Isto é confirmado quando os autores trabalham a questão empírica e afirmam que seria possível tribunais especializados em alguma matéria decidirem de forma não formalista, no intuito de evitar abusos e proteger os direitos tutelados pela norma.

judiciário, abrindo mão de qualquer premissa idealista da hermenêutica ou relações institucionais.

Importante perceber que sob esta visão, a perspectiva consequencialista é considerada como premissa, como se vê no item c, uma vez que o julgador não busca a solução ideal mas, dentro daquelas possíveis, deverá ser buscada a decisão com uma preocupação com as conseqüências. Os autores não adentram em qual tipo de consequencialismo deve ser levado em conta e, considerando suas mais variadas formas desenvolvidas nos Estados Unidos, abrem a possibilidade de críticas e de interpretações mais amplas do que possam ter dito.⁹

Para Arguelhes e Leal é importante que as instituições e suas habilidades, em especial o judiciário, não sejam analisadas apenas como um agente em um arranjo institucional qualquer, sem perceber a dependência que há entre a instituição e as regras do arranjo. As escolhas do Judiciário não devem ser analisadas como se as habilidades, limitações e o exercício das competências de juízes e tribunais se dessem em um vazio institucional.

No momento em que nos deparamos com tensões interinstitucionais, devemos resolvê-las observando os méritos e deméritos das outras instituições, que também teriam capacidade para resolver o mesmo problema (ARGUELHES e LEAL, 2011, p. 9). Ou seja, para estabelecer um critério de quem é o competente a decidir é necessário passar por uma análise de quem teria mais instrumentos para tal.

Quando abordam sobre a questão do empirismo na teoria das capacidades institucionais, os autores citam a exigência de analisar as condições dos órgãos judiciários, como quantidade de processos, limite temporal para se julgar, diversidade de causas em uma mesma vara, dentre outros.

Nesse ponto, referir-se às “capacidades” de uma instituição implica fundamentalmente indicar os seus méritos comparativos para decidir tanto questões que podem estar sob a esfera de competências de mais de uma instituição, quanto problemas cujas soluções por uma dada instituição terão efeitos sobre objetivos compartilhados por outras instituições. (...) A relevância das análises institucionais comparativas se fundamenta, nesta segunda dimensão, sobre a importância da redução das chances de erro por meio da indicação da instituição menos falível para decidir determinadas questões. (ARGUELHES e LEAL, 2011, p. 10-11).

⁹ Além de não especificarem o tipo de consequencialismo, entendemos que no trabalho de Sunstein e Vermeule, o único momento que o abordam, fazem na análise de Posner. E de maneira diversa com a qual Arguelhes e Leal apresentam, criticam que o judiciário não teria capacidade para averiguar as conseqüências de uma decisão, ou seja, a questão dos efeitos sistêmicos.

Na tentativa de sistematizar melhor esta abordagem das capacidades institucionais, Arguelhes e Leal realizam uma classificação de pressupostos teóricos que são os estruturais, epistêmicos e metodológicos, que passaremos a sintetizar.

O primeiro pressuposto seria o **estrutural**, começando com o a) funcionalismo e especialização: a Constituição funciona como um “arquiteto constitucional”, que distribui aos poderes suas funções e competências de acordo com a facilidade que o poder escolhido terá para decidir sobre determinada matéria, os órgãos seriam especializados. Os autores assumem que esta visão é um pouco idealista, em virtude do dinamismo das relações institucionais e das complexidades reais da vida.

Sobre o tema, Vieira, Camargo e Silva, em *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial* (2009), criticam o STF por ter substituído a Constituição, sendo ele o atual arquiteto, ou seja, quem tem aumentado o dinamismo, de forma ilegítima, para conferir a si a competência que a Constituição não teria conferido a ele. Mesmo sem tocar nesta crítica, Leal e Arguelhes informam que o projeto inicial da Constituição é de suma importância para conhecer as competências e especializações de cada poder.

Ainda, no que diz respeito ao pressuposto estrutural, teríamos a segunda classificação, que se relaciona com o b) compromisso interinstitucional: assim, é pressuposto da teoria que, apesar dos conflitos para se delimitar as competências em situações mais complexas, como o limite do judiciário para adentrar em uma questão política, há entre as instituições alguns objetivos comuns, geralmente estipulados pela ordem constitucional vigente e, assim, presentes pontos de convergências que estabilizariam a tensão entre os poderes.

Desta forma, eles sintetizam os pressupostos estruturais: “*Nesse sentido, pode-se dizer que, no limite, o argumento das capacidades institucionais expressa uma tentativa de eliminação de redundâncias¹⁰ e ambiguidades no desenho institucional.*” (ARGUELHES e LEAL, 2011, p. 14).

Uma segunda classificação entre os pressupostos é chamada de **epistêmica**, que é trabalhada inicialmente com a espécie a) falibilidade potencial e contingência

¹⁰ A expressão redundância é utilizada para explicar o fenômeno constitucional no qual a Constituição estabelece competência para mais de um poder sobre a mesma matéria e circunstâncias iguais. Vemos um possível problema na crítica dos autores, em querer acabar com as redundâncias. Talvez as redundâncias estabelecidas de forma pensada e complexa facilitariam de fato um diálogo institucional, mesmo que não tão pacífico e com mais tensão, e permitiria que os atos dos órgãos servissem para estimular a reação do outro órgão.

das capacidades: tal pressuposto está ligado à constante incerteza das decisões em relação ao resultado concreto, ou seja, se o objetivo (fim) almejado foi conquistado. Indicando, como causa dessas limitações das instituições, pontos como o modo cognitivo e a linguagem¹¹ de cada uma.

Uma questão importante para explicar o por que do pressuposto da falibilidade e contingência quando a teoria das capacidades institucionais é utilizada é:

Se, à luz das capacidades de uma determinada instituição, não se questiona a sua aptidão para, por meio de suas decisões, promover os objetivos para os quais foi desenhada, análises a respeito dos seus méritos e deméritos relativos a outra(s) instituição(ões) perdem completamente o sentido. (ARGUELHES e LEAL, 2011, p. 15).

Ainda sobre esta questão, um ponto muito importante é a proposta de verificar quem possui melhor condição fática e normativa para fazer juízo sobre determinada matéria. Para isso os autores desenharam um exemplo que mostra como a teoria está fundada mais em um empirismo forte e na necessidade de verificação pragmática dos resultados do que em uma normatividade jurídica. Se há tal incerteza, Arguelhes e Leal buscam uma solução fundada em números matemáticos e probabilísticos, como a porcentagem que uma instituição tem de resolver melhor um determinado problema.

Se, em face de um problema P, for possível determinar que a solução S1 proposta pela instituição I1 é capaz de promover o objetivo social O com 40% de confiabilidade e que a solução S2, dada pela instituição I2, é capaz de promover o mesmo objetivo com 70% (dado que não há violação de competências expressamente previstas pelo direito positivo e aceito que tanto S1 como S2 não causam restrições a outros objetivos relevantes ou, se causam, fazem-no com a mesma intensidade), não é preciso comparar as suas capacidades para que se saiba qual resposta institucional é socialmente preferível. Ao contrário, medir as capacidades relativas de diferentes instituições é útil como recurso argumentativo quando há incerteza quanto ao grau de confiabilidade das respostas que oferecem. Se é preciso apostar em escolhas sob condições de incerteza, é preferível que a decisão recaia, então, sobre as decisões da instituição que, pelo menos fática e normativamente, apresenta as melhores condições para trazer respostas satisfatórias para problemas dessa natureza. (ARGUELHES e LEAL, 2011, p. 15).

¹¹ Pensamos que se olharmos os discursos a partir da noção de justificação e de aplicação, como bem ensina Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004), a questão de cognição das instituições também pode ser encarada como de jogos de linguagem distintos um do outro. Isto significa dizer que é próprio do judiciário trabalhar sob a ótica do discurso de aplicação, enquanto ao legislativo lhe é atribuído o discurso de justificação. Esse seria um modo de diferenciação da lógica própria do sistema jurídico para o sistema político.

Com vista na possibilidade da pergunta “qual instituição deve decidir?”, os autores mencionam que as situações fáticas e normativas variam constantemente e sem previsibilidade, assim, qualquer discussão abstrata sobre qual o melhor órgão para a tomada de decisão não teria fundamento para se sustentar sozinha. Apesar de que também afirmam que não se deve exigir uma análise de cada caso concreto para saber se há ou não “capacidade” da instituição, ficando em aberto se a verificação se daria em abstrato ou em concreto.

O último gênero dos pressupostos é o **metodológico**, sendo que o a) consequencialismo seria um forte argumento da teoria da capacidade institucional. Na obra analisada é possível identificar um trecho que contém clara crença em um texto semanticamente objetivo e em outro subjetivo, como se fosse possível dizer que determinadas regras são claras ou não. A mesma discussão sobre a diferença entre regras e princípios presente, principalmente, no debate entre Hart e Dworkin:

Se regras textualmente expressas de competência resolvem um problema, não há porque recorrer ao argumento das capacidades institucionais, que deve entrar em cena justamente nos interstícios das áreas claramente determinadas ou determináveis por dispositivos legais. (ARGUELHES e LEAL, 2011, p. 20)

Feitas as análises dos pressupostos por eles extraídos da teoria das capacidades institucionais, Arguelhes e Leal citam sobre a questão daquilo que eles chamam de segunda melhor razão e que neste trabalho traduzimos para Resposta-Razoável.

Eles afirmam que a questão da segunda melhor razão seria justificada com base em teorias econômicas de eficiência, o considerando que nunca temos condições ideais para realizar escolhas, com tempo limitado, a ausência de informações e de conhecimento, a vagueza normativa e outros. Assim, o mais eficiente é buscar a média, ou seja, não se exigir a melhor decisão, mas a segunda melhor, possibilitando uma maior eficácia quando analisadas todas as decisões da instituição.

No mesmo sentido, vale anotar as explicações descritas por Luis Fernando Schuartz, no artigo *Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência* (2007). O artigo trabalha acerca das decisões sobre concorrência, tema ligado ao direito econômico. Schuartz defende a tese de uma autonomia do Direito, que não deveria se submeter à

economia e, para isso, defende a ideia de uma transposição de argumentos econômicos para a linguagem jurídica.

Para tanto, passa a expor sua análise e argumentos a respeito do tema com diversos cálculos¹², argumentando sob a ótica da eficiência e dos custos de decisões.

O importante aqui é frisar a justificativa e explicação sobre a opção da decisão satisfatória (ou Resposta-Satisfatória), ideia que afirma que a partir de um determinado momento os julgamentos (vistas de uma maneira ampla, e não uma por uma) têm seu custo aumentado exponencialmente, quando esses buscam a infalibilidade. Desta forma, haveria a possibilidade de se medir e determinar uma média na qual o custo da decisão ainda não seria tão elevado e o custo das sentenças que são equivocadas seria pequeno em relação ao primeiro e, assim, estas decisões satisfatórias seriam as mais eficientes.

Também é exposto que, com base nesta relação de custo/benefício das decisões, uma teoria mais simples, com regras para decisões menos sofisticadas, possibilitaria a redução considerável dos custos, principalmente porque se adaptariam melhor aos limites institucionais do judiciário. Os custos de uma norma mais eficiente seriam muito menores e mais vantajosos do que os gastos realizados com as decisões do judiciário, ainda mais aquelas que buscariam a melhor decisão. Assim, a busca pela segunda melhor decisão, a Resposta-Satisfatória – ou, como o título sugere, a decisão boa – seria aquela que melhor se adequa à capacidade institucional do judiciário.

*A representação de um problema de decisão como busca por opções orientada em níveis de aspiração e resultados apenas satisfatórios segundo esses níveis é particularmente atraente para se pensar a respeito dos procedimentos jurídicos de coleta e ponderação de indícios e provas, pois trata-se, por definição, de processos de busca de novas informações sujeitos a restrições de natureza cognitiva, que devem ser necessariamente interrompidos em um dado momento para possibilitar a tomada de uma decisão vinculante em relação a terceiros, e nos quais o recurso ao critério da igualdade entre custos e benefícios marginais enquanto regra de parada parece pouco recomendável por razões operacionais. Essa conclusão é reforçada com argumentos inspirados naquilo que poderíamos denominar de “**virada institucional**” na teoria da interpretação jurídica, que requer, na escolha da melhor teoria, a reflexão sobre as capacidades institucionais, para a sua aplicação adequada, dos órgãos chamados a aplicá-la nos casos concretos. (SCHUARTZ, 2007, p. 38, grifos nossos)*

¹² Não adentraremos nos argumentos específicos da matemática, tanto por fugir um pouco do tema da pesquisa, quanto pela dificuldade natural do método argumentativo utilizado na presente pesquisa ser diverso do universo matemático.

Se, por um lado, a busca pela decisão ótima pode levar ao infinito na busca pela prova e argumento perfeito, o que aumenta o seu custo, por outro lado, a busca pelo bom, ciente que o julgador é de ‘carne e osso’ e limitado materialmente pela sua instituição, estabelece critérios de parada, a parada satisfatória. Assim, se deparar com argumentos e provas mínimas¹³, que geralmente são estabelecidas pelos precedentes ou regras de decisões, o julgador decide e acaba por economizar custos das mais variadas ordens, tanto à instituição a qual pertence quanto para as partes envolvidas:

Nestes, os custos associados a decisões racionais também são levados em conta, mas no lugar da comparação entre valores assumidos pela variável de escolha e níveis de aspiração aparece, como vimos, a idéia de uma “regra ótima de parada”, ou seja, um critério que determina a interrupção do processo de busca quando os custos e os benefícios marginais associados à busca são iguais. A objeção imediata a essa proposta de solução do problema das limitações de indivíduos de carne e osso em situações reais de decisão é que ela apenas o desloca para um outro nível, uma vez que as condições necessárias para a realização dessa análise custo-benefício demandam uma meta-regra ótima de parada, e assim potencialmente ad infinitum. (SCHUARTZ, 2007, p. 37).

Retornando ao texto de Arguelhes e Leal, a crítica continua no sentido de descrever como a teoria desenvolvida pelos brasileiros acaba caindo na banalidade, redundância ou absurdo e, mesmo com citações de Vermeule e Sunstein, de maneira fortemente distorcida.

Assim, classificam como banal o uso do termo capacidades institucionais quando utilizado simplesmente para descartar teorias normativas sob o argumento de que, na prática, as coisas funcionem diferentes. Não seria o mesmo que o argumento da segunda melhor opção (Resposta-Satisfatória) que, por sua vez, consiste em um reconhecimento de que existe teoria melhor, mas que as condições fáticas ideais exigidas seriam tão difíceis de serem alcançadas que se prefere escolher a segunda melhor, no intuito de obter mais resultados aceitáveis.

¹³ Completando o raciocínio, o autor adere de forma explícita à virada institucional, apesar do termo capacidades institucionais ser utilizado em um sentido mais estrito, mais literal, o que Leal e Arguelhes chamaram de redundância. Mesmo que concordemos com a crítica de Leal e Arguelhes quanto ao uso redundante do termo, pensamos que o trabalho de Schuartz justifica o uso restrito do termo capacidade institucional de modo pragmático e consequencialista, motivo pelo que, ainda que não seja exatamente a mesma leitura da teoria da virada institucional, possui coerência com os autores pioneiros, Vermeule e Susteim, no que diz respeito à Resposta-Satisfatória.

Isto não implicaria abandonar o caráter normativo das teorias sob a alegação da prática, ou uma hierarquia entre teoria e prática. Mas, para eles, seria assumir a tensão de forma mútua.

A redundância seria, por sua vez, o uso do termo capacidades institucionais para dar nova roupagem ao formalismo na interpretação da constituição, como o exemplo de afirmar que o judiciário tem capacidade de julgar algo porque o texto constitucional afirma neste sentido. Ou seja, é redundante, pois o termo e a teoria “capacidades institucionais” em nada acrescentam. Trazemos as palavras de Arguelhes e Leal para exemplificar casos de redundância em que nada acrescentaria à teoria das capacidades institucionais:

Podemos incluir aqui afirmativas segundo as quais o Poder Judiciário tem menos capacidade institucional de decidir questões técnicas complexas. As expectativas quanto a onde essas propriedades idealizadas serão ou não encontradas são, por certo, fundamentadas em aspectos do desenho institucional. Nesse sentido, um uso possível (e, mais uma vez, irrelevante) da noção de “capacidades institucionais” é como simples advertência sobre as consequências nocivas que podem advir de se confiar no Poder Judiciário para tomar decisões sobre problemas que envolvem conhecimento técnico. (ARGUELHES e LEAL, 2011, p. 32).

O que os autores citam como uso absurdo do argumento é, na verdade, a inobservância de “normas razoavelmente claras” em detrimento de um consequencialismo como único motivador da decisão, uma sobreposição fortíssima das consequências sobre as normas, o que acarretaria em decisões *contra legem*, algo que os autores são totalmente contra.

As conclusões tiradas por Arguelhes e Leal podem sintetizar o método das capacidades institucionais em basicamente dois fatores no quesito de aferir habilidades epistêmicas das instituições e, conseqüentemente, na legitimidade que tal órgão tem para tomar determinadas decisões, conforme se extrai deste trecho:

O argumento das capacidades institucionais se refere às habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico. Ele é considerado um pressuposto, à luz dos limites e capacidades do Poder Judiciário em si e em comparação com outras instituições, para a seleção de métodos de decisão mais apropriados nos quais juízes podem se orientar para interpretar textos e tomar decisões confiáveis. Funciona como critério para apreciar possíveis metodologias de tomada de decisão, e não como argumento de primeira-ordem voltado para criticar ou justificar decisões institucionais específicas. Pensar em capacidades institucionais significa, dessa forma, levar a sério as limitações e qualificações de uma determinada instituição no desenvolvimento de análises estáticas e dinâmicas relacionadas ao exercício de suas funções. (ARGUELHES e LEAL, 2011, p. 35).

Feita essa análise, podemos prosseguir quanto aos acréscimos de outros autores brasileiros. Cyrino, em *Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um amicus curiae regulatório* (2010), começa seu artigo trabalhando a noção de divisão dos poderes sob a ótica de Bruce Ackerman, que explora essencialmente a questão do parlamentarismo contido como um modelo que possibilita a otimização das instituições. Assim, tratando da questão da especialização como método de otimização das instituições, Cyrino começa a apontar uma direção ao tema que abarcará a sua questão inicial – a questão das agências reguladoras. Tema este que não é trabalhado por Arguelhes e Leal, mas é de grande destaque no pensamento de Sunstein e Vermeule.

Cyrino defende a criação e capacitação de órgãos técnicos que possam criar, implementar e decidir sobre normas de forma imparcial, sem a preocupação com votos, utilizando do raciocínio de que quanto mais técnicas, menos tiranas são as decisões.¹⁴

Há a concepção da necessidade de criação de um poder regulatório, análogo a um quarto poder, baseado na especialização e neutralidade política. Inclusive, aos órgãos regulatórios deveria ser dado poder, por meio de arranjos institucionais, que possibilite a criação de norma, ainda que a questão da legitimidade fique prejudicada (CYRINO, 2010, p. 9). Neste cenário, *a priori*, o judiciário teria o papel de revisar apenas decisões dos órgãos regulatórios que afetassem os direitos fundamentais.

De fato, estando relativamente superada a tese de que a discricionariedade administrativa é insuscetível de controle judicial, torna-se teoricamente possível ao juiz rever em muitos aspectos as decisões ditas de discricionariedade técnica dos órgãos reguladores. Tal revisão dar-se-á, por exemplo, através da aplicação do postulado da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), ou ainda através de uma análise da eficiência da medida (art. 37, caput, CF). É onde surgem os problemas. Tais análises de proporcionalidade e eficiência demandam a verificação de muitos aspectos de ordem econômica, social, técnica e sistêmica. (CYRINO, 2010, p. 11-12).

Neste sentido, o problema da falta de expertise técnica, ou profunda especialização, para Cyrino, seria um obstáculo intransponível ao judiciário no que

¹⁴ Relembramos que, neste ponto, a teoria original de Sunstein e Vermeule assume que as agências teriam dois lados em uma mesma moeda, pois percebem que nem sempre as agências dão decisões técnicas e, às vezes, por não terem a autonomia de poder, como os juízes, podem se deixar levar por pressões ou até mesmo questões de plano de fundo, não especificadas, mas que podemos traduzir como interesses pessoais.

tange às revisões de decisões ou pareceres das agências reguladoras, acarretando, inclusive, consequências sistêmicas das quais os juízes não são capazes de prever. É por isso que o judiciário não poderia rever tais atos.

Ao ler o trabalho analisado, percebe-se que Cyrino dá um passo maior que Sunstein e Vermeule, pois a confiança dada às agências reguladoras poderia faltar de uma análise institucional das próprias agências – ou pelo menos bem diferente do que anotam os americanos. Como já mencionado, o fato de não perceber que as agências não são tão puramente técnicas, por exemplo, é algo que corrobora nossa visão e demonstra uma crença exagerada na imparcialidade científica¹⁵. Pensamos que uma leitura mais contida é necessária para manter coerência com os autores norte-americanos.

Segundo Cyrino, a abertura para a especialização com as agências e as complexidades que surgem na atual sociedade acarretaria no aparecimento de argumentos não jurídicos no deslinde de ações. Nesse ponto, a limitação do julgador como ser falível ganha ainda mais destaque, algo que não seria considerado pelos hermeneutas atuais.

Fundados em Vermeule e Sunstein, Binembojm e Cyrino (2009) propõem que para a superação dessa falibilidade, o primeiro passo é reconhecê-la e, depois, repensar a separação de poderes e possibilitar um novo desenho que favoreça aos arranjos institucionais, separando melhor as funções e as especializações que agem neste sistema, aumentando a expertise e a capacidade das instituições. Contudo, tal proposição é, de certa forma, genérica, sem especificar como isso poderia ser feito, e como deveria ser realizado nos moldes dos autores norte-americanos. A postura explícita encontrada no mencionado artigo é da vedação do judiciário não poder adentrar em questões políticas e econômicas, pois seus instrumentos institucionais não permitiriam uma análise adequada dos respectivos assuntos.

Ainda preocupado com esta questão da expertise necessária para julgar, afirma Cyrino que

O problema é a falta de informação e conhecimento. Pode-se dizer que o ingresso de elementos não jurídicos no discurso dos aplicadores do direito pretende transformar, ao menos teoricamente, o jurista em cientista social, economista, sociólogo, capaz de entender todas as engrenagens pertinentes para o deslinde de uma controvérsia. Terão os nossos juízes

¹⁵ “Para regular as relações sociais e econômicas, carece-se, sem se propugnar por um regime tecnocrático, de justificativas científicas, as quais são, também, importantes para que se alcance a imparcialidade da atuação estatal.” (CYRINO, 2010, P. 13).

tamanho capacidade empírica? Parece-nos que não. (CYRINO, 2010, p. 15).

Durante seu trabalho, Cyrino demonstra que o argumento consequencialista é premissa de suma importância ao seu pensamento, devendo sempre o julgador se preocupar com as consequências de sua decisão, inclusive, é um dos argumentos que o leva à defesa da inflação de poderes às agências reguladoras.¹⁶

É possível dizer que a tese central do artigo seja a proposta de participação das instituições reguladoras como mecanismo de auxílio a informação ao judiciário, que seria uma forma legítima de ampliar os argumentos e informações no processo, reconhecendo o limite do julgador, mas sem retirar do judiciário a função de julgar.

Importante salientar que vemos no trabalho de Cyrino bastante distância entre o trabalho de Arguelhes e Leal. Isso porque o argumento das capacidades institucionais descrito por eles pressupõe o reconhecimento do limite do judiciário, mas a solução proposta seria a transferência da legitimidade de julgar para outra instituição que tiver mais capacidade institucional. Enquanto que Cyrino, após afirmar a falibilidade e insuficiência do judiciário, crer que o caminho seria no sentido de aumentar os atores processuais quando necessário.

Cyrino entende que, nesses casos, não haveria um interesse jurídico processual dos órgãos e entidades estatais para que o pólo processual fosse ampliado, mas um interesse institucional.

A conclusão do autor em suas palavras:

Ao final deste artigo, o que podemos concluir é que há uma necessidade de que se repense o papel das agências reguladoras e do Poder Judiciário no âmbito da separação de Poderes estatais, sem que se desconsiderem os valores que orientaram e justificaram a consagração da mesma, quais sejam, a democracia, a especialização profissional, e a proteção dos direitos fundamentais. (CYRINO, 2010, P. 26).

Luís Roberto Barroso é outro autor comumente citado quando se trata a questão da virada institucional no Brasil, em particular o artigo *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo* (2012).

¹⁶ Apesar de não termos uma concepção sistemática sobre o tema, cremos que as consequências devem ser analisadas em segundo plano e de forma jurídica. Ou seja, ao se perceber as consequências de uma determinada decisão, é exigível que o julgador também analise as consequências com base em argumentos jurídicos. É necessário que a responsabilidade do julgador se atente para as consequências mas, como forma de garantir a aplicação do Direito, é imprescindível que ela se dê com argumentos jurídicos, ainda que *contra legem*.

Esse artigo é mais focado no papel do judiciário em relação às questões de separação de poderes e distinção entre Direito e política, sendo que o tema das capacidades institucionais foi utilizado como um argumento a mais para dar amparo à questão da separação de competências e relativas às “consequências políticas explícitas” das decisões.

No mais, Barroso basicamente se atém a dois argumentos para fundar o limite institucional do judiciário. O primeiro é a questão da expertise, afirmando que, muitas vezes, o julgador não teria conhecimento técnico daquilo que lhe é demandado. O segundo é a falta de treinamento do judiciário para perceber as consequências sistêmicas de seus atos, citando que o juiz pensa em fazer uma micro-justiça, não tendo a visão da macro-justiça – ou seja, os efeitos sistêmicos e dinâmicos da decisão.

Assim como todos os outros trabalhos lidos nesta pesquisa, que defendem a virada institucional no Brasil - exceto Cyrino (2010), o autor aponta que o judiciário não deveria julgar determinadas causas, em virtude da análise do limite institucional. Dessa forma, Barroso também repete a questão de que, excetuando as questões que envolvam direitos fundamentais ou procedimentais democráticos, as escolhas feitas pelo legislador e as questões de políticas públicas não devem ser controladas pelo poder judiciário:

Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. Isso deve ser feito não só por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes. (BARROSO, 2012, p. 14-15).

Daniel Sarmiento também trabalha o argumento das capacidades institucionais em *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete* (2009), no qual o autor aborda de forma mais genérica os pressupostos de uma limitação do judiciário, e no artigo *A Proteção Judicial dos*

Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos (2008), um argumento das capacidades institucionais é utilizado, dentre vários outros que estabelecem parâmetros para restringir o juiz em casos de aplicação dos direitos sociais. Apesar da ordem cronológica, parece mais coerente apresentarmos o primeiro citado.

O artigo trata de dois pontos que para Sarmiento (2009) seriam de suma importância para hermenêutica constitucional atual no Brasil, em especial para a efetivação de direitos sociais. Sendo o primeiro a questão das pré-compreensões do intérprete - que deixaremos de analisar por fugir ao objeto da pesquisa, e a análise comparativa das capacidades institucionais para que sejam definidos os papéis de cada poder estatal e seus órgãos.

Ele critica os trabalhos na área da hermenêutica e do constitucionalismo brasileiro, pois esses não levam em consideração os limites humanos de quem decide, em especial dos julgadores do judiciário. Ponto que Sunstein e Vermeule também trabalham, apesar de que dentro da perspectiva institucional, e não apenas na limitação do julgador, isoladamente. Há menção à figura do juiz Hércules, analogia criada por Dworkin,¹⁷ na qual seria idealizada a figura do julgador e as capacidades institucionais do judiciário (SARMENTO, 2009, p. 317).

Sarmiento enumera três pontos que deveriam ser levados em consideração às teorias das decisões e que, geralmente, não são observados: “*a sobrecarga de trabalho pelo número excessivo de processos, a falta de conhecimentos técnicos fora do terreno do Direito e a lógica inerente ao processo judicial*” (SARMENTO, 2009, p. 318).

O primeiro ponto não necessita de muitas palavras, sendo notória a sobrecarga de processos no contexto jurisdicional brasileiro atual. Assim, os julgamentos não podem ser idealizados como um procedimento sem limite temporal, no qual todos servidores e, inclusive, o juiz, poderão passar dias analisando cada detalhe e estudando a fundo todas as teorias que são aventadas nas peças processuais. Nesse ponto em especial, entendemos que, apesar de não usar o termo, Sarmiento defende um formalismo interpretativo, ainda que mitigado com

¹⁷ “*Sem embargo, o exercício deste controle não pode ser realizado sem que se atente para a capacidade institucional de quem o opera. Por isto, não me parecem adequadas, neste ou em qualquer outro campo, as teorias que idealizam a figura do juiz – como o famoso “juiz Hércules”, de Ronald Dworkin -, depositando no Poder Judiciário expectativas que ele não tem como atender. E até compreensível que teorias deste tipo acabem vicejando no Brasil, pelo desencanto geral diante dos poderes políticos, atolados em sucessivos escândalos, e pela persistência das mazelas que afligem a nossa população. Contudo, infelizmente, não me parece que elas possam entregar aquilo que prometem: a redenção de todos os males nacionais pela via judicial.*” (SARMENTO, 2008, p. 32).

técnicas de aplicação principiológica, como a ponderação de princípios. Isso pode ser verificado quando afirma que, na grande maioria dos casos, o julgador deve fazer uma subsunção da lei à norma de forma mecânica. Senão vejamos:

Teorias da argumentação extremamente exigentes e sofisticadas, por exemplo, não têm, neste contexto, como ser empregadas no dia-a-dia dos tribunais. Teorias jurídicas muito particularistas, que demandem sempre um exame atento e exaustivo das singularidades de cada hipótese, em busca da justiça ideal para o caso concreto, também não. Sempre haverá alguns hard cases, mas é essencial, nestes sistemas, que a maioria das situações seja resolvida de forma mais mecânica, através da subsunção a regras e não da ponderação entre princípios. (SARMENTO, 2009, p. 318).

Felipe de Melo Fonte (2008) também defende a ideia de um novo formalismo e de uma análise das capacidades institucionais. O autor indica que o pós-positivismo seria uma teoria jurídica que não possui métodos, em que não há possibilidade de se realizar um controle intersubjetivo da argumentação em decisões¹⁸. Isso se dá, em especial, por trabalharem em uma lógica de princípios, de textura aberta, ao invés do modelo de regras determinadas. Logo, propõe como solução um retorno ao formalismo por meio do modelo de regras determinadas.

Para Fonte, o reconhecimento do limite institucional, realizado pelo próprio judiciário e se recusando a decidir, seria apenas nos casos em que há a concretização de políticas públicas. Nesses, o autor defende a tese de um minimalismo e formalismo, na qual o julgador humildemente deixa a função de decidir para quem teria a responsabilidade eleitoral pelos seus atos: o legislativo¹⁹.

¹⁸ Importante anotar dois pontos na leitura de Fonte (2008): o primeiro é que sua argumentação do que seria pós-positivismo é fundada em Barroso e, como vimos em nossa pesquisa, Barroso não mais admite uma interpretação aberta das normas, mas formalista. O que nos levaria à pergunta de como ficaria o escrito antigo de Barroso. O conceito de pós-positivismo realizado por Fonte perderia sentido? A outra questão é que Fonte admite uma única visão de pós-positivismo, negando todas as possibilidades que foram criadas, como aquelas que pressupõem o controle intersubjetivo, ainda que com métodos menos rígidos, mas, ainda sim, pressupondo-os.

¹⁹ “A ligação entre o direito objetivo e as decisões judiciais é condição para o exercício legítimo da função jurisdicional. Sem isso, os indivíduos sujeitos ao poder investido nos magistrados acabam vítimas do capricho e das idiosincrasias do julgador da ocasião, já que este poderá decidir os casos de acordo com suas íntimas convicções de justiça. Ora, já se sabe que o direito não é sinônimo de direito legislado ou de direito estatal. Ao menos para aqueles que sustentam a visão denominada “póspositivista”, já é possível vislumbrar conexão entre o direito e a moral. Todavia, para fins exclusivos de controle de políticas públicas orientadas à concretização dos direitos fundamentais, deve-se optar pelo formalismo interpretativo. Primeiramente porque a forma como os princípios jurídicos foram positivados é excessivamente fluida, de modo que, valendo-se de alguma margem de criatividade, o magistrado poderá assumir inteiramente o papel dos ditos “poderes políticos”, o que violaria a função político-social do princípio da separação de poderes. Em segundo lugar porque, como já visto, a Administração Pública é mais apta ao fornecimento de soluções sistêmicas às questões institucionais, razão pela qual deve competir ao legislador e ao administrador, prioritariamente, o desenho das políticas públicas.” (FONTE, 2010, p. 20).

Sua conclusão aponta como seria exigível uma postura de contenção na interpretação da lei, que preze uma leitura formalista do texto:

O princípio da separação de poderes, de acordo com suas funções e considerando o papel desempenhado pelo Poder Judiciário e pelos poderes políticos, indica, como parâmetros gerais para o controle de políticas públicas: (i) a prevalência do legislador e do administrador no desenho e implementação de políticas públicas; (ii) caso seja necessário o controle judicial, cabe aos magistrados fazê-lo observando: (a) a preferência das tutelas coletivas sobre as tutelas individuais; (b) a vinculação mais próxima possível ao sistema, valendo-se de métodos interpretativos menos criativos; e (c) a limitação da decisão judicial a menor extensão possível, de modo a não engessar os canais decisórios democráticos. (FONTE, 2010, p. 21).

Retomando o trabalho realizado por Sarmento, o segundo ponto é trabalhado de forma sintética no mesmo sentido de todos os demais autores, inclusive sendo mais detalhado por Binenbojm e Cyrino, que é a questão da expertise. Sarmento (2008) analisa de forma prática esse problema com o foco nos direitos sociais, exemplificando que o julgador não possui capacidade técnica para planejar e interferir na execução das políticas públicas.

Por último, aquilo que ele denomina de dinâmica do processo judicial pode ser dito de diversas formas, mas encontra nas palavras do autor um termo que resume bem a dinâmica de um processo judicial que, em sua maioria, se dá de forma dual, entre duas partes de forma restrita, que é a “visão de túnel” (SARMENTO, 2009, p. 320).

Isso significa que, na grande maioria das vezes, as partes consideradas legitimadas, ou com interesse processual no caso, são, assim, classificadas de maneira muito restrita. Dessa forma, ao se decidir sobre uma suposta restrição de direitos sociais, o julgador poderá interferir no orçamento de políticas públicas e, conseqüentemente, no direito de outras pessoas: é a análise dos efeitos dinâmicos.

Sarmento anota que para tal problema a solução seria a abertura do processo para um *amicus curiae* mais amplo, participativo e efetivo, o que já seria um avanço; bem como a participação de órgãos com capacidades técnicas mais específicas, como pareceristas, nos processos. Apesar de não especificar, lembramos das agências reguladoras citadas por Sunstein e Vermeule e Cyrino, apesar de Sarmento as colocar como atores processuais com função de auxílio no julgamento, enquanto os norte-americanos são enfáticos ao defenderem a possibilidade das agências julgarem casos concretos e darem interpretação uniforme às normas.

Ao tratar de maneira mais específica a interpretação judicial sob as normas de caráter social, Sarmiento (2008) trabalha a questão do limite orçamentário do Estado em efetivar os direitos sociais, explicando a questão de o Direito ser um cobertor curto, no qual, muitas vezes, precisamos escolher entre cobrir o pé ou a cabeça. Ademais, mesmo sabendo que todas as classes de direitos exigem ação positiva do Estado, nas de conteúdo social essa exigência é maior.²⁰

Assim, Sarmiento direciona a pesquisa com questões que perguntam sobre a expertise e legitimidade do judiciário em interferir em decisões que afetem diretamente estes assuntos orçamentários. Isso, principalmente, pelo fato do judiciário não ter competência para prever os efeitos sistêmicos decorrentes destas interferências: *“Este é precisamente o objetivo deste texto: esboçar parâmetros relacionados à sindicabilidade dos direitos sociais prestacionais”* (SARMENTO, 2008, p. 5). Em sua análise, os direitos sociais não são subjetivamente exigíveis em sua totalidade pela questão da escassez dos recursos.

O primeiro ponto a ser criticado refere-se à ausência de legitimidade do judiciário em ter poder para alocar e desalocar recursos em suas decisões. *A priori*, em um Estado de Direito quem deve ter poder para decidir as prioridades políticas e, conseqüentemente, como gastar as verbas públicas deve ser o povo, ou, pelo menos, aqueles que são escolhidos para exercerem a representatividade popular.

Sarmiento inicia sua análise específica sobre as capacidades institucionais como mais uma ótica sobre a possibilidade ou não da intervenção do judiciário nos direitos sociais e, conseqüentemente, nas políticas públicas. Sendo que usa o argumento da expertise, considerando que juízes não têm conhecimento e nem corpo técnico para decidir sobre as políticas públicas e alocações de recursos. Também explica a questão sistêmica desta temática, uma vez que o “cobertor é curto” e que cada decisão irá retirar dinheiro de um lugar para cobrir o objeto da demanda, deixando outras demandas sem recursos financeiros.

²⁰ *“Sem embargo, este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser ignoradas. Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos, e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. É certo que esta não é uma característica exclusiva dos direitos sociais, fazendo-se presente também nos direitos individuais e políticos, cuja plena exigibilidade judicial ninguém questiona. Afinal, proteger a propriedade, prestar a jurisdição, promover eleições, etc., são atividades que também importam em gastos públicos. Contudo, é indiscutível que esta faceta onerosa é especialmente saliente nos direitos sociais”* (SARMENTO, 2008, p. 3).

Este último argumento é indissociável ao fato de que o processo tem uma sistemática bilateral, o que acaba gerando uma visão de túnel das decisões, sem se atentar para as consequências para além da demanda:

Este, com seus prazos e formalidades, está longe de ser o ambiente mais propício para a análise de políticas públicas, por não proporcionar pleno acesso a miríade de informações, dados e pontos de vista existentes sobre aspectos controvertidos. Na verdade, o processo judicial tende a gerar uma “visão de túnel”, em que muitos elementos importantes para uma decisão bem informada são eliminados do cenário, enquanto o foco se centra sobre outros – não necessariamente os mais relevantes. (SARMENTO, 2008, p. 33).

Como conclusão, além da auto contenção exigível do judiciário ao julgar tais demandas, o autor reitera a importância da participação da figura do *amicus curiae* e sua expansão, e também defende que o processo coletivo pudesse ser a solução, pois não infringe a inafastabilidade do poder judiciário e teria mais mecanismos para evitar as consequências negativas da interferência do julgador nos direitos públicos citados no artigo.

Também preocupado com a interferência do judiciário em políticas públicas e efetivação dos direitos sociais, Vieira, Carmargo e Silva (2009) escrevem sob o ativismo judicial, como o Supremo Tribunal Federal chamou para a si a função de arquiteto institucional. Daí a necessidade de se revisitar as questões ligadas às limitações do judiciário e os arranjos institucionais.

Estes autores constataam que a promessa de direitos amplos e sociais na Constituição brasileira gerou a crescente demanda por direitos sociais de forma individualizada, e o judiciário tornou-se uma via para recursos de questões políticas, tanto no âmbito do legislativo quanto na área eleitoral.

Por tais motivos, as cortes constitucionais pelo mundo a fora, inclusive no Brasil, tornaram-se palco importante, senão crucial, para os rumos de questões políticas e polêmicas dos países.

Em suas palavras:

No caso da pesquisa com células-tronco embrionárias, por exemplo, com apoio na teoria de Robert Alexy, o Ministro Gilmar Mendes defendeu o papel do Supremo Tribunal Federal como “representante argumentativo” dos cidadãos. De acordo com essa perspectiva, caberia à Corte Suprema atuar como instância jurídica de reflexão, correção e aprimoramento do debate parlamentar, justificando, assim, o protagonismo do tribunal como legislador positivo responsável por suprir a proteção insuficiente aos direitos fundamentais dispensada pelo legislador no momento de discussão e elaboração da Lei de Biossegurança, responsável pela previsão dos

parâmetros normativos para a pesquisa com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. (VIEIRA, CARMARGO e SILVA, 2009, p. 42).²¹

Os autores demonstram a inflação dada ao judiciário, muitas vezes evocada pelo próprio órgão em instância máxima. Sempre sob o argumento de que no Supremo Tribunal Federal o que determinaria as decisões seria o melhor argumento, uma racionalidade pura, livre de interesses e omissões políticas.

Neste trabalho, eles tecem considerações sobre esse ativismo judicial, jogando luz à importância desta intensa intervenção pelo judiciário e ao aspecto político que se encontrava na interferência do judiciário em questões de políticas públicas, direitos sociais e polêmicas morais, das quais o legislativo ainda não se pronunciara. Ademais, os autores apontam que, no Brasil, esse processo de ativismo partiu da própria corte constitucional, que afirmou ser o guardião da constituição e o legitimado para, em última instância, dar a melhor interpretação à Constituição.²²

Seguindo a análise do ativismo judicial, elas apresentam o termo “arquiteto constitucional”, um substantivo para nomear e qualificar as supremas cortes, pois essas seriam desenhadas institucionalmente pelas constituições, porém, ao mesmo tempo, seriam quem detêm o poder de mudar outras instituições e a si mesmas, em virtude de serem as donas da última palavra.

Daí a necessidade de estudar e rediscutir os arranjos e as capacidades institucionais, em especial o STF, sob uma perspectiva empírica e normativa, comparando o que foi escrito por Sunstein e Vermeule, mas discutindo a realidade brasileira.

Vieira, Carmargo e Silva também citam as decisões acerca da fidelidade partidária e da cláusula de barreira, criticando o fato do TSE ter retirado do legislativo o poder de decidir o futuro da reforma política. Ainda afirmam que o TSE utiliza de argumentos principiológicos, mas não se atenta para as questões empíricas, como o fato da população brasileira não votar em partidos.

²¹ Ironicamente, no caso citado sobre as células-troncos, o Supremo Tribunal Federal decidiu, sob os fundamentos técnicos que, em síntese, tratava-se de conceituar a vida. Assim, questiona-se se o simples fato de usar argumentos técnico-científicos seria suficiente para afastar as críticas de um judiciário ativista. Não só, mas o argumento técnico é capaz de cumprir o esperado do direito?

²² “Tendo em vista as múltiplas acepções do termo, cabe destacar o ativismo judicial em seu sentido jurisdicional ou formal, ou seja, entendido como a ampliação da competência do tribunal por meio de suas próprias decisões. Segundo esse ativismo formal, o Supremo Tribunal Federal vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, modificando, assim, o seu papel institucional nas relações com os demais poderes.” (VIEIRA, CARMARGO e SILVA, 2009, p. 44).

Os autores apontam que algumas das alternativas do judiciário em um futuro próximo seriam o diálogo institucional e o reconhecimento dos seus limites argumentativos, citando a Ministra Ellen Gracie, que afirmou que o Supremo Tribunal Federal não é uma casa de cientistas. Eles dizem, então, que ao judiciário é necessário o auxílio de audiências públicas, de especialistas nas áreas debatidas, de outras autoridades, de outros cientistas, dentre outros.

O artigo marca sua posição no sentido de uma auto contenção do judiciário:

Segundo essa perspectiva, de acordo com Cass Sunstein, a interpretação da Constituição em questões controvertidas deve ser compreendida como um produto de contribuições de diferentes atores e perspectivas teóricas, que, em muitos casos, conduz a uma postura de self-restraint por parte dos magistrados em questões polêmicas. Esse posicionamento, adepto de um minimalismo decisório atento ao diálogo institucional, implica uma compreensão da interpretação constitucional não em termos de quem tem a última palavra, mas como um processo dialógico complexo construído em contextos deliberativos a partir de diferentes contribuições provenientes da sociedade civil, de órgãos legitimados por seu conhecimento técnico e dos poderes democraticamente eleitos. (VIEIRA, CARMARGO e SILVA, 2009, p. 48).

Logo, percebemos que para esses autores, a auto contenção do judiciário irá recair em uma postura minimalista, ao ponto de, em determinados casos, não ser julgado o mérito determinante das questões, sob o pretexto do formalismo. Importante marcar a posição de Binjenbojm e Cyrino no artigo parâmetro para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica, 2009, que diz o contrário:

Ressalta-se que não se está sustentando a impossibilidade de controle judicial. Até mesmo porque é evidente que, quando os juízes tiverem as informações e a capacidade necessária para uma tomada de decisão esclarecida, não deverão hesitar em fazê-la. Em verdade, todo o esforço do juiz deverá ser no sentido de obter as informações imprescindíveis para o deslinde da controvérsia. Tal deverá ser seu objetivo. O que não exclui, de outra banda, a necessidade de haver uma reflexão de viés institucional, que pensamos, deve ter compromisso com o diálogo entre as instituições. Trata-se da defesa de um modelo promotor de interação e da cooperação entre os diversos órgãos e entidades técnicos e magistrados, com um intuito de aperfeiçoar a regulação, a realização de direitos e o controle judicial. (BINENBOJM e CYRINO, 2009, p.750-751).

Diante de tal divergência, pensamos que Sunstein e Vermeule ficariam com os Vieira, Carmargo e Silva, pois nos parece mais sensato afirmar que os autores norte-americanos estavam mais preocupados com o formalismo como consequência, que, por sua vez, assume uma postura minimalista. Nessa, o direito

não é exposto, e por isso não poderia ser chamado de Direito, como acaba ocorrendo na efetivação de direitos sociais no Brasil²³.

Além do mais, a posição marcada por Binenbojm e Cyrino, apesar de propor uma solução diferente e que enriqueceria ainda mais as relações processuais, na verdade não representa o mesmo “arranjo institucional” defendido por Sunstein e Vermeule. Os autores americanos apontam como arranjo institucional a responsividade e a harmonia com que ela acontece. Isto significa que eles estão preocupados com quem terá a última palavra e se a instituição que a terá será capaz de decidir da melhor forma. Binenbojm e Cyrino propõem o contrário, dão ao judiciário a última palavra na maioria dos casos, exigindo, por sua vez, a participação de mais atores processuais para auxiliarem a fundamentação de um juiz que não é Hércules.

2.3 Apontamentos para uma pesquisa: o questionamento às premissas levantadas

Apresentados os trabalhos aos quais conseguimos ter acesso, que discorrem diretamente sobre o argumento das capacidades institucionais e abordam uma hermenêutica que assume a virada institucional, é necessário que façamos nosso corte, ou melhor, que passemos nossa navalha sobre aquilo que consideramos ser o relevante para prosseguirmos.

Inicialmente, o fato de termos poucos trabalhos escritos sobre o tema dificulta uma análise mais criteriosa sobre quais argumentos entram e quais não entram como defensores de uma mesma ideia. Ainda sim, tendo em vista que aqueles que escrevem têm sido citados em outros trabalhos, bem como o destaque dos autores no diálogo interinstitucional da instituição na qual pesquisamos (PUC-MG) com a

²³ O que torna mais complexa a análise do texto de Binenbojm e Cyrino é o fato de, ao final do artigo, exigirem a auto contenção do julgador de maneira que acabaria por inibir o julgamento de determinadas matérias. Mais uma vez, aquelas referentes às políticas públicas. Assim, o julgador iria analisar a demanda se, e somente se, entendê-la manifestamente ilegítima, poderia interferir naquilo que seria de competência do executivo/legislativo: *“Somente políticas públicas manifestamente ilegítimas ou inconsistentes devem ser invalidadas; na dúvida, a preferência deve ser dada às escolhas regulatórias fundadas em razões a priori sustentáveis, tanto no que se refere ao diagnóstico dos fatos como no que toca ao prognóstico de suas consequências”* (2009, p. 756). E, apesar de se aproximarem a Sunstein e Vermeule no minimalismo, não o fazem em sua totalidade, uma vez que ainda teríamos uma zona de penumbra naquilo que é manifestamente ilegítimo ou inconsistente. Há ações manifestamente ‘claras’ ou ‘escuras’?

escola que predominantemente tem estudado o tema (UERJ), nos sentimos na responsabilidade de dar nossa resposta à virada institucional.

Dessa forma, nosso eixo central não deixará de ser o trabalho de Sunstein e Vermeule, tanto por sua relevância quanto por sua originalidade.

A partir desse trabalho, cremos que a melhor forma de buscar a coerência entre os trabalhos produzidos aqui no Brasil é elencarmos as características que fundamentariam uma interpretação formalista.

Assim, podemos afirmar que, na verdade, o que se denomina argumento das capacidades institucionais é, sim, uma metodologia de analisar os arranjos institucionais de um sistema jurídico político, para que, empiricamente, possa ser esboçada a melhor de forma de se interpretar normas, tomar decisões e definir competências das tomadas de decisões.

Pareceu-nos claro que, para Sunstein e Vermeule, o novo formalismo é uma consequência dessa análise institucional, alcançada principalmente pelas seguintes características do judiciário: a) sua limitação em expertise b) a opção pela Resposta-Satisfatória e c) a ausência de capacidade para prever os efeitos colaterais de suas decisões.

O que é de suma importância nessa análise é que o formalismo só é consequência porque a observação (empírica) dos autores do sistema jurídico norte-americano aponta que a) em regra, os juízes são generalistas, b) as consequências maléficas das decisões formalistas causam menos absurdos que as decisões que possuem métodos mais abertos de interpretação c) o legislativo tem uma resposta muito mais rápida à sociedade, corrigindo o absurdo de forma dinâmica e d) a Resposta-Satisfatória está implicada na ausência de expertise, uma vez que a busca pela Melhor-Resposta teria custos ineficientes para a instituição.

Dentre tais questões, entendemos que os autores brasileiros acabam por, de forma geral, não sistematizar e levar em conta todos esses aspectos, o que poderia comprometer a integridade da teoria. Ainda assim, podemos isolar os argumentos e encará-los para verificar, em especial, se a análise institucional leva, conseqüentemente, a um formalismo hermenêutico e, inclusive, o juiz a abdicar de decidir em determinadas demandas, ou a se submeter aos órgãos com expertise maior – como agências reguladoras.

Nesse sentido, pensamos que uma questão é abandonada pelas pesquisas nacionais, que é a questão de um olhar metodológico empírico. Como afirmam

Sunstein e Vermeule, suas conclusões somente podem ser aceitas se, e somente se, as condições fáticas analisadas forem as mesmas. Contudo, sem compararem o arranjo institucional americano com o brasileiro, os trabalhos acabam por importar o formalismo de maneira que é passível de questionamentos.

Continuando as questões percebidas: seria possível analisarmos o Direito como um jogo de linguagem ou uma ciência que permita a adoção de uma Resposta-Satisfatória? Seria razoável, justo ou jurídico comunicarmos a uma das partes processuais que a decisão sentenciada não se pautou na Melhor-Resposta, mas em uma Resposta-Satisfatória? Que, além da decisão correta, também importou a relação custo e benefício da solução de sua lide, encontrando na eficiência um obstáculo?

No que tange a expertise, temos ciência de quão dificultoso é para alguns juízes no Brasil julgar centenas e até milhares de processos por ano, com pouca infra-estrutura e poucos servidores, tendo demandas das mais diversas ordens e matérias. Mas, considerando que existem juzados especializados, as causas com menor complexidade²⁴, as varas que julgam matérias específicas, os tribunais que são divididos em Câmaras, o auxílio de peritos e *amicus curiae*, um tribunal que analisa praticamente questões de ordem constitucional, dentre outros casos, não seriam argumentos para afastar a hermenêutica formalista, uma vez que teríamos a possibilidade de revisão das matérias por julgadores dotados de expertise técnica?

Indo mais a fundo, será que a crença em expertise técnica seria uma herança de um pensamento positivista que não se sustenta mais? Seria necessária a revisitação de tais pontos, no intuito de se verificar este critério de hiper certeza? Há, no Direito, a sobreposição da técnica sobre outros modelos de discursos que não sejam tão duros, que permeiem a ordem da justiça e possibilitem a desconstrução dos argumentos aplicados pelo legislativo?

Assumir uma postura formalista como proposta no Brasil, em que os direitos sociais poderiam até mesmo perder sua sindicabilidade, tendo o juiz de se eximir de julgar, ou julgar de forma minimalista, não seria uma violação ao artigo 5º, XXXV, que traz o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional? Não há, no formalismo, uma tentativa de negar a responsabilidade que o judiciário teria com o

²⁴ Termo cunhado pela Constituição de 1988 ao criar a competência dos juzados especiais, no artigo 98, I, da CF/88.

Outro? Mas, quem são os Outros? Até que ponto os juízes teriam de ser responsáveis?

Os próprios criadores da teoria são enfáticos quando dizem que, se um anti-formalismo for melhor do que uma proposta formalista, e se sustentar de forma racional e for passível de verificação empírica, pode-se admitir que a hermenêutica se dê dessa outra forma. Assim, seria possível verificarmos uma abordagem não formalista que vai além, que parte de pressupostos não tão positivistas do Direito, e que consegue trazer respostas que abarquem melhor o conceito de Direito? Esta é a principal tarefa da pesquisa, responder aos pequenos questionamentos, para que, ao fim, possamos discorrer sobre esta principal questão: qual é a implicação proposta por aqueles que se dizem adeptos da virada institucional?

E, indo um pouco além, seria possível verificar o Direito com outros pressupostos, que abarque ao mesmo tempo o sujeito e Outro, e que assim diminua a violência contida no próprio ato de julgar? Haveria a possibilidade de tecermos críticas além daquelas ligadas à coerência interna da própria teórica crítica das análises institucionais (endógenas), revelando ao Direito uma transdisciplinaridade com a filosofia ética? Nosso desafio torna-se maior com estas perguntas, mas sentimos na responsabilidade de redizer algumas palavras, pedindo desculpas ao leitor que buscava uma pesquisa mais formal.

3 A INDEFINIÇÃO DE UM MARCO TEÓRICO: O DIREITO INDO ALÉM

Encontrar um marco teórico é um ato que, por si só, exclui tantas outras possibilidades que, assim como uma decisão jurídica, traz consigo uma violência, problemas de coerência e um esforço para aceitar (ou ocultar) os limites que cada teoria possui.

Assim, antes dessa escolha, acabamos por negar outras opções. Veremos mais a frente que isso poderia ser contraditório ao nosso próprio marco teórico²⁵, mas, para tanto, tentaremos trazer justificativas que testemunham a nossa rejeição ao paradigma científico moderno. E, indo um pouco além, tentaremos apresentar por que os modelos jusnaturalistas, positivistas, pós-positivistas (ou outros nomes a designar pensamentos semelhantes) do Direito também se mostram fundados nas mesmas premissas criticáveis.

Tais motivos nos levam a defender uma mudança de postura, portanto, pedimos desculpas, mas é exigido de nós um esforço para chamar o leitor a pensar no Outro, no conhecimento, no Direito um pouco além da lógica que conhecemos. Somos responsáveis pela responsabilidade do Outro. Devemos ir um pouco além.

3.1 O termo modernidade: uma autocrítica com Benjamin

'Uai, modernidade?' Assim poderia nos indagar quem acompanha nossos primeiros passos. Isso por que em outra oportunidade deixamos nossas impressões sobre a problemática contida no termo modernidade.

Em *O sonho de Benjamin* (CRUZ e SILVA, 2014), abordamos como em cada época histórica (e em localidades diferentes) as pessoas tiveram a oportunidade de se definirem como modernas, utilizaram da qualificação positiva que a palavra traz. Assim, a cada novo avanço, nova corrente filosófica, movimentos culturais, dentre outros, um determinado povo, grupo, gênero se avocou como moderno.

Mesmo a modernidade concebida classicamente como um período que se iniciou aproximadamente na transição entre os séculos XV e XVI, encontra problemas para se limitar. Estaríamos ainda na modernidade? Para nos mostrarmos

²⁵ A saber, adiantamos que em nosso marco teórico trazemos uma crítica ao totalitarismo denunciado por Lévinas. Propondo um Direito que não nega a condição humana, que por sua vez assuma o papel responsivo que temos para com o Outro, uma ética do totalmente Outro.

mais modernos que os modernos, seríamos então pós-modernos? A pergunta já contém uma crítica: o fato de sempre pensarmos que chegamos ao ápice, que somos melhores do que os que vieram antes! A lógica dialética nos faz crer que certamente estamos descobrindo as soluções últimas. Esse modelo moderno crê que sua síntese será a definitiva, e a ela defenderá até as últimas consequências.

Somos seres humanos, e por isso podemos indagar: chegaremos algum dia na revelação final? No apocalipse? Somente seria possível responder positivamente a essa questão caso o Outro conseguisse de fato nos tomar. Contudo, há um terceiro que interpela e exige equidade nas relações, ponto que adentraremos mais a frente.

Nossa responsabilidade com o leitor exige de nós uma violência²⁶. E, por hora, cumpre informar que não nos esquecemos da nossa crítica ao termo modernidade, mas optamos por usá-lo mesmo assim, pelo simples fato de ser uma expressão que designa um contexto, mesmo sem uma limitação exata, que remete também ao surgimento das Ciências.

O discurso científico trouxe o espelho da modernidade, como diria Walter Benjamin (1987), ao trazer consigo tanto o logocentrismo quanto a homologia, a crença de que os mitos da antiguidade seriam desprovidos de razão. Logo, inauguram uma nova (mito) lente para ver o mundo.

Como dito, escolhemos trabalhar a modernidade como um conceito histórico temporal que trouxe o conceito e a ideologia da Ciência que temos hoje, ou pelo menos muito próximo deles, e é este o tema a ser debatido, independente do nome a ser dado.

Nesse sentido, o itinerário que buscamos sugerir aqui sobre a modernidade e o conceito de Ciência já possui em si uma crítica em sua análise. Uma maneira de observar o contexto que nos impede de relatar linearmente, mas que busca destacar aquilo que entendemos ser os fatos importantes para as conclusões que apresentaremos.

²⁶ Violência que no próprio ato de ser conceituada já esbarraria em uma violência. Trabalhamos em outra oportunidade (CRUZ e SILVA, 2014) tal termo com inspiração em Benjamin(2011) e Derrida(2010). Nesta oportunidade apresentamos como uma decisão carrega em si um ato violento de exclusão de outras possibilidades, como o Direito carrega em si um ato bruto de decidir e calcular o incalculável, como a violência instaurada por ele será sempre uma pergunta sobre a legitimidade. No presente trabalho, também temos a intenção de mostrar como Lévinas vê a universalização e a totalização do Outro como uma violência que tenta negar a excedência presente no Outro que é conceituado. Todas essas perspectivas podem ser percebidas quando a palavra violência for cunhada em nosso trabalho.

3.2 As Ciências entre a modernidade e sua crise

No intuito de fazermos algo diferente de uma regressão histórica linear, nos colocamos na busca de uma explicação coerente de como se deu o conceito de Ciências. Certamente Ricarlos Cunha (2010 e 2012) foi essencial para auxiliar nesta contextualização, para compreender um mínimo sobre como é possível vermos o período denominado de modernidade e suas implicações para a Ciência.

Assim como Boaventura de Souza Santos (1999), Ricarlos Cunha afirma que há na modernidade uma crise e que para compreendê-la é necessário analisar o seu motivo e o que se entende por modernidade. Dessa forma, sem querer enquadrar um conceito unívoco de modernidade, ele a vê com traços que podem ser descritos com estas palavras:

A modernidade faz irromper um humanismo radical, no sentido de desatar as amarras que vinculam o homem aos discursos de fundamentação de índole teológicos, liberando-o para construir o seu próprio mundo. (...) O encontro do cogito como verdade apodítica, a partir da qual todo o edifício do conhecimento poderia ser reconstruído, marca a centralidade que o papel do homem assume na Modernidade. (CUNHA, 2012, p. 3-4).

O autor entende que essa ruptura com o passado místico seria importante por inaugurar um novo modo de conceber o próprio Homem, sua história e o conhecimento. Em especial, a partir de Descartes, responsável por construir a concepção de certeza por meio da razão. Dessa forma, o Homem passa a duvidar de tudo, menos de sua própria existência, que é construída a partir de si mesmo.

A revolução científica que se seguiu acabou por resultar em diversas correntes de pensamento, como as formas de ver a natureza de Isaac Newton e Galileu Galilei, nomes que sempre são rememorados neste cenário por buscarem na natureza leis universais que poderiam valer eternamente e sob quaisquer condições, independente de qual viés for analisado. Uma característica comum a essas correntes é que o cientificismo racional é mantido como centro do conhecimento.

Em Ricarlos Cunha (2010) temos uma análise simples e rica de como a matemática permeou a pretensão de certeza do homem moderno de forma a incutir um idealismo falacioso. Diagnóstico que Boaventura (1999) também confirma.

Contudo, antes de adentrar no cerne do idealismo matemático, é importante perceber que o próprio papel da Ciência passou a ser questionado, principalmente no mundo pós-segunda guerra. A ideia apresentada, fundada em Husserl, mostra que o modelo de Ciência moderna, ao negar a própria característica subjetiva do humano, deixou que o racionalismo guiasse os Homens sem um sentido autêntico e, por isso, a necessidade de renovar o caminho, saindo dos trilhos dessa racionalidade, para buscar uma autêntica humanidade.

*E de que padeceria exatamente a cientificidade própria dessas ciências? Para Husserl, o século XIX é marcado por uma visão de mundo que se vê ofuscada pelas ciências positivas e sua "prosperidade". Com isso, manteve-se distante daquilo que denominou **enigma da subjetividade**. O próprio pós-guerra teria abalado o prestígio das ciências naturais, no sentido de que elas, a despeito de exitosas (sob certo aspecto), permaneceriam mudas quanto ao sentido e o sem-sentido de toda a existência humana. Frente às questões essenciais da nossa existência, nada tinham a dizer, exatamente porque se abstraíram de todo subjetivo, a despeito de também essas perguntas demandarem uma resposta proveniente de intelecções racionais. (CUNHA, 2012, p. 14).*

Foi percebida uma crise de sentido das Ciências, ou melhor, a ausência de sentido. A razão instrumental, ainda que responsável por grandes avanços tecnológicos, era ao mesmo tempo fundadora e meio de um modelo de produção epistemológico neutro quanto ao sentido do uso do conhecimento.

Ao percorrer a análise de Husserl, Ricarlos aponta como o paradigma geométrico teria surgido, e com ele o ideal de certeza. O estudo sistemático da geometria surge com a necessidade de realizar grandiosas medições no Egito após as cheias sazonais do rio Nilo, estabelecendo as divisas de terras, ou seja, com a agrimensura.

Com os estudos das formas geométricas, para resolver os problemas práticos das demarcações de terras, foram criados os axiomas, que, mais tarde, seriam idealizados em objetos perfeitos, desconsiderando as particularidades encontradas no *mundo prático*.

O ideal de exatidão desse paradigma está diretamente ligado a esses objetos idealizados, resultados dos axiomas. Contudo, há um esquecimento de que eles não são exatamente aquilo que encontramos no mundo real e que, na verdade, não possuem as formas perfeitas como imaginado e prolatado pelas regras da geometria. Inclusive, se hoje os instrumentos de medições possibilitaram um avanço

inimaginável à época do desenvolvimento dessa Ciência, também é o mesmo desenvolvimento que nos permite afirmar que nenhum objeto será capaz de ser perfeito em relação ao conceito idealizado pela geometria. Nem mesmo os instrumentos de medições teriam a capacidade de precisar as medidas dos objetos estudados, como nos ensinará a nova física (quântica).

Essa influência da idealização dos objetos e a busca por uma certeza totalizante acabam por inspirar o sistema operativo das Ciências Naturais. Com isso, a criação de uma noção espaço-temporal independente da realidade (que séculos depois será inteiramente criticada por Einstein), idealizada pelos cientistas como condição perfeita de operacionalização de suas premissas, também dá espaço para um princípio de suma importância para o paradigma moderno e muito utilizado no Direito, a noção da causalidade:

É que “em sua concreção, os corpos ‘plenos’ estão ligados um ao outro em uma recíproca inerência e em uma conexão espaço-temporal que tem seus modos típicos, seus hábitos”, que dão ao mundo experimentado não o caráter de uma aparição aleatória, mas na forma de um todo articulado, um sistema. Tal a crença galileica em uma causalidade universal, uma hipótese a ser eternamente testada. (CUNHA, 2012, p.26).

A dinâmica das coisas passa a ser um imperativo utilizado por todo o ramo do conhecimento que almeja ser considerado como Ciência e ter credibilidade, enquanto a causalidade é a lógica de aferição do conhecimento observado e prescrito.

Assim, a resultante desse processo de surgimento da Ciência fez com que a matematização e a idealização do mundo fundamentasse a idéia de hipercerteza. Os cientistas modernos acreditaram que o mundo real teria uma noção espaço-temporal newtoniana, e cada vez mais adotaram a via inversa da origem da geometria. Agora os objetos idealizados eram tomados como possíveis e reais, e o mundo deveria ser encaixado nessas formas.

Percebido esse ponto tão importante, no qual o pensamento moderno se funda, a próxima questão apontada por Ricarlos é como a técnica trazida por esse modelo epistemológico vela a verdade e, dessa forma, inspirado nos escritos de Heidegger, deixa suas marcas críticas nos inserindo de vez no método fenomenológico.

Nesse ponto, de forma diversa da escola crítica de Frankfurt (CRUZ e CASTRO, 2014), Heidegger critica como a Ciência moderna utiliza da técnica como velamento da verdade. E, não só, o pensamento de Heidegger é ponto em comum na origem da discussão fenomenológica em que a pesquisa ainda discorrerá, em especial sob a ótica de Levinás. Por isso, é de grande valia tal crítica para a construção de nosso marco teórico e para as aplicações no pensamento jurídico.

Na modernidade, a técnica como meio de produção acaba por se mostrar ainda mais ligada a uma razão instrumental e à noção de método²⁷. Há uma ligação inseparável com o que já foi dito, ao passo que a técnica é idealizada com o objetivo de se excluir a subjetividade nos moldes de produção (inclusive, do conhecimento). Dessa forma, quando o cientista escolhe um método, dotado de um racionalismo totalizante e com pretensão de certeza, é como se o mesmo mostrasse a toda a comunidade científica que suas subjetividades estão colocadas de lado e que a pesquisa busca uma universalização de seus resultados.

Portanto, é importante perceber que, ao se escolher uma determinada técnica, já é visado um resultado que, se transcorrido com sucesso, deverá fortificar uma hipótese inicial de conhecimento. Dessa forma, Heidegger perceberá que a técnica é de grande valia para os avanços tecnológicos da modernidade, mas ela será um dos grandes motivos para que a verdade seja velada e prevaleça o modo impessoal de existência.

A visão de Heidegger (2002) é que a verdade encontra-se na ontologia fundamental, sendo que o ente vela o verdadeiro, o ser que nos é a-presentado. Neste sentido, o ente sempre acaba por nos esconder o *Dasein*²⁸, apesar de nos dar possibilidade de conhecê-lo.

A forma que teríamos para exercer nossa existência autenticamente, ou seja, em busca da verdade, seria o eterno desvelamento do ente em busca do Ser, um cuidado para com o Ser. Contudo, a técnica como apresentada teria a capacidade

²⁷ Mais adiante poderemos refletir: seria a razão instrumental e o método causas ou consequências de um pensamento totalitário do Outro? É possível afirmar que seriam manifestações de um pensamento da ordem da mesmidade, ou seja, um Eu instrumentaliza o mundo para colocá-lo à disposição de si-mesmo? Logo, o problema fundamental da questão estaria numa ordem do Mesmo, aquém do próprio modelo de racionalidade.

²⁸ O *Dasein* de Heidegger, traduzido na obra que utilizamos na pesquisa como *pre-sença*, representa o próprio *ser-ai-no-mundo*. A existência com suas possibilidades em um horizonte hermenêutico. O *Dasein* é o próprio esforço fenomenológico de Heidegger para suspender o modo de compreender as coisas em si e questionar o sentido do Ser.

de desvelar os entes em apenas um sentido, aquele que temos de antemão, no momento em que escolhemos qual técnica utilizar.

Isso significa que ao utilizarmos a técnica para chegarmos a um determinado resultado escondemos diversas outras possibilidades de manifestações do Ser, ocultando as possibilidades de verdades existentes no ente.

Vista dessa forma, a Ciência moderna, que já teria sido denunciada por Husserl como forma de produção de conhecimento que exclui a autenticidade humana, para Heidegger ela seria uma manifestação da existência humana inautêntica, própria ao velamento da verdade.

Para Ricarlos:

A técnica é esse desalojar do sentido, é esse encobrimento do mundo da vida, do espaço da existência em que a liberdade transparece como marca do humano. (...) e é exatamente aí que a técnica nos estrangula, inviabilizando qualquer projeto existencial, pois todo sentido já se vê obstruído originariamente no âmbito da técnica, como modo de produção voltado para a disponibilidade (CUNHA, 2012, p.38-39).

O que podemos afirmar sob o ponto abordado por Ricarlos é que a Ciência moderna não pensa o Homem, mas o manipula pautada em uma abstração do sujeito, na busca da descrição do mundo que o envolve, sob premissas idealizantes desse próprio mundo. Para ele, o pós-guerra teria evidenciado como tais fundamentos resultaram em uma crise em que a humanidade se perdeu, em um racionalismo que totalizou o conhecimento e, conseqüentemente, o poder. Nesse mesmo caminho, entendemos que, ainda que sob um olhar bastante distinto, Boaventura poderá nos ajudar a compreender ainda mais tal panorama, (des)construindo uma noção de como a Ciência moderna se dá(deu).

Boaventura (1999) inicia seu trabalho afirmando que estamos em um período de transição de paradigmas do conhecimento, ou fim de um ciclo de hegemonia científica, e que, por isso, toda análise é passível de erros, bem como as prognoses feitas pela pesquisa, mas, ainda assim, a tarefa de apresentar o momento é de suma importância para não cairmos em uma repetição de premissas que já não se sustentam mais.

Nesse sentido, para os objetivos propostos em nossa pesquisa, sua obra, que parece ser de tamanha simplicidade a ponto de enganar aos mais desavisados,

auxilia a entender porque a crise na Ciência não é exclusividade de alguma área específica do conhecimento, mas de um todo.

O livro apresenta como o paradigma dominante se formou, como os próprios avanços das Ciências denunciaram suas insuficiências e sua metafísica insustentável e, por último, as perspectivas vistas e esperadas pelo autor.

Assim como Ricarlos, Boaventura tenta desenhar características da modernidade que marcam a mudança com que a humanidade passou a encarar o conhecimento. Para o autor, a grande mudança acontece com as revoluções científicas que vieram negar todas as formas de dogmas, exigindo um modelo de conhecimento que se pautasse por critérios metodológicos e epistemológicos próprios de uma lógica racionalista.

Se o mundo anterior era pautado em alguns mitos inexplicáveis à razão, dados de antemão, o novo moderno passa a exigir a verificação do conhecimento em um sistema de ordem em que a previsibilidade e o controle do meio possam ser sistematizados e analisados.

De imediato, corroborando com o que já expusemos com Ricarlos, a matemática é citada como o caminho que purificaria o conhecimento e o local em que a metafísica fundamental da Ciência iria se manifestar de forma plena:

“As idéias que presidem à observação e à experimentação são as idéias claras e simples a partir das quais se pode ascender a um conhecimento mais profundo e rigoroso da natureza. Essas idéias são as idéias matemáticas. A matemática fornece à ciência moderna, não só o instrumento privilegiado de análise, como também a lógica da investigação, como ainda o modelo de representação da própria estrutura da matéria. Para Galileu, o livro da natureza está inscrito em caracteres geométricos e Einstein não pensa de modo diferente.” (SANTOS, 1999, p.14).

Assim, a quantificação das coisas e o modo formal de operacionalização do mundo tornam-se mais importantes do que o sentido dado às experiências da vida humana. Repare que, apesar de ângulos um pouco distintos, tanto Ricarlos como Boaventura comungam deste ponto que é de grande importância para o pensamento fenomenológico de Heidegger, o sentido dado às coisas, ou as coisas para o ser.

O pensamento determinista toma destaque quando as ideias da física mecânica são tidas como universais. Dessa forma, a ordem e a estabilidade almejadas pelas fórmulas físicas passam a ser comparadas com toda a natureza. Ou seja, se podemos prever a velocidade e outras unidades de variação da queda

de uma maçã, também temos a possibilidade de prever as outras causas e consequências presentes nos fenômenos da natureza.

Essa capacidade de dominar e transformar o futuro, por meio do conhecimento racional da causalidade e das leis universais, não demorou a ser implantada no plano social. Contudo, a própria lógica imaginada para uma observação neutra do objeto de estudo, de imediato, passa a ser problemática para as Ciências Sociais. Tal característica coloca em questão a natureza de determinado ramo do conhecimento: os estudos sociais têm cientificidade ou não?

Interessante adiantar que, argumentos como a impossibilidade de um observador neutro nas Ciências Sociais, ou o condicionamento histórico dos fatos analisados como impedimento da universalização dos experimentos, serão, posteriormente, colocados como fatores da crise da Ciência moderna como um todo, e não apenas impedimento para as Ciências Sociais alcançarem o patamar de Ciência racional e confiável.

O que podemos perceber dessa passagem rápida sobre o surgimento das premissas bases do paradigma moderno em Boaventura é que a racionalidade é tomada como um sistema que confere validade ao conhecimento, o que, por sua vez, exclui todo o tipo de conhecimento não incluído nessa categoria. Isso implica em uma submissão a um modelo inaugurado por Descartes, que cria uma concepção metafísica e invertida das próprias Ciências. De modo que o conhecimento se dá primeiro com figuras idealizadas para depois se adequar à realidade fática dessas idealizações, sob pena de sermos enganados por nossos sentidos.

A relação causal verificada nas Ciências Naturais é importada pelas demais áreas do conhecimento como fator de verificação do próprio conhecimento, exigindo ordem e previsibilidade dos fatos. O que o cientista precisaria era observar os fatos, formular os axiomas universais e, assim, todos os problemas estariam solucionados de forma racional e metodológica.

O problema é que o cientista precisava realizar medições que a tecnologia não podia dar conta até meados do século XX. E, paradoxalmente, foi a partir desses avanços da tecnologia e dos instrumentos de medição, bem como experimentos mentais, é que esse modelo de Ciência começa a ser questionado.

Assim, para Boaventura, inicia-se a crise do paradigma moderno. A modernidade teria trazido consigo avanços que colocaram em dúvida seus próprios

fundamentos, ou seja, a evolução do pensamento moderno foi responsável por sua própria ruptura. Essa crise da modernidade teria se iniciado, principalmente, com a relatividade da simultaneidade de Einstein e com a mecânica quântica de Heisenberg e Bohr.

Para Boaventura, tais autores apresentaram que não é mais possível, pelo menos em um mundo microfísico, analisar (ou medir) um objeto sem interferir no mesmo, assim como não existiria um tempo absoluto, independente do próprio observador.

Nossa tentativa de reconstrução desta crise citada por Boaventura exigiu uma breve passada em fatos científicos que teriam exposto tais problemáticas. Motivo pelo qual tentamos explicar como áreas do conhecimento que carregavam em si a possibilidade ideológica de hipercerteza, previsibilidade e causalidade acabaram por ser as primeiras a mostrar a impossibilidade de tal modelo científico.

Marcelo Gleiser (1997) consegue apresentar conceitos de física, tanto quântica quanto atômica, de forma precisa e clara até mesmo para um pesquisador do Direito. Inicialmente o autor explica como não é nada fácil admitir que toda a fundamentação que embasava um modelo de produção de conhecimento começava a perder sentido. Primeiro porque muitos avanços apresentados, às vezes, contradiziam o senso comum de nossos sentidos e, depois, porque um paradigma nunca foi tão reproduzido e influente na produção de melhorias da vida do homem. Assim, a tarefa de olhar e admitir que algo está errado não é instantâneo, e muito menos consensual.

O primeiro conceito teórico que traria grande mudança seria a reformulação da teoria da relatividade de Einstein. Tal teoria iria apresentar que havia algo de incompatível na física clássica quando seus postulados sobre a natureza da luz e do tempo eram utilizados simultaneamente. Dessa forma, para resolver a essas perguntas, o alemão mostra que espaço e tempo estão implicados um ao outro, criando a noção de dilatação temporal e contração espacial.

Esses conceitos acabam surgindo com o segundo postulado da teoria da relatividade, que irá afirmar que a simultaneidade é relativa. Isso significa que, considerando que nossas experiências são sempre medidas em um tempo relativo à luz, e que se um experimento é analisado por duas pessoas, sendo que uma delas está em movimento junto com o experimento, então a simultaneidade dos experimentos não existirá para os dois observadores.

Apesar de parecer distante, o resultado é mais importante do que podemos inicialmente imaginar, tanto pelo fato de que o tempo passa a estar misturado com a noção de espaço, quanto pelo fato do conceito de tempo absoluto desaparecer! (GLEISER, 1997) Desde então a noção de tempo passa a ser algo particularizado em relação ao observador, sempre relativo. Nosso senso comum não nota tal fato, pois o experimento citado é comparado com a velocidade da luz, que é extremamente alta. A conclusão de Einstein é imperceptível em nosso cotidiano, porque um segundo é uma pequena medida mas, para a velocidade da luz, seria muito tempo.

O que se conclui ao analisar os avanços de Einstein na teoria da relatividade é que os eventos da natureza sempre ocorrem em um tempo relativo ao observador. Nem mesmo o tempo é algo absoluto, nunca! Isso acaba por reforçar que as condições universais e idealizações experimentais, independente do tempo, são ainda mais improváveis do que os cientistas modernos gostariam de acreditar.

Se por um lado o mundo da alta velocidade nos mostrou que tempo e espaço são inseparáveis e relativos ao observador, o mundo do muito pequeno veio apenas a confirmar tais postulados.

Pesquisadores como Millikan, Heisenberg, Einstein e Feynman dedicaram décadas à busca da natureza da matéria, no intuito de estabelecer axiomas que pudessem prever com exatidão o comportamento do mundo físico.

Nesse sentido, percebeu-se que a luz não tinha uma natureza única, (re)agindo, muitas vezes, como se fosse uma onda e, outras vezes, como partícula. Se o leitor, como nós no início do trabalho, não consegue perceber a importância disso para o mundo físico, precisa saber que, para o mundo da física, onda e partícula são naturezas com características totalmente antitéticas, incompatíveis, que em nada se assemelham.

Contudo, a questão central não era que a luz possuía duas naturezas, mas que o resultado da análise sobre a luz era conseqüência da forma com que o cientista fazia o experimento, pois, mais tarde, descobriu-se que esta característica ambígua não era particularidade da luz, mas de toda a matéria!

Isso significa que o mundo em nossa volta é todo dual: é onda e partícula, de forma que nossa linguagem nem pode representar com mínima precisão do que se trata. A conseqüência é a percepção de que o observador não é mais apenas um ser de fora, mas inseparável do objeto, de tal maneira que a escolha feita por ele do

método de análise é que determinará se o objeto analisado será uma onda que propaga pelo ambiente ou uma partícula relativamente pequena e bem localizada no espaço.

“Da discussão acima emergem dois aspectos fundamentais da realidade física do mundo quântico, radicalmente diferentes do mundo clássico à nossa volta. Primeiro, fica claro que as imagens que construímos em nossas mentes na tentativa de visualizar a natureza física da luz não são apropriadas. Mais ainda, a linguagem, que representa uma verbalização dessas imagens, é, desse modo, igualmente limitada para descrever a realidade quântica. Como o grande físico alemão Werner Heisenberg (1901-1976) escreveu.”(GLEISER, 1999, p. 298-299).

A nova física percebeu que estas pequenas mudanças já eram suficientes para questionar suas bases, mas, como bons céticos, não estavam satisfeitos, afinal, para mudar toda uma filosofia da Ciência e suas metodologias era necessário muito mais. Por isso, as pesquisas não pararam por aí.

O próximo passo viria com Heisenberg e o princípio da incerteza que, de forma simples, veio a afirmar que no mundo quântico a interferência do observador, com o simples fato de observar, interfere a posição e o estado da matéria analisada. Isso de tal forma que, quanto mais buscamos a exatidão da análise, mais interferimos e provocamos mudança na matéria:

“um momento!”, você exclama com indignação, “como isso pode ser possível? Certamente, com instrumentos mais precisos sempre poderei melhorar a precisão de minhas medidas da posição e da velocidade de uma partícula. Certo?” Errado! A raiz do problema é que o próprio ato de medir afeta o que está sendo medido. Por exemplo, para visualizarmos um objeto, temos de projetar luz sobre ele. Quanto mais detalhada a imagem que desejamos, menor o comprimento de onda da luz que devemos usar; se desejarmos visualizar um objeto de dimensões minúsculas, deveremos usar luz de comprimento de onda muito pequeno. O problema é que a luz, como qualquer outra onda, transporta energia. E, como sabemos, quanto menor o comprimento de onda, mais energia é transportada pela onda. Portanto, ao projetarmos luz sobre um objeto de dimensões minúsculas, obrigatoriamente mudamos sua posição; a luz, ao refletir-se sobre um objeto, não só ilumina como também o empurra, assim como uma onda nos empurra na praia. Quanto maior a precisão com que tentamos medir a posição do objeto, mais forte será o empurrão dado pela luz. O ato de medir interfere com o que está sendo medido. (GLEISER, 1999, p. 303-304).

Sugerimos ao leitor que imagine o impacto dessa afirmação há um século, quando a física evoluía e, junto com ela, o desejo de precisão e previsibilidade. Imagine o impacto dessas afirmações no Direito, que se inspira na ideologia científica para fundamentar a previsibilidade.

O princípio da incerteza de Heisenberg, conciliado com o salto quântico de Niels Bohr e a dualidade onda-partícula da matéria, foram suficientes para construir uma noção utilizada até hoje na física quântica, a da probabilidade.

Se não é possível realizar a medição exata da velocidade e a posição da matéria no mundo micro, bem como a aleatoriedade com que a radiação e os elétrons movem-se em torno do núcleo de um átomo, então, o que temos será sempre uma noção fraca da localidade e velocidade do mundo que nos cerca. Desde então, a exatidão na medição e na previsibilidade causal foram substituídos por uma noção matricial de probabilidades.

A noção de causalidade é problematizada com mais ênfase com a teoria das estruturas dissipativas de Ilya Prigogine. Apesar de um pouco mais recente, já da segunda metade do século XX, tal teoria físico-química vai trabalhar questões ligadas a uma percepção da realidade como processos não equilibrados, que estão em constante entropia, e mais, com a contínua mudança dos sistemas, que se dá, muitas vezes, por flutuações aleatórias de energia.

Isso quer dizer que no mundo microscópico existem sistemas com energias diferentes, que em contato com outros sistemas tendem a ter uma troca dessas, daquele que tem mais para o que tem menos. Ocorre que esses sistemas quase nunca chegam a um estado de equilíbrio, possuindo um valor de entropia, ou desordem, entre as moléculas que os compõem. Ainda, toda troca de energia de sistemas nunca terá um valor de entropia menor do que aquele que continha antes da troca de energia.

O resultado disso é perceber que o valor de entropia em uma análise macroscópica sempre tende a aumentar, fato que leva a uma mudança constante e irreversível dos sistemas abertos.

Um detalhe que deve ser destacado é que a troca de energia e o sentido das flutuações das moléculas não podem ser previstos com exatidão – ou tem um limite de previsibilidade (MASSONI, 2008) - por possuírem uma aleatoriedade nesse movimento. Assim, mesmo que fosse possível medir todas as informações²⁹

²⁹ Mlodinow (2009) nos conta sobre os experimentos de Edward Lorenz e a teoria comumente conhecida como teoria do caos e o efeito borboleta. Lorenz foi um meteorologista que tentou simular as condições meteorológicas de um mundo fictício por meio de um computador, inserindo as condições climáticas no software e o mesmo trazia resultados do futuro simulado. Mesmo com poucas variáveis, Lorenz, pelo acaso, percebeu que o computador realizava os cálculos em seis casas decimais, contudo as medições nesta área de estudos nunca passavam de 3 casas, até porque os instrumentos de medições não conseguem ir além disso. Ocorre que, estas casas decimais

constantes em uma troca de energia entre sistemas, seria impossível determinar o sentido dessa troca com exatidão, mas apenas em probabilidades.

Como Boaventura (1999, p. 28) também destaca, a auto-organização presente na desordem terá de ser enfrentada pela física clássica, e sem muito sucesso. Ao invés de um processo determinista e a-histórico, agora com um processo indeterminado e ligado a um contexto histórico.

Para Boaventura, a maior consequência de tudo isso é perceber que os fenômenos não se dão de maneira isolada, mas são parte de um todo imprevisível, e que as condições do ambiente são sempre próprias de um único lugar. Uma das consequências de tal entendimento é a busca pelo conhecimento filosófico de um fundamento que consiga abarcar os avanços dos estudos mencionados.

Moura e outros (2012) nos apresentam uma correlação da teoria da incerteza com a teoria das estruturas dissipadas. Para esses autores, a percepção de que a Ciência caminha muito mais para uma lógica de probabilidade e interpretações, em lugar da certeza, ou da desordem contínua em avanço, exige que a Ciência contemporânea se reformule.

A necessidade de uma autocrítica que aborde a insuficiência de um conhecimento epistemológico que fica fechado em si, sem a possibilidade de resolver problemas reais em virtude de um idealismo/formalismo metodológico, é mais que um dever do cientista contemporâneo. Neste sentido, tanto a entropia como a incerteza mostraram para a Ciência, de dentro dela mesma, como as bases metafísicas do conhecimento moderno são insuficientes.

*“Há quase um século o **categórico formalismo científico fora superado**. Suas leis, seus conceitos, suas classificações, não podem mais ser apresentados aos alunos como verdades absolutas. Nenhum evento é independente, nenhum conhecimento é imutável. A ciência não pode ser vista como algo estanque, encerrada em si mesmo e capaz de atender as necessidades colocadas e não carregar consigo a condição de responder na totalidade as questões dadas. A ciência diferencia-se das demais áreas do conhecimento humano exatamente por sua fluidez, sua capacidade de renovação e adaptação aos novos fatos conhecidos (...) Nesse sentido, o fato de se afirmar que a ciência está fundamentada em sua indeterminação pode, em um primeiro momento, repercutir com estranheza, pois se entende justamente o contrário, que uma afirmação científica não pode estar*

desprezadas, que representariam fenômenos tão insignificantes como um bater de asas de uma borboleta, podem representar consequências tão relevantes ao clima como um furacão ou um maremoto. A conclusão levantada é que o determinismo, ainda que fosse uma hipótese real, seria fadado ao fracasso, no sentido de não podermos prever o futuro e muito menos ter controle sobre ele. Fenômenos aleatórios e aparentemente insignificantes teriam o poder de mudar nossas vidas e o destino de toda humanidade.

equivocada. Entretanto, estar à ciência fundamentada em sua indeterminação é considerar a sua possibilidade de evolução, de aprimoramento, e de constante construção. E é nesse sentido que uma teorização científica não pode ser dogmática” (MOURA e outros, 2012, p. 3-4. grifos nossos).

Para Costa, Cunha e Ghedin (2000) e Massoni (2008), Prigogine mudou não só a física e a química, mas toda a noção de Ciência, rompendo com conceitos de determinismo e causalidade, junto com a concepção de que o universo é dinâmico e de que está em constante expansão (GLEISER, 1997). Percebeu-se que a própria natureza tinha uma capacidade de mudar sua estrutura e a matéria de tal forma que criava uma auto-organização em meio à desordem. Ou seja, a própria vida necessita do desequilíbrio e da desordem para se manifestar.

As noções de tempo tiveram de ser revistas, bem como a neutralidade dos experimentos diante do referencial temporal. A infinitude e a complexidade da natureza, em meio a todas essas mudanças, exigiram uma Ciência não positivista. A Ciência passa a perceber como é indissociável o devir do ser (COSTA, CUNHA e GHEDIN, p. 3).

Mesmo com tantas informações estranhas às Ciências Sociais, como os avanços da física quântica e essa crise da Ciência moderna, Boaventura usa de uma escrita muito clara para nos mostrar como tais fatos trouxeram problemáticas para todo o paradigma da modernidade.

Ora, se as conclusões da Física, ramo da Ciência obcecada pela exatidão, com uma metodologia neutra e a distinção entre observador e objeto nos mostrou que não podemos realizar observações, quaisquer que sejam, sem que interfiramos no objeto, que a relativização tempo-espaco é sempre presente, que a aleatoriedade está contida na própria energia da matéria, dentre todas as conclusões que colocam em dúvida o próprio conceito de Ciência moderna, então quais seriam as consequências para as bases de Ciências consideradas como *não duras*, ou até mesmo como não Ciência?

Boaventura cita outros avanços de diversos ramos das Ciências, no mesmo sentido desses que apresentamos até aqui, mas preferimos ficar nos mais citados na bibliografia auxiliar, até para não nos desvirtuarmos daquilo que pretendemos com o presente trabalho. Contudo, convém mencionar que Boaventura não se atém às percepções paradoxais da própria Ciência em seu sistema, o autor também lança luz para as questões da crise da instrumentalidade do conhecimento científico.

É feita a denúncia de como o mundo pós-guerra presenciou os avanços científicos sendo usados contra o próprio Homem. Como a indústria do capital fez dos cientistas e de suas pesquisas meios para obtenção de lucro sem um mínimo de reflexão sobre as consequências de seus estudos. A Ciência neutra, sem se criticar, acabou por ser uma grande ferramenta nas mãos de uma ideologia que busca o ganho sem preocupação com os custos e com o Outro. Ou seja, a pretensa neutralidade ideológica, na verdade, servia de instrumento para uma ideologia passível de crítica.

Em seguida, Boaventura passa a propor ideias de como será o novo paradigma emergente. Pensamos que a maior parte das ideias por ele seguidas é de grande valor e merecem o estudo, contudo, limitando-nos ao nosso marco teórico aqui trabalhado e ao recorte epistemológico (se é que é possível), entendemos por tomar um rumo paralelo, não contraditório, mas que a nosso ver terá mais ganhos para o ramo do Direito e da responsabilidade do judiciário.

Nesse sentido, ficamos com o aprendizado sobre tais concepções científicas, filosóficas e epistemológicas, para questionarmos: qual seria a relação das Ciências modernas com o Direito? A crise apresentada, que questiona alguns conceitos, como o determinismo causal, a neutralidade do observador e a previsibilidade, serve também como crítica a tais conceitos no Direito?

Para responder a essas perguntas e explicar ao leitor o porquê desta pequena digressão, é necessário entender os movimentos que explicam e conceituam as Ciências do Direito, ainda que de maneira não aprofundada. Assim, pensamos que a hipótese de que a crise da modernidade não é exclusiva das Ciências, mas de todo um paradigma epistemológico que precisa ser questionado para pensarmos soluções além de uma lógica egocêntrica.

3.3 “E agora José”,³⁰ Por que não o (pós)Positivismo Jurídico?

Os debates sobre o conceito do Direito, sua função, justiça, seu modo de aplicação, o que são normas jurídicas, dentre tantos outros, costumam recair em

³⁰ Clara alusão ao poema de Carlos Drummond de Andrade (1993), *José*, até porque, a essa altura, a crítica ao positivismo já nos permite afirmar que a literatura também é uma maneira de revelar aquilo que a forma muitas vezes apenas vela.

teorias que abordam tais problemáticas, geralmente nos remetendo ao estudo das correntes chamadas de Jusnaturalismo, Positivismo Jurídico e Pós-Positivismo.

Apesar de alguns autores focarem, direta ou indiretamente, no dualismo Jusnaturalismo jurídico e Positivismo Jurídico (STRUCHINER, 2005), nas últimas décadas a expressão Pós-Positivismo jurídico também tem sido cunhada com muita frequência.

Não é nosso trabalho reconstruir o histórico desse debate, até porque teríamos uma nova pesquisa³¹, mas entendemos ser importante preparar o leitor para a construção de nosso no marco teórico, que irá questionar as bases dos pensamentos sobre o Direito. Dessa forma, para apresentarmos as críticas à teoria das capacidades institucionais, é necessário que seja realizada uma desconstrução, ainda que tímida, da forma totalitária com que o Direito é visto nessas correntes de pensamento. Em especial, ao que conseguimos compreender como Positivismo Jurídico, que é pano de fundo do novo método formalista proposto por Sunstein e Vermeule.

Podemos adiantar que, conforme criticamos em subtópico anterior, o Positivismo Jurídico, pelo menos as suas correntes mais propagadas em termos quantitativos, carrega em si pressupostos e traços do conceito de Ciência advindo com a modernidade.

Se a crítica ao conceito de Ciência moderna foi feita, não poderia ser diferente no conceito de Direito fundado em tais pressupostos. Nossa adesão é no mesmo sentido com que Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Bernardo Ferreira Duarte (2012) propõem: um transbordamento dessas divisões clássicas de correntes jusfilosóficas.

Importante registrar que, nesta parte do capítulo, os passos de Cruz e Duarte – que também utilizam das leituras de Lévinas, nosso marco teórico - foram a principal fonte de pesquisa para essa crítica aos movimentos teóricos do Direito.

Uma dificuldade encontrada sobre a dicotomia entre Positivismo Jurídico e Jusnaturalismo, e até mesmo para trazer o termo Pós-Positivismo, é o critério que

³¹ Pedimos desculpas mais uma vez, pois este subtópico, com toda certeza, terá uma violência gritante, uma totalização de conceitos que, infelizmente, se não os fossem feitos, consumiríamos anos de pesquisas, apenas para tal problemática. De toda forma, passaremos a expor de forma sintética, buscando ser didáticos e indicando as referências para aqueles que tenham a curiosidade de aprofundar o tema. Além do mais, nosso problema é ainda mais fundo que o positivismo jurídico e a ciência moderna, vai além. Na tentativa de superar a totalização do outro, buscamos uma maneira de ver o Direito de tal forma que o Outro venha sempre em uma relação ética.

poderíamos estabelecer para definirmos como cada teoria se encaixaria em cada classificação.

Não dizemos isso como uma crítica possível a toda classificação, mas, nesse caso em especial, cada autor ou teoria poderá ser enquadrada em uma classificação distinta, de acordo com o critério a ser adotado, o que certamente seria uma ontologização que deixaria de fora uma ideia semelhante, ou aproximaria concepções que possuem elementos próprios e distintos.

Por isso, preferimos ser respeitosos com os próprios autores e, por não ser o objetivo central da pesquisa, buscamos utilizar as classificações nas quais eles mesmos se inseriram ou foram classificados pelas pesquisas a que tivemos acesso.

Nesse sentido, um defensor do Positivismo Jurídico conceitual é Noel Struchiner (2005), que não só nos apresenta seu modo de classificar o movimento conceitual do Direito como também nos esclarece as distinções entre algumas correntes e variações de pensamentos.

Ao tratar do Direito Natural, ou do Jusnaturalismo, apresenta três pressupostos que geralmente os autores compartilham:

“1) Uma tese de filosofia ética que sustenta que existem princípios morais e de justiça que são universalmente válidos e acessíveis à razão humana; 2) Uma tese sobre a definição do conceito de Direito, segundo a qual um sistema normativo ou uma norma não podem ser qualificados de “jurídicos” se contradizem ou não passam pelo crivo de tais princípios. (...) 3) Tanto os juízes quanto os sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao Direito” (STRUCHINER, p. 2005, p. 23)

O autor aponta que entre os denominados jusnaturalistas há uma constante divergência sobre fonte desse Direito justo ou sobre princípios justos do Direito. Também elenca críticas quanto à possibilidade do discurso que sustenta a visão natural do Direito ser utilizada como uma forma de legitimar qualquer interpretação absurda. Para Struchiner, o jusnaturalismo possibilita que o Direito seja usado sob o pretexto de que princípios morais abstratos determinam tal conduta sem que, para tanto, haja qualquer comprovação racional acerca de tais princípios.

Hudson Freitas (2013) faz uma análise mais aprofundada do naturalismo que Struchiner e nos apresenta o que seriam os principais traços desse movimento do Direito:

Sendo assim, pode-se dizer da existência de três modelos ou fases do Direito Natural: 1 – o Direito Natural havido no período clássico baseado numa visão cosmológica do mundo e da natureza (physys); 2 – o Direito Natural reformulado no período medieval, em que a visão cosmológica é transmutada numa visão teológico-cristã em que Deus (especificamente o Deus católico) passa a ser a origem e a fonte de todas as coisas, inclusive do Direito; 3 – o Direito Natural racionalista iluminista, em que a fonte do Direito passa a ser a razão subjetiva do indivíduo, lastreada na evidência cartesiana absoluta do cogito. (FREITAS, 2013, p. 34)

Freitas anota um elemento fundamental na transição do paradigma Jusnaturalista para o Positivista: a troca dos legitimados para dizer o que é o Direito. Se na primeira fase o religioso era o legitimado, na era positivista podemos afirmar que a figura é substituída pelo cientista do Direito.

Em nossa perspectiva, a característica marcante do Direito Natural (ainda que não exclusiva) é ver o Direito pelo viés da moral, como um reflexo do cientificismo natural, em que o teórico teria a possibilidade de descrever regras universais e imutáveis a partir de princípios maiores. Esses seriam revelados ou por uma figura divina, ou pela razão, ou, ainda, pela própria natureza, dependendo de qual corrente de naturalismo estiver vinculada ao teórico.

Entendemos ser importante perceber tal característica, pois, como mencionado, sustentamos que a maneira de se conceituar o Direito é, em sua medida, uma apropriação de um paradigma do conhecimento. Nesse sentido, o Jusnaturalismo tem traços marcantes de um naturalismo científico, anterior ao movimento iluminista no fim da idade média, ou um paradigma pré-moderno.

Struchiner continua seus estudos e analisa o que seria o Positivismo Jurídico, afirmando que existe muita divergência entre as teses que sustentam premissas semelhantes, ainda que com algumas divergências. Por isso, busca-se um ponto em comum entre os jurídicos positivistas.

Sua primeira análise é sobre a corrente chamada de **positivismo cético** que, em suma, apenas refuta o modo jusnaturalista de conceber o Direito, com a seguinte premissa, “1) *Ou não existem princípios morais e de justiça universalmente válidos ou, mesmo que existam, não podem ser conhecidos pela razão humana.*” (STRUCHINER, 2005, p. 27).

Dessa forma, como bem destaca Struchiner, não podemos dizer que, sozinha, essa concepção de Direito informe algo sobre como tratá-lo, ou o que ele é. Podemos dizer que, por ser apenas uma crítica ao jusnaturalismo, tal maneira de ver

o Direito sempre virá acompanhada de alguma outra variação do Positivismo Jurídico, ou até mesmo do Pós-Positivismo.

A próxima concepção do Direito apresentada é o **positivismo ideológico**. Em suma, seria a vinculação moral de obrigatoriedade, na qual os juízes e os sujeitos de Direitos estão submetidos às normas postas. Assim ele elenca as teses dessa corrente:

“1) Para que um determinado sistema normativo receba o nome de Direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, devem-se investigar as suas fontes e não o seu mérito. 2) Os juízes e sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao Direito positivo. O Direito positivo é dotado de força moral obrigatória.” (STRUCHINER, 2005, p. 29).

Dessas duas premissas demonstradas por Struchiner, além da vinculação moral que as normas acarretam nas pessoas, desde àqueles que lidam diretamente com o Direito, até àqueles que, mesmo sem conhecer o Direito, estão vinculados à ele, também encontramos a ausência de critério interno de verificação das normas.

Isso significa dizer que as normas, para essa corrente de pensamento, serão jurídicas independentemente de seus conteúdos, seja (a)moral, (ir)racional, ou qualquer outro modo de avaliação. O critério que confere legitimidade às normas e, logo, diz o que é Direito, seria o da fonte. Por sua vez, fonte jurídica seria a origem da norma e do Direito, a forma com que eles são produzidos. O Direito é justo se válido, ou seja, advindo de fontes legítimas.

A terceira variação de Positivismo Jurídico seria o **formalismo jurídico**. Apesar do termo formalismo, não podemos tomá-lo com a mesma significação do formalismo que apontamos no segundo capítulo deste trabalho, ainda que, a nosso ver, a operacionalização em ambos os casos seja muito semelhante, ou até idêntica. Isso porque Sunstein e Vermeule são explícitos na recusa do item 2 da tese defendida por essa corrente e apresentada por Struchiner:

“1) O Direito é composto exclusivamente ou predominantemente por normas promulgadas explícita e deliberadamente por órgãos legislativos e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais. 2) Esse sistema de normas possui as seguintes propriedades: O sistema é fechado, ou seja, o conjunto de normas promulgadas pelo legislativo é exaustivo do Direito; o sistema é completo, isto é, não existem lacunas no sistema de normas; o sistema é consistente, o que significa que não há contradições e antinomias

normativas; e as normas do sistema são precisas, não existe nenhuma espécie de indeterminação lingüística, como ambigüidades sintáticas ou intoxicações semânticas como a vaguidade e a textura aberta da linguagem.” (STRUCHINER, 2005, p. 31-32).

Se, por um lado, os autores que defendem o formalismo jurídico vêem o Direito como um sistema fechado, auto suficiente, sem lacunas e contradições, por outro, afirmam que aos operadores do Direito não é necessário um juízo moral e valorativo das normas, mas apenas sua aplicação de acordo com elas é a normatividade que diz como aplicar as normas. Struchiner aponta que o formalismo é complementar ao positivismo ideológico, tendo em vista que o segundo afirma que o Direito não deve ser valorado, e o primeiro mostra como fazer isso.

Encerrando essa tese paralela de seu trabalho, Struchiner questiona o motivo de todos os autores, mesmo defendendo diferentes modos de positivismo, serem considerados de um único movimento, o Positivismo Jurídico. E mais, ele busca estabelecer o elo que liga a grande maioria desses autores.

Assim, o que poderia ser chamado de **positivismo conceitual** é, basicamente, uma maneira de compreender o Direito sem critérios valorativos. O comum aos teóricos positivistas seria, geralmente, a busca por um Direito que fosse verificável empiricamente, com neutralidade, sem a preocupação de conteúdos morais ou de justiça. O positivismo conceitual seria o enfoque de descrever o Direito numa determinada sociedade e, no máximo, buscando as respostas dentro do próprio sistema jurídico e a maneira de operá-lo sob as premissas destacadas acima. Assim, Struchiner sintetiza:

“1) Para que um determinado sistema normativo receba o nome de Direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, devem-se investigar as suas fontes e não o seu mérito.” (STRUCHINER, 2005, p. 33).

Para nossa pesquisa, mais importante do que compreender as infinitas classificações de Positivismo, é perceber que existe este ponto ideológico em comum. O que estaria além dessa semelhança, como um fundamento, seria a influência do conceito de Ciência que permeia o pensamento positivista.

Hudson Freitas analisa os embates de teorias para explicar o Direito, e afirma que não há distinção paradigmática entre Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico, motivo pelo qual ele denomina o paradigma JP.

Freitas expõe que ambas correntes jusfilosóficas apresentam o Direito sob pressupostos mentalistas. Esses, por sua vez, sustentam um conhecimento que foca na relação ser-objeto, ou seja, uma busca pela essência dos objetos por um indivíduo livre, com totais possibilidades de apreender o mundo que o circunda.

O método cartesiano seria algo marcante para esse paradigma, que coloca a consciência (por isso a expressão mentalista) como centro das relações de cognição. A racionalidade e o método são outros traços importantes do paradigma JP, ainda que para o jusnaturalismo o conteúdo moral, justo ou racional das normas, seja imprescindível.

Anotamos que o modo com o qual Freitas analisa paradigma permite afirmar que o Jusnaturalismo e Positivismo estariam enquadrados no mesmo âmbito. Mas, se nosso recorte de paradigma destacar o cientificismo moderno - que trouxemos no subtópico anterior – é possível dizer que o jusnaturalismo estaria inserido num modelo teológico ou pré-científico, tendo em vista que, muitas vezes, se fundamenta em questões metafísicas, como a ideia de justiça divina ou leis morais imutáveis (FREITAS, 2013). Motivo pelo qual separamos Jusnaturalismo de Positivismo no que tange à classificação de paradigmas.

Assim, considerando que os paradigmas são marcantes pelo fato de influenciarem fortemente os pressupostos de conhecimento das diversas áreas de estudo, tomamos como conclusão que o Positivismo Jurídico é uma resposta dos teóricos do Direito para responder o que é o próprio Direito e as normas jurídicas sob o paradigma científico da modernidade.

Mesmo encontrando as variações na tratativa do Positivismo Jurídico, nele estão presentes critérios imprescindíveis dos pressupostos da Ciência moderna, como apresentado neste capítulo: a hiper certeza, a neutralidade, a universalidade, a descrição livre de avaliação e de interferência do pesquisador, a coerência de um sistema fechado, a demonstração, o método científico, a segurança e previsibilidade.

Cruz e Duarte (2013) também coadunam que outras abordagens positivistas, como o positivismo filosófico, o sociológico, o lógico, o psicológico, ou qualquer outra forma, compartilham de um mesmo pano de fundo. Por isso, também identificam o

Positivismo como um paradigma epistemológico, e tal ponto tem sido esquecido por aqueles que analisam as teorias jurídicas.

“Na realidade, como paradigma epistemológico, o positivismo não surge de uma simples abordagem, mas da somatória complexa de uma série de fatores históricos que propiciam a transição do paradigma científico e societário medieval para o paradigma científico e societário moderno. Para fins unicamente didáticos, poderíamos alinhar esses fatores históricos em dois grandes blocos: o primeiro a englobar quatro revoluções que mudam os centros de referência da sociedade em termos econômicos, religiosos, científicos e filosóficos; e o segundo a abarcar algumas teorias delineadas principalmente pelo movimento contratualista, que modelarão o pensamento político moderno a partir de uma visão racionalista/mecanicista de mundo.” (CRUZ e DUARTE, 2013, p. 112-113).

Os autores compartilham a tese de que após o surgimento dessas mudanças no modo de conceber o conhecimento, esse passou a ser julgado pelo tribunal da razão. Logo, é racional o saber produzido pelo método científico. E Ciência é a maneira de conhecer pautada nos ideais de certeza, demonstrabilidade, objetividade, neutralidade e causalidade.

Para reafirmarmos o que defendemos aqui, não é difícil utilizar nossa observação para perceber como o Direito, no modelo positivista, buscou seus fundamentos nos mesmos pressupostos da Ciência moderna.

Nossos livros jurídicos estão fartos de uma escrita que busca a neutralidade, que trata a lei como um objeto que é possível dissecar para apresentar a natureza jurídica da regra. Assim, a tarefa do cientista do Direito não seria mais do que observar, descrever e demonstrar (geralmente citando o que já foi dito por outros ‘grandes’ autores).

O traço marcante do Direito influenciado por esse paradigma está na pretensão de certeza e segurança jurídica e as diversas tentativas de excluir as intoxicações lingüísticas confirmam tal idéia. O jurista vê o Direito como um sistema, ainda que não completo, mas que traz uma lógica fundada em si mesmo, uma linguagem única, a compreensão de que há a possibilidade de buscar precisão na letra da lei para se ter segurança jurídica.

Contudo, para nós, perde-se o sentido de uma metodologia que busca objetividade se aqueles ramos científicos que mais teriam a pretensão de lidar com um objeto, com uma análise neutra, não conseguiram. A revolução einsteniana, as descobertas micro atômicas, a mecânica quântica e todas as formas apresentadas

no subtópico anterior apontam que um modelo jurídico fundado nas premissas denunciadas não trará os melhores resultados.

Mas ainda poderíamos ser questionados acerca do que comumente é chamado de Pós-Positivismo como uma corrente que teria aproveitado os ganhos do Positivismo no tratamento científico do Direito e da inclusão de princípios de justiça sempre defendidos pelos jusnaturalistas.

Pensamos que, ainda que a análise do Direito como sistema jurídico tenha se desenvolvido com as questões levantadas por aqueles que se intitulam de pós-positivistas, como a hermenêutica concretista, a inclusão do debate sobre os princípios jurídicos no ordenamento, técnicas como a ponderação de valores, dentre outros que são tratados dentro dessa corrente jurídica, tal modo de conceber o Direito estaria pautado em uma lógica semelhante à anterior, sem transpor o paradigma científico da modernidade.

Ora, consideramos que não há uma mudança verdadeira de paradigma com o Pós-Positivismo em relação ao Positivismo Jurídico. Pensamos que muitas teorias desenvolvidas no Direito que buscaram ‘sofisticar’ o método hermenêutico, trazendo, assim, inovações, de fato extrapolam, e muito, o Positivismo comumente conhecido de Kelsen e Bobbio. Contudo, Cruz e Duarte (2013) e autores que se auto intitulam positivistas, como Hart, Raz, Ross e Dimoulis, para ficar apenas nesses exemplos, também teriam trazido desafios ao modo de ver a aplicação do Direito, e inclusive com problemáticas como a moral, as intoxicações lingüísticas e uma hermenêutica concretista.

Nesse sentido, percebemos que a inclusão do debate moral e justo das normas não é uma exclusividade de nenhum dos movimentos do Direito, bem como a tratativa dos princípios jurídicos.

Até mesmo a teoria de Alexy sobre *o princípio da proporcionalidade*, muito citado aqui no Brasil, apesar de permear a questão moral e permitir uma flexibilização de decisões que envolvam questões denominadas difíceis, funda-se em um método que busca a precisão, inclusive, tendo cálculos matemáticos para se chegar à resposta da aplicação principiológica, como aponta Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2010).

Como dito, nosso objetivo não é citar todos os modos de Positivismo Jurídico e Pós-Positivismo mas, de maneira geral, justificar porque consideramos tais

correntes fundadas em uma lógica cartesiana e galileana de Ciências, ainda que, por óbvio, cada influência traga traços únicos à cada teoria.

Abordamos, no início deste capítulo, a denúncia feita por Benjamin sobre os aspectos da modernidade, motivo pelo qual consideramos que as maneiras de abordar o Direito pelos pós-positivistas também estariam em um modelo epistemológico moderno.

A compreensão de que o atual é sempre um avanço em relação ao anterior, de que o novo representa o melhor, de que o passado apenas errou ou não conseguiu responder a todas as perguntas, de que o atual é que traz a resposta definitiva, acaba por representar o que há de mais moderno. Ou seja, a modernidade e sua ótica do mundo é exatamente isso, evocar para si o título da perfeição.

Sem querer desmerecer os estudos realizados por autores incluídos nessa corrente de pensamento jurídico, apenas denunciemos como a própria expressão 'pós' (assim como meta, anti, dentre outras formas lingüísticas) ressalta que tal concepção continua sob o mesmo paradigma epistemológico moderno, para responder às questões levantadas pelas correntes Jusnaturalistas ou Positivistas. Se almejamos sair desse modelo de pensamento, então devemos criticar suas bases para não nos incorreremos mesmos erros.

Não obstante, Cruz e Duarte (2013) também anotam que até mesmo a denominação Pós-Positivismo jurídico remete a uma noção moderna de temporalidade, de superação, de totalização dos conceitos positivistas dentro do novo modelo de conceituação do Direito.

Sob o olhar de Lévinas, explicam como o prefixo pós sugere que o que vem de novo traz todas as repostas que o anterior não conseguiu responder, que a nova teoria totaliza a anterior e que, sob certa medida, quer aniquilá-la. Uma dialética, independente de qual dos modelos estejamos falando.

Para tanto, invadidos pela noção levinasiana de infinidade, percebem que ver o Direito exige mais do que totalizá-lo em conceitos que aprisionam as infinitas possibilidades existenciais de um Outro que não podemos ontologizar, ainda que tentemos com grande frequência. É necessário ir além, responder a um chamado do Outro sem classificá-lo, apenas testemunhá-lo. A crise científica teria apresentado a insuficiência do próprio método que buscou certeza, objetivação, neutralidade, universalização e, assim, esqueceu-se que o Outro extravasa tudo isto.

Talvez, por isso, a menção de um novo paradigma esteja errada³² mas, se fosse necessário nomeá-lo, podemos chamá-lo de paradigma da alteridade absoluta, da alteridade do totalmente outro, da escatologia ou do Rosto. Logo, não só o paradigma epistemológico precisa ser revisto, mas também o Direito que se fundamenta nele.

O Direito indo além, testemunhando a face do Outro, sendo espaço para a alteridade e a responsabilidade, lugar de justiça como resposta ao Outro e ao terceiro, é a nossa tentativa de resposta ao modelo a que não conseguimos mais aderir. Sentimos que é necessário ir além.

³² Margareth Masterman (1970) anota 22 sentidos diferentes da palavra paradigma. Empregamos aqui um sentido, ainda que não tão determinado, mas mais próximo da percepção de ciência de Kuhn, que se dá a partir de pressupostos galileanos. Sua noção linear de tempo e sua percepção ontológica da história são outros problemas. A lógica da mesmidade opera pela neutralidade que permite o observador externo comparar os paradigmas. Esses são alguns problemas no emprego dessa expressão. A história assume a condição de ultrapassagem do ser e do tempo como aquilo que cede à universalização dos fatos, eventos, modo de produção econômica. Desse modo somente a história das mentalidades pode ser abrir a alguma aproximação com a escatologia. Assim, o emprego de conceitos como esse precisam receber uma advertência, que, se formos bem sucedidos, terão uma compreensão mais facilitada no decorrer do trabalho.

4 O DIREITO E A FACE DE EMMANUEL LÉVINAS

Pedimos desculpas aos leitores por este capítulo que inevitavelmente parecerá um resumo, um apanhado das ideias de Emmanuel Lévinas. Fizemos um esforço enorme para ser um testemunho responsável de (e com) Lévinas, nosso marco teórico. As regras e formalidades às quais estamos inseridos e obrigados a respeitar fazem com que pequemos diante de sua face, ainda que tenhamos nos esforçado para sermos mais um testemunho responsável do que um estrito cumprimento das regras.

É necessário nos desculparmos pela violência com que alguns conceitos são tratados e, por vezes, por não os conceituarmos. Também pela ausência de tantas notas marginais e por expor nossa preocupação sem neutralidade. Esses e alguns pontos fazem com que peçamos desculpas, pedido de perdão que seria direcionado a Lévinas, caso seu existente estivesse entre nós.

Emmanuel Lévinas nasceu na Lituânia, 1905, filho de judeus, e desenvolveu estudos em literatura russa, considerados como um estudo pré-filosófico do autor. Assim, mesmo tratando de literatura poética, em suas obras favoritas o autor já analisava questões referentes aos dramas da existência.

Lévinas afirma que sua iniciação filosófica não começa com seus estudos sobre Husserl, mas com a Torá (escrito religioso judaico que pode ser comparado à bíblia em importância para a religião e exercício de fé dos judeus) e talmude, bem como com a literatura. Dentre eles, nas palavras do próprio filósofo, se destacam “*Puchkine, Lermontov, Gogol, Turguéniev, Dostoiewsky e Tolstoi, e também os grandes escritores da Europa ocidental, e principalmente, Shakspeare*” (LÉVINAS, 1982, p. 16).

Pela afirmação de Lévinas, já percebemos uma postura diferente dos filósofos clássicos, na qual ele mesmo reconhece que a literatura e os estudos talmúdicos já o levavam para um pensar filosoficamente, um momento que despertava em sua mente as questões que iria abordar na sua maturidade filosófica.

Apesar de nos adiantarmos em alguns pontos, é imprescindível que seja colocada uma questão que chegou a incomodar Lévinas e que veio a ser alvo de críticas injustificáveis. Trata-se da crítica e compreensão do pensamento do nosso autor como uma teoria religiosa.

Nesse sentido, podemos responder a essas críticas com o que foi literalmente dito pelo autor, com nossas impressões do que foi lido e com os especialistas em Lévinas.

Inicialmente, na obra *Totalidade e Infinito* (LÉVINAS, 1988), o autor deixa claro que não busca questionar dogmas religiosos, afirmando que sua postura seria exatamente contrária, no sentido de revelar como os dogmas da crença divina seriam contrários a todo seu pensamento.

Além do mais, quando comparamos seus textos considerados filosóficos e suas análises talmúdicas, Lévinas não se preocupa com a harmonização ou a distinção entre os tipos de discurso, isso porque, para ele, não deveríamos pressupor que são opostos. Nosso autor não tem a preocupação de totalizar o conhecimento religioso e racionalizá-lo, mas, ao mesmo tempo, nega que o discurso religioso não seja pautado em uma ética humana e racional na sua medida:

“O sentimento religioso, tal como o recebi, consistia mais no respeito pelos livros – a Bíblia e seus comentários tradicionais, que remontam às origens do pensamento dos antigos rabinos – do que em determinadas crenças. Não quero com isto dizer que era um sentimento religioso atenuado. O sentimento de que a Bíblia é o livro dos livros em que se dizem as coisas primeiras, as que se deviam dizer para que a vida humana tenha um sentido, e se dizem sob uma forma que abre aos comentadores as próprias dimensões da profundidade, não era uma simples substituição de um juízo literário à consciência do sagrado. É a extraordinária presença das suas personagens, é esta plenitude de ética e as misteriosas possibilidades da exegese que significam originalmente, para mim, a transcendência. E é o mínimo. Não era pouco entrever e sentir a hermenêutica, com todas as suas ousadas, como vida religiosa e como liturgia. Os textos dos grandes filósofos, com o lugar que a interpretação tem na sua leitura, pareceram-me mais próximos da Bíblia do que opostos a ela, ainda que a concretização dos temas bíblicos não se reflectisse imediatamente nas páginas filosóficas. Mas não tinha a impressão, quando principiante na matéria, de que a filosofia era essencialmente ateia, e hoje também não penso assim. E se, em filosofia, o versículo não pode substituir a prova, o Deus do versículo, apesar de todas as metáforas antropomórficas do texto, pode permanecer a medida do Espírito para o filósofo.” (LÉVINAS, 1982, p. 17).

Estudar Lévinas e acreditar na distinção entre discurso religioso e filosófico é não entender o que ele mesmo quis. Em nossa modesta leitura, compreendemos que uma das tarefas do autor é quebrar a ideia de racionalidade científica como trabalhamos na modernidade, para instaurar uma experiência de testemunho revelado pelo Rosto de um próximo, ou melhor, do Rosto do Outro.

Fixar-se sobre a distinção entre conhecimento filosófico e crença religiosa é totalizar as duas formas de testemunho e interpelação, criando uma hierarquia e violentando, principalmente, a da religião.

Destaca-se também a forma com que a leitura bíblica ganha sentido para Lévinas. Ela, com o auxílio do talmude, não era abordada como um exercício de fé, mas como uma forma de se pensar. Uma maneira de pensarmos a ética!

As leituras talmúdicas são comentários realizados por estudiosos da bíblia que visam apresentar uma compreensão dos trechos, mas que não propõem uma síntese. Pelo contrário, de forma responsável com tudo que já foi dito, esses comentários visam apresentar uma leitura possível, um testemunho. Nelas não há preocupação com o consenso, pois não é uma ordem discursiva que visa uma conclusão dialética, mas uma busca intermitente pela palavra vinda do Rosto, o que torna o texto sempre vivo e ético.

Essa característica das leituras talmúdicas já aponta uma maneira de fazer filosofia no estilo levinasiano. Uma busca pela verdade sempre da ordem da ética, uma verdade perseguida, que não é dada, mas sempre procurada na relação fundamental com o Outro que interpela – de forma ainda mais acentuada na tradição judaica que, ao contrário da tradição ocidental que privilegia a imagem, dá maior importância ao chamado pela oralidade.³³

Por último, entendemos que Lévinas busca a saída da metafísica como fundamento. Ou seja, ao utilizar o método fenomenológico, busca ver as coisas como elas aparecem, sem aceitar fundamentos últimos da ordem da entificação de um deus, do eterno. Inclusive, em tal ponto, afirma que Heidegger avançou, saindo do idealismo ocidental e de seus fundamentos transcendentais (LÉVINAS, 1997, p. 111).

Nesse mesmo sentido, Derrida (2011) afirma que seria um equívoco confundir as analogias feitas com a figura de deus com uma teologia. Para ele o pensamento de Lévinas não pode ser compreendido como teológico, pois foge de qualquer

³³ Grandes exemplos bíblicos que podemos testemunhar em favor da tradição judaica nos vêm à lembrança, como Moisés e Samuel. Ambos são chamados por Deus, e mesmo sem ver a face do Criador, o escutam, são interpelados por Ele, sem conseguirem abdicar de dar uma Resposta, resta a eles o Eis-me-aqui: “3 E Moisés disse: Agora me virarei para lá, e verei esta grande visão, porque a sarça não queima 4 e vendo o Senhor que se virava para lá a ver, bradou Deus a ele do meio da sarça, e disse: Moisés, Moisés. E ele disse Eis-me aqui” (Êxodo, 3, 3-4). “3 E estando também Samuel já deitado, antes que a lâmpada de Deus se apagasse no tempo do Senhor, em que estava a arca de Deus. 4 O Senhor chamou a Samuel, e disse ele: Eis-me aqui” (I SAMUEL, 3, 3-4). Ainda, há quem diga que nessas passagens poderia haver muito mais elementos levinasianos de revelação.

ontologia e dogma religioso. A metafísica levinasiana sai de qualquer fundamento metafísico, não há espaço para recusar o pensamento do nosso autor pela justificativa de ser uma teoria onto-teológica.

Justificado nosso posicionamento sobre a ausência de motivos para discutir se a teoria levinasiana é ou não teologia, mesmo sabendo que ela não é religiosa, podemos transpor para o período em que Lévinas vai realizar os estudos sobre Husserl e Heidegger, que pode ser chamado de segunda fase, ou de introdução ao método fenomenológico.

De 1923 a 1927 Lévinas inicia seus estudos em Estrasburgo, local onde, como ele mesmo diz (LÉVINAS, 1982), por mero acaso, teve acesso aos textos de Husserl. Desse período em diante seus escritos sempre testemunharam a fenomenologia como pano de fundo, inicialmente como método de filosofar, e posteriormente em uma tentativa de ir além do fenômeno e da suspensão da consciência (*epoché*).

Entre 1928 e 1929 ele passa um período estudando em Friburgo, onde foi aluno tanto de Husserl, quanto de Heidegger, autores que são considerados seus grandes influenciadores.

Em todos os relatos que encontramos, Lévinas demonstra grande respeito e admiração pelos trabalhos de Husserl e Heidegger. Quanto ao último, mencionou que sua obra *Ser e Tempo* com certeza é uma das obras mais fantásticas produzidas pelo pensamento humano, ainda que, pessoalmente, Lévinas nunca tenha perdoado o posicionamento de Heidegger frente ao Partido Nacional Socialista da Alemanha nazista (LÉVINAS, 1982).

As pesquisas destes dois anos renderam uma tese de doutoramento a Lévinas denominada *Théorie de l'intuition dans La phénoménologie de Husserl*, no mesmo ano em que Lévinas adquire a nacionalidade francesa. Sua preocupação com uma leitura mais apurada da fenomenologia irá retornar com a obra *Descobrimo a Existência com Husserl e Heidegger*, em 1949 – apesar de ter sido escrita ainda no início da década, quando estava preso em campo de concentração nazista - obra que não pode ser encarada como uma simples visão da fenomenologia dos dois autores, mas uma visão que já abarcava as críticas feitas por Lévinas, e uma introdução ao seu próprio pensamento como o capítulo que leva o nome *A Filosofia e a Ideia de Infinito* (LÉVINAS, 1997, p.201-226).

Lévinas, como militar francês, foi feito prisioneiro na Alemanha em 1940, ao contrário de sua família, que como cidadãos judeus foram mortos pelo terror totalitário nazista. Este período que passou como prisioneiro de guerra pode ser analisado apenas como um fato trágico na vida de Lévinas, mas preferimos percebê-lo como um testemunho que irá determinar ainda mais o que nosso autor passou a publicar depois da segunda guerra.

Tais fatos fazem com que meditemos sobre os escritos de Lévinas não apenas como uma mera reação ao terror nazista, uma resposta e uma tentativa de repudiar o desumano. Mas, também faz com que nossos olhares sobre seu escrito sejam de fato um testemunho do mal que a totalização do Outro pode acarretar. Bem como a ambiguidade de como a sensibilidade do Mesmo é refém do Outro de tal modo que, mesmo sendo uma vítima eterna da totalização, ainda assim, a crença e a responsabilidade para com o próximo fez com que Lévinas escrevesse de modo tão esperançoso em relação à responsividade para com o Outro. Sebbah, nesse mesmo sentido, pontua bem:

A obra de Lévinas não se reduz a uma “reação” ao horror nazista, uma meditação a respeito desse horror, por mais necessária que esta possa ser; mas, por se tratar de uma grande obra, ela sabe valorizar o sentido – e a falência do sentido – no plano mesmo da tessitura dos acontecimentos históricos. (SEBBAH, 2009, p. 24).

4.1 Totalidade, o Outro e a infinitude

Em *Totalidade e Infinito* (TI), Emmanuel Lévinas inicia sua jornada de revelação do que está aquém e além do ser. Sua narrativa inicia-se por aquilo que ele denomina de Desejo³⁴. Esse seria uma manifestação do existente que o levaria além da sua existência, seria uma manifestação distinta da necessidade, mas que faz com que o Homem busque algo a mais.

³⁴ Alertamos ao leitor que Lévinas não só se utiliza da própria ambiguidade interpretativa das palavras, como as deforma, dá a elas novo significado, traz um sentido que pode ser diferente do literal, até mesmo para quem já está habituado ao linguajar filosófico. A leitura merece atenção. De certa forma, é nossa tarefa apresentar as características destes termos cunhados por Lévinas, mas, para não ferir o próprio marco teórico, muitas vezes não teremos a possibilidade de conceituar, de definir algo que está além da significação semântica. Para deixar o alerta ao leitor optamos por escrever essas palavras com a inicial maiúscula, auxiliando, dentro do possível, a leitura de nossas pesquisas. Foi o caso de Desejo, será o caso de Outro, Outrem, Rosto, dentre outros termos.

O Desejo metafísico é um impulso para um absolutamente Outro. Nele, não há uma aspiração de retorno, pois ele implica em um evadir-se completamente, infinitamente. É inconsciente³⁵.

O Desejo é diferente da necessidade, pois essa pressupõe uma incompletude, um vazio que necessita ser completo e saciado. Por outro lado, o Desejo é uma manifestação de um existente que já é em si completo, que já possui sua morada e fruição no mundo mas, que ainda assim, deseja evadir-se, deseja sair em direção ao Outro.

Em nosso dia-a-dia temos desejos sexuais, de alimento, de conforto e segurança, mas esses em nada se confundem com o Desejo manifestado por Lévinas. No desejo não metafísico basta que transemos, nos alimentemos, nos deitemos em uma boa cama ou construíssemos um império patrimonial para que nossas satisfações sejam alcançadas e, pelo menos temporariamente, o desejo seja satisfeito. Ele é um gozo da consciência, uma permanência na egologia (LÉVINAS, 1997) de um indivíduo que pode desejar, graças à sua liberdade. O Desejo, a esta altura escrito com 'd' maiúsculo, nunca pode ser satisfeito, não pode ser alimentado, pelo contrário, abre o apetite metafísico. Isso porque deseja sempre o que está além de si:

“O Desejo é desejo do absolutamente Outro. Para além da fome que se satisfaz, da sede que se mata e dos sentidos que se apaziguam, a metafísica deseja o Outro para além das satisfações, sem que da parte do corpo seja possível qualquer gesto para diminuir a aspiração, sem que seja possível esboçar qualquer carícia conhecida, nem inventar qualquer nova carícia. Desejo sem satisfação que, precisamente, entende o afastamento, a alteridade e a exterioridade do Outro. Para o Desejo, a alteridade, inadequada à idéia, tem um sentido. É entendida como alteridade de Outrem e como a do Altíssimo. A própria dimensão da altura é aberta pelo Desejo metafísico. O facto de essa altura já não ser o céu, mas o invisível, constitui a própria elevação da altura e a sua nobreza.” (LÉVINAS, 1988, p. 22-23)

É importante perceber que esse Desejo não é apenas uma figura metafórica que descreve uma relação formal do Homem relacionando-se com o próximo, mas algo que é fundamental para entender a eterna evasão do sujeito, quase como combustível deste movimento que ele vai apontar como evasão e retorno.

³⁵ Na mesma obra Lévinas anota que a inconsciência dita por ele é diferente do que Freud disse sobre tal termo.

Há uma relação impulsionada pelo Desejo, mas diferente de uma relação no sentido formalmente construído pela filosofia até então. Isso porque é uma relação em que não há aproximação, pois por mais que o Desejo seja determinante na relação não é capaz de desaparecer, assim como a distância infinita que há entre o sujeito e o Outro. Não há dois pólos, dois extremos que se aproximam, mas dois infinitos infinitamente separados.

O Desejo, junto com algumas outras características, como a sensibilidade capaz de afetar o sujeito, é que nos torna humanos. Uma relação de transcendência, em que o Mesmo deseja um Outro metafísico e, por ser metafísico, é um evadir-se totalmente para o Outro. Uma alteridade plena, ou como é chamada por Lévinas, “*heterogeneidade radical do Outro*” (LÉVINAS, 1988, p. 24).

Este movimento de transcendência é uma inadequação, assim como existe uma ausência de adequação entre a ideia do infinito e o infinito (*ideatum*). Isso porque, se a transcendência ao metafísico busca uma alteridade total, um Outro completamente outro, esse certamente será tido como inadequado a qualquer conceito que dele se tenha. Da mesma forma que ao Desejo de transcendência em direção ao outro será inadequada a sua descrição. Qualquer forma de representação dessa relação será fadada ao fracasso, pois a conceituação será inadequada se comparada com o próprio fenômeno:

“A relação com o infinito não pode, por certo, exprimir-se em termos de experiência – porque o infinito extravasa o pensamento que o pensa. Nesse extravasamento, produz-se precisamente a sua própria infindição, de modo que será preciso exprimir a relação com o infinito por outros termos que não em termos de experiência objectiva. Mas se experiência significa precisamente relação com o absolutamente outro – isto é, com aquilo que extravasa sempre o pensamento – a relação com o infinito completa a experiência por excelência” (LÉVINAS, 1988, p. 13).

Transcendência como Desejo é inadequação, é o movimento metafísico, que excede o eu, é êxodo. O metafísico destaca a distância e a diferença que é o Outro. É importante perceber que o Outro não é uma oposição ao Mesmo, pois se assim fosse, já estaria contido em seu conceito. Por isso falamos em alteridade radical do Outro, ou em um absolutamente Outro, uma vez que, separado metafisicamente, nunca terei acesso a este Outro. Nenhuma definição poderá defini-lo, pois violentará sua infinitude. Insistir em conceituá-lo implica em sua negação pela totalização. Se

desejo, não poderei totalizá-lo em minha morada, pois ele nunca estará disponível a mim-mesmo.

É importante perceber que esse ponto responde às próprias objeções iniciais de Lévinas a Heidegger, no sentido de que na obra *Ser e Tempo*, ele não teria percebido que a supremacia do Ser acabava por colocar o Outro na lógica do Mesmo, ou seja, o Ser que invade tudo e domina, totalizando o Outro em seus conceitos, aniquilando em sua morada.

Lévinas faz um grande esforço para nos mostrar que a sociedade não é uma coletividade de Eu(s), mas um infinito de tantos Outros quanto surgem. O Outro, totalmente estrangeiro a mim, me interpela numa relação totalmente diversa das que encontramos na filosofia ocidental, uma relação que é essencialmente linguagem, discurso que não se confunde com retórica. Ao ser interpelado pelo Outro, por meio de seu discurso, não resta ao Eu e à sua ipseidade senão o movimento de saída de si, acontecimento este que constitui a própria subjetividade do Mesmo.

A retórica é a fala que violenta pela violência da predicação. Predicação essa que categoriza o que resiste à categorização. Categoria que nega a separação entre ser e ente. Categoria que nega o Outro ao retratá-lo apenas como um alter ego do seu ego, um não eu de mim-mesmo. Ao lado da retórica temos o discurso, uma fala que não predica ou uma fala que sabe os prejuízos da predicação? A visão derridiana (DERRIDA, 2011) do discurso levinasiano interdita a humanidade da comunicação. Não nos evadimos sem aquilo que somos. E somos morada da linguagem. Derrida impõe à fala levinasiana um modo único de evasão, um acesso restrito à epifania. Lévinas resiste. E se resiste, percebemos o discurso de uma forma diferente. Como uma fala metaforizada pela a-presentação de si ao chamado do Outro: Eis-me-aqui! Uma fala que não depende de palavras, mas que absorve os signos. Uma fala que traduz os verbos. A fala silenciosa do olhar, do gesto, do ato ou da simples presença. A fala sonora ou escrita operada pelos signos ou símbolos que percebe na ontologia a totalização do ontologismo. Uma fala predicativa, que deixa o ver na sua transcendência do Elemental das coisas ou na infindição do Outro.

O Discurso atesta a eterna distância e separação entre mim e Outrem, o que impossibilita a totalidade da relação e da totalização do Outro em mim. Discurso que é exterioridade sem ser violência, sendo bondade ética e transcendência.

“A ruptura da totalidade não é uma operação de pensamento, obtida por simples distinção entre termos que se atraem ou, pelo menos, se alinham. O vazio que a rompe só pode manter-se contra um pensamento, fatalmente totalizante e sinóptico, se o pensamento se encontrar em face de um Outro, refractário à categoria. Em vez de constituir com ele, como com um objeto, um total, o pensamento consiste em falar. Propomos que se chame religião³⁶ ao laço que se estabelece entre o Mesmo e o Outro, sem constituir uma totalidade.” (LÉVINAS, 1988, p. 27-28).

Lévinas continua seu esforço para não sairmos da leitura sem perceber a separação total que existe entre o Eu e o Outro, entre o Mesmo e o Outrem, que resulta na impossibilidade da totalização de um Outro à minha consciência. A alteridade é plena, e o Discurso advindo da interpelação da face (Rosto) deste Outro é o que não me deixa esquecer.

“O discurso, pelo simples fato de manter a distância entre mim e Outrem, a separação radical que impede a reconstituição da totalidade e que é pretendida na transcendência, não pode renunciar ao egoísmo da sua existência; mas o próprio facto de se encontrar num discurso consiste em reconhecer a outrem um direito sobre o egoísmo e assim em justificar-se. A apologia em que o eu ao mesmo tempo se afirma e se inclina perante o transcendente é a essência do discurso. A bondade para a qual o discurso tende – como veremos mais adiante – e onde requer uma significação, não perderá esse momento apologético.” (LÉVINAS, 1988, p. 27).

A esta altura que a concepção de Lévinas da existência de uma relação entre o Mesmo e o Outro como transcendência, como interpelação do infinito (que há no Outro) ao Mesmo, deixa sua marca, resta explicarmos o que Lévinas trabalhou e a importância disso em sua teoria.

Emmanuel Lévinas (1997) descreve como o ‘eu pensante cartesiano’ só tem certeza de si e, assim, desconsidera qualquer outro, pois tem dúvida de sua real existência ou se o é mera enganação dos sentidos. A ideia de infinito é a saída de Descartes para tal problema.

Considerando que o Eu é finito, pois não possui a capacidade de tudo apreender, mas consegue perceber a noção de finitude, logo, a de infinito, então há alguém, outro modo de ser, infinito, que inseriu tal abstração intelectual no ser. Esse alguém, para Descartes, é Deus.

Dessa forma, o Homem pode compreender que existe um infinito, uma ideia, mas ao tentar compreendê-lo, percebe sua finitude de compreensão, chega à

³⁶ No mesmo sentido já dito anteriormente, não cremos que a palavra religião tenha aqui um sentido comum, de uma religião como o judaísmo, o catolicismo ou o budismo, mas vemos pelo sentido de religar, trazer novamente a comunhão, restabelecer uma relação.

conclusão de que algo lhe escapa, “o infinito extravasando a idéia de infinito” (PIMENTA, 2003, p. 21). A ideia de infinito não pode ser objetivada em um ente, pois transborda a noção de algo que pode ser descrito, explicado, compreendido.

Fundado neste modo de compreender o infinito por Descartes, Lévinas reafirma que aquilo que pensamos sobre o Infinito não coincide com o próprio Infinito, exatamente por sua infinitude. Se somos sujeitos finitos, que um dia deixaremos de ser, como poderia o infinito ser pensado por nós? Pelo menos no sentido temporal, seria impossível, uma vez que o infinito é infinito! Nunca teríamos a capacidade de pensar o infinito. O infinito sempre excede aquilo que pensamos sobre ele. Basta imaginarmos que, se lhe pergunto o que há no infinito, você terá que viver infinitamente para (tentar) descrever o que está contido nele.

Não seria diferente nossa concepção sobre o Outro. O Outro, separado totalmente de nós, nunca pode ser pensado e capturado por nossa razão, pois estamos impossibilitados de aprisioná-lo em um conceito, assim como o infinito.

Lévinas, indo além de Descartes, percebeu que em toda ideia não é possível compreender o pensado, há sempre um excesso, um algo que não é possível *findar*, ou seja, a objetivação sempre terá um transbordar, assim como a ideia de infinito. Há em todo pensamento um infinito presente, que a entificação não pode traduzir, a insuficiência da ontologia!

Esta relação constante e inexplicável com o infinito pode ser traduzida como uma transcendência do sujeito. Tal concepção é primordial para o entendimento de todo o pensamento levinasiano, pois desconstrói as ideias de consciência e objetivação que as teorias éticas adotaram, principalmente após Descartes. Lévinas coloca a ética anterior à própria consciência.

Acreditarmos no que Lévinas diz não é muito difícil, basta tentarmos conceituar uma pessoa próxima a nós. Nessa tentativa sempre deixaremos de fora um defeito, uma qualidade, uma característica, uma possibilidade que o Outro tem de vir a ser. E mesmo aquela característica que a predica sempre trará consigo uma insuficiência, ou um excesso violentador, pois o ente não é o ser. O ser do Outro sempre pode ser e seu ser sempre será um deixar ser. Assim, ainda que três pessoas, Álvaro, Sérgio e Guilherme, de fato, sejam cruzeirenses e todos concordem que este predicado seja compatível, ainda assim, a paixão que cada um tem em ser cruzeirense não poderá ser violentada a um conceito.

Se alguém tentar nos conceituar, sempre teremos uma interjeição a fazer, ou porque faltou ou porque sobrou uma palavra naquele conceito. Este Outro possui um infinito em si. Assim como não podemos dizer o presente no presente, pois o presente acabou de vir a ser passado, o Outro deixa de ser algo conceituável para ser sempre um totalmente Outro, impossível de totalização pelo Mesmo.

“compreendo-o, a partir da sua história, do seu meio, de seus hábitos. O que nele escapa à minha compreensão é ele, o ente. Não posso negá-lo parcialmente, na violência, apreendo-o a partir do ser em geral e possuindo-o. Outrem é o único ente cuja negação não pode anunciar-se senão como total: um homicídio. Outrem é o único ser que posso querer matar.” (LÉVINAS, 2009, p. 31)

O Outro é aquele que não posso totalizar, ainda que seja o único a quem o Eu tem o desejo de matar. É pela face do Outro que percebo seu contestar, sua interpelação. Há sempre algo inalcançável no ente do Outro que escapa à minha finitude.

A morada do Mesmo traduz desde sempre o Desejo de Evasão. Não se é humano sem o Desejo metafísico de ir além de si. Para ser, o Mesmo precisa deixar sua mesmidade. Ele não tem escolha. A evasão é uma contingência de sua morada. Assim, ele precisa do Outro. Ele é compelido na direção do Outro. Uma compulsão para além das categorias de espaço e tempo aristotélicos. Não há um Outro dentro e um fora de mim. Dentro e fora são predicados incapazes de descrever a evasão. Não há um Mesmo antes e depois da evasão. Antes e depois são predicados incapazes de descrever a evasão. Mas, há o Desejo, um Desejo que transcende a mesmidade pela responsabilidade. Como evadir sem o Outro? Como evadir negando o Outro? Violentando-o? Matando-o? A morte do Outro compõe o deixar ser do mesmo. Mas a morte do Outro interdita o Desejo. Impede a evasão. Suspende a epifania do Rosto!

Apesar de poder matá-lo, a responsividade do Mesmo sempre trará, nesta relação, a ordem: não-matarás! Tal compreensão, por óbvio, não se faz no sentido material biológico imediato, mas na compreensão metafísica do Outro.

Note-se que a relação é linguagem, antes da fala e do texto. Qual é a linguagem do Rosto? Qual é a pro-vocação da inquietude? É o imperativo: “não matarás”; é a súplica: “não me deixes morrer de fome”. O rosto é ao mesmo tempo interdito e súplica, majestade e indignância. Para a nossa sociedade, para o nosso contexto cultural que se habituou à objetivação

sumária e, sobretudo, à indiferença, Lévinas é paradoxal. (PIVATTO, 2001, p. 221).

O Outrem, como Outro, me vem pelo discurso e se revela ao Eu. Não pode ser aprisionado em um conceito, em uma ontologia fundamental de dar sentido à Ele. Assim, não posso aprisionar o Outro em uma morte material, ele resiste à posse, sua infinidade não cabe em um único conceito. Ainda que o Eu mate o Outro, esse já escapou, continua no seu mistério de ser totalmente Outro, e na sua distância. Não posso aprisioná-lo, nem mesmo na morte biológica imediata.

Tais objeções de Lévinas são frutos de sua investigação sobre a compreensão da existência e da ontologia fundamental em Heidegger. Uma das questões que aborda é que a ontologia heideggeriana vai propor o conhecimento do objeto após sua relação de desvelamento do ente, a partir da abertura existencial. Por outro lado, Lévinas responde que essa relação com o ente não se dá por uma apreensão subjetiva, mas pela própria afetação que o ente (ou outrem) exerce sobre mim. Inclusive, sendo variantes determinantes dessa relação a curiosidade, a simpatia, o amor, ou outro sentimento presente na relação (LÉVINAS, 2009).

Além do mais, ele afirma que o Outro não pode ser compreendido simplesmente, não pode estar com e ser preso à consciência do Eu. Ao contrário, quando o interpelo, o faço porque ele tem sua independência.

Na relação com o Outro há sempre a invocação, uma afetividade que, diante do Rosto, não pode ser reduzida a um compreender, por isso a relação se dá pela linguagem, por meio de um discurso que não visa aprisionar o ser do Outro a minha mão. O discurso é a interpelação ao Outro, o máximo de contato que posso ter, apesar de que, ainda sim, sem jamais contatá-lo. Pura relação de evasão para tentar deixar o vestígio do Eu no Outro.

É importante perceber que em *Totalidade e Infinito* Lévinas não nega a ontologia como algo que exista, pois é ela que possibilita que os Homens se comuniquem e vivam uma vida. Mas, há uma forte crítica ao ontologismo, a um pensamento que busca fundamentar a própria existência como que dominante do Homem. De diferentes maneiras, nosso autor testemunha outra forma de ser, uma forma aquém e além da existência ontologizante³⁷, algo além da essência e da necessidade de significação das coisas. Sua teoria, ao nosso ver, só pode romper

³⁷ Ainda que este trabalho fique mais radical na obra *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, como anuncia Costa (2000).

com o pensamento totalizante por isso, pois busca perceber a relação ética como constituinte do Homem, pois o Outro é que invade o Mesmo para questionar toda forma de ontologia. A totalização do Outro, ainda que ocorra, é denunciada como um fenômeno contrário à própria constituição do Mesmo.

Além deste infinito presente no Outro, percebe-se que há uma eterna separação, uma metafísica diferente das noções anteriormente trabalhadas. O Outro vem a ser inalcançável, sua separação e sua infinição pressupõem que seja impossível o contato, apenas um movimento de transcendência permitiria a aproximação do sujeito em direção ao Outro, apesar de nunca chegar até a Ele. Daí a importância do Desejo. É o Desejo permanente pelo Outro que faz com que o sujeito esteja sempre lançado para fora de si, sempre em transcendência, em direção ao Outro, em resposta ao seu Rosto, que o interpela.

Rosto esse que não significa a imagem estética de uma outra pessoa, mas uma significação impossível de ser descrita, um chamado no qual não cabem palavras para descrição, o mais puro discurso.

Nesse ponto, é difícil não ligar o pensamento levinasiano à cultura judaica de forma mais intensa, uma vez que em tal cultura o chamado sempre se dá na oralidade, na interpelação. Surge a figura do face a face. O Rosto do Outro me chama, exige de mim uma resposta, ainda que seja o silêncio.

O Rosto revela em sua forma, que não é forma, que excede sempre o conteúdo que acabei de ver. Nele está presente uma infinição de significados, algo que nem pode ser considerada significação e intencionalidade do Eu. Há simplesmente o Outro que, em sua interpelação ao sujeito, impossibilita a totalização pelo Mesmo. Não posso dizer o que é o Rosto, não posso mais conceituá-lo mas, no máximo, testemunhar sua epifania, seu surgimento, respondendo ao Desejo de evasão.

Para compreender esta afetação do Mesmo pelo Rosto, é necessário entender como a própria figura do sujeito é compreendida por Lévinas, motivo pelo qual damos um passo para trás, no intuito de continuarmos nesta abordagem filosófica.

A evasão proposta por Lévinas é uma tentativa de saída da ditadura do Ser, reinaugurada por Heidegger. Lévinas explica que ao descrever o *// y a* (que neste trabalho passaremos a dizer apenas como *Há*, tradução da expressão em francês), lembrava-se de seus momentos de solidão na infância, em que a completa

escuridão e silêncio faziam parecer que não existia nada ali, não havia significados e objetos, e, à beira do adormecer, em um estado que o pensamento parece não residir em um corpo, ainda assim, nesse momento em que, aparentemente, nada existia, ele sabia que havia algo, apenas *Há!*

O *Há* levinasiano remete à própria existência nua, sem adjetivos, sem uma entificação, algo que seria pré-originário, mas que havendo, aquém da ontologia, já apontava como os pensadores ocidentais haviam se esquecido de algo, assim como seus mestres Husserl e Heidegger.

Mesmo a fruição sensorial manifesta a existência num existente. Quando toco alguma coisa, minha sensibilidade gera uma sensação. Se ali o tempo fosse suspenso, também o ser do sentido estaria suspenso. Se o tempo fosse suspenso (*aufheben*), a existência do ser estaria suspensa. Não haveria existente na existência, não haveria ente no ser. Se o tempo fosse suspenso não haveria predicação na fruição. Não haveria conceito sobre aquilo que predicamos. Uma suspensão temporal para além do tempo vulgar da ontologia. Uma suspensão temporal para além do tempo kairológico da ontologia fundamental. Uma suspensão temporal diacrônica capaz de testemunhar a existência sem existente. Uma suspensão temporal diacrônica capaz de atestar o simples Há da existência.

O verbo Há, como Lévinas cita no francês // *y a*, na terceira pessoa, somente designa o impessoal, o neutro, o que não necessita de ninguém para existir. O exercício mental de Lévinas inicia-se com a suposição de que se todas as coisas sumissem, tendo um completo vazio, ainda assim Há a existência tomando conta, há uma densidade sem corpo.

A escuridão, como presença da ausência, não é um conteúdo puramente presente. Não se trata de “alguma coisa” que resta, mas da própria atmosfera de presença que certamente pode aparecer, depois, como um conteúdo, mas que originariamente é o evento impessoal, a-substantivo, da noite e do *há*. É como uma densidade do vazio, como um murmúrio do silêncio. (LÉVINAS, 1988, p. 74)

A oposição de Lévinas a Heidegger está aí, nesta condição do Ser. No olhar de nosso autor, a concepção heideggeriana remete a uma existência que não se importa com o existente, que não tem obrigação. Inversamente, apenas o existente teria obrigação de cuidado do Ser, uma eterna vigilância para com o Ser. Contudo, esse Ser não necessariamente se mostraria sensível às questões do ente. Por isso,

em *Totalidade e Infinito*, Lévinas vai afirmar que o Ser não sente cheiro, o Ser não tem fome!

Temos uma denúncia do horror da existência nua. Esse não estaria na morte, como dito por Heidegger, mas no despojamento da consciência de sua própria subjetividade: o sujeito despersonalizado. É a impossibilidade de evadir-se da existência, uma vez que o ente é prisioneiro, refém do Ser.

Compreendemos que, apesar de tão singela, tal afirmativa representa toda a inquietude que Lévinas sentia diante das atrocidades nazistas e a simultaneidade dessas com a propagação da teoria de Heidegger. Para ele, a forma com que Heidegger estabelecia a primazia do Ser possibilitava a manutenção de um entendimento das relações humanas no modo da impessoalidade, excluída a sensibilidade que temos diante das violências acometidas pelo próprio Homem.

O Ser estaria na lógica da mesmidade, na qual ele só reconhece a dor que pode totalizar em sua lógica. Se o ser não consegue apreender em si o Outro, ele ou age com indiferença, ou tenta aniquilá-lo para não ter que reconhecer a ordem da alteridade.

Por isso a proposta de evasão do ser por Lévinas. É a necessidade de tomar posição, de tornar exposto (ex-posto), em que o existente torna-se sujeito, o cuidado do próprio corpo em uma temporalidade do presente, um evento, o instante, sem vinculação causal com o passado e ciente que o futuro não é uma consequência necessária.

Ser consciência é ser arrancado ao há, já que a existência de uma consciência constitui uma subjetividade, uma vez que ela é sujeito de existência, isto é, numa certa medida, senhora do ser, já nome, no anonimato da noite (LÉVINAS, 1998, p. 70)

Ter um nome! O existente como tentativa de evasão da impessoalidade do ser tem esta possibilidade no momento que assume o seu papel, o seu cuidado consigo, a sua morada. Um nome.

Este corpo possibilita a tomada de consciência. O movimento da *hipóstase*, ou seja, sair do ser para algo. Assim, o existente torna-se senhor do Ser. Não em uma luta, mas depondo-se, retirando-se, caindo em um sono que possibilita ao ente sair do domínio do Ser.

Para Lévinas, o tomar lugar e a fruição do mundo pelo Eu não apenas demonstram a corporeidade de um sujeito que não se deixa engolir pelo Ser, como também aponta para uma independência do sujeito. Por tal motivo é que o Desejo metafísico não é desejo de algo que falta ao Mesmo, uma vez que a ele nada falta.

Antes de direcionar sua teoria para a alteridade absoluta, ele nos mostrou a necessidade de constituir uma subjetividade consciente. Um cuidado de si mostra sua preocupação com a subjetividade aqui descrita, e indica seus próximos passos fundados em um provérbio talmúdico que questiona: se eu não pensar em mim, quem pensará? Mas, completa a questão indagando: e se eu pensar só em mim, quem serei eu?

Lévinas, na busca deste entendimento da constituição do sujeito acrescenta outro elemento de suma importância, presente na fenomenologia de Husserl e Heidegger, que é a sensibilidade. Contudo, indo mais além do modo trabalhado por esses dois autores.

Para o nosso autor, o testemunho do Rosto, a experiência máxima, dá-se em virtude da sensibilidade, que por sua vez é constitutiva do próprio sujeito. A sensibilidade, responsável pela relação ética que temos para com o Outrem, é que antecede o próprio conhecimento, sendo a forma primeira de cognição. Isso significa dizer que o Mesmo tem a possibilidade de conhecer o mundo, pois um Outro o afeta, atinge sua esfera da sensibilidade, alimentando o Desejo que nunca será saciado.

A partir do momento em que o Mesmo é afetado, sua saída é inevitável, junto com esta evasão vem a consciência. O Mesmo passa a ter consciência de sua morada, tem a possibilidade de voltar a si e perceber-se como sujeito, ou 'sujeito a' um Outro.

Muito importante perceber que a consciência e o egoísmo não são destruídos, mas colocados em uma situação de dependência para com a sensibilidade que o Mesmo tem para com o Outro. Sem o Outro, não é possível a constituição da *ipseidade* do sujeito. Há uma inversão com os modelos filosóficos anteriores, nos quais o indivíduo, iluminado por sua razão, percebe-se e dá reconhecimento ao outro indivíduo. Por isso, Lévinas afirma que, antes de qualquer coisa, somos éticos e não podemos negar nossa responsabilidade para com o Outrem (resposta).

Lévinas nos ensina que toda a estrutura do conhecimento ocidental, em especial este período conhecido como modernidade, fundamenta o conhecimento em algo que ele chama de mesmidade do Eu (LÉVINAS, 1997). Assim, haveria um

indivíduo que, com seu poder cognoscente, pensaria o mundo, o racionalizaria e o totalizaria em seu ser.

A autonomia e a liberdade são pressupostos que fundamentam este pensamento. O filósofo ou pensador é considerado livre para propor uma teoria e comprová-la a partir de um processo no qual ele confirma sua ideia, por meio de uma retórica em que coloca o mundo dentro de si-mesmo. O ser é livre o suficiente para não ser alienado por um Outro. Seríamos autônomos, sem nada que possa limitar nossa compreensão, sendo que, se algo externo (Outro) me opõe, podemos reduzi-lo ao Mesmo. A filosofia equivaleria assim à conquista do ser pelo homem através da história.

“A conquista do ser pelo homem através da história – eis a fórmula a que se resume a liberdade, a autonomia, a redução do Outro ao mesmo. Esta não representa um qualquer esquema abstracto, mas o Eu humano. A existência de um Eu desenrola-se como identificação do diverso. Tantos acontecimentos lhe sobrevêm, tantos anos envelhecem e o Eu continua o mesmo! O Eu, a ipseidade, como se diz nos nossos dias, não permanece invariável no meio da mudança, como um rochedo atacado pelas marés. O Eu continua o Mesmo fazendo dos acontecimentos díspares e diversos uma história, isto é, a sua historia. E é esse o facto original da identificação do Mesmo, anterior à identidade do rochedo e condição dessa identidade.” (LÉVINAS, 1997, p. 202).

Explicando de forma mais clara, nós estamos acostumados a acreditar que temos o poder de ver uma caneta, descrever e experimentar as propriedades dessa, dando significado a ela, bem como seus atributos, de tal forma que meu conhecimento será verdadeiro se o conceito universal extraído de caneta coincida com o objeto denominado como caneta. A verdade tão almejada pelo conhecimento seria uma coincidência média, como diria o ensinamento socrático (o homem como medida de todas as coisas). Assim, sozinho, questionando a si, o indivíduo teria a possibilidade de alcançar a verdade.

Um traço implicado neste movimento da mesmidade, que totaliza um Outro ao Mesmo, é a Neutralidade. A Neutralidade levinasiana não se confunde com a Neutralidade da revolução científica. Ela não é uma opção consciente inserta num método científico. Ela não é a observação de um experimento. Ela não é a imparcialidade do magistrado que se mantém equidistante das demandas levadas à juízo. Ela não é a ausência de valores ou de sentimentos. Ela não é a ação consciente de categorizar e classificar os dados do mundo.

Para Lévinas, a Neutralidade é uma possibilidade metafórica da nossa morada. A possibilidade do Mesmo de negar o Outro como Outro. A possibilidade do si de ser em tudo apenas o mesmo de si. Um deixar ser do Mesmo que interdita a epifania do Outro. Essa Neutralidade possibilita a crença na 'neutralidade galileana'. A neutralidade levinasiana é violenta pois viola a infinidade do Outro. Ela é violenta pois Totaliza o infinito Elemental de todas as coisas. Nega a particularidade. Nega o detalhe. Nega o contexto. Nega a vida. Nega a humanidade do Outro e, assim, a humanidade do Mesmo.

O Eu dissolve a alteridade em uma relação que torna o Estranho parte de mim. Busco anular a singularidade de cada subjetividade pela universalização, e este universal do Eu só ganha legitimidade por meio da concepção de neutralidade. Essa é uma questão que já trabalhamos sob outra perspectiva neste trabalho.

É na generalidade que há ciência. Por sua vez, a singularidade, como anuncia a ciência do Direito, apenas complica e dificulta a classificação e conceituação, de tal maneira que passa a ser um óbice da pretensão de universalização. Por isso a necessidade de apreender o Outro em uma ontologização, dando sentido a ele por mim-mesmo, um desvelamento do Ser a partir do horizonte hermenêutico. Lévinas questiona o que acontece com o Homem a partir do momento que até mesmo ele é apreendido como um objeto neutro que pode ser manuseado e instrumentalizado.

Lévinas aponta que não há limites para esta lógica, e ela é responsável pela tentativa de negação da condição humana dos sujeitos, forma de pensar que trouxe consequências, como os regimes totalitários que tanto impactaram a vida de nosso autor. A neutralidade esconde a sensibilidade e o infinito do Mesmo e do Outro.

Este movimento do Mesmo, do sujeito que identifica a verdade em si-mesmo, é rejeitado por Lévinas, ou pelo menos colocado em questão na condição de ocultar a relação primeira do sujeito.

A filosofia ocidental criticada por Lévinas necessita da autonomia e da liberdade como pressupostos constitutivos do Homem e, não só, também são elevadas como características primeiras do indivíduo. O Homem, tanto em Descartes, em Kant, em Hegel, quanto em Heidegger, para ficarmos apenas nesses, é antes de tudo um ser livre e autônomo. Um indivíduo que é condenado a ter o livre arbítrio, que escolhe racionalmente entre o bem e o mal após realizar a totalização do Outro pelo Mesmo.

“De momento, precisaremos que essa supremacia do Mesmo sobre o Outro parece-nos inteiramente mantida na filosofia de Heidegger, aquela que mais sucesso conhece nos nossos dias. Quando ele traça a via de acesso a cada singularidade real através do Ser, que não é um ser particular nem um gênero onde entrariam todos os particulares, mas de alguma forma o próprio acto de ser que o verbo se exprime e não o substantivo (e que escrevemos como M. Waelhens, Ser com S maiúsculo), conduz-nos à singularidade através de um Neutro que esclarece e comanda o pensamento e o torna inteligível. Quando Heidegger vê o homem possuído pela liberdade em vez de ser o homem a possuí-la, põe acima do homem um Neutro que esclarece a liberdade sem a pôr em questão – e assim, não destrói, mas resume toda uma corrente da filosofia ocidental. (LÉVINAS, 1997, p. 206).

É de suma importância perceber a guinada, ou inversão, que o pensamento levinasiano faz nessa questão. Não há uma negação da liberdade, mas ela deixa de ser a fundamentação de um indivíduo autônomo e com um livre-arbítrio, que tudo pode e que, racionalmente, toma consciência do mundo para tomar sua decisão livre. A heteronomia substitui a autonomia, o sujeito está de fato sujeito a um Outro, que interpela e invade o Mesmo, afetando-o, exigindo dele uma resposta. Sua liberdade está no como será essa resposta, sua liberdade é justificada pelo Outro.

Em Heidegger, o Outro é responsável por abalar a legitimidade da boa consciência do Eu. Em Lévinas, somente pelo Outro eu posso agir com uma liberdade, ainda que enfraquecida - se comparada com o pensamento filosófico clássico.

A crítica de Lévinas a Heidegger nesse ponto traz as lembranças do estado nazista alemão. “*Anônimo [o Ser], Neutro, ordena-o eticamente indiferente e com uma liberdade heróica, estranha a qualquer culpabilidade relativamente a Outrem*” (LÉVINAS, 1997, p. 207).

A existência deixa de ser condenada à liberdade, como apontou Heidegger, passar a ser condenada ao Outro, uma existência que investe na liberdade sem ser dela escrava. A liberdade não é pura em si, mas constitui uma moralidade do Homem. O questionamento do infinito advém da liberdade, mas sua constituição se dá pelo próprio infinito e pela sua transcendência, o que agrava ainda mais a necessidade de justificar tal liberdade pelo Outro.

O pensamento filosófico precisa passar por reformulações caso concordemos com as ideias apresentadas. A filosofia não pode ser encarada como um exercício da liberdade em busca da verdade e do esclarecimento, mas como uma modalidade de pensar, antes de tudo, violenta como o próprio livre arbítrio é (SOUZA, 2001), da

mesma maneira que a liberdade injustificada remete à negação do homem em sua condição humana.

Todos esses elementos de crítica à totalização do Outro pelo Eu, trabalhados por Lévinas, são bem percebidos quando nosso autor compara o idealismo ocidental presente na Odisséia de Homero com a história bíblica da vida de Abraão. Na história do herói grego, o objetivo é sair, conquistar, dominar os desafios de sua aventura por si-mesmo, no intuito de retornar para sua casa e sua família como um vencedor. Seu desejo último é a volta para casa. Por outro lado, no modelo abraâmico, o personagem bíblico é interpelado pelo Outro, pela sua responsabilidade para com seu povo. Não há retorno e nem reencontro com sua antiga terra. Abraão sai sem nunca pretender voltar, é uma eterna evasão para cumprir sua escatologia para com o Outro, é o 'dar de si eterno' – inclusive seu filho legítimo – sem querer nada de volta (MELO, 2003).

4.2 A justiça da responsabilidade: uma difícil tarefa

Talvez o subtítulo aqui empreendido seja uma remissão clara à tese de Leonardo Goulart Pimenta (2011), não só pelo fato de conter em seu título tal expressão, mas também por percebermos o alerta dos estudiosos de Lévinas sobre as múltiplas dificuldades encontradas na tarefa da justiça.

A primeira dificuldade que aparece é a de se extrair das obras levinasianas uma teoria sobre a justiça nos moldes encontrados em tantos outros filósofos de grande importância no mundo ocidental.

Lévinas não nos deixa regras e princípios éticos, métodos com que poderíamos analisar os casos jurídicos para se extrair uma resposta ética dos mesmos (nos moldes positivistas). Há a preocupação tão somente em deixar o primado ético, em enunciar o amor e a paz como modos de atitude para com o Outro. Justiça e responsabilidade podem ser encaradas como um sentido ético, mas não como um sistema de regras. Não podemos nem afirmar que exista uma teoria da justiça em Lévinas, mas apenas algumas maneiras de tratarmos a justiça com tudo aquilo que ele nos deixou, sem esquecermos de sua imprescindibilidade.

Ainda temos a dificuldade que consideramos mais importante, que implica a própria imersão do pensamento pesquisado: é que a tarefa de ser justo é um ato de dificuldade infinita, para não dizer que é a busca por uma impossibilidade.

Das diversas formas com que poderíamos iniciar a questão da justiça, optamos por partir do que mencionamos sobre a liberdade não como dominadora do homem, mas como uma moralidade escolhida por ele.

Como apresenta Lévinas, a concepção de justiça comumente trabalhada é derivada dos conceitos indissociáveis de racionalidade e liberdade mencionados anteriormente. A justiça, ou fazer algo justo, de forma geral, consistiria no exercício racional da liberdade de um indivíduo, que optaria por uma ação (em sentido amplo) justa.

"(...) Eis aqui, portanto, uma diferença capital com relação à maioria das teorias da justiça, sejam tradicionais, sejam contemporâneas. A justiça não se baseia na determinação livre e racional de liberdades que interagem ao procurarem criar as possibilidades de um mundo mais justo. Antes de se pensar em justiça, é necessário que se pense as condições para sua efetivação – e estas condições não estão simplesmente, para Lévinas, no exercício livre da liberdade, ou no exercício da liberdade via contrato, ou outro; a justiça – como tampouco uma teoria da justiça – não decorre da mútua interação entre liberdades previamente dadas, de forma contratualista ou outra, pois a liberdade como tal, em seu desdobramento possível, não é um pressuposto suficiente para uma teoria da justiça." (SOUZA, 2001, p. 271).

Sabemos que o conceito de justiça, e suas teorias, foi trabalhado por tantos autores que seria impossível mencionarmos e sintetizarmos neste trabalho tais perspectivas, até porque não é nosso objetivo. De toda forma, o que testemunhamos em Lévinas é a percepção negativa desta lógica, na qual a justiça é fruto da liberdade e da racionalidade egocêntrica.

Contudo, como observamos anteriormente, liberdade e racionalidade não podem ser compreendidas como um atributo de um indivíduo que instrumentaliza o mundo a sua volta. O novo sujeito é sempre interpelado e deposto. É responsável infinitamente. Evasão e retorno constante a uma terra que nunca será alcançada. O Eis-me-aqui faz desse sujeito um Mesmo que não traz em si uma faculdade de totalizar o Outro em sua reta e justa razão. Tais pressupostos necessariamente precisam ser reconstruídos.

Lévinas critica a primazia da liberdade que funda uma responsabilidade individual. Tal modelo não teria logrado êxito frente às promessas realizadas pela

filosofia moderna (GOMES, 2008). De modo diverso, o liberalismo desenfreado do Eu trouxe um egocentrismo que retirou as responsabilidades do sujeito. Assim como foi retirada a ideia de justiça do Direito, substituída pela neutralidade da lei.

Dessa forma, ele coloca uma relação entre liberdade e justiça diferente de tudo o que conhecemos na filosofia. Souza (2001) nos ajuda a compreender tal concepção. Ora, se já percebemos que o sujeito só concebe sua *ipseidade* pois existe um Outro que o interpela, que lhe surge e o exige uma resposta (ainda que negativa), como poderíamos perceber a liberdade com a clássica ideia de que o Eu tem um livre arbítrio e, racionalmente, decide como irá agir?

Nesse mesmo sentido, a indagação se estende para a compreensão de justiça trabalhada desde os gregos na filosofia ocidental. Como a justiça pode ser compreendida como o exercício da justa razão, ou da decisão conforme a verdade, a partir de uma liberdade que constitui o meu agir?

Na visão de Lévinas, podemos afirmar que a liberdade continua a existir, contudo, sob uma percepção muito mais humilde. Assim, se o sujeito se constitui da relação com um Outro, num movimento de evasão e recolhimento eterno, não podemos mais imaginar que esse sujeito possui um absoluto livre arbítrio, como se o Eu suspendesse, saísse da morada em direção ao vazio, e retornasse com a escolha racional do que ele simplesmente quer³⁸. O egoísmo passa a viver um drama tão determinante que é impossível negar o Outro. Não posso fingir que o Outro não existe para tomar minha decisão. O Outro, em sua epifania, exige do Mesmo atitude. Por isso afirmar que a sua liberdade passa a ser sempre justifi(cada), um exercício de justiça.

(...) "A justiça, portanto, não é por este autor concebida como uma questão teórica, nem ao menos como uma questão existencial, mas como uma questão, poderíamos dizer fundacional, sem a qual as restantes determinações do mundo e da realidade não podem ser propriamente concebidas enquanto questões radicalmente humanas, pelo menos não em sua plenitude." (SOUZA, 2001, 272).

³⁸ A neurociência, ainda que sob bases científicas positivistas, tem avançado para entender como funciona o cérebro. Em especial, David Eagleman (2012) apresenta diversos resultados das pesquisas nessa área, que demonstram como nossa consciência tem um papel tão pequeno em relação ao mito da racionalidade. Em sua obra, explica que menos de 10% de nossas decisões são tomadas conscientemente, sendo que, na maioria das vezes, não temos como interferir no modo como pensamos e decidimos. Seriam esses resultados conciliáveis com o apresentado por Lévinas? Poderíamos afirmar que a questão da liberdade consciente é mais do que uma questão filosófica?

Assim, a questão da justiça parece mudar de fundamento, principalmente para aqueles que estão submersos nas teorias da justiça discutidas nos cursos de Direito. *“Justificar a liberdade não é demonstrá-la, mas torná-la justa”* (LÉVINAS, 1988, p. 70). O foco passa a ser no como justificar. E a resposta parece vir de um movimento em direção ao agir humanamente, em agir sob uma justificação crítica, exigente, eternamente responsável pelo Outro. Uma justificação que seja também ação.

Isso porque justificar é ser justo, é prestar o testemunho de um Outro, infinito e totalmente separado de mim. Ser justo é transcender, é agir nesta relação metafísica com o meu próximo.

Daí, a relação tão íntima entre justiça, verdade e liberdade. Estamos certos que a noção de justiça deixa de ter seu fundamento na liberdade, mas, ao contrário, a liberdade passa a se fundamentar na relação ética, pautada no bem, que, por sua vez, exige uma eterna justificação (justiça).

A despeito de toda a diferença entre os modelos de alteridade e responsabilidade que Lévinas conheceu, temos que destacar a diferença deles para a sua alteridade absoluta. Assim, não podemos interpretar que alteridade responsável é me colocar no lugar do Outro, ou acreditar que cada Eu, isoladamente, terá a capacidade de criar princípios éticos universais que respeitem o Outro.

Isso porque, no primeiro caso, não temos a possibilidade de ter contato direto com o Outro, quanto menos de nos colocarmos em seu lugar. No pensamento levinasiano fica claro a impossibilidade de tematizar e conceituar as necessidades do Outro, ele é totalmente distante, logo, é impossível me colocar em seu lugar. *“Não é a insuficiência do Eu que impede a totalização, mas o Infinito de Outrem.”* (LÉVINAS, 1988, p. 66).

Ainda quanto à segunda possibilidade, lembramos que o Outro é um totalmente diferente, bem como todos os Outros presentes na sociedade. Isso impossibilita que cheguemos a um conhecimento médio (tanto criticado por Lévinas) sobre os sujeitos da sociedade, retira a possibilidade de uma razão que edite normas éticas que respeitem a alteridade. O pluralismo em Lévinas é radical.

Alteridade e responsabilidade estão intimamente interligadas. O Outro, como totalmente Outro, me interpela sem dar descanso, exige de mim uma atitude, um sair

em direção ao seu chamado. Ser responsável é responder, e responder não é uma opção.

Lévinas nos ensina que, no momento em que a liberdade deixa se justificar e se percebe como violência arbitrária, é que há espaço para uma moral verdadeira e preenchida pela verdade. Filosofar é ficar aquém da liberdade, buscando se libertar de sua arbitrariedade. Filosofia é a crítica, uma atitude reflexiva que assuma a ética primeira como crítica ao ontologismo.

Pôr o saber como próprio existir da criatura, como subida em direção do Outro que funda, para além da condição, é separar-se de toda uma tradição filosófica que procurava em si o fundamento de si, fora das opiniões heterônomas. Pensamos que a existência para si não é o último sentido do saber, mas o pôr em questão de si, em presença de Outrem. A presença de Outrem – heteronomia privilegiada – não choca com a liberdade, mas assola-a. A vergonha para si, a presença e o desejo do Outro, não são a negação do saber: o saber é a sua própria articulação. A essência da razão não consiste em assegurar ao homem um fundamento e poderes, mas em pô-lo em questão e em convidá-lo à justiça. (LÉVINAS, 1988, p. 75)

Assim, verdade não se confunde com exatidão, saber não se confunde com conhecer. Na ordem do Outro não existe conhecer ou ignorar, mas uma verdade testemunhada pelo Rosto. Há uma justiça diferente de qualquer relação de correspondência objetiva entre objeto e pensamento. Ser racional, ou pelo menos o conceito de racionalidade, é posto em questão.

Lévinas (1988, p. 69) afirma que conhecer é justificar, fazendo intervir a ordem moral na justiça. Justificar algo seria retirar sua característica de dado, de passado, fazendo com que tenha sua momentaneidade no presente. Justificar não é dar razão, mas perceber-se como interpelado pelo externo, dar seu testemunho e sua resposta.

“Mas o Outro, absolutamente Outro – Outrem – não limita a liberdade do Mesmo. Chamando-o à responsabilidade, implanta-a e justifica-a. A relação com o outro enquanto rosto cura da alergia, é desejo, ensinamento recebido e oposição pacífica do discurso.” (LÉVINAS, 1988, p. 176).

A escrita de Lévinas chega a abafar, é um ir e voltar, assim como o movimento do Eu descrito por ele. Seus elementos se interligam e, mesmo com tanta dualidade, reaparecem para nos revelar como a responsabilidade está ligada à verdade, que, por sua vez, é testemunho. Testemunhar é deixar ser tocado por um

Rosto, que é infinito, que Afeta e é Desejo, que retira a soberania da liberdade e instaura a justiça. Justiça que é responsabilidade para com o Outro.

O Rosto é o modo do Infinito do Outro que extrapola a representação, e ser responsável com esse Outro é ser justo. *“O rosto significa o Infinito. Este nunca aparece como tema, mas na própria significância ética: isto é, no facto de que quanto mais justo eu for mais responsável sou; nunca nos livramos de outrem.”* (LÉVINAS, 1982, p. 97)

A responsabilidade que temos pelo infinitamente Outro é justamente infinita. Não há como afirmarmos que cumprimos nosso dever ético (LÉVINAS, 1982). Sempre haverá uma presença ausente do Outro, que demandará do Mesmo uma resposta, um Eis-me-aqui! Este Rosto não tematizável que interpela estará sempre em uma posição de exigência, que impossibilita o Eu negar resposta.

No Eis-me-aqui, o Eu não consegue ver o Infinito (Outro), mas apenas dá testemunho dele. Assim como Samuel e Moisés (que colocamos em nota de rodapé anteriormente), O Eu responde sem ver a face de Deus, apenas se coloca diante de seu Senhor para, então, dar testemunho dele.

Testemunho que é verdade diferente da verdade descrita pelas correntes filosóficas ocidentais, saindo de qualquer semelhança com representação, correspondência, espelhamento ou outro modo de compreendê-la. O Infinito, por ser intematizável, não se mostra como conhecimento, mas apenas como marcas. Nestes termos, testemunhar é também tratar o Outro com justiça, justificá-Lo.

Verdade como correspondência de nossa responsabilidade para com o Outro. Verdade como coerência de nosso deixar ser no mesmo. Verdade como certeza da nossa infinita incerteza. Verdade como redundância de nossa transcendência. Verdade como desvelamento do ser do bem. Verdade na ética, verdade pela ética e verdade com a ética. Verdade Ética!

O Eis-me-aqui revela a ambiguidade³⁹ na qual o Mesmo se encontra: por um lado como refém do Outro, numa relação totalmente assimétrica, está infinitamente

³⁹ Pimenta também compartilha de nossa visão sobre esta ambiguidade: *“Observe-se que a ética encontra-se dentro de uma contradição, de uma ambigüidade (LÉVINAS, 1991, p. 67), de uma tensão entre duas posturas – a passividade e a atividade. Ante o encontro com o outro o eu se apresenta passivo e ativo, ao mesmo tempo. O sujeito deve se apresentar passivo, vez que se deve sujeitar à ordem imposta pelo rosto, cujo sentido parte da condição do outro, do sofrimento de outrem. Trata-se de um agir diante do chamado. O sujeito não participa do processo de determinação da norma; sua razão não determina o sentido da ética. Passivo, por ter de se subordinar à condição do outro. No entanto a passividade na determinação do conteúdo da ordem implica a resposta a esse chamado só podendo se realizar por meio de um agir positivo. Só se responde ao chamado por meio de um agir,*

sujeito ao Outro. Assim, uma passividade, por estar eternamente responsável; por outro lado, a atividade por se pôr a serviço do Outro. O infinito Ordena.

“O ‘Tu não matarás’ é a primeira palavra do rosto. Ora, é uma ordem. Há no aparecer do rosto um mandamento, como se algum senhor me falasse. Apesar de tudo, ao mesmo tempo o rosto de outrem, está nu; é o pobre por quem posso tudo e a quem tudo devo. E eu, que sou eu, mas enquanto ‘primeira pessoa’, sou aquele que encontra processos para responder ao apelo.” (LÉVINAS, 1982, p. 80).

Não sou apenas responsável pelo Outro, mas é esta ética da responsabilidade que constitui minha própria subjetividade. Antes, havia apenas a posição de um Eu, que busca evadir-se e assumir seu ente, firmar seu pé em uma localidade. Contudo, é o Rosto que me coloca em relação: a ética, como relação primeira, é o que me põe neste eterno compromisso.

Como responde Lévinas, a Responsabilidade não pode ser encarada como um elemento do sujeito, não é para si, mas é para o outro. (LÉVINAS, 1982, p. 88). O Rosto me manda servi-lo, e dele não posso fugir, pois pede e ordena.

Importante destacar que, acostumados com relações de reciprocidade (relações simétricas), normalmente encontramos uma interjeição quando a leitura de algo tão denso e sério quanto esta responsabilidade que ordena. Surge a questão da responsabilidade do Outro para com o Mesmo. Contudo Lévinas é enfático em dizer que nós nunca poderemos afirmar se há responsabilidade no sentido inverso, exatamente pela impossibilidade de se acessar o Outro. Por isso a relação é assimétrica.

Não há reciprocidade como fundamento de seu pensamento, pelo contrário, a responsabilidade do Outro para com o Eu e com os demais é também de responsabilidade do Mesmo. Lévinas cita Dostoiewsky, dizendo que “*Somos todos culpados de tudo e de todos perante todos, e eu mais do que os outros*” (LÉVINAS, 1982, p. 90).

Lévinas vai até as últimas consequências ao afirmar que, se porventura, existissem apenas o Eu e o Outro, não haveria desavenças (GOMES, 2008, p. 72), brigas, contestações, uma vez que o Mesmo deve tudo ao Outro, é infinitamente servo dele, daí a diferença quando surge a figura do terceiro.

A relação ética trazida com a aparição do Rosto, e simbolizada pelo não-matarás, é o exercício de saída do ser, local onde ele pode ser deposto e, por isso, momento em que o impessoal some para surgir o humano, a bondade, a resposta pelo Outro.

Assumir a personalidade é condição da saída do Ser – que tudo domina – e da totalização. Perceber a relação metafísica com o Infinito é ver que a totalização e universalização das leis apenas tentam negar o Infinito e a singularidade de cada sujeito, é uma violência que busca aniquilar e instaurar o impessoal.

A singularidade é colocada em seu lugar com o juízo, com a verdade, com a resposta única diante da aparição da face do Outro. Isto é, uma resposta infinita, uma responsabilidade sem limites. Lévinas (1988, p. 222) diz mais, que essa responsabilidade aumenta na medida em que a assumo, ou seja, quanto mais deveres com o próximo, menos direitos eu tenho.

A justiça não pode ser encarada como um juízo diante de normas universais. A justiça é exatamente o contrário, ir além, perceber a singularidade do totalmente Outro, transpor responsabilmente a retidão da lei, que, por sua vez, transforma-se em um exercício sem volta, que sempre exigirá mais do julgador.

Ser julgado assim não consiste em ouvir um veredicto, que se enuncia impessoal e implacavelmente a partir de princípios universais. Uma tal voz interromperia o discurso directo do ser sujeito ao julgamento, faria calar a apologia, ao passo que o julgamento em que a defesa se faz ouvir deveria confirmar na verdade a singularidade da vontade que ele julga. Não pela indulgência, o que indicaria uma falha no julgamento. **A exaltação da singularidade no juízo produz-se precisamente na responsabilidade infinita da vontade que o julgamento suscita.** O juízo incide sobre mim na medida em que me intima a responder. A verdade faz-se na resposta à intimação. A intimação exalta a singularidade precisamente porque se dirige a uma responsabilidade infinita. (LÉVINAS, 1988, p. 222, grifos nossos).

A justiça não pode ser encarada como aplicação da lei, pois carrega em sua fundamentação uma nova concepção de liberdade, de justificação e resposta. Somos necessários à justiça, à medida que só a minha resposta pode caminhar para ela. Ser Eu (sendo) é uma posição de privilégio e, como todo privilégio, exige de mim o exercício eterno da responsabilidade-justiça.

Nesse sentido, Pivatto (2001) complementa apresentando esta outra face do termo justiça em Lévinas, que aderimos para o presente trabalho. Em sua análise, percebe que haveria duas dimensões, a da relação pura entre Eu e o Outro, e a da relação com o Outrem quando surge o terceiro.

Na relação única com o Outro, a responsabilidade para com Ele, sem limites, eterna, de total devoção, pode ser substituída pelo termo justiça, como já fundamentamos. Assim, a obrigação de ser responsável para com o Outro, em sua atitude, é a própria justiça nesta relação. O que não acontece quando há também os outros:

Aconteceu-me dizer algures – é uma palavra que não gosto muito de citar, porque deve completar-se com outras considerações – que sou responsável pelas perseguições que sofro. Mas apenas eu! Os ‘meus próximos’ ou ‘o meu povo’ são já os outros, e para eles, reclamo justiça (LÉVINAS, 1982, p. 91)

É importante perceber como o termo justiça, neste caso, muda em relação à percepção anteriormente citada, de justiça como Responsabilidade. Quando surge um terceiro, ou seja, um Outro diante do Outro e diante do Mesmo, a relação Mesmo-Outro é questionada por um Outro que também exige tudo do Mesmo.

Mas como o sujeito poderia dar tudo de si em resposta ao Outro, se não existe apenas um Outro? Esta seria a outra questão envolvendo a justiça para Lévinas.

“por essência, o terceiro homem perturba esta intimidade: minha injustiça em relação a ti, que posso reconhecer inteiramente a partir de minhas intenções, se encontra objetivamente falseada por tuas relações com ele, as quais me permanecem secretas, visto que estou, por minha vez, excluído do privilégio único de vossa intimidade. Se eu reconheço minhas injustiças em relação a ti, posso, mesmo por meu arrependimento, lesar o terceiro.” (LÉVINAS, p. 41, 2009).

O terceiro traz a inquietude. Ele pode testemunhar a minha injustiça, pode me cobrar. Sua face exige do Mesmo ainda mais. O envergonha diante de sua injustiça.

Nesse sentido, o aparecimento do terceiro faz com que o sujeito tenha que calcular o incalculável, comparar os incomparáveis, fazer de seu esforço um exercício de não-indiferença e ao mesmo tempo de equidade. Surge a tarefa ainda mais difícil.

O terceiro aparece e exige do sujeito que corrija a assimetria da relação, sabendo, contudo, que não há possibilidade de torná-los iguais⁴⁰. É uma postura projetada no impossível, que exige uma responsabilidade de calcular o incalculável.

⁴⁰ “Justiça é a contínua correção da assimetria, é equidade. Ou seja, justiça é a moderação da responsabilidade que o Eu sobrepõe a si mesmo, a qual só se torna possível a partir da multiplicidade dos homens e da presença do terceiro ao lado de Outrem” (PIMENTA, 2011, p. 92).

É trabalhar com a ontologia, sabendo da violência que ela instaura, sem esquecer-se do sofrimento que é ontologizar. A justiça passa a trabalhar com conceitos, mas sem ficar apenas na questão do desvelamento do ser, indo além, visa o Outro e o terceiro.

Esse exercício de justiça exige uma ontologia que sempre deverá ser questionada. Um Direito e um Estado que possam garantir a igualdade das relações a partir de um princípio ético que é ambíguo, pois exige sempre incomensurabilidade de esforços para ser responsável para o Outro, lembrando-se que não temos apenas um Outro, mas um Outro do Outro.

Nada decorre como por evolução do fato da entrada do terceiro. O surgimento da questão produz a obra da consciência, que opera na busca da teoria e na inteligência da medida. Porém, a questão surge e a consciência desperta precisamente porque a subjetividade é trazida não pelo ser, mas como responsabilidade para com o outro, isto é, como desinter-essamento de si imantado pelo Rosto. Nisto consiste, de fato, a relação ética; por isso a sua inspiração e respiração latejam como questão que abre a subjetividade como consciência. Esta, ao buscar resposta ao problema, não segue mais o caminho da intencionalidade identificadora e objetivadora, mas se abre em relação de transcendência que se traduz na curvatura da justiça, precedendo a liberdade e fundando a verdade na condição da justiça. (PIVATTO, 2001, p. 226)

Se a ontologia reaparece por meio das leis e do Direito, por outro lado ela está ressignificada por uma relação fundada na ética primeira. As teorias não podem ser vistas pela mesma lógica de conhecimento antes exigida.

A edição de leis que conceituam e enquadram condutas, universalizando-as, exclui o Rosto e a construção do discurso de justificação como proposto por Lévinas. Contudo, a tarefa responsável é o olhar ético na aplicação e desconstrução deste Direito. Pensar além da letra da lei é perceber que o direito não acaba em si, mas deve servir a uma relação ética de justiça, entre a responsabilidade e a equidade, um esforço, uma atitude, uma difícil tarefa.

“A ontologia reaparece claramente; mas agora está como que inseminada pelo sentido ético. Surgem as teorias, os ditos, as sistematizações, porém sempre criticáveis, sempre atravessadas pela inquietude da proximidade, pois desde que uma medida se objetiva em lei ou código, o humano trepida a perigar e começa a injustiça. Por isso, a inspiração da responsabilidade assimétrica deve permanecer sempre como dizer fontal incontornável. (PIVATTO, 2001, p. 227)

O terceiro exige a equidade e os institutos jurídicos mas, se a relação ética, a responsabilidade desinteressada com o Outro, não forem o norte das relações sociais, de nada terá adiantado perceber toda esta crítica à totalidade.

O critério não é o da igualdade, mas o da alteridade. A alteridade absoluta possibilita a busca por uma equidade (GOMES, 2008). Não negar o Rosto do Outro, pois cada Outro é um absolutamente diferente. A justiça fundamenta a verdade. A invasão do Outro, bem como a atitude justa, revelam um Direito para além da ontologização e morte do próximo.

Lévinas poderia assustar a maioria dos estudiosos do Direito mas, para ele, não há como pensar a justiça sem um transbordamento do amor, só assim seria possível ir além.

O amor exige da justiça e do julgador uma atitude que não se esqueça do Rosto, que não trate um Rosto igual a Outro. A metafísica presente em cada Outro irá cobrar, por meio da sensibilidade, a responsabilidade. Tentar negar tal condição é deixar que o transbordamento do impessoal domine o ente sob a justificativa da neutralidade das instituições, um retorno que Lévinas não permitiria, afinal, o Outro é sempre presente a nos interpelar lembrando a condição humana do Mesmo, que por sua vez estará posto a dizer Eis-me-aqui.

Pimenta (2011) faz duas advertências de extrema importância, uma ligada à transferência de responsabilidade e outra quanto à noção e sensação de insegurança:

“Em primeiro lugar, não é possível transferir a responsabilidade, pois sua estrutura é anterior à política. Não é possível se esquivar do encontro com outro - ‘o sofrimento está na minha frente’. O apelo se faz sempre presente no encontro com o outro. Mas, essa situação não geraria uma enorme insegurança? É certo que sim. A justiça não é o âmbito da segurança e do conforto, é lugar do estranho, do inexplicável, do não reconhecimento. O Estado e a ontologia têm por fim a segurança e a tranquilidade. Já a ética de Lévinas determina um agir não recíproco diante de um sofrimento, i.e., indica um descompromisso com a vida boa – eudaimonia.” (PIMENTA, 2011, p. 103).

Pensamos que os pretextos de neutralidade e impessoalidade foram refutados de maneira diversa e exaustiva no presente trabalho. E, ainda, acrescentamos tal reflexão exposta acima, no sentido de que a justificativa que as leis como mecanismos de transferir a responsabilidade para o Estado, são inválidas. Isto porque não é só o Estado que julga, mas ele é apenas uma pessoa dentre todas

as outras, inclusive o juiz como sujeito. Há, ainda, diversos aplicadores da lei, nas suas mais variadas formas, como um cidadão que escolhe respeitar ou não os dispositivos legais e a face do Outro.

O Direito é exercido por sujeitos, sujeitos a um Outro. A responsabilidade por este Outro sempre será evocada pelo seu Rosto ao Mesmo. Não há maneira de fugir desta responsabilidade.

A consequência anunciada por Pimenta, acerca da insegurança (jurídica), é certa. O Direito como justiça torna-se o local do estranhamento, o local de correções, no espaço da ontologia para além do ontologismo, no qual exige dos seus atores, inclusive os julgadores, uma atitude que por vezes vai além do conceito comumente conhecido de segurança. O Outro me traz o testemunho de um mundo inacessível a mim e, caso necessário, exige de mim o rompimento do Direito formal em busca da justiça como responsabilidade e equidade.

Esta é a nossa difícil tarefa, transitar entre a responsabilidade infinita e a equidade. Sair da ontologização é mais que necessário, é trazer de volta nossa própria condição humana no exercício do Direito. Pedir justiça nunca deixou de ser algo meramente clichê como agora, momento em que ela passa a ser uma exigência sufocante. Parte desta tarefa é verificar: porque o formalismo é manifestação do ontologismo e o porquê não devemos ser formalistas ao aplicarmos o Direito?

5 UMA ATITUDE CRÍTICA: uma visão responsável da análise das capacidades institucionais

Nos capítulos anteriores tentamos apresentar basicamente três ideias: a) o que seria a teoria das capacidades institucionais e porque ela tem justificado uma hermenêutica formalista do Direito; b) o que seria o paradigma epistemológico e científico da modernidade, como ele influencia as correntes atuais do Direito e porque consideramos que tais fundamentos perderam o sentido e c) como Emmanuel Lévinas poderia contribuir ao Direito na busca de um novo sentido, que exige uma atitude responsável e justa na aplicação do Direito.

Nosso desafio agora é responder à pergunta central do trabalho: considerando o novo sentido dado à ética primeira por Lévinas e, com ela, nossa interpretação de uma possibilidade de justiça, seria admissível aceitar os argumentos de Sunstein e Vermeule para que a aplicação do Direito seja um exercício formalista?

Adiantamos nossa resposta no resumo do trabalho que a Associação Brasileira de Normas Técnicas exige, em seu título, e se bem sucedidos, na fundamentação do que construímos como justiça para Lévinas, ou seja, o formalismo seria um modo de negação da humanidade, uma violência injustificada do Mesmo para com o Outro. Logo, a resposta à pergunta é negativa.

Todavia, antes de fecharmos esse raciocínio, é interessante jogar luzes para questões endógenas à teoria das capacidades institucionais. Isso significa que trazemos algumas reflexões que problematizam a teoria para aqueles que ainda quiserem desconsiderar toda a fundamentação da Ética primeira e da Responsabilidade com o Outro. Mesmo que entendamos não ser possível discutir o Direito sob tais premissas.

Contudo, antes mesmo de realizarmos essa crítica, entendemos ser um ato mínimo de honestidade, de quem se dispôs a estudar responsabilmente as ideias defendidas por Outro(s) teórico(s), apontar o avanço contido na teoria das capacidades institucionais.

Acreditamos que, como tudo na vida, a reflexão sobre determinados temas tendem a possibilitar um diálogo capaz de revelar a face desconhecida sobre a questão debatida. Nesse sentido, a virada institucional exigida por Sunstein e

Vermeule, ainda que não passe pela aceitação de nossas reflexões, possibilitou refletirmos sobre os limites do Judiciário.

Além disso, fez com que pudéssemos refletir sobre o limite de cada instituição, como essas têm sempre um limite planejado *a priori* e como podem ir além, superando e desenvolvendo mecanismos que possibilitem encarar suas tensões de maneira cada vez mais responsável.

Se responsabilidade é uma palavra de ordem para nosso marco teórico, seria irresponsável não percebermos como a teoria das capacidades institucionais denuncia como o Judiciário, em algumas questões, está atrasado em seu desenvolvimento interno. Surge a reflexão: esse atraso, ou a insuficiência de seus instrumentos, seriam motivos para a retirada de sua participação, inflando o papel do Legislativo e de outras instituições consideradas de mais expertise técnica? Cremos que não. Pensamos que as críticas feitas pelos autores estudados seriam mais bem aproveitadas se fossem motivadoras de uma busca de aprendizado e aperfeiçoamento do Judiciário.

O Poder Judiciário, como mais um ator jurídico, terá boa probabilidade de desempenhar seu papel institucional com vista ao Outro, na busca de uma justiça equânime, caso corrija suas limitações anunciadas por Sunstein, Vermeule, e demais autores brasileiros anunciados no capítulo 2. Reconhecer as limitações e se retirar, ou não assumir sua posição e responsabilidade, é condenar a instituição a um fracasso para além (ou aquém) das competências e funções anunciadas pela Constituição.

Assim, ao invés de retirar as responsabilidades do Judiciário, pensamos que cumpre a esse poder se organizar administrativamente, de maneira contínua, para suprir suas limitações. Caminho este que é eterno, sem fim. Aprender com os erros e perceber sua posição no mundo é não deixar o modo impessoal dominar uma instituição com papel de importância notória na sociedade. Nossa proposta é para que não desistamos do Judiciário, mas possamos fazer dele um lugar de evasão para o Outro.

Cumpra agora justificar porque os outros argumentos podem ser considerados incoerentes do ponto de vista da pesquisa realizada.

5.1 Do lado de dentro

O subtítulo anuncia uma impossibilidade. Sendo o Outro totalmente Outro, separado metafisicamente, nunca poderíamos estar do lado de dentro. Mas compreendemos que nesse momento em que a crise de paradigma ainda não é aceita com facilidade, em que tentamos despertar a afecção do leitor para as ideias de Lévinas, é exigido que nós estabeleçamos as críticas, ainda que sob um pressuposto que negamos.

Os adeptos à crítica aos limites institucionais do Judiciário, em especial no ato de decidir questões relativas ao direito econômico, aos direitos sociais, às políticas públicas, dentre outros, acreditam que o poder Executivo, o poder Legislativo e os órgãos técnicos têm melhores condições para acertar do que o Judiciário. Há uma certeza de que eles têm mais instrumentos, tempo, capacidade, legitimidade, dentre outros. Porém, a nosso ver, essa certeza é uma manifestação do cientificismo, do tecnicismo, da crença de uma razão instrumental. As decisões judiciais que buscam formas de aplicar o Direito além de um minimalismo interpretativo da lei são entendidas como interferências indevidas, como um vírus que ataca um organismo perfeito. Será que essa interferência nunca foi/é benéfica? Será que ela sempre implicou/implicará em desastres?

Mas os riscos podem ter outra faceta. E se uma aplicação meramente mecânica e formal indicar a interpretação de uma injustiça? Leis do século XIX reconheciam a 'justiça' da escravidão e da inferioridade da mulher. Essas concepções eram entendidas como justas, pois eram derivadas do 'direito natural'. Não seria papel do Judiciário questioná-las? Não seria o Judiciário um ator institucional que teria tal responsabilidade e a possibilidade de trazer essas questões?

Sunstein e Vermeule preferem não correr o risco de ter decisões que busquem ultrapassar o sentido literal da Lei, sob o medo de que tais decisões possam trazer absurdos e posturas democraticamente ilegítimas. Nosso entendimento, contudo, é diverso. O erro é comum ao ser humano, logo, é inerente às instituições formadas por nós. Perceber tal condição e assumi-la é necessário para que a responsabilidade não seja forjada. Assumindo essa condição, temos a possibilidade de reconhecer uma postura menos omissa, capaz de superar os erros dos outros atores sociais.

Temos consciência de que tivemos experiências com decisões que foram além do formalismo interpretativo, em uma postura ativista, e que podem ser encaradas como decisões negativas, em que os julgadores usaram como critério de decisão apenas sua reta razão, negando o debate social, a integridade do Direito ou qualquer critério de justiça que não seja sua moral pessoal.

Por outro lado, Cruz (2009) nos mostra vários exemplos de como o Judiciário norte-americano participou nas políticas de ações afirmativas, interpretando a lei de tal forma que possibilitou a inclusão de classes de pessoas discriminadas. Assim, caso o Judiciário não tivesse aplicado o Direito com uma postura diferente do formalismo, provavelmente teriam sido mais difíceis os avanços com questões como a exclusão por gênero e 'racial'. Logo, a interpretação não formalista, por si só, não pode ser encarada como uma afronta à noção de Direito.

Indissociável a esta questão temos o debate sobre aquilo que podemos chamar de 'última palavra'. Ou seja, qual a instituição teria o direito ou legitimidade para dizer qual é o Direito em última instância.

Entendemos que estes autores que analisam as capacidades institucionais, ao escolherem o formalismo e suas premissas como a melhor maneira do Judiciário interpretar a norma, optam por um Judiciário que apenas aplica o Direito, sem ter a possibilidade de dizer a última palavra⁴¹. Para eles o Judiciário não teria capacidade e nem legitimidade de criar o Direito, ou ao menos expandi-lo na aplicação do caso concreto. Ao Judiciário cabe apenas interpretar⁴² de maneira minimalista o Direito (a lei).

Contudo, nesse sentido, também pensamos que a teoria não se ajusta ao que seria o melhor arranjo institucional, quando colocamos em questão o diálogo interinstitucional em um paradigma democrático.

⁴¹ Salvo os casos de manifesta inconstitucionalidade da norma que afronte direitos fundamentais, principalmente por questões formais. Mas, o que seria uma norma manifestamente inconstitucional? Os avanços da ciência já nos mostraram que há sempre uma margem interpretativa que muda de acordo com o observador. Então, como poderíamos admitir que existisse uma norma mais ou menos manifestamente inconstitucional? Não conseguimos responder à esta pergunta com critérios coerentes, nos resta a denúncia.

⁴² Neste trabalho, ainda que não seja nosso objetivo, deixamos claro que até mesmo a simples interpretação é criação. Não existe letra fria da lei. Toda lei não só é criada por homens, mas interpretada por sujeitos que possuem suas próprias experiências, que respondem ao Outro de forma única. Tanto pela filosofia analítica (com a linguística), tanto pela fenomenologia ou com o pensamento levinasiano, marco teórico de nossas pesquisas, não há mais como afirmar a existência de uma interpretação mentalista, abstrata e impessoal.

Conrado Hubner Mendes (2008) nos auxilia no entendimento desse debate quando mostra os argumentos de teorias que defendem tanto o Poder Judiciário, quanto outros que consideram o Legislativo aquele poder legitimado para dizer a última palavra sobre o que é o Direito. De toda forma, pensamos que o grande ganho do trabalho desenvolvido por Mendes está na crítica à essa noção de última palavra.

Para Mendes, os arranjos institucionais e, conseqüentemente, o Direito, tendem a ganhar mais quando a última palavra deixa de existir ou, pelo menos, é considerada provisória. Assim, a possibilidade de uma argumentação contínua auxilia no processo de aprendizado social e no ganho epistemológico do Direito, de tal forma que as instituições terão sempre a possibilidade de participar e contra argumentar.

Dessa forma, mesmo havendo limites constitucionais/legais às instituições quando estão no exercício de seu papel, pensamos que a própria noção de legitimidade muda de foco/sentido quando analisamos essa nova abordagem sobre a última palavra. Isso porque o próprio diálogo contínuo entre as instituições renova o debate e o coloca em um patamar elevado de democracia, uma vez que cada instituição contribui com aquilo que pode. Logo, a ausência de uma última palavra definitiva não só confere legitimidade a uma postura não formalista, como também eleva o debate democrático, possibilitando que cada ator dê seu ponto de vista sobre todas as questões na busca de uma melhora ininterrupta.

Em nosso ponto de vista, é importante que uma instituição que possui habilidades mais desenvolvidas do que outra exerça seu papel e nos apresente sua posição. A ausência de uma última palavra possibilita a constante revisão dos atos do outro. Dessa forma, se o Judiciário tem a capacidade institucional de proteger Direitos de minorais, por exemplo, é bom que ele dê responsavelmente sua resposta. Por outro lado, se no Legislativo temos uma representatividade democrática mais diversa, é bom que ela seja usada para construir argumentos mais plurais. Se as agências reguladoras possuem análises técnicas mais apuradas e com uma visão periférica mais ampliada, é bom que elas auxiliem com seus argumentos. Daí por diante, cada instituição terá a possibilidade contínua de construir sua narrativa no mosaico totalmente plural que nossa sociedade é. Não há como admitir que apenas o Legislativo seja o responsável pelo ganho epistemológico social como propõe a teoria da virada institucional.

Outro problema identificado na teoria em análise está na própria crença de que é possível uma interpretação formalista, objetiva, neutra e silogística. Essa compreensão da interpretação ignora que há uma intoxicação linguística inerente à língua, que impossibilita dizer que cada palavra possui um único significado e sentido.

Cruz (2011) faz uma incursão sobre as várias noções de verdade apresentadas na filosofia ocidental. Resumidamente podemos afirmar que uma das conclusões dessa obra surge da análise da segunda reviravolta linguística, quando o autor afirma que a linguagem seria sempre ambígua, sendo impossível encontrar a verdade como correspondência entre signo, significado e significante. Indo um pouco mais, Cruz analisa a fenomenologia de Heidegger e conclui que, na realidade, não é a linguagem que é ambígua, mas a ambiguidade é uma forma existencial própria do Homem, o que torna impossível designarmos com exatidão as coisas por meio da linguagem. O máximo possível é um desvelamento eterno do ser do ente.

Tal compreensão da linguagem é complementar à crise científica apresentada no capítulo 3 deste trabalho. Apesar de não termos adentrado especificamente na questão da linguagem para Emmanuel Lévinas, Nilo Ribeiro Júnior (2005) explica como a Responsabilidade para com Outro e a nova subjetividade desenhada por Lévinas não permitem mais que o Mesmo assuma a postura de um terceiro neutro na linguagem. Isso porque a linguagem não comunica um objeto, mas a humanidade do total do outro, nela o comunicado se mistura ao sujeito, dando testemunho dele.

Assim, compreendemos que não existe uma maneira formal e mecânica de interpretação. O texto sempre se dá a nós como algo que surge e pede revelação. Há na interpretação uma parte indissociável de criação. A justificativa que damos à interpretação será sempre um exercício de responsabilidade que tende ao infinito. Perceber tais pontos, ainda que merecedores de um estudo próprio, revela como a própria noção de formalismo interpretativo não faz sentido.

Nosso 'Ser-jogado' sempre irá ver claridade e/ou penumbra nos textos. A formulação de *Standards* pela experiência do Direito, especialmente diante da abertura semântica é uma saída. Mas, uma saída que não conduza à totalização do Ontologismo. O *Standard* não poderá se constituir em nova forma de violência. Mesmo ele deverá ceder diante do apelo de Justiça que o face a face nos impõe.

Prosseguindo nossa crítica, também acreditamos que a ausência de expertise do Judiciário é algo negativo e a ser combatido pelo próprio órgão e com

fortalecimento institucional. Mas seria justificável transferir a crítica ao julgador e crer que o Executivo, o Legislativo e as agências reguladoras têm melhores condições? Nossa visão passa a ser sempre preenchida com dúvida. Tendemos a dar razões, mas sempre esperando contrapontos, certos de que a certeza é sempre fraca, nunca uma 'hipercerteza'. Inclusive, quanto às possibilidades de erros das outras instituições, que não sejam o Judiciário.

De outro modo, quantas vezes poderes Executivos e Legislativos municipais são despreparados e desorganizados? Além do mais, esta maneira de ver os outros órgãos não os estaria supervalorizando? Respondemos sim às duas perguntas. É comum que as instituições não apenas errem, mas possuam falhas internas que precisem ser revistas pelos outros agentes sócio-jurídicos. Ainda que instituições bem capacitadas, com diversos instrumentos técnicos e livres de fatores políticos possam vir a existir, não seria difícil que erros acontecessem. Por isso a necessidade de fomentar que outros atores possam participar do diálogo sobre o mesmo debate.

Um fator desconsiderado pelos defensores da teoria das capacidades institucionais é de que o próprio poder Judiciário possui especialidades e divisões internas que a cada dia estão se dedicando mais a assuntos determinados. Claro, sabemos que muitas varas da administração judiciária, principalmente no interior do país, não têm muitas condições de serem especialistas em todas as áreas. Mas, será que o desenvolvimento da teoria das capacidades institucionais não estaria mais focado nos tribunais superiores, aqueles que de fato trazem maior impacto e relevância ao debate jurídico?

Não é possível afirmar se sim ou se não mas, imaginamos que é possível exigir dos juízes de varas 'genéricas' uma atuação não formalista, ainda que nestes casos a decisão fique prejudicada em relação às varas especializadas. Nossa concepção não exige algo impossível no sentido fático, mas interpela pela busca do impossível, no sentido de nunca assumir uma postura omissa e a-responsiva. Não seria absurdo que juízes que julgam todos os tipos de matérias possam se apoiar em um parecer técnico, tendo em vista sua limitação. O que parece absurdo é crer que o juiz sempre deva acatar o parecer ou à literalidade da lei de imediato sem refletir sobre o seu exercício.

Em contrapartida, sabemos que há uma grande quantidade de demandas repetitivas nas varas e câmaras especializadas, e que há modelos de decisões

prontas, usadas para cada assunto demandado. Não queremos exigir dos juízes que a cada caso seja escrita uma nova sentença pelo simples fato de ser um caso único. Mas, pedir por justificção e a devida fundamentação em face dos argumentos utilizados nos autos processuais é solicitar por democracia e responsabilidade por aquele que clama por resposta.

Isso não implicaria em um processo eterno como insistem em repetir aqueles que defendem uma postura mínima do Judiciário. Pensamos que a necessidade de aprofundar-se na justificção é uma demanda do Outro, dos argumentos levantados e da sua originalidade. Cada ato de decidir demandará mais ou menos esforço porque de fato a parte interpelou por mais ou menos respostas. Sem nos esquecer que em oportunidades futuras o Judiciário aproveitará o aprendizado adquirido para oferecer essa primeira resposta.

Não negamos a 'jurisdição de massa'. Sabemos do fenômeno da 'inconstitucionalidade chapada' e dos casos idênticos e repetitivos. Simplesmente observamos a particularidade de cada ato responsivo. O Elemental de cada processo. Se na grande maioria das vezes ele não será verificado alterar o 'universal' da decisão, seguramente esse não será totalizante se sempre ficarmos atentos aos detalhes e aos argumentos colacionados pelas partes.

Essa atenção, essa delicadeza no decidir, possibilita o *distinguishing*, viabiliza a 'interpretação conforme' e permite o *overruling*⁴³. Tais situações são raras? Sim! Tão raras quanto o respeito para com o Outro num mundo de violência e de totalização. Se as capacidades institucionais comemoram o acerto em 99% das vezes. Nós lamentamos a ausência da possibilidade de Justiça no 1% restante. E choramos a negação da epifania na história da vida de cada uma das pessoas que se tornaram mera estatística: 1%. Um número! Um algarismo. Sem Rosto. Sem vida. Sem Justiça...

Todas essas características de especialização do Judiciário fazem com que o julgador tenha mais capacidade de desenvolver um histórico de suas narrativas e justificções, possibilita a ele entender mais das matérias demandadas e criar um

⁴³ Podemos simplificar para o leitor que estranhar os termos: a) *distinguishing*: uma maneira de argumentar em que parte apresenta razões ao julgador para mostrar que seu caso tem pelo menos um elemento fático que o diferencia da jurisprudência ou súmula; b) interpretação conforme: de modo diverso, a parte argumenta que, apesar de sua demanda ter os mesmos elementos fáticos, possui razões contingenciais que exigiriam do julgador uma resposta diferente do que geralmente é praticado; c) *overruling*: por meio de uma demanda a parte demonstra como o critério norteador da jurisprudência possui elementos de injustiça (ou ilegalidade), motivo pelo qual o julgador deve reconhecer que a súmula ou os precedentes não devem mais ser usados.

senso crítico, inclusive em face de pareceres técnicos. Daí a vantagem de um diálogo intenso, que favoreça o ganho epistemológico.

Nos textos brasileiros analisados no capítulo 2, percebemos um foco nas questões referentes às demandas em direito público, como os exemplos de regulamentação econômica e de afetação ao orçamento público. Foi utilizado o argumento de que os juízes seriam incapazes de analisar demandas sobre tais temáticas, uma vez que não são especialistas sobre esses temas.

Parece que eles desconsideram a existência de varas da fazenda pública que são criadas unicamente para julgar demandas referentes a esse tipo de assunto. Contudo, por mais que percebamos que os julgadores sejam limitados em lidar com outra linguagem que não a jurídica, acreditamos que é possível a capacitação destas varas de diversas formas, como a contratação de servidores que possam se especializar em matérias comumente demandadas, para depois poder orientar o julgador em sua decisão. Não é necessário abrir mão da Melhor-Resposta.

Esses fatores apontam como a crença de que o Judiciário não tem expertise foi super valorada na teoria da virada institucional. E mais, ainda que no caso concreto o juiz não tenha conhecimento específico sobre o caso, parece ser mais razoável exigir dele um estudo sobre o conteúdo demandado, do que a hipótese de manter-se inerte, acatando tudo o que uma instituição técnica assumira como verdade; parece inadmissível a ausência de resposta da instituição. Pensamos que o melhor caminho é a contribuição no aprendizado epistemológico dos arranjos interinstitucionais.

Por outro lado, a crença na capacidade das agências reguladoras, dos órgãos técnicos e dos pareceristas reflete aquilo que mencionamos no capítulo 3, ou seja, como o cientificismo domina o pensamento moderno, colocando o discurso das ciências como o único verdadeiro e possível. Fica claro para nós que esse discurso é violento e limitador da capacidade humana, pois até mesmo a ciência necessita de criação que vai além de um método de sentido único.

Mesmo o Direito já tem admitido situações em que a técnica pode apontar para uma solução, e o critério de Justiça considere outra proposta. É o caso da possibilidade de se conceder a declaração de paternidade com base no vínculo afetivo, ainda que o exame de técnico DNA aponte um resultado negativo. Assim, pensamos que a construção desse pensamento reforça que a técnica é apenas um

discurso, que no caso concreto pode apontar uma resposta menos Justa do que outro modelo de discurso.

Ainda teríamos de nos perguntar: a Ética deve guiar os atos humanos ou a técnica deve guiar e limitar a Ética? Como ficaríamos em questões de pesquisas e tratamentos medicinais em que se usam células tronco? Os custos das pesquisas deveriam reduzir a noção ética para com o Outro? Acreditamos que não! Temos que um desafio deixado pelas Ciências do século XX gira em torno desse debate e, nossa proposta, indica reduzir toda humanidade de uma Resposta sob o discurso Ético é uma violência que não podemos nos silenciar.

O que impede as instituições que, em tese, teriam mais expertise de errarem? O que as impediria de responderem sem técnica, por mera pressão política ou interesses pessoais? O que impede que o juiz, em sua condição humilde, possa ver um ponto despercebido pelos 'donos da técnica'? Quantos discursos possíveis são excluídos em nome do método? Até pontes foram derrubadas. Vimos um elevado cair e assassinar pessoas por erros técnicos, e em Belo Horizonte! Em nosso entendimento a técnica não precisa ser desprezada, mas ao juiz é dado um papel muito importante, e que está longe de ser 'homologador' de pareceres ou decisões técnicas. Não só pelo diálogo possível no momento de uma decisão judicial, mas também pela própria função justificadora do Direito, assunto que será mais trabalhado no próximo subtópico.

Um exemplo sobre o qual podemos refletir refere-se à questão orçamentária do Estado. Concordamos que ela também compõe um argumento válido no Estado Democrático de Direito, inclusive como elemento constitucional, e seu impacto deve ser analisado para que o critério de justiça possa ser o mais abrangente possível. Contudo, temos no caso do estado de Minas Gerais, que descumpra o limite constitucional de aplicação orçamentária mínima para a saúde e para a educação, um modelo com o qual não concordamos e que provavelmente teria respaldo por aqueles que defendem o limite institucional do Judiciário.

Esse descumprimento constitucional foi legitimado por um Termo de Ajustamento de Gestão nº 862943⁴⁴ (2012) entre o Executivo do Estado de Minas

⁴⁴ Em síntese, a cláusula primeira do termo resume bem o objetivo do acordo: "*Cláusula primeira – Do Objeto: O presente Termo de Ajustamento de Gestão tem por objeto a definição de um período para a adequação gradual da aplicação por parte do Governo do Estado de Minas Gerais dos recursos nas áreas de ações e serviços públicos de saúde e da manutenção e desenvolvimento do ensino, visando o cumprimento dos índices mínimos previstos, respectivamente, no art. 198 e no art. 212 da*

Gerais e o órgão técnico do Legislativo – o Tribunal de Contas de Minas Gerais. O Termo de Ajustamento de Gestão nº 862943, firmado entre o Estado de Minas Gerais e o órgão técnico Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, serviu para estabelecer que o Estado, mesmo descumprindo a Constituição Federal quanto aos percentuais mínimos que devem ser aplicados na área da saúde e da educação (respectivamente 12% e 25% do orçamento anual), teria um prazo para que estes mínimos fossem cumpridos de forma gradual. Dessa forma, mesmo tendo percebido a inconstitucionalidade dos atos do Estado, o órgão permitiu à parte a violação da lei sob fundamentos e justificativas técnicas. Seria tal critério justo? A visão de um método formalista realmente exigiria do juiz uma postura formalista diante de um parecer técnico?

Diante das observações feitas pelos autores em análise, o Judiciário deve manter-se inerte diante de tal questão sob a alegação de não ter a legitimidade para a verificação de um ato entre o Executivo e o Legislativo? Será que o parecer técnico sempre tenderá ao acerto, de modo contrário à análise judicial? Não seria uma condição de correção e aprendizado institucional a possibilidade de mais de um ator institucional mencionar seu entendimento jurídico sobre o tema? Reforçamos que o pressuposto de que o Judiciário não pode analisar o critério de justiça e legalidade dos atos de outros órgãos é permitir que um único discurso seja valorado positivamente: o da técnica.

Continuando o exercício de questionamento, se o *amicus curiae*, se a audiência pública, se uma perícia dizem ao juiz que a política pública é errônea, ilegítima, violentadora de direitos fundamentais, devemos tapar nossos ouvidos para todos os outros discursos de diferentes atores sociais, apenas pelo fato de serem menos técnicos (científicos)? Pior, devemos negar, de antemão, um argumento de justiça trazido por um cidadão pelo único fato de não haver sobre ele o aval da ciência? Tais dúvidas nos direcionaram a sustentar nosso posicionamento aqui defendido e lembramos que isso não significa que esses ‘atores técnicos’ não tenham seu papel e sua importância, uma vez que cada um tem sua legitimidade e contribuição no processo de decisão e justiça.

Por todas essas questões e argumentos postos, entendemos que o critério de expertise não nos é conclusivo, mas o é apenas um argumento dentre tantos outros,

um discurso que não pode ser considerado, a *priori*, o mais importante. Isso porque ainda faltará a justiça, excluiríamos o Rosto do Outro.

Ademais, há entre os teóricos brasileiros apresentados neste trabalho a defesa (ou pressuposto) de uma concepção da taxionomia clássica entre direitos sociais e direitos individuais. Apesar de não ser a objeto de o nosso trabalho afirmar qual é a melhor maneira de se encarar a divisão clássica entre direitos sociais e individuais, pensamos que esta distinção reduz uma complexidade que merece atenção.

Nesse sentido, podemos fazer um exercício mental no qual um juiz se depara com uma demanda judicial com um pedido que, neste modelo de distinção, é considerado um direito social. Se abirmos mão dessa classificação, podemos perceber que a demanda é individual, mesmo que seja representada por um órgão como o do Ministério Público, uma vez que há sempre um Outro, um Rosto, uma pessoa que será beneficiada ou prejudicada com a resposta dada pelo julgador.

Logo, essa divisão indica uma separação injustificada, na qual não se percebe que os direitos possuem diversas dimensões, sendo que, sob um determinado olhar, a demanda possa parecer de interesse meramente privado, mas, sob outras perspectivas perceberemos que aquela decisão terá reflexos que certamente atingirão outras pessoas. A discussão sobre direitos nunca será meramente individual. Sempre haverá um terceiro, no sentido jurídico ou no sentido levinasiano, apesar de nunca excluir um sujeito e a sua face.

Dessa forma, se a 'visão túnel' esconde diversos atingidos pelas demandas de direitos 'sociais', não é diferente o que faz esta separação entre direitos individuais e sociais. A solução para o problema da 'visão túnel' do processo civil não pode ser encarada como um retorno para uma divisão clássica que também teria um efeito de túnel. Pensamos que a proposta a ser considerada no próximo subtópico abarca tal pretensão. Mas, de antemão, nos posicionamos que direitos denominados sociais ou individuais são destinados à pessoas, à realização de uma justiça.

Outro argumento crítico à importação do sistema minimalista de Sunstein e Vermeule ao Direito brasileiro diz respeito ao instituto norte-americano denominado de *writ certiorari*.

Este pedido de revisão judicial, destinado à corte constitucional americana, visa a revisão de um determinado caso e/ou a análise de tema que possa interferir

na interpretação de direitos federais ou constitucionais. Para que tal pedido de revisão seja analisado, ele passa por uma análise que pode impedir seu conhecido.

Para que mérito do *writ certiorari* seja apurado é necessário que pelo menos quatro ministros da Suprema Corte aprove a possibilidade de sua apreciação. Logo, ressalvadas suas particularidades, esta revisão pela corte se assemelha aos recursos de competência do Supremo Tribunal Federal aqui no Brasil.

Contudo, uma das principais diferenças é a possibilidade de negativa de seguimento do *writ*. Esse pode ter seu prosseguimento negado sem fundamentação alguma. Ainda que, existentes os requisitos formais para a interposição do recurso, o seu prosseguimento na corte é uma análise meramente discricionária. O recorrente não tem um direito vinculativo, mas fica sujeito à escolha livre do julgador.

Pinto (2006, p. 47) anota que a corte superior americana tem a média de 5% de aceitação do recurso citado, o que nos leva à conclusão de que há uma postura de forte autocontenção do tribunal constitucional daquele país e, não só, que sua posição é assegurada pela legislação local.

Por outro lado, os recursos que são direcionados ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, ainda que tenham requisitos para dificultar a apreciação do mérito, não deixam de ser vinculativos, obrigando o tribunal a analisar o mérito da questão no caso de preenchimento desses requisitos.

Esta garantia recursal existente no Brasil pode ser considerada como derivada do princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário. Nele, a Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 5º, XXXV⁴⁵, trouxe a garantia de que todos os casos devem ser apreciados pelo poder Judiciário, sem a possibilidade de negativa de resposta por discricionariedade do julgador e, não só, mas a exigência de fundamentação jurídica como garante o artigo 93, IX, também da Constituição.

Dessa forma, cremos que tal fato não é apenas uma diferença formal e legalista entre os dois modelos de apreciação de recursos. Pensamos essa discrepância é fundamental para considerar ilegítima e inconstitucional a posição minimalista do julgador no Brasil, no sentido de que a ele é defeso a não apreciação

⁴⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988).

de determinada matéria sem a devida fundamentação do Direito. Afirmar que o Judiciário não seria institucionalmente preparado para dar uma decisão seria uma afronta direta à Constituição, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos.

Contudo, os autores brasileiros que anunciamos no segundo capítulo desconsideram essa diferença e deixam escapar algo crucial que compromete a transposição integral da teoria de Sunstein e Vermeule para a prática brasileira.

Outro ponto que consideramos não ter sido transposto para o Brasil de uma maneira mais restrita ao que Sunstein e Vermeule abordam, são algumas propostas de maior participação processual, no intuito de retirar o caráter de 'visão túnel' criado pelo nosso modelo processual, como dizem Sarmiento (2008 e 2009) e Vieira, Camargo e Silva (2009).

No intuito de resguardar tudo o que defendemos até agora e que será exposto no próximo subtópico, destacamos que não criticamos a proposta de que haja vários legitimados processuais quando a demanda necessitar de maiores informações e de uma participação mais plural. Porém, considerando a crítica de Sunstein e Vermeule à ideia da Melhor-Resposta, não nos parece coerente exigir muitos atores processuais, uma vez que esses tornariam o procedimento mais caro, mais demorado e em busca da Melhor-Resposta.

Pensamos que essa exigência de mais legitimados no processo, o que traz a possibilidade de uma Resposta cada vez mais madura, na verdade é uma maneira de se buscar a Melhor-Resposta. Pensar em tal proposta é visar uma resposta correta e não apenas uma Resposta-Satisfatória. Motivo que nos faz concluir que, ainda que concordemos com esta necessidade de abranger a participação plural nos processos, tal abordagem vai de encontro com as premissas da teoria das capacidades institucionais.

Continuando sobre a ideia de que o julgador não deve se pautar na Melhor-Resposta, mas na Resposta-Satisfatória, entendemos que há nessa questão dois problemas: a) a função do Direito (que será trabalhada no próximo subtópico) e b) como encontrar a Resposta-Satisfatória.

No que se refere à Resposta-Satisfatória, como um critério de autocontenção do julgador, não conseguimos entender como este ponto seria realizado na prática. Ora, ainda que na explicação teórica de Schuartz (2007) exista um cálculo 'objetivo', que busque a 'exatidão' e uma maneira de como o julgador irá calcular se a demanda alcançou o custo médio aceitável, perguntamos como um julgador tão

limitado conseguirá realizar esses cálculos no intuito de acertar tal ponto arquimediano? Não seria uma idealização contraditória a todo realismo proposto pela teoria das capacidades institucionais?

Pensamos que sim, afinal, essas premissas já são uma transposição de teorias econômicas as quais os juízes, em tese, não dominam. Dessa forma, a concepção de Resposta-Satisfatória presume que o juiz não terá capacidade técnica para definir com exatidão quando parar de buscar a Melhor-Resposta. Ou parte-se dessa ideia, ou daquele na qual o julgador usará de sua subjetividade para definir quando não necessita mais buscar elementos para decidir. Nos dois casos haveria contradição, ou por pressupor uma técnica que a própria teoria afirmar não existir, ou por colocar nas mãos dos julgadores uma subjetividade que iria de encontro à objetividade do formalismo.

Lembramos que, para Vermeule e Sunstein, pensando na economia de custo de uma decisão, as agências reguladoras não participariam de processos judiciais, mas elas mesmas teriam a capacidade de decidir, de dizer o que é Direito e, dependendo do caso, até mesmo criar o Direito. Na posição original da teoria não há a ideia de ampliação de participação processual, mas uma submissão maior da técnica à interpretação concretista dos julgadores.

Prosseguindo, acreditamos que o ponto mais complexo da virada institucional é a crítica à impossibilidade dos julgadores medirem os efeitos sistêmicos de uma decisão. Nesse assunto temos certeza que seria necessário um aprofundamento maior⁴⁶ do que o limite da pesquisa permite, mas certamente seria um caminho que nossos estudos precisam desenvolver.

De toda forma, ponderamos algumas questões fundados no que os próprios defensores da teoria das capacidades institucionais afirmam. A primeira delas é que de fato há uma concepção de macro-justiça em que não é simples aferirmos se uma decisão é justa ou não. Isso porque, como já mencionamos, no momento que um julgador decide uma demanda, ela terá consequências diversas tanto no mundo jurídico quanto fora dele. Esses efeitos podem ser positivos ou negativos, previstos ou imprevistos, motivos pelos quais reforçam a necessidade de um processo mais participativo e plural, distribuindo a responsabilidade da construção da decisão.

⁴⁶ Cruz (2007) e Duarte (2012) enfrentam o tema da macro-justiça e a necessidade de buscar legitimidade jurisdicional entre ativismo e passivismo. Ainda, reforçamos a ideia de que é necessário ampliar os estudos em tal questão, é necessário irmos além...

A crença de que o Legislativo, os órgãos técnicos, o Poder Executivo ou outros órgãos teriam a capacidade de perceber os efeitos sistêmicos, ao contrário do Judiciário, pressupõe que quanto mais racional uma instituição, mais capacidade de aferir o movimento de causa e consequência ela teria. Contudo, essa percepção ainda deposita fundamento em uma noção de causalidade que não concordamos e desconstruímos no capítulo 3. Acreditamos que, se defensores de um ativismo judicial super inflacionaram a crença no Judiciário, agora a defesa da virada institucional inflaciona a esperança nos órgãos técnicos e retira, injustificadamente, a credibilidade do julgador. Isso é um reflexo do cientificismo ideológico da modernidade. Ponto que não podemos aceitar, como exaustivamente fundamentado no capítulo 3.

Dessa forma, os efeitos sistêmicos não podem ser desconsiderados. A macro-justiça é ponto relevante e de grande importância, e exigir atenção para tal questão não pode ser justificativa para concentrar o poder de resposta nas mãos de um único modelo de decisão: o tecnicismo.

Sobre isso, lembramos que Vermeule e Sunstein são claros ao afirmarem que sua teoria somente seria aplicável em um arranjo institucional no qual principalmente o Legislativo agisse de forma célere e responsiva. Pressuposto que em si é problemático, primeiro porque a ausência de resposta do Legislativo pode ser encarada como morosidade ou como uma resposta, ou seja, não legislar sobre a matéria pode ser a resposta de que aquele órgão entende que o tema não merece tutela. Assim, tal ponto parece cair em uma retórica do próprio Legislativo, o que não permitiria um debate interinstitucional democrático, mas uma submissão do Judiciário ao Legislativo.

Ademais, poderíamos afirmar que o Legislativo brasileiro é rápido e sério em suas respostas à sociedade? Qualquer resposta nossa poderia padecer de cientificidade, afinal, qual critério racional teríamos para medir tal questão? De toda forma, nosso conceito de Responsabilidade é mais amplo do que o de Ciência, o que nos permite balbuciar que nosso Legislativo, em regra, possui tantos ou mais problemas do que o Judiciário, e que muitas vezes só age sob interesses eleitoreiros ou do Poder Executivo. Assim, seria possível pensarmos os arranjos institucionais como Vermeule e Sunstein, se eles mesmos descrevem um Legislativo diferente daquele que testemunhamos no Brasil? Indicamos que não.

Retirar do Judiciário seu papel no arranjo social em um país como o Brasil, ou restringi-lo a mero aplicador de lei, é possibilitar que o Executivo, por muitas das vezes, assuma o controle dos atos políticos sem interferência. Isso porque sabemos que o Legislativo brasileiro, muitas das vezes, age conforme a vontade do Executivo, sob a contraprestação desse ceder ministérios ou secretarias àquele (é um 'mensalão' institucionalizado do qual poucas pessoas contestam).

É só imaginarmos um exemplo fácil para o contexto nacional: Pensemos em um imposto criado inconstitucionalmente, no caso, havendo controvérsia sobre a invasão de competência legislativa de um ente federativo sobre o outro. Ora, se os juízes agirem de maneira formalista, eles tenderão a se manifestar pela constitucionalidade da norma, uma vez que, não sendo clara a invasão, optarão por manter a opção do Legislativo. A decisão será absurda! Uma manifesta injustiça. Em um país como o nosso, que o Executivo detém tanto poder sobre o Legislativo, quando haverá correção dos absurdos nas leis?

Outro aspecto trazido na defesa da autocontenção do Judiciário e em favor de um formalismo neutro na aplicação dos códigos refere-se ao pensamento de que a neutralidade e a análise objetiva da lei teriam a possibilidade de excluir as ideologias de uma decisão jurídica.

Tal pensamento, contudo, ignora que esse pressuposto já é uma ideologia! Acreditar que somos capazes de ser neutros, objetivos, excluindo nossa personalidade é, em si, um pensamento que contém uma carga ideológica, que acreditamos ter combatido nos capítulos 3 e 4.

Sobre tal aspecto Sunstein e Vermeule, e em especial Cyrino (2010), mencionam que uma decisão neutra, pautada em uma técnica objetiva, retiraria do Judiciário qualquer possibilidade de tirania. Mas, eles não percebem que a via única da técnica (ou cientificismo) também é uma tirania. Uma tirania de pensamento, de método, a busca de um resultado de que já se sabe a conclusão de antemão ou, pelo menos, o objetivo já está traçado. Aqui a crítica ao tecnicismo heideggeriano apontada por Ricarlos (2010 e 2012) é essencial para se perceber que a proposta da teoria das capacidades institucionais é a substituição de uma tirania por outra!

Ademais, ainda que adotássemos essa ideologia, que vê o Direito como uma ciência no estilo puro que a modernidade pregou, temos que a aplicação formal estaria fadada ao fracasso. Isso porque, como já mencionamos, não acreditamos que uma decisão é realizada por métodos. Conforme Cruz (2011) nos ensina, a

decisão não acontece por meio de uma subsunção ou uma receita. Pelo contrário, na verdade a decisão apenas se dá de tal maneira que não podemos controlar como ela acontece. O máximo que podemos fazer é buscar uma narrativa que justifique nossa decisão, trazendo razões que se voltem para o Outro, num movimento de responsabilidade, de tal forma que, durante essa busca de justificação⁴⁷, possa acontecer a mudança de ideia do julgador.

Sob tal modo de ver a decisão, não nos parece prudente acreditar que um método teria a possibilidade de trazer uma decisão livre de influências subjetivas, ou seja, que fosse neutra e objetiva.

Após termos pontuado e esboçado diversas questões de coerência e da fundamentação da teoria das capacidades institucionais, esperamos que acontecesse uma revisitação do debate e dos argumentos aqui levantados agora sob outra perspectiva do Direito. O debate e o estudo das capacidades institucionais permitirão o amadurecimento do poder Judiciário. Contudo, um dos temas nos pareceu central, que estaria ligado ao minimalismo e ativismo judicial.

De toda forma, não é nosso objetivo descrever as teorias ativistas e passivistas, mas dentro do diálogo instaurado pelos defensores da autocontenção do Judiciário, percebemos que a cisão entre ativismo e passivismo judicial, em si, já manifesta uma totalização do Direito fundamentada em uma teoria que necessita ser revisitada.

Como Dimoulis e Lunardi (2011) explicam que a classificação entre passivismo e ativismo seria problemática, apesar de admitirem a possibilidade de se trabalhar com o conceito de ativismo como uma atitude do julgador, na qual ele interfere subjetivamente na interpretação e na aplicação da lei, quantitativa ou qualitativamente, de maneira ilegítima, por adentrar em competência do Executivo ou Legislativo. Enquanto o passivismo judicial, ou minimalismo, seria uma autocontenção do julgador, que busca dizer pouco, sem adentrar em questões políticas e sem interferir na lei.

⁴⁷ O leitor mais atento, ou acostumado com as maneiras clássicas de se encarar o termo justificação, merece um alerta. Acreditamos que a narrativa e justificação, nesse modelo levinasiano, são modos que se misturam. A Justificação não pode ser encarada como um método de dar razões que levará o julgador à decisão, isso é o que negamos. Justificar, é dar justiça, é testemunhar, é apresentar uma narrativa que busque revelar a epifania do Outro dentro da impossibilidade de uma decisão. Narrar é dizer, que por sua vez é eterna busca da saída da ontologia.

Os ensinamentos de Emmanuel Lévinas nos interpelam, nos colocam dúvidas, e nos levam a pensar que essa maneira de ver o direito não é suficiente para trazer justiça, por isso é necessário irmos mais além...

5.2 Transbordando os limites: além de formalismos

Se por um lado o ativismo excede, passa dos limites e coloca o julgador como um ser além de todos os outros, correndo o risco dele agir como um totalizador de toda a infinitude do Outro em uma decisão motivada por questões pessoais. Por outro lado, não podemos admitir um modo a-responsivo, que ignora a face do Outro e pede que o juiz tenha uma postura que nega sua própria humanidade. Mas, e agora José? A festa acabou, a fresta se abriu, precisamos observar algo que ainda não foi dito. Precisamos agir e redizer. Essa pode ser a pequena contribuição da nossa pesquisa.

Ora, aprendemos com Lévinas que a liberdade deixa de fundar o indivíduo e a justiça, sendo que o sujeito passa a ser uma afirmação contra a invasão do Ser em geral (marcando seu lugar no mundo) e, ao mesmo tempo, uma evasão movida por um Desejo Metafísico diante de sua afetação pelo Rosto do Outro.

Surge uma Ética primeira, uma relação de Alteridade absoluta, na qual o Outro impele o Mesmo ao movimento de transcendência. Antes de tudo o Outro interpela e dá sentido ao sujeito. Entendemos que esses elementos reformulam a razão humana, dando uma resposta à ausência de sentido e à totalização advinda do pensamento moderno.

“Na relação não-simétrica com o Rosto que se auto-revela como lei, não há mais possibilidade para que a subjetividade possa escolher ou rejeitar a adesão à palavra que sai da boca do outro. A subjetividade já não dispõe mais da capacidade de voltar sobre sua origem em si, para decidir-se pelo outro como sucede na filosofia da felicidade e em sua ética. No face-a-face, o outro interrompe o conhecimento, a reciprocidade e o re-conhecimento a que a liberdade poderia pretender sobre ele. Seu mandamento pela Palavra/revelação elege a subjetividade. O princípio de individuação é a responsabilidade” (NILO RIBEIRO JÚNIOR, 2005, p. 150).

Nesse sentido, mostramos porque acreditamos que o Direito é revisitado. Seu caráter de normatividade se mistura com o de responsividade. Assim, o Direito não deve se submeter ao discurso pragmático para se auto limitar. De maneira diversa,

ele passa a ser uma ambiguidade, que ao mesmo tempo totaliza o Outro à lógica da universalização da Lei e, por outro lado, possibilita que a Justiça seja feita para romper o ontologismo, Respondendo ao chamado do Outro, restabelecendo a dívida do Mesmo perante o Outro e ao Terceiro.

Se para Lévinas a Ontologia teria sido um modo de pensar que fundou a totalização, fazendo com o Mesmo submetesse o Outro à sua lógica, é a relação Ética que teria a possibilidade de nos livrar dessa lógica tirana. Não temos certeza se Lévinas consegue sair totalmente da ontologia como uma lógica de conceitualização perversa, mas temos certeza que ele nos avisa sobre ela e, cientes da sua manifestação, temos como testemunhar a justiça cada vez que buscamos sair do ontologismo para atestar a face de um infinitamente Outro.

É nesse sentido que denunciemos um pensamento científico positivista. Não conseguimos perceber como o ontologismo presente na universalização da lei poderia promover a Justiça. Não conseguimos admitir que a regra de uma Resposta-Satisfatória possa totalizar a decisão de um juiz em um único sentido e ser utilizada para negar essa condição ética que a todo instante interpela o Homem. Diante daquilo que se afigura ao juiz como uma injustiça não haverá nenhum cálculo ou medida que lhe fará contentar-se com a Resposta-Satisfatória.

Nossa experiência prática de vida colocaria a questão de uma forma muito simples: se imagine como juiz e, ao decidir, você sentenciará afirmando que 'de acordo com um cálculo médio de esforço que torna a decisão mais eficiente, não posso gastar mais tempo estudando o caso e, assim, ainda que possa haver outras razões para sentenciar de modo diverso, estou indeferindo o pedindo sem adentrar em todas as questões'. Disso extraímos duas possibilidades. A primeira do juiz se deparar com esses cálculos em cada processo que analisa, pois cada um será uma surpresa. Calcular o tempo que deve despender parece-nos um *no sense*. A segunda hipótese nos soa mais provável: a teoria da Resposta-Satisfatória surge como uma licença para o retorno ao formalismo. Um neopositivismo que traduz no formalismo com uma teoria mais bem acertada. Um neoformalismo que não passa dos limites do velho positivismo. 'Um vinho velho em garrafa nova'...

Não é essa a melhor solução que imaginamos para o Direito. O Direito desassociado da Justiça torna-se um instrumento de tirania, muito mais perigoso do que a possibilidade do erro de um julgador.

Isso não significa que somos adeptos à uma subjetividade no estilo individualista, na qual o julgador trará as suas razões, seu ponto médio, depois de uma auto reflexão, em uma maneira ativista. Essa proposta também recairia no denunciado por Lévinas, ao passo que a autorreflexão também é uma tentativa de negação do Outro, reduzindo-o à lógica do Mesmo. Ao mesmo tempo em que tal justificação nos leva a rejeitar as noções de pragmatismo jurídico e utilitarismo, que buscam calcular a felicidade de muitos sob a infelicidade de Outros. Com olhos (e ouvidos) voltados para Outro, não posso utilizá-lo como um meio, não tenho o poder de decidir visando as consequência menos nefastas para conseguir alguns benefícios. O Outro ordenará: não-matarás!

Julgar passa a ser uma difícil tarefa, projetada para o impossível do infinito, mas é preciso (e bom) que seja assim. É um espaço em que damos resposta ao Outro e restabelecemos a equidade Desse com o Terceiro. É o momento em que cuidando do Outro, posso cuidar de Mim-Mesmo. O sentido do Discurso é o Outro. O sentido de uma decisão não pode ser a lei, mas a Justiça para e pelo o Outro

“Logo, a estrutura normativa do direito, o dever ser, pode ser entendido como um dever ser para o outro. A obrigação imposta pelo direito é uma obrigação para com Outrem, para com o humano. Os direitos do homem não são garantias ao indivíduo como pretendeu a modernidade, nem mesmo ‘um escudo’ contra a atuação de qualquer ente político, especialmente o Estado. Os direitos humanos são deveres, são obrigações impostas ao indivíduo em relação ao outro. Exemplo: o direito à vida, não é um direito ‘meu’, que todos devem respeitar, mas um dever que me foi imposto no sentido de atuar e me comprometer com a vida de outrem.” (PIMENTA, 2011, p. 137).

O discurso trazido pela ciência moderna, e adotado pelo Direito, no qual o julgador precisa ser neutro, objetivo, se distanciando, como um terceiro observador, perde total sentido. Essa lógica apenas reduz o Outro ao Mesmo e esconde a condição humana (Ética) do sujeito. Por isso, o formalismo não só passa a evidenciar um fetiche inalcançável, mas também mostra como tal modo hermenêutico retira a humanidade do julgador e totaliza os sujeitos envolvidos no processo. O Rosto do Outro nos toma antes que possamos dar qualquer sentido à lei.

“A atividade do juiz é a de impor uma definição e um dever em função de sua autoridade e com poderes suficientes para fazer realizar sua decisão. Mas nada disso ainda é ser responsável. Enquanto o juiz não transcender suas funções, sua própria categoria, ainda lhe faltará a justiça. Só indo além

de suas competências, por sua conta própria, como humano, indo além do que se é, o caminho em direção ao justo poderá ser trilhado. Aplicando o direito o juiz não será justo, por mais íntegro, equânime e democrático em que, na sua função, possa se mostrar. O juiz não deve se preocupar com a categoria que a política lhe determina, mas com sua condição enquanto humano, na qual pode encontrar infinitos meios de responder ao chamado do rosto - "o homem integralmente homem não tem que se ocupar com política, deve ser ocupar com moral" (LÉVINAS, 2001, p. 48). O tribunal só assume toda a responsabilidade quando está animado de responsabilidade por outro que não ele mesmo (LÉVINAS, 1996, p. 29). A justiça não é permitida ao juiz pessoalmente, a não ser que ele assuma o ônus (LÉVINAS, 1996, p. 20)." (PIMENTA, p. 132, 2011)

Como Pimenta bem ressalta, não haverá exercício da justiça se o julgador não for além. É a transcendência que o coloca em situação de realizar a justiça, é o caminhar para o Outro. O Direito em sua manifestação de universalização não pode querer negar a condição humana do Mesmo e nem do Outro, e é bom frisar esse ponto.

O Judiciário não usará de uma régua, mas para trazer equidade deverá demandar o esforço possível (PIMENTA, p. 150, 2011), com vistas no impossível, deverá trazer de volta a particularidade de cada caso, deixar revelar a face da situação e a pobreza de todo O Estrangeiro.

A difícil tarefa, como proposta, é esse esforço para não deixar que a Responsabilidade suma dos atos, para que o Ser em geral não invada o Mesmo e que suas ações não sejam da ordem da mesmidade e do totalitarismo. Que estejamos sempre atentos ao chamado do Outro para nunca faltar o Eis-me-aqui!

De modo diverso, vimos que uma hermenêutica formalista vira a face do julgador para si-mesmo, como um olhar para o espelho, crer que sua responsabilidade acaba na aplicação reta da lei. Mas em Lévinas podemos afirmar que cumprir a lei, por si só, não pode ser o esgotamento da Responsabilidade do Mesmo. Tanto pelo fato de que as leis podem produzir injustiças, quanto pela eterna responsabilidade, pelo chamado e pela interpelação contínua. Negar o Eis-me-aqui que o julgador carrega é tentar anular a humanidade presente nele e tentar retirar a justiça do Direito.

Responsabilidade. Uma palavra de (des)ordem, uma palavra da ordem ética. É esse o novo sentido que propomos à maneira de decidir. Responsabilidade até mesmo com os autores que trabalham o formalismo aqui analisado. Dessa forma, se Sunstein e Vermeule afirmam que, no caso de haver uma proposta que dê um sentido melhor ao Direito, eles estariam dispostos a abandonar o formalismo, então

temos mais uma razão para buscarmos ser responsáveis com os escritos que abordam a virada institucional, para interpelarmos com o nosso testemunho.

Ademais, se somos responsáveis pelas irresponsabilidades acometidas pelo Outro, não podemos nos manter inertes. É necessário agir, ainda que tal ação seja nossa denúncia ao método formalista. Motivos esses a que também interpelamos!

Sunstein e Vermeule afirmam que o principal erro de quem escreve sobre teorias da decisão é que trabalham em cima da pergunta 'como eu julgaria se eu fosse o juiz?', enquanto o correto deveria ser a pergunta 'como juízes podem julgar nas condições reais em que eles se encontram?'

Ora, poderíamos ir mais além! De fato, perguntar como Eu julgaria deve ser encarado como uma atitude da ordem da mesmidade. Mas, e a segunda pergunta, não estaria na ordem de uma a-resposanbilidade, manifestação da totalidade do Ser? Cremos que sim. Por isso, que tal reformularmos a pergunta para a seguinte: 'como um julgador responsável poderia restabelecer a justiça da Minha relação com o Outro, testemunhando Justiça também perante o terceiro?'

Essa é a difícil tarefa! Sabemos que é aumentar a Responsabilidade, inclusive, inflando o seu conceito. Temos consciência de que é uma exigência pesada. Mas não há como fugirmos. Talvez seria o único momento que não nos desculparíamos com o leitor, pois é dessa exigência que poderíamos transformar o Direito em um lugar de mudança e de novos sentidos que as correntes jurídicas geralmente têm buscado.

6 CONCLUSÃO

Se introduzir foi uma tarefa difícil, concluir seria impossível. Como concluir se a nossa proposta foi a de trazer uma (de vários outras possíveis) resposta ao Rosto do Outro, que a nós se revelou por meio da teoria das capacidades institucionais? Se gostaríamos que não houvesse uma palavra final? Se nossa intenção é provocar o diálogo contínuo? Podemos, no máximo, fazermos a violência exigida pela formalidade da pesquisa e sintetizarmos o que foi dito, mais uma vez pedindo desculpas e totalmente envergonhados.

Ainda, o que viria a ser a Conclusão? O local da exposição do método e seus resultados? Um procedimento dialético no qual temos uma nova tese na relação entre uma tese antiga e sua antítese? Seria colocar nosso raciocínio de forma sintética expondo tudo que nós apreendemos da pesquisa? Um resumo formal dos passos dados? Existem várias formas de se compreender a conclusão e, em todas elas que temos visto, percebemos que o modelo científico totalizador busca enquadrar conceitos, subjugar posições, criar uma ideia nova renegando tudo que foi escrito em sentido diferente.

Porém, sob nosso marco teórico, pensamos que esse modo seria uma violência para com tudo o que foi dito, com o que não foi dito e o que ainda temos a dizer e redizer. Assim, se é necessário cumprirmos uma formalidade, esperamos ser menos totalitários possível e revelar nossas impressões sobre a Responsabilidade levinasiana no Direito.

Nesse sentido, o trabalho buscou apresentar as principais características da teoria das capacidades institucionais. Assim, revelamos quais seriam as premissas fundadoras desse pensamento, e também como tal teoria traz a conclusão de que os julgadores devem ter uma postura de autocontenção, minimalista, no momento de decidir.

Analisado esse estado da arte, percebemos que para questionar o formalismo jurídico não bastava apontar algumas críticas à teoria da virada institucional, mas, também, rever os fundamentos da própria teoria. Dessa forma, percebemos que o conceito de ciência moderna seria o principal influenciador da crença em um Direito neutro, objetivo, que exclui a subjetividade do julgador e traz a promessa da previsibilidade e segurança no modelo positivista.

Por tal motivo, buscamos desconstruir o conceito de ciências, apontando como a própria 'ciência' foi se mostrando incoerente, motivo pelo qual o Direito não teria mais razão de buscar os elementos que fundamentaram a modernidade em outra época.

Chegamos à conclusão que o Direito precisava sair deste modelo de racionalidade, motivo pelo qual buscamos em Emmanuel Lévinas elementos que dessem um novo sentido ao Direito. Sob tal ótica, acreditamos que Lévinas nos deu um testemunho revelador de como a humanidade possui uma subjetividade que está em eterna evasão para o Outro. Sendo o Mesmo eternamente Responsável pelo Outro, sua liberdade muda de sentido, passa a ser justificada pela justiça para com este Outro.

Contudo, também percebemos que há sempre um terceiro, que exige uma justiça institucionalizada, uma justiça que busque a equidade, atenta para a totalização que existe no ato de ontologizar. Foi em tal ponto que percebemos o duplo movimento da justiça, a relação de eterna dívida com o Outro, e a relação de vergonha que o terceiro causa, exigindo justiça para com todos os Outros.

Por tal motivo, percebemos que acreditar num Direito descolado da justiça é permitir que o vazio de uma existência dominadora seja o modo que retira a própria humanidade do Eu. De modo diverso, assumir uma postura ativa, responsável e responsiva, é permitir que nosso ente tome lugar no mundo e que justifique a si e aos Outros. Somos levados a exigir justiça ao Direito, assim como também exigimos uma resposta eterna ao chamado. Eis-me-aqui!

Com os ganhos do marco teórico, pudemos rever as premissas apontadas no segundo capítulo e chegamos à conclusão de que o Direito deve ir além de um ativismo ou passivismo hermenêutico. Ao julgador é exigido que sua posição de Homem seja assumida, buscando restabelecer a equidade, sem esquecer-se de seu débito com o Outro, sempre atento à justiça, sempre respondendo com atitude.

Ainda que nossas respostas possam parecer vagas, cremos que elas indiquem uma negação a qualquer modo do Direito que negue a condição humana, assim como o formalismo faz com a noção de justiça e de supremacia da técnica. O Rosto do Outro sempre nos exigirá uma postura crítica, ativa, um caminhar para a justiça, ainda que fiquemos frustrados com esta tarefa. Frustrados, só temos que pedir desculpas, mas, agora com a consciência de si-mesmo menos atormentada, pois nunca nos esquecemos do Outro, pois sempre buscamos ir além...

REFERÊNCIAS

I **SAMUEL**. In: BÍBLIA SAGRADA GIGANTE. Tradução por João Ferreira de Almeida. 9ª Ed. Santo André: Geográfica editora, 2008.

I **CORÍNTIOS**. In: BÍBLIA SAGRADA GIGANTE. Tradução por João Ferreira de Almeida. 9ª Ed. Santo André: Geográfica editora, 2008.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **José/ Novos Poemas/ Fazendeiro do ar**. Rio de Janeiro: Record, 1993.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo**. In: Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 38, p. 7-50, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista da faculdade de direito – UERJ. Número 21, volume 2. Rio de Janeiro, 2012.

BENJAMIN, Walter. **Magia, técnica, arte e política: ensaio sobre literatura e história da cultura**. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. (Obras escolhidas 2).

BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)**. Organização, apresentação e notas Jeanne Marie Gagnebin; tradução de Susana Kampf Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas cidades, ed. 34, 2011.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. **O Direito à Moradia e a Penhorabilidade do Bem Único do Feador em Contratos de Locação, Limites à Revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Legislativos**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (orgs.). Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. **Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica**. In: Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. orgs.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOIM, Gustavo.. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.
Acesso em: 27.out.2014.

CEREZER, Cristiano; FABRI, Marcelo. **'outramente que ser ou mais - além da essência: o argumento'**. IN: THAUMAZEIN, n.10. Santa Maria: Portal UNIFRA, 2012. (Tradução/Outra).

COSTA, Márcio Luis. **Lévinas: uma introdução**. Petrópolis: Vozes, 2000.

COSTA, Mônica; CUNHA, Luciana; GHEDIN, Evandro. **As estruturas dissipadas: possíveis contribuições para o ensino das ciências a partir do pensamento de Ilya Prigogine**. IN: VII Encontro Nacional de pesquisa em educação em ciências. 8 nov. 2009. <<http://posgrad.fae.ufmg.br/posgrad/viienepec/pdfs/1101.pdf> > Acesso em: 15 mai. 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença: As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A Resposta Correta: Incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SILVA, Guilherme Ferreira. **O Sonho de Benjamin**. 2014. [Texto ainda não publicado]

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; CASTRO, Daniel Medrado Guimarães de. **Clareira de Clarice – contra-assinatura**. 2014. [Texto ainda não publicado]

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação: um possível encontro à luz do paradigma ontológico**. 2010. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha. **Segurança Jurídica e a Crise no Direito**. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2012.

CYRINO, André Rodrigues. **Separação de poderes, separação e regulação judicial: por um amicus curiae regulatório**. In: Revista eletrônica de direito administrativo econômico. Volume 20. Salvador, 2010.

DANNER, Fernando. **Responsabilidade e Justiça no Pensamento de Emmanuel Levinas**. Thaumazein (Santa Maria), v. 2, p. 01-09, 2008

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca do pensamento moderno).

DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. Violência e Metafísica:ensaio sobre o pensamento de Emmanuel Lévinas. Maria Beatriz Marques Nizza da Silva, Pedro Leite Lopes e Pérola de Carvalho (tradutores). São Paulo: Perspectiva, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. In: Fellet, André; Paula, Daniel; Novelino, Marcelo. (Org.). As novas faces do ativismo judicial. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 1.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à saúde e Teoria da Argumentação. Em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

EAGLEMAN, David. **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

ÊXODO. In: BÍBLIA SAGRADA GIGANTE. Tradução por João Ferreira de Almeida. 9ª Ed. Santo André: Geográfica editora, 2008.

FONTE, Felipe de Melo. **Desenho institucional e políticas públicas: alguns parâmetros gerais para a atuação judicial**. In: Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Volume 64. Rio de Janeiro, 2010.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Uma proposta de superação do paradigma JP - jusnaturalismo/positivismo jurídico e de inserção do direito no paradigma pragmático da linguagem**. 2013. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

GLEISER, Marcelo. **A dança do universo: dos mitos de criação ao Big Bang**. 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

GLEISER, Marcelo. **Tempo, vida e entropia**. Folha de São Paulo, São Paulo, 19 maio. 2002. Mais, n.536, p. 22.

GOMES, Carla Silene Cardoso Lisbôa Bernardo. **Lévinas e o outro : a justiça como espaço de realização de alteridade**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 12ª Ed. 2002. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback.

LÉVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**. Lisboa: Edições 70, 1982.

LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 1988.

LÉVINAS, Emmanuel. **Descobrendo a existência com Husserl e Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

LÉVINAS, Emmanuel. **Da existência ao existente**. Campinas: Papirus, 1998.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MAGALHÃES, Antônio. **Deus no espelho das palavras: teologia e literatura em diálogo**. Sao Paulo: Paulinas, 2000

MASSONI, Neusa Teresinha. **Ilya Prigogine: uma contribuição à filosofia da ciência**. IN: Revista Brasileira de Ensino de Física, v. 30, n.2, 2380. 2008 <<http://www.scielo.br/pdf/rbef/v30n2/a09v30n2.pdf>>. acesso em: 15 mai. 2014.

MASTERMAN, Margareth. **A natureza do paradigma**. In: LAKATOS, I. & MUSGRAVE, A. Crítica e desenvolvimento do conhecimento. São Paulo: Cultrix, 1970.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. **A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 26. 2009.

Disponível em:

<http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/32/30>. Acesso em: 27.out.2014.

MELO, Nélio Vieira de. **A ética da alteridade em Emmanuel Levinas**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo. Disponível em <file:///C:/Users/Advocacia%203/Downloads/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em 31.out.2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Termo de Ajustamento de Gestão nº 862943**. Relator: Conselheiro Mauri Torres. 2012.

MLODINOW, Leonard. **O andar do bêbado: como o acaso determina nossas vidas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

MOURA, Paulo Rogério Garcez de et. al. **O princípio da incerteza e o fim das certezas: ciência contemporânea em Heisenberg e Prigogine**. In: Ciência, Reflexividade e (in)certezas. Disponível em: <<http://www.unicruz.edu.br/seminario/downloads/anais/ccaet/o%20principio%20da%20incerteza%20e%20o%20fim%20das%20certezas%20ciencia%20contemporanea%20em%20heisenberg%20e%20prigogine.pdf>>. Acesso em: 14 mai.2014

NODARI, Paulo César. **O rosto como apelo à responsabilidade e à justiça em Levinas**. Síntese: revista de filosofia, Belo Horizonte, n.94 , p.191-220, maio 2002.

PIMENTA, Leonardo Goulart. **A justiça como fundamento da verdade na filosofia da alteridade de Emmanuel Lévinas**. 2003. 115 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

PIMENTA, Leonardo Goulart. **Difícil justiça: a relação entre justiça e direito a partir do pensamento de Emmanuel Lévinas**. 2011. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

PIMENTA, Leonardo Goulart. **Do il y a à hipóstase: a formação da consciência na teoria de Emmanuel Lévinas**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v.15, n.29 , p.57-75, Obs.on line, jan. 2012.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **Repercussão geral e Writ of certiorari**. Orientador: José Ribas Vieira. Rio de Janeiro: PUC-Rio. Departamento de Direito, 2006. (dissertação mestrado).

PIVATTO, Pergentino S. **Responsabilidade e justiça em Levinas**. Veritas : Revista de Filosofia [Porto Alegre], Porto Alegre , v.46, n.2 , p.217-230, jun. 2001.

RIBEIRO JÚNIOR, Nilo. **Sabedoria de Amar: a ética no itinerário de Emmanuel Lévinas**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre a ciência**. 11ª Ed. 1999.

SARAMAGO, José. **As palavras de Saramago: catálogo de reflexões pessoais, literárias e políticas**. Org: Fernando Gomes Aguilera. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.). Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: lumen Júris, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete**. In: Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. orgs.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOIM, Gustavo.. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo. A Autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência**. Revista de Direito Administrativo, v. 1, p. 96-127, 2007.

SEARS, Francis Weston; YOUNG, Hugh D.; ZEMANSKY, Mark Waldo; FREEDMAN, Roger A. **Física: II : termodinâmica e ondas**. 12. ed. São Paulo: Pearson Addison Wesley, 2008.

SEBBAH, François-David. **Lévinas**. São Paulo: Estação Liberdade, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso; **Direito fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª Ed. São Paulo: editora Malheiros, 2010.

SOUZA, Ricardo Timm. **Justiça, liberdade e alteridade ética. Sobre a questão da radicalidade da justiça desde o pensamento de E. Levinas**. Veritas (Porto Alegre), Porto Alegre, v. 46, n.2, p. 265-274, 2001.

STRUCHINER, Noel. Para Falar de Regras: **O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**.

2005 (Tese de Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em filosofia.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions** (July 2002). Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/lawecon/index.html>>. Acesso em: 24.dez. 2013.

VIEIRA, José Ribas; CARMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido. **O supremo tribunal federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial**. In: Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.