

Alberico Alves
da Silva Filho

ARACIO NAL IDADE DE

das decisões judiciais à luz
dos princípios da publicidade
e da fundamentação

A RACIO NAL IDADE DE

das decisões judiciais à luz
dos princípios da publicidade
e da fundamentação

Alberico Alves
da Silva Filho

ARRACIO NAL IDADE DE

das decisões judiciais à luz
dos princípios da publicidade
e da fundamentação

Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Alberico Alves da Silva Filho.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini de Souza

Diagramação
Enzo Zaquero Prates

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização
prévia do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

SILVA FILHO, Alberico Alves da

A Racionalidade das decisões judiciais à luz dos princípios da publicidade e da fundamentação -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-590-0

1. Direito. 2. Filosofia do Direito I. Título. II. Autor

CDU340.12

CDD340.1

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



*Dedico esta obra a Luiza, Regina Coeli, Maria Helena e Geruza,
pela cumplicidade de uma vida.*

SUMÁRIO

Apresentação.....	9
Introdução.....	11
I. DO CONCEITO DE PÚBLICO E DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	19
1.1. A Constituição Federal de 1988 e o princípio da publicidade.....	23
1.2. Considerações propedêuticas da formação da esfera pública moderna.....	30
1.3. Traços da pré-história de Roma e suas implicações na formação da ordem jurídica.....	32
1.4. Delineamento crítico do direito processual e o princípio da publicidade na história do direito romano.....	39
1.5. Obscurantismo da esfera pública na Europa medieval.....	57
1.6. A instituição do público e o princípio da publicidade na modernidade.....	72
2. DO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO.....	83
2.1. Reconstituição histórica do princípio da <i>fundamentação</i>	96
2.1.1. A visão-de-mundo grega e a racionalidade mítico-poética.....	98
2.1.2. A construção do sistema de racionalidade científico-filosófico grego.....	114
2.1.3. Os Sofistas e a exigência da ciência.....	119

3. DIREITO MODERNO E A RACIONALIZAÇÃO DA SOCIEDADE.....	149
3.1. Programa de uma sociologia como ciência da sociedade.....	154
3.1.1. Origens teóricas do positivismo e da ciência do espírito.....	155
3.1.2. A sociologia compreensiva de Max Weber.....	162
3.2. A teoria sistêmica de Luhmann e a afirmação o direito como sistema social.....	177
3.3. A teoria do direito à luz da teoria do agir comunicativo de Habermas.....	192
4. O NORMATIVISMO JURÍDICO MODERNO E A RACIONALIDADE DO DIREITO PROCESSUAL.....	223
4.1. A teoria geral das normas e a racionalidade da norma jurídica.....	227
4.2. Compreensão sociológica da normatividade: a idéia do direito como controle de expectativas.....	237
4.3. A doutrina pragmatista e a teoria da norma como controle de expectativas.....	243
5. TEORIA DO PROCESSO E O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL.....	251
5.1. Teoria da instrumentalidade do processo.....	252
5.2. Programa de uma teoria crítica do processo pela racionalidade discursiva.....	263
Conclusão.....	269
Referências.....	273

APRESENTAÇÃO

Este livro é o resultado do texto original da tese de doutorado, apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais no final do ano de 2005. Submetido à avaliação dos professores Eduardo C. B. Bittar (USP), Menelick de Carvalho Neto (UNB), Vicente de Paula Maciel (PUC Minas), Fernando Horta Tavares (PUC Minas), e do orientador, Prof. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva, o texto foi alvo de exaustivo debate, coroando a proposta do trabalho. Fica consignada a gratidão aos referidos professores pela experiência da discussão proporcionada. A tese acabou por receber da CAPES o prêmio de Menção Honrosa, no concurso de teses de 2006, sendo considerada inovadora e fonte de aprimoramento da pesquisa social brasileira. Tal não teria ocorrido sem a contribuição das professoras Virginia Maria Trindade Valadares, pela análise da parte histórica desenvolvida na pesquisa e pelas sugestões de leituras, e da eminente filósofa Maria Theresa Vaz Calvet de Magalhães, minuciosa e atenta a todas as questões filosóficas tratadas na pesquisa. Certamente não seria possível chegar ao resultado da tese sem sua rica contribuição amiga. Ao orientador devem ser dirigidas palavras de agradecimento pela assunção da orientação e pelas fecundas discussões sobre a temática.

O texto ora trazido à comunidade brasileira pretende ampliar o leque de seus leitores e contribuir para um debate certamente polêmico, mas proposto como meio possível de racionalização de democratização do acesso à justiça na forma em que entendo ter sido a proposição da Constituição da República Federativa do Brasil. Mais que o prêmio, o maior reconhecimento que posso almejar será a leitura e a discussão do conteúdo entregue ao público brasileiro.

É necessário esclarecer que foram mantidas as referências ao Código de Processo Civil de 1973, por questão de coerência com o conteúdo textual. Se a norma inscrita no antigo Código, no artigo 131, não foi recepcionada no atual Código, tal fato mostra a pertinência da tese defendida no ano de 2005. Independentemente dessa questão de atualização da referência às normas processuais, os problemas abordados na monografia permanecem presentes na ordem social e jurídica brasileira, motivando a continuidade do debate sobre a fundamentação pública das decisões.

INTRODUÇÃO

A militância no universo forense tem-se revelado fonte de tensão e desgaste por parte dos profissionais do Direito, sobretudo os advogados. É comum a reclamação com respeito às decisões proferidas pelos magistrados e, em muitos casos, a suspeita de parcialidade de parte destes, tal é a dimensão teratológica daquelas. Por sua vez, os magistrados são cada vez mais encurralados pela pressão exercida socialmente com o aumento do número de demandas. A título de exemplificação, nas recentes varas dos juizados especiais federais de Belo Horizonte, criadas há menos de 5 anos, responsáveis pelas demandas envolvendo ou o Estado ou as autarquias federais, tramitam mais de 65 mil ações, em cada uma.

A sobrecarga de processos é uma questão de gestão administrativa colocada para a ordem estatal, a reclamar soluções racionais, sob risco da permanência do descontentamento social com a demora das soluções dos conflitos levados a juízo. Mais grave, todavia, é o problema da racionalidade das decisões produzidas pelos órgãos legalmente incumbidos da jurisdição, pois a falta de fundamentação das decisões judiciais afeta diretamente a dignidade da pessoa humana e o princípio da cidadania, afirmados como fundamentos constitucionais brasileiro. Esses princípios, positivados pelo constituinte de 1988, deveriam ser assegurados pelos órgãos da administração do Estado Democrático de Direito e em especial pelo Judiciário, conforme afirmado no artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana...”.

Esse fato corriqueiro da vida forense se apresenta como sintoma de um conflito latente a exigir uma leitura mais atenta e crítica. A questão colocada na base do projeto de desenvolvimento desta pesquisa se orienta pela necessidade de compreender por que decisões irracionais valem e, em princípio, isso não afeta a lógica reprodutiva do sistema social como um todo. A falta de fundamentação das decisões judiciais, justificada pelo princípio do livre convencimento do juiz, constitui-se no mecanismo pelo qual a vontade do julgador tem se colocado acima do dever de produzir argumentos consistentes nas soluções de conflitos. Ora, a decisão de um conflito pela vontade do julgador é exatamente a negação do princípio do convencimento racional.

Diante dessa constatação propõe-se a questão: como pensar a legitimidade de um sistema social não teológico (os sistemas sociais ocidentais modernos) se os conflitos tendem a ser resolvidos pelo livre convencimento daqueles a quem incumbem as decisões? Esta questão coloca o moderno Estado de Direito no centro da discussão, pois, quando uma de suas principais instituições - o Judiciário -, originariamente justificado pela concepção de fonte de equilíbrio entre o Executivo e o Legislativo, passa a deter a autoridade de decidir quaisquer conflitos mediante o livre convencimento do magistrado, sendo que, em muitos casos, referido livre convencimento se confunde com a “vontade do juiz”, então a antiga “vontade do Deus criador” passou às mãos do juiz soberano. Dito de outro modo, se o Legislativo, responsável pela elaboração e positivação dos projetos políticos sociais, bem como o Executivo, responsável pela execução daqueles, sempre são passíveis de terem suas funções controladas pelo Judiciário, por meio de decisões judiciais, no fundo a lógica de todo o sistema social orienta-se pelo Judiciário. Ora, se a este se autoriza decidir os conflitos pela “vontade do juiz”, então trocou-se a vontade da ordem transcendente pré-moderna (Deus) pela vontade imanente dos substitutos os burocratas modernos. Por sua vez, se as decisões jurídicas não são racionais, em que medida ainda é possível legitimar não apenas esta instituição, mas o sistema político organizado em torno do Direito?

A problemática da legitimidade traz para a ordem do dia a auto-compreensão dos sujeitos responsáveis, diante das tendências evolutivas das sociedades ocidentais modernas, e implica a reconsideração das teses sociológicas, políticas e filosóficas explicativas da modernidade. Torna-se imprescindível abstrair da mera posição dogmática para apreender o papel do direito positivo na ordenação da vida e da re-

produção das sociedades modernas, funcionalmente diferenciadas, e assim superar a limitação do modelo deixado pelo positivismo jurídico, segundo o qual não há mais a possibilidade de legitimação do Direito porquanto o Direito e o Estado estariam de antemão legitimados por serem a expressão das normas que os instituíram.

Kelsen é celebrado entre os juristas por ter, aparentemente, elevado o Direito ao domínio das ciências. O programa da cientificação do Direito, todavia, revela-se inconseqüente exatamente pela desconsideração do estágio de conhecimento social reinante ao tempo de produção teórica por parte de Kelsen. Presos ainda aos postulados metafísicos de uma distinção entre domínios do *ser* e do *dever-ser*, de origem kantiana, os seguidores do normativismo kelseniano desconsideram os avanços provenientes da pesquisa hermenêutica de Dilthey, Heidegger e Gadamer, por um lado, e da análise linguística iniciada com Frege e desenvolvida por Wittgenstein, Austin, Sellars e Brandom, bem como da corrente do pragmatismo norte-americano iniciado por Peirce, por outro lado.

No cenário do debate contemporâneo, mostrou-se urgente a apresentação e a análise das teses opostas de Luhmann e Habermas, porquanto colocam para o *público* a necessidade de participação no projeto de compreensão de como reproduzimos nossas próprias vidas em contextos de sociedades caracterizadas por um alto nível de complexidade. A rigor, como ficará evidenciado no desenvolvimento da pesquisa, ponto crucial de divergência destes dois autores alicerça-se na possibilidade da democratização das ordens sociais contemporâneas. Se Luhmann dispõe de uma teoria mais elaborada, com respeito ao entendimento do funcionamento e da reprodução das instituições burocráticas modernas, de herança conceitual weberiana e parsoniana, Habermas é um pensador cuja compreensão da relação da linguagem com a construção da realidade desenvolve argumentos mais consistentes que aqueles expressos no pensamento luhmanniano, em termos de clareza e pertinência.

Há entre os dois autores divergência de fundo não desprezível para a análise da reprodução da vida em sociedade. Luhmann rejeita completamente a possibilidade e a necessidade de legitimação, face ao fato de o sistema social ter se transformado em grandes organizações burocráticas, onde a legitimidade advém da lógica das próprias organizações. A legitimação já está dada pelos procedimentos estruturantes das organizações. Habermas entende ser ainda necessária a legitimação

por entender a moderna forma de vida enquanto um processo cuja legitimidade repousa no reconhecimento de que a positivação do Direito foi a alternativa funcional para o problema deixado pela crise do modelo teológico de fundamentação das instituições sociais. Para o primeiro autor não faz mais sentido pensar a democracia como fonte possível de legitimidade da ordem jurídica, para o segundo, é ela a questão a ser resolvida se as sociedades modernas ainda puderem fornecer garantias da racionalidade de seus projetos de vida.

Outro dado fundamental assumido como premissa nesta tese foi o fato de a Constituição Federal do Brasil de 1988 ter determinado aos órgãos públicos da administração e do judiciário a publicidade e fundamentação de suas decisões. A questão da fundamentação das decisões constitui o cerne da problemática da possibilidade das democracias modernas, segundo entendimento exposto nesta pesquisa. Importa lembrar que, enquanto estava em curso este trabalho o inciso IX, do artigo 93 da Constituição Federal foi alvo de modificação via emenda constitucional. Basicamente as alterações não afetaram o projeto teórico proposto para este trabalho não tendo ensejado qualquer mudança na construção do raciocínio original.

Por razões metodológicas, e em consideração ao fato de que os autores tomados como referenciais teóricos desenvolverem análises reconstrutivas, a pesquisa orientadora desta tese consistiu na releitura da sociedade romana e do modelo de direito por ela cunhado, obviamente pensando este como fator de legitimação da forma de vida construída pelos romanos. Paralelamente, a Grécia é o outro referencial de organização social merecedor de atenção, por diferenciar-se de Roma, relativamente ao tipo de legitimação social pelo direito. Enquanto em Roma a jurisdição permaneceu um instrumento das elites, na Grécia ela foi democratizada para a participação de todos os cidadãos. Faz-se premente aqui um esclarecimento acerca da reconstituição teórica desses dois legados. Não há na retomada das duas tradições a pretensão idealizar a democracia grega, nem denegrir a realidade cultural romana. Se aparentemente a Grécia é apresentada positivamente isso decorre de ela ter sido a única comunidade antiga que rompeu com sua tradição aristocrática e ousou democratizar o processo decisório jurisdicional.

Relativamente a Roma, o objetivo de sua recuperação histórica tem por fim tão somente dar uma tonalidade realista para a concepção de processo e da atividade decisória, de modo a revelar vínculos en-

tre a prática processual daquele povo com uma concepção moderna do direito processual, especialmente a tese da instrumentalidade do processo. O objetivo perseguido foi o de evidenciar como a auto-compreensão do direito em cada uma das culturas antigas permite aprofundar o entendimento das práticas jurídicas contemporâneas.

A análise comparativa possibilita uma apropriação teórica do conceito de *público* e do conceito de fundamentação nas ordens sociais da tradição ocidental. Em Roma, diferentemente da compreensão expressa pelo conceito de *respublica*, o *público* sempre foi o exercício da dominação privada. Daí porque os Romanos tenham desenvolvido um modelo de direito processual centrado na figura do Pretor, em face de um modelo estatal condutor da sociedade, uma tutoria política da sociedade, enquanto na Grécia, a democratização da atividade processual culminou no desenvolvimento das formas mais elaboradas de discurso e de procedimento de fundamentação de decisões, mesmo reconhecendo a existência de dificuldades decorrentes de pressões sociais sobre os julgadores, como se deu no julgamento de Sócrates.

Essa distinção da evolução histórico-social foi decisiva para sustentar a tese de o discurso (*Diskurse*) lingüístico, na perspectiva habermasiana, constituir-se em uma instituição social sobre a qual é possível pensar a democracia e a racionalidade pela qual processos decisórios podem ser construídos. Em razão disso, o princípio da fundamentação é pensado aqui vinculado ao princípio da publicidade do discurso. Somente na esfera pública é possível conceber uma racionalidade para projetos de vida e solução de conflitos. As formas de reprodução social a que temos acesso em face da reconstrução histórica nos mostra, entretanto, a existência sempre presente e atuante de apropriação do público pelo privado, seja na justificativa religiosa da autoridade patricia romana, na representatividade cristológica ou teológica dos reis medievais, seja nas modernas organizações burocráticas. O exercício da política, parece, sempre se mostrou no confronto entre o público e o privado, isto é, entre a legitimação dos processos decisórios por uma racionalidade socialmente reconhecida, ou por grupos hegemônicos. Assentadas essas premissas, o corpo da tese foi assim estruturado:

O primeiro capítulo é constituído de uma proposta de leitura da história da sociedade romana no sentido de apreender a significação do *público*, da esfera pública romana, criticando a crença comum de uma República romana, evidenciando que, subjacente a essa expres-

são estava a ideia de uma ordem social dependente das decisões das 30 *curias* primitivas, constitutivas da classe dos patrícios (*patricii*), os únicos com direito de participação no governo e na pretoria, quer dizer, na distribuição da justiça.

O segundo capítulo trata da evolução do pensamento e do modo pelo qual a democracia foi instituída na Grécia. O objetivo é mostrar a interseção entre racionalidade e a democratização da esfera pública no *público*. Não foi possível reconstituir o modelo de direito processual grego, mas a correlação entre a filosofia grega e as exigências do Direito e da Justiça na Grécia clássica é exposta em sua plena vinculação.

Na falta de literatura relativa aos dispositivos propriamente processuais entre os gregos, a reconstrução do direito e das decisões jurídicas daquela cultura limitaram-se à correlação entre a filosofia grega e as exigências do Direito e da Justiça de modo a revelar como o desenvolvimento da filosofia estava atrelado aos problemas vivenciados na esfera do debate jurídico.

Não foi necessário tratar a evolução da racionalidade da fundamentação no mundo medieval pela circunstância de ela pouco ter alterado a concepção originada pelos gregos, em especial Platão e Aristóteles. Assim, no terceiro capítulo a ênfase se volta para o direito moderno, explicitando o processo de racionalização das sociedades ocidentais. A teoria do direito é lida com as lentes da teoria sociológica, incorporando as teorias com pretensão de cientificidade até o momento da produção teórica dos autores eleitos para a análise contemporânea, a saber, Luhmann e Habermas.

No quarto capítulo é discutida a teoria da norma com a pretensão de contestar o projeto da uma ciência do Direito, nos termos formulados por Kelsen. Diversamente da proposta deste jusfilósofo, a teoria da norma é concebida como controle de expectativas sociais, peculiar à teoria de Luhmann, bem como pela concepção pragmatista elaborada por Brandom. Por meio das teorias destes autores tenta-se desmistificar a base de fundamentação da norma, conforme foi pensada pelo jurista alemão, para inseri-la nos contextos práticos de interação social ordinários. A validade das normas repousa em expectativas sempre criadas pelos indivíduos em suas interações do dia a dia, em face de valorizações organizadas segundo concepções de personalidade e de sociedade.

O quinto capítulo contém uma apresentação de duas teses acerca do “processo”. A primeira formulada pela teoria da instrumentalidade

do processo, exposta por Cândido Rangel Dinamarco, e a segunda por Elio Fazzalari, para contrapor, no entendimento do direito processual, a problemática das teorias sociais de Luhmann e Habermas. Dois casos são expostos para efeito de compreensão do tipo de fundamentação de decisões. Não obstante os exemplos tenham sido retirados de processos tramitados em Minas Gerais, permanece a crença do autor de ser essa a situação que se verifica no Judiciário brasileiro.

Se o resultado desta pesquisa contribuir para a compreensão de nós mesmos e auxiliar a racionalização e humanização de nossas instituições, o esforço aqui exposto terá alcançado seus objetivos.

DO CONCEITO DE PÚBLICO E DO PRINCÍPIO DA

A reflexão sobre o *público* não mereceu atenção sistemática, por parte dos filósofos e teóricos sociais, até o advento das obras de Hannah Arendt e Jürgen Habermas. Há alusões e intuições teóricas acerca do domínio público entre os filósofos, como é o caso do conceito de audiência na Retórica de Aristóteles, sem que isso fosse tomado como preocupação conceitual sobre essa instituição. Ao denominar o *público* de instituição pretende-se resgatar o sentido etimológico do termo com as conotações políticas a ele associadas pela tradição de racionalidade ocidental. Instituição reproduz a ideia de firmeza, de fixidez em razão do radical *st*, também presente nos termos *estrutura*, *status*, *Estado*, *estabilidade*, *instalação*. Nessa acepção, ao *público* corresponde a *instituição* da racionalidade enquanto processo de produção de discursos socialmente legítimos. Kant, por exemplo, em seu famoso opúsculo de 1784, “Resposta à pergunta: Que é ‘esclarecimento’ (*Aufklärung*)?” associa o iluminismo às condições sociais criadas, em função das quais deve o homem fazer uso público de sua razão. Efetivamente, essa defesa do iluminismo tem uma dimensão política, tendo sido pensada por Kant com a imagem do processo jurídico, por ser este a expressão do modelo de racionalidade sobre o qual poder-se-ia instituir uma república de sujeitos iguais e dotados da capacidade do uso público da razão¹. Mesmo assim, somente no

¹ Encontramos na tese de Leonel Ribeiro dos Santos uma das mais interessantes análises da imagem jurídica, na forma do processo judicial. Contrariamente às leituras freqüentemente feitas da razão imanente ao sujeito, Leonel deixa ver como em Kant a razão encontraria suas condições de realização somente na instauração de um verdadeiro tribunal com a participação de todos os sujeitos capazes de linguagem. Leonel R. Santos o expressa de modo lapidar afirmando:

século XX a reflexão sobre a dimensão do público será efetivada de modo sistemático.

É sobretudo Hannah Arendt quem vai pensar a esfera pública na perspectiva de uma dimensão aberta para o domínio do político. Ao retrair as metamorfoses da cultura moderna, com a organização da vida determinada pelos imperativos da reprodução biológica, isto é, nas sociedades modernas o trabalho² passa a ser entendido como atividade vinculada ao processo vital. Assim, desde o nascimento até a morte o ser humano encontra-se submetido à necessidade em oposição ao reino da liberdade cuja manifestação somente se dá na esfera pública, na política. Para a pensadora, a lógica da reprodução vital nas sociedades modernas passou a ser um gigantesco sistema de satisfação de necessidades, criadas pelo capitalismo, superposto ao processo de formação pública da razão e da vontade, próprio da política. Tal característica da vida moderna evidencia o déficit de racionalidade gerado pela degradação da política, com resultados desastrosos para a condução da vida social.

Para Arendt, conforme evidencia Theresa Calvet de Magalhães, categoria do “público” tem duas significações interconectadas e indissociáveis. Designa, primeiramente, “um espaço de aparição e, em segundo lugar, um mundo comum a todos os homens.”³ No primeiro

“Antes de mais, a razão é comunidade e sentido da comunidade. O ‘eu penso’ (*Ich denke*) kantiano não significa a clausura do sujeito no seu juízo e consciência privados, mas a reflexão mediante a qual o sujeito se abre a um mundo povoado por múltiplos objetos e procura a unidade de perspectiva – o ponto de vista – que permita ligar num todo coerente essa multiplicidade. A unidade transcendental da apercepção cumpre uma dupla função: fundar a ligação das consciências empíricas na comunidade de um eu transcendental e a ligação das representações dos sujeitos com os objetos num todo da experiência. O cogito kantiano é um cogito plural.” (Santos, 1994, p. 605).

² Em *A condição humana* Arendt expressa o sentido institucional do trabalho para os antigos dizendo que “trabalhar significava ser escravizado pela necessidade, escravidão esta inerente às condições da vida humana. Pelo fato de serem sujeitos às necessidades da vida, os homens só podiam conquistar a liberdade subjugando outros que eles, à força, submetiam à necessidade. A degradação do escravo era um rude golpe do destino, um fado pior que a morte, por implicar a transformação do homem em algo semelhante a um animal doméstico” (Arendt, 1983, p. 94, tradução modificada).

³ Em artigo elucidativo Theresa Calvet de Magalhães torna clara a significação do público para uma compreensão da teoria do “Poder” em Hannah Arendt e em Jurgen Habermas, ao qual retornaremos. Ver “Ação e Poder em H. Arendt e J. Habermas” in Revista *Ensaio*, 1985, pp. 185–200. Ver também Xarão, 2000. *Política e Liberdade em Hannah Arendt*, pp. 96–115.

sentido, conforme ensina Arendt, diferenciamos aquilo que pode ser visto e ouvido por todos, e tem a maior publicidade possível, daquilo que permanece imerso no íntimo de cada vida. A dor sofrida por um indivíduo, ou mesmo seu prazer mais intenso, por exemplo, não podem se tornar públicos, e por isso são alheias ao mundo público, compartilhado em comum. Na segunda acepção, *público* remete ao sentido mesmo de “mundo”, na medida em que este só tem existência para um determinado grupo. Nas palavras da pensadora:

Este mundo [comum], contudo, não é idêntico à terra ou à natureza como espaço limitado para o movimento dos homens (...) Antes, tem a ver com o artefato humano, com a fabricação humanas, como também com os negócios realizados entre os que, juntos, habitam um mundo feito pelo homem. Conviver no mundo significa essencialmente ter um mundo de coisas interposto entre os que nele habitam em comum, como uma mesa se interpõe entre os que se sentam ao seu redor; pois o mundo, como todo intermediário [in-between], ao mesmo tempo separa e estabelece uma relação entre os homens. (Arendt, 1983, p. 62, tradução modificada).

O entendimento do público, nesta perspectiva, acarreta consequências existenciais e políticas importantes porque pressupõe a ideia de sua continuidade, e transcende assim a duração da vida dos homens mortais. O mundo comum constituiria aquela ordem na qual ingressamos ao nascer e que deixaremos para trás ao morrer, pois ele “transcende a duração de nossa vida tanto no passado quanto no futuro, preexistia à nossa chegada e sobreviverá à nossa breve permanência nele” (Arendt, 1983, p. 65, tradução modificada). É nessa linha de compreensão que a filósofa vai ler Aristóteles, quando este estabelece uma distinção valorativa entre as ordens da experiência humana. Diz Aristóteles, citado por Arendt, que “ao considerar os negócios humanos não se deve... considerar o homem como ele é nem considerar o que é mortal nas coisas mortais, mas pensar neles (somente) na medida em que têm a possibilidade de se tornarem imortais” (Arendt, 1983, p. 65).

A significação política dessa esfera advém da circunstância de ser objeto das diferenças por ela imposta. Se todos compartilham um mundo, eles o fazem vendo e ouvindo de diferentes formas, por

uma comunidade de espectadores (*theoros*). O mundo comum não significa uma ordem submetida à imperatividade de um senhor, de uma ideologia, de uma vontade (isso é próprio da esfera privada), mas da totalidade das perspectivas apresentadas pelos participantes dessa esfera. Somente assim, a realidade do mundo pode aparecer fidedigna e aceitável ao conjunto dos homens. Daí a síntese rica de significação feita por Hannah Arendt: “o mundo comum acaba quando é visto somente sob um aspecto e quando se lhe permite apenas uma perspectiva” (Arendt, 1983, p. 68, tradução modificada).

Haveria, assim, tanto na concepção de público em Arendt como em Habermas, especialmente na obra *Mudança estrutural da esfera pública* (1961), bases suficientes para se pensar a esfera pública em termos de uma teoria das instituições. Esse é, aliás, o passo assumido nesta tese, a saber, o público é uma instituição e deve ser tratado como condição para a constituição das relações políticas efetivadas pelos homens.

Dessa constatação se extraem provocações para uma reflexão acerca do direito romano e da esfera pública romana e a herança deixada por essa tradição em todo o ocidente. Mesmo as tentativas de associar a *polis* grega com a *res publica* romana encontram obstáculos intransponíveis na medida em que a história das instituições romanas revela a preocupação de uma elite em impor, duradouramente, seu ideário sobre a sociedade.

Hannah Arendt explicita a mudança cultural operada pelo enfoque produzido na modernidade quando a esfera pública passa a se orientar pelos imperativos da arrecadação e distribuição econômica, em completa oposição ao sentido de público reinante entre os gregos. Tomando Adam Smith por referencial emblemático, Arendt mostra que, desde sua compreensão da atividade econômica, voltada para o entendimento da geração da riqueza e de seus efeitos nos sentimentos humanos, começa a transparecer como a esfera pública paulatinamente tornou-se objeto de radical transformação em relação ao que fora no passado. Adam Smith distingue os homens associando-os às respectivas profissões. Assim, na sua obra “A Riqueza das Nações” ele menciona “essa raça pouco próspera de homens comumente chamados homens de letras”, para os quais “a admiração pública(...) sempre faz parte da recompensa(...), uma parte considerável na profissão médica, uma parte talvez ainda maior no caso de um advogado, e quase a remuneração completa dos poetas e filósofos” (Arendt, 1983, p. 66, tradução modificada). Nesta leitura há uma vinculação da profissão

enquanto objeto de admiração pública e respeito público com a recompensa, cuja referência é econômica. A economia era para o grego uma questão de esfera privada, domínio da necessidade, da privação e jamais poderia ser elevada à condição de público. Na modernidade será exatamente em torno da economia que girará a atividade social e toda a reflexão em torno do político. Por si só, esse não seria um problema de orientação da política, pois poderia compor-se de uma das dimensões da análise do público. O que se deu, todavia, foi a tendência de reflexão do político, do público, do mundo comum da antiga concepção orientar-se pela questão da administração da escassez. Toda crítica de Arendt, toda crítica de Habermas, todo o pessimismo de Weber, em última instância, apontam para essa perda da compreensão do sentido possível do público e de suas implicações teóricas para a política.

A mudança da compreensão ordinária do público com a incorporação do cristianismo à tradição ocidental, conforme será explicitado, significou uma desorientação acerca da política, e tal fato não passou impune na compreensão do desenvolvimento do Direito. Essa é uma razão pela qual o conceito de público é retomado aqui, ainda que de modo introdutório.

A outra se apoia no fato de a Constituição Federal vigente ter trazido inovação para a análise do direito processual ao prescrever, para a atividade administrativa do Estado, e para a atividade decisória do judiciário, a subordinação de ambos ao público. Pode-se afirmar, pois, em base da reconstrução histórica da metamorfose da institucionalização da esfera pública, que a compreensão do *público*, feita pela dogmática jurídica pátria, não atentou para a profunda mudança introduzida pelo constituinte com respeito a essa categoria. Cumpre, pois, explicitar o alcance jusfilosófico do conceito de público e do princípio da publicidade para uma dogmática do Direito. Para tanto, é imprescindível uma leitura da Constituição Federal vigente a fim de apreender sua revolucionária proposta no sentido de uma racionalização discursiva do direito.

1.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A Constituição Federal de 1988 trouxe para a crítica jurídica, na exigência de fundamentação e publicidade das decisões, uma questão ainda não suficientemente trabalhada doutrinária e jurisprudencial.

dencialmente, não obstante algumas teses⁴ acerca da duplicidade de condições impostas pelo constituinte para a legitimidade da atividade jurisdicional. O texto constitucional, em seu artigo 93, inciso IX, diz: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.”⁵

Importa considerar a compreensão do sentido de “público” e sua relação com a fundamentação das decisões judiciais em face do estágio de compreensão permitido pela cientificidade⁶ contemporânea. Antes, porém, cabe reconstituir como o conceito de público foi tratado pela doutrina jusfilosófica, a fim de arguir a pertinência das análises orientadoras do entendimento desse princípio pela dogmática brasileira.

De um modo geral, o princípio da publicidade, tomado aqui como axioma da forma de manifestação do “público”, tem sido objeto do direito administrativo, na acepção da subordinação dos atos administrativos à divulgação para conhecimento do público. O entendimento acerca do sentido do princípio da publicidade encontrado nas exposições de Hely Lopes Meirelles⁷ pode ser ampliado para

⁴ Uma das mais interessantes análises sobre a fundamentação das sentenças é proposta por Maria Theresa Gonçalves Pero (2001) em *A motivação da sentença civil*, embora centrada nos aspectos particulares do direito processual.

⁵ Esta parte da tese já estava pronta quando foi publicada a Emenda Constitucional n° 45, alterando a redação do inciso IX. Não há mudanças significativas suficientes para influir no conteúdo da tese e, por isso, mantive a antiga redação. Reproduzo aqui, todavia, a nova formulação do inciso IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

⁶ O termo cientificidade aqui utilizado pretende evidenciar duas importantes distinções. Conhecimento válido, ou científico, não se confunde mais com a certeza platônica ou com as evidências subjetivas de uma razão centrada no sujeito, mas na concepção de um saber intersubjetivamente constituído e dependente do nível de racionalidade alcançado pela comunidade daqueles que compartilham o debate sobre o conhecimento e aceitam determinadas premissas acerca da validade de hipóteses. Por exemplo, na Física a mecânica quântica substituiu o modelo Newtoniano.

⁷ Em sua difundida obra *Direito Administrativo Brasileiro*, na edição de 1989, Meirelles expõe a sua doutrina sobre o princípio da publicidade entendido como requisito dos atos administrativos, tendo em vista sua validade, em função do

compreender um consenso vigente entre os juristas sobre este domínio do direito. Conforme assevera, “publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos” (Meirelles, 1989, p. 81). A proposição é suficientemente abrangente para abarcar a publicidade dos atos processuais, subsumindo-os ao domínio dos atos administrativos, na acepção de que também eles devem estar submetidos ao mesmo princípio. Entendimento similar encontra-se em Edimur Ferreira de Faria, para quem o princípio da publicidade tem a função de tornar transparente para a sociedade os atos dos órgãos administrativos, e para assegurar o controle da licitude desses mesmos atos. Ele escreve:

A sociedade, sendo legítima proprietária da coisa pública – o Estado é apenas gestor – tem o direito e o dever de controlar a Administração, com vista a impedir atuação com abuso de poder ou desvio de finalidade (...) Os atos jurídicos da Administração, mesmo emanados da autoridade competente, serão nulos e de nenhum efeito, se não lhes for dada a publicidade, de conformidade com a lei. A Constituição da República prevê os casos em que os atos não devem ser publicados, em nome do interesse público. (Faria, 1997, p. 74).

À luz do Direito Administrativo, na mesma linha delineada por Meirelles ou Faria, pode-se entender porque o Direito no mundo moderno, diferenciado entre Direito Público e Direito Privado, deixa à mostra o entendimento de como foi possível institucionalizar a ordem política e econômica moderna, com a racionalização dos processos sociais determinada por este campo do Direito. São ilustrativas, nesse aspecto, as leituras dos teóricos do direito administrativo sobre o Direito como um todo.

André de Laubadère publica na França, em 1951, seu *Manuel de droit administratif*, cujo título revela sua função educativa acerca

princípio da eficácia e da moralidade, ainda que a publicidade não seja condição da formação do ato. A tese se orienta no sentido de submeter a administração ao controle público em termos de transparência da atividade administrativa. Daí afirma que a atuação estatal é sempre dependente da publicação de seus atos para conhecimento da conduta interna de seus agentes, de modo a propiciar o controle pelos interessados diretos e pelo povo, em geral, por meio dos permissivos constitucionais: mandado de segurança, direito de petição, ação popular, habeas data, ação contra improbidade administrativa.

do Direito. Este manual foi concebido “*conforme au programme des facultes de droit et écoles d’enseignement supérieur*” e isso faz dele uma fonte de compreensão da concepção de direito vigente ao longo da primeira metade do século XX. Por direito público é entendido o conjunto das relações jurídicas em que o Estado esteja implicado. Em suas possíveis divisões estariam envolvidas as disciplinas relacionadas com a organização ou com as atividades do Estado. Assim, as duas principais divisões do direito público seriam o direito constitucional e o direito administrativo.

Ao Direito Constitucional corresponderia a estrutura e funcionamento dos órgãos políticos, isto é, o sistema de governo enquanto regime político do país. Ao direito administrativo corresponderia ao direito aplicado às várias formas de organização do Estado e às atividades dessas mesmas organizações. Laubadère escreve:

Le droit administratif est le droit applicable à l’administration au double sens de ce mot qui désigne à la fois une organisation et une activité. Au premier sens l’administration est l’ensemble des organismes qui, sous l’impulsion générale des pouvoirs politiques, assurent les multiples interventions de l’Etat moderne dans la vie des particuliers: pouvoir central, autorités locales, telles que préfets, maires, conseils généraux et municipaux, fonctionnaires, entreprises et organismes publics.

En un second sens, l’administration est une activité, l’activité même qu’assurent tous les organes que l’on vient d’indiquer et qui les met en rapports multiples et divers avec les administrés (fournisseurs, usagers, victimes des accidents qu’ils peuvent provoquer, etc. (Laubadère, 1951, p. 5).⁸

Por ser um domínio do jurídico vinculado ao público, o direito administrativo sustenta-se sobre princípios condicionantes de sua

⁸ O direito administrativo é o direito aplicável à administração no duplo sentido desta palavra que designa, simultaneamente, uma organização e uma atividade. No primeiro sentido, a administração é um conjunto de organismos que, sob o impulso geral do poder político, assegura as múltiplas intervenções do Estado moderno na vida dos particulares; poder central, autoridades locais, tais como magistrados, presidentes de Câmaras municipais, conselhos gerais e municipais, funcionários, empresas e organismos públicos. Em um segundo sentido, a administração é uma atividade, a atividade mesma que assegura todos os órgãos que ela designa e que a coloca em múltiplas e diferentes relações com os administrados (fornecedores, usuários, vítimas de acidentes que eles podem provocar etc.)

validade em termos de operacionalização. Importa dizer, o direito público está submetido ao princípio do “interesse geral” que o Estado representa. Nas palavras do jurista francês, “*cela tient à la présence, dans toutes les relations de droit public, de l’Etat et de l’intérêt general que représente l’Etat*” (Laubadère, 1951, p. 6) [este tem em sua presença todas as relações de direito público, do Estado e do interesse geral que o Estado representa].

Particularmente no Brasil, constata-se uma concepção do Direito Administrativo moldada por critérios finalistas. Voltando mais uma vez ao programa teórico de Hely Lopes Meirelles, este autor constrói seu raciocínio a partir da teoria geral do Direito e considera-o como conjunto de princípios de conduta impostas pelo Estado com o fim de realização da justiça. Ele define em seguida o Direito Administrativo brasileiro como “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado” (Meirelles, 1989, p. 23). Não há uma definição do que seja o próprio Estado, embora este se manifeste em suas dimensões do Executivo, do Legislativo e da Jurisdição. O jurista reconhece nas variadas definições estrangeiras limitações decorrentes da angulação perspectivada do Estado. Consistiria, para Jellinek, por exemplo, na corporação territorial dotada de um poder de mando originário; para Malberg, na comunidade de homens, fixadas sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção; ou na pessoa jurídica territorial soberana, na concepção de Biscaretti di Ruffia. Sem definir o Estado, mas considerando-o, a partir da conceituação do Código Civil de 1916, como pessoa jurídica de direito público interno, ou seja, como “*ente personalizado*”, o Estado seria um ente juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis.” A obediência às suas leis implicaria exatamente a atuação normativa do Direito Administrativo. Assim, conforme o expressa, “o Direito Administrativo, como é entendido e praticado entre nós, rege efetivamente não só os atos do Executivo, mas também os do Legislativo e do Judiciário, praticados como atividade paralela e instrumental das que lhe são específicas, isto é, de legislação e a de jurisdição” (Meirelles, 1989, p. 24).

O que seriam os fins do Estado, na tese de Meirelles, não constituiria matéria do direito administrativo, mas de “outras ciências”. Em suas palavras, os possíveis desejados por qualquer Estado “estão a indicar que ao Direito Administrativo não compete dizer quais são

O texto ora trazido a comunidade brasileira pretende ampliar o leque de seus leitores e contribuir para um debate certamente polêmico, mas proposto como meio possível de racionalização e democratização do acesso à justiça nos termos fixados na Constituição da República Federativa do Brasil. Mais que o prêmio outorgado pela CAPES, o maior reconhecimento que se pode almejar é a leitura e a discussão do conteúdo entregue ao público brasileiro.



ISBN 978-85-8425-590-0



9 788584 255900