

**CRISE DO DIREITO E JUSPOSITIVISMO:  
A EXAUSTÃO DE UM PARADIGMA**

**Roberto Freitas Filho**

**2013 – 2ª. Edição**

## Agradecimentos

Durante a construção de uma vida dedicada à docência e à pesquisa conta-se com a valiosa companhia de várias pessoas, em distintos planos vivenciais. Elas, cada qual em sua medida, conferem sentido à existência e ao fazer acadêmico. A algumas dessas pessoas desejo expressar meu profundo agradecimento.

À Instituição na qual trabalho, pela oportunidade de viver em vocação, minha gratidão nas pessoas do Magnífico Reitor Getulio Américo Moreira Lopes, da Pró-Reitora Acadêmica Elizabeth Manzur e ao Diretor Acadêmico Carlos Alberto da Cruz.

Àqueles que produziram decisiva influência na minha formação intelectual, os professores Mozar Costa Oliveira, José Eduardo Faria, James Holston, José Reinaldo de Lima Lopes, e David Trubek.

Aos amigos de docência Luciana Musse, Gustavo Rocha, Roger Leal, Frederico Barbosa, Luiz Eduardo Abreu e René Marc da Silva.

No plano afetivo, àqueles que me (re)constituem continuamente, minha esposa Ana Cláudia, meus pais Roberto e Rosali, meus avós Wilson (*in memorian*) e Maria da Glória (*in memorian*) e minha irmã Daniela.

Por fim, a alguns amigos queridos que partilham de forma fiel e generosa da minha caminhada, Aboré Marquezini, Edgard Gouveia Júnior, João Carlos Barros, Marcelo Leal Fernandes, Roberto Alves Capella Filho e Rodrigo de Salles.

## Sumário

1- Introdução .....	5
2 - Os conceitos utilizados e possíveis modelos alternativos .....	8
2.1 Os conceitos utilizados .....	8
2.1.1 Cultura jurídica.....	8
2.1.2 paradigma .....	12
2.1.3 o paradigma juspositivista de Kelsen .....	18
2.1.4 a chamada "crise do Direito" .....	23
2.2 modelos alternativos .....	30
2.2.1 a norma jurídica no modelo pragmático de Tércio Sampaio Ferraz Jr. ....	31
2.2.2 o Direito e as mudanças sociais.....	43
3. As condições para a mudança .....	50
3.1 Jusnaturalismo: uma breve exposição .....	51
3.1.1 A doutrina do Direito Natural em suas várias formas .....	51
3.1.2 O Jusnaturalismo moderno.....	55
3.1.3 O Jusnaturalismo moderno e suas características .....	57
3.1.4 O Jusnaturalismo no séc. XIX.....	58
3.1.5 O Jusnaturalismo contemporâneo .....	59
3.2 a crise de segurança nas soluções normativas .....	60
3.2.1 o problema da segurança jurídica.....	62
3.2.2 as citações e a jurisprudência .....	65
3.2.3 a multiplicidade de normas. ....	66
4 a cultura jurídica e os atores jurídicos num contexto de mudança .....	69
4.1 a crise e a resposta do Judiciário .....	70
4.2 a mídia e o Judiciário.....	73
4.3 o papel da sociologia jurídica. ....	74
4.4 os juízes .....	75
4.5 a prática fazendo a mudança.....	77
4.6 uma outra perspectiva: os promotores .....	79
4.7 o caso dos planos de saúde .....	80
4.8 Jurisprudência e legalidade.....	83
4.9 a prática jurídica e algumas de suas condicionantes.....	86
5. um estudo de caso sobre a Justiça do Trabalho .....	89
5.1 exposição do caso .....	90
5.1.1 considerações sobre a conciliação na origem do Direito do Trabalho e na Justiça do Trabalho no Brasil .....	90

5.1.2 a Justiça do Trabalho e a crise do Judiciário .....	93
5.1.3 o momento conciliatório, as técnicas de persuasão e os limites legais. ....	96
5.1.4 argumentos de persuasão e a conciliação .....	97
5.2 resultados e análise .....	104
5.3. desdobramentos da prática identificada.....	106
6. Conclusão.....	109
7 – Bibliografia .....	119

## 1- Introdução

A crise do Direito é algo que tem ocupado os teóricos já de algum tempo. Alguns apontam causas culturais, outros sociológicas, outros ainda sustentam não haver propriamente uma crise.

O presente trabalho assume como premissa a existência de uma crise no Direito que se dá em seus três diferentes níveis: o normativo, o institucional e o jurídico-cultural. Há algum fato observável na concretude do momento da aplicação da lei que possa servir a justificar ou identificar as causas de tal crise? Se há uma crise do Direito, seu modelo teórico-paradigmático, o juspositivismo kelseniano, está sendo superado?

Aos problemas apresentados podem somar-se outros como: o paradigma juspositivista kelseniano é de fato aplicável em prática, ou por outra, é mero recurso retórico? Não existe superação qualquer, posto não haver de fato um único paradigma (e aí perde-se o sentido da aplicação do conceito de paradigma). Como fica a questão da ‘segurança jurídica’, um dos objetivos do Direito?

As questões propostas são o motor de investigação do presente trabalho.

Para tais questões há a possibilidade de se levantar algumas hipóteses de trabalho que são:

- a) o Direito passa por um momento de crise do modelo juspositivista kelseniano que aponta para uma superação ou transformação no próprio paradigma.
- b) num momento de crise no paradigma decisório as decisões jurídicas perdem previsibilidade, causando uma disfunção que, em seu estado crítico, pode ser chamada de ‘crise de credibilidade’, sendo esta própria retroalimentadora da crise do Direito como um todo.
- c) pode-se supor que o Direito, apesar de ter uma função ao mesmo tempo real e simbólica de realização da segurança das expectativas, expressa pelo conceito de ‘segurança jurídica’, seja um veículo retórico de absorção das demandas e conflitos sociais, não havendo que se falar em um paradigma juspositivista na real aplicação do Direito, não havendo, portanto, que se falar em qualquer crise do Direito.

O objeto de investigação do presente trabalho são as sentenças judiciais. Os problemas colocados dizem respeito à cultura jurídica do operador do Direito. Se o paradigma, segundo vai definir Thomas KHUN, é um modelo teórico que produz

problemas e respostas aceitos por uma comunidade científica em um determinado tempo e local, tanto os problemas do Direito como suas respostas, já que o Direito apresenta o distinto caráter científico de constituir deonticamente o seu objeto, dependem mais do que nas outras ciências humanas, das práticas e valores dos seus operadores.

Desta forma, nas sentenças judiciais é que se expressam tanto a prática decisória quanto os valores dos operadores do Direito no momento da concretude da aplicação da norma abstrata e genérica. É a sentença judicial que vai produzir o efeito de constituir a realidade jurídica na sua própria forma. A sentença, de certa forma, aponta a intervenção concreta do Direito no real e, desta forma, é a partir dos efeitos da sentença que poderão ser observadas as disfunções no modelo teórico que apontam para uma possível crise.

Nosso objeto é, portanto, a decisão judicial.

Com a análise das sentenças judiciais em qualquer dos momentos processuais de sua produção (relatório, fundamentação e dispositivo) pretendemos apontar práticas, conceitos, valores aos quais de forma genérica chamamos de expressão da ‘cultura jurídica’, que podem estar comprometendo a funcionalidade do sistema decisório jurídico segundo seu paradigma hegemônico. Em outras palavras; me proponho a investigar se o paradigma juspositivista de matriz kelseniana, sob o qual são os atores jurídicos formados, e segundo o qual são propostos e aceitos teoricamente determinados problemas e soluções jurídicas, encontra-se num momento de mudança e se tal momento pode ser identificado nas sentenças judiciais, já que as mesmas são uma expressão da cultura jurídica.

O caminho seguido no presente trabalho compreende a utilização dos métodos histórico-comparativo, conceitual-dedutivo e empírico-indutivo. Farei uso de duas pesquisas (uma por mim realizada e outra na qual fui colaborador) nas quais foram colhidos dados empíricos sobre sentenças judiciais, dados estes que foram posteriormente interpretados e analisados à luz de suas consequências para o modelo teórico paradigmático.

A exposição das condições históricas já havidas em que se observou uma superação de paradigma decisório nos leva a utilizar o método histórico-comparativo.

A necessidade de trabalhar com os conceitos básicos do paradigma juspositivista para podermos refletir sobre suas possíveis mudança e superação, bem como os conceitos utilizados durante toda a exposição tais como a ‘cultura jurídica’, o ‘paradigma juspositivista kelseniano’, o ‘paradigma’, as ‘disfunções’ do sistema jurídico

entre outros, nos faz utilizar o método conceitual dedutivo e, por fim, ao lidar com as pesquisas de campo vamos fazer uso do método empírico-indutivo.

## 2 - Os conceitos utilizados e possíveis modelos alternativos

### 2.1 Os conceitos utilizados

Para efeito de esclarecimento dos conceitos trabalhados, faremos no presente capítulo o esclarecimento das expressões utilizadas, procurando delinear o sentido das mesmas, na busca do máximo de objetividade e precisão.

#### 2.1.1 Cultura jurídica

O conceito de cultura jurídica é relevante para o tema estudado na medida em que o mesmo vai ser utilizado dentro de uma concepção de Direito de natureza analítica que diferencia as instâncias institucional, normativa e cultural do fenômeno jurídico.

Definir o que seja a cultura jurídica me servirá, por um lado, para que se possa trabalhar com o momento da aplicação do Direito e reconhecer que neste momento estão presentes as concepções valorativas e experienciais do aplicador-intérprete do Direito (e aí se revela o aspecto da cultura jurídica do operador do Direito) e por outro lado, para que se possa identificar uma determinada concepção do Direito que se faz notar no momento da formação do ator jurídico nos bancos escolares. Assim, tanto no momento da aplicação do Direito quanto da formação do ator jurídico estará presente um conjunto de práticas, valores, procedimentos, concepções, condicionantes culturais e históricas, dentre outras características mais sutis que compõem a ideologia do ator jurídico, e que vão ser relevadas no presente trabalho quando da proposição do tema do paradigma vigente e sua superação.

Definir o conceito de cultura jurídica será estabelecer um conteúdo descritivo para aquilo que na prática cotidiana se observa das atitudes do ator jurídico. FALCÃO NETO<sup>1</sup> diz que “falar em cultura jurídica é falar ao mesmo tempo de tudo e de nada”. A assertiva nos revela o quão vasto é o sentido do termo. Já WARAT<sup>2</sup> nos aponta o sentido do chamado “senso comum teórico” dos juristas, que em muito se identifica com o significado buscado. Para ele, os juristas de profissão sempre se encontram “condicionados”, em suas práticas cotidianas, por um conjunto de representações,

---

<sup>1</sup> Joaquim de Arruda FALCÃO NETO. *O advogado, a cultura jurídica e o acesso ao sistema judiciário*, PIMES, - comunicação 18 - “A Universidade e seus Mitos” Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1979 (mimeo)

<sup>2</sup> Luis Alberto WARAT. *O Sentido Comum Teórico dos Juristas*, in *A crise do direito numa sociedade em mudança*, José Eduardo FARIA (org), Brasília, Ed. UnB, 1988, p. 31.

imagens, noções baseadas em costumes, metáforas e preconceitos valorativos e teóricos, que governam seus atos, suas decisões e suas atividades”. O autor dá a esse conjunto o nome de “sentido comum teórico dos juristas”, e lembra ainda que ele funciona como um arsenal ideológico para a prática cotidiana do Direito. Ainda segundo o autor, em outras palavras, se trata de um "complexo de saberes éticos vividos como diretrizes, ou seja, como pautas que disciplinam o trabalho profissional dos juristas, regulando sua atividade advocatícia, judicial e teórica." BOURDIEU alude, no plano científico, ao conceito de "habitus" como um modo de proceder que possui um poder vinculante das atitudes dos operadores de determinada ciência ou campo do conhecimento.<sup>3</sup>

LOPES<sup>4</sup>, citando FRIEDMAN, vai apontar para uma definição complexiva do que é a cultura jurídica: “São as atitudes que fazem do sistema um todo, uma unidade, e que determinam o lugar dos aparelhos e das normas na sociedade globalmente considerada. A cultura jurídica engloba tanto as atitudes, hábitos e treinamento dos profissionais quanto do cidadão comum. A esfera da cultura jurídica envolve as questões de como se preparam os juízes e os advogados, o que os cidadãos pensam do Direito, quais as pessoas ou grupos que recorrem aos juízes e tribunais, para que se socorrem de advogados, qual a relação entre a estrutura de classes da sociedade e o uso ou não das instituições jurídicas. Estas e outras questões dizem respeito à cultura jurídica, ou, usando outras palavras, ao imaginário jurídico, quer dos profissionais, quer dos leigos.”

Em todas as definições apresentadas identificam-se no termo “cultura jurídica” os aspectos da preparação do ator jurídico, bem como da atuação do mesmo na sua prática profissional cotidiana. A noção de cultura jurídica dada por FRIEDMAN<sup>5</sup> e adotada por LOPES compreende tais elementos, e é ela que cremos ser a mais adequada.

---

<sup>3</sup> Pierre BOURDIEU,. *O poder simbólico*. Lisboa, Difel, 1989 p. 23 "O *habitus* científico é uma regra feita homem ou, melhor, um *modus operandi* científico que funciona em estado prático segundo as normas da ciência sem ter estas normas na sua origem."

<sup>4</sup> José Reinaldo de Lima LOPES. *Direito e Transformação Social; Ensaio Interdisciplinar das Mudanças no Direito*, Belo Horizonte, Nova Alvorada, 1997, págs. 76/77.

<sup>5</sup> Lawrence FRIEDMAN. *Legal Culture and Social Development*. 4 *Law and Society Review*, 1969, págs. 29-44, apud José José Reinaldo de Lima LOPES, op. cit.

### **2.1.1.1 a cultura jurídica de formação do ator jurídico**

A cultura jurídica de formação do ator jurídico é aquela veiculada pelas faculdades de Direito, pelo ensino jurídico no período de formação do bacharel. É ela que infunde no bacharel a matriz cultural, cuja contrapartida pragmática são os padrões do desempenho profissional e funciona como referencial para a prática da advocacia, conforme aponta FALCÃO NETO.<sup>6</sup> Este é um dos aspectos da cultura jurídica que será analisado. É ele que nos permite evidenciar na prática o conjunto de elementos que configuram o sentido de atuação do ator jurídico.

A cultura jurídica de formação vai fornecer o universo conceitual e determinada matriz ideológica aos operadores do Direito, propondo sua socialização política e conferindo-lhe uma determinada referência de função social.

São fornecidas duas diferentes visões sobre o Direito a partir da formação dos atores jurídicos. A veiculação da cultura jurídica nas faculdades dá-se numa perspectiva pretensamente científica, por um lado, e ideológica, por outro. Na primeira são conferidos ao estudante uma visão do que seja o Direito, de ciência do Direito, do método de conhecimento do fenômeno jurídico e da aplicação prática do Direito enquanto sistema normativo. De outro lado, os padrões da capacitação profissional do ator jurídico, significando o conjunto de atitudes e procedimentos do ator jurídico em seu exercício profissional. As duas visões ora expostas são as chamadas *visão lógico-formal* e a *visão liberal*.<sup>7</sup> A visão lógico-formal se funda no normativismo lógico e a visão liberal nos princípios gerais da ideologia liberal importada da Europa.

A visão lógico-formal faz conferir ao Direito seu caráter científico, conformando o estudo da dogmática jurídica a um estudo da forma normativa, reduzindo assim o Direito ao aspecto normativo desvinculado das disciplinas que o fundamentam ou tangenciam, como a Filosofia, a Economia, a Ciência Política e a Sociologia, por exemplo. O método privilegiado, nesta concepção de Direito, é o método dedutivo, e parte de dogmas fora do conhecer jurídico. Tal método não possui caráter científico, já que sua verificação e objetivação progressiva não são atingíveis. As características básicas são a predominância do estudo do Direito Positivo, e em especial o Direito estatal. A legalidade e a validade como conceitos privilegiados, o trato das disciplinas de

---

<sup>6</sup> FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda – "Crise da Universidade e Crise do Ensino Jurídico", in PIMES - Comunicações 18 - A Universidade e seus Mitos, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1977.

<sup>7</sup> Joaquim de Arruda FALCÃO NETO. op. cit. págs. 7/8

forma estanque, a não interdisciplinariedade e a desconsideração da política na influência da criação da norma. Tais características fazem do ator jurídico um aplicador não questionador do Direito e das normas.

Já a visão liberal define o ideário da profissão jurídica, bem como responde pela visão de integração do Direito na sociedade, com o apelo aos valores de liberdade, igualdade e fraternidade. De forma conseqüente, no âmbito político são adotados a democracia e a tripartição dos poderes, e no âmbito econômico o sistema de concorrência e o capitalismo.

A cultura jurídica veiculada nas faculdades de Direito tem a dupla função de seleção dos conflitos levados ao judiciário e de legitimação do poder no nível simbólico.<sup>8</sup> A primeira se realiza pela seleção dos próprios tipos de demandas levadas ao judiciário, bem como nos padrões decisórios aplicados aos casos. A segunda se realiza na medida em que reforça a estrutura social hierárquica justificada por meio do ideário liberal, bem como do método pedagógico aplicado<sup>9</sup>. A liberdade e a igualdade jurídicas formais, em nome das quais advoga o ator jurídico são, dadas as evidentes condições sociais iníquas, apelos retóricos que não representam na prática uma busca da realização de uma justiça distributiva.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> BOURDIEU, op. cit, p. 7 "...o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhes estão sujeitos ou mesmo que o exercem. "

<sup>9</sup> San Tiago DANTAS advertia sobre a questão do método em relação ao que chamou de "restauração da cultura jurídica": Esse movimento tem de lançar raízes numa revisão da educação jurídica, e é, portanto, como programa de ação, um apelo à reforma do ensino do Direito nas nossas escolas e universidades.

O ponto de onde, a meu ver, devemos partir, nesse exame do ensino eu hoje praticamos, é a definição do próprio objetivo da educação jurídica. Quem percorre os programas de ensino das nossas escolas, e sobretudo quem ouve as aulas que nelas se proferem, sob a forma elegante e indiferente da velha aula-douta coimbrã, vê que o objetivo atual do ensino jurídico é proporcionar aos estudantes o conhecimento descritivo e sistemático das instituições e normas jurídicas. Poderíamos dizer que o curso jurídico é, sem exagero, um curso dos institutos jurídicos, apresentados sob a forma expositiva de tratado teórico-prático. ; *A educação jurídica e a crise brasileira*, in *Revista Encontros da UnB*, Editora UnB 1978-1979, pág. 54.

<sup>10</sup> Em outra seção do trabalho consideraremos uma hipótese de resposta à seletividade operada pela cultura jurídica das demandas judiciais, que pode estar sendo apresentada na prática pelos chamados instrumentos de controle social de caráter não jurídico (na planificação), bem como das formas não estatais de resolução de conflitos (na repressão e controle), o que tende a influir na resultante da cultura jurídica veiculada nas faculdades, pois que a realidade atinge o ponto crítico em relação à teoria, e já não mais pode ser desconsiderada.

### **2.1.1.2 a cultura de atuação prática do ator jurídico**

Um outro viés da cultura jurídica é aquela que se revela na *praxis* do ator jurídico, no cotidiano de suas atividades profissionais. Operando o Direito, vai colocar em prática o conjunto de práticas e valores que consigo traz desde a sua formação, e que influenciam tanto na consciência que tem de seu papel social, como na forma como lida com o Direito do ponto de vista técnico. É no momento da prática profissional que se materializam os conceitos dogmáticos “científicos” com os quais o estudante foi formado, bem como por meio de suas atitudes o resultado da socialização política perpetrada nos bancos escolares.

Na observação do posicionamento do ator jurídico em face de determinados temas e nas próprias posições teóricas defendidas poderemos configurar algumas hipóteses a esclarecer o compromisso do mesmo frente a sua matriz cultural de formação. JORI, falando sobre a cultura jurídica de aplicação do Direito e sobre o significado da chamada "ciência do Direito", ressalta: "Therefore, the simple core of the entire notion of the rule of law is the idea that lawyers and judges produce, and make use of, a description of law, which is a real science of law, where the law is conceived as an object prior to and independent from its description."<sup>11</sup>

Em temas relevantes como o Direito e os movimentos populares, a participação política, a chamada “aplicação alternativa do Direito”, na aplicação das penas alternativas em Direito penal, na lida com os meandros processuais dos processos civil e trabalhista, em todos estes aos quais exemplificativamente nos remetemos é possível identificarmos uma postura de maior ou menor conservadorismo, liberalidade, reformismo, entre outras características empiricamente destacáveis.

### **2.1.2 paradigma**

O conceito de paradigma (e consequentemente de crise de paradigmas) será de central importância no presente trabalho. Se é certo que há uma cultura jurídica, tanto de formação do ator jurídico, quanto de aplicação do Direito na atuação prática do mesmo, há um saber hegemônico sobre o Direito, uma convicção assente sobre o papel social do ator jurídico, sobre os valores que fundamentam a sua *praxis* profissional, bem como sobre uma determinada teoria jurídica.

---

<sup>11</sup> Mario JORI. “Paradigms of legal science”. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, s.4a.67n.2(Aprile-Giugno1990) p. 233

Devemos ressaltar, *a priori*, que o conceito de paradigma originalmente desenvolvido o foi pensando as ciências exatas e biológicas, que possuem um grau de verificabilidade certamente mais preciso e atingível do que as ciências humanas e sociais. Assim, é com reserva terminológica que usamos o conceito de paradigma.

O conceito de paradigma científico foi dado por THOMAS KHUN em seu “A estrutura das revoluções científicas”<sup>12</sup> onde aponta condições para a superação de modelos científicos tidos como referenciais.

O autor aponta, em diversas passagens de sua obra, características que compõem uma definição do que seja um paradigma. Kuhn considera “paradigmas” as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. No Direito, o conceito de paradigma é mais adequado e útil se compreendermos o conjunto de crenças dos operadores do Direito, independentemente de sua atividade profissional ou até científica, que possui uma certa unidade e uma aceitação pela comunidade dos próprios operadores.<sup>13</sup>

Assim, quem opera o Direito, embora possa não fazer uma opção declarada, evidencia sempre uma postura ideológica e teórica na prática profissional, que se insere na dimensão chamada de ‘cultura jurídica’.<sup>14</sup>

Kuhn aponta as condições para a mudança do paradigma e trabalhou com o conceito de anomalias, ou condições de violação de expectativas dos operadores de determinada ciência, o que desperta a atenção da comunidade científica. Há, segundo o

---

<sup>12</sup> Thomas S KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas* - São Paulo, Perspectiva, 1996.

<sup>13</sup> Numa crítica sobre a teoria de KUHN aplicada de forma irrestrita às ciências sociais Jeffrey C. ALEXANDER aponta: "As condições definidoras da crise do paradigma nas ciências naturais são a rotina nas sociais."; e em sua nota de rodapé: "Essa é a razão porque tantas das primeiras aplicações das idéias de Kuhn à sociologia (por exemplo, Friedrichs, 1970) parecem hoje tão exageradas. Elas proclamavam revoluções numa disciplina em estado contínuo de profundo desacordo e de revolução teórica." *O novo movimento teórico*, Revista Brasileira de Ciências Sociais no. 4, vol. 2, jun. 1987

<sup>14</sup> Ressalto que aqui faço uso do conceito de cultura jurídica apontado por José Reinaldo de Lima LOPES, citando FRIEDMAN: “São as atitudes que fazem do sistema um todo, uma unidade, e que determinam o lugar dos aparelhos e das normas na sociedade globalmente considerada. A cultura jurídica engloba tanto as atitudes, hábitos e treinamento dos profissionais quanto do cidadão comum. A esfera da cultura jurídica envolve as questões de como se preparam os jurízes e os advogados, o que os cidadãos pensam do direito, quais as pessoas ou grupos que recorrem aos jurízes e tribunais, para que se socorrem de advogados, qual a relação entre a estrutura de classes da sociedade e o uso ou não das instituições jurídicas. Estas e outras questões dizem respeito à cultura jurídica, ou, usando outras palavras, ao imaginário jurídico, quer dos leigos.” *Direito e Transformação Social*, Belo Horizonte, Nova Alvorada, 1997, pp. 77/78

autor, condições que podem transformar uma anomalia numa fonte de crise aguda. As novidades fundamentais que podem subverter uma crença paradigmática, se nas ciências não normativas (ou descritivas) já tendem a ser suprimidas, no Direito mais ainda o são, já que dentre os compromissos básicos do Direito está o de fornecer uma verdade, um dogma.

Do ponto de vista epistemológico, fenômenos novos são periodicamente descobertos pela pesquisa científica. A descoberta de tais fenômenos e mudanças começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma forma, os fatos concretos violaram as expectativas paradigmáticas que governam a chamada 'ciência normal'<sup>15</sup>

Outra característica sobre as mudanças é a de que a descoberta de um novo tipo de fenômeno é necessariamente um acontecimento complexo que envolve o reconhecimento tanto de *algo* como de sua *natureza*.<sup>16</sup> No caso do Direito, vale dizer, descobrir outro padrão normativo, encontrando no mesmo o caráter normativo jurídico.

Se a descoberta ou identificação do novo fato para o qual o paradigma não pode apresentar respostas satisfatórias envolve um processo de assimilação conceitual amplo poderemos afirmar que houve uma modificação no paradigma. Entretanto, o valor atribuído a um novo fenômeno varia conforme a nossa estimativa da dimensão da violação das previsões do paradigma perpetrada por este.

A percepção, pelos operadores de determinada ciência, das anomalias - isto é, de um fenômeno para o qual o paradigma não prepara o investigador - desempenhou um papel essencial na preparação do caminho que permite a percepção da novidade. Um dos problemas prementes é o de se determinar se as descobertas fazem parte da ciência normal e não produzem novos tipos de fatos.

Tanto nos períodos pré-paradigmáticos, como durante as crises que conduzem a mudanças em grande escala do paradigma, os cientistas costumam desenvolver muitas teorias especulativas e desarticuladas, capazes de indicar o caminho para novas descobertas<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> "Ciência normal significa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas. Essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior." KHUN, op. cit., p. 29

<sup>16</sup> op. cit. p. 81

<sup>17</sup> op. cit. p. 88

A renovação paradigmática, entretanto, somente se dá com a articulação entre a experiência e a teoria experimental. A nova teoria, assim, converte-se em paradigma. A mudança segue três movimentos identificáveis: a consciência prévia da anomalia, a emergência gradual e simultânea de um reconhecimento tanto no plano conceitual como no plano da observação e conseqüente mudança das categorias e procedimentos paradigmáticos, sendo ainda que tais mudanças são na maioria das vezes acompanhadas por resistência.

Um dos problemas aparentes para o reconhecimento de uma superação paradigmática é o de que há uma tendência à adaptação do indivíduo ao reconhecimento de padrões conhecidos, utilizando-se de uma das categorias conceituais preparadas pela experiência prévia. A riqueza deste fato está em que na ciência a novidade somente emerge da dificuldade que se manifesta na forma de resistência, em face de um pano de fundo fornecido pelas expectativas existentes. A consciência da anomalia inaugura um período em que as categorias conceituais vão ser adaptadas até que o que antes era considerado anomalia passa a fazer parte das previsões das expectativas.

Há ainda o problema da rigidez científica, na medida em que um desenvolvimento da ciência requer a sofisticação de suas técnicas e vocabulário, o que distancia a mesma dos protótipos habituais do senso comum, levando a uma restrição de visão do cientista e a uma restrição à mudança de paradigma. Na ciência do Direito tal fato é agravado pela concomitância da atividade dita científica com o exercício do poder no cotidiano profissional. O reconhecimento de anomalias no paradigma jurídico é um sério questionamento do ponto de vista do detentor do poder, sobre o uso adequado do próprio poder. Há, neste particular, uma série de mecanismos de restrição ao avanço científico, como por exemplo, as imposições metodológicas formais restritivas do arrojo naturalmente característico dos novos pesquisadores. É o chamado "escudo" mencionado por FARIA<sup>18</sup> ao aludir à questão do ensino jurídico: "Graças a esse escudo propiciado pela especialização, cada paradigma pode dar-se ao luxo de desqualificar os contradiscursos acusando-os, simplesmente de 'incompetentes' ". Esse escudo ao qual o autor se refere é composto de: a. regras de interdição (não é qualquer um que pode afirmar qualquer coisa); b. regras de exclusão (quem não internaliza os valores da comunidade não é um interlocutor válido); c. monopólio da informação (o discurso especializado é aquele pronunciado do ponto de vista específico de uma hierarquia

---

<sup>18</sup> José Eduardo FARIA – *A crise do direito numa sociedade em mudança*, Brasília, Universidade de Brasília, 1988, p. 27

organizacional). A nosso ver a "metodologia" pode ser utilizada dentro dessas estratégias de bloqueio ao contradiscurso. BOURDIEU indica sua preocupação com o tema, quando trata de criticar o rigor excessivo, que se transforma em rigidez: "Em suma, a pesquisa é uma coisa demasiado séria e demasiado difícil para se poder tomar a liberdade de confundir a *rigidez*, que é o contrário da inteligência e da invenção, com o *rigor*, e se ficar privado deste ou daquele recurso entre os vários que podem ser oferecidos pelo conjunto das tradições intelectuais da disciplina – e das disciplinas vizinhas: etnologia, economia, história."<sup>19</sup>

KHUN<sup>20</sup>, ciente das dificuldades de utilização indiscriminada do termo paradigma, no posfácio de sua obra, procura esclarecer o sentido dizendo que o paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham de um paradigma. Esta é uma circularidade que apresenta uma fonte de dificuldades reais.

A comunidade que compartilha de um paradigma pode ser descrita como um grupo de praticantes de uma mesma ciência. São submetidos a uma educação e formação profissionais similares, absorvendo uma determinada concepção teórica e valorativa sobre sua ciência, tendo como fonte uma determinada literatura, que definem tanto o objeto de sua ciência, quanto o método próprio. Tais comunidades científicas têm ainda a função de treinar e preparar os seus sucessores. A linguagem técnica funciona como um elemento filtrante, fazendo com que por um lado a comunicação fique mais especializada, e, por outro, quem não tenha conhecimento do jargão seja alijado do processo do conhecimento. As comunidades científicas são não somente produtoras do saber, mas legitimadoras do mesmo. No caso do Direito vamos encontrar o problema de compatibilizar um sistema de saber ético, que parte de dogmas postos fora do conhecimento objetivável, com os princípios científicos, notadamente o da verificabilidade. Acrescido a este, o problema de que o objeto de conhecimento jurídico possui natureza normativa, e não é possível descrever o fenômeno jurídico sem se considerar tal fato. Assim que, no Direito, o papel de legitimação do saber construído toma mais relevo. BOURDIEU afirma que "O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar*

---

<sup>19</sup> Pierre BOURDIEU - Op. cit, p. 26

<sup>20</sup> Thomas S. KHUN - Op. cit. p. 219

(de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social." <sup>21</sup>

O paradigma é produzido por um determinado grupo que dispõe e delimita o saber e a própria produção do saber de uma ciência determinada. Existe, portanto, um determinado grupo responsável pela produção, mudança ou destruição de um determinado modelo teórico hegemônico. A partir do momento em que existe um razoável consenso em relação a um outro conjunto de compromissos de resposta deste grupo chamado de comunidade científica, observa-se o caminho preparado para uma revolução paradigmática. Naturalmente o consenso razoável de que estou falando não pressupõe que todos os envolvidos com uma determinada ciência estejam orientados e motivados a realizar o esforço de repensar os fundamentos de uma determinada teoria. Os estímulos da realidade vão ser percebidos por todos envolvidos com aquela determinada ciência, dando a sensação incômoda da incompatibilidade de uma determinada explicação, ou mesmo que ela seja apenas parcialmente satisfatória. O problema da identificação das opiniões e sensações dos grupos que compõem a “comunidade científica”<sup>22</sup> do Direito em face de seu paradigma dominante será abordado em outro capítulo deste trabalho.

José Eduardo FARIA<sup>23</sup> aponta os limites da aplicação do termo, e para os efeitos do presente trabalho será tomado o sentido de que o paradigma é um saber hegemônico

---

<sup>21</sup> Pierre BOURDIEU - Op. cit, p. 212

<sup>22</sup> Utilizo o termo aqui em sentido não ortodoxo, significando o grupo de operadores e produtores de um determinado saber

<sup>23</sup> “Minha primeira tese, para efeito de argumentação, é a de que a Ciência do Direito hoje aceita como válida na maioria absoluta de nossos cursos jurídicos não constitui um discurso homogêneo. Pelo contrário, ela reflete a utilização simultânea de vários paradigmas de ciência, os quais são ensinados aos alunos sob o vago e ambíguo rótulo de “humanismo”. A idéia de paradigma tem aqui um significado bastante preciso e específico, implicando uma teoria básica, uma matriz disciplinar e algumas aplicações exemplares, aceitas pelos cientistas ao ponto de suspenderem o esforço crítico de discussão de seus pressupostos e de suas possíveis alternativas substitutivas.

Deste modo, como os paradigmas acabam estabelecendo o sentido do limite e o limite do sentido das atividades científicas, o interesse da ciência se voltaria tanto à resolução dos problemas e à eliminação das incongruências segundo os esquemas teóricos e metodológicos aceitos quanto a uma extensão a questões originariamente não tematizadas no âmbito da aplicação do paradigma. Como tais esquemas teóricos e metodológicos acabam por impor quer a definição dos problemas quer das estratégias de resolução, as discussões no âmbito das ciências “desenvolvidas” e “maduras” correm o risco de se transformarem em *puzzles* - isto é, enigmas com um número limitado de peças que o cientista, à imagem de um jogador de xadrez, vai movendo até encontrar a solução final.” FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre, Fabris, 1987 - Capítulo IV p. 41

dentro de uma comunidade que partilha determinada crença científica. Com o estabelecimento de um paradigma, há a cessação de contestação constante dos fundamentos de determinada teoria sobre algo ou algum fenômeno. O paradigma, assim, se coloca como que um dogma para a discussão dos problemas propostos em determinado momento histórico, para uma determinada comunidade científica e em determinado lugar geográfico. É, portanto, possível aplicar-se o termo paradigma ao Direito, se com ele nos referirmos a um saber hegemônico.

Em face deste saber hegemônico as crises nos modelos científicos não se expressam em um momento imediato, não são totalmente devidas a um ou poucos cientistas, e vão impactando paulatina e constantemente o paradigma vigente até que se instale o próximo. Há, portanto, momentos em que o "os paradigmas entram em crise. Isto ocorre quando eles não conseguem mais fornecer orientações, diretrizes e normas capazes de nortear o trabalho científico. Os problemas deixam de ser resolvidos conforme as regras vigentes – para cada problema solucionado vão surgindo outros de maior complexidade. A certa altura, o efeito cumulativo deste processo entra num período de crise: não tendo mais condições de fornecer soluções, os paradigmas vigentes começam a revelar-se como fonte última dos problemas e das incongruências, e o universo científico que lhes corresponde gradativamente converte-se num amplo sistema de erros, onde nada pode ser pensado corretamente. A partir daí, outros paradigmas emergem no horizonte científico – e o processo em que eles aparecem e se consolidam constitui o que Kuhn chama de *revolução científica*."<sup>24</sup>

O Direito em sua matriz juspositivista kelseniana vem sendo discutido não é de agora, e trabalhos das mais diversas áreas das ciências humanas apontam para as condições de mudança e complexidade na realidade social.

### **2.1.3 o paradigma juspositivista de Kelsen**

O paradigma juspositivista kelseniano é uma construção teórica feita por HANS KELSEN no início do século que se funda na pretensão de purificar metodologicamente o estudo da "Ciência do Direito", e, desta forma, depurar os fatores que o autor vem a qualificar como metajurídicos. O próprio KELSEN aponta sua pretensão nas suas duas obras básicas da seguinte maneira: "O problema da Justiça, enquanto problema

---

<sup>24</sup> José Eduardo FARIA – *A crise do direito numa sociedade em mudança*, Brasília, Universidade de Brasília, 1988. p. 22

valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito Positivo como sendo a realidade jurídica.”<sup>25</sup> E mais a frente fala sobre o objetivo de sua Teoria Pura e o princípio metodológico utilizado<sup>26</sup>: “[A Teoria Pura do Direito] Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ser ele feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando designa a si própria como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.” (...) “Quando esta doutrina é chamada “teoria pura do Direito”, pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação. (...) A teoria pura do Direito insiste numa distinção clara entre o Direito empírico e a justiça transcendental, excluindo esta de seus interesses específicos. (...) Apenas separando a teoria do Direito de uma filosofia da justiça, assim como da sociologia, é possível estabelecer uma ciência específica do Direito. (...) É precisamente por seu caráter anti-ideológico que a teoria pura do Direito prova ser uma verdadeira ciência do Direito.”<sup>27</sup>

Sobre a pretensão de KELSEN, esclarece FERRAZ JR.<sup>28</sup>: “Esta multiplicidade [de utilização de conceitos de diferentes naturezas] levou Hans Kelsen a propor o que chamou Teoria Pura do Direito, numa manifesta pretensão de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los coerentemente. Esta dimensão seria a *normativa*. Kelsen propõe, nestes,(sic) termos, uma ciência jurídica preocupada em ver, nos diferentes conceitos, o seu aspecto normativo, reduzindo-os a normas ou a relações entre normas. O princípio de sua proposta está numa radical distinção entre duas categorias básicas de todo o conhecimento humano: ser e dever ser, a partir da qual se distinguem o mundo da natureza e o mundo das normas. Kelsen reconhece que o Direito é um fenômeno de

---

<sup>25</sup> Hans KELSEN - *Teoria pura do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1991, prefácio

<sup>26</sup> *idem*, pág. 1

<sup>27</sup> Hans KELSEN. *Teoria geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1992. págs. 2/4

<sup>28</sup> Tércio Sampaio FERRAZ Jr. *A ciência do direito*, São Paulo, Atlas, 1986. pág.37

amplas dimensões, sendo objeto de uma Sociologia, História, Antropologia, Psicologia, Ética, etc. Para a Ciência do Direito *stricto sensu*, porém, ele deve ser visto como um objeto que é o que é *pela sua especial forma normativa.*”

O conceito que ora trataremos nos importa na medida em que é ele, o paradigma juspositivista normativista, que compõe, do ponto de vista epistemológico, com o liberalismo e seus valores, do ponto de vista ideológico, a estrutura conceitual de base do ensino jurídico de graduação vigente no Brasil. Axiologicamente, é esta dicotomia, por um lado o positivismo normativista (instrumentalizado pelo método lógico-formal de base dedutivista), e por outro o liberalismo de característica conservadora, que funciona como constituinte da noção de ciência do Direito que nos é passada, bem como de sua função prática.

O paradigma juspositivista kelseniano que hoje vemos presente nos cursos de graduação em Direito e que conforma teoricamente o ator jurídico é decorrente de uma cultura tradicional que iniciou seu processo de decadência a partir da expansão industrial dos anos 50. Do ponto de vista do que chamo de superação paradigmática, poder-se-ia dizer que o paradigma precedente ao juspositivismo de matriz kelseniana está ainda associado a um positivismo transcendente, de acordo com o qual o Direito Positivo é postulado como um Direito natural inerente ao homem, integrante de sua personalidade e imutável, bem como universal em seus primeiros princípios, motivo pelo qual a lei e a ordem passam a ser os valores naturais básicos que se deveria preservar. Todas as vezes em que o Direito Positivo não se fundamenta naqueles princípios e nesses valores ele poderá ser considerado ato de arbítrio. Por isso, compreendendo o Direito como um objeto ético, algo que o indivíduo encontra na sociedade e por ele pauta seu comportamento social, e dando ao ensino um enfoque basicamente generalista e liberal, tal paradigma privilegia questões relativas a uma concepção bastante abstrata de justiça.

O paradigma vigente é uma construção teórica forjada e consolidada no decorrer da modernização sócio-econômica do país, entre os anos 60 e 80, e é vinculado ao caráter normativista do positivismo de inspiração kelseniana<sup>29</sup>. Este paradigma considera

---

<sup>29</sup> Esclareço que faço uso, para os efeitos deste trabalho, do conceito de paradigma juspositivista kelseniano no seu sentido reduzido, incompleto. Trago aqui de Kelsen aquilo que nas faculdades em geral se aprende dele. O objetivo é identificar esta vulgata kelseniana segundo a qual são formados os atores jurídicos. Kelsen, entretanto, propõe claramente na Teoria Pura os limites de seu esforço epistemológico, fazendo referência no capítulo final da obra à interpretação do direito como ato de vontade do operador que pode "criar direito". Assim, elucida o autor: "A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a "justeza"

o Estado como fonte central de todo o Direito e a lei como sua única expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente, cuja pretensão de “completude” despreza, como já dito, no designativo de “metajurídicas”, todas as indagações de natureza social, política e econômica. Esta abordagem implica, de acordo com o que foi dito antes, a concepção da cultura jurídica como um simples repertório fixo e imóvel de dogmas, propiciando a concepção da “dogmática jurídica” como um mero conjunto de normas. No âmbito da dogmática jurídica, em síntese, a preocupação central é a subsunção do fato à previsão legal (tipicidade), valorizando-se os aspectos lógico-formais do Direito Positivo e enfatizando-se as questões da legalidade, da validade da norma, da determinação do significado das regras, da integração das lacunas, da eliminação de antinomias, etc.<sup>30</sup>

Se é certo que na literatura jurídica vem sendo travado um debate em torno das duas concepções distintas ora mencionadas, a que vê o Direito como uma simples técnica de controle e organização social - o que implica um conhecimento jurídico meramente informativo e despolitizado a partir de um sistema legal tido como completo, lógico e formalmente coerente - e a que o concebe como um instrumento de direção e promoção social, encarando-o numa perspectiva histórica e valorizando-o antes como

---

(correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo." Op. cit, págs. 366/367. E sobre a inserção de decisões ilegais no sistema jurídico: "Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo - especialmente pelos tribunais de última instância." Op. cit. págs. 369/370.

<sup>30</sup> José Eduardo FARIA aponta que “Embora ambos os paradigmas sejam encontrados em nossas faculdades de direito, eles não se situam numa posição de igualdade - o que nem sempre à primeira vista é percebido pelos alunos e pelos próprios professores, face a permanente ambigüidade das relações do saber jurídico com o social, ambigüidade essa obscurecida pelo ideal monolítico de uma ciência do direito hegemônica. No conflito histórico entre esses dois paradigmas, cada vez mais o positivismo normativista vai invadindo o espaço ocupado pelo positivismo transcendente, incorporando-o apenas com o objetivo de utilizá-lo de maneira estereotipada como justificativa retórica da legitimidade de seus pressupostos lógicos e de suas prescrições formais. Em outras palavras, a medida em que o positivismo normativista avança tanto em nossas faculdades de direito quanto no próprio universo profissional dos juristas, no limite ele se vale de uma vulgata jusnaturalista - expressa sob a forma da defesa de um vago e ambíguo “humanismo” - para invocar a validade de sua função social.” FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre, Fabris, 1987, pág. 42

um método para a correção de desigualdades e consecução de padrões mínimos de equilíbrio sócio-econômico do que como uma técnica para a consecução de certeza e segurança - o que pressupõe um conhecimento jurídico multidisciplinar a partir de uma interrogação sobre a dimensão política, sobre as implicações sócio-econômicas e sobre a natureza ideológica da ordem legal, como diz FARIA<sup>31</sup>, é certo também que, do ponto de vista da formação do ator jurídico o paradigma Kelseniano é a referência a qual, de forma hegemônica, os formadores se remetem, transmitindo e inculcando este como valor cultural e teórico paradigmático do Direito. Sobre o paradigma juspositivista kelseniano, refere-se BOURDIEU: "A reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da acção jurídicos afirma-se na constituição em teoria de um modo de pensamento específico, totalmente liberto do peso social, e a tentativa de Kelsen para criar uma 'teoria pura do Direito' não passa do limite ultra-consequente do esforço de todo um corpo de doutrinas e de regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento."<sup>32</sup>

Algumas das características do Direito no modelo paradigmático juspositivista kelseniano são as seguintes;<sup>33</sup> a) inspiração doutrinária no positivismo, normativismo, formalismo; b) idéia de Direito como um sistema estático, fechado, autônomo em relação ao meio social; c) racionalidade formal (interna ao sistema); d) acesso à justiça restrito, regulado pelo direito processual de maneira rigorosa por critérios basicamente formais; e) discricionariedade operada por delegação estrita, segundo determinação do direito processual; f) o método enfatizado é o lógico-dedutivo exegético; g) o alcance das sentenças é retrospectivo, dada a valorização da função repressora e restitutiva das leis; h) qualificação/práxis - delegação estrita, segundo determinação do direito processual (em oposição a um conhecimento científico de caráter histórico-sociológico fundado numa teoria da justiça e funcionando como instrumento de engenharia social).

Desta forma, caracterizado o juspositivismo kelseniano, trataremos mais a frente de perceber suas implicações tanto na questão da crise do Direito e do judiciário bem como na formação do ator jurídico.

---

<sup>31</sup> José Eduardo FARIA. (org) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo, Malheiros, 1994. O Judiciário e o desenvolvimento econômico, p. 20

<sup>32</sup> Op. cit., p. 209

<sup>33</sup> José Eduardo FARIA. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*, São Paulo, RT, 1991, pág. 80. Há um quadro de comparação entre dois modelos de concepção do ator jurídico, num primeiro chamado de "concepção passiva" e num segundo modelo chamado de "concepção ativa", sendo o primeiro identificado com o modelo do juspositivismo normativista.

#### 2.1.4 a chamada "crise do Direito"

O que se procura sustentar no presente trabalho é que a realidade jurídica atual possui os requisitos de uma situação de superação paradigmática, na forma das condições que virão a ser apontadas. A consciência de que o Direito vive um momento em que as anomalias estão constantemente presentes é fato de razoável consenso entre os seus operadores. A chamada “crise do Direito” é causada pela permanência de tais anomalias de forma crônica.

Um dos sentidos do presente trabalho é apontar exemplos de procedimentos e conceitos jurídicos que vêm sendo diversificados ou aplicados de forma "alternativa"<sup>34</sup>, que parecem, a nosso ver, confirmar a hipótese de uma superação paradigmática. Quanto à resistência à mudança e à aceitação de novos padrões decisórios e conceitos jurídicos, a manutenção do tipo de formação jurídica que se observa nas faculdades de Direito e o método dedutivo tão prestigiado pela doutrina são exemplos de tal fato.<sup>35</sup>

O que se convencionou chamar de crise do Direito é um conjunto de condições que apontam para a possibilidade de mudança e que se revela em disfunções, ou para usar os dizeres de KHUN, anomalias (segundo o paradigma vigente) reveladoras da incapacidade do modelo de saber hegemônico de dar respostas satisfatórias a determinados problemas contemporâneos apresentados na concretude fática. É certo que o Direito somente se realiza na prática, como resultado do embate dialético entre a norma com o seu caráter de abstração e a realidade na qual se aplica a mesma. A realidade para a qual se preparam os atores jurídicos e para a qual teoricamente se produziu o juspositivismo parece não existir. A natureza dos conflitos se alterou, as características do sujeito de direito se modificaram, e, portanto, os conhecimentos do ator jurídico devem ser outros. Questões macroeconômicas, novos direitos, a globalização econômica, a perda de capacidade normativa do Estado-nação, entre outros fatos, provocam o ator jurídico a pensar o Direito de forma diversa daquela de uma

---

<sup>34</sup> Excluída da palavra a carga simbólica que a mesma assumiu com o movimento do "direito alternativo", já que aqui não se trata de identificar tais procedimentos com os dos integrantes daquele movimento.

<sup>35</sup> Os temas são discutidos por Renata Salgado LEME, *Um estudo sobre o perfil dos estudantes de direito das escolas privadas* - São Paulo, Dissertação em mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1998 e FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda, *Crise da Universidade e Crise do Ensino Jurídico*, in PIMES - Comunicações 18 - A Universidade e seus Mitos, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1977, p. 95.

realidade socio-econômica de matriz liberal na qual a tradição do pensamento jurídico ocidental foi conformada.

Na década de 80 e no princípio da de 90, foi vista uma mudança profunda na configuração política mundial, afetada por algumas importantes transformações nas posições geo-políticas globais, nas comunicações, na quebra das barreiras ao comércio internacional, bem como o aparecimento de novas questões jurídicas, como a crescente consciência do direito ao meio ambiente saudável, por exemplo, e as questões éticas surgidas com o desenvolvimento da biotecnologia. Do ponto de vista político, diante desta nova e complexa realidade, o Estado redimensiona e reconfigura seu papel. O Direito, instrumento de regulação privilegiado do Estado, tende também a se reconfigurar. Se o Estado está em crise, o Direito também está. A crise é em nível econômico e também crise dos modelos de regulação social tradicionais, incluindo o Direito. A crise atual do Estado indica que os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação, postos há um século, já não funcionam.

O Estado tem se transformado no transcorrer do tempo, e o Direito, como o principal meio ou instrumento de regulação estatal, também tem mudado. Conforme visto anteriormente, pode-se distinguir, na história moderna, dois tipos de Direito que podemos associar aos dois tipos de Estado descritos, Direito do Estado Liberal e o Direito do Estado Social. A interdependência crescente dos países, do ponto de vista econômico e financeiro, assim como a complexidade dos problemas novos e a rapidez das mudanças, levaram o Direito à impossibilidade da seqüência desse modo de produção e de aplicação das regras jurídicas, bem como a um estado de crise que se reflete na dificuldade que tem o Estado para aplicar seus programas legislativos, e no reconhecimento da existência de um pluralismo jurídico.

O embate entre a função planejadora do Estado e sua conseqüente necessidade de um Direito instrumentalizador de políticas públicas e a tradição jurídica de garantia e segurança demonstra o paradoxo ao qual está sujeito o Estado contemporâneo. Nos dizeres de José Eduardo FARIA, o fenômeno gera a chamada “inflação jurídica”, com a qual o Direito contemporâneo tem de conviver: “Condicionado assim por dois princípios conflitantes, o da *legalidade* (típico do Estado liberal-clássico) e o da *eficiência* das políticas públicas nos campos social e econômico (típico do Estado-Providência), o Estado contemporâneo, por meio de seu Poder Executivo, passa a agir de modo paradoxal gerando, em nome da estabilização monetária, do equilíbrio das finanças públicas, da retomada do crescimento e da abertura comercial e financeira, uma

corrosiva inflação jurídica. Este tipo de inflação se traduz pelo crescimento desenfreado do número de normas, códigos e leis, de tal modo que a excessiva acumulação desses textos legais torna praticamente impossível seu acatamento por seus supostos destinatários e sua aplicação efetiva pelo Judiciário, ocasionando, por consequência, a “desvalorização” progressiva do direito positivo e o impedindo de exercer satisfatoriamente suas funções controladoras e reguladoras. No limite, esse processo leva à própria anulação do sistema jurídico, pois, quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os devedores, num círculo vicioso cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas devedores, todos sem direito algum. Este é o potencial corrosivo da inflação jurídica - o risco da própria morte do direito.”<sup>36</sup>

Há, assim, uma crise do Direito que, indissociada da crise do Estado, se apresenta num de seus aspectos como uma progressiva deterioração da organicidade do sistema jurídico, com o colapso do constitucionalismo e a crescente superação do equilíbrio entre os poderes, bem como o fenômeno da globalização econômica, a partir da década de 80. As estruturas jurídicas e políticas legadas pelo Estado liberal, no século XIX, e pelo Estado Social, no século XX, demonstram estar passando por um momento de crise e transformação, e assim também o Direito.

A perda de confiança nas soluções normativas é a expressão mais clara da perda de legitimidade do Direito, já que as condições apresentadas pela realidade são muito diversas daquelas em face das quais o repertório normativo vigente foi concebido, aspecto que será tratado oportunamente no presente trabalho. E a legitimidade condiciona o funcionamento do Direito enquanto sistema decisório, porquanto calibra o sistema, conferindo-lhe segurança, por meio da aquiescência generalizada.

Estruturas da ordem jurídica são ultrapassadas e a própria técnica jurídica é alterada. Há instabilidade no Direito Positivo em razão da já aludida inflação legislativa. Paira a insegurança jurídica acarretada pela perda de confiança nas soluções normativas; o Estado se ausenta das suas funções para parcela considerável da população; o aumento de poder dos instrumentos de controle social como a manipulação dos instrumentos de comunicação de massa, a baixa implementação dos direitos individuais e sociais

---

<sup>36</sup>FARIA, José Eduardo. (organizador) *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 9

consagrados constitucionalmente, tudo isso faz o perfil de uma crise do Direito a qual nos referimos.

Trataremos de analisar, para os fins do presente trabalho, dois diferentes aspectos da crise do Direito, quais sejam; a crise do Judiciário e a visão dos juízes sobre tal crise, em face de sua formação. A atenção a este aspecto nos será de relevo à medida em que nosso objeto de estudo é a decisão judicial.

#### **2.1.4.1 a crise do Judiciário**

A crise do judiciário, a par de já ter sido tão discutida, merece neste trabalho uma descrição sob a perspectiva teórica da sociologia jurídica.<sup>37</sup> Segundo essa teorização, os tribunais passaram por um momento epocal inicialmente caracterizado pela realidade social de um Estado liberal e que passa a ter natureza intervencionista no período do Estado-providência. No primeiro momento o período cobre o século XIX e prolonga-se até a Primeira Guerra Mundial. Esse modelo de Estado liberal se assenta nas seguintes idéias: 1. a teoria da separação dos poderes; 2. a neutralização política do poder judicial decorrente do princípio da legalidade, sendo o poder judiciário acionado retroativamente, o que significa dizer que ele atua com o objetivo de reconstruir uma realidade normativa preexistente; 3. o poder judicial reativo, ou seja, só atuando quando solicitado pelas partes; 4. os litígios dos quais se ocupa são interindividualizados; 5. o princípio privilegiado na resolução dos litígios é o da segurança jurídica; 6. a independência dos tribunais reside no fato de os mesmos estarem total e exclusivamente submetidos ao império da lei, sendo essa a expressão da não interferência dos poderes.

Segundo Boaventura Santos e outros, nesse período, a posição institucional dos tribunais os predispôs a uma prática judiciária tecnicamente exigente, mas eticamente frouxa.<sup>38</sup>

Já no momento epocal em que vige o Estado-providência as condições político-jurídicas começam a se alterar, sendo que após a Segunda Guerra Mundial surge consolidada uma nova forma política. Com a mudança de arranjo na natureza do Estado, ocorre um impacto no significado sociopolítico dos tribunais caracterizado pelas

---

<sup>37</sup> Para uma descrição mais detalhada do fenômeno, um texto que tem o mérito da didática e a profundidade necessária para a compreensão do problema é *Os tribunais nas sociedades contemporâneas* de autoria de Boaventura de Sousa SANTOS, Maria Manuel Leitão MARQUES e João PEDROSO, publicado na Revista Brasileira de Ciências Sociais, no. 30, ano 11, fev. de 1996.

<sup>38</sup> op. cit, p. 34

seguintes condições: 1. a teoria da separação dos poderes colapsa; 2. o novo instrumentalismo jurídico se traduz em sucessivas explosões legislativas, surgindo um caos normativo que torna problemática a vigência do princípio da legalidade e impossível a aplicação da subsunção legal; 3. o forte componente promocional do Estado-providência enseja a juridificação da justiça distributiva. O Estado assim assume a gestão da tensão que ele próprio cria, entre justiça social e igualdade formal; 4. os dissídios tornam-se coletivos em sua significação, ou seja, a distinção entre litígios individuais e litígios coletivos torna-se problemática na medida em que os interesses individuais aparecem articulados com interesses coletivos.

Com essa descrição fica clara a alteração da significação sociopolítica do Judiciário, que de órgão passivo torna-se agente necessário da mudança, posto que é chamado a pronunciar-se sobre questões coletivas, decidindo de forma que repercute, por exemplo, sobre a viabilidade ou não de planos de governo, quando resolve litígios que têm natureza macro-econômica.

O problema atualiza-se no final da década de 70 e início de 80, quando o Estado-providência entra em crise de financiamento dos seus serviços.

A par dessa realidade, a globalização da economia com a instauração da *lex mercatoria*, a erosão da soberania do Estado e a conseqüente instauração de um neoliberalismo mundial, notadamente privilegiador do capital, são fatores que levaram o Judiciário a enfrentar uma crise que se desdobra em vários aspectos<sup>39</sup> quais sejam: crise de *legitimidade*, de *independência* e de *produtividade*.

Se o Judiciário vive uma crise, a mesma é corolário de uma crise maior, a crise do Estado e da própria sociedade. José Reinaldo de Lima LOPES<sup>40</sup> vai apontar quatro aspectos da sociedade brasileira ao trabalhar com a temática do Judiciário e seu papel social, que ilustram a conflitividade do modelo teórico ao enfrentar os fatos. São eles os seguintes: 1) complexidade; 2) ambiguidade/conflitividade; 3) o papel dos controles sociais não-jurídicos; 4) a ocorrência histórica de um Estado de Segurança Nacional.

Por complexidade o autor entende as múltiplas especializações promovidas pela industrialização, bem como a multiplicidade das formas de relações de produção, onde convivem simultaneamente formas sociais que vão desde as tribais até relações mais

---

<sup>39</sup> Dalmo de Abreu DALLARI. *O Poder dos Juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996, especialmente o cap. VI.

<sup>40</sup> José Reinaldo de Lima LOPES.. *A função política do Poder Judiciário* in *Direito e Justiça - A função social do Judiciário*, José Eduardo Faria (org), págs. 124/129

típicas do capitalismo avançado. Tais condições são ensejadoras de uma integração social fraca.

Já por ambiguidade/conflitividade se entende a contraditoriedade das demandas de diferentes grupos sociais, as quais, nos dizeres do autor, não “dão liga”, revelando a distância que separa os diversos grupos da sociedade brasileira. A existência de controles sociais não-jurídicos é outra característica apontada pelo autor, que revela meios que funcionam mais pela persuasão e incentivos do que pela repressão. A função de persuasão e incentivo, com o instrumento da sanção premial, é mais adequada às sociedades modernas, planificadoras, e o pensamento jurídico está preso à idéia de sanção e repressão de desvios. Por derradeiro, o autor aponta a característica da sociedade brasileira de ter passado por um período histórico de um Estado de Segurança Nacional, quando o Judiciário perdeu sua autonomia. Tais características da sociedade brasileira, conjugadas à questão da origem e tradição histórica da criação do nosso Estado Nacional são apontadas como campo fértil para a situação crítica em que se encontra o Judiciário.<sup>41</sup>

De uma forma menos elaborada, a crise do Judiciário a qual nos referimos é a situação resultante de uma expectativa frustrada do que se espera do mesmo e aquilo que se apresenta como resultado de sua atuação.

SADEK e ARANTES<sup>42</sup> vão apontar, numa outra categorização, as três diferentes dimensões da crise do Judiciário como sendo: 1. *crise institucional*; 2. *crise estrutural*; 3. *crise relativa aos procedimentos*.

A *crise institucional* é aquela oriunda da inconciliação entre a necessidade de proferir decisões baseadas na estrita legalidade em conflitos de natureza política que chegam à apreciação do Judiciário. O controle de constitucionalidade exercido sobre os outros dois poderes aumenta a responsabilidade de mediação política do Judiciário. Decidir politicamente e viabilizar os planos governamentais por um lado e garantir a obediência à estrita legalidade de outro tem sido a prática de um Poder que, incompreensivelmente para a grande parcela da população, decide a favor ou contra certas medidas executivas, dependendo muito mais das conseqüências práticas do

---

<sup>41</sup> A sociedade brasileira tornou-se assim, como vimos descrevendo, uma sociedade complexamente estruturada, onde as possibilidades conectivas e significativas ultrapassam em muito a previsibilidade normativa. Sobre a noção de complexidade estrutural, LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1983, 2 volumes.

<sup>42</sup> Maria Tereza SADEK e Rogério Bastos ARANTES. *A crise do Judiciário e a visão dos juízes*, in Revista USP, Dossiê Judiciário, no. 21, págs 35/45

resultado da decisão do que da obediência estrita a ditames legais. A percepção, ainda que de forma não completamente consciente, dessa inconsistência, afeta a legitimidade do Judiciário.

A *crise estrutural* é a face concreta, por assim dizer, da crise do Judiciário. É ela que evidencia a sua estrutura lenta e pesada, sua inoperância no que tange à eficiência em termos de quantidade de soluções de processos, bem como ao que os autores chamam de problema da *mentalidade* do juiz, que poderia ser descrito como a dimensão da cultura jurídica do julgador. O espírito refratário a mudanças e questionamentos e a postura corporativa completam este quadro.

A *crise relativa aos procedimentos* pode ser descrita como sendo o entrave ao bom e rápido trâmite dos processos em razão da exagerada possibilidade recursal e de formalidades procedimentais. Por um lado a formalidade é a garantia da segurança de uma produção probatória o mais justa possível, em atenção ao devido processo legal, mas por outro dá margem a que se postergue a decisão final muito além do desejado, o que compromete a efetividade do processo.

É desta crise que estamos falando. Uma crise que, utilizando de forma análoga as categorias utilizadas por SADEK às de FRIEDMAN, podemos dizer que se apresenta nas três diferentes dimensões: institucional, cultural e normativa. Tal crise evidencia o estado de instabilidade do modelo do saber que domina a ação dos atores jurídicos envolvidos nas atividades judiciárias, bem como aponta para anomalias do paradigma, na medida em que não apresentam respostas satisfatórias aos problemas concretos a serem resolvidos. A crise do Judiciário é, assim, um dado que indica uma crise do próprio paradigma segundo o qual os operadores do Direito são formados (cultura jurídica de formação) e segundo o qual atuam na prática (cultura jurídica de atuação prática). O próprio fato de que esse conjunto de dados sobre a atuação do Judiciário seja chamado de "crise", indica que estamos frente a uma situação de violação das expectativas dos operadores deste saber, ou desta ciência. A nosso ver, essa violação de expectativas e a constatação das chamadas anomalias revelam uma fonte de crise aguda, comprometedora da permanência do paradigma.

#### **2.1.4.2 os juízes e a crise do judiciário**

Os atores principais na atividade decisória, até por que são eles que decidem, são os juízes. Analisaremos a crise do judiciário vista e sentida pelos juízes, bem como tentaremos identificar o comportamento dos mesmos em face de tal crise.

Já vimos que a formação do ator jurídico é orientada em dois sentidos paralelos, um que confere uma significação teórica ao Direito, outra que confere a significação ideológica ao mesmo. O juiz é formado segundo os mesmos cânones e possui as mesmas características positivas e negativas advindas de tal formação. A tradição positivista normativista com a ênfase na interpretação lógico-formalista do Direito produz, também no julgador, um tipo de visão do Direito na qual sua atividade se resume, em tese, à subsunção dos casos concretos às hipóteses normativas. Já a formação liberal, no que concerne aos valores que acompanham toda a formação acadêmica do juiz, faz com que o mesmo defenda os princípios da liberdade e igualdade. Tais princípios originam-se, como sabido, num contexto histórico específico, com a instauração de um Estado Nacional fundado no primado do valor individual, de uma sociedade pouco complexa, e de uma categoria de sujeito de Direito bastante específica, se comparada com a que atualmente temos.

Os juízes percebem a crise do judiciário mais pelo seu viés normativo e institucional do que cultural, conforme veremos em seção posterior. Importa neste momento chamar a atenção para o papel do magistrado no processo decisório, identificando sua matriz teórica de formação já que, será nele, magistrado, que focaremos nossa atenção no próximo capítulo da presente dissertação.<sup>43</sup>

### **2.2 modelos alternativos**

Na presente seção pretendemos apresentar os modelos alternativos com os quais, por um lado, realizaremos a análise das decisões objeto do trabalho e por outro, tentaremos identificar as condições da superação paradigmática do juspositivismo kelseniano, buscando elementos metodológicos e dados que nos confirmem a hipótese de exaustão do paradigma referido. Faremos uma exposição sucinta das construções

---

<sup>43</sup> Há vários trabalhos sobre os juízes e a crise do judiciário, dentre eles os importantes trabalhos de Maria Tereza SADEK, *A crise do Judiciário vista pelos juízes* in *Uma introdução ao estudo da Justiça*, São Paulo, Idesp/ Editora Sumaré, 1995. e *A crise do judiciário e a visão dos juízes*, da mesma autora em companhia de Rogério Bastos ARANTES e uma pesquisa realizada pelo IUPERJ/ABM, intitulada *Juízes* (em cópia reprográfica),

teóricas que suportam nosso argumento e trataremos de demonstrar a relevância da escolha de tais instrumentos.

O primeiro deles é uma teoria da norma que possui o mérito de permitir uma abordagem dinâmica da validade normativa e que possui a qualidade de não ser reducionista, não identificando Direito e norma jurídica.

O segundo instrumento teórico utilizado é um trabalho que trata das mudanças no Direito e se apresenta como uma útil ferramenta teórica no sentido da análise das condições da mudança paradigmática ora sustentada.

### **2.2.1 a norma jurídica no modelo pragmático de Tércio Sampaio Ferraz Jr.**

Conforme já mencionado, o modelo de análise pragmático da norma será utilizado para uma compreensão da forma pela qual o paradigma admite, num certo nível, a ocorrência de disfunções. Como pode haver “ilegalidades” que são perpetradas e assumidas pelo Direito e por qual via elas entram no sistema jurídico? Possíveis respostas a tais perguntas serão procuradas utilizando-se o instrumental teórico do modelo normativo pragmático.

A seguir faremos uma explanação sintética da teoria pragmático-normativa, com base na conhecida obra de FERRAZ Jr.<sup>44</sup>

A teoria pragmático-normativa de FERRAZ Jr. é apoiada em um estudo<sup>45</sup> realizado sobre os padrões, patologias e paradoxos da interação comunicacional humana feito na década de sessenta, e sobre cujo modelo o autor aplicou a comunicação jurídico-normativa.

FERRAZ Jr. propõe uma teoria que fornece um modelo descritivo e operacional do fenômeno jurídico normativo do ponto de vista da sua dinâmica interativa comunicacional. Não é pretendida pelo autor a construção de uma teoria que defina o Direito e seu método de investigação, mas sim, a propositura de um modelo capaz de examinar o Direito num de seus aspectos de manifestação: o normativo. Não busca, entretanto, identificar o Direito e a norma, numa postura reducionista. Um segundo corte epistemológico realizado pelo autor é o de tratar o Direito do seu ângulo normativo e encarar a norma do ponto de vista linguístico-pragmático, sem reduzir a manifestação

---

<sup>44</sup> Tércio Sampaio FERRAZ JR.. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro, Forense, 1986.

<sup>45</sup> WATSLAWICK, BEAVIN, JACKSON. *Pragmática da comunicação humana*. Trad. A. Cabral. São Paulo, Cultrix, 1973.

normativa a esta única dimensão. Busca construir, assim, seu modelo. Como modelo, num primeiro sentido, é entendido um padrão esquemático, um esquema simbólico que seleciona traços comuns de fenômenos individuais, ostensivamente diferentes, agrupando-os em classes. Num segundo sentido, são esquemas simbólicos que se referem aos anteriores, consistindo em sistemas de enunciados logicamente concatenados, sempre aproximativos, num grau de abstração superior. O primeiro é o chamado *modelo objeto* e o segundo *modelo teórico*.

A norma é o modelo-objeto sobre o qual será construída a teoria. Dos modelos teóricos se pode fazer a abordagem em uma das três perspectivas seja; a) modelo analítico; b) modelo hermenêutico; c) modelo empírico. De forma sintética, o primeiro modelo vê a norma como um objeto logicizado, o segundo como o pólo de uma relação e o terceiro a encara como um processo decisório.

O modelo assumido é o terceiro e a proposta é construir uma teoria geral da norma jurídica. A riqueza da teoria pragmático-comunicativa para o presente trabalho já se apresenta clara na medida em que toma como aspecto privilegiado da manifestação do fenômeno jurídico o momento e o processo decisório.

### **2.2.1.1 Uma teoria pragmática da decisão**

A teoria pragmático-comunicativa é uma teoria da norma como teoria pragmática da decisão. Assumindo que o Direito é um sistema de controle, pretende-se identificar como se deve fazer para exercer este controle. O termo decisão é, nesta medida, diferentemente do que na tradição se observa como ligado aos processos deliberativos, um ato final, em que uma possibilidade é escolhida, rejeitando-se outras. O processo decisório confere uma satisfação imediata para os conflitos, não necessariamente resolvendo-o por uma solução que o faça desaparecer, mas sim acomodando ou superando propostas incompatíveis. A finalidade da decisão passa ser a da absorção da insegurança, sendo o ato decisório um “componente de uma situação de comunicação entendida como um sistema interativo, pois decidir é ato de comportamento que, como tal, é sempre referido a outrem, em diferentes níveis recorrentes.”<sup>46</sup>

Conflito e decisão passam a exercer uma correlação, na medida em que o conflito é a condição da possibilidade da decisão. É exigência do conflito uma decisão, e a partir

---

<sup>46</sup> Tércio Sampaio FERRAZ JR. et alii - *A norma jurídica, Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, p. 10.

dela não se elimina o conflito, mas apenas se transforma o mesmo. Decisões, portanto, não eliminam conflitos, mas apenas põem termo aos mesmos. A decisão jurídica impede a continuação de um conflito. A coisa julgada assim funciona como um instrumento de cessação da discussão sobre uma incompatibilidade primitiva que, após institucionalizada insere a decisão num regramento próprio ao qual os participantes no conflito se submetem. A decisão não põe fim ao conflito solucionando-o, mas solucionando-o pondo-lhe um fim, e daí para diante, não se pode mais discutir sobre o conteúdo primeiro do conflito. O Direito é, portanto, nesta perspectiva, encarado como um sistema de controle de comportamento.

Valendo-se do conceito de sistema apresentado em WATZLAWICK *et al*, FERRAZ Jr.<sup>47</sup> entende por sistema “um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são os componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são os componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão ao sistema.”<sup>48</sup> O Direito pode ser concebido como um sistema interacional onde o objeto é uma relação comunicativa pessoas-comunicando-com-outras-pessoas ou mais a frente, emissores-normativos-comunicando-com-sujeitos-de-direito. Se expressa, assim, como um fenômeno de partes em comunicação. O princípio básico que domina este tipo de enfoque é o da interação, ou seja, uma série de mensagens trocadas pelas partes.

### **2.2.1.2 Direito como sistema de controle de comportamento**

Neste particular momento surge na teoria um viés de explicação do fenômeno jurídico que nos é de suma utilidade. Isto porque a partir dela poderemos compreender a existência de comandos normativos antinômicos (e, portanto, em tese, inválidos) que são absorvidos pela ordem jurídica com uma roupagem de legalidade, validando-se. Uma mensagem emitida nunca compreende apenas o conteúdo informativo, mas fornece também uma informação sobre aquela informação que diz como o receptor da mensagem deve se comportar perante o emissor. Há sempre, numa interação, a pontuação de uma hierarquia (ou de informação sobre desnecessidade da mesma, o que

---

<sup>47</sup> op cit., pág. 109 e segs.

<sup>48</sup> Tércio Sampaio FERRAZ JR., *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 140.

equivalente a dizer que a hierarquização está presente) entre os interlocutores. Por exemplo, o policial que “pede” a alguém que apresente documentos, não somente expressa a informação que lhe sejam apresentados tais documentos, mas, pelo aspecto de se apresentar como um policial, desde já informa que o receptor não está autorizado a contestar sua informação. Ao primeiro nível de comunicação a teoria pragmática dá a designação de *relato* (ou conteúdo). Já ao segundo nível chama de *cometimento* (ou relação). O Direito é, assim, um modo de comunicar-se pelo qual a parte tem condições de estabelecer um cometimento específico em relação à outra, controlando-lhe as possíveis reações.

A especificidade da comunicação normativa é a de que neste tipo de linguagem há sempre a referência a um terceiro comunicador. Seja uma pessoa, seja uma norma, há sempre um sujeito normativo que se põe na relação como um superior ao qual não se pode contestar. Está colocada em relevo a dimensão pragmática da norma jurídica. As normas jurídicas são, em certa medida, decisões, já que estabelecem pré-condições para que outras decisões sejam tomadas. As normas estabelecem um controle dos limites de determinação de decisões, do ponto de vista pragmático. É a partir delas que são estabelecidas as alternativas possíveis para a solução do conflito e também qual a alternativa decisória é a adequada. Assim, o comunicador normativo não apenas diz qual a decisão deve ser tomada mas também como esta decisão deve ser encarada pelo endereçado. Há, assim, um nível e um meta-nível comunicativo, sendo o primeiro uma pré-decisão e o segundo uma informação sobre a informação, ou seja, como a informação deve ser encarada. Ou, na terminologia pragmática, o nível relato e o nível cometimento do discurso, que juntos formam o seu objeto.

### **2.2.1.3 Dimensão pragmática da norma jurídica; operadores pragmáticos, conteúdo e condições da aplicação da informação normativa**

Verificamos que a norma é vista, sob a perspectiva pragmática, como uma “comunicação normativa”. As normas são entendidas como discurso, onde estão presentes interações entre atores comunicativos, em que um dá uma determinada informação ao outro, pontuando que tipo de relação há entre os mesmos.

Numa relação comunicativa normativa uma das partes é o orador e a outra é o ouvinte. Há um conteúdo informativo da norma, bem como há uma determinada

condição de atuação da norma, que implica num conceito de ação humana que leva em conta a circunstância da interferência humana no curso natural. Tal conceito de ação aparece como uma relação entre a interferência no curso da natureza e o conjunto das articulações circunstanciais. Ou, por outro modo, para que a ação se realize, é preciso que os estados de coisas se apresentem, de certo modo compatível com a ação. FERRAZ Jr<sup>49</sup>, citando Von WRIGHT, aponta para o fato de que normas são compostas de um operador normativo (permitir, obrigar), de uma descrição de ação e de uma descrição da condição de ação. O primeiro é aquele que dá o caráter de modalização da conduta prevista na norma (permitir, obrigar; norma permissiva, norma obrigatória), o segundo, o seu conteúdo (atos e omissões), o terceiro, a sua condição de aplicação. A pragmática chamará de metacomplementar a relação entre os sujeitos comunicantes que assumem uma qualificação desnivelada, justamente em razão desta característica da interação. As expressões de proibição e permissão justamente funcionam, ao nível pragmático, como mensagens no sentido de transmitir uma definição de relação entre as partes.

Estando claro que no discurso normativo há um nível em que é imposta uma complementaridade<sup>50</sup> ao endereçado, convém explicarmos a importância desta distinção para a análise do problema que nos cabe. A autoridade emissora da comunicação normativa não pode admitir recusa a sua condição de autoridade, não pode estar sujeita à desconfirmação da sua posição hierárquica. Para tanto, no nível cometimento, comunica como sua mensagem pode ser recebida e vista pelos receptores. A isto chama-se a imposição de uma relação de complementaridade (em oposição à simetria), de forma que as partes assumem um papel e comportam-se como que a realçar as diferenças entre ambas, e evitar reações indesejáveis. As reações do receptor, possíveis em face de uma pontuação de autoridade pelo emissor, são de três formas: confirmar, rejeitar ou desconfirmar a situação da autoridade. Confirmação é o aceite e a concordância da definição dos papéis; rejeição é a negativa da definição pelo ouvinte; desconfirmação é a resposta pela qual o ouvinte desqualifica a definição, ou por não compreendê-la, ou por ignorá-la. A desconfirmação, portanto, faz com que o emissor da mensagem não seja conhecido ou considerado como autoridade. Na rejeição, por outro lado, o emissor é reconhecido como autoridade, para que haja uma contestação da definição da relação. Aí revela-se uma questão que pode indicar a exaustão de um paradigma jurídico: uma

---

<sup>49</sup>Tércio Sampaio FERRAZ JR et al - op.cit., p. 17

<sup>50</sup> O conceito de interação simétrica e complementar está apoiado em <sup>50</sup> WATSLAWICK et al, op. cit., pág. 62 e segs.

relação definida como metacomplementar não admite um tipo de reação de desconfirmação da autoridade como tal, já que tal reação equivale ao aniquilamento desta condição do emissor normativo. A complementaridade é a interação onde se enfatiza a diferença e o discurso normativo jurídico é metacomplementar justamente por possuir como característica fundamental a ênfase necessária na diferença entre emissor e receptor, um autoridade e outro submetido. Uma das condições de superação paradigmática será a tendente desconfirmação do emissor normativo pelos endereçados. O direito negocial entre empresas, a descrença nas decisões judiciais, as partes envolvidas em conflitos evitando o recurso a autoridade constituída; todos esses fatores colocam um determinado modelo teórico fundamentado na unidade do Direito, na origem estatal do mesmo e na autoridade incontestável da decisão judicial em cheque. A pergunta a fazer é: estamos diante destas condições?

O discurso normativo somente admite, portanto, ao nível do cometimento, as reações de confirmação e rejeição, não admitindo a terceira possibilidade, qual seja, a desconfirmação. Não é somente o fato de que admita tais reações que caracteriza o discurso como normativo, mas também que tal discurso procura estabelecê-las como as únicas possíveis, revelando o seu caráter metacomplementar.

#### **2.2.1.4 Norma e sanção**

Tendo visto algo sobre os operadores pragmáticos, o conteúdo e as condições de aplicação da informação normativa, vamos tentar estabelecer, dentro da concepção da teoria pragmático-comunicativa, a relação possível entre norma e sanção. Segundo uma perspectiva pragmática a norma pode ser definida como um discurso decisório estruturalmente ambíguo em que o editor controla as reações possíveis dos endereçados ao garantir expectativas sobre as expectativas de reação, determinando as relações entre comunicadores na forma de uma metacomplementaridade caracterizada como imposição de complementaridade e imposição de simetria.<sup>51</sup> A autoridade é definida pela garantia estabilizada de certas expectativas, independentemente do comportamento exigido ocorrer ou não. Não é o acatamento da norma que define o cometimento normativo. A autoridade continua autoridade, ainda que a previsão normativa seja descumprida. O que mantém o cometimento da relação é o fato de as reações que desqualificam a autoridade

---

<sup>51</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio et alii - op.cit., p. 22

como tal estarem excluídas da situação comunicativa. O problema da relação entre a sanção e a norma aparece justamente quando o discurso normativo tem de canalizar as desilusões e infrações, e, ao mesmo tempo, deve se manter como autoridade.

Embora a sanção seja um fato empírico psicossociológico constatável, causador de um mal previsto potencial, o que interessa para a pragmática é o aspecto discursivo da mesma. Como se realiza a sanção numa ação comunicativa de natureza normativa? Neste sentido a norma não é um discurso indicativo que prevê uma ameaça futura condicionada a um comportamento determinado, mas sim discursos que realizam uma ameaça, uma performance lingüística, um fato lingüístico identificável num contexto interativo.

Para os fins de nosso estudo, não aprofundaremos a questão, bastando o reconhecimento de que, pragmaticamente, a sanção não identifica a norma, já que não é ela que sustenta a relação metacomplementar entre as partes comunicantes. Ela é sim um argumento de persuasão, consistindo para o endereçado uma indicação do comportamento do editor-autoridade. A autoridade se estabelece como tal e utiliza-se do instrumental controle que a sanção permite na situação comunicativa para manter-se como autoridade.

### **2.2.1.5 Validade das normas**

No que tange à validade das normas do ângulo pragmático, a construção teórica irá adotar a noção de que ela está ligada a uma qualidade central do discurso normativo enquanto decisão, qual seja, a sua capacidade de terminar conflitos, pondo-lhes um fim. A decisão é, assim, uma propriedade pragmática. A questão a ser respondida é como se interligam os comunicadores normativos, em cadeias normativas. A validade, para a teoria pragmática expressa uma relação de competências, e não uma dedução de conteúdos gerais. A noção de validade é fundamental para a identificação da ocorrência de eventuais antinomias e de como tais antinomias podem ser resolvidas. Tanto o aspecto relato do discurso interativo quanto o aspecto cometimento deverão ser considerados, e, sendo a ênfase teórica na interação, não somente será considerado o emissor como também o receptor da mensagem, com a conseqüente resposta reativa. À conexão pragmática entre os discursos normativos FERRAZ Jr. denomina imunização. Imunização, nas palavras do autor, é “um processo racional (fundamentante) que capacita o editor a controlar as reações do endereçado, eximindo-se de crítica, portanto

capacidade de garantir a sustentabilidade (no sentido pragmático de prontidão para apresentar razões e fundamentos do agir) da sua ação lingüística.”<sup>52</sup>

O problema da validade da norma apresenta-se em dois planos. O primeiro refere-se a quais são os modos de imunização, e é de natureza técnica. A segunda está afeta à legitimidade do ordenamento. O conceito de imunização está ligado à relação entre o aspecto relato de uma norma e o aspecto cometimento de outra, onde se estabelece a relação metacomplementar. Aqui estão presentes as condições do estabelecimento da autoridade como tal no discurso normativo. Norma válida, portanto, será a norma imunizada em face da discussão da qualidade de autoridade do emissor normativo, bem como aquela que transfere competentemente o ônus da prova ao endereçado. O emissor está dispensado de ter de apresentar as razões do agir e o endereçado está obrigado a apresentar as razões da eventual desobediência.

Uma norma imuniza a outra de duas maneiras, as quais FERRAZ Jr. analogicamente faz alusão à diferença, na programação cibernética, entre programação condicional e programação finalista. Em síntese, significa dizer que podemos programar uma decisão estabelecendo condições em que ela deve ocorrer ou segundo a eleição de determinados fins a que se propõe, liberando-se a utilização dos meios para tal realização. Há a distinção entre imunização condicional e finalista. A imunização condicional é aquela que ocorre com a disciplina da edição das normas por outra norma. É a forma adequada de imunização para a delegação de poder, já que estabelece as condições da produção normativa e decisória do editor. Neste tipo de imunização são construídas as estruturas hierárquicas verticais, onde o fundamento de validade da norma inferior se dá pela norma superior. Importante notar que a imunização da norma inferior se dá no nível cometimento, sendo que esta imunização é garantida pelo nível relato da norma superior.

A imunização finalista ocorre com a delimitação do relato da norma imunizada. É uma relação de adequação entre normas, onde a inferior obedece ao disposto na superior, que orienta a produção normativa em razão da realização de certos fins.

Ambas as técnicas de imunização são aplicadas concomitantemente, mas é importante notar, e para os efeitos do presente estudo este é um aspecto fundamental, que pode acontecer que uma norma obedeça às técnicas de validade condicional, mas não de validade finalista. Para que a norma seja válida é necessária a ocorrência das duas

---

<sup>52</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio et alii - op.cit., p. 26

condições. Veremos em outra seção do presente como uma norma editada pode estar obedecendo à técnica de validade condicional e desobedecendo à de validade finalista e, ainda assim permanecer no sistema produzindo efeitos. Esta é uma situação peculiar que, como sustentaremos, tende a comprometer a coesão do sistema, direcionando-o para a sua insustentabilidade. A manutenção da norma inválida no sistema vai se dar pela via do fenômeno da coisa julgada, que faz com que o conteúdo de uma determinada decisão (que portanto se constitui em uma norma) permaneça aceita e produzindo efeitos, na medida em que a discussão sobre a questão decidida se encerra.

### **2.2.1.6 Efetividade das normas jurídicas**

A noção de efetividade, segundo a teoria pragmática, é uma combinação de dois sentidos, sendo um o sintático e outro o semântico. No primeiro ocorre uma condição de aplicação da norma pela sua capacidade de produção de efeitos, numa relação entre o cometimento e o relato da mesma norma. No segundo, a efetividade está relacionada com a adequação entre o relato da norma e o que ocorre na realidade. A norma é efetiva não somente porque possui capacidade para produção de efeitos, mas porque de fato é aplicada concretamente em dada medida.

Segundo uma noção pragmática, efetiva é a norma cuja adequação do relato e do cometimento garante a possibilidade de se produzir uma heterologia equilibrada entre editor e endereçado. Desta forma, a relação estabelecida entre emissor normativo e endereçado é pacífica, ficando um eventual questionamento sobre a relação, por assim dizer, de “poder” entre as partes num segundo plano, com a comunicação de conteúdo da mensagem sendo privilegiada.

Para a pragmática, portanto, o importante é a relação metacomplementar e, em consequência, as condições de aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, ainda que ela seja ou esteja sendo regularmente desobedecida. A obediência à norma não é condição para a caracterização da efetividade da mesma.

### **2.2.1.7 Imperatividade das normas jurídicas**

Entramos agora em uma questão de fundamental importância para a descrição do modelo pragmático, que é a da imperatividade das normas jurídicas.

A efetividade expressa uma qualidade pragmática da norma no seu âmbito de relação adequada entre o aspecto-cometimento e o aspecto-relato, ensejando a possibilidade de obediência.

A validade expressa uma qualidade internormativa da relação adequada entre o aspecto-relato de uma norma com o aspecto-cometimento de outra, num processo de imunização.

A imperatividade expressa uma qualidade pragmática de relação entre o aspecto-cometimento de uma norma e o aspecto-cometimento de outra.

A noção de imperatividade é diretamente relacionada com a legitimidade do sistema normativo. É esta qualidade que garante a manutenção das condições do sistema de permanecer em funcionamento segundo certas condições dadas. São as chamadas “regras de calibração” do sistema que dão coesão e estabilidade ao contexto interacional. Uma norma é vinculante pois estão reguladas as variações de sua possibilidade de imposição dentro de um âmbito determinado. A decidibilidade aí aparece em relevo. A imperatividade se relaciona com o conceito de vinculação. Uma norma é imperativamente aplicada (note-se, não se fala em que a norma “possua” imperatividade, já que a ênfase da análise é no contexto comunicativo) na medida em que se garante a possibilidade de impor um comportamento independentemente do concurso ou da colaboração do endereçado, deixando inclusive a consideração sobre a validade para um momento posterior. A norma é imperativamente aplicada, produz o efeito e embora haja como se discutir a validade da mesma, enquanto se faz tal discussão, os efeitos da aplicação se operam.

A imperatividade, já se disse, é conceito diretamente afeito à legitimidade. É relação entre aspectos-cometimento, vale dizer, aspectos de auto-proposição do editor como autoridade reconhecida. No Direito a imperatividade não se expressa de forma digitalizada, mas de forma analógica<sup>53</sup> e expressa-se pela ritualização do processo interativo. É na imperatividade que se expressa a calibração do sistema, como um conjunto de regras que permitem o funcionamento homeostático do mesmo. De forma diversa da construção teórica de Kelsen, não há nesta o rígido padrão vertical hierarquizado no qual a validade da norma se remete a uma outra de grau superior, e de todo o sistema repousando numa gnoseológica fundamental. A pragmática admite a

---

<sup>53</sup> A distinção entre linguagem analógica e linguagem digital está em WATLAWICK et alii, op. cit. pp. 55 e segs., onde aponta como origem da diferença o processo cognitivo fundado nas atividades neural por um lado e humoral por outro, do cérebro humano.

hierarquia vertical como uma das formas de relação, mas não a única, e pressupõe o padrão circular, onde haverá mais de uma fonte de legitimidade, ou ainda, a fonte de legitimidade não será identificada em um só foco. Numa compreensão pragmática a ênfase operacional é na relação atual e não numa gênese causal da legitimidade. Há normas que se inter-relacionam, que se acumulam e se modificam continuamente e ao próprio sistema. O sistema é, em certa medida, independente de suas condições originais, e mais importante é o estado atual de organização. Em nosso estudo teremos oportunidade de verificar, a partir de uma constatação empírica, que há de considerar mais do que um mero escalonamento de normas quando no jogo real da aplicação e decisão o sistema lida com múltiplas e complexas variáveis. De alguma forma, a teoria pragmático-comunicativa explica as interações entre norma inválida sob o ponto de vista de seu conteúdo e que, a despeito desta condição, produz efeitos. Ao produzir efeitos, demonstra sua característica de imperatividade. Podemos formular teoricamente, uma explicação para as normas que, mesmo "dizendo" algo antinômico em relação a outra hierarquicamente superior dentro do sistema, produzem efeitos os quais, por via da aceitação dos endereçados, acabam por incorporarem-se ao sistema. Neste ponto o modelo pragmático explica os fatos de forma mais adequada do que o paradigma vigente.

### **2.2.1.8 Ordem normativa e sistema**

Concluindo a exposição sobre a teoria pragmática tornarei a fazer alguma consideração sobre a noção de sistema. O Direito, considerado como um sistema, é um processo interativo complexo. Em tal sistema há dois tipos de normas: normas-origem e normas derivadas. As normas origens são apenas efetivas, não guardando relação de validade. As normas derivadas já são normas válidas em relação às suas normas-origem, mas podem ser inválidas em relação a outras normas-origem, e serão efetivas ou inefetivas em si. Numa relação circular, a norma-origem tem sua validade garantida pela efetividade das normas derivadas dela. Se as normas derivadas de uma tal norma-origem não são efetivas, ela, a norma-origem, fica ameaçada de invalidade por ela própria perder efetividade. Logo, as normas derivadas perderão também sua validade.

Tal distinção será para nós sumamente importante, na medida em que, se a validade é um conceito relacionado com a efetividade, no momento decisório é que se vai aferir sobre qual norma-origem está repousando a aplicação efetiva de uma

determinada norma. Por outro lado, se as normas-origem são efetivas, isto explica um sistema normativo que tenha ao mesmo tempo normas válidas e inválidas.

O sistema normativo tem centros de referência que são dados pelas diversas normas-origem. São vários centros de referência que atuam dentro de um sistema que possui regras de calibração que permitam uma homeostase dentro de seus limites.

A questão da imperatividade, por seu turno, entreabre a consideração sobre a ideologia como elemento calibrador do sistema. A ideologia pauta as condições de imperatividade do sistema, apontando que tipo de autoridade deve ser assumida como legítima e, portanto, que normas são constituintes de cadeias válidas. FERRAZ Jr. sintetiza apontando que “Quando, do ângulo pragmático, falamos em sistema de normas, é preciso que se tenha sempre em mente que se trata de discursos enquanto interações, em que alguém dá a entender a outrem alguma coisa, fixando-se, concomitantemente a relação entre ambos. Os discursos normativos constituem sistema de controle de expectativas no sentido de que os comunicadores, ao falar, estão num processo constante de imposição da definição das suas relações.”<sup>54</sup> A valoração ideológica é a medida da legitimidade do sistema, conferindo um certo padrão sobre o tipo de controle das expectativas desejado bem como sobre a fundamentação valorativa de tais expectativas.

### **2.2.1.9 Justificativa**

A riqueza do presente instrumental teórico, embora em algo ele próprio se aproxime da estrutura da construção jurídico normativa de Kelsen (observa-se que a questão central da validade normativa é tratada em dois níveis, o da competência do emissor normativo e o do conteúdo da norma), é que desconstrói a noção reducionista de um monismo jurídico dentro do próprio sistema. A norma-origem, em Kelsen, é única, e possui sua validade na pressuposição necessária de uma norma como condição de conhecimento *a priori*, que possui um determinado conteúdo (que até poder-se-ia dizer “imunizante”) empiricamente de difícil descrição. Já o modelo teórico construído por FERRAZ Jr. admite uma multiplicidade de normas-origem que descreve mais adequadamente, a nosso ver, a realidade concreta dos fatos empiricamente observáveis.

Outro aspecto no qual o modelo teórico pragmático é útil é o de permitir que se dissequie o processo lingüístico decisório, revelando a permeabilidade do discurso

---

<sup>54</sup> Tércio Sampaio FERRAZ JR. et alii - op.cit., p. 37

normativo à inconsistência lógica, partindo-se do paradigma kelseniano de um sistema coeso lógico dedutivo. Em outra seção do trabalho pretendemos abordar a questão de como se revela esta permeabilidade. Possuindo o discurso dois diferentes níveis, como se opera a comunicação normativa para permitir a absorção de um conteúdo incompatível com outro encontrado em outra norma do sistema que não seja solucionada por qualquer técnica de antinomia? Como se comporta a autoridade na qualidade de emissor normativo nestes casos? Na procura de tais respostas continuaremos a conduzir nossa investigação.

### **2.2.2 o Direito e as mudanças sociais**

Outro modelo instrumental teórico que usaremos no presente estudo está presente na obra de José Reinaldo de Lima Lopes que tem por temática as mudanças sociais e as mudanças no Direito.<sup>55</sup> Em tal estudo o autor aborda o tema central deste, enfatizando, entretanto, de forma analítico-conceitual a mudança social e a mudança no Direito, tomando em um dado momento a obra do jurista austríaco Karl RENNEN em perspectiva, ao analisar uma circunstância histórica de transformação social e jurídica.

Interessa-nos especialmente no estudo de LOPES a sua utilização da noção de Direito como uma realidade tridimensional (normas, instituição e cultura), o que permite uma análise clara das condições das transformações do Direito em face das transformações sociais em cada um dos níveis estudados, sendo que o mais relevante para nós será o cultural.

No primeiro momento a compreensão do Direito em sua tríplice dimensão nos permitirá identificar em qual aspecto se localiza o objeto de nossa análise - a decisão - sob o ponto de vista que a tomamos, qual seja, o da prolação da sentença judicial. Sem negligenciar os aspectos normativo e institucional do Direito, até porque uma distinção dessa natureza nunca é, em realidade, absoluta, e somente nos fornece uma clarificação didática do tema, nos preocuparemos com a dimensão cultural dos atores jurídicos envolvidos no processo decisório, notadamente o juiz.

No segundo momento trataremos de abordar a cultura jurídica e suas implicações nas mudanças sociais e jurídicas bem como ao inverso, as mudanças nestas que implicam na primeira.

---

<sup>55</sup> José Reinaldo de Lima LOPES *Direito e transformação social; ensaio interdisciplinar das mudanças no direito* Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

### **2.2.2.1 a tríplice dimensão do Direito**

O tema da conceituação do Direito em sua tríplice dimensão (normativa, institucional e cultural) já foi inicialmente tratado no capítulo 2, em que localizamos os conceitos trabalhados. Aprofundemos o tema, tratando-o agora de forma dinâmica, dentro da teorização que nos permitirá identificar as condições de alteração do paradigma, situação esta que sustentamos como hipótese de trabalho.

LOPES produz um estudo no qual se ocupa do impacto das mudanças sociais nas três dimensões do Direito. Há, assim, uma dimensão institucional, compreendida como o conjunto das estruturas de organização política do poder do Estado; uma dimensão normativa, compreendida pelos códigos, jurisprudência e doutrina; e uma terceira chamada de cultural, formada pelas ideologias e atitudes dos atores jurídicos. Postula que a constante mudança é uma característica do Direito contemporâneo. O Direito, assim, não só se mantém, mas constantemente se amplia e reproduz. Assim como a diferença entre língua e discurso, a primeira sendo uma realidade impessoal e atemporal e o segundo uma realidade contextual e viva, as normas e as decisões possuiriam também tais características. As primeiras são impessoais, abstratas, descontextualizadas, já as segundas possuem uma pessoalidade, uma referência a um contexto determinado.

Ao examinar as condições que têm levado o Direito a ingressar numa fase de transição paradigmática, condição esta assumida ao início do argumento,<sup>56</sup> LOPES coloca o Direito na história, para propor uma identificação das condições sociais de mudança. Analogamente às transformações na língua, o autor vai propor uma reflexão sobre as transformações no Direito. No Direito Positivo introduz-se uma expressão que não corresponde ao seu uso em outro contexto legal e normativo; uma interpretação inovadora faz com que determinada autoridade passe a aplicar a lei de forma inesperada e criativa; criam-se novos costumes e parâmetros de obediência às decisões e leis, com seus destinatários cumprindo-as de forma diversa. Eis a mudança. O Direito possui, portanto, uma dimensão dinâmica, dialética e mutável. É na história do Direito que será percebida a ruptura e a continuidade como características desta dialética da ordem jurídica.

---

<sup>56</sup> “As revoluções científicas são momentos de ruptura no saber ou no paradigma científico. De maneira que a ciência não é apenas acumulação de saber, senão também ruptura, descontinuidade. Algo desta natureza passa-se com a longuíssima reflexão sobre o direito através da história.” Op. cit. pág. 25

Em seção seguinte do presente estudo procuraremos identificar condições históricas de transição, de mudança do paradigma justamente tendo amparo na ruptura da última grande revolução paradigmática: a passagem do jusnaturalismo ao juspositivismo. As sociedades se modificam, os padrões de comportamento, os valores, o cotidiano se alteram. Assim também são alterados os padrões decisórios e as práticas, procedimentos e valores que os informam.

LOPES se propõe à reflexão sobre a necessidade de garantia da certeza e estabilidade (características do Direito) num contexto de um moderno Direito que possui a mutabilidade como forma de ser. O Direito moderno, nessa medida, cria e mantém expectativas generalizáveis com respeito à sua própria mutabilidade, o que poderia sugerir que ele próprio estaria perdendo a sua substância. De fato, como manter um sistema orientado para a garantia das expectativas quando ele próprio se autoriza a mudança constante em seus padrões decisórios, incorporando inclusive decisões antinômicas?

É certo que o uso instrumental do Direito permite aos operadores produzir mudança social induzida. As mudanças são atos orientados de vontade dos operadores jurídicos e supõem a eleição de certos valores-fins. A inexorável politização do Direito vem do fato de que vivemos em um contexto histórico onde a realidade social é de complexidade das estruturas e dos papéis sociais e o Direito funciona, em larga medida, como instrumento de realização dos fins do Estado, como um mecanismo de controle premonitivo e solucionador de conflitos por via da institucionalização dos mesmos. Existem, entretanto, limites para tal utilização do Direito. O alargamento dos limites legais das decisões e a produção de novos padrões decisórios acabam, em última análise, por comprometer a coerência do discurso jurídico, fundado no primado da certeza, da segurança e da ordem. Quais os limites tolerados pelo sistema decisório para a inserção de tais mudanças de padrões?

O Direito, sendo em certa medida constituinte de seu objeto, funda-se numa teoria que possui pressupostos valorativos, sejam metafísicos, antropológicos ou éticos.<sup>57</sup> É na dimensão da cultura jurídica que vão se articular os valores que justificam a eleição de tais valores dos quais o Direito é instrumental. Tanto na teoria, quanto no momento da aplicação do Direito, estão presentes as considerações valorativas.

---

<sup>57</sup> José Reinaldo de Lima LOPES - op. cit. p. 35

É no âmbito da cultura jurídica que se revela a adoção de determinados valores como preponderantes, tanto de forma explícita quanto implícita, e nesta dimensão do Direito é possível a identificação da mudança paradigmática que ora se processa.

#### **2.2.2.2 a cultura jurídica e as mudanças sociais e jurídicas**

Se a cultura jurídica é uma das dimensões do Direito, uma mudança produzida nas crenças, valores, procedimentos que a compõem, irá produzir uma mudança no próprio Direito, vale dizer, nas outras duas dimensões do Direito, a normativa e a institucional. Não somente o Direito, mas a própria sociedade vai ser impactada por haver uma alteração nos comportamentos decorrente da diferente cultura que se instala. A título de exemplo, uma determinada norma jurídica editada leva a uma tomada de consciência de direitos que até então não eram exercidos e tal fato faz com que o indivíduo venha a buscar a defesa desses direitos.<sup>58</sup> Muda o Direito, muda a sociedade, muda a sociedade, muda o Direito, numa relação constante de retroalimentação e mútua implicação.

É possível identificar-se mudanças na dimensão da cultura jurídica que possam apontar para uma circunstância de superação paradigmática. As mudanças sociais e as mudanças jurídicas caminham em paralelo implicando-se mutuamente e são motivadas por diferentes variáveis.

##### ***2.2.2.2.1 o conceito de mudança social***

O que vem a ser a mudança social da qual estamos falando? Com apoio na seleção de LOPES das relevantes conceituações da expressão “mudança social”, podemos apontar algumas características que constituem o significado da mesma. São elas a mudança nas instituições básicas durante um período específico com caráter de permanência, ou seja, de mudanças que possuem o caráter de se manter historicamente durante um determinado período observável; a mudança nas estruturas sociais, nas normas, nos valores e símbolos culturais; mudanças no imaginário, nos motivos do agir; mudanças na estrutura e processos sociais.

---

<sup>58</sup> Este é o caso, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, que deu aos consumidores um instrumento de defesa de seus direitos que, a partir de sua utilização fez aflorar na sociedade uma consciência e prática jurídica que antes não se observava.

As mudanças sociais podem ser observadas segundo quatro variáveis identificáveis: escala, tempo, repetição e mediação.<sup>59</sup> A primeira variável diz respeito aos limites do impacto da mudança produzida. A segunda diz respeito ao quão concentrada no tempo é a mudança ocorrida; quanto mais concentrada a mudança mais perceptível é a mesma em relação ao observador histórico. Este aspecto nos é particularmente interessante, já que parece que o Direito produz mudanças que, ao dar a sensação de continuidade, não parecem ser realmente mudanças, e tendem a escamotear a real diversificação do câmbio no padrão anterior. Na terceira variável o que vai ser observado é a evidenciação recorrente do fenômeno. A mudança ocorrida é repetida e há um padrão de ocorrência. No caso específico do Direito, a forma mais evidente de mudança que se consolida por meio da repetição é a consolidação de um padrão decisório por via da jurisprudência. A última variável é relativa ao estabelecimento de uma unidade de medida que se possa utilizar para se comparar as situações pré e pós mudança em diferentes épocas e grupos sociais.

#### ***2.2.2.2 as mudanças na cultura jurídica***

A cultura jurídica mantém a unidade do sistema como um todo na medida em que cristaliza uma série de valores e práticas que funcionam como elemento balizador do uso do Direito tanto pelos atores jurídico-profissionais quanto pelo homem comum. Há, portanto, dois pontos de vista distintos: o do homem comum e o do profissional do Direito. Embora esta seja uma realidade que distingue um corpo profissional que possui características de especialização que o difere do homem comum, o fato é que as mudanças na cultura jurídica estão presentes nas atitudes e valores dos não profissionais. Mudanças na cultura jurídica significam não apenas mudanças em um segmento social profissionalizado, e um exemplo que demonstra tal fato é o do Código de Defesa do Consumidor.

Há uma chamada “cultura jurídica de formação” do ator jurídico e um outro momento onde identificamos uma “cultura jurídica de atuação” do ator jurídico. Nesta observa-se que realidade concreta informa e influencia o operador, que se vê aplicando o Direito mergulhado em uma situação onde estão presentes toda uma sorte de circunstâncias condicionantes, desde a necessidade da implementação de um objetivo político macroeconômico até uma eventual prática de ilegalidade processual num ou

---

<sup>59</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima, citando MOORE, op. cit., pág. 43

noutro procedimento, sob a alegação da necessidade de um rendimento quantitativo do seu trabalho, que não seria aceita pelo sistema formal.

A cultura jurídica é responsável pelo dinamismo normativo e institucional. É na experiência que a norma toma seu sentido e é no momento decisório que há a repercussão concreta de um determinado conjunto de valores que formam a cultura jurídica.

As mudanças que ocorrem na cultura jurídica são mudanças que ocorrem em todo o Direito, refletindo-se nas normas e na própria conformação institucional. Tais mudanças podem surgir de diferentes origens, tanto no ensino jurídico (cultura de formação) quanto na própria necessidade ou conveniência prática da atuação concreta do Direito (cultura de atuação).

Como aponta LOPES: “A análise da cultura jurídica compõe a análise daqueles ‘imperativos informais de conduta’ que constituem parcela considerável do ‘direito vivo’ de EHRLICH ou das ‘funções sociais’ dos institutos jurídicos de que fala RENNER, ou ainda, dos ordenamentos extra-estatais a que se referem todos, ou quase todos, os sociólogos do direito. Esta cultura jurídica torna-se, às vezes, depositária dos ordenamentos não formais, (ou não estatais), cuja interação com ordenamentos formais (ou estatais) é responsável real pela efetiva existência de um sistema em funcionamento.”<sup>60</sup> Aqui observamos a aplicação daquilo que, para a teoria pragmático-comunicativa, chamam-se as regras de calibração do sistema. A cultura jurídica viabiliza a indiscutibilidade das decisões, facilitando um ambiente onde a aquiescência determina a permanência da decisão (decisão esta muitas vezes inválida do ponto de vista da adequação do seu conteúdo ao de outra norma de hierarquia superior) no sistema.

---

<sup>60</sup> José Reinaldo de Lima LOPES, op. cit., pág. 109



### 3. As condições para a mudança

No presente capítulo analisaremos alguns eventos e condições históricas que fizeram parte da revolução paradigmática jurídica anterior a que ora está ocorrendo.

A proposta da presente seção é identificar e compreender os componentes históricos do momento da passagem do Jusnaturalismo para o Juspositivismo. Não se pretende fazer um exercício cronológico de história do Direito, mas sim buscar uma possível analogia entre os momentos históricos atual e da última revolução paradigmática. O que se pretende, portanto, é propor uma síntese comparativa que nos permita identificar algumas causas e condições presentes em ambos os momentos, que nos permita sustentar nossa hipótese presente de um momento histórico de superação paradigmática.

Em tal abordagem irei restringir a análise ao paradigma juspositivista sem tratar, por evidente questão de extensão e profundidade do presente trabalho, de outras teorias como, por exemplo, o Realismo Jurídico e o Sociologismo Jurídico.

O Jusnaturalismo e o Juspositivismo são os dois paradigmas fundantes da teorização sobre o Direito, já que a dicotomia Direito Natural/Direito Positivo está na base da compreensão da natureza do fenômeno jurídico, do ponto de vista da tradição ocidental do pensamento jusfilosófico. Desde o pensamento na antiguidade grega já se encontrava o uso da distinção conceitual, embora o termo Direito Positivo seja relativamente recente.

Nossa premissa é, reafirmando o que já foi dito, a de que hoje nos encontramos em um contexto de transição paradigmática no Direito, passando por um momento de exaustão do Juspositivismo legalista para algo que ainda não se pode precisar o que venha a se configurar. A afirmação da existência de tal contexto transitório é justificada, a meu ver, por diversas manifestações de incapacidade do paradigma vigente de responder às demandas que lhe são apresentadas, segundo uma conformação ditada pelos cânones postos pelo Juspositivismo de matriz kelseniana.

Com tal perspectiva, nos importa fazer uma análise do paradigma que precedeu o atual, tentando, assim, apontar alguns fatores que nos levem a compreender a transformação histórica.

Inicialmente faremos uma sucinta exposição dos paradigmas jusnaturalista e juspositivista identificando as correntes filosóficas que fundamentavam os paradigmas

tanto do Direito Natural quanto do Juspositivismo, para depois apontar as inconsistências teóricas que conduziram à superação paradigmática.

Desta forma, a primeira tarefa que nos cabe é a de tentar compreender o que é, como surgiu e por que se configurou como tal a doutrina do Direito Natural.

### **3.1 Jusnaturalismo: uma breve exposição**

A denominação “Jusnaturalista” ou “Direito Natural” para uma corrente de pensamento que se origina na antigüidade suscita controvérsias entre os jusfilósofos atuais, sendo que há quem afirme o Jusnaturalismo como surgido nos séculos XVII e XVIII, bem como quem o afirme desde a antiga Grécia, esta a corrente predominante e aquela a qual nos filiamos.

Sendo a presente abordagem dicotômica, porquanto a noção de Jusnaturalismo aqui apresentada é dada em face da noção de Juspositivismo, devemos esclarecer desde já que há várias vertentes de correntes jusnaturalistas, sendo que faremos menção ao Jusnaturalismo de uma forma generalizada, como a doutrina jusfilosófica que compreende tais variantes.

#### **3.1.1 A doutrina do Direito Natural em suas várias formas**

De forma conceitual, pode-se dizer que o Jusnaturalismo é uma doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido - e aí há a referência à razão - um “Direito Natural”, um *ius naturale*.<sup>61</sup> Nessa conceituação estão presentes características fundamentais que identificam o Direito Natural como uma doutrina paradigmática.

O sentido de uma definição de Jusnaturalismo se dá em face de sua distinção da corrente de pensamento que a sucedeu, que é a doutrina do Juspositivismo. O Jusnaturalismo é, em face do Juspositivismo, uma doutrina que pugna pela existência de um conjunto de normas que são anteriores até mesmo à criação do Estado. Ou seja, são normas que existem como condição natural do convívio social humano. Não necessariamente são normas escritas, positivadas. Embora possa haver a positivação de normas que possuem o conteúdo de normas de Direito Natural, somente o fato de serem escritas não lhes tira o caráter de pertencerem a uma doutrina de Direito Natural.

---

<sup>61</sup>Guido FASSÓ in Norberto Bobbio *et ai* - *Dicionário de Política* - Brasília, UnB, 1997, verbete Jusnaturalismo

O que vai diferenciar, portanto, uma doutrina de Direito Natural de uma doutrina Juspositivista é, em primeiro lugar, o fato de que para que as normas possuam validade num sistema de Direito Natural as mesmas não precisam ter sido emanadas de uma figura de autoridade humana, escritas e promulgadas segundo determinados quesitos formais e materiais, dentro de uma ordem estatal. Há, assim, leis naturais independentemente de postas pelo homem, e que têm validade e existência de forma anterior e superior à própria vontade do homem.

Um exemplo desse raciocínio distintivo está em um trabalho do civilista<sup>62</sup> francês Jean DOMAT, intitulado *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, datado do final do século XVII, mencionado na obra de TIGAR e LEVY<sup>63</sup>. Na obra do autor estão presentes bases do Código Napoleônico que viria a ser promulgado em 1804: “Dividia Domat as leis entre as que eram inspiradas por Deus e, por conseguinte imutáveis, e aquelas de autoria do homem e, em consequência, arbitrárias: ‘As leis imutáveis são assim chamadas porque são naturais e, por conseguinte, justas sempre e em toda parte, leis que autoridade alguma pode mudar ou revogar. As leis arbitrárias são aquelas que uma autoridade legítima pode promulgar, mudar e revogar segundo uma necessidade.’”

E Domat referia-se naquele contexto expressamente à propriedade. Tomando a propriedade como exemplo, para que possamos distinguir entre as doutrinas Jusnaturalista e Juspositivista, veremos que para a primeira, o Direito de propriedade é dado naturalmente, sem que haja necessariamente uma norma assim dizendo. Já para um juspositivista, a propriedade como um Direito somente existe em função de uma norma que assim o determine. Domat se refere a uma ordem natural que é a ordem do pensamento jusnaturalista moderno, diversa daquela presente na doutrina dos clássicos, como bem adverte LOPES. É a ordem racional que parte do homem singularmente considerado e de como esse estabelece relações de obrigação com os seus semelhantes.

64

---

<sup>62</sup> LOPES aponta o conceito designativo dos civilista como sendo “aqueles que apropriando-se do método, da filosofia moral e política e da antropologia definida pelos jusnaturalistas enfrentam o direito civil (direito romano, direito privado) para reformá-lo e adaptá-lo aos termos da nova filosofia”, *O direito na história; lições introdutórias* – São Paulo, Max Limonad, 2000, p.203

<sup>63</sup> Michael E. TIGAR & Madeleine R. LEVY - *O Direito e a ascensão do capitalismo*, Rio de Janeiro, Zahar, 1978, p. 236.

<sup>64</sup> José Reinaldo de Lima LOPES op. Cit. Pág. 204

Como se vê, para o Juspositivismo há uma identificação necessária entre haver uma norma escrita e promulgada pela autoridade e existir um Direito, ao contrário do Jusnaturalismo onde esta relação não é necessária.

É, portanto, o Direito Natural um Direito justo por natureza, independentemente da vontade do legislador, derivado da natureza humana ou dos princípios da razão, presentes na natureza do homem.<sup>65</sup> Outra distinção que aparece e fica clara a partir de tal conceito é entre um Jusnaturalismo de inspiração natural (uma lei necessária para a vida em comunidade) e outro de inspiração racional (uma lei conhecida por ser razoável ao homem) que, entretanto, não se afastam da concepção de que há de fato um Direito que é preexistente e é conhecido pelo homem.

Na história da filosofia jurídico-política aparecem pelo menos 3 versões fundamentais do Jusnaturalismo: a) a lei estabelecida por vontade da divindade e por esta revelada aos homens; b) uma “lei material” em sentido estrito, fisicamente conatural a todos os seres vivos animados à guisa de instinto; c) uma lei ditada pela razão, específica portanto do homem que a encontra autonomamente dentro de si. Todas essas concepções partilham a idéia comum de que há um sistema de normas anterior e superior ao Estado, ética e logicamente. É ainda corolário dessa postura doutrinária que as normas jurídicas e a atividade política que se contraponha e esse “Direito Natural” podem ser desobedecidas pelos cidadãos, já que são considerados ilegítimos.

Celso LAFER, citando a passagem aristotélica da Retórica, onde fica estabelecida a diferença entre lei particular e lei comum, apresenta a distinção na medida em que há algo que “todos, de certo modo, adivinhamos sobre o que por natureza é justo ou injusto em comum, ainda que não haja nenhuma comunidade ou acordo.”<sup>66</sup> A citação que Aristóteles faz é referida à passagem da Antígona de SÓFOCLES, onde põe-se a questão da dicotomia entre Direito Natural e Direito Positivo (que obviamente não se apresenta nesta linguagem), porquanto Creonte decreta seja Polinices deixado ao relento, sem o enterro de seu cadáver e, Antígona procede segundo as “leis imutáveis e não escritas do Céu, que não nasceram nem de hoje nem de ontem, que não morrem nem ninguém sabe de onde provieram”,<sup>67</sup> e enterra seu irmão, afirmando que é justo, ainda que seja proibido o enterro.

---

<sup>65</sup> Paulo Dourado GUSMÃO - *Introdução ao estudo do Direito* - Rio de Janeiro, Forense, 1978.

<sup>66</sup> Celso LAFER - *A reconstrução dos Direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt* - São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 35

<sup>67</sup> SÓFOCLES - *Antígona* - trad. de Millôr Fernandes, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1996, pág. 22

Da primeira noção que se nos apresenta acerca do Direito Natural, o que é notável é a relação do comando advindo de uma norma “eterna e imutável” e a legitimidade do emissor normativo. O conflito apresentado na Antígona tem essa característica. Recuperando um termo atual, formulado pela pragmática, diríamos que o poder do tirano é desafiado em virtude da injustiça de seu ato e o mesmo é desautorizado ou “desconfirmado” como diz FERRAZ JR.<sup>68</sup> Em lugar de se atender à norma emanada da autoridade constituída, atende-se ao justo por natureza, por tradição, revelado pela razão.

LAFER menciona ARISTÓTELES que, citando EMPÉDOCLES, se refere à lei comum e à justiça: “Mas o que é lei de todos por éter que vasto domina/ continuamente estende-se e por imensurável luz.”<sup>69</sup>

Um Direito conhecido pela racionalidade ínsita ao homem, objetivamente, que para uns deriva da ordem natural das coisas e para outros subordinado a uma metafísica, atemporal, eticamente superior e historicamente anterior ao Estado e ao Direito Positivo, é a expressão da doutrina do Direito Natural. Vale dizer, essa doutrina tem validade em si e é superior e anterior ao Direito Positivo, fixado pelo Estado.

FASSÒ diz ser o Direito Natural antitético ao Direito Positivo, significando que em caso de conflito entre os dois tipos de normas ele (o natural) é que deve prevalecer, como é o exemplo da Antígona.<sup>70</sup> Há, entretanto, uma relação de complementaridade entre o Direito Natural e o Direito Positivo, na medida em que o Direito Natural serve como indicador valorativo dos limites e conteúdo de condutas a serem normatizadas pelo Direito Positivo. Seria essa uma função de controle, exercida pelo Direito Natural sobre o Direito Positivo. Estabelece-se uma relação não de antítese, neste sentido, mas de complementaridade, porquanto se de um lado o Direito Natural não possui a particularidade da norma posta, tendo um caráter genérico, é ele que vai estabelecer o sistema de valores informadores da produção normativa positiva, obtendo-se então a possibilidade do respeito à justiça e o respeito à lei.

Corolário deste tipo de interpretação é também a noção de que os cientistas não criam lei, descobrem-nas. A lei já está impressa na própria coisa ou objeto estudado.

---

<sup>68</sup> Tércio Sampaio FERRAZ JR. - *Teoria da norma jurídica: ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa*, Rio de Janeiro, Forense, 1986

<sup>69</sup> Celso LAFER - *A reconstrução dos Direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt* - São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 35

<sup>70</sup> Guido FASSÒ in Norberto BOBBIO et al - *Dicionário de Política* - Brasília, UnB, 1997, verbete Jusnaturalismo

Segundo essa concepção, se o homem não positiva uma norma que seja conforme a justiça e o Direito Natural, tal norma pode ser desobedecida, pois em última análise é uma norma inválida, ilegítima. Lembremo-nos da fala de Antígona.

### 3.1.2 O Jusnaturalismo moderno.

Iniciando a consideração sobre o Jusnaturalismo moderno, convém lembrar que a modernidade dar-se-á pautada em eventos históricos marcantes como a reforma protestante e a chegada dos europeus à América, situação histórica que enseja o problema da diferença entre os semelhantes. A questão da tolerância com o outro, com o diferente, com aquele que partilha do mesmo espaço mas possui uma cultura totalmente diversa vai estar na pauta dos pensadores daquele momento. Conforme aponta LOPES, “a nova teoria do direito, que será elaborada nos séculos XVII e XVIII sob o nome de direito natural deita suas raízes nestes processos e eventos históricos: desenvolvimento capitalista do mercado, fim da cristandade, conquista da América, afirmação do Estado nacional.”<sup>71</sup>

O jusnaturalismo moderno cresce num meio racionalista, mas fundado numa razão não mais de ordem prática, e sim de ordem instrumental ou estratégica, como alude LOPES<sup>72</sup>. A razão moderna é aquela capaz de operar a relação entre meios e fins previamente dados, uma razão estratégica, capaz de operar as relações entre oportunidade de cursos de ação para alcançar fins determinados, e a razão prática é aquela capaz de deliberar sobre os fins, a escolha e hierarquização dos fins.

Justamente nessa polêmica é que surge a doutrina que é reconhecida por fundamentar o Jusnaturalismo moderno. É a de Hugo Grócio (*De Jure belli ac pacis* 1625), holandês fundador do moderno Jusnaturalismo. É a primeira referência ao Direito Natural em tal contexto. LAFER aponta que o Jusnaturalismo moderno foi elaborado durante os séculos XVII e XVIII e buscou responder ao deslocamento do objeto do pensamento, da natureza para o homem, que caracteriza a modernidade.<sup>73</sup>

O racionalismo jusnaturalista aparece como marca da chamada “Escola Clássica do Direito Natural”, e vai ser paradoxalmente corroído pelos processos históricos que

---

<sup>71</sup> José Reinaldo de Lima LOPES *O direito na história; lições introdutórias – São Paulo*, Max Limonad, 2000, p.179

<sup>72</sup> José Reinaldo de Lima LOPES, op.cit, pág 180

<sup>73</sup> Celso LAFER - *A reconstrução dos Direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt* - São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 3.

caracterizam a experiência jurídica do período pós aparecimento do Estado Moderno. O Direito passará assim por um processo de secularização, sistematização, positivação e historização.

Grócio, em seu *De jure belli ac pacis*, de 1625, irá trazer um fundamento racional, autônomo e laico para o Direito, encontrando, no plano do Direito internacional, um fundamento também autônomo e laico para o Direito das Gentes. Já no plano interno, a meta era a justificação do Estado e do Direito que encontrasse sua base na ação dos homens e não no poder de Deus. Daí dizer que tal Direito (Natural) é ditado pela razão, sendo independente não só da vontade de Deus como da Sua própria existência. No séc. XVII a obra de Grócio difundiu com eficácia a idéia de um Direito Natural (não sobrenatural) que tem sua fonte de validade exclusivamente na conformidade com a razão humana. Injusto, para Grócio, é tudo o que se opõe a uma comunidade ordenada de seres individualmente racionais. É uma razão que ordena o social e que é a fonte do Direito propriamente dito.

Está se caracterizando, portanto, a ruptura entre o moral e o teológico. Instaura-se um racionalismo que tem como ponto de partida a conduta humana e, nessa medida, a natureza empírica é que vai ser a fonte da justificação do Estado e por conseguinte do Direito. Como consequência de tal ruptura, o racionalismo inicia a separação entre o Direito e a Moral.

É nesse período que surgem as doutrinas contratualistas. Direitos inatos, contrato social e estado de natureza, conceitos básicos dos empiristas, permitiram uma concepção do Direito de matiz individualista, que marca o aparecimento do mundo moderno.

Os contratualistas vão apontar a origem do Direito e do Estado na situação de passagem do estado de natureza para a formação da sociedade estatal. Hobbes, Locke e Rousseau são os pensadores que tomam o tema e que, embora possuindo premissas diversas, produzem uma teoria contratualista.

O contratualismo, com Hobbes, justifica o absolutismo real, com Locke, o capitalismo e o parlamentarismo; e com Rousseau, o liberalismo e a república. Com Hobbes se criam Direitos individuais, Locke justifica sua proteção e reforço enquanto Rousseau transforma os Direitos naturais em Direitos civis.

Tais doutrinas são inspiradoras das Revoluções inglesa (1688) e francesa (1789). Daí surge a idéia da necessidade de se adequar o Direito Positivo e a Constituição política dos Estados e a legitimidade da desobediência e resistência às leis que não fossem conformadas.

Direito passa então a se identificar com Poder, já que esse conceito está na base da construção do Estado Moderno. Hobbes afirma: “It’s not wisdom, but authority that makes a law”, ou de outra forma, “*autoritas non veritas facit legem*”, de onde se pode extrair que o Direito é aquele que se exige para a manutenção do pacto social. Associa a detenção do poder soberano à produção legítima da norma justa. O Direito natural em Hobbes não é o Direito natural de defesa da dignidade transcendente aos seres humanos. Trata-se de um Direito natural contratualista e não democrático, conforme aponta LOPES<sup>74</sup>, amparando-se em BLOCH.

### **3.1.3 O Jusnaturalismo moderno e suas características**

Há alguns caracteres do que se pode chamar de Jusnaturalismo moderno, ou da Escola Clássica do Direito Natural, que apontam sua justificação teórica como uma corrente de pensamento. Entre o Jusnaturalismo antigo, medieval e o moderno não existe rompimento paradigmático, mas sim uma continuidade, na medida em que não se cogita nessas passagens de uma quebra de qualquer premissa fundante daquilo que vai distinguir o Jusnaturalismo do seu paradigma sucessor, o Juspositivismo. A idéia de que há um Direito Natural conhecido pelo homem ainda prevalece. Diferem as inspirações de tal conhecimento. O Naturalismo imanentista ou de natureza teológica, ou mesmo o racionalismo empirista dos modernos servem ao mesmo modelo Jusnaturalista.

O modelo moderno ressalta o aspecto subjetivo, individual do Direito Natural. Já os Jusnaturalistas antigos e medievais insistiram no aspecto objetivo, o da norma, como o próprio Grócio. As teorias do Direito Natural dos séc. XVII e XVIII são diferentes, como visto, mas apresentam características que conferem uma certa unidade teórica. O contrato social, o individualismo, o racionalismo.

O Jusnaturalismo moderno molda profundamente as doutrinas políticas e a tendência individualista e liberal do período, já que há Direitos individuais inatos. O próprio Estado é considerado pelo Jusnaturalismo moderno mais como uma obra voluntária dos indivíduos do que como uma instituição necessária por natureza. É a idéia do “contrato social”. Tal contrato é um pacto de união e também de sujeição.

Outra característica do Jusnaturalismo moderno é a de que o ideal jusnaturalístico teve enormes resultados políticos, tendo como exemplos a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América (1776) onde consta que os homens são

---

<sup>74</sup> Op. Cit. Pág. 192

detentores de Direitos inalienáveis, como a vida e a liberdade, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), um dos primeiros atos da Revolução Francesa, onde se proclamam como “Direitos naturais” a liberdade, a igualdade, a propriedade etc.

### **3.1.4 O Jusnaturalismo no séc. XIX**

O século XIX é o momento histórico que marca a exaustão do Jusnaturalismo enquanto paradigma do Direito. O Juspositivismo vai aparecer como consequência de uma necessidade político-social, respondendo com a rigidez e a formalidade lógica à necessidade de regular uma sociedade que apresentará novos fatos e problemas que não mais se inserem adequadamente no paradigma do Direito Natural.

A Revolução Francesa é um episódio no qual se pode evidenciar de forma clara a superação do paradigma anterior. LOPES<sup>75</sup> cita um trecho do discurso do Conde de Clermont, de 23 de dezembro de 1789: “o estado presumido de todos os residentes de uma país é o de cidadãos.” Segundo o autor, a passagem é reveladora de que a ordem do Direito natural moderno se dá de forma individual e desta forma os direitos fundamentais e subjetivos não decorrem de um arranjo social que os precede, mas são inatos, inalienáveis e precedem a tudo que é organização.

O Direito Natural era um modelo perfeito para as legislações positivas. O jusnaturalismo racionalista e o iluminismo confluíam no espírito de clareza e sistematização a inspirar o movimento de codificação do Direito. O primeiro deles foi o *Codex Bavaricus*, de Max José III, da Baviera, que ainda aceita um papel suplementar ao *Jus Commune*. A idéia de um Direito como um sistema racional e universal de normas se opunha gritantemente à realidade da vida jurídica daquele tempo. Esta se caracterizava por um grande estado de incerteza, já que o Direito romano justiniano onde se encontrava a base escrita das decisões, tinha sido modificado e complicado através dos séculos por concurso de várias fontes de normas jurídicas, e era agora praticamente impossível de ser conhecido com segurança. Temos aí um momento histórico em que se apresentam condições críticas da teoria jurídica. O problema da segurança da orientação decisória está posto. É nesse contexto que surgem as codificações, com o propósito de assegurar, por meio da positivação, que os Direitos naturais, revelados pela razão, fossem postos em prática de uma vez para sempre.

---

<sup>75</sup> Op. Cit. Pág. 207

Com a promulgação dos códigos, principalmente o napoleônico em 1804, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo.

Depois de codificados, somente se admitiu o recurso a esses Direitos, não mais a um Direito não positivado qualquer que o fosse.

Triunfou o princípio, característico do Positivismo Jurídico, e, portanto, oposto ao Jusnaturalismo, de que para qualquer caso se pode encontrar solução dentro do ordenamento jurídico do Estado.

O Jusnaturalismo, como então compreendido, veio a cair, no século XIX, em desuso. A codificação é, assim, um processo de simplificação e de racionalização formal, e que corresponde a uma resposta conjuntural sócio-econômica: a necessidade de, no Direito Privado, garantir a segurança das expectativas atendendo a uma necessidade de cálculo econômico-racional da economia capitalista em expansão e, do ponto de vista do Estado e do Direito Público, fornecer uma lei instrumental capaz de intervenção na vida social.

### **3.1.5 O Jusnaturalismo contemporâneo**

Como que em um refluxo histórico o Jusnaturalismo despontou de novo depois da Segunda Guerra Mundial como reação ao estatismo dos regimes totalitários. Neste sentido, viu-se uma tentativa de reconstrução de alguns valores apontados como um mínimo ético a dar conteúdo de significado às ordens jurídicas.

A retomada do Direito Natural como sistema referencial para o Direito Positivo é criticada por aqueles que vêem nele uma transposição ilegítima do Direito do plano da validade formal para o do valor. O Jusnaturalismo é também criticado, sob o aspecto ético, como doutrina objetivista e universalista, incompatível com a concepção moderna da moral.

Entretanto o que se percebe é que concretamente o paradigma vigente não apresenta respostas adequadas aos problemas que lhe são propostos. Se o Juspositivismo respondeu ao ideário liberal capitalista - aliás, gestado pelos jusnaturalistas - por vários motivos de ordem histórica apresenta-se não mais com o vigor inicial.

Como indica LOPES,<sup>76</sup> está despontando a necessidade de um outro referencial decisório - não mais somente o Juspositivismo da fria lei - que passa a ser pensado a partir de problemas como a efetivação dos Direitos Humanos, a defesa dos direitos das minorias, a pobreza, as diversas formas de exploração interclasses, a bioética e, de uma forma ampla, a paz. Alguns defendem que o Jusnaturalismo pode revelar, por meio da reinserção de critérios éticos, repensados a partir da teoria do Direito e da filosofia do Direito, uma esfera ideal de reflexão sobre as dificuldades ora apontadas. Contextualizado historicisticamente como expressão dos ideais éticos e jurídicos nascidos da transformação da sociedade, e em contraste com o Direito Positivo, o Jusnaturalismo tem hoje uma função de (re)humanizar o Direito, dando-lhe a direção privilegiada pelos valores eleitos pelos protagonistas da realidade socio-política e restabelecendo o primado da Justiça como fundamento do Direito, explicitando as ideologias e contextualizando historicamente a prática do Direito, com todas as suas condicionantes. Embora não se defenda aqui o resgate de uma teoria jusnaturalista do Direito, o fato é que os problemas apresentados demandam uma teoria decisória que considere o conceito de justiça material, substantiva. O paradigma vigente (ou, dir-se-ia, *ainda* vigente), não oferece esta possibilidade.

### **3.2 a crise de segurança nas soluções normativas**

Tendo exposto, ao longo da história, as características paradigmáticas tanto do Jusnaturalismo quanto do Juspositivismo, pretendemos agora apontar algumas condições críticas que aparecem no momento da transição de um para outro paradigma jurídico. Poderemos, assim, apontar analogamente às primeiras, o que podem ser elementos indicadores da superação do paradigma atual. Não se pode afirmar, por certo, que a simples identificação de condições históricas similares entre o momento histórico da passagem do jusnaturalismo ao juspositivismo e o atual sejam suficientes para afirmar a exaustão do paradigma. O valor da presente constatação se dá na medida em que esses dados agregam aos demais, dando suporte ao argumento central do presente trabalho. Se não é possível afirmar ou mesmo inferir a superação paradigmática, é possível ao menos apontar condições que permitem o suporte de tal argumento.

---

<sup>76</sup> José Reinaldo de Lima LOPES - *Ética e Direito - um panorama às vésperas do século XXI*, in *Ética e Direito: um diálogo*. Márcio Fabri dos ANJOS e José Reinaldo de Lima LOPES (organizadores), São Paulo, Ed. Santuário, 1996., p. 31

A crítica mais constante que era feita no momento da passagem do Jusnaturalismo ao Juspositivismo era a de que não havia segurança das soluções normativas e nas decisões dos conflitos da época.

O Direito sempre teve, dentre outras, a função de servir como um instrumento de realização da paz social, na medida em que se presta a institucionalizar e resolver os conflitos existentes.

O momento da mudança pode ser apontado como sendo a passagem do século XVII para o século XVIII, quando as relações produtivas tomam um rumo diverso do até então havido. A mudança de uma sociedade feudal para uma caracterizada pelo capitalismo de mercado, então insurgente, necessariamente demanda um Direito que instrumentalize de forma adequada tais relações no plano econômico. O Direito, e mais precisamente a cultura jurídica da época, engendra todo um discurso que justifica e configura, do ponto de vista valorativo, o papel do indivíduo-cidadão. O livre trânsito do capital, a livre iniciativa, a independência e a autonomia do trabalhador e do comerciante em face do governante estão simbolicamente representados nos ideais revolucionários. A produção filosófica da época justificava a virtude dos ideais liberais, num crescente descompasso entre a realidade concreta e atual, fundamentada no privilégio e na hierarquia nobiliárquica e o desejo e necessidade de um Direito que instrumentalizasse a possibilidade das relações econômicas de natureza capitalista se desenvolverem. Citando OFFE e WIESENTHAL (*Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio: Tempo Brasileiro, 1984), LOPES<sup>77</sup> formula o seguinte raciocínio: “Se é verdade que esta mudança de perspectiva no conhecimento e na formulação do direito pode ser mais ou menos datada, podemos assumir como paradigma destas transformações o período da Revolução Francesa e a virada do século XVIII. Para uma breve referência, vale lembrar aqui as notas de CLAUS OFFE e H. WIESENTHAL sobre o papel desempenhado naquela época histórica pela discussão em torno do Direito. O raciocínio normativo-dedutivo desempenhou um papel fundamental na transição da formação feudal para a liberal capitalista. Os filósofos do século XVIII (alguns já antes) tiveram por tarefa estabelecer uma equação normativa do seguinte teor: ‘a cada membro da sociedade civil são concedidos os mesmos direitos e as mesmas liberdades que a qualquer outro membro da comunidade. O necessário para estabelecer equações desse tipo não era uma pesquisa sociológica, mas sim, o raciocínio normativo-dedutivo e a especulação sofisticada em

---

<sup>77</sup>José Reinaldo de Lima LOPES. *Direito e transformação social; ensaio interdisciplinar das mudanças no direito* Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997, pág. 30.

torno das condições sobre as quais tal igualdade poderia materializar-se. Por que não se necessita de sociologia? Porque, para o contraste entre a equação normativa e a desigualdade real, não se precisava realizar uma pesquisa empírica, bastava olhar os códigos e estatutos legais que regulamentavam os privilégios e as hierarquias da sociedade feudal. O conflito era de norma contra norma e não de norma contra fato, já que a própria desigualdade se encontrava institucionalizada pela existência de privilégios explícitos'. Podemos perceber nesta passagem como a filosofia política do século XVIII, necessariamente, envolvia uma filosofia do direito em que se encontravam em germe duas coisas: a dessacralização de todas as instituições permanentes e a instrumentalidade da ordem jurídica.”

Via-se aí colocada a questão da negação da realidade por uma construção doutrinária que tendia a legitimar um tipo de Direito, um tipo de organização social e que, pela própria assimetria entre a descrição dos fatos e eles próprios, apresentava uma tensão cuja problematicidade iria se revelar nos julgamentos produzidos.

### **3.2.1 o problema da segurança jurídica.**

No século XVIII a insegurança era presente e possuía sua origem no excesso que os comentários haviam atingido, tanto em termos de quantidade de opiniões quanto de diversificação de interpretações, o que fazia com que não se tivesse uma razoável certeza sobre o tipo de decisão proferida.

Já durante a segunda metade do século XV o formalismo e a rotina começam a se instalar na prática da glosa, e o argumento de autoridade, fundamentado na citação da opinião doutoral, passa a caracterizar a prática jurídica decisória. Os malabarismos dialéticos e o vício sofístico se tornam a regra.<sup>78</sup>

Já na segunda metade do século XVI há a queixa da falta de segurança na prática jurídica, da incerteza dos julgamentos, do arrastar das questões, da indisciplina da orientação, da confusão dos padrões de decisão. HESPANHA indica tais fatos como fruto da “incapacidade da doutrina para fornecer à prática e ao foro uma directriz segura”.<sup>79</sup> É possível identificar aqui que o problema estava situado na dimensão da cultura jurídica, já que não possuíam os juristas o preparo necessário para o

---

<sup>78</sup> Paulo Ferreira CUNHA. *Para uma história constitucional do direito português* - Coimbra, Livraria Almedina, 1995, págs. 121/122

<sup>79</sup> Antônio Manuel HESPANHA. *História das instituições; época medieval e moderna*. Coimbra, Livraria Almedina, 1982, pág. 511

enfrentamento da questão de produzir decisões teoricamente disciplinadas, fundamentadas e não colidentes. Do ponto de vista da prática os juristas eram unânimes em afirmar como caótica a situação, explicada pelo mau uso das leis e pela doutrina jurídica desregrada e venal que se apresentava.

Quanto às causas, o porquê da instalação da corrupção na prática jurídica teria de ser, segundo HESPANHA, de “natureza menos conjuntural”, e estaria repousando nas causas internas do modelo discursivo da ciência jurídica. A incapacidade do discurso fundamentar-se ideologicamente em premissas históricas passadas faz com que a legitimidade da decisão se perca. A descrição até aqui traçada nos seduz a uma analogia com as condições atuais da prática jurídica.

No que tange ao tipo de decisão que era proferida, os comentários eram abundantes, e não permitiam a objetividade e a clareza desejadas. O discurso jurídico estava contaminado pelo vício das citações, bem como pelo excesso de rebuscamento na redação. CUNHA faz referência a essa prática, que ofuscava a objetividade decisória desejada. Aponta o autor que, na época “o que vitima os Comentários é claramente, a par do anquilosamento da citação, o vício sofisticado dos ‘cymini sectores’ de que falava Bacon: os juristas transformaram-se em malabaristas dialécticos, muito mais interessados em urdir a sua teia em filigrana de distinções e argumentos subtis, que em alcançar soluções de verdade e de justiça”<sup>80</sup>.

LOPES descreve que “era preciso colocar a lei acima da tradição e dos comentários. Por isso proibiu-se o uso da Glosa de Acúrsio e os Comentários de Bártolo. O Direito romano e o Direito estrangeiro poderiam ser recebidos apenas por causa das verdades essenciais e intrínsecas inalteráveis.” E mais a frente: “No mesmo sentido de ordem e certeza foi a reforma dos estatutos e do ensino jurídico (1772). Proíbe-se o método escolástico e ensino indiscriminado de direito romano. O novo ensino deverá priorizar o estilo sintético, compendiário, demonstrativo, a apreensão ordenada (*more geometrico*) nas matérias básicas, na linha do racionalismo do século das luzes.”<sup>81</sup>

O Direito carecia de uma unidade, de um sentido decisório mais unívoco que lhe conferisse um carácter de balizador das expectativas, contrariamente ao que vinha ocorrendo. TIGAR e LEVY, em alusão à situação naquele período, referem-se à "falta

---

<sup>80</sup> Paulo Ferreira CUNHA. *Para uma história constitucional do direito português* - Livraria Almedina - Coimbra, 1995 p. 122

<sup>81</sup> LOPES, op. Cit. Pág. 209

de sucesso de todas as tentativas para unificar e simplificar o direito vigente na França”<sup>82</sup>

Outro dos fatores que se apresentava como responsável pelo estado crítico do Direito na época era o excessivo subjetivismo nas decisões, o que por sua vez fazia com que não se encontrasse nas mesmas a objetividade normativa minimamente desejável. Na Europa do período pré-revolucionário tal situação vai ser encontrada, como nos refere HESPANHA: "Assim, o probabilismo e o casuismo da ciência jurídica medieval – que, na sua época própria, tinham cumprido a importante missão dogmática de interpretação actualizadora do corpo do direito justiniano – ultrapassam agora os limites da sua funcionalidade e começam a corroer também os princípios jurídicos actualizados e, nomeadamente, a nova legislação nacional. Para mais, atacado pelos humanistas o argumento de autoridade, a *opinio communis* deixa de poder ser um limite eficaz para o subjectivismo das decisões. E, neste espaço, instala-se o arbítrio de julgamento que dá lugar à corrupção e permite que a ignorância seja legitimada em nome do "livre exame"<sup>83</sup>. O autor refere-se ainda à ignorância, ou seja, à incapacidade dos julgadores de produzirem uma fundamentação consistente sobre a qual se afirmassem as bases de uma orientação decisória segura. É assim que se refere à associação dessa falta de conhecimento à liberdade interpretativa: "...ainda sobre a ignorância, é de notar que ela tem efeitos tanto mais devastadores quanto maior é a liberdade interpretativa.”<sup>84</sup>

Ainda sobre a questão do subjetivismo nas decisões, HESPANHA<sup>85</sup> diz que a *opinio communis*, na Europa da segunda metade do século XVI, no contexto da passagem da tradição escolástica para a humanista, não possuía força interpretativa capaz de impor a disciplina nas decisões que fornecesse a segurança esperada, já que, diferentemente do que é a *opinio* em Aristóteles - a opinião mais freqüente - o humanismo defende a opinião defendida pelos melhores, o que revela seu traço qualitativo. Desta forma, a própria investigação da opinião comum passa a ser aleatória e com forte carga de subjetivismo. Este fato aponta o quanto indisciplinada e incerta a

---

<sup>82</sup> Michael TIGAR & Madeleine R LEVY. *O Direito e a ascensão do capitalismo* - Rio de Janeiro, Zahar, 1978 p. 18."

<sup>83</sup> Antônio Manuel HESPANHA. *História das instituições; época medieval e moderna* - Livraria Almedina – Coimbra –1982 p. 513

<sup>84</sup> idem

<sup>85</sup> idem, ibidem, p. 514

*opinio communis* havia se tornado, e o grau de insegurança gerado por decisões baseadas em tal critério.

Não havia certeza possível quanto a um Direito carente de um critério decisório seguro. Se já não era possível um acordo sobre a finalidade da vida comum, deveria ser possível um acordo sobre os procedimentos. O Direito seria, assim, o garantidor da manutenção das expectativas recíprocas, não mais da vida feliz e justa. Nesta medida o Direito passa a ser tratado como forma, como um esquema, uma geometria. Assim foi que o jusnaturalismo moderno passou a ser tratado como um sistema de normas axiomático, dedutivista, universal, impessoal, abstrato. Não mais se fazia o apelo a autoridades eclesíásticas como fonte de legitimação. A razão é o instrumento que mostra o caminho adequado para a consecussão de certos fins, não mais a autoridade do citado. Em sendo o Direito natural moderno um Direito estritamente racional, o jurista estaria dispensado de estudar toda a moral. A moral, desta forma, começa a se distanciar do Direito. O Direito natural moderno é proposto como um Direito do senso comum, pelo que os indivíduos o podem conhecer pela via racional.

Excesso de comentários, insegurança decisória, o Direito como um instrumento de garantia mútua da concretização das expectativas, a práxis jurídica marcadamente erudita e ao mesmo tempo distante da realidade, perda de legitimidade decisória, eram todos fatores componentes de uma realidade em que se operava o Direito de forma auto corrosiva.

### **3.2.2 as citações e a jurisprudência**

No contexto histórico da superação paradigmática jusnaturalismo x juspositivismo, era o próprio povo que sentia a falta de uma maior segurança do que aquela que se apresentava nas decisões correntes. Neste sentido, houve uma tentativa de busca de segurança com a adoção da chamada interpretação autêntica, reformando-se o ensino, com foco na prática jurídica, que podemos identificar como parte da chamada “cultura jurídica”. No dizer de HESPANHA, “a situação era dificilmente sustentável; o foro e a vida precisavam dum mínimo de segurança e de certeza na aplicação do direito. Não eram só os juristas ou os moralistas que se queixavam deste estado de coisas; era o próprio povo que se revoltava contra ele, utilizando nas suas queixas um velho *leit motif* da cristandade ocidental... ..Outro processo de orientar a doutrina nacional no sentido do rigor e da disciplina, afastando-a do exagero no confronto e citação das opiniões e do

cultivo duma erudição inútil e dispersiva, foi o de proceder a uma 'reforma na maneira de ensinar o direito', na qual se restringisse drasticamente o hábito de provar a bondade das soluções pela citação exaustiva das opiniões.”<sup>86</sup>

Parece-nos caber aqui uma analogia bastante apropriada com os nossos dias, levando-se em consideração o estado atual da doutrina nacional, o diagnóstico que HESPANHA vai apontar para que a limitação das citações não produzisse o resultado esperado, qual seja, o de que esta direção ‘textual’ das decisões pressupunha muita coisa cuja existência não estava de modo algum provado: pressupunha, por exemplo, que a doutrina tivesse uma preparação lógico-dialética e dogmático-conceitual que lhe permitisse, a partir de uma exegese livre dos textos, encontrar soluções normativas adequadas, o que não acontecia.

Assim, deu-se um grande interesse pela jurisprudência dos tribunais centrais - o mesmo tipo de interesse que se revela contemporaneamente, comprovado pela quantidade de revistas de jurisprudência e pela quantidade de citações jurisprudenciais. Era a chamada praxística, que enfatizava o estudo das práticas encontradas no âmbito da cultura jurídica, notadamente nas práticas decisórias. A ênfase na prática tinha a função de estabilizar as decisões, numa tentativa de conferir estabilidade decisória e segurança jurídica.

### **3.2.3 a multiplicidade de normas.**

A formulação de normas jurídicas em grande quantidade, que contemporaneamente é uma necessidade dos governos e dos governantes como meio de instrumentalizar suas políticas, e que tem como resultado uma múltipla possibilidade decisória comprometedora da segurança jurídica, tem sua raiz no período em que se afirmam as prerrogativas do monarca, que aparece, a partir da segunda metade do século XIII, não somente como entidade formuladora de normas jurídicas, como também na veste de árbitro do conflito entre as várias fontes do direito. O rei, portanto, aumenta enormemente o ritmo da produção legislativa. Em Portugal, por exemplo, D. Afonso III publica cerca de 200 leis, que versam basicamente sobre as relações entre a Igreja e o Estado, o direito criminal, o estatuto dos oficiais reais, as relações entre cristãos e judeus, o estatuto da terra e as questões relativas a abastecimentos e preços.

---

<sup>86</sup> idem, ibidem, p. 515

Uma das preocupações que vai surgir no período é com a instituição de formas de publicação das leis que garantam o seu conhecimento, bem como com a tarefa de compilação do Direito nacional vigente.

Sobre o momento de transição paradigmática, notadamente permeado pelos ideais positivistas, discorre LOPES: “O ideal de uma ciência positivista, assenta-se na tradição idealista da filosofia do fim do século XVIII. Em primeiro lugar, define-se uma distinção entre sujeito e objeto do conhecimento e suas relações recíprocas. Em segundo lugar, propõe uma objetividade do conhecimento demonstrável pela manipulação e pela experimentação. Conhecer é saber fazer, é reproduzir e prever. A ciência é então destacada da interpretação e da razão prática, e associada à razão instrumental e ao cálculo.”<sup>87</sup>

A necessidade de segurança, como já vimos, fez com que, no século XIX, em vários países europeus, se buscasse uma forma de julgamento que fosse o máximo possível objetivo, ou em outras palavras, o máximo positivável, uma tendência histórica que se apresentava naquele momento.

O positivismo possui, conforme já visto em capítulo anterior, uma herança que lhe emprestou o sentido instrumental que veio a possuir. Ao receber do jusracionalismo moderno a formação axiomática, com a idéia de lei e código, bem como a concepção voluntarista de lei histórica e positiva, não se justificou a idéia científica da verificabilidade, própria de uma concepção de ciência moderna.

O positivismo triunfou, embora hoje dê sinais evidentes de esgotamento. O esgotamento do modelo teórico prevalecente, vivido pelos juristas e experimentado pelos indivíduos em geral, parece ter suas causas, ao menos no que tange à cultura jurídica, revividas presentemente.

É possível que nós identifiquemos empiricamente tais fatos? O próximo capítulo pretende apontar alguns dados recolhidos dos atores jurídicos, tentando identificar uma proximidade de condições históricas que estejam presentes e que permitam sustentar a hipótese de trabalho com a qual estamos lidando.

---

<sup>87</sup> LOPES, op. cit. pág. 222



## 4 a cultura jurídica e os atores jurídicos num contexto de mudança

Há, no momento epocal em que vivemos, dados que possam fornecer um diagnóstico de uma exaustão e conseqüente superação paradigmática? Pretendemos tentar identificar a existência de tais dados, a partir de uma análise da percepção dos atores jurídicos de sua inserção no contexto social pós consolidação da transição democrática em nosso país.

A democratização da vida política e das instituições no Brasil é um fato que, ao menos do ponto de vista formal, é incontestável. A Constituição Federal de 88 consagra o momento final da transição do período ditatorial para o período democrático. Na Constituição estão insculpidos direitos e princípios os quais foram objeto de lutas e movimentos sociais como o do sindicalismo, resultando no Título e Capítulo sobre os direitos sociais, bem como no campo político, pela liberdade de expressão, associação etc, expressos no Capítulo e Título relativos aos direitos e deveres individuais e coletivos.

Por outro lado, são inúmeros os trabalhos que mostram que, a despeito do que houve no campo político institucional, muitos aspectos da cidadania brasileira continuam pouco efetivos. Dentre esses aspectos, a busca do Judiciário como instituição que possa assegurar o cumprimento dos direitos dos cidadãos tem se mostrado um fato crescente com o contínuo processo de consolidação democrática.

Pugnam assim, a opinião pública, as instituições afetas à Justiça, OAB, ABI, diversas ONGs, e parte expressiva dos atores jurídicos, por uma revisão do Direito que possua um caráter humanizador, que possa fazer inserir princípios de justiça substantiva, material, com significado socialmente distributivo e menos puristas, neutros e meramente lógicos. Que se possa, também, do ponto de vista da cultura jurídica de formação do ator jurídico, privilegiar as disciplinas afins à chamada ciência jurídica tais como a filosofia, a sociologia, a antropologia, a inspirarem a interpretação e a aplicação do Direito.<sup>88</sup>

Pretendemos, no presente capítulo, abordar aspectos do atual perfil de alguns dos atores jurídicos envolvidos em tal processo, bem como casos em que o Judiciário é chamado a intervir num campo das relações sociais que até recentemente era

---

<sup>88</sup> Faço referência a uma noção de 'humanismo' que não é cogitada no juspositivismo, e que indica como núcleo doador de sentido à operatividade técnica do instrumental normativo-decisório os valores humanos, dentre eles primordialmente o da Justiça, diversamente de uma tecnologia de caráter neutral.

desregulamentado do ponto de vista na normatividade jurídica, dado o seu recente surgimento: as relações contratuais entre os “consumidores” de serviços médico-hospitalares e os “planos de saúde”, esses entendidos como as pessoas jurídicas das diferentes espécies que lidam com tais serviços, sejam prestadores de serviços, sejam empresas seguradoras.

Assumindo que há, nos termos propostos por HOLSTON, uma disjunção<sup>89</sup> entre as chamadas “democracia formal” de um lado e a “substantiva” de outro, que papel vem o Judiciário desempenhando neste contexto? Em que medida pode-se inferir uma linha de julgamento que indique um processo de transformação da tradicional prática jurídica? Qual a disposição dos atores para mudanças no padrão de julgamento e na cultura jurídica?

Por fim, é possível identificar o Judiciário como agente ou instrumento de consolidação da democracia, conquanto é nele que se institucionalizam demandas pelo exercício da cidadania?

#### **4.1 a crise e a resposta do Judiciário**

A crise do judiciário foi objeto de análise no do presente trabalho. Daquela perspectiva de análise é conveniente salientar para os fins desta seção os aspectos que a seguir tratarei.

Com a passagem do Estado liberal para o Estado providência, a teoria da separação dos poderes colapsa; ocorre a chamada "explosão legistaliva"; incorpora-se na função do Estado a realização de políticas compensatórias, com a juridificação da justiça distributiva e, por fim, os conflitos passam a aparecer na sua forma coletivizada, tornando-se claramente politizados. Altera-se, assim, a significação política dos tribunais, já que o Judiciário passa a ser um agente da mudança, podendo interferir diretamente na viabilidade de políticas de governo. A crise é, portanto, de diversas

---

<sup>89</sup> Sobre a noção de disjunção: *Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil*, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 21: 68-89 James HOLSTON and Teresa P. R. CALDEIRA. In press (1997). e *Democracy, law, and violence: disjunctions of Brazilian citizenship*. In *Fault lines of democratic governance in the Americas*. Felipe Agüero, and Jeffrey Stark, editors. Miami: North-South Center Press and Lynne Rienner Publishers.

matizes, sobressaindo dentre elas<sup>90</sup> as chamadas crise de legitimidade, de independência e de produtividade<sup>91</sup>.

A descrição da realidade na qual se encontra o Judiciário além de não ser uma imputação ao mesmo de falhas, senão uma teorização das condições objetivas, revela-se interessante porquanto é a partir da identificação das mesmas que será possível supor o perfil de uma atuação renovada.

Do apontamento das condições da mudança, certamente surgirá a identificação de alguns vetores que sugerem o caminho futuro, talvez um novo perfil do judiciário. Uma série de propostas e de ações mais ou menos organizadas já começam a se fazer sentir, relativizando o positivismo de matriz kelseniana, tão considerado no Direito pátrio.

No contexto apresentado, surgem movimentos, alguns de caráter explicitamente político, como o do Direito Alternativo, outros com orientação política bem menos assumida como é o caso dos Juízes Para a Democracia, mas certamente todos com pretensão de questionar a forma pela qual o Direito vem sendo, na nossa tradição, trabalhado.

Diversos são os espaços de manifestação das mudanças, alguns mais imediatos outros menos. O próprio Judiciário é forçado à mudança, na medida em que pontualmente os seus órgãos componentes proferem decisões que aplicam o Direito de forma diversa do padrão vigente.

Por outro lado, a realidade social impele ao reconhecimento de chamados “novos direitos” que pressupõem a articulação do sistema positivo segundo critérios diversos dos tradicionalmente usados, alterando algumas daquelas as quais FERRAZ JR. chama de “regras de calibração” do sistema jurídico.<sup>92</sup>

Certas mudanças de conformação do chamado "Direito Positivo" também revelam a incorporação de uma realidade na qual vem sendo sentida uma demanda social por decisões mais intervenientes e céleres na até então considerada esfera privada de interesses.

---

<sup>90</sup> Maria Tereza SADEK e Rogério Bastos ARANTES usam uma terminologia diferente para expressar razoavelmente os mesmos conceitos. A crise é apresentada como: 1. crise institucional; 2. crise estrutural; 3. crise relativa aos procedimentos. *A crise do Judiciário e a visão dos juízes*. Revista USP – Dossiê Judiciário, n. 21, março/ maio de 94.

<sup>91</sup> Para um aprofundamento, Dalmo de Abreu DALLARI, *O Poder dos Juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996, especialmente o cap. VI.

<sup>92</sup> *Teoria da Norma Jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1986

Do ponto de vista procedimental, podemos citar os processos dos Juizados Especiais (ou Tribunais de Pequenas Causas) tanto cíveis quanto criminais, que ensejam maior liberdade e discricionariedade tanto de juízes quanto promotores nas decisões sobre os rumos do processo e do mérito das ações.

Ainda no âmbito da produção normativa, o Código de Defesa do Consumidor é um instrumento que, do ponto de vista material, enseja também o reconhecimento da necessidade de revisão de alguns dos pressupostos tradicionalmente vigentes na nossa hermenêutica, “desequilibrando” a relação jurídica claramente de favor da parte “hipossuficiente”, em atenção à realidade fática, ao contrário do que dispõem alguns princípios da teoria contratual tradicional como o *pacta sunt servanda*, bem como a liberdade das partes contratantes como pressuposto da vinculação espontânea.

Os casos dos contratos de adesão aos chamados “planos de saúde”, que em verdade vendem serviços necessários e vitais à população, colocando o consumidor em posição de refém de oligarquias econômicas, são exemplares.

Já no processo de elaboração da Constituição Federal, remontando aos anos de 1987 e 88, se observava a saturação de um conceito sobre a propriedade que divergia do tradicionalmente adotado, de matriz liberal, cuja referência normativa era o Código Civil. Assim, o conceito de “função social da propriedade” foi à Carta Maior, o que diversificou o critério decisório, preponderantemente em ações de despejo, usucapião, e reintegração de posse.

Outro exemplo de diversificação de padrão decisório são os já conhecidos julgamentos por juízes criminais, especialmente no caso de delito de porte de entorpecentes (art. 16 da Lei 6368/76), em que a inconstitucionalidade da Lei já vinha sendo declarada. Alguns juízes do Rio Grande do Sul, por exemplo, vinham, com alguma freqüência, declarando a inconstitucionalidade da lei neste aspecto, deixando assim de levar o réu à condição de detento, o que sensivelmente parece à sociedade injusto, mormente consideradas as condições do sistema prisional pátrio.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> Por exemplo, o seguinte voto: “Não é lícito ao Estado, dentro do sistema de liberdade democrática, punir o viciado, que é, antes de tudo uma vítima. O art. 16 da Lei 6.368/76, punindo como infrator o viciado e doente, afronta a Constituição Federal, no que respeita à liberdade individual quando ao uso de estupefaciente” (TJRS - Inc. Inconsti. na AC 686062340 - Voto vencido do Rel. Milton dos Santos Martins - RJTJRS 128/34) e no mesmo sentido RJTJRS 127/99 in FRANCO, Alberto Silva e outros, *Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo, RT, 1995, p. 769.

## **4.2 a mídia e o Judiciário**

Outra expressão do clamor social por uma revisão da atuação do judiciário é o fato de que a mídia vem dando visibilidade a vários problemas e fatos relativos ao mesmo. Um exemplo observa-se no que concerne à utilização dos seus recursos, que não obedece a nenhum controle de fato efetivo de qualquer órgão de natureza externa. Em âmbito interno, o controle formal que até o presente vige, parece não possuir instrumentos e nem atingir resultados eficazes. Tanto assim que tal necessidade é suscitada reiteradamente nos veículos de mídia de massa, como é de amplo conhecimento, e também nos meios acadêmicos.

A realidade descrita conduz à conclusão de que a existência de um órgão de natureza externa, sem vínculos institucionais com o Judiciário, seria mais produtora para exercer a fiscalização dos atos administrativos deste Poder.

Parece-me que, de uma forma geral, os problemas enfrentados pelo Judiciário originam-se em grande medida do fato de que ele possui algumas características específicas em relação aos outros dois Poderes que o distinguem quanto ao acesso, ao modo de controle da sociedade, e ao simbolismo que o cerca.

Abordando o problema de forma breve, posto que não nos propomos a uma discussão desse tema no presente trabalho, poderíamos supor que esses problemas originam-se no fato de que, na sua origem histórica, os Judiciários do mundo ocidental tiveram por função a legitimação da atuação do soberano. Desta forma, seus membros criaram uma tradição de distanciamento da realidade social<sup>94</sup>, com as já identificadas consequências que acabaram por entreabrir as condições para a crise atual.

Difícilmente encontrar-se-ão exemplos de atuação dos Judiciários na tradição latino americana - para ser restrito -, no sentido de promover mudanças sociais, pautando-se os mesmos muito claramente por acompanhar a ordem estabelecida pelos Executivos, dado que compõe sua tradição cultural.

Ainda, o Judiciário é notadamente um Poder no qual se encontra uma aristocracia intelectual, por força da forma de seleção de seus membros, a qual é realizada por concurso em que o critério de avaliação é o de proficiência técnica na própria atividade por eles exercida.

---

<sup>94</sup> Para o desenvolvimento do argumento, DALLARI, op. cit., capítulos II e III.

Uma exceção a essa regra é a composição e processo de seleção dos ministros do Supremo Tribunal Federal.<sup>95</sup> Esses ministros são levados ao Tribunal por meio de procedimento que dá ensejo a uma forte influência política na nomeação. Não só o procedimento de indicação em si do Presidente da República enseja esse fato, mas todo o caminho que precede o acesso ao Tribunal. Ou seja, para ser “elegível” o candidato deve ter necessariamente passado por instâncias de relacionamento profissional onde o “conhecimento” e a influência das opiniões são construídos a partir do comportamento “politicamente adequado”, tendo sempre como referencial o modo de agir dos componentes do pequeno círculo dos elegíveis.

É o tradicional processo de cooptação, observável historicamente, e que pressupõe como critério de admissão no restrito círculo de poder a adequação de comportamento ao que é expectável pelo próprio grupo.<sup>96</sup>

#### **4.3 o papel da sociologia jurídica.**

A sociologia jurídica, enquanto ramo especializado da sociologia que cuida da análise científica do fato social jurídico, tem dado uma intensa contribuição aos questionamentos que ora se põem sobre o judiciário enquanto estrutura burocrática, instância de reprodução de dominação, instituição especializada na solução dos conflitos, e de forma especial, com respeito ao juiz, sua atuação e suas condicionantes.

Boaventura de Souza Santos faz uma abordagem pontual sobre as condições teóricas que entreabriram o campo analítico em que ora a sociologia jurídica aborda os temas relacionados ao judiciário como estrutura organizacional.<sup>97</sup>

No referido trabalho, o autor demonstra que historicamente a sociologia passa a ter o ramo denominado sociologia jurídica propriamente apenas após a segunda guerra mundial. A condição teórica para tanto foi a abordagem original de Eugen EHRLICH<sup>98</sup> no estudo do Direito de uma perspectiva jurídica, que tinha como objeto as decisões

---

<sup>95</sup> Restringirei o exemplo ao STF, ressaltando que os tribunais superiores também seguem esta mesma lógica de acesso.

<sup>96</sup> Como referência histórica ao processo de cooptação, ver Paul VEYNE (org), *História da Vida Privada*, vol. I, pp. 103 e segs., *Onde a Vida Pública era Privada.*, vol. 1, (trad. Hildegard Feist). São Paulo, Companhia das Letras, pp. 103-121 e 141-159

<sup>97</sup> SANTOS, Boaventura de Souza - Uma introdução à sociologia do direito, in *Direito e Justiça - A função social do Poder Judiciário*, in José Eduardo FARIA, (org), São Paulo, Ed. Ática, 1984.

<sup>98</sup> Eugen EHRLICH, *Fundamentos da sociologia do direito*, trad. de René Ernani Gertz, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986, c1987, capítulos XX e XXI.

jurisprudenciais, o que se ligava diretamente à condição histórico-cultural do magistrado, suas condicionantes, e a implicação dessas condicionantes na decisão proferida. Entreabre-se ainda, a perspectiva do estudo do juiz imerso na estrutura burocrática e organizacional do judiciário, suas questões procedimentais e sua forma específica de produzir resoluções de conflitos.

Os espaços abertos por EHRLICH foram seguidos por várias produções científicas e, desta forma, o questionamento sobre a função do juiz, sua inserção nos processos sociais de transformação, bem como a sua atuação de classe foram trazidos à cena.

No ensejo deste contexto, foi-se cristalizando o conceito de que o juiz não poderia ser meramente um burocrata de produção de decisões, preocupado apenas com a adequação de sua decisão ao valor privilegiado pelos tribunais e com a produtividade de sua atividade.

No Brasil, especialmente na década de noventa, identifica-se claramente um movimento dos formadores de opinião em geral no sentido de que o Judiciário estaria necessitando de uma revisão de seu papel social, de suas premissas de atuação. Tanto assim que, mesmo internamente, observa-se um questionamento do judiciário sobre sua função. Exemplo dessa revisão que parte de dentro são os movimentos de associações e grupos de juízes. Tanto o do Direito Alternativo quanto o dos Juízes para a Democracia, que são os mais repercutidos, propõem uma revisão do papel do juiz.<sup>99</sup>

#### **4.4 os juízes**

Como já abordado, o momento de transição e consolidação democrática que culminou historicamente com o advento da Constituição Federal de 1988 afetou o país em algumas de suas instituições de forma diversificada. O Direito Positivo e o Poder Judiciário, este último institucionalmente, não sofreram mudanças significativas na sua conformação. A par disso, com o relevo dado aos direitos sociais e aos novos direitos que emergiram nesse processo cristalizador da Constituição, o Judiciário é chamado à cena pública como protagonista, com o papel de instrumentalizar uma demanda por algo

---

<sup>99</sup> Sobre o tema: Edmundo Lima de ARRUDA JR, *Lições de direito alternativo* (org), São Paulo, Acadêmica, 1991, e Luciano OLIVEIRA, *Ilegalidade e direito alternativo: notas para evitar alguns equívocos*, mimeo.

que poder-se-ia chamar de democratização social. Desta forma, necessariamente a expansão da cidadania passou e passa pela instituição Poder Judiciário.

É neste sentido que o Judiciário passa a incorporar a dimensão da justiça material, distributiva, reconhecendo transformações substanciais na cultura jurídica de aplicação do Direito. Verifica-se uma crise de articulação entre o Estado e a sociedade, sentida imediatamente no Judiciário.

O operador do Direito responsável pela função de julgar está no centro do problema deste contexto crítico. É ele quem vai, a partir de suas atitudes, reformar ou reformular o perfil do Judiciário. De um lado, membro da sociedade, de outro, agente do Estado, o juiz ocupa posição paradoxal no contexto ora descrito.

Em pesquisa realizada em conjunto pelo IUPERJ e ABM sob a organização de Luis Werneck VIANNA, os próprios juízes responderam a algumas questões propostas e tais respostas dão um precioso indicativo do perfil sócio-cultural e ideológico dos julgadores.

Os juízes se vêem como partícipes ativos das transformações sociais, se auto atribuindo a identidade de intérprete das leis num sentido criador. Essa auto representação colide, de certa forma, com o Direito Processual como foi concebido, na medida em que o mesmo funciona como um entrave aos processos de mudança.

Reconhecem explicitamente que o Poder Judiciário está distante da maioria da população, e que esse fato se dá, em grande parte, porque o acesso às instâncias judiciárias é oneroso.

É revelador ainda o número percentual dos juízes que crêem ser a neutralidade uma postura equívoca do julgador, e que o juiz deve influir na mudança social, que é de 83,5% dos juízes de primeiro grau. Essa é, talvez, a maior contradição no perfil do juiz em face do paradigma vigente, que pressupõe um tecnocrata de postura neutral a decidir com base exclusivamente no que se convencionou chamar de "Direito Positivo".

Não se identificam, os juízes, com o papel heróico do transformador social, tampouco se vêem comprometidos com as referências culturais e valorativas próprias das elites formadoras do país.

É interessante notar que houve uma mudança na origem social dos juízes brasileiros, que não mais indica as tradicionais ligações dos mesmos com os níveis superiores da hierarquia social, o que acontecia, por exemplo, na década de 60.<sup>100</sup>

Um ponto da pesquisa que nos interessa sobretudo ressaltar, é que a categoria profissional, estando insulada, tende a produzir uma forte identidade corporativa, que se revela, entre outras formas, pela limitação de sua atividade aos limites de suas lides profissionais. Assim, os juízes têm uma baixa produção no campo técnico-científico e doutrinário.

Embora o autor conclua sua pesquisa dizendo que o juiz "se apresenta em clara compatibilidade com uma prática que venha a se orientar para a democratização do acesso à Justiça", o que se percebe é que não há, talvez devido ao isolamento profissional já referido, uma cultura interdisciplinar que permita aos juízes formularem tais opções reformadoras com um discurso científico sólido.

A ênfase na formação técnica do magistrado, em detrimento de conhecimentos, por exemplo, nos campos da sociologia, antropologia e filosofia, conduz à atitude voluntarista que não contribui para a formação de uma massa crítica científico-discursiva que possa converter-se num novo paradigma.

Na próxima seção, veremos, na prática, um exemplo desse comportamento.

#### **4.5 a prática fazendo a mudança**

Em uma emblemática entrevista concedida à revista Caros Amigos, o Presidente da Associação Juízes para a Democracia, Juiz Dyrceu Cintra afirma, em manchete de capa, literalmente: "Nossa missão é tirar o juiz do pedestal e falar: 'Ele é igual ao povo'". Tal assertiva demonstra a inquietação no meio jurídico quanto ao atual modo de atuação do juiz. O Magistrado coloca-se frontalmente a favor de que haja um controle administrativo das atividades dos juízes. Em trecho da entrevista no qual é indagado sobre a independência do juiz, cuja resposta me permito transcrever, diz: "Em termos jurisdicionais, não.(não há ninguém acima do juiz) Isso é conceitual. Mas alguns dizem que o Judiciário é um poder independente e se é independente não pode ter fiscalização externa. Errado. Isso parte de um conceito errado." E mais a frente indagado sobre os

---

<sup>100</sup>R SCHERMAN. *El Origen Social-Econômico de los Juices Brasileños*, Revista Jurídica Interamericana, vol IV, 1962, apud. Pesquisa: Juízes, IUPERJ/ABM).

limites do controle: “Controle administrativo, e para dar transparência aos procedimentos internos dos tribunais.”

Essa opinião é esposada por vários outros órgãos do Judiciário, como se tem dado veiculação na mídia. Uma hipótese que nos parece de possível sugestão é a de que o momento atual de auto-crítica dos juízes já tenha atingido um grau de saturação tal que seja irreversível uma revisão do papel social do Judiciário, o que naturalmente se reflete na forma como os juízes interpretam e aplicam o Direito.

Os trabalhos dos magistrados participantes do movimento do Direito Alternativo dão conta dessa expressão de vocação para a mudança.<sup>101</sup>

A necessidade da mudança se faz sentir na própria prática cotidiana dos atores jurídicos os quais, numa realidade onde não é possível se operar coerentemente os diferentes sub-sistemas jurídicos de forma harmônica, diversificam a estrita legalidade, o que, de forma paradoxal, é um dos próprios sustentáculos do paradigma vigente. O paradoxo se apresenta na medida em que os juízes respondem a uma demanda por eficiência, tendo de pôr fim a conflitos que lhes são apresentados, por um lado. Por outro, para maximizar essa eficiência comprometem a racionalidade do paradigma, quando não atendem a algumas de suas premissas básicas. Entretanto, ao relativizar o paradigma, "produzindo" decisões de forma eficiente, permitem que o sistema decisório absorva e dilua a pressão social por mudanças, perpetuando a forma convencional de formular uma determinada interpretação e aplicação do Direito.

Em outra seção do presente estudo, cujas idéias centrais encontram-se publicadas,<sup>102</sup> procurarei demonstrar um exemplo dessa disjunção, onde juízes do trabalho de determinada localidade - juízes estes que se pautam, em discurso, pela estrita legalidade - para conseguir rendimento em termos de produtividade, diversificam a aplicação do Direito dispensando a estrita legalidade, entrando em conflito com sua própria forma de orientação ideológica e de formação profissional.

No indigitado trabalho, os juízes deixam de aplicar uma norma que lhes determina o recolhimento à Previdência de valores oriundos de acordos trabalhistas para conseguir, desta forma, uma maior margem de vantagem ao pagador do acordo, sendo

---

<sup>101</sup> Especialmente os livros da série *Lições de direito alternativo*, em especial o vol. 1, Edmundo Lima de ARRUDA JÚNIOR (org) , São Paulo, Acadêmica, 1991.

<sup>102</sup> A “flexibilização” da legalidade nas práticas conciliatórias na Justiça do Trabalho, Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, ano 34, no. 133, janeiro/março 1997, pp. 259/270

que este procedimento se insere numa estratégia de persuasão para o acolhimento de uma proposta de acordo.

Ali, de forma desideologizada e procedimentalmente não tão explícita como nos movimentos ordenados e identificáveis como os do Direito Alternativo e da Associação dos Juízes para a Democracia, o que se observa é que a atuação do magistrado denota a exaustão da capacidade do juiz de operar o Direito segundo o paradigma tradicional.

#### **4.6 uma outra perspectiva: os promotores**

De um outro ponto de perspectiva encontram-se os promotores, que trabalham diuturnamente em contato com o Judiciário e têm em sua prática implicação direta e necessária no funcionamento da estrutura organizacional do mesmo.

Em um trabalho levado a cabo pelo IDESP - Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, realizado em setembro de 1996,<sup>103</sup> foi pesquisado o Ministério Público, sendo que o espaço amostral compreendeu todo o território nacional. Os resultados demonstram de forma clara a consciência de que existe de fato uma crise no Judiciário do Brasil. Em resposta à pergunta “Há uma crise da Justiça no Brasil?”, os entrevistados responderam: 27% que concordam totalmente, e 58% que concordam em termos, o que totaliza a marca expressiva de 85% dos entrevistados pertencentes ao Ministério Público em seus diferentes níveis hierárquicos e institucionais, com a clara consciência de que há uma crise no Judiciário.

Ainda, demonstrando um acurado senso de auto crítica, os membros do Ministério Público apontam, num total de 56%, como “importante” ou “muito importante” fator obstaculizante para o bom funcionamento da Justiça no Brasil, o mau desempenho dos promotores, bem como 68% o mau desempenho dos juízes, e ainda 53% a má formação dos juízes, e mais importante, a meu ver, o número de expressivos 45% dos próprios promotores diz ser importante ou muito importante a causa apontada como “má formação profissional dos promotores”.

Ora, o que estarão dizendo os promotores com esses dados? Pode-se interpretá-los como uma mera consciência de que a atuação do judiciário está longe do ideal segundo uma avaliação em face dos objetivos de realização do paradigma legalista, mas também pode-se supor uma hipótese de interpretação na qual os promotores têm alguma consciência de que o Judiciário tem de julgar segundo outros parâmetros, buscar outro

---

<sup>103</sup> *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*, São Paulo, IDESP, 1996.

núcleo de sentido à prática decisória, que podemos supor, seja a inserção de critérios de justiça material nas decisões, ao invés de meramente a legalidade pretensamente neutra.

A hipótese supra referida tem como confirmador um quadro de respostas no qual se indaga sobre o papel da Justiça na sociedade brasileira. Nesse quadro são feitas várias assertivas sobre pontos recentemente discutidos no ensejo de uma possível reforma do judiciário.

Assim, sobre a proposição: “O juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem que ser sensível aos problemas sociais.”, 58% dos entrevistados concordaram totalmente. Já sobre a proposição: “O compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei”, 29% dos entrevistados concordaram totalmente com a mesma.

Paradoxalmente, ao se colocar a questão: “O direito Positivo não permite o espírito crítico.”, somente 2% dos entrevistados concordaram totalmente com a afirmação.

A última resposta pode demonstrar que a mudança pretendida não pode relegar a segurança jurídica, deixando ao arbítrio do operador do Direito a aplicação do sistema normativo.

#### ***4.7 o caso dos planos de saúde***

Há vários exemplos de mudanças e de novas práticas e tendências decisórias que identificam o momento de transformação. As demandas recentes sobre problemas envolvendo planos de saúde e consumidores são elucidativas.

Os dados aqui apresentados foram colhidos, no que concerne aos processos, em um trabalho desenvolvido no Brasilcon - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, sob a direção de José Reinaldo de Lima Lopes, com a colaboração de Josyanne Nazareth Souza, Hygino Oliveira, Roberto Pfeiffer bem como a nossa, abordando o tema "planos de saúde e consumidor".

Foi feita a análise de casos envolvendo os "consumidores" e os "planos de saúde", num total de 18, coletados em um repertório de jurisprudência que os seleciona aleatoriamente quanto ao resultado, no Tribunal de Justiça de São Paulo, no caso uma Corte de 2ª instância de julgamento, observadas as características das partes envolvidas serem aquelas que nos interessavam.

Dentre os dezoito casos apreciados, as demandas versavam, majoritariamente, sobre exclusão de tratamento, prazo de carência, aumento de mensalidade e critérios de internação.

As demandas dos consumidores foram acolhidas em proporção significativamente maior do que os pedidos não acolhidos. Numa relação proporcional, 80,50% dos pedidos foram acolhidos, para um número de indeferimento de 20,50% dos pleitos dos consumidores.

Forçoso reconhecer, a partir dos dados apresentados, que há uma clara orientação decisória do tribunal no sentido de proteger o consumidor que buscou guarida no Judiciário para a lesão ao seu Direito.

Numa primeira análise, poderíamos concluir que o Judiciário está a cumprir seu papel institucional democrático de garantir o equilíbrio das relações contratuais, deixadas naquele momento ao sabor do mercado e mais, de garantir o efetivo direito à saúde, constitucionalmente previsto no artigo 196.<sup>104</sup>

Entretanto, uma análise dos argumentos utilizados para tais decisões pode revelar que não há esta consciência do julgador sobre o papel do Judiciário no jogo democrático nem com respeito à natureza e dimensão do conflito, o que confirma o que já ficou dito na seção precedente.

Ainda que, de certa maneira, tenham os julgadores considerado o fato da saúde não poder ser equiparada a uma mercadoria qualquer, o que se observa na fundamentação dos acórdãos é a razão de piedade, ou uma pouco clara "equidade" o que se revela no discurso das autoridades, a embasar os julgamentos.

O Relatório da pesquisa efetuado no Brasilcon, antes mencionada, revela essa postura: "Muito bem, pode-se aceitar que houve uma evolução na mentalidade jurídica, ou mais especificamente na mentalidade do Judiciário, ao menos no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo. Contudo, essa evolução ainda demonstra um bom grau de incerteza ou desconhecimento quanto ao assunto em discussão, e daí a ausência de clareza e precisão legal nos acórdãos em análise."

Embora haja, conforme os dados sobre o perfil dos juízes apontam, a predisposição para a transformação social, a busca da justiça materialmente considerada,

---

<sup>104</sup> O artigo em questão é o seguinte: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido somente mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e do acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

a disposição em se orientar para a democratização do acesso à justiça, essas características não são reveladas com clareza nos posicionamentos dos juízes que decidiram as causas. Não se encontra nos votos dos juízes o que seria um discurso competente a fundar uma alternativa teórica solidamente construída, mas, antes, uma abordagem pouco aprofundada sobre aspectos dos conflitos que têm implicação direta com a repercussão social das decisões, tomando-se como exemplo, o quase que silêncio sobre a natureza dos conflitos e sua politização.

Talvez esta seja uma razão fundamental pela qual o velho paradigma do normativismo legalista custa tanto a ser superado teoricamente, já que os fatos o superaram de há muito.<sup>105</sup>

As relações entre os "consumidores" dos serviços de saúde e os planos eram, na época da realização da pesquisa, fracamente reguladas do ponto de vista normativo. Assim, uma teoria decisória poderia inclusive ser construída com fundamento em normas principiológicas (normas mais gerais) sem a inconveniência de causar possíveis antinomias. Entretanto, em sua grande maioria, os argumentos utilizados são mais de caráter de piedade do que propriamente fundados consistentemente numa teoria de justiça.

Um dos aspectos fundamentais da questão que se coloca, neste tipo de discussão é o de, por um lado, compreender o direito à saúde como um direito social ou, de outro, compreendê-lo como uma mercadoria sujeita às regras de mercado. Esse corte tem de ser feito e explicitado, no contexto da fundamentação da decisão, para que se possa, daí em diante, formular um discurso consistente. Esse tipo de abordagem, por exemplo, não é feita e o fato de não ser feita não define linhas de corte a partir das quais se vai produzir um argumento.

Alguns acórdãos são fundamentados na aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, mesmo nesses casos, não se explicita a questão central que está presente nessas lides. José Reinaldo de Lima LOPES, no referido relatório de pesquisa, aponta para o seguinte fato: "Os serviços de saúde prestados por convênios ou seguros

---

<sup>105</sup> Restringindo-nos a apenas um exemplo, há um acórdão em que o Desembargador Relator confere validade às cláusulas que possibilitam a rescisão unilateral de um contrato com uma segurada que vinha pagando o plano de saúde há dezessete anos, mas, por razões de uma indefinida ordem ética e moral, o julgador dá razão para a segurada, enfatizando que a mesma é idosa (84 anos de idade) e que está em condições de inferioridade em relação ao plano de saúde. Neste julgado não há menção a nenhuma norma escrita específica sobre a qual tivesse o Desembargador se apoiado.

de saúde transferem o tema do direito social à saúde (art. 6o. da Constituição Federal) para a esfera do direito do consumidor, contratualizando-o.” Essa é uma noção necessária do ponto de vista teórico para a solução das lides como as ora tratadas, já que envolve a esfera privada ocupando um espaço da pública, tendo o Judiciário que se manifestar nesse contexto. Entretanto, não se observa esse nível de discussão nos acórdãos pesquisados. Não se aborda a dicotomia justiça comutativa x justiça distributiva nos julgados, o que também revela a superficialidade do tratamento da questão.

Dessa forma, tem-se um determinado resultado, ou seja, o de dar razão aos consumidores, mas não se atinge a construção de um discurso consistente, que possa, do ponto de vista doutrinário, realizar as transformações às quais estão propensos os juízes, segundo observado nas seções passadas.

#### **4.8 Jurisprudência e legalidade**

Outro exemplo da diversificação do padrão decisório que podemos trazer à colação é um julgado recente do Superior Tribunal de Justiça em que se discutiu a questão da variação do valor de parcela a ser paga que era indexada pelo dólar e teve uma majoração expressiva com a crise cambial de janeiro de 1999.

O que é interessante nesta decisão é particularmente um dos votos: o do Ministro Ari Pardengler. O entendimento do Ministro Pardengler foi vencido pelo da Turma, que confirmou uma decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais em sede de apelação em uma ação de consignação em pagamento em que se deferiu a um consumidor o pagamento do valor das prestações do contrato de arrendamento mercantil corrigido pelo índice do INPC, desconsiderando-se o dólar como índice de correção. Sobre este aspecto, decidiu o STJ que "O preceito insculpido no inciso V do artigo 6o. do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor"<sup>106</sup> e, desta forma, decidiu em favor do consumidor.

O voto parcialmente vencido expressa o entendimento no sentido de que o prejuízo causado pela variação cambial que teria desequilibrado o contrato existente entre as partes deva ser suportado concorrentemente pelas partes. O voto não é longo e permitimo-nos a transcrição do mesmo de forma integral:

---

<sup>106</sup> RESP 299501/MG, Min. Relatora Nancy Andrichi, DJ 22/10/2001 pág. 319

*"A desvalorização do real em relação ao dólar, em face da cláusula de indexação, acarreta, sim, onerosidade excessiva para o devedor, mas, salvo melhor juízo, não traz qualquer benefício ao credor, que apenas repassa para o financiador externo os reais adicionalmente necessários para pagar os dólares originalmente contratados.*

*É preciso que isso fique claro: não se pode suprimir a cláusula de variação cambial em relação ao consumidor, sem transferir os respectivos efeitos para o arrendador, que é, no particular, intermediário de recursos externos.*

*Quid, tendo em vista o artigo 6o. da Lei no. 8.880, de 1994, a cujo teor 'É nula de pleno direito a contratação de reajustes vinculados à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas físicas e domiciliados no país, com base em captação de recursos provenientes do exterior' ?*

*A aplicação da cláusula de reajuste vinculado à variação cambial parece ser de rigor, quando não se tratar de uma relação de consumo.*

*Presente a relação de consumo – e tendo em vista o artigo 6o., inciso V, acima transcrito, que autoriza a revisão de cláusulas contratuais que se revelem excessivamente onerosas em razão de fatos supervenientes – pergunta-se:*

*O risco próprio da cláusula de indexação cambial não excluiria a aplicação dessa norma legal? Se a despeito da natureza da cláusula, o consumidor está protegido, qual a medida da onerosidade excessiva?*

*O dimensionamento dessas questões exige que se esboce a conjuntura macroeconômica e como era percebida.*

*As partes contavam com a estabilidade do real durante o prazo contratual. A longo prazo, sabia-se – a despeito da posição pública do Governo – que ela não subsistiria, porque comprometia nossa balança comercial. O papel governamental era esse mesmo, porque qualquer dúvida, a propósito, comprometeria irremediavelmente a política econômica, toda atrelada à chamada âncora – o vocábulo diz tudo – cambial.*

*A probabilidade de mudanças nesse âmbito, portanto, fazia parte do cenário, mas as partes quiseram, ambas, acreditar que teriam tempo de fazer um bom negócio. Cada qual, por isso, tem uma parcela de (ir) responsabilidade pela onerosidade que dele resultou, e nada mais razoável que a suportem. Tal é o regime legal, que protege o consumidor da onerosidade excessiva, sem prejuízo das bases do contrato. Se a*

*onerosidade superveniente não pode ser afastada sem grave lesão à outra parte, impõe-se uma solução de equidade.*

*O acórdão recorrido, data venia, errou ao aliviar o consumidor daquela parcela de onerosidade que poderia suportar, não excessiva, lesando gravemente o arrendador ao imputar-lhe integralmente os efeitos do fato superveniente.*

*Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial, dando-lhe provimento, em parte, para que as diferenças resultantes da desvalorização do real sejam suportadas concorrentemente pelas partes, à razão da metade."*

A análise do voto nos permite supor que o entendimento do julgador deu-se no sentido de que seria injusto que o credor arcasse com o prejuízo decorrente da variação cambial, que repercutiu no valor, em reais, do pagamento devido. Não é o caso de nos posicionarmos sobre o acerto ou não deste entendimento, mas sim, de verificarmos se esta decisão segue o paradigma teórico vigente. Neste sentido, um primeiro dado referente ao voto se nos apresenta relevante: não se verifica nenhuma referência normativa relativa à possibilidade de utilização da equidade como fonte de Direito. A justificativa para que se tenha buscado uma "solução de equidade" é a alegação de que haveria uma "grave lesão à outra parte". O voto não aborda a questão de que a Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, assume como princípio exegético a teoria do risco criado, transferindo para o fornecedor a responsabilidade pelos riscos da atividade produtiva. Desconsiderou-se o comando insculpido na norma aplicável ao caso concreto e aplicou-se um certo entendimento de equidade que se funda na percepção do injusto por parte do julgador.

Este voto é emblemático do fato de que, mesmo nos tribunais superiores, a percepção dos julgadores é de que eles devem ser agentes compromissados com a realização da justiça e não meramente aplicadores da norma segundo um processo lógico dedutivo, de caráter neutral, embora o discurso de formação desses mesmos atores seja neste sentido.

A distensão entre o discurso teórico e a percepção do papel do julgador como agente de uma realidade concreta nos propõe mais uma vez a inadequação do modelo paradigmático, indicando seu momento de superação.

#### **4.9 a prática jurídica e algumas de suas condicionantes**

Simbolicamente, o Direito Positivo (aqui entendido como o conjunto de normas escritas emanadas do Estado) desempenhou uma garantia da universalização dos direitos, bem como da garantia dos limites do poder do Estado, com a consolidação das noções inspiradas no liberalismo de “sujeito de direito” e “cidadão”.

Desta forma, é cara ao imaginário dos operadores do Direito a noção de segurança jurídica fundada no chamado positivismo jurídico.

Levar em conta todas as vicissitudes que envolvem a aplicação do Direito em termos do reconhecimento da precariedade da segurança na medida em que o operador jurídico é um ser condicionado por suas experiências e valores é ainda uma espécie de tabu. Da mesma forma se dá com o reconhecimento das múltiplas possibilidades interpretativas das normas que nos demonstra a lingüística. A apropriação dessa realidade sujeita o operador jurídico a um estado psicológico de angústia, e é difícil aceitar a relativização das verificações de verdade ao lidar com a norma jurídica. Conseqüências deste fato podem já estar aparecendo, como as paradoxais decisões proferidas nos casos dos planos de saúde.

Ao tornar a norma apenas um elemento indicador no momento da decisão, e não o critério em si da decisão, o operador do Direito se vê na situação de despreparo para lidar com a potencial precariedade da verificação veritativa da decisão, o que lhe causa um choque, porquanto o mesmo não é preparado para tal processo decisório, já que o ensino jurídico é fundamentalmente calcado no paradigma legalista. Citada em Tércio FERRAZ acerca do fenômeno<sup>107</sup>, a assertiva habermasiana: “Habermas desloca a consideração veritativa dos significados para uma análise das condições gerais do diálogo, fazendo com que noções pragmáticas do tipo “verdade intersubjetiva” ou “razão de validade” adquiram preeminência sobre a noção semântica da verdade.”

Desta forma, a noção de verdade (ainda que simbólica) contida na norma escrita expressa na lei fica relativizada. O custo em termos de revisão da *praxis* decisória talvez seja, do ponto de vista pessoal do operador, muito alto.

Mais ainda, talvez seja mesmo impossível para um operador do Direito formado segundo o paradigma legalista diversificar, revisar ou transcender essa forma de ver o Direito, e assim, a reforma do judiciário tenha mesmo de ser começada pelos bancos

---

<sup>107</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O Discurso Sobre a Justiça, Direito e Perspectivas Jurídicas*, Revista dos Anais do I Congresso de Iniciação Científica, São Paulo, Fapesp, 1996, no. 1, p. 14

escolares, com uma forma diferente da atual de transmissão de conhecimentos e de formação das futuras gerações de operadores jurídicos.

Num contexto onde o julgador se compreende como um mero aplicador de leis, talvez não haja espaço para a decantada revisão paradigmática que parece ter se consolidado como uma necessidade. Não que não sejam, os operadores do Direito, capacitados intelectualmente a promoverem as mudanças teóricas necessárias a tal empreitada. É que os limites de tal reformulação teórica implicam também, e mais profundamente, num questionamento sobre os valores tradicionais e as práticas historicamente consagradas, esbarrando em última análise numa revisão da forma do indivíduo de ver o mundo que o cerca e com ele se relacionar.

Assim, é provável que a despeito do desejo de mudança expresso nos mais diferentes níveis profissionais a mesma seja impossível de ser realizada com o atual quadro de operadores do Direito ora em atividade. Tentando não incorrer no equívoco de subestimar a possibilidade de mudança, mas por outro lado, reconhecendo o caráter idealista de uma proposta que vise a modificar o comportamento dos operadores do Direito de forma radical em curto espaço de tempo, poderíamos afirmar que o mais próprio seria concentrar esforços no sentido de preparar as futuras gerações numa nova perspectiva.

É de se pensar assim a possibilidade de uma nova concepção de formação do ator jurídico a fim de, além de preparar o futuro profissional do ponto de vista informativo, inserir em sua bagagem formativa conceitos que lhe permitam realizar constantemente o necessário diagnóstico da realidade (talvez mais preciso seria falar em realidades) que o cerca, na qual o mesmo está inserido, bem como as partes envolvidas, suas condições e especificidades, remetendo-o sempre ao seu papel e sua função sociais.



## 5. um estudo de caso sobre a Justiça do Trabalho

No presente capítulo pretendemos expor e analisar a coleta de dados empíricos feita em uma cidade do Estado de São Paulo, com o objetivo de verificar o mecanismo de uma eventual prática que não se coaduna com o discurso jusnaturalista legalista professado pelo saber hegemônico. Desta forma, a partir da constatação da lógica interna da Justiça do Trabalho no que tange à ênfase conciliatória, vamos analisar a prática judicante por meio da qual os juízes das então chamadas Juntas de Conciliação e Julgamento se utilizam de uma retórica persuasiva ao limite, tendo uma atuação pragmática que pode estar desbordando das balizas estritamente legais de sua atuação.

A idéia é de que tal fato pode estar indicando que, apesar da formação técnico-profissional de caráter formalista e normativista, que pressupõe a lei como critério decisório e a sua obediência como critério de justiça<sup>108</sup>, os juízes das Juntas de Conciliação e Julgamento estão alternativizando este modelo de comportamento judicante, o que traz consequências de relevo. Ainda, que as consequências deste desbordamento se estendem muitas vezes para além da discussão da legalidade estrita do procedimento (o que de fato também importa), atingindo a esfera social, econômica e política, o que é observado tanto na prática da "disponibilização" dos recursos devidos ao Instituto Nacional do Seguro Social incidentes sobre as verbas salariais (Lei

---

<sup>108</sup> A noção de um conceito lógico-formal é traduzida de forma consisa em José Eduardo Faria, *Sociologia Jurídica: Crise do direito e práxis política*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984, pp. 176/177, em que invoca Joaquim Arruda Falcão Neto: "Podem-se perceber, de acordo com distinção feita por Joaquim de Arruda Falcão Neto, duas visões contraditórias do Direito transmitidas por nossas faculdades: a visão lógico-formal, fundada no normativismo lógico, e a visão liberal, moldada nos princípios gerais da ideologia liberal importada da Europa. Responsável pelos conceitos de ciência e do método do conhecimento dominante nas faculdades de Direito, a visão lógico-formal procura dar um caráter pseudocientífico à dogmática jurídica, reduzindo a Ciência do Direito à ciência da forma normativa. Nesta tentativa de obtenção de "status" científico, o Direito é desvinculado tanto da Moral como da Economia, da Política e da Sociologia. Esta concepção exige que o Direito seja visto como um sistema ordenado, harmônico e hierarquizado, imune às mudanças e aos conflitos sociais. Neste sentido, o método de conhecimento da ciência do Direito é formalizado e dedutivo, partindo de dogmas postos fora do conhecer jurídico.(...) Além disso, a predominância da visão lógico-formal no ensino do Direito fornece a estruturação de algumas de suas características básicas, como a redução do estudo do Direito ao direito positivo, em especial ao estatal; a ênfase nos temas de validade e legalidade, em detrimento dos de eficácia e legitimidade; a construção do currículo com base na pretensão de autonomia de cada disciplina; a ênfase no que se opera e distingue e na transmissão de conhecimentos estanques, sem um panorama interdisciplinar; a predominância do raciocínio dedutivo a partir de dogmas não questionados, além de um obscurecimento dos estudos sócio-políticos sobre o processo nomogenético. Estas especificidades do ensino fazem do advogado um simples técnico na aplicação do sistema normativo, que abre mão do questionamento profissional que deveria marcar sua atuação."

8.212/91) quando da tentativa de conciliação proposta pelos juízes das Juntas de Conciliação e Julgamento, bem como a proposta de que não se faça o reconhecimento do vínculo empregatício oriundo de uma relação de emprego, conseqüentemente sem a anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS do empregado-reclamante, como se verá a seguir.

A partir do reconhecimento e identificação dos aspectos ora mencionados, trataremos de analisar os desdobramentos oriundos de tais práticas, que se refletem tanto em seu âmbito profissional quanto pessoal.

Tomando estes fatos como exemplos da pragmatização da prática judicante, pretendo mostrar que o juiz tende - como de fato o faz - a "diversificar" o padrão judicante legalista-normativista e que essa atitude indica uma alteração comportamental frente ao paradigma sob o qual são os atores jurídicos formados e, ainda, em razão da falta de articulação e adequação desta prática com os outros atores, legislações e instituições oficiais estatais de caráter previdenciário e sócio-econômico (dentre elas o exemplo citado tange ao INSS e a Caixa Econômica Federal mais diretamente) essa "praxis", calcada, postulamos, em razões pragmáticas, concorre para comprometer a funcionalidade provedora do Estado.

## ***5.1 exposição do caso***

### **5.1.1 considerações sobre a conciliação na origem do Direito do Trabalho e na Justiça do Trabalho no Brasil**

A origem histórica do Direito do Trabalho tem suas bases na conjugação, no final do séc. XVIII, de duas revoluções: a Revolução Industrial e a Revolução Política. Se de um lado a invenção da máquina aplicada à indústria provocou a sabida Revolução nos Métodos de Trabalho e, conseqüentemente, nas relações entre patrões e empregados, de outro, o homem tornava-se livre, e o "cidadão" era erigido à categoria racional na ordenação política da sociedade.

A Revolução na noção de trabalho, com a concentração de massas operárias sob o jugo do capital nas grandes explorações com unidade de comando, apontou para o fato de que, somente a "liberdade" e a "igualdade" como conceitos formais não garantiam a justiça social almejada. Era necessária a intervenção estatal neste desequilíbrio de forças

produzido pelo sistema liberal. Já no séc. XIX, dava-se início a uma nova era social, marcada notadamente pela noção de que o bem individual deve ser atingido sempre em vista do bem coletivo.<sup>109</sup>

Neste contexto, observa-se a ação inicial do Estado como agente de equilíbrio entre as classes, um Estado Intervencionista, providência, que busca harmonizar os interesses individuais e coletivos, fazendo-se sentir de diversas maneiras, seja regulamentando a iniciativa privada, seja fomentando-a e vigiando-a, ou substituindo-a em benefício do interesse coletivo.

A legislação social no Brasil começou, decididamente, após a Revolução de 1930. O Governo Provisório de então, sob o comando de Getúlio Vargas, criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que principiou a elaboração das nossas Leis Sociais.<sup>110</sup>

Instituído o Governo Provisório pelo Decreto no. 19.398, de 11 de novembro de 1930, já em 12 de dezembro era publicado o decreto no.19.482, com várias medidas de proteção ao trabalhador. A Justiça do Trabalho foi instituída pela Constituição de 1934, sendo que em 02 de maio de 1939, foi organizada a Justiça do Trabalho pelo Decreto - Lei no. 1.237.

A Consolidação das Leis do Trabalho, que é o texto legal que regula o Direito do Trabalho tanto no seu aspecto formal quanto substancial, foi promulgada pelo Decreto - Lei 5452 de 01/05/43. Neste diploma, foram reunidas as leis esparsas que existiam sobre o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho e o direito processual do trabalho.

A Justiça do Trabalho, assim, é uma justiça especializada que tem por objetivo original compor e resolver litígios resultantes da luta entre o capital e o trabalho.

A competência da Justiça do Trabalho é dada presentemente pela Constituição Federal de 88 , no seu artigo 114, que dispõe:

"art 114 *caput*- Compete à justiça do trabalho **conciliar** e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos municípios, do Distrito Federal,

---

<sup>109</sup> Vários autores do período indicam este sentido, culminando com a sistematização do coletivismo através da obra de MARX, *O Capital*.

<sup>110</sup> Sobre os antecedentes históricos do Direito do Trabalho, ver os capítulos I e II da obra *Instituições de Direito do Trabalho*, por Arnaldo SUSSEKIND, Délio MARANHÃO e Segadas VIANNA, 10a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987, capítulos estes de autoria do último.

dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas." (grifei)

Por todas as circunstâncias de sua gênese, a Justiça do Trabalho dá ênfase à conciliação, como forma de se atingir o objetivo da paz social. Ao Estado é interessante que o litígio seja composto pelas próprias partes litigantes.

Ao criar seus órgãos judiciários, o Estado proveu os mesmos de uma função conciliatória preponderante em relação ao julgamento. Segundo esta atribuição, o juiz deve empenhar-se em esclarecer os litigantes, eliminando mal entendidos e persuadindo-os a reconhecer as faltas próprias e os direitos da parte contrária, segundo a doutrina de direito do trabalho.<sup>111</sup>

Em termos sucintos, um processo na Justiça do Trabalho pode ser decidido de duas formas, após sua instauração: ou se profere uma "sentença", que se entende por "um veredito que o juiz ou tribunal profere sobre a espécie submetida ao seu julgamento"<sup>112</sup> ou se promove uma "conciliação", que é o "acordo entre as partes litigantes, para por fim à demanda; uma transação. Em direito processual civil e em processo trabalhista, diz-se da forma de dirimir, amigavelmente, por proposta do juiz, na audiência de conciliação, instrução e julgamento, qualquer litígio entre as partes."<sup>113</sup> Quando ocorre uma conciliação, esta é homologada pelo juiz. Nesta homologação o juiz confirma e aprova uma convenção particular. No processo do trabalho, ao juiz é imposto, sob pena inclusive de nulidade de posterior decisão, que o mesmo proponha uma solução conciliatória por duas oportunidades antes de proferir uma sentença.

A CLT menciona a conciliação enfaticamente como forma de composição dos litígios. Já a iniciar o Título X (Do Processo Judiciário do Trabalho), em seu segundo artigo (o de no. 764), é disposto que :

"Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

---

<sup>111</sup>Délio MARANHÃO, op. cit., vol. II, p. 1.189 ; Wagner D GIGLIO. , *Direito Processual do Trabalho*, 9a. ed. rev. , ampl. e adap. à Constituição Federal de 1988. - São Paulo, LTr, 1995., pp. 27, 232/233. ; Valentin CARRION, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 18a. ed., São Paulo, ed. Rev. Tribunais, 1994., entre outros.

<sup>112</sup> Iêdo Batista NEVES. *Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica*, FASE. 3a. Ed. , 1990.

<sup>113</sup>idem

Parágrafo Primeiro. Para os efeitos deste artigo, os Juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os **seus bons ofícios e persuasão** no sentido de uma **solução conciliatória** dos conflitos.(...)" (negritei)

A ênfase à conciliação se manifesta sistemicamente no corpo do texto legal, conforme se observa nos artigos 847 e 850 da CLT, explicitando claramente a intenção do legislador:

"Art. 847. Terminada a defesa, o juiz ou o presidente proporá a **conciliação**. (negritei)

Par. 1o. Se houver acordo, lavrar-se-á termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se o prazo e demais condições para o seu cumprimento."

"Art. 850. Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de dez minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de **conciliação**, e não se realizando esta, será proferida a decisão." (...)  
(negritei)

Conforme visto, a lei e a Constituição legitimam os juízes a se utilizarem de técnicas persuasórias a fim de atingirem a solução do litígio pela conciliação. Não apenas legitimam, mas determinam a utilização destas "técnicas", exteriorizando-se o comando legal no imperativo "empregarão" do parágrafo 1o. do artigo 114 da CLT.

É importante notar que há um grande grau de liberdade discricionária que subjaz ao termo "bons ofícios e persuasão" referente à atribuição legal do juiz. Assim, o processo na Justiça do Trabalho pauta-se, entre outros, pelo princípio da tentativa obrigatória de conciliação.

A jurisprudência se firmou, inclusive, no sentido de ser obrigatória a tentativa de conciliação, sob pena de nulidade da decisão. (TRT, 10a. Reg. , RO 1.067/85, Francisco Pinto. Ac. 2a. T. 1.492/86); (TFR, RO 8.836 - Am, Carlos Thibau); (TRT - PB, RO 1.852/90, Aluísio Rodrigues, Ac. 7.383/91); (TST, RR 22.143/91.3, Ursulino Santos).

### **5.1.2 a Justiça do Trabalho e a crise do Judiciário**

Conforme já discutido em seção precedente, o Judiciário enfrenta, presentemente, a questão de recuperar sua função social. Embora se discuta a questão já há algum tempo, a mesma permanece atual. Este dado é expresso claramente por vários

autores que trabalham a legitimidade e a funcionalidade do sistema jurídico frente ao paradigma legalista de natureza notadamente liberal nos seus vários aspectos.<sup>114</sup>

A tabela<sup>115</sup> a seguir transcrita dá a medida do descrédito da efetividade decisória do Judiciário frente a "clientes" cidadãos.

<b>População com mais de 18 anos e mais (1985-88) envolvida em conflito , por tipo de reação - Brasil e Regiões (N=8.641.761)</b>						
Porcentagem da população	Brasil	N	NE	SE	S	CO
Não Buscaram a justiça	67,0	60,0	65,0	64,0	68,0	67,0
Resolveram por conta própria	43,0	41,0	34,2	42,0	50,0	55,0
Temeram represálias	1,5	1,2	1,8	1,8	0,8	0,5
Não buscaram a Justiça por custar menos ser indiferente ao conflito	28,7	35,5	36,0	28,4	21,8	22,8
Recorreram a outras pessoas ou entidades	6,0	7,0	6,3	6,0	6,2	5,0

Somente o número total daqueles que, estando envolvidos em conflitos, deixaram de procurar o Judiciário para obter uma providência jurisdicional, que foi de 67 %, já dá a medida da crise a qual nos referimos.

A teorização mais aceita para a explicação das razões desta crise, e que aqui assumimos, conforme já ressaltado, como premissa argumentativa, é a que pugna por um descompasso lógico-racional entre o sistema decisório e a realidade fática. Em termos sucintos, esta crise se verifica com resultado de uma dinâmica de modificação da

<sup>114</sup> José Eduardo FARIA *Violência Simbólica*, EDUSP , SP , 1988; e *Justiça e Conflito - os juízes em face dos novos movimentos sociais*, RT , SP, 1991, em conjunto com, Celso Fernandes CAMPILONGO, *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Sérgio Fabris Ed. , Porto Alegre, 1991, bem como os trabalhos da coleção "Lições de Direito Alternativo", ed. acadêmica, além de vários textos e trabalhos como a Revista da UnB , 1979, sobre Ensino Jurídico.

<sup>115</sup> Fonte : IBGE, *Participação política e social*, v. 1, 1990, e W. Guilherme dos SANTOS, *Razões da Desordem*, Rio de Janeiro, Rocco, 1993., apud José Eduardo FARIA, *Os Novos Desafios da Justiça do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1995.

estrutura da produção industrial desde a década de 40 até a década de 90. Ao longo deste período, a economia basicamente agrária que predominava foi sendo substituída por uma economia industrializada. No ensejo desta modificação, ocorreu um grande deslocamento populacional do campo para os centros urbanos. Surgem daí uma nova classe operária e classe média e uma pobreza concentrada nas periferias das metrópoles.

O sistema jurídico pátrio foi organizado a partir de um modelo liberal clássico, privilegiador dos méritos individuais, com o fim de assegurar as liberdades de iniciativa e garantir a observância contratual. Houve a crescente demanda por providências sociais de toda natureza, como conseqüência do inchaço metropolitano, aparecimento de pobrezas periféricas, etc, bem como surgiram novos conflitos sociais.<sup>116</sup> O Judiciário não respondeu a contento a essas demandas, comprometendo sua eficácia, credibilidade e funcionalidade. É o que mostram os dados.

A Justiça do Trabalho, como parte integrante do Judiciário, também sofre do mesmo sintoma do órgão como um todo. Entretanto, no caso da Justiça do Trabalho, este sintoma crítico é perceptível de forma mais branda, a nosso juízo, por vários motivos. Dentre os mais significativos temos: a flexibilidade do processo trabalhista (o rito processual mais rápido e passível de diversificação segundo cada circunstância, pela práxis dos fóros trabalhistas); a mercantilização dos direitos relativos à relação de emprego; os ajustes políticos aos quais a justiça do trabalho tem servido como instrumental de realização, bem como à realização das políticas econômicas estatais<sup>117</sup>, e como dado da prática cotidiana, uma franca tolerância das disfunções sistêmicas por parte de advogados face aos juízes, posto que os primeiros são, na prática, co-autores das ações, no que concerne ao benefício econômico trazido pelas mesmas, e os segundos estando assoberbados de trabalho em razão do pequeno número de juízes em face da grande demanda que lhes é apresentada.

Estas razões podem ser indicativas de que os envolvidos nestas práticas tendem a alternativizar o processo e o procedimento a fim de atingirem uma maior "produtividade". Neste contexto, os embates são menores, as disfunções são superficialmente equalizadas e ambas as classes de atores jurídicos "cumprem o seu papel".

---

<sup>116</sup>Estes raciocínios foram desenvolvidos em, José Eduardo FARIA, *Justiça e Conflito : os juízes em face dos novos movimentos sociais*, São Paulo, 1991, e *Os Novos Desafios da Justiça do Trabalho*, op. cit.

<sup>117</sup> idem

Um momento no qual se dá esta alternativização em toda a sua expressão é o da conciliação, em cujas circunstâncias e especificidades se manifestam alguns procedimentos que nos interessam para o presente trabalho, sendo tratados nas seções seguintes.

### **5.1.3 o momento conciliatório, as técnicas de persuasão e os limites legais.**

Os momentos conciliatórios nos quais o juiz empenha "seus bons ofícios e persuasão" (art. 764, pár.1o.), são permeados por limites legais que, se por um lado balizam seus limites de atuação, por outro entreabrem um espaço de discricionariedade do mesmo. Ou seja, ao mesmo tempo em que o juiz deve utilizar-se de todo o rol de argumentos e técnicas para incentivar uma conciliação entre as partes, e pode utilizar-se destes segundo sua própria conveniência, de outro não pode extrapolar a obediência ao devido processo legal ("due process of law")<sup>118</sup>, nem desprezar os mandamentos legais de caráter imperativo, que determinam expressamente uma incidência e uma consequência legais inescusáveis.

A lei autoriza e impõe a conciliação como requisito de validade para o julgamento. Mesmo assim, o juiz encontra em preceitos constitucionais e legais parâmetros ao seu limite de atuação. Há direitos indisponíveis, como por exemplo a paga de valor equivalente ao salário mínimo (sendo esta a hipótese de questionamento em juízo, a lei e a Constituição são imperativos quanto à indisponibilidade deste direito). A renúncia a direitos deve ser acompanhada pelo julgador tendo em vista precipuamente a franca hipossuficiência do trabalhador.

Esta ótica é reforçada por todos os princípios de direito do trabalho que são notadamente de caráter protecionista.

Amauri Mascaro NASCIMENTO,<sup>119</sup> fala em princípios universais de Direito do trabalho. Dentre eles, apontam o "princípio das garantias mínimas do trabalhador"; "princípio da justa remuneração"; "direito à previdência social"; "princípio da condição mais benéfica ao trabalhador", dentre outros. Elenca, ainda, dentre os princípios do

---

<sup>118</sup> O princípio do "devido processo legal" está no art. 5o., LIV, da Constituição Federal. Caracteriza-se como "as formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica.", in José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, 6a. ed., 1990, pp. 272/273.

<sup>119</sup>, Amauri Mascaro NASCIMENTO, *Curso de Direito do Trabalho*, 6a. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 458/459

Direito brasileiro, o da concepção contratual do vínculo entre empregado e empregador com interferências legais destinadas a estabelecer proteção mínima ao trabalhador, considerados nulos os atos destinados a desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da legislação à equiparação dos efeitos da relação de trabalho aos dos contratos."

SUSSEKIND <sup>120</sup> fala em inderrogabilidade do Direito do Trabalho. Trata este princípio da proteção do trabalhador por meio da proibição à renúncia e a transação atinentes a direitos relativos a normas de ordem pública.

Por óbvio, no momento conciliatório o juiz tem de observar os limites legais a ele impostos pela própria natureza do direito do trabalho.

#### **5.1.4 argumentos de persuasão e a conciliação**

De acordo com minha experiência pessoal profissional enquanto advogado, e face aos resultados de entrevistas realizadas com vários atores jurídicos dentre os quais advogados, juízes e serventuários, observa-se que a técnica de persuasão empregada pelos juízes no momento da proposta conciliatória é basicamente uma argumentação no sentido das perdas e ganhos pecuniários das partes. A seguir exemplifico uma gama de argumentos, para então detalhar aqueles que serão de especial interesse.

Neste rol de argumentos os juízes invariavelmente incluem, em relação aos empregados Reclamantes, a demora na solução da lide, a possibilidade de encerramento das atividades da empresa, a falta de provas documentais na instrução processual e os riscos futuros em eventual fase de execução, o que impediria o recebimento por parte do autor daquilo que lhe é devido .

Em relação às empresas reclamadas os argumentos vão na seguinte linha: 1) o benefício de um pagamento reduzido em relação ao que seria regularmente devido; 2) o não pagamento de multas administrativas aplicáveis ao caso por descumprimento legal; 3) que os valores acordados fiquem consignados em juízo como valores pagos a título indenizatório, o que determina a não incidência das contribuições previdenciárias, minimizando o custo da solução do processo; 4) na hipótese de não ter, durante a prestação do trabalho, havido o registro em carteira de trabalho, que a empresa não reconheça o vínculo empregatício , evitando assim todos os recolhimentos

---

<sup>120</sup> idem, 222/226.

previdenciários , de fundo de garantia por tempo de serviço, e quaisquer multas administrativas.

Os argumentos ora elencados não são de forma nenhuma exaustivos do repertório dos juízes. Há diversos outros que, entretanto, são menos freqüentes e menos verificáveis objetivamente. Para mencionar apenas alguns; a inflexão verbal aplicada à proposta de conciliação para uma das partes, como por exemplo o seguinte: "- Olhe, Doutor, até que este acordo está bom! Se fosse eu fechava esse acordo!", os recursos de figuras de estilo e linguagem como por exemplo a ironia, a metáfora, e todo o aparato simbólico de poder que se observa na disposição física de uma sala de audiência, e que se manifesta também corporalmente nas atitudes do juiz.

Algumas das práticas discursivas dos juízes trabalhistas quando do momento do acordo parecem indicar que as mesmas infringem os limites legais das normas de ordem pública, que determinam sua auto-incidência necessária. Deste momento em diante, tomarei como foco dois dos argumentos preponderantemente utilizados pelos juízes a fim de persuadir as partes a realizar uma conciliação numa lide trabalhista: a.) os valores consignados a título indenizatório com o fim de determinar a não incidência das contribuições previdenciárias e; b.) o não reconhecimento formal de uma relação jurídica material e fática, que é a relação de emprego havida entre as partes litigantes, quando não houve a anotação em carteira de trabalho durante a vigência do contrato.

Apoiando-me no conceito de legalização do ilegal desenvolvido por HOLSTON<sup>121</sup> pretendo avaliar, num primeiro momento, a dinâmica desta prática judicante e suas possíveis consequências.

Segundo o conceito trabalhado em HOLSTON, que tomou como foco as lides cujos objetos eram os conflitos de terras, o sistema jurídico brasileiro não objetiva resolver os conflitos com um julgamento por sentença que incorpore fundamentos de uma teoria da justiça, nem mesmo decidir sobre seus méritos legais através de procedimentos judiciais. O papel da lei, neste sentido seria o da instrumentalização de desordem calculada, por meio do qual práticas ilegais produzem lei, e soluções extra legais são introduzidas clandestinamente no processo judicial.

---

<sup>121</sup> James HOLSTON, *Legalizando o Ilegal - propriedade e usurpação no Brasil* - Revista Brasileira de Ciências Sociais 21 (ano 8): 68-89

Redimensionando o conceito ao judiciário trabalhista, vê-se que a mesma prática de introdução de soluções não jurídicas em determinada sede legal passa a ser, pelo uso, legitimada e legalizada.

Como já foi dito, os juízes se utilizam de uma argumentação que põe em disponibilidade valores devidos à Previdência Social. Melhor esclarecendo, para que os custos de um acordo trabalhista sejam minimizados o juiz propõe às partes que discriminem no ato do acordo que as verbas pagas não são de caráter salarial, e sim indenizatórias. Ocorre que muitíssimo raramente (para que não se diga nunca) o pedido de uma ação reclamatória trabalhista restringe-se a valores apenas indenizatórios (ou diga-se "não salariais"). Ou seja, mesmo sendo claro que as verbas sobre as quais se faz acordo para o pagamento são de natureza salarial, o juiz homologa o acordo não mencionando-as como tal.

Existe, entretanto, disposição legal expressa no sentido de que os recolhimentos previdenciários incidam sobre os pagamentos de verbas provenientes de acordos trabalhistas efetuados. Sobre valores de natureza salarial. Estas chamadas verbas de natureza salarial são aquelas pagas em razão da prestação de um serviço no âmbito de um contrato de trabalho. Amauri MASCARO indica a diferença entre verbas salariais e verbas indenizatórias: "Salário é a totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, qualquer que seja a forma ou meio de pagamento quer retribuam o trabalho efetivo, os períodos de interrupção do contrato e os descansos computáveis na jornada de trabalho.

Não integram o salário as indenizações, inclusive as diárias e ajudas de custo, os benefícios e complementações parafiscais, os pagamentos de direitos intelectuais e outros pagamentos não considerados salário por lei."<sup>122</sup>

Já o artigo 43 da Lei 8.212/91, que dispõe sobre o plano de custeio da Previdência Social determina :

"Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

Parágrafo Único. Nas sentenças judiciais ou nos **acordos homologados** em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas relativas à contribuição previdenciária, esta

---

<sup>122</sup> idem op. cit. , v. I, pp. 178/179

incidirá sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado. (Redação dada pela Lei 8620 de 05.01.93)." (negritei)

Ainda, o artigo 44 da mesma Lei impõe ao juiz o dever expresso de cumprimento dos recolhimentos:

"Art. 44. A autoridade judiciária velará pelo fiel cumprimento do disposto no artigo anterior, inclusive fazendo expedir notificação ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, dando-lhe ciência dos termos da sentença ou do acordo celebrado." (Redação da Lei 8.620/93)

Por sua vez, o artigo 28 da mesma Lei 8.212/91, conceitua o salário-de-contribuição e enumera as verbas às quais incidem o percentual devido ao INSS, quais sejam, as de natureza não indenizatórias:

"Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I- para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração efetivamente recebida ou creditada a qualquer título, durante o mês, em uma ou mais empresas, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades, ressalvado o disposto no par. 8o. e respeitados os limites dos par. 3o., 4o. e 5o. deste artigo.

II- para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para a comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração.(...)"

Assim, por todo o demonstrado resta claro que os limites do juiz ao dispor das verbas devidas ao INSS são estreitos, devendo o mesmo inclusive zelar pelos recolhimentos destes valores ao órgão. Utilizando-se da noção de normas de ordem pública em cotejo com a lei, observa-se que o magistrado não pode dispor nem dos valores devidos ao INSS, e nem tampouco, em conhecendo de uma prestação salarial, deixar que as partes disponham dos referidos recolhimentos.

Quanto ao segundo argumento de persuasão utilizado pelos juízes, qual seja o do não reconhecimento da relação de emprego, e a conseqüente não anotação da Carteira de Trabalho, além da conseqüência já descrita até agora, ocorre ainda que o trabalhador não disporá de prova cabal, que é a anotação em Carteira de Trabalho, para os fins de cômputo de tempo de serviço para a aposentadoria. É sabido que no sistema previdenciário brasileiro funciona a aposentadoria por tempo de serviço. Este período é comprovado preponderantemente através da documentação oficial prevista na CLT, qual seja a Carteira de Trabalho e Previdência Social. Se o empregado não tiver sua "carteira assinada", terá muita dificuldade em comprovar o tempo de serviço, e em muitos dos

casos ser-lhe-á impossível esta comprovação. Desta forma, a consequência de um acordo celebrado projeta-se ao futuro na forma de um prejuízo de alta monta.

O artigo 55 da Lei 8.213/91, que trata do Plano de Benefícios da Previdência Social, é elucidativo:

"Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o artigo 11 desta lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado: (...)

# 3o. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em indício de **prova material**, não sendo admitida exclusivamente prova testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento."(negrito nosso)

Com o fim de verificar empiricamente o alegado, foi conduzida uma pesquisa de campo cujo universo, espaço amostral, metodologia, dados e resultados são expostos a seguir.

O universo pesquisado foram cinco (na época assim denominadas) Juntas de Conciliação e Julgamento, componentes de uma das Comarcas<sup>123</sup> do Estado de São Paulo, que são órgãos de primeira instância para os dissídios individuais, onde são julgadas as ações trabalhistas. Cada Junta vinha julgando naquele momento, anualmente, aproximadamente dois mil e quinhentos processos.<sup>124</sup>

Como espaço amostral foram pesquisados 228 (duzentos e vinte e oito) processos de um total aproximado de 12.500 (doze mil e quinhentos), perfazendo um total percentual aproximado de 02% (dois por cento) do total de ações propostas. Todos os processos pesquisados foram colhidos dentre aqueles nos quais foram celebrados acordos.

---

<sup>123</sup> Como o presente trabalho não tem por intuito uma crítica particular ou atomizada, não são mencionados dados identificadores, o que faço exclusivamente por uma questão técnica tendo em vista o fim a que o presente se propõe.

<sup>124</sup> obs.: Há, na comarca pesquisada, seis Juntas de Conciliação e Julgamento. Foram apenas pesquisadas cinco Juntas, tendo em vista a não franquia aos dados em uma delas. Ainda, não há nenhuma relação entre o número da junta aqui apresentado com qualquer indicação real de que esta ou aquela junta é de fato assim denominada. Desta forma, a junta aqui apontada como número 1 não é necessariamente a Primeira Junta da comarca.

Foi feita também uma estatística de relação percentual entre acordos e processos efetivamente julgados por sentença que haja analisado o mérito dos pedidos. Este percentual, dentro do universo pesquisado, é de que em acordos (conciliações), tem-se um total de 63,5% e os processos julgados com uma decisão de mérito tem-se um total de 36,5%. Devo lembrar que há processos em que o juiz não julgou o mérito nem deu-se o acordo. Nestes, os "caminhos" dos processos são os seguintes: vão ao arquivo por desistência das partes; são extintos de plano por faltar-lhes algum requisito legal para o seu regular andamento; o juiz encaminha o processo para outro órgão, por não ser a ação de sua competência; por alguma razão de ordem jurídica o processo é remetido para outro órgão, como por exemplo a eleição pelas partes de outro foro.

O percentual do espaço amostral, entretanto, é relativo ao total das ações propostas.



## 5.2 resultados e análise

Total dos valores dos acordos celebrados	- R\$ 357.993,66
Total dos valores discriminados como acordos sobre "verbas indenizatórias"	
Junta no. 1	- R\$ 44.440,00 = 100%
Junta no. 2	- R\$ 83.324,40 = 100%
Junta no. 3	- R\$ 77.660,04 = 69,08%
Junta no. 4	- R\$ 54.729,42 = 100%
Junta no. 5	- R\$ 61.930,00 = 100%
Total Geral	- R\$ 323.083,86
Percentual em relação ao total geral das verbas que foram discriminadas como "indenizatórias" - 90%	
Percentual dos processos nos quais havia pedido relativo a valores salariais - 100%	

Total do período (dias) pleiteado a título de reconhecimento de relação de emprego , com consequente vínculo empregatício e reconhecimento de tempo de trabalho.

Junta no. 1 - 2.053 dias

Deste total 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.

Junta no. 2 - 12.611 dias

Deste total 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.

Junta no. 3 - 3.333 dias

Deste total 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.

Junta no. 4 - 5.820 dias

Deste total 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.

Junta no. 5 - 5.356 dias

Deste total 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.

Total geral do período pleiteado  
de reconhecimento judicial  
de relação de emprego: - 29.173 dias

Total de período pleiteado em  
que houve o reconhecimento da  
relação de emprego: - 0(zero) dias

Percentual do período no qual  
houve o reconhecimento da  
relação de emprego: - 0%(zero por cento)

Como se pode constatar, embora tenha havido, em todos os processos pesquisados, pedido relativo a verbas de natureza salarial, em termos de valores, noventa

por cento dos valores acordados o foram tendo como discriminação "verbas indenizatórias". Em outras palavras, do total dos processos, em termos de valores, em somente dez por cento destes, pode ter havido o recolhimento dos valores devidos ao órgãos competentes.

Mais ainda, em apenas uma das cinco juntas pesquisadas, houve a determinação de que as verbas acordadas não seriam de caráter indenizatório, o que demonstra claramente uma opção consciente de conduta na elaboração e homologação dos acordos.

Quanto ao período objeto do pedido referente ao reconhecimento da relação de emprego, na totalidade das vezes em que o acordo foi celebrado em audiência por iniciativa do juiz, não houve o reconhecimento de sequer um dia a título de relação de emprego. Se houvesse a opção por uma conduta diversa desta, os acordos seriam realizados somente se estabelecida a regularização da anotação em Carteira de Trabalho do empregado. Desta forma, evitar-se-iam as conseqüências danosas desta falta de proteção documental.

### ***5.3. desdobramentos da prática identificada***

Conforme observado, a Justiça do Trabalho guarda características de proteção ao hipossuficiente - assim identificado o empregado frente ao empregador - que remontam às suas origens históricas.

O poder-dever conciliatório conferido aos órgãos de primeira instância nos dissídios individuais enseja a utilização de uma retórica persuasiva que encontra os limites da disponibilidade dos direitos em questão tanto na lei quanto no texto constitucional.

Constatado nos resultados da pesquisa conduzida, o comportamento judicante pode estar transbordando os limites legais da disponibilidade dos direitos em jogo.

As legislações trabalhista, previdenciária e econômica, para um mínimo de funcionalidade lógico-racional e um intercâmbio adequado, devem funcionar de modo articulado, e assim são concebidas em sua gênese, conforme observado.

É impossível precisar um "quantum" que porventura tenha sido deixado de ser recolhido aos cofres dos órgãos públicos e instituições envolvidas, e mesmo o prejuízo pessoal de cada um dos trabalhadores que, por não terem visto reconhecidos os períodos de trabalho, não tiveram suas carteiras de trabalho anotadas e por conseqüência não terão esta prova quando da contagem de período trabalhado para os fins de

apensentadoria. Fato é que a antijuridicidade parece ser clara, com o conseqüente prejuízo aos chamados "hipossuficientes".

Ou seja, os atores jurídicos protagonistas destes atos transbordam os limites impostos pela legislação, em razão de um compromisso com uma produtividade ou uma eficiência numérica de atuação. Se de um lado esse comportamento tem um viés positivo, posto que tende a fortalecer a legitimidade do órgão judiciário como um todo, tendo em vista que o mesmo de fato responde com maior efetividade aos pedidos de prestação jurisdicional, de outro causa mediatamente um prejuízo à parte mais fraca da relação de emprego, e aos órgãos estatais previdenciário e fazendário, comprometendo a articulação racional e material entre os mesmos e suas legislações. Mas o mais importante, pensamos, é o reconhecimento de que a antijuridicidade advém de um comportamento decisório que, quando transitada em julgado a decisão (ou seja, quando escoado o prazo para a interposição de qualquer recurso, e portanto tornado imutável por via recursal o acordo homologado), passa a se revestir de uma roupagem de legalidade.

Desta forma, segundo o discurso do paradigma legalista, na forma do qual se conduz a formação do ator jurídico e que pressupõe o apego à lei como critério para as decisões dos magistrados, parece ser diversificado para viger uma conduta de caráter pragmático que se indica ter como motivação a conciliação quase que a qualquer custo, alternativamente a que se profira uma sentença de análise do mérito da ação.

O preço social desta conduta não é mensurável em exatidão. Entretanto, o que é verificável é que a desarticulação entre as legislações que são direta ou indiretamente relacionadas com a prática apontada, compromete mais ainda o já depalperado estado das instituições que se submetem a esta regulamentação legal. Instituições estatais estas que sofrem além das dificuldades orçamentárias amplamente divulgadas, propostas de reforma, tais como o Instituto Nacional do Seguro Social, o instituto jurídico do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e a própria legislação trabalhista e previdenciária de forma geral, em que se pretende inclusive reformas estruturais.

Legislações, instituições e institutos aos quais se qualificam de falimentares, ultrapassados, anacrônicos, mas aos quais o próprio Estado, por meio de seus órgãos (de forma especial apontamos os órgãos da Justiça do Trabalho ora em estudo), contribui para a própria falência ou estado crítico.

É de se impor, no âmbito dos prejuízos pessoais, a discussão das possibilidades de reparação ou indenização, sendo que é o próprio Judiciário que constitui, sob o manto da legalidade, uma situação antijurídica.

Admitir ações de caráter reparatório, com a alteração destas decisões, talvez face ao próprio Estado no âmbito das instâncias superiores, e o reconhecimento das nulidades advindas destes acordos, com base no prejuízo causado ao empregado, seria uma possibilidade a se considerar.

Para uma avaliação acurada dos fatos a fim de que não mais ocorram os problemas apontados e suas situações ensejadoras, entretanto, somente com a consciência, por parte pessoal dos juízos da Justiça do Trabalho, afim de que se vislumbrem os desdobramentos das práticas citadas e assim se cumpra com maior rigor a determinação legal, preservando consequentemente a função equalizadora da Justiça do Trabalho, sua articulação funcional face aos outros órgãos e instituições do Estado e, em última análise, sua própria existência.

## 6. Conclusão

As perguntas iniciais do presente trabalho precisam ser respondidas. Existe uma crise do paradigma vigente? Se há uma crise do Direito, seu modelo teórico-paradigmático, o juspositivismo kelseniano, está sendo superado? Há algum fato observável na concretude do momento da aplicação da lei que possa servir a justificar ou identificar as causas de uma crise do paradigma juspositivista?

Acreditamos ter elementos que permitam responder a tais perguntas. Da exposição, até o presente momento, dos conceitos, bem como dos modelos instrumentais teóricos com os quais vimos trabalhando, podemos propor uma articulação destes e daqueles com vistas à construção de um argumento no sentido da sustentação de nossa hipótese de trabalho.

O conceito de paradigma, desenvolvido por Khun e aplicado nas ciências naturais de forma pouco problemática, pode também, sob a delimitação de algumas condicionantes, ser aplicado às ciências sociais e humanas. Desta forma, o termo comporta o sentido de um conhecimento hegemônico, um saber predominante, em determinada área do conhecimento.

Conforme pudemos observar, há vários fatos indicativos de uma alteração do paradigma juspositivista, apontados no desenvolvimento da presente dissertação. É possível falar-se em um "paradigma" para designarmos um saber hegemônico que se propõe na teoria jurídica. O Direito possui, assim, o seu paradigma, constituído, do ponto de vista teórico, de uma leitura simplificada do positivismo kelseniano, ou um normativismo legalista.

O paradigma jurídico se veicula por meio da reprodução de determinados valores inerentes à comunidade jurídica, que são evidenciados na chamada "cultura jurídica". A cultura jurídica se expressa em dois momentos, sendo um deles o momento de formação do operador do Direito e o outro o da aplicação do Direito por este operador. Tanto na cultura de formação do operador do Direito quanto na cultura de aplicação do Direito podemos observar traços da reprodução deste saber hegemônico ao qual estamos denominando paradigma, já que o Direito é ensinado segundo um modelo teórico-valorativo que conforma a visão de mundo jurídica do operador do Direito. Ao aplicar o Direito o operador expressa sua cultura de formação, pondo em prática, de uma forma determinada, os conhecimentos recebidos em sua formação.

Ao pôr em prática seus conhecimentos, o ator jurídico opera o Direito de forma dar soluções a problemas concretos que lhe são apresentados. Os problemas concretos apresentados ao jurista são sempre relacionados a uma dimensão normativa que permite, ao estabelecer mecanismos para uma determinada conformação, que se produza uma decisão, pondo fim a um conflito. Para a solução dos problemas propostos, o operador do Direito aplica um determinado conhecimento, pautado sobre uma determinada metodologia, fundado em determinadas premissas; desta forma, legitimado pelo recurso ao modelo descritivo-operativo aceito como aquele adequado para a produção de uma solução, decide.

Qual seria esse paradigma em razão do qual o operador do Direito formula sua solução para os problemas apresentados? Conforme descrito, o paradigma é um "determinado" juspositivismo de matriz kelseniana que é transmitido de forma pouco aprofundada nas faculdades de Direito, cumulado com um constante apelo retórico aos valores liberais da igualdade e da liberdade. Kelsen é reproduzido não em sua inteireza, mas parcializado, para que de sua teoria se extraia um modelo de aplicação de normas a casos concretos, num processo silogístico, excluindo-se da designação de "jurídico" tudo aquilo que não seja a aplicação neutra da norma (como se fosse isso possível). É isto que remanesce, de Kelsen, após o curso de Direito: a idéia de que a experiência jurídica pode ser reduzida a sua dimensão normativa.

Tal paradigma é basicamente fundado em dois tipos de visão sobre o Direito. Uma de caráter eminentemente teórica, que vai identificar o Direito com a lei e compreender o sistema jurídico como um conjunto de normas dadas e quando aplicadas o sendo segundo uma formulação lógico-formal silogística. Haveria, deste modo, uma conclusão natural e verdadeira para uma dada subsunção do fato ocorrido à norma correspondente. A outra dimensão do paradigma jurídico do normativismo legalista é a de caráter simbólico, sendo o Direito e a operação do Direito pelos atores jurídicos identificados aos valores liberais da liberdade e da igualdade. O Direito é, assim um instrumento de resolução de conflitos entre iguais (e aí se observa o dogma da igualdade de todos perante a lei, por exemplo), e as normas jurídicas balizam a iniciativa dos particulares, consagrando a liberdade de iniciativa e ação. A função do operador jurídico, nesta perspectiva, é a de aplicador da lei; de um profissional que se compreende inspirado pelos valores liberais e que é preparado para a função de adequar normas dadas a fatos ocorrentes, numa quase que mecânica aplicação lógico-formal do sistema normativo, com pouco ou nenhum espaço para a criação ou para a interpretação mais

amplamente contextualizada do Direito, assumindo, por exemplo, as circunstâncias políticas, sociais e econômicas, que permeiam e estão presentes tanto no conflito quanto no próprio momento da aplicação da norma.

Este modelo de formação jurídica e de prática de aplicação do Direito vem sendo corroído pelo evidente descompasso entre aquilo que o Direito vem proporcionando à sociedade e aquilo que a sociedade espera do Direito. O Direito está, desta forma, em crise e com ele o Judiciário. A noção de crise já foi apresentada e é trabalhada por FARIA<sup>125</sup>: "A idéia de crise aparece quando as racionalidades parciais já não mais se articulam umas com as outras, gerando assim graves distorções ou disfunções estruturais para a consecução do equilíbrio social. Cada instituição aparece como independente em relação às demais, de modo que a crise representaria a sociedade como eivada de incoerências e invadida por contradições." É justamente o fenômeno da falta de articulação institucional que foi verificado no estudo feito junto à Justiça do Trabalho, em que fica demonstrada a ocorrência das incoerências e contradições referidas.

Como vimos, nos momentos em que um determinado paradigma não consegue mais responder de forma minimamente eficiente aos problemas que lhe são apresentados, temos a ocorrência de uma crise paradigmática. Nestes momentos, começam a ocorrer aquilo que Khun chama de violações das expectativas dos operadores de uma determinada ciência. Da anomalia, pode-se passar a uma forte crise. Reconhece-se que, de alguma forma, os fatos concretos violaram as expectativas paradigmáticas que governam o que o autor chama de ciência normal. O Direito está passando por esse momento. Estamos vivendo um momento de crise do Direito que ensejará a superação paradigmática.

O Direito passa, no presente momento, por uma crise, que não é nova, mas que ainda não se resolveu, permanecendo duradoura, identificada como sendo fruto de um descompasso entre a teoria e a realidade, entre os fatos e os tipos de conflitos que se observa na sociedade, de um lado, e a teoria jurídica, de outro. Vimos que, do ponto de vista da chamada "cultura jurídica", o paradigma atual revela um ponto crítico, qual seja, o descompasso e a eventual contradição valorativa entre o que o ator jurídico recebe em termos de formação e aquilo que sua percepção individual lhe revela. O capítulo em que abordamos as pesquisas realizadas com os operadores do Direito nas diversas carreiras

---

<sup>125</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo, Malheiros, 1999. p. 41

jurídicas demonstram tal fato. Há uma percepção do papel social do operador jurídico que transcende ao do mero aplicador acrítico do Direito, deixando claro que os julgadores, os advogados, os estudantes de Direito, se percebem como agentes de transformação social, o que instaura um claro conflito interno, ou para se usar um termo de maior carga simbólica, uma crise de identidade.

José Reinaldo de Lima LOPES nos apresenta uma série de elementos que, a partir de constatados, podem nos fornecer um critério de verificabilidade (com os limites conhecidos de possibilidade de verificabilidade nas ciências sociais) das mudanças sociais e, por conseguinte jurídicas. São eles, conforme já apresentados no capítulo 2.2.2, *a*) a escala das mudanças, *b*) a concentração das mudanças no tempo, *c*) a repetição de tais mudanças (e, portanto, o quanto as mesmas se evidenciam), *d*) uma "mediação" histórica a partir de elementos comparativos. Segundo a análise dos dados colhidos nas pesquisas empíricas descritas, os elementos de uma mudança jurídica estão presentes no momento epocal que ora vivemos. A auto-referência do operador do Direito é a de um agente de transformação, enquanto o modelo proposto pelo paradigma é o de um ator distante do movimento da mudança social. Tal distensão entre a proposta da formação acadêmica e a auto-compreensão de seu papel social, é absolutamente impactante no ator jurídico. A mudança observada é também concentrada no tempo de forma que podemos verificá-la enquanto observadores históricos contemporâneos ao fenômeno. Observamos ainda que a mudança de percepção do ator jurídico é recorrente e que ela segue um determinado padrão, verificável entre as carreiras jurídicas e mesmo entre os estudantes. Por fim, as conclusões apresentadas nas pesquisas de campo permitem-nos apontar a mudança histórica.

Do ponto de vista da prática de aplicação do Direito pelos operadores, podemos também identificar um mecanismo de absorção de anomalias (consideradas em face do paradigma) pelo sistema decisório, que acaba como que por escamotear a existência de uma fricção entre a previsão teórica e os fatos que se apresentam.

O paradigma jurídico vigente, entretanto, vem resistindo bravamente à crise pela qual passa. Pensamos que uma explicação para este fato pode ser encontrada ao observarmos determinadas condutas dos atores jurídicos e neste sentido analisamos uma prática concernente especificamente a um subsistema do Direito que trata de questões de absoluta sensibilidade social: o direito do trabalho e a justiça do trabalho. Vimos como os juízes do trabalho acabam por subverter a estrita legalidade em processos trabalhistas, que se revestem de legalidade (e, portanto, se tornam comandos efetivos) por meio do

instituto da coisa julgada. Respondem, assim, tais juízes, a uma demanda de produtividade, de rapidez nas soluções dos conflitos, fazendo, de uma forma ilícita (segundo o paradigma vigente), um tipo de justiça de resultados quantitativos. Resolvem um expressivo número de conflitos, o que responde aos tribunais superiores e à sociedade, sacrificando, entretanto, o princípio da estrita legalidade.

Como instrumento teórico apto a explicar como a situação crítica perdura sem que se possa dizer que tenha havido uma superação paradigmática, a teoria pragmático-comunicativa construída por Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR é de extrema utilidade. Assim, podemos supor que os comandos jurídicos expressos na forma de sentenças judiciais ilegais, como aquelas demonstradas no capítulo sobre as decisões na Justiça do Trabalho, se mantenham aceitas no ordenamento na medida em que as mesmas não descalibrem o sistema jurídico como um todo. Se tomarmos o conceito de norma jurídica como um momento comunicativo em suas duas dimensões - a dimensão cometimento e a dimensão relato - podemos dizer que a sentença que determina uma ilegalidade apresenta uma falha no nível relato, mas a relação, ou o cometimento, entre emissor e receptor se mantém na forma do reconhecimento da autoridade do emissor pelo receptor.

Em verdade, o que se poderia dizer é que a ideologia do receptor condiciona a manutenção válida da mensagem. Os juízes continuam a ser obedecidos como tais e as sentenças continuam a ter sua validade, não obstante ilegais, na exata medida em que a comunicação entre os receptores da mensagem contida na sentença se mantenha efetiva.

O paradoxo que se coloca é justamente o de que é a autoridade que vem perpetrando as ilegalidades que se apontam na presente dissertação. Qual o limite da ocorrência de tais ilegalidades é uma pergunta que se propõe e para a qual penso não haver resposta possível, em termos quantitativos. O que podemos dizer é que esse dado nos revela uma importante disfunção do paradigma teórico, que por sua vez nos sugere um momento futuro de superação do mesmo.

Identificamos, portanto, condições que predisõem para a superação do paradigma vigente tanto no âmbito da cultura jurídica de aplicação do Direito, que se expressa na forma de decisões flagrantemente à margem da legalidade, quanto no âmbito da cultura jurídica de formação do ator jurídico, na medida em que os valores que lhe são propostos nos bancos da universidade se apresentam por um lado como incompatíveis com a realidade fática e, por outro, contraditórios em relação ao seu sentimento intuitivo de ser um ator responsável por mudanças e transformações sociais,

realizando uma forma de justiça social distributiva, ainda que não tenha a consciência dos fatos colocados desta forma.

Pudemos verificar no desenvolvimento do trabalho que há alguns dados históricos que apontam para a existência de condições de alteração do paradigma. Apontamos autores que identificam alguns fatos que marcaram a passagem do paradigma jusnaturalista para o juspositivista, de forma a buscar uma analogia histórica ao momento que ora vivemos. Neste sentido, respeitado o corte metodológico da relativização da possibilidade de comparação entre fatos históricos, podemos dizer que hoje vivemos em nosso país uma situação que em muito assemelha-se àquela vivida na passagem do século XVIII ao XIX na Europa, em termos de condições de superação do paradigma jurídico.

Há uma evidente crise de segurança nas decisões jurídicas, seja pela demora da prestação jurisdicional, seja pela multiplicidade de orientações possíveis da jurisprudência. Isto era objeto de insatisfação tanto social quanto nos meios especializados. A crise de segurança nas decisões jurídicas que hoje vivemos não é diferente daquela narrada pelos autores que comentam o contexto histórico da última grande superação paradigmática. Decisões demoradíssimas, processos entravados, seja em razão de uma múltipla possibilidade recursal, seja pela precária condição de trabalho dos julgadores; desconfiança na burocracia (uso o termo com reservas) judiciária, por alegações de corrupção, ou pela baixa produtividade; decisões divergentes para casos semelhantes e politização de decisões. Fatores que descredibilizam o Judiciário e os operadores jurídicos de uma forma geral, que determinam com que, dos conflitos existentes, uma parcela significativa dos mesmos não seja levada a uma solução com a interveniência do Estado.

Outro dado histórico que é comparável é o da reclamação do exagero de citações dos doutos. Se na passagem do jusnaturalismo para o juspositivismo o exagero das citações significava um anquilosamento do argumento do julgador, limitando-o a subsumir as questões que lhes eram trazidas a uma pauta prévia de interpretações, hoje o que se observa é o apego à jurisprudência (que, diga-se, tem pouca consistência orientativa) como recurso a um argumento de autoridade que descompromissa o mesmo julgador de adensar as questões que lhe são levadas em seus aspectos de fundo, como por exemplo, a utilização de uma teoria de justiça distributiva aplicada para a solução das lides.

Aspecto de impressionante comparatividade entre os dois períodos é o da multiplicidade de normas. O grande número de normas é hoje um fato constatado no nosso ordenamento jurídico, inclusive criticado pela doutrina e pelos próprios operadores do Direito. Normas que se contradizem, normas que não são possíveis de serem articuladas de forma coerente, normas casuísticas, excesso de leis enfim. Ocorre que, conforme as mudanças sociais foram produzindo novas formas de interrelações, seja no plano econômico, seja jurídicas, seja no político, e a partir da crescente complexidade estrutural da sociedade (e, portanto, das relações produzidas no seu meio), o Direito passou a necessitar de normas de conteúdo menos objetivo, com maior capacidade de serem adaptáveis aos contextos e características específicos de cada tipo de conflito. Assim, produzem-se normas de forma intensa, buscando-se a regulação de uma realidade crescentemente complexa. Ocorre daí a chamada inflação legislativa, em que se observa um crescente reconhecimento de direitos, com um consequente reconhecimento de obrigações, levando, nos dizeres de um autor fundamental para este trabalho,<sup>126</sup> a uma situação limite onde todos têm direitos e todos têm obrigações, sendo todos credores e devedores ao mesmo tempo, o que levaria a um esvaziamento do próprio Direito.

Dado importante ao verificarmos as condições da superação paradigmática, conforme já dito, é a identificação da chamada crise do Judiciário pelos juízes e promotores. Os *surveys* descritos no presente trabalho revelam a divergência destes operadores do Direito no que tange à sua auto-compreensão enquanto agentes realizadores de transformações sociais (e portanto realizadores da Justiça material) e os valores que lhes são passados no momento de formação. Há o reconhecimento de que existe uma crise do Direito e do Judiciário, com o concomitante reconhecimento da

---

<sup>126</sup> FARIA traça um diagnóstico preciso desta questão: "Essa disfuncionalidade crescente tanto do Estado 'social' ou regulador quanto de seu instrumental normativo configura um processo que tem sido chamado de 'ingovernabilidade sistêmica' ou 'crise de governabilidade' pelos cientistas políticos. E de 'inflação legislativa', 'jurisificação' (ou 'sobre-juridificação') e 'trilema regulatório', pelos sociólogos e teóricos do direito." FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 117 E sobre a forma visível da crise paradigmática: "... a crescente inefetividade das instituições de direito, da qual os reflexos mais visíveis são, por um lado, o crescente rompimento da unidade lógico-formal e da racionalidade sistêmica de ordenamentos jurídicos constituídos basicamente sob a forma de códigos, e, por outro, a paralisação ou multiplicação de 'leis especiais' editadas casuística ou pragmaticamente em resposta às contingências e problemas surgidos com a eclosão das 'crises de governabilidade'." idem, pág. 122.

necessidade de uma atuação mais voltada para a mudança social. Note-se que ser agente da transformação não se coaduna com a função para a qual, segundo o paradigma vigente, foram os juízes e promotores formados. Tal fato é revelador da tensão entre a teoria e a prática, entre aquilo que é propugnado como um dos fundamentos da teoria admitida como paradigmática pelo saber hegemônico e a real necessidade de atuação percebida pelos operadores do Direito no convívio diário com os problemas que lhe são apresentados. É, certamente, um campo de ruptura que, nos parece, indica o estado crítico do paradigma.

Novamente, há exemplos empíricos que indicam, a nosso ver, as evidências da superação paradigmática: são os do estudo feito sobre os planos de saúde e sobre a Justiça do Trabalho. O primeiro aponta a inconsistência argumentativa presente em decisões de um dos tribunais de maior importância em nosso país. O segundo exemplifica uma prática que foi identificada em tribunais de primeira instância da Justiça do Trabalho no Estado de São Paulo, que serve a dois propósitos no presente trabalho: por um lado identifica uma quebra da chamada "legalidade" - um dos princípios sobre o qual se funda o paradigma vigente -, e ao mesmo tempo aponta um sinal da crise do Direito, na medida em que se observa a inconsistência de articulação institucional e de racionalidade operativa dos subsistemas jurídicos trabalhista e previdenciário. Permite-nos, ainda, apontar uma das razões pelas quais, podemos supor, o paradigma resiste a ser superado. A crise de produtividade é menos intensa, na medida em que se produzem decisões em grande escala. Tais, decisões, por outro lado, estão desarticuladas com o sistema jurídico e, sabemos, o sistema jurídico não está descolado da realidade social como um todo. Agrava-se, assim, a tensão interna do sistema jurídico, agravando-se conseqüentemente, a disjunção entre o que propugna a teoria e o que apresenta a prática. Os exemplos apontados apresentam a evidência de uma ruptura de crença, com a conseqüente adoção de uma prática diversa, o que indica uma ruptura científica.<sup>127</sup>

Nos casos dos planos de saúde, as decisões proferidas são pouco aprofundadas no que concerne à explicitação das suas razões fundantes. Desta forma, acaba não se

---

<sup>127</sup> BOURDIEU trata da questão da ruptura: "Nas ciências sociais, como se sabe, as rupturas epistemológicas, são muitas vezes rupturas sociais, rupturas com as crenças fundamentais de um grupo e, por vezes, com as crenças fundamentais do corpo de profissionais, com o corpo de certezas partilhadas que fundamenta a *communis doctorum opinio*." (Pierre BOURDIEU, *O poder simbólico*. Lisboa, Difel, 1989, pág. 26.)

caracterizando um conjunto de decisões com suficiente adensamento teórico e retórico capaz de se constituir em uma força orientativa no sentido da mudança do paradigma. Estão presentes, nestes julgamentos, valores, e, fundamentalmente, a justiça, na sua dimensão distributiva. Este fato é importante na medida em que, efetivamente, os julgadores adotam como critério de julgamento o valor justiça, embora sejam formados sob a matriz teórica da vulgata kelseniana, em que o critério de julgamento é somente a aplicação fria da lei. Em verdade, no limite, a dogmática almeja tornar possível a redução da experiência jurídica à dimensão estrita da norma.

Pensamos que sim, o Direito passa por um momento de crise paradigmática que aponta para uma superação ou transformação no próprio paradigma. Neste momento de crise no paradigma decisório as decisões jurídicas perdem previsibilidade, causando uma disfunção que retroalimenta este estado crítico. Vimos que o Direito, apesar de ter uma função ao mesmo tempo real e simbólica de realização da segurança das expectativas, expressa pelo conceito de ‘segurança jurídica’, é um instrumento retórico de absorção das demandas e conflitos sociais, domesticando-os. Entretanto, este mecanismo de absorção de conflitos possui uma justificação legitimadora apoiada num determinado consenso sobre a sua operacionalização. A este saber hegemônico consensual demos a designação de paradigma, e é este saber que vem sendo corroído em suas premissas, tendendo, portanto, ao comprometimento de sua legitimidade.

Como cenário futuro, seria possível especular sobre algumas formas do saber sobre o Direito que poder-se-iam chamar de "novos paradigmas" possíveis. Entretanto não é esta a nossa pretensão. Nosso objetivo é o do reconhecimento de que o Direito passa por uma crise que aponta para uma superação paradigmática e é possível se identificar algumas condições que diagnosticam este momento.

Pensamos, todavia, que o futuro Direito que sucederá o de forma atual, do ponto de vista da cultura jurídica, tenderá a uma aplicação das normas com fundamento em critérios valorativos de justiça distributiva de uma forma bastante presente. Isto vem sendo observado em alguns subsistemas jurídicos, como é o caso do direito do consumidor. No que tange ao instrumento normativo, o direito do consumidor é pautado por uma lei principiológica – a Lei 8.078/90 – que confere ao aplicador elementos para a operacionalização das normas e sua aplicação segundo certos critérios valorativos distributivos, como o da consideração da hipossuficiência e da vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor na relação de consumo, com a conseqüente aplicação de uma fórmula de divisão que considera as características específicas das

partes envolvidas. Assim como já acontecia com a legislação trabalhista, a legislação consumerista incorpora explicitamente a idéia de uma relação jurídica desequilibrada, com a necessária intervenção estatal para reequilibrá-la. A cultura jurídica de aplicação da norma pelo juiz é, neste sentido, influenciada e pautada por normas que não só permitem, mas determinam que o mesmo aplique o Direito como um instrumento de intervenção na ordem privada para uma providência jurídica "compensatória" que se inspira do ideal de justiça e onde a fórmula da subsunção fria do fato à norma deixa de protagonizar o ato de aplicação do Direito.

FARIA, em seu "O direito na economia globalizada", obra aqui fartamente referenciada, ocupa-se da questão de analisar dois possíveis paradigmas jurídicos vindouros, sendo o primeiro o do "direito reflexivo" e o segundo o do "direito social", apontando nos mesmos suas naturezas pré-paradigmáticas.<sup>128</sup> Um Direito em rede; um Direito em que se utilize uma estratégia hermenêutica concebida para possibilitar a constante adequação da realidade à previsão normativa (com as chamadas "regras de julgamento"); um Direito que permita ao aplicador-intérprete realizar o seu desejo (e da sociedade como um todo) de desempenhar um papel de agente de transformação.

O desenho deste novo Direito ainda está em conformação e não nos atrevemos à empreitada de supor qual será o seu futuro. Claro está, por outro lado, que o Direito como hoje conhecemos e como nos veio sendo descrito na academia tem seus dias contados. A nós incumbe identificar, descrever e operar o que virá a ser este Direito e, desta forma, construir o novo.

\*\*\*\*\*

---

<sup>128</sup> Op. cit, capítulos 5 e 6.

## 7 – Bibliografia

ANJOS, Márcio Fabri dos & LOPES, José Reinaldo de Lima - *Ética e Direito: um diálogo* (organizadores), São Paulo, Ed. Santuário, 1996.

ALEXANDER, Jeffrey C. – "O novo movimento teórico" in Revista Brasileira de Ciências Sociais no. 4, vol. 2, jun. 1987.

ARANTES, Rogério Bastos - *A crise do judiciário e a visão dos juízes*, pesquisa realizada pelo IUPERJ/ABM (em cópia reprográfica).

ARRUDA JR, Edmundo Lima de, (org) - *Lições de direito alternativo*, São Paulo, Acadêmica, 1991.

OLIVEIRA, Luciano - *Ilegalidade e direito alternativo: notas para evitar alguns equívocos*, mimeo.

BASTOS, Aurélio Wander - *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Eldorado Tijuca, 1975.

BOBBIO Norberto *et alli* - *Dicionário de Política*, Brasília, UNB, 1997.

BOBBIO, Norberto - *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995

\_\_\_\_\_ Norberto. *Liberalismo e Democracia*, São Paulo, Brasiliense, 1995.

\_\_\_\_\_ Norberto; BOVERO, Michelangelo - *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, São Paulo, Brasiliense, 1996.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa, Difel, 1989.

CAMPILONGO, Celso; FARIA , José Eduardo - *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Porto Alegre, Sérgio Fabris ed. , 1991.

CAMPILONGO, Celso Fernandes – "Magistratura, Sistema Jurídico e Sistema Político", in *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário* , José Eduardo FARIA (org) , Ática, São Paulo, 1989.

\_\_\_\_\_, Celso Fernandes - *O Judiciário e a Democracia no Brasil*, Revista USP, no. 21, Dossiê Judiciário, São Paulo, Mar-Abr-Mai, 1994.

\_\_\_\_\_, Celso Fernandes - *Direito e Democracia: A Regra de Maioria Como Critério de Legitimação Política*, tese de doutorado, mimeo, Faculdade de Direito-USP, São Paulo, 1991.

\_\_\_\_\_, Celso Fernandes – "Os Desafios do Judiciário: Um Enquadramento Teórico", in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, José Eduardo FARIA (org), Malheiros, São Paulo, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth - *Acesso à Justiça*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1988.

CARRION, Valentin - *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 18a. ed., São Paulo, ed. Rev. Tribunais, 1994.

CUNHA, Paulo Ferreira da, - *Para uma história constitucional do Direito português*, Coimbra, Almedina, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu - *O Poder dos Juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996.

DANTAS, San Tiago – "A educação jurídica e a crise brasileira", in *Revista Encontros da UnB*, Editora UnB 1978-1979.

DIZIONARIO DI FILOSOFIA - Roma, Gremese Editora, 1989.

EHRlich Eugen - *Fundamentos da sociologia do direito*, trad. de René Ernani Gertz, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986.

FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda – "Crise da Universidade e Crise do Ensino Jurídico", in *PIMES - Comunicações 18 - A Universidade e seus Mitos*, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1977.

\_\_\_\_\_, Joaquim de Arruda - "Cultura Jurídica e Democracia: A Favor da Democratização do Judiciário", in *Direito, Cidadania e Participação*, Bolívar LAMOUNIER, Francisco C. WEFFORT e Maria V. BENEVIDES (orgs.), São Paulo, T. A. Queiroz, 1981.

\_\_\_\_\_, Joaquim de Arruda - "O advogado, a cultura jurídica e o acesso ao sistema judiciário" in *PIMES, - comunicação 18 - A Universidade e seus Mitos*, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1979.

FARIA, José Eduardo e LIMA LOPES, José Reinaldo - "A Função Política do Poder Judiciário", in *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*, José Eduardo FARIA (org.), São Paulo, Ática, 1989.

FARIA, José Eduardo - *Violência Simbólica*, EDUSP, SP, 1988.

\_\_\_\_\_ (org) - *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo, Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_ - *O direito na economia globalizada*. São Paulo, Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_ - *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, São Paulo, Malheiros, 1996

\_\_\_\_\_ - *Justiça e Conflito: Os Juízes em Face dos Novos Movimentos Sociais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_ - *Os Novos Desafios da Justiça do Trabalho*, São Paulo, Ltr., 1995.

\_\_\_\_\_ - *A Reforma do Ensino Jurídico*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1987.

\_\_\_\_\_ - *Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio – "O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes: Um Princípio em Decadência?" in Dossiê Judiciário, Revista USP no. 21, São Paulo, Mar-Abr-Mai 1994

\_\_\_\_\_ - *A ciência do direito*, São Paulo, Atlas, 1986.

\_\_\_\_\_ - *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*, Rio de Janeiro, Forense, 1986.

FRANCO, Alberto Silva e outros, *Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo, RT, 1995.

FREITAS FILHO, Roberto – "A flexibilização da legalidade nas práticas conciliatórias na Justiça do Trabalho" in Revista de Informação Legislativa, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1997, no. 133.

GIGLIO, Wagner D., - *Direito Processual do Trabalho*, 9a. ed. rev., ampl. e adap. à Constituição Federal de 1988. - São Paulo, LTr, 1995.

GOMES, Luís Flávio - *A Questão do Controle Externo do Poder Judiciário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda - *Direito Natural: visão metafísica e antropológica* - Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

GUSMÃO, Paulo Dourado de - *Introdução ao estudo do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

HESPANHA, Antônio Manuel - *História das instituições; época medieval e moderna*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982.

HOLSTON, James and Teresa P. R. Caldeira - "Democracy, law, and violence: disjunctions of Brazilian citizenship" in *Fault lines of democratic governance in the Americas*. Felipe Agüero, and Jeffrey Stark, editors. Miami: North-South Center Press and Lynne Rienner Publishers, 1997.

- HOLSTON, James – "Legalizando o Ilegal - propriedade e usurpação no Brasil" in *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 21 (ano 8): 68-89
- HUNTINGTON, Samuel - *A Ordem Política nas Sociedades em Mudança*, São Paulo, Edusp, 1975.
- JAGUARIBE, Hélio – *Sociedade, Política e Mudança*, São Paulo, Perspectiva, 1975.
- JORI, Mario - *Paradigms of legal science. Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, s.4a.67n.2(Aprile-Giugno1990), p.231-254
- KELSEN, Hans - *O Problema da Justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 1995.
- \_\_\_\_\_ - *Teoria geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1992.
- \_\_\_\_\_ - *Teoria pura do direito*, - São Paulo, Martins Fontes, 1991.
- \_\_\_\_\_ - *Teoria geral das normas*, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris, 1986.
- KUHN, Thomas S. - *A Estrutura das Revoluções Científicas*, São Paulo, Perspectiva, 1996.
- LAFER, Celso - *A reconstrução dos Direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt* - São Paulo, Companhia das Letras, 1988.
- LEME, Renata Salgado - *Um estudo sobre o perfil dos estudantes de direito das escolas privadas* - São Paulo, Dissertação em mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1998.
- LOPES, José Reinaldo de Lima – "Ética e Direito - um panorama às vésperas do século XXI", in *Ética e Direito: um diálogo*. Márcio Fabri dos ANJOS e José Reinaldo de Lima LOPES (organizadores), São Paulo, Ed. Santuário, 1996.
- \_\_\_\_\_ - *O direito na história; lições introdutórias*, São Paulo, Max Limonad, 2000.
- \_\_\_\_\_ - *Direito e transformação social; ensaio interdisciplinar das mudanças no direito*, Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.
- \_\_\_\_\_ - "Justiça e Poder Judiciário ou a Virtude Confronta a Instituição", *Revista USP*, no. 21, São Paulo, Mar-Abr-Mai- 1994
- \_\_\_\_\_ – "A função política do Poder Judiciário" in *Direito e Justiça - A função social do Judiciário*, José Eduardo FARIA (org).
- MARKY, Thomas - *Curso elementar de Direito romano*, São Paulo, Saraiva, 1995.
- NADER, Paulo - *Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro - *Curso de Direito do Trabalho*, 6a. ed., São Paulo , Saraiva, 1988.

NEVES, Iêdo Batista - *Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica*, São Paulo, Fase. 3a. Ed, 1988.

*O Ministério Público e a Justiça no Brasil*, São Paulo, IDESP, 1996.

Revista Encontros da UNB - Ensino Jurídico - Editora Univesidade de Brasília 1978-1979.

SADEK, Maria Tereza & ARANTES, Rogério Bastos – "A crise do Judiciário e a visão dos juízes", in *Revista USP*, Dossiê Judiciário, no. 21, págs 35/45.

SADEK, Maria Tereza – "A crise do Judiciário vista pelos juízes" *In Uma introdução ao estudo da Justiça*, São Paulo, Idesp/ Editora Sumaré, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão & PEDROSO, João – "Os tribunais nas sociedades contemporâneas", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, no. 30, ano 11, fev. de 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza - "Introdução à Sociologia da Administração da Justiça", in *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*, José Eduardo Faria (org.) Ática, São Paulo, 1989.

\_\_\_\_\_ - *O discurso e o Poder*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1988.

SANTOS, Wanderlei Guilherme dos. *Razões da Desordem*, Rio de Janeiro, Rocco, 1993.

SILVA, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, 6a. ed., 1990.

SÓFOCLES - *Antígona* -trad. de Millôr Fernandes, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1996.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio & VIANNA Segadas - *Instituições de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987.

TIGAR, Michael & . LEVY, Madeleine R - *O Direito e a ascensão do capitalismo* - Rio de Janeiro, Zahar, 1978.

VEYNE Paul (org), *História da Vida Privada*, vol. I, pp. 103 e segs., *Onde a Vida Pública era Privada.*, vol. 1, (trad. Hildegard Feist). São Paulo, Companhia das Letras, pp. 103-121 e 141-159

VIANNA, Luiz Werneck – *Pesquisa sobre o perfil dos juízes no Brasil*. – mimeo.

VIEIRA, Oscar Vilhena - "Império da Lei ou da Corte?", *Rev. USP* no. 21, Dossiê Judiciário, São Paulo, Mar-Abr-Mai-1994, pags. 70-77

WARAT, Luis Alberto – "O Sentido Comum Teórico dos Juristas" in *A crise do direito numa sociedade em mudança*, Brasília, Universidade de Brasília, 1988.

WATSLAWICK, BEAVIN, JACKSON. *Pragmática da comunicação humana*. Trad. A. Cabral. São Paulo, Cultrix, 1973.